

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Александар С. Мојашевић

**ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА  
АЛТЕРНАТИВНОГ РЕШАВАЊА  
ГРАЂАНСКОПРАВНИХ СПОРОВА**

докторска дисертација

Београд, 2012

UNIVERSITY OF BELGRADE

LAW FACULTY

Aleksandar S. Mojašević

**ECONOMIC ANALYSIS OF  
ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION  
IN CIVIL MATTERS**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2012

**ПОДАЦИ О МЕНТОРИМА И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ**

	Титула	Име и презиме	Звање	Назив универзитета и факултета/института
Ментор	Доктор правноекономских наука	Александра Јовановић	Редовни професор	Универзитет у Београду Правни факултет
Ментор	Доктор правних наука	Гашо Кнежевић	Редовни професор	Универзитет у Београду Правни факултет
Члан Комисије	Доктор економских наука	Борис Беговић	Редовни професор	Универзитет у Београду Правни факултет
Члан Комисије	Доктор правноекономских наука	Љубица Николић	Редовни професор	Универзитет у Нишу Правни факултет

	дан	месец	година
Датум одбране			2012

## ИЗЈАВЕ ЗАХВАЛНОСТИ

У изради докторске дисертације пружена ми је свесрдна помоћ од стране мени драгих професора, колега, пријатеља и супруге. Без њихове асистенције, коментара, сугестија и корисних савета, мој за сада најважнији научни рад не би имао овакав облик и садржај.

Уз бојазан да изоставим неког ко ми је макар и индиректно помогао да докторска дисертација добије своју финалну верзију, нарочито се захваљујем својим менторима, проф. др Александри Јовановић и проф. др Гаши Кнежевићу, као и члановима Комисије за одбрану докторске дисертације, проф. др Борису Беговићу и проф. др Љубици Николић. Све што сам научио о писању научних радова, интелектуалном промишљању и одговорности за написано највише дугујем професорки Александри Јовановић, која ми је била ментор и приликом израде магистарске тезе. Такође, захваљујем се на несебичној подршци својој професорки Љубици Николић, која ме је од првих дана рада на факултету континуирано подстицала да напредујем у свом стручном и педагошком раду.

Осим споменутих личности, у појединим фазама писања докторске дисертације у помоћ су ми „прискакали“: доцент др Дејан Јанићијевић, професор Арбитражног и Породичног права на Правном факултету у Нишу, нарочито у погледу превода енглеских термина и омогућавања приступа квалитетној странијој правној литератури која се односи на алтернативно решавање грађанскоправних спорова; затим, професорки Грађанско-процесног права Правног факултета у Нишу др Невени Петрушић, која ми је дала веома корисне емпиријске податке о АДР методима; др Дејану Вучетићу, асистенту на предмету Управно право, који ми је помогао у вези са анкетирањем адвоката; магистру психолошких наука Јасмини Недељковић, асистенткињи на предмету Статистика и информатичка обрада података на Факултету за правне и пословне студије Нови Сад, која ми је пружила значајну помоћ у емпиријском делу дисертације, посебно у вези са статистичком обрадом прикупљених података; дипл. инг. ел. Владимиру Благојевићу на изузетно квалитетној техничкој обради дисертације; професорки енглеског језика на Правном факултету у Нишу Гордани Игњатовић, која је учинила да превод резимеа дисертације буде тачан и прецизан; својој сестри судији Александри Мојашевић, која ми је помогла да остварим контакте са анкетираним адвокатима и судијама и омогућила да студија случаја о ефикасности медијације буде окончана знатно брже и квалитетније; као и осталим колегама, пријатељима и члановима породице који су ми директно или индиректно пружили подршку да дисертација угледа светло дана.

Посебну захвалност дугујем својој супрузи дипломираном психологу Сандри Мојашевић, не само на указаном стрпљењу, толеранцији и разумевању због огромне количине времена које сам провео у раду, већ и на корисним стручним коментарима и саветима, посебно у емпиријском делу дисертације. Уједно ми је била и најстрожи критичар, али и неко ко је значајно допринео ефикасности у мом стручном и научном раду и усавршавању.

## ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ

Наслов докторске дисертације	<b>Економска анализа алтернативног решавања грађанскоправних спорова</b>
Резиме	<p>У овом раду истраживана је економска ефикасност алтернативних метода решавања грађанскоправних спорова (<i>АДР</i> метода), као и економска ефикасност парнице, као редовног метода решавања грађанскоправних спорова. Циљ истраживања огледао се у утврђивању фактора који <i>АДР</i> методе (преговарање, медијацију, арбитражу и остале методе) чине ефикаснијим од парнице и, на основу тако утврђених фактора, идентификовању инструмената који држави стоје на располагању, а који могу довести до минимизирања укупних друштвених трошкова парничног поступка. Ради проучавања економских импликација одређених законских решења која се односе на <i>АДР</i> методе, коришћени су нормативни метод и упоредно–правни метод, уз просторно ограничење на важеће законе у Америци и Србији. Осим правних метода, у теоријском делу дисертације коришћени су и базични микроекономски концепти чикашке економске анализе права, концепти теорије игара и агенцијске теорије, као и поставке бихејвиоралног права и економије. Теоријском елаборацијом, базираном на споменутим методима, у складу са очекивањима, потврђене су предности наведених <i>АДР</i> метода у односу на парницу у погледу уштеде трошкова и других значајних ресурса. Осим теоријске обраде ове теме, спроведена је и студија случаја о ефикасности медијације у Одељењу центра за медијацију Основног суда у Нишу. Студија је обухватила квантитативно и квалитативно истраживање ефикасности медијације. Квантитативно истраживање, тј. компаративна анализа једног броја судских случајева у којима није и у којима јесте коришћена медијација, спроведена је непосредним увидом у судске списе и евиденције о медијацији, као и прикупљањем других расположивих података. Квалитативно истраживање обухватило је испитивање ставова судија (медијатора) и адвоката о ефикасности медијације и парнице, ефектима примене Закона о посредовању–медијацији, проблемима са којима се суочавају у пракси, разлозима (не)ефикасне примене медијације и низом других повезаних питања. У сврху спровођења квалитативног истраживања коришћене су стандардне технике научне методологије за прикупљање података – интервјуи и анкетни упитници.</p> <p>Упркос томе што је поступак медијације бржи, краћи и јефтинији од парничног поступка, што парнични поступак са медијацијом конзумира ниже трошкове и мање времена</p>

	<p>парничних субјеката у односу на парнични поступак без медијације, и што је у појединачним успешно окончаним споровима медијација значајно допринела смањењу трошкова парничног поступка, истраживањем је потврђено да решавање грађанскоправних спорова у поступку медијације не доприноси у значајној мери побољшању ефикасности парничног поступка у Основном суду у Нишу, као и да је парница још увек доминантан метод решавања грађанскоправних спорова у односу на медијацију и, генерално гледано, <i>АДР</i> методе. С тим у вези, аутор предлаже одређене законске промене као нужне мере за побољшање ефикасности поступка медијације, самим тим и парничног поступка, попут увођења обавезне медијације и давања извршног наслова споразуму закљученом у поступку медијације, али и промене у организацији поступка медијације које би допринеле јачању подстицаја странака за коришћење медијације, попут снижења таксе за покретање поступка медијације, посебно када је реч о споровима мале вредности.</p>
Кључне речи	ефикасност, трошкови, подстицај, економски модел, спор, парница, преговарање, медијација, арбитража
Научна област	Правно-економске науке
Научна област (УДК - текст)	_економска анализа права
УДК	__330.13:347.925 _____

## DATA ON DOCTORAL DISSERTATION

Title of doctoral dissertation	<b>Economic Analysis of Alternative Dispute Resolution in Civil Matters</b>
Summary	<p>In this doctoral dissertation, the author explores the economic efficiency of Alternative Dispute Resolution methods in civil matters as compared to the economic efficiency of litigation as a regular method of resolving civil disputes. The research is aimed at establishing the factors which make ADR methods (negotiation, mediation, arbitration and others) more efficient than litigation and, consequently, identifying the available legal instruments which may be used by the state to minimize the total social costs of litigation. In order to explore the economic implications of some legal solutions related to ADR methods, the author has applied the normative legal method and the comparative law method, keeping the research within the confines of the applicable law of the United States and the Serbian legislation. Besides the applied legal methods, the theoretical part of the dissertation comprises the basic microeconomic concepts of the Chicago school of economic analysis of law, the concept of Game theory and the concept of Agency theory, as well as the concept of Behavioral law and economics. In line with the anticipated outcomes, the theoretical elaboration based on the aforementioned methods has confirmed the advantages of the said ADR methods as compared to litigation in terms of costs saving and other important resources. In addition to the theoretical elaboration on the subject matter, the author has carried out a case study on the efficiency of mediation at the Niš Mediation Center instituted in the First-instance Court of civil jurisdiction in Niš. The case study covers the qualitative and the quantitative research on the efficiency of mediation. The quantitative research includes a comparative analysis of some cases where mediation has or has not been applied. The research is based on the data obtained by direct access into the court files and records on mediation proceedings as well as by collecting other available data. The qualitative research involves examining the attitudes of judges (mediators) and lawyers on the efficiency of mediation and litigation, the effects underlying the application of the Mediation Act, the problems encountered in practice, the causes of (in)efficient use of mediation, and a host of other related issues. The qualitative research has been conducted by using the standard scientific methodology techniques – interviews and questionnaires. In general, the mediation procedure has proved to be faster, shorter and cheaper than the civil procedure; the civil procedure involving a court-ordered mediation is less costly and less time-consuming than the civil procedure without a court-ordered mediation; moreover, mediation has significantly contributed to reducing the litigation costs in a number of successfully resolved individual disputes.</p>

	<p>Despite all these facts, the research has confirmed that the resolution of civil disputes by mediation does not significantly contribute to improving the efficiency of the civil procedure in the First-instance Court in Niš. The research has also shown that litigation remains the predominant method for resolving civil disputes in comparison to mediation and, generally speaking, other ADR methods. In this respect, the author suggests some legislative changes as necessary measures to improve the efficiency of mediation and thus the efficiency of the civil procedure by introducing mandatory mediation and instituting an enforceability of mediation agreement. In addition, the author suggests introducing some changes in the organization of the mediation process which would provide incentives for strengthening the litigants' decision to use mediation (such as reducing mediation fees, particularly in small claim disputes).</p>
Key words	efficiency, costs, incentive, economic model, dispute, litigation, negotiation, mediation, arbitration
Academic Expertise	Legal and Economic Sciences
Academic Expertise (UDK - text)	_economic analysis of law
UDK	__330.13:347.925_____



## САДРЖАЈ

<b>УВОД</b>	1
<b>ПРВИ ДЕО</b>	22
<b>ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА</b>	22
<b>ГЛАВА 1</b>	23
<b>ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ ЕКОНОМСКЕ АНАЛИЗЕ</b>	23
<b>ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА</b>	23
1. Разграничење појма „конфликт“ и појма „спор“	23
2. Начини решавања (грађанскоправних) спорова	25
3. Правни појмови у оквиру економске анализе парничног поступка	28
4. Шта проучава економска анализа парничног поступка?	31
5. Статистички подаци о (не)ефикасности парнице у Америци	33
6. Тренд повећања административних трошкова у Америци	36
<b>ГЛАВА 2</b>	39
<b>ОСНОВНИ ЕКОНОМСКИ МОДЕЛ ПАРНИЧНОГ</b>	
<b>ПОСТУПКА</b>	39
1. Појам друштвених трошкова парничног поступка	39
2. Минимизација друштвених трошкова парничног поступка	42
3. Израчунавање очекиване вредности од тужбеног захтева, суђења и поравнања	43
4. Фактори који утичу на покретање парничног поступка и вођење парнице	46
5. Модел различитих перцепција или модел оптимизма	49
6. Модел асиметричних информација	51
6.1. Туженикове стратегије склапања поравнања у моделу асиметричних информација	53
6.2. Учесталост тужиоачеве победе на суђењу (Шавелов модел асиметричних информација)	56
7. Приватни и друштвени подстицаји за покретање поступка и вођење парнице	62
7.1. Појам и врсте приватних и друштвених трошкова и користи од парнице	62
7.2. Тенденција ка (пре)великом броју парница: пример 1	65

7.3. Тенденција ка (пре)малом броју парница: пример 2	67
<b>8. Подаци емпиријских студија о дивергенцији приватних и друштвених трошкова и користи од парнице</b>	68
<b>9. Утицај дивергенције приватних и друштвених трошкова парнице на ниво пажње починилаца штете</b>	73
<b>10. Корективна политика у вези са дивергенцијом приватних и друштвених трошкова и користи од парнице</b>	75
10.1. Примена корективне политике – практични примери	79
<b>11. Остале друштвене користи од парнице</b>	85
11.1. Компензација оштећеног као друштвена корист од парнице	85
11.2. Осигурање починиоца штете и однос према компензацији оштећеног	88
11.3. Тумачење права и креирање ставова према држави и праву као друштвене користи од парнице	89
<b>12. Утицај поравнања на дивергенцију приватних и друштвених трошкова и користи од парнице</b>	91
<b>13. Дивергенција приватних и друштвених трошкова и користи од поравнања</b>	93
13.1. Да ли парница или поравнање обезбеђује ефикаснију превенцију?	97
<b>14. Остали фактори дивергенције користи и трошкова од поравнања</b>	101
<b>15. Механизми подстицања поравнања у правном систему САД-а</b>	105
<b>16. Дивергенција приватних и друштвених подстицаја у вези с парничним трошковима</b>	106
16.1. Појам дивергенције приватних и друштвених подстицаја у вези с парничним трошковима	107
16.2. Утврђивање висине штете и друштвена оправданост трошења у парници	109
16.3. Корективна политика у вези с парничним трошковима	113
<b>ГЛАВА 3</b>	116
<b>ПРОШИРЕНИ ЕКОНОМСКИ МОДЕЛ ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА</b>	116
<b>1. Алокација парничних трошкова</b>	116
1.1. Појам америчког и енглеског правила о сношењу парничних трошкова	116
1.2. Покретање поступка и алокација парничних трошкова	119
1.2.1. Ефекти америчког и енглеског правила на покретање поступка	119
1.3. Учесталост поступака и алокација парничних трошкова	121
1.3.1. Ефекти америчког и енглеског правила на учесталост поступака	121

1.3.2. Ефекти других правила о сношењу парничних трошкова на учесталост поступака	123
1.3.3. Утицај ризика на учесталост покретања поступака	124
1.3.3.1. Америчко правило и утицај ризика на учесталост покретања поступака	124
1.3.3.2. Енглеско правило и утицај ризика на учесталост покретања поступака	127
1.4. Одлука о одласку на суђење или поравнање и алокација парничних трошкова	129
1.4.1. Америчко и енглеско правило и учесталост суђења	132
1.4.2. Друга правила о сношењу парничних трошкова и учесталост суђења	134
1.4.3. Ефекат ризика на учесталост суђења	136
1.5. Ефекти америчког и енглеског правила на парничне трошкове	137
1.6. Практичне импликације модела алокације парничних трошкова	140
1.7. Емпиријске студије о алокацији парничних трошкова	146
<b>2. Тужбе негативне вредности</b>	149
2.1. Појам тужбе негативне вредности	149
2.2. Примери тужби негативне вредности	151
2.3. Друштвена корист од тужби негативне вредности	154
<b>3. Добровољна размена информација између парничара</b>	156
3.1. Формални и неформални методи добровољне размене информација	156
3.2. Ефекат откривања и размена информација	157
3.3. Проблеми у добровољној размени информација	160
<b>4. Принудно откривање информација пре суђења</b>	162
<b>5. Размена информација и поравнање</b>	165
5.1. Добровољна размена информација и поравнање	165
5.2. Принудна размена информација и поравнање	168
5.3. Ефикасност принудне и добровољне размене информација	170
5.4. Поступак откривања у моделу оптимизма и моделу асиметричних информација	173
<b>6. Улога адвоката у економском моделу парничног поступка</b>	176
6.1. Методи плаћања адвоката и подстицаји за заступање и одлазак на поравнање или суђење	177
6.2. Контингенцијска накнада и учесталост поравнања	179
6.3. Предности контингенцијске накнаде у односу на фиксну накнаду	182
6.4. Предлози нових метода плаћања адвоката	185
6.5. Зашто је контингенцијска накнада забрањена?	186
6.6. Тржиште адвокатских услуга	188
6.7. Агенцијски проблем између адвоката и клијента	192
6.7.1. Извор агенцијског проблема између адвоката и клијента	192
6.7.2. Критеријуми одабира адвоката	194

6.7.3. Рекламирање адвокатских фирми – за и против	195
6.7.4. Метод плаћања адвоката у нашој земљи и агенцијски проблем	197
6.8. Поглед на улогу адвоката из угла Бихејвиоралног права и економије	199
6.8.1. Различити модели саветовања клијената од стране адвоката	203
6.9. Улога осигурања у економском моделу парничног поступка	206
6.9.1. Подстицаји за покретање поступка у присуству осигурања	207
6.9.2. Подстицаји за одлазак на суђење или поравнање у присуству осигурања	209
6.9.3. Дивергенција друштвених и приватних интереса за закључење уговора о осигурању	211
<b>ДРУГИ ДЕО</b>	213
<b>ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА НЕПОСРЕДНОГ ПРЕГОВАРАЊА</b>	213
<b>ГЛАВА 1</b>	214
<b>ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ НЕПОСРЕДНОГ ПРЕГОВАРАЊА</b>	214
1. Појам, карактеристике и врсте преговарања	214
2. Значај информација у преговарању	217
2.1. Стратегијски утицај информација	217
3. Теорија игара и преговарање	219
4. Теорија преговарања	224
4.1. Основне поставке теорије преговарања	224
4.2. Фактори поделе кооперативног вишка и склапања поравнања	226
4.3. Утицај других фактора на вредност кооперативног вишка	229
<b>ГЛАВА 2</b>	231
<b>СТРАТЕГИЈСКО ПОНАШАЊЕ У ПРЕГОВОРИМА</b>	231
1. Пнгов модел стратегијског понашања странака у преговорима	231
1.1. Основне поставке Пнговог модела	231
1.2. Налази Пнговог модела	233
2. Бебчуков модел суђења и поравнања у случају асиметричних информација	235
2.1. Основне поставке Бебчуковог модела	235
2.2. Налази Бебчуковог модела	237
3. Преговарање у сенци права	241
3.1. Основне поставке Кутеровог, Марксовог и Мнукиновог модела	241
3.2. Оптимална понуда за склапање поравнања и оптимална стратегија	244

3.3. <i>Предвиђања Кутеровог, Марксовог и Мнукиновог модела</i>	247
<b>4. Коузова теорема насупрот Хобсовој теореме</b>	251
<b>5. Неилбафов модел преговарања</b>	255
5.1. <i>Утицај кредибилне претње на вероватноћу склапања поравнања</i>	255
5.2. <i>Утицај других варијабли на вероватноћу склапања поравнања</i>	257
5.3. <i>Предвиђања Неилбафовог модела</i>	259
<b>6. Емпиријска истраживања проблематике преговарања</b>	261
<b>ГЛАВА 3</b>	263
<b>ПОЛИТИКА ПОДСТИЦАЊА ПРЕГОВАРАЊА – ЗА И ПРОТИВ</b>	263
<b>1. Преговарање насупрот парници</b>	263
1.1. <i>Уводна разматрања</i>	263
1.2. <i>Основни аргументи против политике преговарања и поравнања</i>	264
1.2.1. <i>Неравнотежа моћи између странака</i>	264
1.2.2. <i>Одсуство ауторитативне сагласности</i>	268
1.2.3. <i>Недостатак правне основе споразума о поравнању за наставак судског поступка</i>	270
1.2.4. <i>Непостизање правичног решења путем преговора</i>	271
1.3. <i>Још неки разлози против политике подстицања поравнања</i>	275
1.3.1. <i>Повреда јавног поретка путем поравнања</i>	276
1.3.2. <i>Утицај на лица ван склопљеног поравнања</i>	277
1.3.3. <i>Судска пресуда као јавно добро</i>	278
<b>2. Бронстиново гледиште на дуалитет између поравнања и суђења</b>	282
<b>3. Поглед на политику поравнања из угла Бихејвиоралног права и економије</b>	285
3.1. <i>Теорија Канемана и Тверског и њене импликације на избор поравнања или суђења</i>	285
3.2. <i>Остале импликације теорије Канемана и Тверског на емпиријска истраживања</i>	287
<b>ТРЕЋИ ДЕО</b>	291
<b>ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА МЕДИЈАЦИЈЕ</b>	291
<b>ГЛАВА 1</b>	292
<b>ПОЈАМ, КАРАКТЕРИСТИКЕ И МОДЕЛИ МЕДИЈАЦИЈЕ</b>	292
<b>1. Правни појам медијације</b>	292
<b>2. Основне карактеристике медијације и начела поступка медијације</b>	294
<b>3. Спровођење поступка медијације и модели медијације</b>	297

<b>ГЛАВА 2</b>	300
<b>УЛОГА МЕДИЈАТОРА У ЕФИКАСНОМ РЕШЕЊУ СПОРА</b>	300
<b>1. Препреке Парето ефикасном решењу спора</b>	300
<b>2. Улога медијатора у превазилажењу препрека Парето ефикасном решењу спора</b>	302
<b>3. Улога медијатора у ублажавању проблема негативне селекције</b>	306
3.1. <i>Појам негативне селекције</i>	306
3.2. <i>Разлика између БАТНЕ и резервационе цене</i>	308
3.3. <i>Прекид преговора и подела презентоване користи на једнаке делове</i>	310
3.3.1. <i>Прекид преговора у игри узми или остави са медијацијом и без медијације</i>	311
3.3.2. <i>Подела презентоване користи на једнаке делове у игри узми или остави са медијацијом или без медијације</i>	313
3.4. <i>Утицај знања преговарача на ефикасност медијације</i>	315
3.5. <i>Обавезна медијација насупрот добровољној медијацији – теоријски аспект</i>	317
3.5.1. <i>Нормативни аспект обавезне медијације са освртом на актуелну дебату у нашој земљи</i>	319
3.6. <i>Методи ефикасног окончања преговора путем медијације</i>	323
3.6.1. <i>Кређибилност објаве прекида преговора</i>	323
3.7. <i>Непрецизно преношење информација од стране медијатора</i>	325
<b>4. Улога медијатора у ублажавању проблема моралног хазарда</b>	328
4.1. <i>Борба полова – основне карактеристике</i>	329
4.1.1. <i>Проблем координације и улога медијатора у игри борбе полова</i>	332
4.2. <i>Игра заједничког улагања – основне карактеристике</i>	334
4.2.1. <i>Проблем координације и улога медијатора у игри заједничког улагања</i>	335
4.2.2. <i>Подстицаји за придржавање медијаторових препорука</i>	337
4.2.3. <i>Импликације игре заједничког улагања на увођење обавезне медијације</i>	339
<b>5. Опште знање као препрека ефикасном решењу спора и улога медијатора</b>	341
<b>6. Оштра стратегија преговарања као препрека ефикасном решењу спора и улога медијатора</b>	345
<b>7. Различита очекивања странака као препрека ефикасном решењу спора и улога медијатора</b>	347
<b>ГЛАВА 3</b>	350
<b>ШАВЕЛОВ ЕКОНОМСКИ МОДЕЛ АЛТЕРНАТИВНОГ РЕШАВАЊА СПОРОВА</b>	350
<b>1. Шавелов економски модел добровољног алтернативног решавања спорова</b>	350

1.1. <i>Ex ante</i> споразум о коришћењу АДР метода	350
1.2. <i>Ex post</i> споразум о коришћењу АДР метода	353
1.2.1. Алтернативна одлука има у потпуности предиктибилну моћ	354
1.2.2. Алтернативна одлука нема предиктибилну моћ	356
1.2.3. Алтернативна одлука има одређену предиктибилну моћ	357
<b>2. Шавелов економски модел обавезног алтернативног решавања спорова</b>	<b>358</b>
<b>3. Промена претпоставки у Шавеловом економском моделу АДР-а</b>	<b>361</b>
<b>4. Политика у вези са <i>ex ante</i> и <i>ex post</i> споразумом о коришћењу АДР-а</b>	<b>362</b>
<b>5. Коментар на Шавелов економски модел АДР-а</b>	<b>363</b>
<b>ГЛАВА 4</b>	<b>367</b>
<b>ЕМПИРИЈСКА ИСТРАЖИВАЊА ЕФЕКТИВНОСТИ МЕДИЈАЦИЈЕ</b>	<b>367</b>
1. Фактори ефективне медијације	367
2. Емпиријско истраживање ефективности медијације у односу на мед-арб	370
3. Погрешне процене медијатора	371
<b>ЧЕТВРТИ ДЕО</b>	<b>375</b>
<b>ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА АРБИТРАЖЕ</b>	<b>375</b>
<b>ГЛАВА 1</b>	<b>376</b>
<b>ПОЈАМ, КАРАКТЕРИСТИКЕ И ЕФИКАСНОСТ АРБИТРАЖЕ</b>	<b>376</b>
1. Разлози за проучавање арбитраже из угла ЕАП	376
2. Правни појам и основне карактеристике арбитраже	379
3. Ефикасност уговорне арбитраже у односу на друге методе решавања спорова	381
3.1. <i>Историјски развој арбитраже</i>	382
3.2. <i>Предности арбитраже у односу на парницу – општи осврт</i>	384
3.2.1. Кредибилност арбитраже у односу на парницу и улога неформалних санкција	387
3.2.2. Кредибилност арбитраже у односу на парницу и улога кооперације	390
3.2.3. Кредибилност арбитраже у односу на парницу и улога адвоката	393
3.3. <i>Ex ante</i> или <i>ex post</i> арбитража?	396
3.4. <i>Државна интервенција у заштити арбитражних споразума – за и против</i>	398

4. Арбитражна одлука као јавно добро	400
<b>ГЛАВА 2</b>	403
<b>ЕФИКАСНОСТ РАЗЛИЧИТИХ МОДЕЛА АРБИТРАЖЕ</b>	403
1. Арбитража у радним споровима	403
2. Арбитража у јавном и приватном сектору	404
3. Однос обавезне арбитраже и непосредног преговарања	406
4. Арбитража коначних понуда странака	409
4.1. Уводна разматрања	409
4.2. Арбитража коначних понуда странака насупрот традиционалној арбитражи	410
4.2.1. Ефикасност различитих модела арбитраже – различита становишта	411
4.2.2. Различити модели арбитраже и учесталост склапања споразума	416
<b>ГЛАВА 3</b>	419
<b>ИЗБОР АРБИТАРА И ЕФИКАСНОСТ АРБИТРАЖЕ</b>	419
1. Критике арбитраже и избора арбитра	419
2. Оправдање ефикасности арбитраже и избора арбитра	422
3. Да ли је арбитража заиста ефикаснија од парнице?	424
4. Судски анексирана арбитража	426
5. Арбитража као јавна или приватна установа?	429
<b>ПЕТИ ДЕО</b>	431
<b>ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ОСТАЛИХ АДР МЕТОДА</b>	431
<b>ГЛАВА 1</b>	432
<b>МЕД-АРБ</b>	432
1. Појам и форме мед-арба	432
2. (Не)ефикасност мед-арба	433
3. Мед-арб у пракси	436
<b>ГЛАВА 2</b>	438
<b>МИНИ-ПАРНИЦА</b>	438
1. Појам мини-парнице	438
2. Структура мини-парнице	439
3. Ефикасност мини-парнице и примена у пракси	441
<b>ГЛАВА 3</b>	444



<b>ПРИВАТНО СУЂЕЊЕ</b>	444
1. Појам и карактеристике приватног суђења	444
2. Ефикасност приватног суђења	446
<b>ГЛАВА 4</b>	449
<b>РАНА НЕУТРАЛНА ЕВАЛУАЦИЈА</b>	449
1. Појам, значај и подручје примене ране неутралне евалуације	449
<b>ГЛАВА 5</b>	452
<b>МИРЕЊЕ (КОНЦИЛИЈАЦИЈА)</b>	452
1. Појам мирења и подручје примене	452
2. Разлика између мирења и других АДР метода (медијације и арбитраже)	453
3. Мирење у радним споровима – домаћа нормативна решења	455
<b>ГЛАВА 6</b>	458
<b>ПОРОТНО СУЂЕЊЕ ПО УПРОШЋЕНОЈ ПРОЦЕДУРИ</b>	458
1. Појам и карактеристике поротног суђења по упрошћеној процедури	458
2. Ефикасност поротног суђења по скраћеној процедури	459
<b>ГЛАВА 7</b>	464
<b>ЈОШ НЕКИ АДР МЕТОДИ</b>	464
1. АДР метод утврђивања чињеница	464
2. Појам и карактеристике судске конференције за склапање поравнања	466
<b>ШЕСТИ ДЕО</b>	468
<b>СТУДИЈА СЛУЧАЈА: ЕФИКАСНОСТ МЕДИЈАЦИЈЕ У ОДЕЉЕЊУ ЦЕНТРА ЗА МЕДИЈАЦИЈУ У НИШУ</b>	468
<b>ГЛАВА 1</b>	469
<b>УВОДНА РАЗМАТРАЊА</b>	469
1. Подаци о ефикасности медијације у Србији према ЦЕПЕЈ-у	470
2. Резултати ефикасности медијације у Србији према подацима Центра за медијацију	473
<b>ГЛАВА 2</b>	477
<b>МЕТОДОЛОШКИ ПРИСТУП</b>	477

<b>1. ПРОБЛЕМ ИСТРАЖИВАЊА</b>	477
<b>2. ПРЕДМЕТ ИСТРАЖИВАЊА</b>	478
<b>3. ВРСТА ИСТРАЖИВАЊА</b>	479
<b>4. ЗНАЧАЈ ИСТРАЖИВАЊА</b>	480
<b>5. ЦИЉЕВИ ИСТРАЖИВАЊА</b>	480
<b>6. ВАРИЈАБЛЕ ИСТРАЖИВАЊА</b>	481
<b>7. ХИПОТЕЗЕ ИСТРАЖИВАЊА</b>	481
<b>8. НАЧИН СПРОВОЂЕЊА ИСТРАЖИВАЊА И ОПИС УЗОРКА</b>	482
<b>9. ИНСТРУМЕНТИ ИСТРАЖИВАЊА И ПЛАН СТАТИСТИЧКЕ ОБРАДЕ ПОДАТАКА</b>	484
<b>10. ОСНОВНИ ПОДАЦИ О ОДЕЉЕЊУ ЦЕНТРА ЗА МЕДИЈАЦИЈУ У НИШУ И МЕДИЈАТОРИМА</b>	484
<b>ГЛАВА 3</b>	486
<b>РЕЗУЛТАТИ КВАНТИТАТИВНОГ ИСТРАЖИВАЊА</b>	486
<b>1. Уводне напомене о истраживању и квантитативни подаци о медијацији</b>	486
<b>2. Учесталост решавања спорова медијацијом и парницом</b>	490
<b>3. Компарација поступака са и без медијације</b>	494
3.1. Основни подаци о радном спору са медијацијом ( $M_1$ )	494
3.2. Основни подаци о радним споровима без медијације	496
3.3. Резултати компарације радног спора са медијацијом и радних спорова без медијације	503
3.4. Резултати компарације поступка медијације и парничног поступка (радни спор)	504
<b>4. Успешно окончани поступци медијације у другим споровима</b>	505
4.1. Основни подаци о поступку накнаде штете са медијацијом ( $M_2$ )	505
4.2. Основни подаци о поступку утврђења својине са медијацијом ( $M_3$ )	507
4.3. Основни подаци о поступку брачне тековине са медијацијом ( $M_4$ )	508
4.4. Основни подаци о поступку брачне тековине са медијацијом ( $M_5$ )	509
<b>5. Резултати компарације радног спора са медијацијом и других спорова са медијацијом</b>	510
<b>6. Резултати компарације поступка медијације и парничног поступка (остали спорови)</b>	512
6.1. Резултати компарације поступка медијације и парничног поступка (накнада штете ( $M_2$ ))	512
6.2. Резултати компарације поступка медијације и парничног поступка (утврђење својине и поништај уговора ( $M_3$ ))	513
6.3. Резултати компарације поступка медијације и парничног поступка (утврђивање имовине стечене у браку ( $M_4$ ))	514

6.4. Резултати компарације поступка медијације и парничног поступка (утврђивање имовине стечене у браку (M <sub>5</sub> ))	514
<b>7. Основни подаци о другим споровима без медијације</b>	515
<b>8. Резултати опште компарације поступака са и без медијације</b>	520
<b>9. Поступци са неуспешном медијацијом</b>	521
9.1. Основни подаци о поступку уређења и коришћења непокретности (M <sub>6</sub> )	521
9.2. Основни подаци о поступку неоснованог обогаћења (M <sub>7</sub> )	522
9.3. Основни подаци о поступку брачне тековине (M <sub>8</sub> )	523
9.4. Основни подаци о поступку поништаја тестамената (M <sub>9</sub> )	524
<b>ГЛАВА 4</b>	525
<b>ДИСКУСИЈА РЕЗУЛТАТА КВАНТИТАТИВНОГ ИСТРАЖИВАЊА</b>	525
1. Радни спор (M <sub>1</sub> )	525
2. Накнада штете (M <sub>2</sub> )	528
3. Утврђење својине (M <sub>3</sub> )	528
4. Брачна тековина (M <sub>4</sub> )	529
5. Брачна тековина (M <sub>5</sub> )	529
6. Дискусија опште компарације поступака са и без медијације	530
7. Дискусија компарације поступака са неуспешном и успешном медијацијом	530
<b>ГЛАВА 5</b>	533
<b>РЕЗУЛТАТИ КВАЛИТАТИВНОГ ИСТРАЖИВАЊА</b>	533
1. Анкетирање судија и адвоката	533
1.1 Узорак	533
1.2. Приказ резултата анкетирања судија и адвоката	534
1.3. Резултати на подзоруку адвоката	564
2. Интервјуи	566
2.1. Интервју са Директорком Центра за медијацију у Београду	566
2.2. Интервју са Координатором Одељења центра за медијацију у Нишу	569
<b>ГЛАВА 6</b>	575
<b>ДИСКУСИЈА РЕЗУЛТАТА КВАЛИТАТИВНОГ ИСТРАЖИВАЊА</b>	575
<b>ЗАКЉУЧАК</b>	583
<b>СКРАЋЕНИЦЕ И ОЗНАКЕ</b>	664

<b>ЛИТЕРАТУРА</b>	666
<b>ПРИЛОЗИ:</b>	688
<b>ПРИЛОГ 1 - АНКЕТНИ ЛИСТ - СУДИЈЕ - МЕДИЈАТОРИ</b>	666
<b>ПРИЛОГ 2 - АНКЕТНИ ЛИСТ - АДВОКАТИ</b>	671
<b>БИОГРАФИЈА АУТОРА</b>	698
<b>Изјава о ауторству</b>	699
<b>Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада</b>	700
<b>Изјава о коришћењу</b>	701

## УВОД

Када је философија била престижна академска дисциплина, правници су успели да пронађу унутар њеног инструментарија [...] кључ сопственог успеха. Сада се образац понавља са економијом.<sup>1</sup>

Алтернативно решавање грађанскоправних спорова (скр. *APC* – према нашој терминологији, односно на енглеском говорном подручју *ADR* – *alternative dispute resolution*) представља такав начин решавања спорова који је усмерен на постизање споразума (*поравнања*) између странака у сукобу, било на основу директних преговора или уз помоћ трећег лица. Популарност алтернативног решавања грађанскоправних спорова у великој мери последица је огромног незадовољства парницом, као *основног* метода решавања грађанскоправних спорова. Као што је познато, парница је испољила бројне недостатке у погледу дужине трајања поступка, висине парничних трошкова, нефлексибилности, формалности, итд. Из тог разлога, у правним системима многих земаља долази до постепеног нормирања, затим и примене алтернативних метода решавања грађанскоправних спорова, попут: директних преговора странака, медијације, арбитраже и других. При том се правни систем Сједињених Америчких Држава издваја по томе што је у њему, због испољене неефикасности парнице, дошло до бржег прихватања алтернативних метода решавања спорова, што се, између осталог, може објаснити карактеристикама правне културе и традиције те државе. У прилог томе, одређени статистички подаци указују да је у другој половини 20. века у Америци дошло до повећања броја парница и, како се у теорији често наглашава, до *експлозије парницења*. Повећање броја парница за последицу имало је повећање *укупних друштвених трошкова парничног поступка*, под којима се подразумевају административни трошкови парнице (нпр. хонорари адвоката, плате судија, трошкови извођења доказа и други), као и трошкови учињених грешака од стране судија приликом

---

<sup>1</sup> Цитат преузет из: Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, The University of Michigan Press, USA, 2000, стр. 25.

утврђивања одговорних лица, одређивања висине одштете и слично. У ствари, укупни друштвени трошкови парничног поступка могу се посматрати као врста *транзакционих трошкова*. Управо повећање укупних друштвених трошкова парничног поступка наметнуло је питање како минимизирати те трошкове. Уважавајући горенаведене статистичке податке који су указивали на повећање броја парница, као и броја адвоката, теоретичари *Економске анализе права (ЕАП)*<sup>2</sup> почели су да преиспитују постојећа материјална и процесна правила, са циљем да идентификују она правна решења која генеришу непотребно расипање оскудних ресурса. Другим речима, један од основних циљева економске анализе права, и посебно економске анализе парнице и *АДР* метода, огледао се у оцени различитих правних решења на основу критеријума минимизације укупних друштвених трошкова парничног поступка, а све ради повећања ефикасности постојећег правног система. У том смислу, теоретичари *ЕАП* почели су да истичу и промовишу предности алтернативних метода решавања грађанскоправних спорова, чија би примена у пракси довела до снижавања трошкова постојећег скупог начина решавања спорова. Будући да *поравнање (споразум)* представља пожељнији исход у односу на *судску пресуду*, акценат је стављен на његово склапање, било путем директних преговора било путем посредних преговора уз помоћ и подршку трећег лица. У прилог томе, одређени статистички подаци у Америци указују да се огромна већина спорова (*преко 90%*) окончава склапањем поравнања, судског или вансудског. Стога се може извући закључак да је политика промоције *АДР* метода решавања спорова дала резултате у Америци.

Но, када говоримо о америчком правном систему, решавање спорова алтернативним путем такође је скопчано са одређеним трошковима, пре свега административним трошковима. Административни трошкови алтернативног решавања спорова су веома значајни, због чињенице да је висока *учесталост* решавања спорова тим путем. Из тог разлога, погрешно је везивати

---

<sup>2</sup> *Економска анализа права* представља научну дисциплину која економском методологијом проучава различите правне феномене и установе. Значајна афирмација економске анализе права на нашим просторима отпочела је уводном студијом за ову дисциплину, аутора проф. др Александре Јовановић. Видети: Александра Јовановић, *Увод у Економску анализу права*, Савет пројекта Конституисање Србије као модерне правне државе, Центар за публикације Правног факултета, Београд, 1998. Видети, такође, књигу у два тома у којој се, на систематичан начин, приказују најважније области права којима се бави ова дисциплина: Polinsky A. Mitchell, Shavell Steven: *Handbook of Law and Economics*, Vol. I, II, Elsevier Science Publishing, Amsterdam, 2007.

административне трошкове само за трошкове парнице. С друге стране, у нашој земљи је другачија ситуација у односу на Америку по питању учесталости решавања спорова алтернативним методима. Познато је да се у Србији мали број правних спорова, самим тим и грађанскоправних спорова, решава преговорима или уз помоћ и присуство трећег лица. Зато питање које заокупља истраживачку пажњу гласи: *да ли и на који начин се може компаративно проучавати ефикасност различитих метода решавања грађанскоправних спорова, и којим се инструментима учесталост парница и других метода решавања грађанскоправних спорова може довести на друштвено прихватљив ниво?* Ово питање од посебне је важности за нашу земљу с обзиром на то да је, процентуално гледано, решавање грађанскоправних спорова парницом знатно више у односу на алтернативне методе, попут медијације, арбитраже и других.

Полазећи од дефиниције економије као науке која проучава понашање појединаца у присуству алтернативних избора, *избор између различитих метода решавања грађанскоправних спорова* показује се као више него погодан предмет истраживања употребом економских метода и модела. *Из тог разлога, предмет истраживања докторске дисертације биће економска ефикасност алтернативних метода решавања грађанскоправних спорова, као и економска ефикасност парнице, као редовног метода решавања грађанскоправних спорова.* У сврху изучавања овако дефинисаног предмета, *акцент ће бити стављен на алтернативне методе и трошкове њихове примене*, али је нужно проучити и парницу, будући да су ови методи узајамно повезани. Такође, у изучавању овог предмета, ограничићемо се на *грађанскоправне спорове*, иако се алтернативни методи користе за решавање и других врста правних спорова.

Економска анализа парнице и *АДР* метода, као део шире научне дисциплине *ЕАП*, проучава делатност парничних странака (тужиоца и туженог), као и ефекте материјалних и процесних правила на њихово понашање. У том циљу, ова дисциплина изградила је одређене *економске моделе* који служе за проучавање различитих питања у вези са решавањем спорова. Од тих питања нас интересују различити методи решавања спорова и, нарочито, подстицаји које ти методи креирају на понашање појединаца и импликације које из тога произилазе на друштвено благостање. Иначе, у економским моделима, ради једноставности, занемарује се *природа спора* између странака. То значи да спор

може бити последица повреде уговора, повреде својине, саобраћајне несреће, итд. Битно је да тужилац тврди да му је нанета *материјална штета* и да захтева *новчану компензацију*. Тако поједностављена анализа има за последицу веома важне импликације, то јест, у њој се свесно занемарују неки елементи решавања спорова, да би се, уколико је то потребно, додавале одређене претпоставке и, на тај начин, изводили закључци по питању ефикасности парнице и алтернативних метода решавања спорова. Споменимо добро познати модел, тзв. *модел различитих перцепција* или *модел оптимизма*, који је превасходно развијен ради проучавања и објашњења економских импликација насталих на темељу одлука парничних странака о одласку на суђење или склапању поравнања. Модел оптимизма указује да битну детерминанту избора између склапања поравнања или одласка на суђење представља *тужиочева и туженикова перцепција вероватноће судског исхода*. Такође, модел указује да *парнични трошкови* и *очекивана новчана накнада* условљавају наставак парничног поступка или, алтернативно, склапање поравнања. Међутим, модел оптимизма не пружа објашњење *извора различитих перцепција тужиоца и туженог*. Одговор на то питање даје другачији модел, развијен од теоретичара *ЕАП*, тзв. *модел асиметричних информација*. Питање извора различитих перцепција, а које условљавају различите информације с којима странке располажу, јесте важно, будући да од природе информација зависи и коначан исход – наставак парничног поступка до доношења правоснажне судске одлуке или његово окончање склапањем поравнања. С тим у вези, у овом раду служићемо се већ изграђеним економским моделима ради проучавања предмета истраживања. Такође, у економској анализи користићемо и *теорију игара*, која омогућава проучавање рационалног одлучивања у условима неизвесности, ризика и конфликтних интереса странака. Теорија игара послужиће посебно за испитивање понашања страна у спору (или њихових заступника) у *процесу преговарања* и, у његовом оквиру, *деобе економских добара*. Такође, користићемо и *агенцијску теорију*, тј. теорију која проучава однос између *клијента (принципала)* и *адвоката (агента)* коме поверава решење одређеног правног проблема. Будући да адвокати имају важну улогу у решавању спорова, пре свега у виду стручне помоћи својим клијентима, и с обзиром на то да могу постојати *конфликтни интереси* између адвоката и клијента, а који могу



утицати на коначан исход спора, потребно је агенцијском теоријом испитати однос тужиоца или туженог и њихових заступника.

С обзиром на то да се парница традиционално проучава у оквиру правне науке, и у њеном оквиру процесног права, намеће се логично питање: *зашто би економисти, или правници који поштују економску логику,<sup>3</sup> били заинтересовани за проучавање једног типичног правног института?* Одговор на постављено питање могао би бити следећи: прво, начин на који странке решавају своје спорове, рецимо, путем парнице или арбитраже, има огроман утицај на *трошкове функционисања целокупног правног система (тзв. административне трошкове)*; друго, метод којим се спор решава, као и трошкови које изискује сваки метод понаособ, *ствара подстицаје код странака да избегавају потенцијалне спорове*; и треће, економска анализа пружа објашњење због чега нека лица у спору *склапају поравнање*, а друга *настављају парнице* до доношења правоснажне судске пресуде. Из ова три одговора произилазе три важне импликације. Прво, пошто различити методи решавања спорова стварају различите трошкове, отвара се простор за *компаративну економску анализу* тих метода на основу критеријума економске ефикасности. Друго, имајући у виду да различити методи, и трошкови које изискују, утичу на понашање потенцијалних странака, следи да ти методи могу послужити као *средство превенције* будућих непожељних понашања и спорова. Треће, с обзиром на то да се економском анализом објашњавају импликације различитих метода решавања спорова, а које настају на основу избора условљених подстицајима које различити методи креирају, ствара се основа за примену *корективне политике* која би промоцијом поравнања снизила трошкове парнице.

Из овако дефинисаног предмета истраживања, произилази и *општи циљ истраживања*. Наиме, *потребно је утврдити факторе који алтернативне методе решавања грађанскоправних спорова чине ефикаснијим од парнице, као редовног метода решавања грађанскоправних спорова, и на основу тако*

---

<sup>3</sup> У питању су правници који припадају корпусу теоретичара ЕАП. Видети у домаћој литератури о различитим школама у оквиру ЕАП: Александра Јовановић, *Теоријске основе економске анализе права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Издавачки центар, Београд, 2008, или у странијој литератури, на пример, Nicholas Mercurio, Steven Medema, *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, Princeton, 1997; или Cento G. Veljanovski, *The Economics of Law*, Institute of Economics Affairs, Hobart Paper, No. 157, 2007, стр. 27–43.

*утврђених фактора, неопходно је установити који су то инструменти који држави стоје на располагању, а који могу довести до минимизирања укупних друштвених трошкова парничног поступка. Даље, из овог општег циља истраживања, можемо поставити неколико специфичних циљева.*

*Прво, неопходно је испитати подстицаје странака (тужиоца и туженог) у вези са предузимањем различитих парничних радњи у парничном поступку, као што су: подизање тужбе, одлазак на суђење или поравнање, предлагање доказа и друге. Предузимање ових парничних радњи у великој мери зависи од: начина алокације парничних трошкова; начина плаћања адвоката; метода размене информација између странака у спору; вероватноће успеха на суђењу; од тога да ли су странке осигуране или не; и низа других фактора, које је потребно јасно идентификовати. Зато се и (проблемски) посматра понашање парничних странака у парничном поступку и, нарочито, у процесу непосредног преговарања, будући да од његовог исхода зависи да ли ће парнични поступак отпочети, или се наставити ако је већ отпочео. При том, наглашавамо да подстицаје за склапање поравнања, као последицу непосредних преговора странака, посматрамо у односу на подстицаје за одлазак на суђење, јер је реч о два повезаним радњама парничних странака. Додајмо томе да је важно испитати, поред приватних подстицаја, и друштвене подстицаје у вези са предузимањем различитих парничних радњи. Наиме, будући да је парница скупа, приватни подстицаји странака у поступку могу знатно одступити од друштвених подстицаја и тиме смањити или повећати учесталост парница или поравнања. Нас интересује којим инструментима се број парница и поравнања може довести на друштвено прихватљив ниво. С тим у вези, намеће се следеће питање: да ли држава треба да подстиче примену АДР метода? Одговор на ово питање представљаће још један од циљева истраживања.*

*На први специфичан циљ истраживања надовезује се други специфичан циљ истраживања, а који гласи да је потребно јасно идентификовати факторе који непосредно преговарање, као посебан метод решавања грађанскоправних спорова, чине ефикаснијим од парнице, као редовног метода решавања грађанскоправних спорова. Идентификација ових фактора треба да пружи одговор на питање да ли, и на који начин, држава треба да подстиче и промовише склапање поравнања између странака у спору.*

Треће, *важно је проблемски испитати и подстицаје за склапање поравнања, не само у случају директних преговора странака, већ и у случају помоћи и присуства трећег лица у решавању спора.* Управо присуство трећег лица у решавању спора опредељује да се у економској анализи фокусирамо и на друге алтернативне методе решавања грађанскоправних спорова – *медијацију и арбитражу.* Узимајући у обзир чињеницу да се медијација и арбитража у великој мери разликују по својим основним карактеристикама, претпоставићемо да се ради о два основна алтернативна метода решавања спорова. При том, полазећи од тога да медијација и арбитража снижавају трансакционе трошкове решавања спорова, као и од чињенице да воде ка бољем и сигурнијем исходу, испитаћемо користи и трошкове ових поступака у односу на традиционални парнични поступак, односно преговарање. Другим речима, *трећи специфичан циљ јесте осветлити предности арбитраже и медијације у односу на друге методе решавања спорова, а пре свега парницу, на основу компарације трошкова и користи ових метода решавања спорова.* Теоретски гледано, то значи да базичном економском моделу парничног поступка додајемо и основне *АДР* методе и, потом, испитујемо ефекте (импликације) могућности (или обавезе) избора тих метода првенствено на учесталост вођења парнице и учесталост склапања поравнања. У том испитивању прихватимо Шавелову претпоставку о постојању *ex ante АДР метода*, тј. добровољно закључене арбитраже и медијације пре настанка спора, и *ex post АДР метода*, тј. арбитраже и медијације којима странке прибегавају након што је спор настао. Према мишљењу Шавела, основно питање јесте да ли *ex ante* и *ex post АДР* методи доводе до одређених промена у понашању странака пре настанка спора, тако да се њихово благостање увећава, а самим тим, увећава и друштвено благостање.

Поред основних *АДР* метода, постоје и други, тзв. *хибридни методи* решавања спорова, попут: *мед-арба*, *мирења*, *мини-парнице* и других. *Четврти специфичан циљ истраживања јесте утврдити економске импликације осталих (хибридних) метода на учесталост вођења парница и учесталост склапања поравнања.* Будући да остали методи решавања грађанскоправних спорова још увек нису стекли пуну афирмацију у нашој земљи, за разлику од САД-а, њихово проучавање с правног и економског аспекта, представља важан циљ

истраживања. Нормирање и примена осталих алтернативних метода решавања спорова, осим медијације и арбитраже, може значајно утицати на смањење укупних друштвених трошкова парничног поступка. Ову чињеницу требало би посебно уважити, узимајући у обзир испољену неефикасност парнице у нашем правном систему, нарочито, у погледу висине трошкова, дужине трајања, итд.

Ради остварења наведених циљева истраживања, поред стилизованих економских модела, навешћемо и резултате досадашњих *емпиријских истраживања о ефикасности АДР метода*, а која, иначе, овој области у великој мери недостају. Наиме, ради се о научној области истраживања која је тек побудила интересовање истраживача различитих научних провенијенција и за чије се теоријске претпоставке и досадашње налазе у будућности очекује научна верификација. Осим тога, биће спроведена и *студија случаја (енг. case study) о ефикасности медијације у Одељењу центра за медијацију Основног суда у Нишу*. *Шири циљ ове студије* јесте утврдити факторе (не)ефикасности нашег система решавања грађанскоправних спорова медијацијом. Студија ће бити базирана на расположивим подацима који ће бити прикупљени, а који се односе на учесталост решавања грађанскоправних спорова парницом и медијацијом. Узимајући у обзир чињеницу да је у нашој земљи 2006. године ступио на снагу *Закон о посредовању – медијацији*, намеће се следеће питање: *да ли и у којој мери је примена овог Закона утицала на ефикасност решавања грађанскоправних спорова, тј. на минимизацију укупних друштвених трошкова парничног поступка?* Компаративна статистичка анализа расположивих података о учесталости решавања спорова парницом и медијацијом требало би да послужи остварењу специфичног циља ове студије – *утврђивању ефеката законских норми на плану примене медијације и, консеквентно, на плану смањења укупних друштвених трошкова парничног поступка*. Овај део студије обухватиће и компаративну анализу једног броја судских случајева у којима није коришћена медијација и једног броја судских случајева у којима су странке изабрале медијацију. Начин на који ће бити спроведена ова компаративна анализа јесте *непосредан увид у судске списе и евиденције (књиге) о медијацији*, којим се остварује идентификација оних фактора који могу бити предмет компарације, као што су: дужина трајања поступка, висина парничних трошкова, број одржаних рочишта и други. Осим ових података, користимо и

друге доступне податке, пре свега податке из *двогодишњих извештаја Савета Европе о ефикасности и квалитету правде у европским земљама*, и то у делу који се односи на ефикасност алтернативних начина решавања спорова у Србији. Наглашавамо да је реч о веома поузданим подацима, погодним за анализу и остварење циља докторске дисертације. Такође, користићемо и расположиве податке *републичког Центра за медијацију*, који се односе на број спроведених медијација и број успешно окончаних медијација у Србији. Но, поред квантитативног истраживања, биће спроведено и *квалитативно истраживање*, са циљем испитивања *ставова медијатора (судија)* о ефикасности медијације и парнице, ефектима примене Закона, проблемима са којима се суочавају у пракси, разлозима (не)ефикасне примене медијације и низом других повезаних питања. Такође, биће испитани и *ставови адвоката* о гореспоменутим питањима. У сврху спровођења квалитативног истраживања, користићемо стандардне технике научне методологије за прикупљање података – *интервју* и *анкетне упитнике*. Наглашавамо да ће истраживање бити спроведено на случајевима који су били предмет парничног поступка у Основном суду у Нишу и предмет медијације при Одељењу центра за медијацију Основног суда у Нишу. Будући да је Ниш трећи град по величини у Србији, случајеви који су изнети на парницу и медијацију у Основном суду у Нишу могу послужити као солидна основа за испитивање ефеката примене Закона о посредовању – медијацији у Србији, као и у сврху долажења до одређених сазнања по питању ефикасности медијације.

У складу са дефинисаним општим циљем истраживања, *полазимо од опште хипотезе да АДР методи решавања грађанскоправних спорова генеришу ниже укупне друштвене трошкове парничног поступка у односу на парницу, као редован метод решавања грађанскоправних спорова*. Затим, из наведених специфичних циљева истраживања произилазе неколико посебних хипотеза. Конкретније речено, из првог специфичног циља истраживања произилазе шест посебних хипотеза:

*Прва посебна хипотеза гласи: генерално узев, странке имају јаче приватне подстицаје за склапање поравнања у односу на одлазак на суђење (парницу), а који могу одударати од друштвених подстицаја за склапање поравнања или одлазак на суђење.*

*Друга посебна хипотеза гласи: подстицаји за покретање парничног поступка, подстицаји за одлазак на суђење или поравнање, учесталост суђења и поравнања и ефекат на парничне трошкове, у великој мери се разликују под претпоставком важења различитих правила о алокацији парничних трошкова.*

*Трећа посебна хипотеза гласи: независно од изгледа на успех на суђењу, рационални тужилац ће подићи тужбу и покренути парнични поступак, како би од друге стране (туженог) извукао позитиван износ поравнања.*

*Четврта посебна хипотеза гласи: рационалне странке су подстакнуте да добровољно размене информације пре суђења, чиме повећавају вероватноћу склапања поравнања, јер је добровољна размена информација између странака ефикаснији облик размене информација у односу на принудну размену информација између странака.*

*Пета посебна хипотеза гласи: различити начини плаћања адвоката креирају различите подстицаје за одлазак на суђење или поравнање и, консеквентно, доводе до различите фреквенције суђења или поравнања.*

*Шеста посебна хипотеза гласи: у присуству осигурања парничних странака, приватни подстицаји за покретање поступка, одлазак на суђење или поравнање, бивају знатно промењени, чиме се мења и дивергенција приватних и друштвених подстицаја.*

Из другог специфичног циља истраживања произилази следећа посебна хипотеза:

*Непосредно преговарање између странака у спору представља ефикаснији метод решавања грађанскоправних спорова у односу на парницу, као редован метод решавања грађанскоправних спорова.*

Из трећег специфичног циља истраживања, постављамо следеће посебне хипотезе:

*Медијација, као један од основних АДР метода, у значајној мери може допринети Парето ефикасном решењу спора, отклањањем препрека (баријера) у преговарању између странака и, при том, представља ефикаснији метод решавања грађанскоправних спорова у односу на парницу, као редован метод.*

*Арбитража, као један од основних АДР метода, јесте ефикаснији метод решавања грађанскоправних спорова у односу на друге методе и, нарочито, у односу на парницу, као редован метод решавања грађанскоправних спорова.*

Из четвртог специфичног циља истраживања, можемо поставити следећу посебну хипотезу:

*Остали АДР методи решавања грађанскоправних спорова у значајној мери могу допринети смањењу вероватноће одласка на суђење и, самим тим, утицати на снижење укупних друштвених трошкова парничног поступка.*

Најзад, последње хипотезе везане су за студију случаја о ефикасности медијације коју ћемо спровести у Одељењу центра за медијацију Основног суда у Нишу. Полазна хипотеза гласи:

*Решавање грађанскоправних спорова у поступку медијације не доприноси у значајној мери побољшању ефикасности парничног поступка у нашој земљи.*

Посебне хипотезе гласе:

*Поступак медијације је бржи, краћи и јефтинији од парничног поступка.*

*Парнични поступак са медијацијом конзумира ниже трошкове, мање времена и других ресурса парничних субјеката у односу на парнични поступак без медијације.*

*У појединачним успешно окончаним споровима, медијација је значајно допринела смањењу трошкова парничног поступка.*

*Постоји статистички значајно повећање броја медијација, од доношења Закона о посредовању – медијацији 2006. године до данас, праћено по годинама.*

Да би смо остарили дефинисане циљеве истраживања, и с обзиром на то да ћемо разним *теоријским моделима* тестирати претходно изнете тврдње, прихватимо и одређене *теоријске претпоставке*, чиме исказујемо и одређену методолошку оријентацију. Прво, полазимо од тога су парничне странке, као и остали субјекти у поступку, *рационални појединци* који теже максимизацији својих циљева. Парничне странке посматрамо као рационалне појединце који теже максимизацији *будућег очекиваног добитка*, а који произилази из очекиваног новчаног износа на основу судске пресуде или на основу поравнања. Друга претпоставка произилази из *методолошког индивидуализма*, у смислу да појединац, а не колективитет, доноси одлуке. Трећа премиса јесте да правила која прописују различите начине решавања спорова могу бити *оцењена* према критеријуму *ефикасности*, тј. према томе које од тих правила највише за последицу има максимизацију друштвеног благостања.

Током израде докторске дисертације служићемо се различитим *методама*. При разради споменутих питања, и у складу са темом докторске дисертације, користићемо *економске* и *правне методе*. У прве спадају: метод неокласичне економске теорије и метод неоинституционалне економске теорије. Од правних метода, биће употребљени нормативни метод и упоредно-правни метод.

*Метод неокласичне економске теорије*. Овај метод заснива се на апстрактним моделима, у којима се, на основу одређених претпоставки, испитује оптималан положај појединаца преко максимизације њихових циљева. Такве моделе користићемо у проучавању *понашања тужиоца и туженог*, као и осталих субјеката у парничном поступку. Основне претпоставке јесу да се парничне странке *рационално понашају*, као и да теже максимизацији *будућег очекиваног добитка* на основу пресуде или поравнања. Међутим, метод неокласичне економске теорије неће бити преовлађујући метод, јер ћемо претпоставке на којима се овај метод заснива *релаксирати* новим чињеницама, попут те да се појединци не понашају увек рационално, или чињенице да странке често немају увек и нужно потпуне информације о важним чињеничним или правним питањима. Зато ћемо овај метод комбиновати са методом неоинституционалне економске теорије.

*Метод неоинституционалне економије*. Ова теорија и њен метод полазе од чињенице да промене институција (нпр. правних правила) мењају одлуке појединаца у погледу употребе ресурса, јер мењају њихове подстицаје (циљеве) и трансакционе трошкове. *Трансакциони трошкови представљају фундаменталан појам неоинституционалне економије*. Под трансакционим трошковима подразумевамо трошкове функционисања целокупног правног система и, у његовом оквиру, нарочито система за решавање грађанскоправних спорова. Овај систем за решавање грађанскоправних спорова изискује трошкове, попут: парничних трошкова странака (рецимо, трошкова извођења доказа), трошкова функционисања судова и центара за алтернативно решавање спорова, трошкова адвоката, и других трошкова. Као што је истакнуто, ове трошкове значићемо термином *административни трошкови*, и они ће представљати компоненту *укупних друштвених трошкова парничног поступка*, поред индиректних трошкова судијских грешака. Укупни друштвени трошкови



парничног поступка представљаће *меру* на основу које ћемо процењивати различита правила о методама решавања спорова.

*Нормативни метод.* У проучавању одређених законских текстова, како наших, тако и иностраних, пре свега америчких, и то у оном делу који се односи на решавање грађанскоправних спорова, користићемо *нормативни метод*. Тако ћемо анализирати одређене норме из америчког *Федералног закона о грађанској процедури* (енг. *Federal Rules of Civil Procedure*), или норме одређених закона из нашег правног система, као што су *Закон о парничном поступку* или *Закон о посредовању – медијацији*. Нормативни метод у обради питања ефикасности јесте користан у мери изучавања економских импликација одређених законских решења. Другим речима, није могуће проучити економске импликације које настају на основу избора условљених подстицајима које пружају одређена законска решења, без анализе нормативне подлоге тих решења. Зато ћемо у раду често наводити чланове одређених закона, ући у њихову дубљу анализу, уз просторно ограничење на важеће законе у Америци и Србији. С обзиром на просторно ограничење овог истраживања на законе двеју држава, намеће се и потреба за компарацијом важећих прописа. У сврху компаративног проучавања, претежно законских прописа двеју држава, послужиће упоредно-правни метод.

*Упоредно-правни метод.* Неопходно је истаћи да рад оваквог карактера захтева познавање стране и домаће правне теорије, законодавства, судске праксе, те ћемо у том циљу применити и упоредно-правни метод. Нама ће овај метод служити првенствено да опишемо различите начине решавања грађанскоправних спорова у *америчком* и *нашем праву*. При том, неопходно је познавати и одређене сличности и разлике грађанског судског поступка, као и судске праксе, у америчком правном систему и нашем правном систему. И поред тога што економском анализом испитујемо различите норме у вези са решавањем спорова, при чему таква анализа омогућава да налазе до којих долазимо *уопитимо* и *применимо* на различите правне системе, у раду нећемо избећи упоредну анализу позитивних законских прописа у Америци и нашој земљи, а који се односе на методе решавања спорова.

У раду на дисертацији биће примењен уобичајен методолошки поступак: проучили би страну (пре свега америчку) и домаћу литературу, домаће и стране правне изворе (пре свега законске), а до потребних емпиријских података дошли

би на основу досадашњих емпиријских истраживања, као и студије случаја коју намеравамо да спроведемо Одељењу центра за медијацију у Нишу. Будући да испитујемо ефикасност различитих метода решавања грађанскоправних спорова, истраживање подразумева и усвајање одређене економске методологије, која је доста специфична, у смислу да комбинује теоријске моделе и емпиријска истраживања. Ти теоријски модели полазе од одређених претпоставки, на основу којих се *дедукцијом* износе одређене теоријске тврдње. Емпиријска истраживања која ћемо приказати, као и студија случаја коју ћемо спровести, послужиће као *верификација* налаза који произилазе из економских модела, уз једну напомену да су економска емпиријска истраживања тек у развоју. С друге стране, када је реч о студији случаја коју ћемо спровести у Одељењу центра за медијацију у Нишу, за груписање, сређивање и приказивање података, користићемо методе *дескриптивне статистичке анализе*.

Као што је истакуто, основна методологија јесте методологија неокласичне економске теорије, коју је развила тзв. *Чикашка школа економске анализе права*. Но, прихватање и комбиновање ове методологије са методологијом *Неоинституционалне школе економске анализе права*, која у основи представља проширење и надоградњу претходне, говори у прилог чињеници да се у овом раду не ограничавамо и омеђујемо методолошки, већ да прихватамо нова методолошка достигнућа у развоју *ЕАП* као научне дисциплине. То практично значи да ћемо базичним микроекономским теоријским концептима чикашке економске анализе права додати и *концепте теорије игара и агенцијске теорије*, уз *релаксирање* одређених основних претпоставки неокласичне теорије. Увођење теорије игара и агенцијске теорије у анализу алтернативног решавања грађанскоправних спорова, у основи, представља прихватање неоинституционалне економске анализе права. У вези с тим треба истаћи да су и одређене претпоставке неоинституционалне економске анализе права, попут оне о *рационалном понашању*, доведене у питање од стране једног новог правца у даљем развоју *ЕАП*, а који се означава као *Бихејвиорално право и економија (БПЕ)*. У раду нећемо избећи поставке те нове теорије, јер је основна интенција у томе да се методолошки превише не затворимо, узимајући у обзир чињеницу да је *ЕАП* методолошки развојна дисциплина, али и не оспоравајући њена досадашња научна достигнућа.

Напротив, интересовање за анализу ефикасности алтернативног решавања грађанскоправних спорова, *на садашњем степену развоја ове дисциплине*, говори о високом степену уважавања напора теоретичара ове дисциплине, првенствено на америчком тлу, али све више, надамо се и снажније, на европском подручју.

*Значај* овог рада јесте *теоријски и практични*. *Теоријски значај* састоји се у унапређивању и осавремењивању постојећих теоријских знања о начинима решавања грађанскоправних спорова. Овај теоријски значај од посебног је интереса за нашу правну науку, у домену решавања грађанскоправних спорова, јер, по нашем сазнању, постоји мали број радова који су се бавили проучавањем алтернативног решавања грађанскоправних спорова, попут арбитраже, медијације и других метода, са *економског аспекта*. *Практични значај*, генерално гледано, односи се на потребу да правна правила треба да служе максимизацији друштвеног благостања, на начин како смо то благостање дефинисали. Конкретније речено, сва правна правила, тако и правила о различитим методама решавања спорова, треба да омогуће ефикасну алокацију ресурса. Из тог разлога желимо да испитивањем и оцењивањем и наших *важећих* правила о начинима решавања грађанскоправних спорова дамо одређене *практичне препоруке* законодавцу о евентуалној потреби за изменом одређених норми, или потреби за усвајањем одређених савремених концепата у вези са решавањем спорова, пре свега из америчког права.

Осавремењивање научне области у одређеној земљи, у нашем случају правне области, више је него корисно за друштво као целину. У прилог томе говори и чињеница да је наш систем решавања грађанскоправних спорова у великој мери неефикасан, а што ћемо низом статистичких података показати, из чега извлачимо закључак да економски приступ у изучавању правних норми у нашој земљи диктирају и разлози практичне природе. Брзина решавања спорова међу појединцима, време, новац и други ресурси које апсорбује постојећи систем решавања спорова, представљају, генерално гледано, важне друштвене ресурсе, чија ефикасна и разумна употреба може једино бити друштвено оправдана. Приступ праву који може допринети таквом друштвеном циљу јесте економски приступ, наравно, уз уважавање другачијих приступа.

Коначно, студија случаја требало би да потврди да је у нашој земљи парница још увек *доминантан* метод решавања грађанскоправних спорова у односу на алтернативно решавање грађанскоправних спорова. Будући да су *АДР* методи стекли широко подручје примене у другим, развијенијим земљама, и да се показало да је политика промоције и подстицања *алтернативе* заиста уродила плодом, студија би требало да покаже да ли у нашој земљи постоји *простор* за снажнију примену медијације, али и других метода, већ афирмисаних у развијенијим земљама. У вези с тим, требало би одговорити на питање који су то институционални (законски) механизми који би довели до успешне имплементације *АДР* метода. Компаративна правно-економска анализа *АДР* метода из других земаља, првенствено *САД-а*, омогућиће да се утврде и јасно увиде *механизми* успешне примене алтернативних метода решавања спорова.

*Први део рада*, који носи наслов *Економска анализа парничног поступка*, има претензије да представи парницу (суђење) и поравнање у оквиру економских модела. Конкретније речено, биће проучени подстицаји парничних странака у вези са избором између одласка на суђење и склапања поравнања. У сврху таквог испитивања, користећемо већ изграђене економске моделе решавања спорова од стране теоретичара *ЕАП*. Ови модели биће приказани у форми *основног* и *проширеног економског модела парничног поступка*. У оквиру основног модела биће изложен модел оптимизма (модел различитих перцепција странака) и модел асиметричних информација. Они ће послужити за испитивање важних питања из економског угла, попут: одлуке тужиоца да подигне тужбу и покрене парнични поступак; одлуке тужиоца да настави са предузимањем парничних радњи до окончања парничног поступка правоснажном судском пресудом насупрот одлуци да преговара са туженим у циљу склапања поравнања; учесталости победе тужилаца на суђењу, као и односа случајева у којима тужиоци односе победу са случајевима у којима је дошло до поравнања; односа приватних и друштвених подстицаја за покретање поступка, вођење парнице и склапање поравнања; питања корективне политике у вези с дивергенцијом приватних и друштвених трошкова и користи од парнице и поравнања; питања дивергенције приватних и друштвених подстицаја у вези с парничним трошковима, итд. С друге стране, питања као што су:

алокација парничних трошкова у вези с одлуком о одласку на поравнање или суђење; појам и значај тужби негативне вредности; значај добровољне и принудне размене информација између парничара; значај и улога адвоката, однос адвоката и клијента и питање различитих метода плаћања адвоката; улога осигурања у економском моделу, као и низ других повезаних питања, биће предмет анализе у оквиру проширеног економског модела парничног поступка. У овом делу рада представићемо и резултате релевантних емпиријских истраживања који се односе на ефикасност парнице (суђења) и поравнања.

*Други део рада, под називом Економска анализа непосредног преговарања, односи се на економске импликације метода за решавање спорова који не укључује треће лице, а које настају на бази различитих одлука преговарача у процесу непосредног преговарања, условљених подстицајима које овај метод креира. Конкретније речено, акценат ће бити стављен на интеракције између преговарача (тужиоца и туженог) у процесу преговарања, начине за деобу кооперативног вишка, али и препреке са којима се суочавају на путу ефикасног решења спора. Ова питања биће обрађена у оквиру економских модела и то основног економског модела преговарања без стратегијског понашања странака и проширених економских модела који укључују стратегијски аспект преговарања. По природи ствари, приликом елаборације стратегијског аспекта непосредног преговарања, посебан значај придаје се улози информација са којима странке располажу. Асиметричне информације предмет су анализе различитих економских модела које познаје теорија ЕАП, попут Пнговог модела стратегијског понашања странака у преговорима, или Бебчуковог модела суђења и поравнања у случају асиметричних информација, те ће ови, али и други добро познати модели непосредног преговарања, бити изложени у овом делу рада. Затим, као и у првом делу рада, биће приказана релевантна емпиријска истраживања проблематике преговарања. Осим тога, овај део рада обухватиће и важно питање везано за политику подстицања преговарања, будући да оно изазива доста контроверзи у теорији и пракси. Контроверзе настају између различитих теоретичара који парницу (суђење) и поравнање посматрају из различитих углова, дајући им различите вредносне оцене, на темељу различитих фактора које истичу у прилог парнице или поравнања. При том, једна група аутора фаворизује уштеду трансакционих*

трошкова суђења, те преговарање (и поравнање као његов исход) види као користан инструмент минимизације укупних друштвених трошкова парничног поступка. С друге стране, друга група аутора, од којих се издваја *Овен Фис (Owen Fiss)*, акценат ставља на недостатке преговарања, попут: неравнотеже моћи између странака; одсуства ауторитативне сагласности; недостатка правног основа споразума о поравнању за наставак парничног поступка; и постизања неправичних решења, као легитимне разлоге за фаворизовање парнице, као пожељнијег друштвеног инструмента у односу на преговарање. Стандардни аргументи у корист парнице јесу да пресуда представља јавно добро, као и да се њоме штити јавни поредак. Ова супротстављена становишта биће предмет елаборације у овом раду, али ће томе бити додат и поглед на политику преговарања и поравнања из угла *Бихејвиоралног права и економије*, као новог правца у области друштвених наука, који се налази на граници између психологије и економије. Овај правац довео је у питање, на основу експерименталних истраживања, претпоставку рационалности на којој почивају стандардни економски модели. Замах тим истраживањима дали су двојица познатих бихејвиориста, *Данијел Канеман (Daniel Kahneman)* и *Амос Тверски (Amos Tversky)*, истраживањем фактора који утичу на доношење одлука, и развијањем једне нове теорије (енг. *prospect theory*). Овој теорији биће посвећена посебна пажња, будући да се многи теоретичари позивају на њу ради одбране својих почетних позиција у вези с дуалитетом између парнице и преговарања.

*Трећи део рада*, под називом *Економска анализа медијације*, односи се на питање *економских импликација медијације*, као посебног *АДР* метода решавања спорова, на укупне друштвене трошкове парничног поступка. Да ли медијација, генерално узев, доприноси снижењу трансакционих трошкова парнице, представља важно питање, узимајући у обзир почетну хипотезу да овај метод управо служи том циљу. Зато ће бити обрађена медијација, с правног и економског аспекта, уз осврт на *улогу медијатора у превазилажењу различитих препрека ефикасном решењу спора и технике које медијатор користи с тим у вези*. При том ће предмет посебне елаборације бити *питање ублажавања проблема негативне селекције и проблема моралног хазарда од стране медијатора*. У оквиру тога, *игра борбе полова и игра заједничког улагања*, као

игре из оквира теорије игара, биће искоришћене као погодан инструмент анализе улоге медијатора у превазилажењу проблема моралног хазарда. Овом анализом отворићемо и питање *економске оправданости обавезне (мандаторне) медијације*, уз осврт на актуелну дебату у вези са законским уређењем обавезне медијације у нашој земљи. Затим ће бити изложени резултати познатих емпиријских истраживања о ефикасности медијације, као и резултати истраживања о односу (релацији) медијације са другим *АДР* методима. Најзад, у овом делу рада биће детаљно приказан *Шавелов економски модел алтернативног решавања спорова*, који се односи не само на медијацију, него и на остале *АДР* методе, пре свега на *арбитражу*, а која ће бити предмет економске анализе у наредном (четвртом) делу рада.

У *четвртом делу рада*, под називом *Економска анализа арбитраже*, прво ће бити изнети разлози за проучавање арбитраже, као типичне правне установе, из угла *ЕАП*. Затим ће бити изнети стандардни аргументи у прилог арбитраже као ефикаснијег метода решавања грађанскоправних спорова у односу на парницу. Осим тога, биће изложена аргументација у прилог арбитраже као савршеног супститута парнице. У том погледу, нарочито се издваја теоретичар *Чарни (Charny)*, који је истакао значај *неформалних санкција*, које појачавају кредибилност арбитраже. Управо ће питању неформалних санкција, а нарочито *губитку репутације* као облику негативне претње, у контексту наглашавања кредибилности арбитраже у односу на парницу, бити посвећена посебна пажња, будући да неформалне санкције креирају снажне подстицаје да странке изаберу арбитра и да се повинују његовим одлукама. Осим ових негативних подстицаја, постоје и позитивни подстицаји да странке бирају арбитражу, а не парницу, те ће у овом делу рада бити укључена и *теорија кооперације Роберта Акселрода (Robert Axelrod)*. Но, поред ових питања, постоји још једно које завређује нашу пажњу – реч је о *улози адвоката* по питању избора арбитраже и парнице. Другим речима, поставља се следеће питање: *каква је улога адвоката у арбитражном поступку и да ли је њихово присуство у позитивној или негативној корелацији са укупним друштвеним трошковима парничног поступка?* Да би дали одговор на ово питање, потребно је изложити и историјски контекст у коме су амерички адвокати лобирали у свом интересу за усвајање закона који регулише

арбитражу. Даље, питање подстицаја које креирају *ex ante* и *ex post* арбитража у погледу понашања странака, као и питање импликација ових форми арбитраже на укупне друштвене трошкове парничног поступка, биће обрађено у вези са нормативним питањем о оправданости закључења споразума о арбитражи пре и након настанка спора. Тиме се отвара и једно шире питање о оправданости државне интервенције ради заштите споразума о арбитражи, тј. *каква је улога државе у вези са заштитом арбитражних споразума и извршењем арбитражних одлука, и да ли се ова државна интервенција заиста може у потпуности искључити, полазећи од Чарнијеве аргументације у прилог приватног система подстицаја, базираног на неформалним санкцијама и реципроцитету у поштовању одлука неформалног доносиоца одлуке (арбитра)?*

Затим, друга глава овог четвртог дела рада односи се на *ефикасност различитих модела арбитраже*. Пре свега, реч је о арбитражи у радним споровима, арбитражи у јавном сектору (обавезној арбитражи), арбитражи у приватном сектору, као и судски анексираној арбитражи. Излагањем ових модела арбитраже биће покренуто (контроверзно) питање арбитраже као јавне или приватне установе. Такође, посебна пажња биће посвећена односу арбитраже и непосредног преговарања. Конкретније речено, отворићемо (нормативно) питање односа *споразума који је исход претње покретањем арбитражног поступка и добровољног закљученог споразума који представља исход непосредног преговарања*. С тим у вези, питање је *да ли повећање трошкова арбитраже може послужити као средство подстицања странака да непосредно преговарају, или пак постоје други начини да се то учини, рецимо, увођењем других метода решавања спорова (концилијације, на пример)?* Даље, модел *арбитраже засноване на коначним понудама странака*, као недовољно познат модел у нашој пракси, насупрот *стандардном (традиционалном) моделу арбитраже*, биће проучен са економског аспекта, уз акценат на различита становишта која постоје у вези с тим.

На крају овог дела рада, предмет анализе биће питање *ефикасног избора арбитра*, при чему ће бити изложени различити ставови који постоје с тим у вези. Ово питање део је проблематике која се односи на улогу арбитраже у ефикасном решењу спорова и њеном односу према парници, о чему такође



постоје дијаметрално супротна становишта, која ће бити предмет елаборације у овом раду.

*Пети део рада носи наслов Економска анализа осталих АДР метода. У овом делу изложићемо остале алтернативне методе решавања грађанскоправних спорова. Фокус наше пажње биће појам, карактеристике, врсте и, нарочито, ефикасност осталих АДР метода. Пре свега, неопходно је испитати да ли су, и у којој мери, остали АДР методи ефикаснији од парнице, као редовног метода. Но, будући да појам остали АДР методи обухвата различите специфичне методе решавања спорова, попут: мини-парнице, мед-арба, ране неутралне евалуације и других, ваљало би у компарацији једних (метода) са другима проучити њихову ефикасност и, на тој основи, извести одређене закључке и препоруке. Наглашавамо да остали (хибридни) АДР методи нису у довољној мери, или нису уопште, заступљени у нашој земљи, те њихово подробно проучавање може бити корисно, узимајући у обзир евентуално будуће нормирање и имплементацију неког од њих, наравно, уз уважавање специфичности нашег правног система. Иначе, обрада економских импликација осталих АДР метода решавања грађанскоправних спорова биће претежно са теоријског аспекта, уз представљање резултата доступних емпиријских истраживања њихове ефикасности.*

*У шестом делу рада биће презентовани резултати студије случаја, спроведене у Одељењу центра за медијацију Основног суда у Нишу. Прво ћемо приказати резултате квантитативног, а затим квалитативног истраживања, и на крају дискутовати о њима.*

*У завршном делу рада сумирамо најважнија теоријска сазнања по питању ефикасности алтернативних метода решавања грађанскоправних спорова. У закључку ћемо дати одговоре на постављене опште и посебне теоријске хипотезе, које произилазе из општег циља истраживања, односно специфичних циљева истраживања. Посебан акценат биће стављен на одговоре у погледу хипотеза из емпиријског дела дисертације. Такође, биће изнета и закључна разматрања која се односе на теоријске и практичне проблеме у овој области, као и на могућности њиховог превазилажења *pro futuro*.*

## ПРВИ ДЕО

### ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА

У овом делу рада бавимо се *економском анализом парничног поступка*, тј. испитивањем економских импликација овог поступка. Основно питање јесте какво је понашање парничних субјеката услед подстицаја које креирају различита процесна правила. Утврдити понашање парничних странака јесте од пресудне важности за избор *ефикасних правила*, тј. оних правила која генеришу најниже укупне друштвене трошкове парничног поступка. У ту сврху, приказују се различити економски модели, развијени од стране теоретичара економске анализе права, претежно са америчког подручја. При том, прво ће бити приказан *основни економски модел парничног поступка*, у коме се, пре свега, испитују подстицаји странака (тужиоца и туженог) за склапање поравнања и одлазак на суђење, а затим ће бити *проширен* посебним питањима, попут: алокације парничних трошкова; тужби негативне вредности; добровољне и принудне размене информација између парничара; улоге адвоката у економском моделу; улоге осигурања у економском моделу; и низом других повезаних питања.

Економска анализа парничног поступка послужиће као *увод* у економску анализу *АДР* метода решавања грађанскоправних спорова, који су настали и развили се управо због неадекватних економских подстицаја редовног метода решавања спорова (парнице). Без утврђивања и разумевања тих неефикасних подстицаја које генерише парница, немогуће је ући у испитивање (не)ефикасних подстицаја које креирају алтернативе парници.

## ГЛАВА 1

### ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ ЕКОНОМСКЕ АНАЛИЗЕ ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА

#### 1. Разграничење појма „конфликт“ и појма „спор“

Термин *конфликт* потиче од латинске речи *conflictus*, у значењу сукоб, судар, борба, спор, свађа.<sup>4</sup> Појам конфликта дефинише се на различите начине, али се све дефиниције грубо могу сврстати у две категорије.<sup>5</sup> У првој категорији акценат се ставља на само *конфликтно понашање*,<sup>6</sup> односно на супротстављено понашање или радње двеју или више страна. Ради се о конфликтима који су видљивог или отвореног карактера. Примери такве врсте конфликтног понашања јесу: рат, физички сукоб, вербални сукоб, итд. Друга категорија односи се на различите *изворе конфликтног понашања*, од којих се најчешће истиче *различитост интереса*. Различитост интереса најчешће настаје када стране имају различите или супротстављене преференције у односу на неке будуће догађаје. Такође, у изворе конфликтног понашања спада и фрустрација на индивидуалном или групном нивоу. Појединци или групе (на пример, етничке групе) могу процењивати да су други појединци или друге групе допринели њиховом незадовољству, услед чега може настати и ескалирати конфликт. Сажето се може рећи да се под конфликтом подразумева или *отворени сукоб* (борба), или *субјективна перцепција* појединца да други (појединац) има другачија веровања или интересе у односу на његове.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Видети: Милан Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Просвета, Београд, 1980.

<sup>5</sup> Видети: Dean G. Pruitt, „Social Conflict“, у: Daniel T. Gilbert, Susan T. Fiske, Gardner Lindzey, *The Handbook of Social Psychology*, Том II, четврто издање, McGraw-Hill, United States of America, 1998, стр. 470.

<sup>6</sup> У психолошкој и социолошкој теорији која се бави конфликтима истиче се да је *конфликтно понашање* само једна од блиско повезаних компоненти конфликта, поред *конфликтне ситуације* и *конфликтних ставова и опажања*. Видети: С. R. Mitchell, „Структура конфликта“, у: Драган Попадић, Дијана Прут, Тинде Ковач-Церовић, *Социјални конфликти*, Група МОСТ и Центар за антиратну акцију, Београд, 1996, стр. 37–52.

<sup>7</sup> Детаљније о томе: D. G. Pruitt, S. H. Kim, *Social conflict: Escalation, stalemate and settlement*, Third Edition, McGraw-Hill, New York, 2003, стр. 7–9.

Постоје одређени типови конфликта, који се међусобно разврставају по различитим критеријумима: суштини; значају; природи међусобне зависности и односа страна у конфликту; стратегији и тактикама које стране у конфликту примењују; природи тока конфликта; итд. Типологија конфликта указује да је овај феномен предмет интересовања *бројних научних дисциплина*. При том, свака дисциплина ставља нагласак на одређене аспекте конфликта. Рецимо, *психологија* наглашава унутрашњу (психичку) страну конфликта, *социјална психологија* усредсређује се на конфликте између појединаца и група, *социологија* акцентује друштвени и класни карактер конфликта, *економија* користи аналитички апарат теорије игара<sup>8</sup> у проучавању рационалног одлучивања у условима неизвесности, ризика и конфликтних интереса учесника, *правна наука* проучава спорове и судске поступке, итд.<sup>9</sup> С обзиром на постојање различитих теоријских приступа, истиче се<sup>10</sup> да проучавање феномена конфликта има фрагментаран карактер. Ретки су мултидисциплинарни приступи у изучавању конфликта у нашој и упоредној литератури.<sup>11</sup>

Термин конфликт често се поистовећује са термином *спор*. То поистовећивање и није толико спорно, мада је сам термин *спор* више својствен правној науци. Тако се у домаћој правној литератури наводи<sup>12</sup> да израз „спор“ значи „неслагање између два субјекта у једном животном односу од којих један нешто тврди, а други настоји да његово тврђење оповргне“. Ово је дефиниција спора као *животне ситуације* која није регулисана правом. Но, спор може настати и у *правним односима*, те може бити: грађанскоправни – када се несагласност тиче грађанских субјективних права; или кривичноправни – уколико постоји сумња да је почињено неко кривично дело; управни – који настаје на пољу управноправних односа, итд.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> *Теорија игара* представља самосталну научну дисциплину која проучава процес одлучивања у којем учествује већи број особа. О томе шта проучава теорија игара, видети, на пример, Божо Стојановић, *Теорија игара – елементи и примена*, Службени гласник, Београд, 2005, стр. 50–51, и на другим местима.

<sup>9</sup> Видети: Morton Deutch, „Субјективни моменти у разрешавању конфликта: психолошки, друштвени и културни утицаји“, у: Драган Попадић, Дијана Пруг, Тинде Ковач-Церовић, *op. cit.*, 1996, стр. 15–36.

<sup>10</sup> Видети: *ibid.*, стр. 15.

<sup>11</sup> Видети: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Издавачки центар Правног факултета Универзитета у Београду, Београд, 2009, стр. 194.

<sup>12</sup> Видети: Гордана Станковић, *Грађанско процесно право*, прва свеска, *Грађанско парнично процесно право*, Свен, Ниш, 2007, стр. 47.

<sup>13</sup> *Ibid.*, стр. 47–48.

Спорови могу настати у различитим сферама друштвеног живота. Узимајући у обзир чињеницу да су друштвени односи махом регулисани правом, у овом раду задржаћемо се на спорове који настају у *правној сфери*, тј. на тзв. *правне спорове*. У литератури<sup>14</sup> правни спор се дефинише као „животна ситуација у којој један правни субјект истиче своје право према другом, а овај оспорава да оно уопште постоји или тврди да не постоји према њему“. Постоји и оваква дефиниција правног спора, која се може срести у нашој процесноправној литератури: „Спор је несагласност странака о постојању и/или садржини једног правног односа, његовим битним елементима (субјектима, овлашћењима и обавезама), или о обавези једне странке на одређено понашање према другој“.<sup>15</sup>

Видели смо да спорови могу настати у различитим областима права: грађанској, кривичној, управној, радној, итд. Настанак и испољавање спорова у различитим областима права указује да се они могу разврстати на: грађанскоправне спорове, кривичноправне спорове, управноправне спорове, радноправне спорове, и друге.<sup>16</sup> *Предмет нашег интересовања јесу грађанскоправни спорови*. „Кад у развоју једног грађанскоправног односа дође до неслагања страна у том односу у погледу тог грађанскоправног односа, грађанског субјективног права или грађанскоправног захтева, каже се да је настао *грађанскоправни спор*.“<sup>17</sup> Поред неслагања две стране у грађанскоправном односу, грађанскоправни спор подразумева и *сукоб њихових интереса*.<sup>18</sup> Управо се у томе испољава сличност (правног) појма *спор*, у овом случају грађанскоправног, и појма *конфликт*: оба подразумевају да постоји сукоб интереса двеју (или више) страна.

## 2. Начини решавања (грађанскоправних) спорова

Као што се на феномен конфликта, и спора као правног израза конфликта,<sup>19</sup> гледа из различитих теоријских углова, тако се и начинима

<sup>14</sup> Видети: *Правна енциклопедија*, Београд, 1979, стр. 936.

<sup>15</sup> Видети: Боривоје Познић и Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, шеснаесто измењено и допуњено издање, Савремена администрација, Београд, 2010, стр. 6.

<sup>16</sup> Детаљније о класификацији правних спорова: Невена Петрушић, „Спорови у правним односима и медијација“, у: *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Правни факултет у Нишу, 2002, стр. 115–116.

<sup>17</sup> Цитат преузет из: Гордана Станковић, *op. cit.*, 2007, стр. 48.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Видети: Гашо Кнежевић, „Право и промене: АДР – промена у праву“, у: *Анали Правног факултета у Београду*, LIV, бр. 2, Правни факултет у Београду, 2006, стр. 132.

њиховог разрешења баве различите научне дисциплине. Већ споменути социо-психолошки приступ полази од тога да решавање проблема захтева заједнички напор обеју страна у трагању за обострано прихватљивим решењем.<sup>20</sup> Овај теоријски приступ наглашава *активно* учешће страна у решавању конфликта. Међутим, када није могуће решити проблем заједничким снагама (нпр. због постојања изразито супротстављених интереса), неопходно је окренути се другачијим методима решења проблема. Једна алтернатива јесте *индивидуално решавање проблема*, када стране покушавају да индивидуалним напорима дођу до заједничког решења (нпр. анализирају интересе друге стране и проналазе обострано корисно решење). Друга могућност јесте да се решење проблема повери *трећој страни*.<sup>21</sup> Даље, у социо-психолошкој литератури говори се о исходима решавања проблема, при чему се разликују: *компромис* као средње решење; *пристанак на процедуру одлучивања ко ће победити* (нпр. бацање новчића, повиновање одлуци треће стране, гласање и сл.); и *интегративна решења* (решења која повезују интересе двеју страна), која се, иначе, препоручују као најпожељнија, будући да смањују осећај сукоба и доприносе бољим односима између сукобљених страна.<sup>22</sup> За све наведене методе карактеристично је да се ради о покушају *мирног* решења конфликта, било активним учешћем сукобљених страна, било укључењем трећег лица. Примена силе је искључена.

С друге стране, у америчкој правној литератури<sup>23</sup> придаје се огроман значај тзв. *алтернативном решавању спорова* (скраћено *APC* – према нашој терминологији, односно на енглеском говорном подручју *ADR* – *alternative dispute resolution*). На овом месту напоменимо да алтернативно решавање спорова почиње да доминира у односу на државно суђење у америчкој правној пракси. Медијација, арбитража и други видови алтернативног решавања спорова све се више користе ради решавања спорова из различитих области права: породичног права, радног права, привредног права, права осигурања, итд.

---

<sup>20</sup> Видети: D. G. Pruitt, J. Z. Rubin, „Решавање проблема“, у: Драган Поподић, Дијана Прут, Тинде Ковач-Церовић, *op. cit.*, 1996, стр. 141.

<sup>21</sup> *Ibid.* стр. 142.

<sup>22</sup> У интегративна решења спадају: увећање колача, обештећење, ја теби – ти мени, смањивање губитака и премошћавање. Детаљније о томе: *ibid.*, стр. 143–150.

<sup>23</sup> Видети, рецимо, Katherine V. W. Stone, *Private Justice: the Law of Alternative Dispute Resolution*, Foundation Press, New York, 2000, стр. 1–5 и на другим местима.

Популарност алтернативног решавања спорова у великој мери последица је огромног незадовољства парницом, као „основног“ метода за решавање спорова. Парница је испољила многе недостатке, од којих се издвајају: неефикасност, нефлексибилност, формалност, и др. У овом раду, *ови недостаци парнице биће детаљније обрађени употребом економског инструментарија*.

У америчкој правној литератури<sup>24</sup> може се наћи следећа класификација метода решавања спорова: *адјудикативни*<sup>25</sup> *метод*, који укључује трећу страну – судију или арбитра; *консензуални метод*, где спадају: преговарање, медијација, концилијација (мирење) и др.; *комбиновани или мешовити метод*, под којим се подразумевају: медијација-арбитража (енг. *med-arb*), мини-парница (енг. *mini-trial*), рана неутрална евалуација (енг. *early neutral evaluation*) и остали поступци који се односе на неке посебне случајеве наношења штете великом броју лица (реч је наношењу штете азбестом, који је изазвао велику пажњу у америчкој јавности).<sup>26</sup> При том се адјудикативни и консензуални метод сматрају *примарним методима решења спорова*, док мешовити метод, као што сам назив сугерише, садржи *и адјудикативне и консензуалне елементе*. У овој класификацији, судско и арбитражно решавање спорова припадају истој класи, из чега произилази да основ обавезности одлуке (воља странака или ауторитет власти) не игра никакву улогу у подели. Пре би се могло рећи да је ова подела изведена по критеријуму *обавезности одлуке* којом се спор окончава.

Претходно наведеним начинима решавања спорова свакако се мора додати и један, не баш популаран, метод решавања спорова – *употреба силе*. У америчкој литератури<sup>27</sup> користи се термин „синдром силе“ или „право једног“, на супрот „синдрому компромиса“ или „праву двојице“ и „синдрому непристрасности“ или „праву трећег“. Употреба силе није својствена само појединцима, већ се обилато користи и у односима између држава. Иако сила

---

<sup>24</sup> Видети: Leonard L. Riskin, James E. Westbrook, *Dispute Resolution and Lawyers*, Second Edition, American Casebook Series, West Group, St. Paul, Minn., 1998, стр. 2–6.

<sup>25</sup> Термин *адјудикација* потиче од латинске речи *adjudicatio*, у значењу судско признање, досуда, или досуђивање.

<sup>26</sup> О *начинима решавања спорова* биће више речи у даљем раду. Сада ћемо се задржати само на основној подели.

<sup>27</sup> Видети: Thomas M. Franck, „The Structure of Impartiality: Examining the Riddle of One Law in a Fragmented World“, у: Tibor Várady, John J. Barceló III, Arthur T. von Mehren, *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, Second Edition, American Casebook Series, Thomson West, St. Paul, MN, 2003, стр. 2, и на другим местима.

може бити ефикасан метод решавања спорова, јер једна страна односи победу и спор се, бар привремено, решава,<sup>28</sup> ипак *примитивност* представља основни атрибут силе.<sup>29</sup>

И у нашој процесној литератури<sup>30</sup> истиче се да постоје различити начини за решавање грађанскоправних спорова. Генерално гледано, ти различити начини могу се сврстати у *судске и вансудске*. Пре свега, грађанскоправни спор може бити решен ако се титулар субјективног права *одрекне* захтева за остварење тог права. Даље, носилац правне обавезе може добровољно *пристати* да испуни своју обавезу и тиме признати постојање субјективног права титулара права. Примера ради, дужник пристаје да добровољно испуни дуг према повериоцу. Затим, спор може да буде решен и тако што ће стране *саме*, без интервенције са стране, покушати да нађу решење спора узајамним попуштањем. Тада се компромис јавља као последица *директних преговора* страна у спорном односу. Уколико не могу саме да реше сва спорна правна и фактичка питања, стране се могу обратити неком непристрасном трећем лицу. У том случају компромис је последица *посредних преговора*, пошто треће лице пружа помоћ и подршку у преговорима лицима која се споре.<sup>31</sup> Уколико ни један од ових начина не уроди плодом, остаје могућност судског решења спора. Тада се покреће парнични поступак по правилима парничне процедуре и спор се решава у *парници*. Решавање спора у парници подразумева ангажовање *скупог* државног апарата, који је специјализован за пружање правне помоћи.

### **3. Правни појмови у оквиру економске анализе парничног поступка**

У нашој правној литератури<sup>32</sup> истиче се да је парница *начин* решавања грађанскоправних спорова. При том, сматра се<sup>33</sup> да је парница *редован начин или метод* решавања оних грађанскоправних спорова који се нису могли решити на други начин. Парница је посебан правни однос, различит од

---

<sup>28</sup> Видети: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 211.

<sup>29</sup> Видети: Thomas M. Franck, *op. cit.*, 2003, стр. 3.

<sup>30</sup> Видети: Гордана Станковић, *op. cit.*, 2007, стр. 48–49.

<sup>31</sup> О појму и врсти директних и посредних преговора, видети: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 214, и на другим местима.

<sup>32</sup> Видети: Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, *Увод у грађанско право*, Пунта, Ниш, 2008, стр. 19.

<sup>33</sup> Видети: Гордана Станковић, *op. cit.*, 2007, стр. 49.



грађанскоправног односа, који настаје између суда и парничних странака и који је регулисан процесним нормама.<sup>34</sup> Произилази да је парница *тространи правни однос*, јер се у њему јављају три стране: суд и парничне странке (тужилац и тужени).<sup>35</sup> С друге стране, *парнични поступак* је скуп правних правила којима се регулише делатност парничних субјеката када се у парници решава спор.<sup>36</sup> Из ових дефиниција види се да „парница“ и „парнични поступак“ нису истог значења. Такође, и *спор*, као правни израз конфликта, нема идентично значење са *парницом*. Парница је само један од *метода* решавања спорова, а спор је *ситуација* до које долази у једном материјалноправном односу.<sup>37</sup> Према томе, *спор се решава у парници по правилима парничног поступка*.

Још једна важна дистинкција појма *парнице* и *парничног поступка* јесте да се парнични поступак покреће *тужбом*, а парница почиње достављањем тужбе туженом.<sup>38</sup> „Тужба је акт процесне иницијативе; то је акт којим се тужилац обраћа суду и она је, због тога, прва, почетна, иницијална парнична радња.“<sup>39</sup>

Не улазећи даље у правна објашњења ових појмова, будући да то није предмет нашег интересовања, напоменимо да су дефиниције ових појмова неопходне, пре свега, ради лакшег разумевања *економске анализе парнице и других метода решавања спорова*. Ова анализа првенствено подразумева употребу *економских појмова*, али се ти појмови нужно преплићу са правним појмовима, попут: парнице, тужбе, спора, поступка, итд. Но, за потребе економске анализе, будући да, поред *судске одлуке* као исхода поступка, испитујемо и економске импликације *поравнања*, користимо назив *економска анализа парничног поступка*, с обзиром на то да поравнање може бити склопљено, не само пре покретања, већ и у току трајања *парничног поступка*. Другим речима, у оквиру парничног поступка, могу се, *економски гледано*,

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, стр. 50.

<sup>35</sup> Видети: Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, *op. cit.*, 2008, стр. 19.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Видети: Гордана Станковић, *op. cit.*, 2007, стр. 50.

<sup>38</sup> Међутим, у нашем праву, и пре започињања парнице, постоји могућност да се покрене и спроведе један парнични поступак у коме се не решава спор, а то је *поступак за обезбеђење доказа*. Такође, парнични поступак може да буде покренут и да чак буде обустављен, иако парница није ни настала, пошто је суд одлучио да *одбацу тужбу*. Видети: *ibid.*, стр. 51.

<sup>39</sup> *Ibid.*, стр. 52.

упоредити два исхода, судска пресуда и поравнање. Према томе, у том контексту, користићемо назив *економска анализа парничног поступка*, мада би назив *економска анализа судских одлука и поравнања* свакако био најпрецизнији. Иако ни назив *економска анализа парнице* не би био погрешан<sup>40</sup> (у границама испитивања економских импликација овог правног института), определићемо се за гореспоменути назив (економска анализа парничног поступка), сматрајући да је то *шири појам* који обухвата и поравнање (*као један од могућих исхода поступка, поред судске одлуке*), будући да је *парница* ипак само *метод* решавања спорова. Парница, *сама по себи*, може се упоредити са *другим методима*, попут арбитраже, мини-парнице, медијације, непосредног преговарања, те ће се у том контексту користити назив *економска анализа парнице и АДР метода*.<sup>41</sup>

С обзиром на то да у нашој правној литератури није уобичајено да се правним институтима приступа из *економског угла*, поставља се питање *да ли се, и на који начин, парница, медијација, арбитража и други методи решавања спорова, могу анализирати употребом економског инструментарија*. Ово питање, иако неуобичајено за нашу правну теорију и праксу, више се и не поставља у страном литератури и пракси, пре свега америчкој. Другим речима, у Америци постоје бројни правници и економисти који се *подробно* баве овом проблематиком, те је питање *да ли се, и на који начин, правни институти могу проучавати са економског аспекта*, постало излишно. Наравно да се могу проучавати (на бази плодне америчке литературе и емпиријских истраживања), што ће бити, између осталог, предмет интересовања у овом раду.

Ради систематичности излагања, неопходно је приступити прво *економској анализи парничног поступка*, са акцентом, с једне стране, на подстицаје за покретање парничног поступка и вођење парнице и, с друге стране, на подстицаје за склапање поравнања. При том се ови подстицаји, и импликације које из њих произилазе, не проучавају изоловано један од другог,

---

<sup>40</sup> Аутор је свестан потребе за правничком прецизношћу појмова (будући да је и сам правник), али истовремено наглашава да испитивање економских импликација правних института не захтева *ригорозно* прецизну појмовну апаратуру, посебно ако се узме у обзир чињеница да није једноставно ускладити појмове из америчког и нашег правног система.

<sup>41</sup> У овом раду, уколико постоји потреба за тим, биће (накнадно) објашњени и други правни појмови.

већ у њиховој узајамној вези.<sup>42</sup> Пошто је истакнута важност алтернативних начина решавања спорова, чак и преимућство у односу на парницу (као редован метод решавања спорова), поставља се, генерално гледано, питање *економске оправданости АДР метода, односно да ли (АДР методи) генеришу виши или нижи ниво трошкова са појединачног и друштвеног аспекта, пре свега, компаративно посматрано у односу на парницу, али и међусобно гледано*. Једноставније речено, питање је да ли су медијација, арбитража и други АДР методи, заиста ефикаснији од парнице, као што се то уобичајено сматра, односно који је од тих АДР метода, првенствено у зависности од врсте спорова, ефикаснији? На ово питање покушаћемо да дамо одговор, руководећи се, првенствено, економском логиком, и то на бази развијених економских модела.

#### **4. Шта проучава економска анализа парничног поступка?**

*Економска анализа парничног поступка*, као део шире научне дисциплине *Економске анализе права (скр. ЕАП)*, проучава делатност парничних странака (тужиоца и туженог), као и ефекте материјалних и процесних правила на њихово понашање.<sup>43</sup> Предмет наше пажње јесу ефекти, пре свега, *грађанских процесних правила* на понашање потенцијалних и актуелних парничних странака. Основна питања у оквиру економске анализе парничног поступка јесу: на који начин процесна правила мењају подстицај тужиоца да подигне тужбу ради покретања парничног поступка; како та правила утичу и мењају подстицаје парничних странака да склопе поравнање; како она утичу на саму парничну делатност парничних странака, итд. Ради проучавања ових питања теоретичари економске анализе права развили су тзв. *економски модел парничног поступка*. Овај модел означава се и као *модел различитих перцепција или модел оптимизма*.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Уколико се, пак, изучавају одвојено, то се чини само из аналитичких разлога.

<sup>43</sup> Видети: Bruce H. Kobayashi, Jeffrey S. Parker, „Civil Procedure: General“, у: Boudewijn Bouckaert, Gerrit De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 722 p. ISBN 1 85898988 4, стр. 1.

<sup>44</sup> Пионирски радови у оквиру економске анализе парничног поступка (*посебно анализе избора између суђења, као фазе у парничном поступку, и поравнања*) везују се за следећа имена: Алан Фридман, видети: Alan E. Friedman, *An Analysis of Settlement*, Stanford Law Review, Vol. 22, 1969, стр. 67–100; затим, Вилијам Ландес, видети: William M. Landes, *An Economic Analysis of the Courts*, Journal of Law and Economics, Vol. 14, 1971, стр. 61–107; даље, Џон Гулд, видети: John P. Gould, *The Economics of Legal Conflicts*, Journal of Legal Studies, Vol. 2, 1973, стр. 279–300;

С обзиром на то да се парница традиционално проучава у оквиру правне науке, и у њеном оквиру процесног права, намеће се питање зашто би економисти, или правници економске провенијенције, били заинтересовани за проучавање једног *типичног* правног института? Одговор би могао бити:<sup>45</sup> прво, начин на који странке решавају своје спорове, рецимо, путем парнице или арбитраже, има велики утицај на *трошкове функционисања целокупног правног система (тзв. административне трошкове)*; друго, метод којим се спор решава, као и трошкови које изискује сваки метод понаособ, *стварају подстицаје код странака да избегавају потенцијалне спорове*; треће, економска анализа пружа објашњење због чега нека лица у спорном односу *склапају поравнање*, а друга *настављају парнице* до доношења правноснажне судске пресуде. Из ова три одговора произилазе три важне импликације.<sup>46</sup> Прво, будући да различити методи решавања спорова стварају различите трошкове, отвара се простор за *компаративну економску анализу* тих метода на основу критеријума економске ефикасности.<sup>47</sup> Друго, имајући у виду да различити методи, и трошкови које изискују, утичу на понашање потенцијалних странака, произилази да ти методи могу послужити као *средство за превенцију* будућих непожељних понашања и спорова. Треће, с обзиром на то да се економском анализом објашњавају подстицаји за склапање поравнања или вођење парнице, ствара се основа за примену *корективне политике* која би промоцијом поравнања снизила парничне трошкове.

---

свакако, Ричард Познер, видети: Richard A. Posner, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, Journal of Legal Studies, Vol. 2, 1973, стр. 399–458. Такође, један од најутицајнијих аутора на подручју економске анализе права, и у њеном оквиру економске анализе парнице и других метода решавања спорова, јесте *Стивен Шавел*, видети: Steven Shavell, *Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*, Journal of Legal Studies, Vol. 11, 1982, стр. 55–81. У даљем тексту: *Steven Shavell, 1982a*. Овом темом бавио се и *Мичели (Miceli)*, видети: Thomas J. Miceli, *Economics of the Law – Torts, Contracts, Property, Litigation*, Oxford University Press, New York, Oxford, 1997, стр. 156–180.

<sup>45</sup> Видети: Thomas J. Miceli, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford California, 2004, стр. 242.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> Критеријум економске ефикасности изазива доста полемика у теорији *ЕАП* и ван ње. Представљање свих концепата ефикасности, њихових недостатака и предности, изашло би из оквира овог рада и захтевало посебну елаборацију, али напоменимо да у нашем разматрању ефикасности парнице и *АДР* метода, претежно користимо концепт *Парето ефикасности*. *Парето оптимум* постоји ако никоме не може бити боље, а да другоме не буде горе. Стање у коме је могуће извршити алоцирање ресурса тако да се побољша нечији положај, а да се при том не погорша ничији положај, назива се *Парето побољшање*. Видети продубљену анализу различитих концепата ефикасности у теорији *ЕАП*: Richard O. Zerbe, *Economic Efficiency in Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2001.

## 5. Статистички подаци о (не)ефикасности парнице у Америци

У 75. највећих америчких држава, током 1996. године, од укупног броја парница за накнаду штете, највећи број односио се на штету која је последица саобраћајних несрећа (49%) и штету насталу услед повреде или угрожавања права својине (22%).<sup>48</sup> После ових парница, долазе парнице покренуте због штете услед несавесног лечења (12%), штете узроковане намерним деликтима<sup>49</sup> (4,8%), штете проузроковане од ствари с недостатком (2,3%), штете проузроковане азбестом (1,8%), итд. У укупно 10.278 парница учествовало је 37.561 парничних странака (тужилаца и тужених). Од укупног броја парничних странака, било је око 15.600 тужилаца и око 22.000 тужених.<sup>50</sup>

Одређени подаци<sup>51</sup> показују да је у Америци, у 2001. години, потрошено око 205,4 милијарди долара на судско решавање спорова, поравнање због физичких повреда, укључујући и административне трошкове осигуравајућих компанија. Ови подаци не укључују административне трошкове функционисања државе и федералних судова, као ни тзв. „индиректне трошкове“, попут трошкова тзв. *негативне одбрамбене медицине*.<sup>52</sup> Такође, у другој половини 20. века, трошкови подизања тужби повећали су се *по три пута већој стопи* у односу на укупну стопу раста америчке економије.<sup>53</sup> Може се рећи да је *амерички систем накнаде штете*<sup>54</sup> *веома скуп*.

<sup>48</sup> Исти тренд постојао је између 1.7.1991. године и 30.6.1992. године, јер је  $\frac{3}{4}$  од 750.000 тужби за накнаду штете у том периоду подигнуто због штете узроковане у аутомобилским несрећама и штете услед повреде права својине. Видети: K. Smith, Carol J. DeFrances, Patrick A. Langan, John Goerdt, *Tort Cases in Large Countries* (NCJ-153177), Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, 1995.

<sup>49</sup> *Намерни деликт* јесте врста грађанског деликта који је почињен са намером, за разлику од деликта почињеног из нехата и деликта почињеног независно од кривице. Видети: Constantinos E. Scaros, *All About Torts*, Prentice Hall, New Jersey, 2000, стр. 15.

<sup>50</sup> Видети: Marika F. X. Litras, Sidra Lea Gifford, Carol J. DeFrances, *Tort Trials and Verdicts in Large Countries* (NCJ-179769), U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, August 2000.

<sup>51</sup> Видети: Tillinghast-Towers Perrin, *U.S. Tort Costs 2000 Update: Trends and Findings on the Costs of the U.S. Tort System*, 2002, стр. 13 и стр. 18.

<sup>52</sup> *Негативна одбрамбена медицина* (енг. *negative defensive medicine*) је појава кад лекари налажу извођење непотребних тестова и прегледа пацијентима, због избегавања или минимизирања потенцијалне одговорности за штету због несавесног лечења. Видети: *Medical Malpractice Tort Limits and Health Care Spending*, The Congress of the United States, Congressional Budget Office, 2006, стр. 5, где је наведено према: Office of Technology Assessment, *Defensive medicine and Medical Malpractice*, ОТА-Н-602 (July 1994).

<sup>53</sup> Видети: Tillinghast-Towers Perrin, *op. cit.*, 2002, стр. 9.

<sup>54</sup> *Систем накнаде штете* је широк појам који обухвата *правила одитетног права*, која предвиђају накнаду штете у судском поступку, *правила осигурања* (која, такође, прописују

Овај закључак потврђују и *новији подаци*<sup>55</sup> – у 2002. години, трошкови целокупног система накнаде штете повећали су се за 13,3%, док су се у 2001. години повећали за 14,4%. Ако се ови подаци из 2001. и 2002. године упореде са растом трошкова у износу од 3,3% у периоду од 1991. године до 2000. године, очито је у којој мери је систем накнаде штете поскупео.<sup>56</sup> На данашњем нивоу, трошкови система накнаде штете једнаки су износу од 5% пореза на плате у САД-у. У 2002. години, амерички систем накнаде штете коштао је 233 милијарди долара (док је, као што је наведено, током 2001. године коштао 205,4 милијарди долара), или 809 долара по особи (87 долара више него у 2001. години). У последњих 50. година, трошкови система накнаде штете порасли су за више од 100 пута. Ако се тај раст (*фактор 100*) упореди са растом бруто домаћег производа (*фактор 35*)<sup>57</sup> и растом броја становника (*фактор 2*) у истом периоду, јасно је да је реч о *драматичним подацима*. Подаци из ове студије указују на наставак тренда повећања трошкова система накнаде штете наредних година, што све говори о неопходности *структурних реформи* унутар система накнаде штете, какве су предузете 1970-их година (измена законских правила о накнади штете у многим земљама, већа пажња на безбедност и контролу ризика, превенција тужби због несавесног лечења, итд).

---

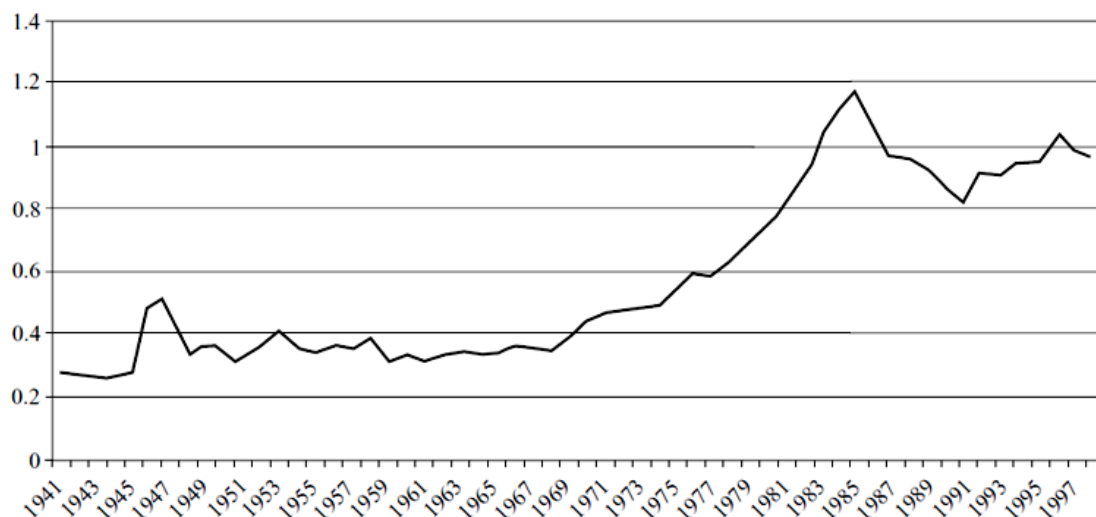
накнаду штете у специфичном односу између осигуравача, осигураника и трећих лица), *правила о несавесном лечењу* и друга правила која прописују накнаду штете. Овај појам се среће у америчким уџбеницима и књигама из области економске анализе права под називом *tort system*. Видети: нпр. Daniel H. Cole, Peter Z. Grossman, *Principles of Law and Economics*, Pearson Education, Inc., Upper Saddle River, New Jersey 07458, 2005, стр. 247. Такође, у америчкој литератури може се срести и термин *tort liability system*, који би се могао превести као *систем (вануговорне) одговорности за накнаду штете*. Видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *Law and Economics*, Addison-Wesley Longman, Reading Massachusetts, Menlo Park California, New York, Harlow England, Ontario, Sydney, Mexico City, Madrid, Amsterdam, 1999, стр. 355, и на другим местима. У суштини, ова два термина – систем накнаде штете и систем одговорности за накнаду штете, у америчкој литератури имају *истоветно значење* – обухватају *основна* материјална правила о накнади штете у парничном поступку, материјална правила о накнади штете по основу осигурања, материјална правила у вези са несавесним лечењем, материјална правила о одговорности произвођача за штету од ствари са недостатком, и друга правила.

<sup>55</sup> Видети: Tillinghast-Towers Perrin, *U.S. Tort Costs: 2003 Update Trends and Findings on the Costs of the U.S. Tort System*, 2003, стр. 1–20.

<sup>56</sup> Међутим, раст трошкова система накнаде штете у 2001. и 2002. години, сличан је расту трошкова 1950-их (11,6%), 1970-их (11,9%) и 1980-их (11,7%) година. У овим временским интервалима, раст трошкова увек је изнад 10%. Видети исту студију из 2003. године.

<sup>57</sup> У просеку, раст трошкова превазишао је раст бруто домаћег производа (*БДП*) у овом периоду за више од 2 до 3 процентна поена. Највећи диспарат забележен је 1950-их година (*скоро 6%*), док је 1990-их година раст *БДП* прешао раст трошкова (период стабилног економског раста и ниске инфлације без значајног повећања трошкова). 2002. године, трошкови система накнаде штете износе 2,23% од *БДП-а* – што је од 1990-их година највећи однос трошкова и *БДП-а*. Видети исту студију из 2003. године.

Тренд повећања трошкова система накнаде штете праћен је повећаним парничењем у САД-у. У вези с тим, Американци сnose парничне трошкове по глави становника знатно више него држављани других земаља у свету.<sup>58</sup> Број парничних поступака покренутих пред америчким обласним судовима, по глави становника, нагло се повећао, нарочито током 1970-их и раних 1980-их година. Графикон бр. 1<sup>59</sup> потврђује ове податке.



Графикон 1.

Податак да су укупни трошкови парнице, који обухватају и трошкове подизања тужби, доста високи, потврђује и чињеница да *правне услуге*, генерално гледано, чине 1% америчке радне снаге и 1,3% бруто домаћег производа.<sup>60</sup>

Тренд повећаног парничења и парничних трошкова довео је до повећане тражње за правним услугама и особама које их пружају – *адвокатима*. Мада се са великом сигурношћу може рећи да постоји и повратни ефекат – *повећање*

<sup>58</sup> Повећано парничење условљава поскупљење осигурања, нарочито осигурања лекара од одговорности за несавесно лечење. Суочени са плаћањем високих премија осигурања, високих одштета и трошкова парнице, лекари одустају од своје праксе или се селе у друге државе са јефтинијим системом осигурања. Све ово скупа се одразило на штету пацијената, који немају квалитетан приступ лекарима. Генерално гледано, дошло је пада квалитета здравствене заштите. Видети: *Addressing the New Health Care Crisis: Reforming the Medical Litigation System to Improve the Quality of Health Care*, U.S. Department of Health and Human Services Assistant Secretary for Planning and Evaluation Office of Disability, Aging and Long-Term Care Policy, March 2003.

<sup>59</sup> Графикон преузет из: Thomas J. Miceli, *op. cit.*, 2004, стр. 243.

<sup>60</sup> Видети: *Statistical Abstract of the United States, 2001*, Economics and Statistics Administration, U.S. Census Bureau, D.C.: U.S. Department of Commerce, табеле 596, 641, стр. 384 и стр. 418.

броја адвоката условило је повећање броја парница и парничних трошкова.<sup>61</sup> У САД-у постоји више од 800.000 адвоката,<sup>62</sup> што се може сматрати (пре)великим бројем, са аспекта максимизације друштвеног благостања.<sup>63</sup> Истиче се, на основу економских истраживања,<sup>64</sup> да је економски раст у једној држави у негативној корелацији са бројем правника (адвоката), за разлику од инжењера, у ком случају постоји позитивна корелација. Објашњење оваквог налаза јесте у томе што адвокати својом делатношћу доводе до *редистрибуције богатства*, док инжењери повећавају богатство смишљањем нових метода, којима се или минимизирају трошкови или се унапређују постојећи производи.<sup>65</sup> У вези с тим, *Ричард Познер (Richard Posner)*, ипак, наглашава<sup>66</sup> и позитивну улогу адвоката у друштву: пружање заштите права својине, од које зависи увећање друштвеног богатства; допринос резултатима који немају типичну тржишну вредност, и самим тим нису део *БДП-а*, попут заштите животне средине; затим, заштита грађанских права, итд.

## **6. Тренд повећања административних трошкова у Америци**

У претходним одељцима, у више наврата, наведени су тзв. *административни трошкови*. С тим у вези, намеће се питање њиховог прецизног одређења, као и навођења њихових појавних облика. Одговор на ово

---

<sup>61</sup> Видети: Thomas J. Miceli, *op. cit.*, 2004, стр. 243, фуснота бр. 2.

<sup>62</sup> Одређена истраживања, такође, потврђују тренд повећања броја адвоката у САД-у у другој половини 20. века, при чему се тај тренд мало успорио у периоду од 1991. године до 1999. године. Но, будући да се релативни ниво зарада адвоката у споменутом периоду повећања броја адвоката није значајно променио, следи да се тржиште адвокатских услуга није заситило, тј. да није дошло до превеликог повећања броја адвоката. Видети: Sherwin Rosen, *The Market for Lawyers*, *Journal of Law and Economics*, Vol. 35, No. 2, 1992, стр. 215–246.

<sup>63</sup> Видети: Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business, New York, 1998, стр. 647.

<sup>64</sup> *Ibid.*, стр. 647–648, где је наведено према истраживању: Kevin M. Murphy, Andrei Shleifer, Robert W. Vishny, *The Allocation of Talent: Implications for Growth*, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 106, Issue 2, May 1991, стр. 503–530.

<sup>65</sup> Иначе, ово истраживање, такође, показује да најспособнији млади људи у Америци радије бирају редистрибутивна занимања, попут правничког позива, у односу на продуктивнија занимања, као што су инжењерска. Они постају „трагаоци за рентом“ (енг. *rent seekers*), а не произвођачи. То је један од фактора *пада продуктивности* у Америци, поред лошег квалитета школства, опадања релативног нивоа плата радника са средњом стручном спремом и низа других фактора. Видети закључке претходно наведеног истраживања: Kevin M. Murphy, Andrei Shleifer, Robert W. Vishny, *op. cit.*, 1991, стр. 529–530.

<sup>66</sup> Видети: Richard A. Posner, *op. cit.*, 1998, стр. 648.



питање од посебне је важности, будући да административни трошкови чине важан део очекиваних друштвених трошкова парничног поступка.<sup>67</sup>

Ваљало би одмах истаћи да горенаведени *хонорари које адвокати наплаћују за своје правне услуге*, представљају важан део трошкова функционисања правног система или део тзв. *административних трошкова* (скр. АТ).<sup>68</sup> Административне трошкове чине различите врсте трошкова, који настају приликом вансудског решавања спора или у случају покретања парничног поступка и решавања спора ангажовањем државног апарата. Ови трошкови укључују *време и новац* које утроше починиоци штете, оштећени и њихови правни заступници и осигуравачи, у циљу покретања и вођења вансудског или судског поступка. Административни трошкови, такође, обухватају и *трошкове функционисања и одржавања судског система*.<sup>69</sup>

Административни трошкови настају услед потребе за *алоцирањем трошкова штета*, које су последица несрећних случајева.<sup>70</sup> Трошкови разних врста штета могу се алоцирати, генерално узев, на два начина: вансудским или судским путем. Административни трошкови вансудског решавања спорова могу бити веома значајни, због чињенице да је висока *учесталост* решавања спорова вансудским путем.<sup>71</sup> Због тога се сматра<sup>72</sup> да је погрешно везивати административне трошкове само за трошкове парничног поступка. Но, у случају решавања спора судским путем, настају трошкови плаћања судија, поротника и вештака; трошкови извођења доказа; трошкови позивања, итд. Томе треба додати и трошкове одржавања зграда, судница и других просторија, трошкове обезбеђења судских зграда и друге врсте трошкова.

<sup>67</sup> Очекивани друштвени трошкови парничног поступка биће предмет посебне анализе у наредној глави.

<sup>68</sup> Административни трошкови, у суштини, представљају *транзакционе трошкове*. Ми ћемо административне трошкове посматрати као *посебну врсту* транзакционих трошкова и одвојено их анализирати у односу на друге врсте транзакционих трошкова.

<sup>69</sup> Видети: Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2007, стр. 262.

<sup>70</sup> Видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 321.

<sup>71</sup> Примера ради, у Великој Британији забележено је да је 99% спорова решено *поравнањем*, а не суђењем. Видети различите студије које то поткрепљују у: Patrick Atiyah, *Accidents, Compensation and the Law*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1980, стр. 296–297. Такође, статистички подаци у Америци показују сличан тренд – окончање спорова *претежно* склапањем споразума о поравнању. У периоду од 1988. године до 1997. године, од свих грађанскоправних спорова пред америчким обласним судовима, *мање од 5%* решено је судским путем. Тачније речено, *мање од 5%* случајева завршило је на суђењу, од чега је сигурно одређен проценат окончан повлачењем тужбе. Слични подаци односе се и на државне судове у Америци. Видети: Thomas J. Miceli, *op. cit.*, 2004, стр. 244–255, где је наведено према подацима из *Statistical Abstract of the U.S* за поменути период.

<sup>72</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2007, стр. 263.

Статистички подаци у Америци показују значајан удео административних трошкова у укупним трошковима система накнаде штете. Неке студије<sup>73</sup> указују да се, у просеку, ти трошкови (узимајући у обзир и парницу и поравнање), приближавају или чак премашују износ новца који оштећени добијају на име накнаде штете од починилаца штете. На пример,<sup>74</sup> у парницама поводом штета од азбеста, на сваких 2,71\$ утрошен од стране тужених и њихових осигуравача, на трошкове њихове одбране отпада 1\$, парничне трошкове тужилаца 0,71\$ и на износ накнаде штете (који су добили тужиоци) 1\$. Следи да су тужиоци добили (на име накнаде штете) око 37% од укупно утрошених средстава у парницама поводом штета од азбеста, док остали део (63%) чине само трошкови које су парнични субјекти имали поводом и у вези са парницом. Ово је, заиста, огроман износ парничних трошкова (административних трошкова), утрошен у овој врсти парница.

Друге студије<sup>75</sup> показују да административни трошкови (мисли се на хонораре адвоката, плате судија и осталог особља, одржавање судских зграда) износе 2,2 милијарде долара за све грађанскоправне спорове који су покренути пред америчким државним и федералним судовима.<sup>76</sup> Толико износе државни издаци у сврху решавања грађанскоправних спорова у Америци у споменутом периоду, од чега је највише новца потрошено на спорове поводом повреде уговора и „остале грађанске спорове“ (преко милијарду долара), будући да ти спорови чине више од половине свих спорова изнесених на решавање пред државним судовима.

---

<sup>73</sup> Видети: James Kakalik, Patricia Ebener, William Felstiner, Michael Shanley, *Costs of Asbestos Litigation*, Report R-3042-ICJ, Rand Corporation, Santa Monica, 1983.

<sup>74</sup> *Ibid.*, стр. viii.

<sup>75</sup> Видети: James Kakalik, R.L. Ross, *Cost of the Civil Justice System: Court Expenditures for Various Types of Civil Cases*, Report R-2985-ICJ, Rand Corporation, Santa Monica, 1983, стр. xix–xx.

<sup>76</sup> Подаци се односе на *фискалну 1980. годину* за државне судове (енг. *state courts*) и на *фискалну 1981. годину* за обласне судове (енг. *U.S. District Courts*), финансиране са федералног нивоа.

## ГЛАВА 2

### ОСНОВНИ ЕКОНОМСКИ МОДЕЛ ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА

#### *1. Појам друштвених трошкова парничног поступка*

С економске тачке гледишта, циљ одштетног права,<sup>77</sup> поред *правичне компензације*, требало би да буде смањење (збира) две врсте трошкова: трошкова несрећних случајева (штете) и трошкова превенције истих (предузимања мера пажње). *Смањење ових трошкова јесте главни циљ одштетног права*. Овај циљ обухвата три подциља – *смањење примарних, секундарних и терцијарних трошкова*. Другим речима, подциљеви одштетног права јесу: *снижење примарних трошкова несрећа – броја и озбиљности несрећа* (преко забране одређених активности које узрокују штету или чињењем да те активности постану скупе и тиме мање атрактивне); *снижење секундарних трошкова несрећа – друштвених трошкова несрећних случајева који настају након несрећа* (методом „ширења трошкова“<sup>78</sup> и методом „дубоких цепова“<sup>79</sup>); као и *снижење терцијарних трошкова – тзв. административних трошкова*.<sup>80</sup>

*Очекивани друштвени трошкови штета* могу се искористити као *инструмент* за процењивање ефикасности одштетног права, односно система накнаде штете (ако се укључи осигурање, несавесно лечење, итд).<sup>81</sup> По

---

<sup>77</sup> Детаљније о циљевима одштетног права: Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A legal and Economic Analysis*, New Haven and London, Yale University Press, 1970, стр. 24–33. Иначе, ова књига веома је значајна за савремени развој и афирмацију научне дисциплине економске анализе права, у делу одштетног права.

<sup>78</sup> „Раширити трошкове“ значи да одузети велику суму новца од једне особе несумњиво води као алокативној дисторзији него одузети малу суму новца од великог броја лица.

<sup>79</sup> „Метод дубоких цепова“ значи да се постиже мања алокативна дисторзија ако се трошкови штете пребаце на особе већег имовног стања.

<sup>80</sup> Постоје и *екстерни циљеви* који се остварују одштетним правом. Према мишљењу Калабресија, они се огледају у смањењу неједнакости у дистрибуцији доходака, или скривеном субвенционисању одређених грана индустрије. Овај аутор наглашава *негативан карактер* екстерних циљева одштетног права. Видети: Guido Calabresi, *op. cit.*, стр. 31–33.

<sup>81</sup> О томе постоји богата литература, видети, рецимо, Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 287–371; или Daniel H. Cole, Peter Z. Grossman, *op. cit.*, 2005, стр. 205–271; или А. М.

аналогји са очекиваним друштвеним трошковима штета, и *очекивани друштвени трошкови парничног поступка (парнице)* могу послужити као средство (или инструмент) за анализу процесних правила, са економског аспекта. Питање које се намеће гласи: *шта су то очекивани друштвени трошкови парничног поступка?*

Очекивани друштвени трошкови парничног поступка обухватају две врсте трошкова: *административне трошкове (AT)* и *трошкове учињених грешака од стране судија (TG)*.<sup>82</sup> Уколико се процесна правила схвате као *инструмент* за имплементацију материјалних правила, њихова примена изискује трошкове у виду ангажовања судског апарата, његовог функционисања, трошкова извођења доказа, итд. Као што је раније истакнуто, ови трошкови означавају се као *административни трошкови*. С друге стране, судије могу да начине грешке у приликом утврђивања одговорних лица, одређивања висине штете и одштете и томе слично. Овакве грешке генеришу трошкове, који се означавају као *трошкови грешака*.<sup>83</sup> Рецимо, ако се претпостави да је суд погрешно проценио висину штете,<sup>84</sup> досуђена одштета неће задовољити принцип потпуне накнаде штете,<sup>85</sup> који је установљен ради заштите интереса оштећених лица. Ако је досуђена одштета *нижа* од потпуне накнаде, то практично значи да ће починилац штете *екстернализовати* део трошкова штете на оштећеног. Последица тога јесте да починилац штете *неће добити ефикасне подстицаје* по питању превенције штете, будући да неће сносити пуне трошкове штете. Ако би досуђена одштета била *виша* од потпуне накнаде, починилац штете би добио подстицаје да предузме већи ниво пажње. Другим речима, повећање пажње починиоца штете настаје ако је досуђена одштета *виша* од потпуне накнаде, и обрнуто – смањење пажње починиоца штете настаје ако је досуђена одштета *нижа* од потпуне накнаде. Може се

---

Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, Aspen Publishers, New York, 2003, стр. 43–56, стр. 71–78, стр. 113–123, стр. 135–146, и др.

<sup>82</sup> У даљем тексту користићемо израз *трошкови грешака*. Ради лакшег изражавања некада ћемо користити термин *трошкови грешака* (мн.), а некада *трошак грешака* (јед.). Исто се односи и на административне трошкове.

<sup>83</sup> Видети о грешкама судија: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 316–320.

<sup>84</sup> Утврђивање висине штете представља основу за одређивање висине накнаде штете (одштете).

<sup>85</sup> Под претпоставком примене *правила о објективној одговорности* и права оштећеног на *потпуну накнаду*.

навести и други пример у вези са *утврђивањем одговорних лица*. Ако се пође од тога да суд није тачно утврдио ко је проузроковао штету, следи да оваква грешка смањује очекивану одговорност потенцијалног починиоца штете. Ако се смањује очекивана одговорност потенцијалног починиоца штете, он ће, свакако, бити мање пажљив.<sup>86</sup> С друге стране, ако се претпостави да је суд огласио кривим лице које није криво, тиме се стварају подстицаји за избегавање оних активности које се везују за погрешно утврђену одговорност. Ова два примера (утврђивање висине одштете и одговорности за причињену штету) указују да грешке судија могу за последицу имати стварање *неефикасних подстицаја у погледу превенције штета*, што даље доводи до тога да број штета и штетних догађаја не буде на друштвено ефикасном нивоу. Конкретније речено, настаће (пре)велики број штетних догађаја и штета, као последица учињених судијских грешака.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> У овом случају резултат је исти као и код грешака суда у одређивању висине штете. Дакле, постоји мањак пажње, ако суд погрешно утврђује одговорна лица, и вишак пажње, ако суд правилно утврђује одговорна лица. Што је већа вероватноћа утврђивања одговорности за штету, то је већа пажња и обрнуто, при чему је висина те вероватноће последица *тачног или нетачног утврђивања одговорних лица за проузроковану штету*.

<sup>87</sup> То се може исказати и на другачији начин: претпоставимо да очекивана штета износи *10.000 динара* и да трошак предузимања (мера) пажње у циљу превенције штете од стране потенцијалног починиоца штете износи *9.000 динара* (предузимање мера пажње од стране потенцијалног оштећеног занемарујемо у овој анализи). Под претпоставком објективне одговорности за штету и/или одговорности за непажњу, потенцијални починилац штете (*као рационалан појединац*) избегао би штетни догађај и очекивану штету (у износу од *10.000 динара*), јер би му се исплатило улагање у превенцију исте (*9.000 динара*). Међутим, ако се претпостави да у постојећем судском систему судије чине грешке у одређивању одговорних лица, потенцијална одговорност свих починилаца штете би се смањила или елиминисала. Рецимо, ако је *20%* вероватноћа да судије начине такву врсту грешака у свим случајевима – тада ће износ очекиване штете пасти са *10.000 динара* на *8.000 динара*. С обзиром на то да је износ очекиване штете од *8.000 динара* нижи од трошкова превенције штете од *9.000 динара*, потенцијалном починиоцу штете не би се исплатило да улаже ресурсе у превентивне сврхе. Према томе, *резултат ће бити нето друштвени губитак у износу од 1.000 динара, тј. трошак грешке ће бити 1.000 динара* (очекивана штета у износу од *10.000 динара* минус трошкови превенције у износу од *9.000 динара* представља *1.000 динара* стварне штете која неће бити спречена због грешака судија у одређивању одговорности починилаца штете са вероватноћом од *20%*). Но, може се поставити као (друштвени) циљ *смањење трошкова судијских грешака*. Рецимо, циљ је смањити вероватноћу грешака судија са *20%* на *15%*, за шта је потребно додатно улагање у судски систем од *2.000 динара* по несрећном догађају. Може се, у ствари, приметити да *административни трошак* износи *2.000 динара* по несрећном догађају. *Питање је да ли се исплати додатно улагање у судски систем?* Одговор је негативан, будући да је, у наведеном примеру, трошак грешке од *1.000 динара* нижи од административног трошка од *2.000 динара*, а који је потребан ради смањења вероватноће судијских грешака са *20%* на *15%*. Према томе, произилази да је, економски гледано, боље *толерисати* настанак судијских грешака са вероватноћом од *20%*, него покушати са њиховим смањењем на *15%*. Пример базиран према: Richard A. Posner, *op. cit.*, 1998, стр. 599.

## 2. Минимизација друштвених трошкова парничног поступка

Економска анализа парничног поступка сугерише да је, с друштвеног аспекта гледано, *минимизација очекиваних друштвених трошкова парничног поступка* пожељан циљ. Другим речима, економске последице које произилазе из процесних правила која регулишу парнични поступак требало би да се огледају у минимизацији (збира) административних трошкова (*AT*) и трошкова грешака (*TG*).<sup>88</sup> Ако *друштвене трошкове парничног поступка (парнице)* означимо са *DTP*, добијамо следећу једначину:

$$\mathit{min. DTP} = AT + TG$$

Но, поставља се питање како измерити друштвене трошкове парничног поступка, с обзиром на то да је једна компонента тих трошкова – *трошкови грешака*, тешко мерљива. Наиме, административни трошкови (*као друга компонента DTP-a*) лако су мерљиви, јер они обухватају: трошкове подизања тужби, трошкове преговарања између странака, трошкове размене информација између странака, трошкове предузимања парничних радњи у парничном поступку, трошкове подношења правних лекова у жалбеном поступку, итд.<sup>89</sup> Ови трошкови могу се *експлицитно* изразити у новчаном облику. Међутим, када је реч о трошковима грешака, питање је по ком *критеријуму* се могу измерити? Сматра се да је за мерење ових трошкова потребан тзв. *стандард перфекције*.<sup>90</sup> Стандард перфекције подразумева да суд има савршене информације када доноси коначну одлуку. Рецимо, суд треба да одреди висину одштете, ако штета износи *10.000 динара*. Под претпоставком поседовања *свих* информација о фактичким и правним питањима, суд ће досудити висину одштете у износу од *10.000 динара*. Тиме је суд задовољио принцип потпуне (интегралне) накнаде штете.<sup>91</sup> Ако суд нема савршене информације о овим питањима, као што заиста

<sup>88</sup> Видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 376.

<sup>89</sup> На овом месту наведени су *административни трошкови у ужем смислу*, јер се односе само на парнични поступак и његове различите фазе. У ширем смислу, као што је већ речено, административни трошкови обухватају и плате судија, хонораре адвоката, трошкове одржавања судских зграда, итд. Фокус наше пажње биће *административни трошкови у ужем смислу*, а у супротном, биће наглашено.

<sup>90</sup> Видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 376–377.

<sup>91</sup> Може се приметити да стандард перфекције, у ствари, подразумева задовољење принципа потпуне накнаде.

и нема увек у пракси, онда ће досуђена одштета бити *испод* потпуне накнаде штете. Разлика између досуђене одштете и потпуне накнаде штете представља *величину учињене судијске грешке*. Ако се пође од тога да се систематски досуђује одштета испод потпуне накнаде, тиме се искривљују подстицаји за ефикасну пажњу.<sup>92</sup>

### **3. Израчунавање очекиване вредности од тужбеног захтева, суђења и поравнања**

Статистички подаци које смо изнели указују на *повећање броја покренутих парничних поступака у САД-у*. Међутим, питање је да ли су ти статистички подаци (апсолутно) веродостојни, јер се многи спорови реше склапањем *уговора о поравнању* без формалног подизања тужбе, или неким алтернативним методом – рецимо, *арбитражом*.<sup>93</sup> Такође, на графикону бр. 1, који показује повећан број парничних поступака у Америци, нарочито током 1970-их и 1980-их година, може се уочити и супротна тенденција – *пад броја парничних поступака у периоду од 1988. године до 1997. године*. У том периоду, и то сваке године засебно, мање од 5% свих спорова који су изнети на решавање пред судом, заиста је и довео до суђења.<sup>94</sup> Управо ови подаци сугеришу да је дошло до *повећања броја склопљених уговора о поравнању*. Тиме долазимо до једног од кључних питања у овом раду: *који су то фактори који доводе до покретања парничног поступка и вођења парнице?* Економски речено, питање гласи: *који су то подстицаји који доводе до покретања парничног поступка, и зашто појединци приступају преговарању и склапању поравнања уместо да*

---

<sup>92</sup> На пример, ако произвођач очекује плаћање одштете која ће бити нижа од причињене штете, неће предузети додатне превентивне мере зарад смањења очекиване штете. Антиципирајући нижи степен одговорности (у питању је објективна одговорност произвођача ствари са недостатком која је ефикаснија од одговорности за непажњу, када је реч о уговорном односу између произвођача ствари са недостатком и купца тих ствари; детаљније о томе: А. М. Polinsky, *op. cit.*, 2003, стр. 113–123), произвођач може снизити контролу квалитета својих производа, ради уштеде трошкова контроле, и тиме проузроковати додатну штету купцима производа са недостатком. Рецимо, произвођач штеди *1.000 динара* на име контроле квалитета, али узрокује додатних *5.000 динара* купцима производа са недостатком. Тада друштвени трошак грешке, у нето облику, износи *4.000 динара*, због снижења квалитета контроле производа. У овом случају, друштвени трошак грешке јесте мерљив, *али ће у многим случајевима остати без јасне и прецизне мере*. Пример је базиран, проширен и прилагођен раду према: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 377.

<sup>93</sup> Видети: Steven Shavell, *Temelji ekonomske analize prava*, Mate, Zagreb, 2009, стр. 388.

<sup>94</sup> Вероватно је један број грађанскоправних спорова окончан *повлачењем тужбе*. Видети: Thomas J. Miceli, *op. cit.*, 2004, стр. 244.

*наставе са парничењем до доношења правоснажне судске одлуке? Одговор на ова и бројна друга питања пружа економска теорија!*

Прво је неопходно утврдити који је то фактор који подстиче рационалног појединца да покрене парнични поступак.<sup>95</sup> Тужилац ће подићи тужбу,<sup>96</sup> иницирајући парнични поступак, *ако и само ако је трошак подизања тужбе (ТТ)<sup>97</sup> нижи од његове очекиване вредности<sup>98</sup> од тужбеног захтева (OVTZ).*<sup>99</sup> При том, тужилац може очекивати одређени добитак (исплату) од тужбеног захтева на основу *склопљеног поравнања*<sup>100</sup> или на темељу *судске пресуде*.<sup>101</sup> Очекивана вредност од тужбеног захтева базира се на процени вероватноће догађаја након подизања тужбе и добитка који сваки догађај носи са собом. Рационални тужилац процењује, рецимо, да ли може доћи до *поравнања* и колики добитак може очекивати по том основу.<sup>102</sup> Примера ради, тужилац може очекивати да ће, на основу директних преговора са тужеником, склопити уговор о вансудском поравнању<sup>103</sup> са вероватноћом од 70%. Ако се преговарање

---

<sup>95</sup> У економској анализи парничног поступка занемарује се природа спора између странака. Другим речима, спор може бити последица повреде уговора, повреде права својине, саобраћајне несреће, итд. Битно је да тужилац тврди да му је нанета *материјална штета* и да захтева *новчану компензацију*.

<sup>96</sup> Тужилац у тужби захтева од суда пружање правне заштите одређене садржине и то његово тражење, садржано у тужби, представља његов *тужбени захтев*.

<sup>97</sup> Општепознато је да подизање тужбе изискује одређене трошкове, попут: плаћања хонорара адвоката, трошкова писања тужбе, плаћања судске таксе, итд.

<sup>98</sup> „Очекивана вредност (средња вредност, математичко очекивање) случајне променљиве јесте параметар расподеле који даје информацију о положају расподеле, тако што одређује њен центар и на тај начин представља меру централне тенденције расподеле.“ Дефиниција преузета из: Владислав М. Милошевић, *Теорија вероватноће II, случајне променљиве и њихове расподеле*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 2000, стр. 92.

<sup>99</sup> У економском моделу који се даље развија, претпоставка је да су тужилац и тужени *неутрални на ризик*. У супротном – ако нису неутрални, биће посебно наглашено. Такође, једна од базичних претпоставки јесте да су парничне странке *рационални доносиоци одлука*.

<sup>100</sup> Реч о покушају поравнања *након подизања тужбе*. У економској анализи која следи, основна претпоставка јесте да се ради о покушају поравнања после подизања тужбе, а у супротном нагласиће се. Ова основна претпоставка подразумева да је *тужба већ подигнута* и *парнични поступак покренут*.

<sup>101</sup> Очекивана вредност од тужбеног захтева зависи од тога ко сноси парничне трошкове. Ако је реч о *америчком правном систему*, свака страна сноси своје трошкове, а уколико се ради о *европском правном систему*, онда она страна која изгуби у парницу сноси све трошкове. За сада, задржаћемо се на овој напомени, а касније биће детаљније објашњена разлика између ових различитих правила о сношењу парничних трошкова.

<sup>102</sup> Наравно, у процени догађаја након подизања тужбе, тужилац може и треба да се ослони на стручну помоћ адвоката.

<sup>103</sup> Правно гледано, поравнањем се окончава спор путем преговора и закључењем уговора (споразума) на бази узајамних попуштања. Поравнање може бити вансудско и судско. Разлика се своди на то да *судско поравнање* производи и материјалноправна дејства (модификација постојећих спорних односа) и процесноправна дејства (окончање парничног поступка, дејство правоснажности и дејство извршности), док *вансудско поравнање* производи само материјалноправна дејства. Такође, разлика је у томе што је вансудско поравнање последица



успешно заврши, претпоставимо да ће се поравнати са другом страном у износу од 40 динара, и да ће платити трошкове преговарања у износу од 10 динара. С друге стране, вероватноћа неуспеха преговарања и склапања уговора о поравнању у овом примеру износиће 30%. Ако би којим случајем дошло до неуспеха у преговорима, тужилац би наставио са предузимањем парничних радњи у парничном поступку. Претпоставимо да очекивана вредност од суђења у првом степену износи 20 динара. Уколико би ове бројеве<sup>104</sup> математички изразили, добили би *очекивану вредност од преговора и поравнања (OVP)*:

$$OVP = 70\% (40 - 10) + 30\% (20) = 21 + 6 = 27$$

Овом једноставном рачуницом произилази да је очекивана вредност од поравнања *позитивна*, што значи да би рационални тужилац, у овој фази поступка, *склопио поравнање*. На сличан начин може се израчунати и *очекивана вредност од суђења у првом степену (OVS<sub>1</sub>)*<sup>105</sup> и *очекивана вредност од суђења у другом степену (OVS<sub>2</sub>)*, наравно, под условом да жалба буде поднета.

Може се поставити питање у вези са *улогом туженог* у претходној економској анализи. Другим речима, питање је како ће се тужени понашати у економском моделу развијеном на претходним претпоставкама. Одговор је да би рационални тужени требало да минимизира *очекивани губитак* који настаје на темељу његове одговорности за накнаду штете. Стога ће се тужени понашати на *рационалан начин* као и тужилац – *тужилац ће максимизирати очекивани добитак, а тужени ће минимизирати очекивани губитак (очекивани трошак одговорности)*.

---

директних преговора странака, док судско поравнање подразумева активну улогу суда у склапању поравнања предузимањем одређених радњи, без задирања у аутономију странака. И судско и вансудско поравнање могу се склопити пре утужења (*превентивно*), али и након утужења (*кумулятивно са парницом*). Видети више о томе: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 219–224. У економској анализи парничног поступка ова подела поравнања у основи је мањег значаја него у правној теорији, а у супротном, нагласиће се.

<sup>104</sup> Бројеви су произвољно узети, како би се разумео начин израчунавања очекиване вредности од склапања поравнања.

<sup>105</sup> Очекивана вредност од суђења представља *елемент* очекиване вредности од тужбеног захтева, као што и очекивана вредност од поравнања представља *компоненту* очекиване вредности од тужбеног захтева. Другим речима, тужилац подиже тужбу очекујући добитак (исплату) или од поравнања или од судске пресуде, као коначним исходима парничног поступка. Поновимо, акценат је на *поравнању после утужења*, као једном од могућих исхода у парничном поступку, и *суђењу*, у смислу *његовог трајања и окончања судском пресудом*, која (*пресуда*) би представљала други могући исход у парничном поступку. Сваки исход доноси одређену новчану исплату тужиоцу, на чему и базира своју процену приликом подизања тужбе.

#### 4. Фактори који утичу на покретање парничног поступка и вођење парнице

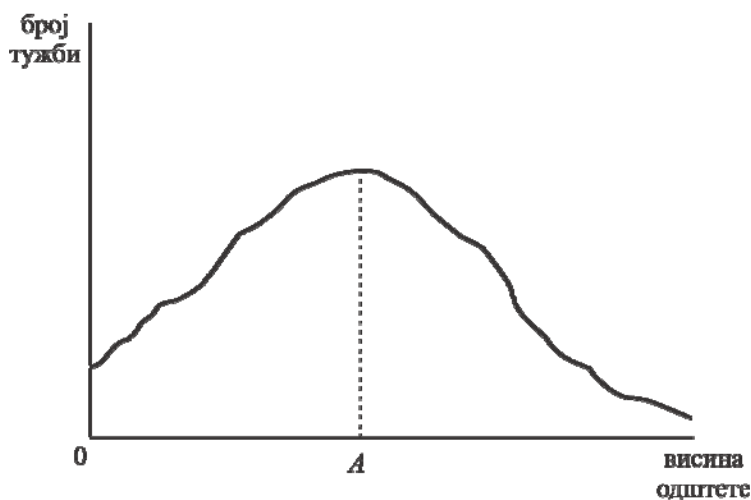
Поред основног услова за покретање парничног поступка – позитивне разлике између очекиване вредности од тужбеног захтева (*OVTZ*) и трошка подизања тужбе (*TT*), постоје и фактори који детерминишу одлуку о настављању учествовања у парници или склапању поравнања. Битно је истаћи да је подизање тужбе, самим тим и покретање поступка, вероватније у следећим случајевима: ако је већа вероватноћа да тужилац добије парницу; уколико је већа очекивана новчана накнада (под условом да тужилац добије парницу); ако су трошкови поступка нижи (укључујући и хонораре адвоката); и ако тужилац нема аверзију према ризику, односно тужени има аверзију према ризику.<sup>106</sup> Свакако, подизање тужбе је вероватније и ако се повећа стопа штетних догађаја који узрокују штету тужиоцу. Примера ради, ако се очекује већа новчана накнада на основу пресуде, већа је и очекивана вредност од суђења у првом степену (*OVS<sub>1</sub>*), што даље за последицу има повећање очекиване вредности од тужбеног захтева (*OVTZ*).<sup>107</sup> Крајња последица јесте повећање броја подигнутих тужби. Међутим, као што је речено, ако би досуђена одштета била већа од потпуне накнаде штете, починилац штете (тужени) би добио подстицај да предузме већи степен пажње. Са предузимањем већег степена пажње, потенцијални тужени даје мање повода за настанак штете и тиме индиректно утиче на смањење броја подигнутих тужби. Тиме долазимо до закључка да од висине очекиване одштете зависи број подигнутих тужби. Но, висина одштете не може се повећавати у недоглед, јер са њеним даљим повећањем смањује се вероватноћа подизања тужби, пошто потенцијални тужени предузима додатне превентивне мере да би избегао плаћање високе одштете. Ово се може и графички приказати:<sup>108</sup> на слици бр. 2 хоризонтална линија показује висину одштете, а вертикална линија број подигнутих тужби. Број тужби је највећи, када је висина одштете у тачки А. Мало повећање одштете у било којој тачки на хоризонталној оси која се налази лево од тачке А, доводи до повећања броја

<sup>106</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 388.

<sup>107</sup> Речено је да је очекивана вредност од суђења елеменат очекиване вредности од тужбеног захтева.

<sup>108</sup> Графикон преузет из: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 382.

тужби. С друге стране, мало повећање одштете у било којој тачки на хоризонталној оси која се налази десно од тачке А, доводи до смањења броја тужби.



Слика 2.

Даље, странке могу имати подстицај да спор реше вансудским поравнањем на основу директних преговора.<sup>109</sup> Фактор који детерминише овај подстицај јесте *перцепција вероватноће победе на суђењу од стране тужиоца*. Ако странке имају *исту перцепцију вероватноће* да ће тужилац победити на суђењу, увек постоји могућност да спор реше преговарањем и поравнањем. Обе стране договором могу бити у бољој позицији (*Парето побољшање*). Колики је опсег за постизање Парето побољшања зависи од висине парничних трошкова.<sup>110</sup> Но, у пракси странке често *немају* исту перцепцију вероватноће да ће тужилац победити на суђењу, јер она зависи, првенствено, од *извора*

<sup>109</sup> У овој анализи занемарујемо *трошкове преговарања*, који могу бити веома значајни. *О томе ће бити речи у наставку текста*. У сваком случају, прихватамо тезу да су трошкови преговарања *нижи* од парничних трошкова.

<sup>110</sup> Примера ради, укупан износ накнаде штете износи *10.000 динара*. Тужичева вероватноћа да ће добити на суђењу износи *80%*, а парнични трошкови које ће сносити износе *3.000 динара*. У нето износу, тужичев *оčekивани добитак од суђења* био би:  $(80\% \times 10.000) - 3.000 = 5.000$  динара. С друге стране, туженикова вероватноћа да ће тужилац однети победу на суђењу јесте *80%* (странке имају исту перцепцију вероватноће да ће тужилац победити), док парнични трошкови туженог износе *3.000 динара*. У нето износу, тужеников *оčekивани губитак од суђења* био би:  $(80\% \times 10.000 \text{ динара}) + 3.000 \text{ динара} = 11.000 \text{ динара}$ . Према томе, опсег за постизање договора, након покретања поступка, износи:  $11.000 \text{ динара} - 5.000 \text{ динара} = 6.000 \text{ динара}$ . *Овај износ идентичан је збиру парничних трошкова туженог и тужиоца (3.000 динара + 3.000 динара = 6.000 динара)*. Тиме се показује да опсег за постизање Парето побољшања зависи од висине парничних трошкова.

*информације* на које се ослањају.<sup>111</sup> Узимајући у обзир различитост у перцепцији, или процени, вероватноће победе тужиоца на суђењу, због различитих извора информације на које се странке ослањају, следи да склапање споразума (или одлазак на суђење) зависи од тога да ли је тужилац *оптимистичан* или *песимистичан* у погледу вероватноће да ће победити на суђењу у односу на туженикову перцепцију да ће тужилац победити. Уколико је тужилац *песимистичан* у погледу победе у односу на тужениково веровање у победу тужиоца, постоји већа вероватноћа да ће доћи до договора и склапања поравнања.<sup>112</sup> Што је песимизам тужиоца већи, већа је вероватноћа да ће доћи до договора и поравнања. Такође, и *детерминанта ризика* може утицати на вероватноћу решавања спора на основу поравнања или судске пресуде. Наиме, уколико је тужилац *одбојан према ризику*, он ће, по дефиницији, вредност самог суђења процењивати ниже од очекиваног добитка на суђењу. Другим речима, тужилац ће од вредности очекиваног добитка на суђењу одузети вредност „премије ризика“, како би урачунао одбојност према неизвесности судског исхода, те ће вредност суђења бити нижа него што би била да нема одбојности према ризику. То ће утицати на *слабљење подстицаја на покретање парничног поступка*. Други ефекат одбојности према ризику од стране тужиоца јесте *појачање подстицаја да се спор реши поравнањем*. Но, да ли ће *заиста* доћи до споразума зависи и од *стратегијског понашања* обеју страна у току преговора око склапања поравнања. Другим речима, оне могу заузети стратегијску позицију у преговорима како би себи осигурале већу корист. Такво понашање може условити прекид преговора и наставак парничног поступка.<sup>113</sup> Управо овај пример показује да подстицај за парничење или склапање поравнања зависи од неколико детерминанти: перцепције око вероватноће победе на суђењу, склоности ка ризику, као и стратегијског понашања у току преговора.

---

<sup>111</sup> Рецимо, тужени има *супериорније знање* у односу на тужиоца о свом понашању које је узроковало штету, услед чега ће сопствену одговорност, тј. чињеницу да ће бити одговоран за непажњу и, самим тим, за накнаду штете, процењивати *другачије*, тј. са другачијом вероватноћом, у односу на тужичеву процену те вероватноће. Следи да различити извори информације тужиоца и туженог о потенцијалној одговорности за непажњу туженог условљавају различиту процену вероватноће исте.

<sup>112</sup> У питању је тзв. *релативни песимизам (или оптимизам)*, јер се веровање тужиоца да ће победити на суђењу увек вреднује *према* веровању туженог.

<sup>113</sup> Видети: A. Mitchell Polinsky, *op. cit.*, 2003, стр. 135–141.

У претходном примеру, и тужилац и тужени имали су исту перцепцију вероватноће тужиочеве победе на суђењу. Међутим, поставља се питање: *шта уколико имају различиту перцепцију вероватноће тужиочеве победе на суђењу?* У сврху испитивања овог питања развијен је тзв. *модел различитих перцепција или модел оптимизма*.

### **5. Модел различитих перцепција или модел оптимизма**

*Модел различитих перцепција*<sup>114</sup> или *модел оптимизма*<sup>115</sup> развијен је превасходно ради проучавања и објашњења подстицаја за вођење парнице или склапање поравнања. Као што је речено, полазна претпоставка јесте да је парнични поступак већ покренут тужбом, тако да се ради о *покушају поравнања након утужења*.

У циљу објашњења овог модела, полазимо од другачије претпоставке у горенаведеном примеру – *странке имају различиту перцепцију вероватноће тужиочеве победе на суђењу*. При том, задржавамо исту претпоставку као је реч о тужиоцу – он верује да ће победити на суђењу са вероватноћом од 80%. Израчунали смо да његов очекивани нето добитак од суђења износи 5.000 динара. Сада, променимо претпоставку у погледу вероватноће судског исхода, када је реч о *туженом* – он верује да ће тужилац победити на суђењу са вероватноћом од 50%. Тужеников очекивани нето губитак од суђења износи:  $(50\% \times 10.000 \text{ динара}) + 3.000 \text{ динара} = 8.000 \text{ динара}$ .<sup>116</sup> Према томе, *минимални износ*<sup>117</sup> који би тужилац прихватио у преговорима око поравнања износи 5.000 динара, док *максимални износ*<sup>118</sup> који би тужени прихватио у преговорима око поравнања износи 8.000 динара. Ако је минимално прихватљив износ тужиоца *нижи* од максимално прихватљивог износа туженог, постоји могућност да обе

---

<sup>114</sup> Поред Фридмена, Гулда, Ландеса, Познера, Шавела, као пионире у развоју овог модела (видети фусноту бр. 44), споменимо на овом месту и Кутера и Рубинфелда, видети: Robert D. Cooter, Daniel L. Rubinfeld, *An Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution*, Journal of Economic Literature, Vol. 27, No. 3, 1989, стр. 1067–1097.

<sup>115</sup> Овај модел зове се и *модел оптимизма*, јер, као што је речено, од *оптимизма* или *песимизма тужиоца* зависи избор између одласка на суђење или склапања поравнања.

<sup>116</sup> Задржана је иста претпоставка у погледу износа парничних трошкова.

<sup>117</sup> Свака сума *испод* 5.000 динара у преговорима не би била прихватљива за тужиоца, јер очекује да ће *добити* на суђењу минимум 5.000 динара.

<sup>118</sup> Свака сума *изнад* 8.000 динара у преговорима не би била прихватљива за туженог, јер очекује да ће *платити* на суђењу максимум 8.000 динара.

стране склопе поравнање. Било који износ између 5.000 динара и 8.000 динара био би прихватљив за обе стране у преговорима око поравнања. Из овог произилази следећи закључак: простор за поравнање постоји све док страначка перцепција вероватноће судског исхода није у великом раскораку. Другим речима, *простор за поравнање постоји све док тужиочев очекивани добитак од суђења (8.000 динара) не прелази тужеников очекивани губитак од суђења (5.000 динара) за износ који је већи од збира њихових парничних трошкова (6.000 динара).*<sup>119</sup>

Ако са  $P_T$  означимо тужиочеву вероватноћу судског исхода, са  $P_D$  туженикову вероватноћу судског исхода, са  $H$  очекивану накнаду штете, тужиочеве парничне трошкове са  $p_1$  и туженикове парничне трошкове са  $p_2$ , добијамо следећу законитост:  $P_T H - p_1 \leq P_D H + p_2$ . Лева страна неједначине јесте тужиочев минимални износ поравнања, док десна страна неједначине представља тужеников максимални износ поравнања. Неједначина се може преуредити, тако да се добија:  $P_T H - P_D H \leq p_1 + p_2$ ; чиме се потврђује претходна констатација у курзиву. Такође, ако претпоставимо да је  $P_T = P_D$ , произилази да је  $p_1 + p_2 \geq 0$ ; што значи, да ако странке имају исту перцепцију вероватноће судског исхода, поравнање је увек могуће, јер имају заједнички интерес да избегну парничне трошкове (збир парничних трошкова већи је од нуле).

Но, променимо претходну претпоставку у погледу туженикове вероватноће судског исхода, тако што ћемо вероватноћу од 50% спустити на 15%. Тужеников очекивани нето губитак од суђења сада износи:  $(15\% \times 10.000 \text{ динара}) + 3.000 \text{ динара} = 4.500 \text{ динара}$ . У овом случају, минимално прихватљив износ тужиоца (5.000 динара) виши је од максимално прихватљивог износа туженог (4.500 динара). Простор за склапање поравнања у преговорима, под оваквом претпоставком, *више не постоји*.

Претходну неједначину ( $P_T H - P_D H \leq p_1 + p_2$ ) можемо преуредити и добити услов за наставак парничног поступка, тј. услов за одлазак на суђење:  $(P_T - P_D)H > p_1 + p_2$ . Ова неједначина имплицира да повећани парнични трошкови смањују вероватноћу одласка на суђење. Затим, што је већа разлика између тужиочеве вероватноће судског исхода ( $P_T$ ) и туженикове вероватноће

---

<sup>119</sup> У овом примеру, то се може исказати на следећи начин:  $8.000 \text{ динара} - 5.000 \text{ динара} \leq 6.000 \text{ динара}$ .

тог исхода ( $P_D$ ), произилази да је одлазак на суђење вероватнији. Другим речима, што је тужилац *оптимистичнији* у погледу судског исхода у односу на туженикову процену тог исхода, већа је вероватноћа да ће поступак бити настављен.<sup>120</sup> Најзад, што је већа очекивана новчана накнада ( $H$ ), логично је да ће и вероватноћа одласка на суђење, тј. вероватноћа наставка поступка, бити већа. Тиме су овом неједначином потврђене гореспоменуте констатације о условима повећања вероватноће одласка на суђење.

Коначни закључак јесте да битну детерминанту избора између склапања поравнања или одласка на суђење представља *тужиочева и туженикова перцепција вероватноће судског исхода*. Поред тога, и *парнични трошкови*, као и *очекивана новчана накнада*, условљавају наставак парничног поступка или, алтернативно, склапање поравнања. Међутим, модел оптимизма није пружио објашњење у погледу *извора различитих перцепција*. *Питање је зашто странке имају различиту перцепцију судског исхода?* Одговор на ово питање пружа другачији модел, тзв. *модел асиметричних информација*.

## **6. Модел асиметричних информација**

У одељку о факторима који утичу на покретање парничног поступка и вођење парнице споменуто је да странке могу имати *различите информације* које утичу на њихову перцепцију (процену) вероватноће судског исхода. Логично, следи питање: *које су то информације које условљавају различиту перцепцију?* Ово питање јесте важно, јер од природе информација зависи избор између наставка парничног поступка до доношења правоснажне судске одлуке и склапања поравнања.

Претпоставимо да је дошло до саобраћајне несреће између два возача аутомобила ( $A$  и  $B$ ), при чему је возач  $B$  претрпео озбиљне повреде. Претпоставка јесте да возач  $B$  покреће парнични поступак подношењем тужбе за накнаду штете. Такође, полази се од тога да возач  $B$  не зна ништа о *степену пажње* возача  $A$ . Пошто нема релевантну информацију о степену пажње, возач  $B$  (*нетачно*) процењује да је возач  $A$  био пажљив *испод* (разумног) стандарда

---

<sup>120</sup> С друге стране, као што је већ речено, већи песимизам тужиоца условљава већу вероватноћу склапања поравнања.

пажње,<sup>121</sup> у датој саобраћајној несрећи. Полазећи од такве погрешне процене, возач *B* верује у позитиван судски исход, тј. да ће однети победу на суђењу, будући да ће тужени (возач *A*) бити проглашен одговорним за непажњу и, по том основу, добити накнаду штете. Овај пример очито показује да је тужилац *релативно оптимистичан* у погледу судског исхода у односу на туженикову процену тог исхода. Међутим, проблем је у томе што је тужиочев оптимизам базиран на *нетачној информацији*, будући он и не зна ништа о степену пажње туженог. Овакав *погрешни оптимизам* вероватно ће условити покретање парничног поступка и вођење парнице до доношења судске одлуке.

Из овог примера, а који у великој мери описује реалну животну ситуацију, увиђа се да једна страна поседује одређену *приватну информацију*. Другим речима, тужени зна колико је *заиста* био пажљив у незгоди, док тужилац нема информацију о томе. Но, с друге стране, приватну информацију може поседовати и *тужилац*. Рецимо, тужилац зна колики је заиста његов *степен кривице* (процентуално изражено) у настанку штетног догађаја,<sup>122</sup> или зна да је и он *допринео* настанку штетног догађаја услед чега би тужени био ослобођен одговорности или би одговорност била умањена.<sup>123</sup> Чињеницу да тужилац поседује приватну информацију за коју тужени не зна, искористићемо за приказ примера у вези са *стратегијама понуде поравнања које преузима тужени*.

---

<sup>121</sup> Економисти би рекли испод *ефикасног нивоа пажње*.

<sup>122</sup> Оваква форма одговорности за непажњу, у америчком праву, назива се *компаративна одговорност за непажњу* (енг. *comparative negligence*). Другим речима, ако је починилац штете допринео настанку штете, будући да је степен његове пажње испод ефикасног нивоа ( $x_i < x_i^*$ ), и ако је оштећени, такође, допринео настанку штете, јер је степен његове пажње испод ефикасног нивоа ( $x_v < x_v^*$ ), следи да ће и починилац штете и оштећени сносити трошкове штете *пропорционално* доприносу у настанку штете. Видети, на пример, пресуду из америчке судске праксе: California Court of Appeal, Second District, 104 Cal. App. 3d 305, 163 Cal.Rptr., 1980. Интерпретација ове судске пресуде може се наћи у: David W. Barnes, Lynn A. Stout, *The Economic Analysis of Tort Law*, West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1992, стр. 60–62.

<sup>123</sup> Реч је о правилу које предвиђа одговорност за непажњу починиоца штете, *али са могућношћу починиоца штете да избегне или смањи одговорност* због доприноса настанку штете од стране оштећеног лица (енг. *contributory negligence*). Та могућност односи се на *одбрану* починиоца штете, која је усмерена на *доказивање кривице (нехата) оштећеног* по питању незадовољења правног стандарда пажње (енг. *defense of contributory negligence*). Видети: Daniel H. Cole, Peter Z. Grossman, *op. cit.*, 2005, стр. 218. У нашем праву говорило би се о *подељеној одговорности између починиоца штете и оштећеног*. Видети: чл. 192. Закона о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Службени лист СЦГ“ бр. 1/2003 – Уставна повеља. У наставку текста 300.



6.1. Туженикове стратегије склапања поравнања у моделу асиметричних информација

Пођимо од ове последње врсте одговорности за непажњу (енг. *contributory negligence*), и претпоставимо да постоје две групе тужилаца (оштећених): једну чине тужиоци са *високом* вероватноћом победе на суђењу ( $P_V$ ), а другу групу тужиоци са *ниском* вероватноћом победе на суђењу ( $P_N$ ).<sup>124</sup> Вероватноћа победе на суђењу базирана је на чињеници *доприноса* настанку штете, тако да тужиоци са високом вероватноћом победе представљају тужиоце који *нису* допринели настанку штете, и обратно.<sup>125</sup> *Очекивани добитак од суђења*, када је реч о тужиоцима са *високом* вероватноћом победе на суђењу, може се изразити као  $P_V H - p_l$ ,<sup>126</sup> док се *очекивани добитак од суђења*, када је реч о тужиоцима са *ниском* вероватноћом победе на суђењу, означава као  $P_N H - p_l$ . Полазећи од претходне претпоставке, произилази да је:  $P_V H - p_l > P_N H - p_l$ . С друге стране, тужени не знају тачно којој групи припада *конкретни* тужилац, без обзира на чињеницу што имају информацију о процентуалном учешћу тужилаца са високом и ниском вероватноћом победе на суђењу у целокупној популацији тужилаца. Сада, ако са  $v$  означимо процентуално учешће тужилаца са високом вероватноћом победе у популацији тужилаца, следи да процентуално учешће тужилаца са ниском вероватноћом победе износи  $1 - v$ . У том случају, конкретни тужени, наспрам конкретног тужиоца, може израчунати једино *просечну* вероватноћу победе тужиоца на суђењу ( $P_P$ ), и то према једначини:  $P_P = vP_V + (1 - v)P_N$ . Пошто смо у моделу различитих перцепција, вероватноћу туженог означили са  $P_D$ , сада ћемо ту ознаку модификовати, и означити са  $P_P$ . Разлог модификације лежи у чињеници постојања *случајног тужиоца у популацији тужилаца са којим се суочава тужени* у овом моделу, а не једног одређеног тужиоца, као у моделу различитих перцепција. Дакле,

<sup>124</sup> Пример је базиран, проширен и прилагођен овом раду на основу примера који је наведен у: Thomas J. Miceli, *op. cit.*, 2004, стр. 248–250.

<sup>125</sup> Према томе, они знају колика је њихова вероватноћа победе на суђењу.

<sup>126</sup> Подсетимо се да смо са  $H$  означили очекивану новчану накнаду, а са  $p_l$  парничне трошкове тужилаца. У овом случају, парнични трошкови су *идентични* и када је реч о тужиоцима са високом, и када је реч о тужиоцима са ниском вероватноћом победе на суђењу. Такође, и очекивана новчана накнада је идентична.

тужеников очекивани губитак од суђења против случајног тужиоца, у целокупној популацији тужилаца, износи:  $P_P H + p_2$ .

Поставља се питање: *када ће тужени склопити поравнање, полазећи од оваквих претпоставки и развијајући овакав модел?* Одговор јесте да ће тужени склопити поравнање са случајним тужиоцем, под истим условом као и у моделу различитих перцепција, тј. *поравнање је вероватније ако је тужиоцев минимални износ поравнања нижи или једнак тужениковом максималном износу поравнања* ( $P_T H - p_1 \leq P_D H + p_2$ ). Другим речима, поравнање је могуће, ако је тужени, у току преговора, спреман да понуди одређени износ који је тужилац спреман *пре* да прихвати *него* да настави да води парницу до доношења судске одлуке.

Вратимо се моделу асиметричних информација, и претпоставимо да је тужени спреман да понуди *виши или идентичан* износ поравнања ( $C$ ) у односу на очекивани добитак од суђења који би присвојили тужиоци са *високом* вероватноћом победе на суђењу ( $P_V H - p_1$ ). У овом случају, *обе групе тужилаца (са високом и ниском вероватноћом победе), прихватиле би дати износ*. Наиме, понуђени износ  $C$  једнак је *најнижем* очекиваном добитку од суђења, који би присвојили тужиоци са високом вероватноћом победе, тј.  $C = P_V H - p_1$ . Нема разлога да, поред тужилаца са високом вероватноћом победе, и тужиоци са ниском вероватноћом победе не прихвате овај износ  $C$ , јер је он је *изнад* њиховог очекиваног добитка од суђења. Под оваквом претпоставком, тужеников *пресечни очекивани губитак по суђењу* управо је једнак  $P_V H - p_1$ . Резултат овакве понуде за склапање поравнања туженог јесте *окончање* парничног поступка, склапањем уговора о поравнању са обе групе тужилаца.

Тужени може *променити стратегију* и понудити износ који је мањи од  $C$ . Пођимо од такве претпоставке – тужени је спреман да понуди износ ( $Z$ ), који је идентичан очекиваном добитку од суђења који би присвојили тужиоци са *ниском* вероватноћом победе на суђењу ( $P_N H - p_1$ ). Логично, тужиоци са ниском вероватноћом победе *прихватили* би овај износ  $Z$ , док би тужиоци са високом вероватноћом победе *одбили* овај износ  $Z$ . Будући да тужени нуди овај износ случајном тужиоцу у укупној популацији тужилаца, не знајући којој групи

тужилаца он припада, тужеников очекивани губитак од суђења износи:  $v(P_VH + p_2) + (1 - v)(P_NH - p_1)$ . Ова једначина указује да је тужеников очекивани губитак једнак збиру две величине: *очекиваног губитка од суђења*, када је ради о тужиоцима са високом вероватноћом победе на суђењу,<sup>127</sup> и *очекиваног добитка од суђења*,<sup>128</sup> када је реч о тужиоцима са ниском вероватноћом победе на суђењу.<sup>129</sup>

Коначно, тужени може понудити износ који је нижи од претходног износа  $Z$ , када ће обе групе тужилаца одбити понуду, јер је испод њиховог очекиваног добитка од суђења. Под оваквом претпоставком, тужеников очекивани губитак од суђења износи  $P_PH + p_2$ .<sup>130</sup> Претходна једначина може се написати и као:  $v(P_VH + p_2) + (1 - v)(P_NH + p_1)$ . Ова једначина указује да је тужеников очекивани губитак од суђења једнак збиру две величине: *очекиваног губитка од суђења*, када се ради о тужиоцима са високом вероватноћом победе на суђењу,<sup>131</sup> и *очекиваног добитка од суђења*, када је реч о тужиоцима са ниском вероватноћом победе на суђењу.<sup>132</sup>

Ако би једначину  $v(P_VH + p_2) + (1 - v)(P_NH - p_1)$ <sup>133</sup> одузели од једначине  $v(P_VH + p_2) + (1 - v)(P_NH + p_1)$ ,<sup>134</sup> добили би:  $(1 - v)(p_1 + p_2)$ . Ова разлика између два очекивана губитка, у случају две различите стратегије, увек је *позитивна*, из чега следи да је *стратегија понуде износа поравнања  $Z$  ефикаснија од стратегије понуде износа поравнања који је нижи од  $Z$* .<sup>135</sup> Другим речима, стратегија понуде износа  $Z$  подразумева склапање поравнања са тужиоцима који имају ниску стопу вероватноће победе на суђењу. Склапање поравнања са њима

<sup>127</sup> Познат удео у популацији тужилаца који се означава са  $v$ , и који воде парницу, јер им не одговара износ  $Z$ .

<sup>128</sup> Остатак у уделу популације тужилаца који се означава са  $1 - v$ , и са којима, по претпоставци, тужени закључује поравнање, јер прихватају износ  $Z$ .

<sup>129</sup> У првом делу једначине стоји ознака *плус*, јер тужени очекује да ће платити парничне трошкове, када је реч о тужиоцима са високом вероватноћом победе, док је у другом делу једначине знак *минус*, јер тужени, по претпоставци, склапа поравнање са тужиоцима који имају ниску вероватноћу победе, и чији очекивани добитак од суђења износи  $P_NH - p_1$  (знак минус постоји, јер су то очекивани парнични трошкови тужилаца).

<sup>130</sup> Ради се о очекиваном губитку од суђења против *случајног тужиоца*, за кога се не зна да ли припада једној или другој групи тужилаца.

<sup>131</sup> Који настављају да воде парницу, јер им не одговара износ нижи од  $Z$ .

<sup>132</sup> Који, такође, настављају да воде парницу, јер им не одговара износ нижи од  $Z$ .

<sup>133</sup> Која показује тужеников очекивани губитак од суђења, у случају понуде  $Z$ .

<sup>134</sup> Која показује тужеников очекивани губитак од суђења, у случају понуде која је нижа од  $Z$ .

<sup>135</sup> Може се рећи да је ова стратегија  $Z$  јефтинија од стратегије понуде износа нижег од  $Z$ , с аспекта минимизације трошкова туженог.

доводи до *уштеде парничних трошкова*. С друге стране, стратегија понуде износа *нижег од Z* подразумева вођење парнице<sup>136</sup> и сношење парничних трошкова од стране туженог ( $p_2$ ) и тужилаца ( $p_1$ ). Очито је да прва стратегија ( $Z$ ) обезбеђује већу уштеду трошкова, гледано из угла туженог.

Овај пример, у оквиру модела асиметричних информација између тужилаца и туженог,<sup>137</sup> указује да услов за наставак парничног поступка, тј. за одлазак на суђење, представља *стратегија склапања поравнања коју заузима тужени*. Ако он заузме стратегију понуде износа  $Z$ , долази до наставка поступка од стране тужилаца са *високом* вероватноћом победе у парници. Другим речима, тужиоци одбијају понуђено поравнање и одлазе на суђење. Ако, пак, тужени заузме стратегију понуде износа који је нижи од  $Z$ , долази до наставка поступка, *од стране и једне и друге групе тужилаца*. Другим речима, обе групе тужилаца одбијају понуду за склапање поравнања и одлазе на суђење.

Међутим, поставља се питање *на који начин* да тужени изабере једну стратегију у односу на другу? Одговор је да рационални тужени бира стратегију  $A$  у односу на стратегију  $B$ , ако су очекивани губици стратегије  $A$  нижи од очекиваних губитака стратегије  $B$ . У нашем примеру, он ће изабрати стратегију понуде износа  $C$  у односу на стратегију понуде износа  $Z$ , будући да је *нижи* очекивани губитак у случају стратегије  $C$ . Такође, он ће изабрати стратегију понуде износа  $Z$  у односу на стратегију понуде износа *нижег од Z*, јер је, такође, *нижи* очекивани губитак у случају стратегије  $Z$ .

### *6.2. Учесталост тужиоачеве победе на суђењу (Шавелов модел асиметричних информација)*

У горенаведеном примеру претпоставка је била да постоје две групе тужилаца (оштећених) – једна група тужилаца са високом вероватноћом победе на суђењу ( $P_V$ ) и друга група тужилаца са ниском вероватноћом победе на суђењу ( $P_N$ ). У вези с тим, у теорији је постављено питање о *учесталости победе тужилаца на суђењу, као и питање (процентуалног) односа случајева у којима тужиоци односе победу са случајевима у којима је дошло до поравнања*.

<sup>136</sup> У овом случају, не долази до склапања поравнања.

<sup>137</sup> Подсетимо се да тужени не зна који су тужиоци са високом, а који са ниском стопом вероватноће победе на суђењу, јер они (тужиоци) имају приватну информацију о томе колико је ко допринео настанку штете, на чему се и базира вероватноћа победе на суђењу.

Једна занимљива студија, у којој је развијен економски модел,<sup>138</sup> показала је да, под одређеним условима, *постоји тенденција победе тужилаца на суђењу са вероватноћом од 50%*. При том, вероватноћа од 50% постоји независно од вероватноће са којом би тужиоци однели победу у случајевима који су завршени поравнањем, а да су, хипотетички гледано, изнети пред суд. Овакав теоријски модел поткрепљен је и одређеним статистичким подацима који доказују постојање тенденције од 50% победе тужилаца на суђењу. Главни разлог за постојање тенденције од 50% приписан је тзв. *ефекту селекције случајева*. Овај ефекат указује да се случајеви који су *очигледно* у корист тужилаца, или у корист тужених, завршавају склапањем поравнања. С друге стране, они случајеви, за које се са сигурношћу *не може* знати да ли су у корист тужилаца, или тужених, и који због тога не могу бити предмет договора и поравнања, бивају изнети на пресуђење. Управо у тим случајевима који се износе на суђење, тужиоци и тужени, процентуално гледано, односе победу са *приближно једнаком вероватноћом (50%)*.

Поред аутора, који су довели у питање овај модел с теоријског аспекта,<sup>139</sup> као и аутора, који су га оспорили са статистичког аспекта,<sup>140</sup> чини се да је тенденцију победе тужилаца са вероватноћом од 50% најупечатљивије оповргао теоретичар *ЕАП Стивен Шавел (Steven Shavell)*.<sup>141</sup> Он је пошао од практичног примера у коме постоје тужиоци са вероватноћом победе већом од 50%. Ради се о примеру у коме тужени одговара по начелу објективне одговорности за штету, тј. одговорности независно од кривице. Рецимо, произвођач ствари са недостатком одговара за штету оштећеним купцима независно од кривице. Јасно је да у овом случају постоји вероватноћа победе тужилаца (оштећених купаца) која је *већа од 50%*, јер је потребно много *мање доказа* за утврђивање објективне одговорности произвођача него за установљавање његове субјективне одговорности за штету.<sup>142</sup> Дакле, ако је вероватноћа победе тужилаца већа од 50% у свим поступцима који су покренути, онда и сама *стопа*

<sup>138</sup> Видети: George L. Priest, Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, Journal of Legal Studies, Vol. 13, 1984, стр. 1–55.

<sup>139</sup> Видети: Donald Wittman, *Is the Selection of Cases for Trial Biased?*, Journal of Legal Studies, Vol. 14, 1985, стр. 185–214.

<sup>140</sup> Видети: Theodore Eisenberg, *Testing the Selection Effect: A New Theoretical Framework with Empirical Tests*, Journal of Legal Studies, Vol. 19, 1990, стр. 337–358.

<sup>141</sup> Видети: Steven Shavell, *Any Frequency of Plaintiff Victory at Trial is Possible*, Journal of Legal Studies, Vol. 25, 1996, стр. 493–501.

<sup>142</sup> У случају субјективне одговорности за штету потребно је доказати: постојање штете, кривицу и узрочну везу између претходна два елемента.

успеха тужилаца на суђењу мора бити већа од 50%. У овом случају, не постоји могућност да ефекат селекције доведе до поделе на случајеве са вероватноћом победе тужилаца од (тачно) 50% и оне (случајеве) који се завршавају склапањем поравнања пре одласка на суђење.

Шавел је доказао (теоријским) моделом асиметричних информација да случајеви који заврше на суђењу могу да се заврше победом тужилаца са било којом вероватноћом. Такође, било која вероватноћа победе тужилаца у случајевима који бивају изнети на суђење кореспондира са било којом вероватноћом победе тужилаца у случајевима који су завршени поравнањем. Примера ради, ако вероватноћа победе тужилаца на суђењу износи 30%, вероватноћа победе тужилаца у случајевима који су завршени поравнањем, а да су они, хипотетички гледано, изнети на суђење, може бити и изнад и испод 30%.

У свом моделу, Шавел је пошао од тога да тужени има информацију о вероватноћи победе тужиоца, а да је она недоступна тужиоцу. У току преговора, пре одласка на суђење, тужилац захтева одређени износ поравнања, руководећи се максимизацијом очекиваног добитка од суђења.<sup>143</sup> У доношењу одлуке да ли да иде на суђење или поравнање, тужени<sup>144</sup> полази од тога колики је износ тужиоцевог захтева у преговорима, односно колике су шансе да победи тужиоца на суђењу у даљем току поступка. Ако тужени сматра да је захтев у преговорима са тужиоцем *превисок*, што значи да су његове шансе да победи на суђењу *релативно високе*,<sup>145</sup> доћи ће до суђења. Другим речима, случајеви који се износе на суђење јесу они у којима тужилац има *ниже* шансе да победи у односу на шансе које би имао у оним случајевима који су завршени поравнањем. Рецимо, шанса да тужилац победи на суђењу износи 30% у односу на случајеве који су окончани поравнањем, где је та шанса износила, на пример, 50%. Логично је да ће ови случајеви завршити на суђењу, ако се узме у обзир да тужени зна да је вероватноћа победе тужиоца 30% (*нижа вероватноћа*). Другим речима, тужени не би прихватио тужиоцев захтев у преговорима око поравнања, јер је *превисок* у односу на онај износ који очекује на суђењу, чиме би условио наставак поступка. Дакле, вероватноћа победе тужиоца на суђењу зависи од

---

<sup>143</sup> Претпоставка је да су странке неутралне на ризик.

<sup>144</sup> Тужени, као што је речено, има информације о вероватноћи победе тужиоца.

<sup>145</sup> Тужени зна да ли је тужиоцев захтев превисок или пренизак, односно да ли су шансе да победи или изгуби на суђењу високе или ниске, јер по претпоставци, има информације о вероватноћи победе тужиоца на суђењу.

дистрибуције вероватноће у свим случајевима и она би могла да буде у *било ком проценту*. Такође, вероватноћа победе тужиоца у случајевима који су окончани поравнањем могла би да буде *на било ком вишем нивоу* (са било којим већим процентом) у односу на проценат победе тужиоца међу случајевима који су изнети на суђење.

*Шавел* је вероватноћу победе тужиоца означио са  $p$ , при чему је та вероватноћа дистрибуирана у интервалу  $[a, b]$ ,<sup>146</sup> према густини распореда вероватноће  $f(p)$ . Тужени који, такође, очекује победу са вероватноћом  $p$ , означен је као *тужени типа  $p$*  и, према претпоставци, има доступну информацију о вероватноћи победе тужиоца. Парнични трошкови тужиоца означени су са  $C\pi$ , парнични трошкови туженог са  $C\delta$ , и очекивана накнада штете<sup>147</sup> са  $d$ . При том је  $ad > C\pi$ ,<sup>148</sup> што значи да је тужилац спреман да иде на суђење против било ког туженог који одбије износ захтева у преговорима око поравнања. Даље, са  $x$  је означен износ тужиоцевог захтева у преговорима око поравнања, пре одласка на суђење. *Тужени типа  $p$*  изгубио би  $pd + C\delta$ , ако би отишао на суђење, из чега следи да би он прихватио износ  $x$ , ако је  $x < pd + C\delta$ , тј. ако је  $p > (x - C\delta)/d$ . Ако је, пак,  $p \leq (x - C\delta)/d$ , тужени би одбио  $x$ , услед чега би тужилац наставио поступак (отишао на суђење) са очекиваном вредношћу од суђења  $pd - C\pi$ . Најзад, ако је  $p = (x - C\delta)/d$ , тужени би био индиферентан између прихватања и одбијања износа захтева, али би, према претпоставци, ипак *одбио* захтевани износ поравнања. Према томе, тужилац би изабрао износ  $x$ , да би максимизирао:

$$\int_a^{(x-C\delta)/d} (pd - C\pi)f(p)dp + [1 - F((x - C\delta)/d)]x$$

Ако је избор износа  $x$ , који је означен са  $x^*$ , садржан у интервалу  $[a, b]$ , то је одређено једначином првог реда:

$$1 - F((x - C\delta)/d) = [f((x - C\delta)/d)(C\pi + C\delta)]/d$$

Фреквенција победа тужилаца ( $P_T$ ) међу оним тужиоцима који иду на суђење, износи:

$$P_T = \frac{\int_a^{(x^*-C\delta)/d} pf(p)dp}{F((x^* - C\delta)/d)},$$

<sup>146</sup> Који је садржан у  $[0, 1]$ .

<sup>147</sup> Око износа очекиване накнаде штете постоји сагласност тужиоца и туженог.

<sup>148</sup>  $ad$  је просечна накнада штете коју очекује тужилац.

У ствари, фреквенција победа тужилаца ( $P_T$ ) јесте условна очекивана вредност од  $p$  међу туженима са вероватноћом  $p$  испод прага  $(x^* - C\delta)/d$ .

С друге стране, међу оним тужиоцима који су се поравнали, фреквенција победа тужилаца (кад би ишли на суђење) јесте условна очекивана вредност од  $p$  међу туженима са вероватноћом  $p$  изнад прага  $(x^* - C\delta)/d$ :

$$P_S = \frac{\int_{(x^* - C\delta)/d}^b pf(p)dp}{[1 - F((x^* - C\delta)/d)]}$$

Произилази да је  $P_T < P_S$ . Другим речима, тужиоци који иду на суђење *побеђују са нижом фреквенцијом* у односу на оне тужиоце који су се поравнали, а да су којим случајем отишли на суђење. Разлог томе лежи у чињеници што тужени иде на суђење онда када износ тужиоца у преговорима око поравнања *прелази* тужеников очекивани губитак од суђења (*када је износ превисок*), односно, као што је речено, када су шансе тужиоца да победи на суђењу релативно *ниске*.

*Шавел* је, затим, доказао да  $P_T$  може бити било који број у интервалу  $[0,1)$ , а да  $P_S$  може бити било који број који је *већи* од  $P_T$ . Другим речима, није нужно да фреквенција победа тужилаца који иду на суђење буде *иста* као и фреквенција победа тужилаца који су се поравнали, а да су, којим случајем, отишли на суђење. Напротив, ова друга фреквенција ( $P_S$ ) може бити и *виша*. Да би ово доказао, *Шавел* је претпоставио постојање два типа тужених,  $L$  и  $H$ . Са  $p_L$  је означио *нisku* вероватноћу победе тужилаца, а са  $p_H$  *високу* вероватноћу победе тужилаца за два типа тужених, при чему је  $p_L < p_H$ . Даље, *Шавел* је пошао од претпоставке да је  $p_L d > C\pi$ , и да је  $\alpha$  део  $L$ . Тужилац би захтевао један од два износа:  $p_L d + C\delta$ , што би довело до склапања поравнања са *оба* типа тужених; или  $p_H d + C\delta$ , што би довело, с једне стране, до поравнања *само* са туженима типа  $H$  и, с друге стране, до суђења са туженима типа  $L$ . Тужилац ће захтевати *виши износ*, што ће довести до суђења са туженима типа  $L$ , када:

$$\alpha(p_L d - C\pi) + (1 - \alpha)(p_H d + C\delta) > p_L d + C\delta,^{149}$$

Под претпоставком да ова једначина важи, посматрана фреквенција победа тужилаца на суђењу била би  $p_L$ . Претходна једначина може се преуредити и добити следећа неједначина:

<sup>149</sup>  $p_L d - C\pi$  јесте тужиочев очекивани добитак од суђења када иде на суђење против тужених типа  $L$ .



$$(p_H - p_L)d > \frac{\alpha(C\pi + C\delta)}{1 - \alpha}.$$

Дакле, за свако  $p_L$  које је мање од 1 ( $p_L < 1$ ), претходна неједначина се може задовољити, односно за било које  $p_L$ , претходна неједначина се може задовољити са сваким  $p_H$  већим од  $p_L$  ( $p_H > p_L$ ). То значи да вероватноћа победе тужилаца на суђењу може бити било који број у интервалу од  $[0,1)$ , као и да вероватноћа победе тужилаца међу случајевима који су окончани поравнањем може бити било који већи број.

*Шавел* је у овом моделу пошао и од другачије претпоставке – да тужилац има приватну информацију о вероватноћи победе и да тужени нуди износ поравнања. У том случају је  $P_T > P_S$ , јер тужилац који одбија понуду туженог, јесте онај који има *веће* шансе да победи на суђењу. Такође, под овим претпоставкама,  $P_T$  може бити изражен било којом вероватноћом у интервалу  $(0, 1]$ ; и за било које  $P_T, P_S$  може бити изражен било којом *нижом* вероватноћом.

Конечно, комбинујући претходне резултате, *Шавел* је закључио да  $P_T$  може бити било која вероватноћа у интервалу  $(0, 1]$ , и за било које  $P_T, P_S$  може бити било која вероватноћа – *нижа или виша* од  $P_T$ .

На овом месту може се извести још један закључак и то успостављањем везе између модела различитих перцепција и модела асиметричних информација. Наиме, преуређењем претходне неједначине добија се следећа неједначина:

$$(p_H - p_L)d > \frac{\alpha(C\pi + C\delta)}{1 - \alpha} \Rightarrow \frac{1 - \alpha}{\alpha} (p_H - p_L)d > C\pi + C\delta.$$

Овако преуређена неједначина *подсећа* на неједначину из модела различитих перцепција:  $(P_T - P_D)H > p_1 + p_2$ . Другим речима, иако неједначина из модела асиметричних информација показује однос између *ниске и високе вероватноће победе тужилаца*, а неједначина из модела различитих перцепција показује однос између *вероватноћа победе тужиоца и туженог*, оне имају одређене *заједничке импликације*. Обе неједначине, односно оба модела, указују на везу између вероватноће одласка на суђење и висине парничних трошкова. Ако су парнични трошкови већи, мања је вероватноћа одласка на суђење, и обрнуто. Такође, оба модела указују да *информације*, с којима странке располажу и које узајамно размењују пре одласка на суђење, утичу на стопу склопљених поравнања, с том разликом, што модел асиметричних информација

детаљније разрађује питање извора различитих перцепција странака. Међутим, оба модела, иако пружају објашњење подстицаја за одлазак на суђење или склапање поравнања, с друге стране, *не дају детаљно објашњење (приватних и друштвених) подстицаја за доношење одлуке о покретању парничног поступка*. Управо ово питање захтева посебну пажњу и елаборацију.

## **7. Приватни и друштвени подстицаји за покретање поступка и вођење парнице**

### *7.1. Појам и врсте приватних и друштвених трошкова и користи од парнице*

Речено је да ће тужилац подићи тужбу, иницирајући парнични поступак, *ако и само ако је трошак подизања тужбе (ТТ) нижи од његове очекиване вредности од тужбеног захтева (OVTZ)*.<sup>150</sup> При том се вредност тужбеног захтева базира на могућим добицима (*исплатама*) на основу склопљеног поравнања, односно судске пресуде. Прецизније речено, тужилац може очекивати одређени добитак зависно од *метода решавања спора*, тј. од тога да ли је реч о редовном методу (*парници*), који обухвата *суђење* и доношење *судске пресуде*, или се ради о алтернативном методу (*непосредном преговарању*), чија је сврха склапање *поравнања* пре суђења. Ако тужилац очекује *суђење*, подигнуће тужбу и покренуће парнични поступак, ако је очекивана вредност од суђења, односно пресуде,<sup>151</sup> *виша* од трошка подизања тужбе.<sup>152</sup> Ако, пак,

---

<sup>150</sup> Да поновимо, очекивана вредност од тужбеног захтева већа је ако је већа очекивана вредност од суђења, која је већа ако је већа очекивана вредност од судске одлуке о новчаној накнади.

<sup>151</sup> Шавел користи термин *очекивана вредност од пресуде* (енг. *expected value of judgement*), или једноставније речено, *очекивана пресуда* (енг. *expected judgement*). У раду, када говоримо о очекиваној вредности од суђења, мислимо на *очекивану вредност од пресуде*. У суштини, речником теорије игара, ради се о *исплати или очекиваном добитку* на основу пресуде, која представља крајњи исход суђења. Супротно, исход поравнања јесте *очекивани добитак или исплата* на основу поравнања.

<sup>152</sup> Ако тужилац очекује да ће добити *1.000 динара* на основу судске пресуде, и то са вероватноћом од *15%*, његов очекивани добитак на основу пресуде износи *150 динара*. *Битно је знати да 1.000 динара у овом случају не представља очекивани добитак, већ је то износ од 150 динара*. Ако парнични трошкови износе, рецимо, *100 динара*, онда ће рационални тужилац наставити поступак, одласком на суђење, будући да је *150 динара > 100 динара*. Ова рачуница базира се на претпоставци да је тужилац *неутралан према ризику*. То значи да је он индиферентан између примања (или плаћања) *150 динара за сигурно*, или примања (или плаћања) *1.000 динара са вероватноћом од 15%*. Супротно, странка која има *аверзију према ризику* преферира примање (или плаћање) *150 динара за сигурно* у односу на примање (или плаћање) *1.000 динара са вероватноћом од 15%*. Видети о односу појединаца према ризику и

тузилац очекује склапање *поравнања*, подигнуће тужбу, уколико је равнотежни износ поравнања *виши* од трошка подизања тужбе.<sup>153</sup>

Јасно је да тужилац доноси одлуку о подизању тужбе на основу компарације његових *приватних трошкова* (попут трошкова писања тужбе, адвокатских хонорара, итд.) и *приватних користи* (као што је властито очекивање добијања новчане накнаде од пресуде). Ако су очекиване приватне користи *више* од приватних трошкова, и тужилац, на основу такве процене, покреће поступак, сматра се да је донео *рационалну одлуку*. Но, питање које завређује пажњу, и коме је у теорији економске анализе права дат посебан значај,<sup>154</sup> јесте *однос између приватних трошкова и користи и друштвених трошкова и користи парничног поступка (парнице)*. Другим речима, питање је да ли је тужиочева одлука о подизању тужбе и покретању поступка рационална и са *друштвеног аспекта*?

Када је реч о *односима приватних и друштвених трошкова парнице*, разлика је очигледна. Наиме, потенцијални<sup>155</sup> тужилац подиже тужбу и *самостално* сноси своје парничне трошкове у току и поводом парнице. Ти трошкови представљају његове *приватне трошкове*. С друге стране, и тужени *самостално* сноси своје парничне трошкове, који, такође, представљају његове *приватне трошкове*. С обзиром на то да *укупни друштвени трошкови парнице* представљају збир *свих* парничних трошкова, и да тужилац не узима у обзир приватне трошкове туженог, очито је да постоји *разлика између друштвених и приватних трошкова парнице*. Другим речима, износ друштвених трошкова парнице је *виши* од износа приватних трошкова тужиоца или туженог. Будући да су друштвени трошкови парнице виши од приватних трошкова парнице, произилази да постоји *тенденција вођења (пре)великог броја парница*.<sup>156</sup>

---

неизвесности: Борис Беговић, Мирољуб Лабус, Александра Јовановић, *Економија за правнике*, Правни факултет Универзитета у Београду, Издавачки центар, 2008, стр. 359–365.

<sup>153</sup> Речено је да рационални тужилац, у току преговора, неће прихватити износ поравнања који је нижи од очекиване вредности од суђења.

<sup>154</sup> Ово питање први је истакао *Шавел*, видети: Steven Shavell, *The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System*, Journal of Legal Studies, Vol. 11, 1982, 333–339. У даљем тексту: *Steven Shavell, 1982б*.

<sup>155</sup> У даљем раду, уместо термина *потенцијални тужилац* или *потенцијални тужени*, једноставно ће се користити термин *тужилац* или *тужени*, без обзира на то што тужени није заиста проузроковао штету, или ако је заиста (тужени) то учинио, тужилац можда не би донео одлуку да подигне тужбу и иницира парнични поступак.

<sup>156</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1982б, стр. 333.

Затим, када тужилац покрене поступак настају и тзв. *судски трошкови* (трошкови правосуђа). У ове трошкове спадају: издаци за одржавање судских зграда, канцеларијски материјал, издаци за опрему, средства за зараде запослених и други.<sup>157</sup> У вези с тим, поводом сваке конкретне парнице настају и тзв. *објективни судски трошкови*, попут: путних трошкова, дневница, награда и накнада вештака, сведока, преводиоца, тумача и других учесника у поступку.<sup>158</sup> Иако је тужилац у обавези да плати *судску таксу*, чиме, индиректно, партиципира у судским трошковима,<sup>159</sup> приликом подизања тужбе он не узима у обзир да ће покретање поступка условити трошкове ангажовања државног апарата, као и трошкове друге стране у поступку. И у даљем току поступка, тужилац калкулише првенствено његове приватне трошкове,<sup>160</sup> али не и приватне трошкове туженог или одређене судске трошкове, а који могу настати као последица његових радњи. Према томе, укупни друштвени трошкови парнице, поред приватних трошкова странака, обухватају и *судске трошкове, које тужилац не узима у обзир, као што не рачуна ни приватне трошкове друге стране*. Зато су укупни друштвени трошкови парнице *виши* од приватних трошкова тужиоца. То даље значи да *(пре)висок ниво* друштвених трошкова парнице (судских и парничних трошкова), указује да постоји *тенденција ка (пре)великом броју парница*.<sup>161</sup>

Када је реч о *односу приватних и друштвених користи од парнице*, разлика није тако очигледна. Наиме, када тужилац покреће парнични поступак, очекује да ће добити одређену суму новца од туженог на основу судске пресуде. Тај очекивани добитак представља његову *приватну корист од парнице*. С друге стране, свако покретање парничног поступка и вођење парнице ствара *позитивне екстерне ефекте* који делују на тужене *генерално*, поред дејства на

---

<sup>157</sup> У америчкој литератури ови трошкови називају се *административним трошковима* (о њима је било речи у првој глави првог дела рада).

<sup>158</sup> Видети: Гордана Станковић, *op. cit.*, 2007, стр. 314.

<sup>159</sup> Ангажовање државног апарата није бесплатно. Ко користи судске услуге, мора за то да плати у виду судске таксе. Такође, плаћање судске таксе требало би да одврати потенцијалне тужиоце да туже за безначајне ствари. Још један правно-политички разлог увођења судске таксе јесте усмеравање потенцијалних странака на алтернативне начине решавања грађанскоправних спорова. Видети: Гордана Станковић, *op. cit.*, 2007, стр. 314–315.

<sup>160</sup> Према нашем *Закону о парничном поступку (ЗПП)*, свака странка мора да *предујми (унапред положи)* одређени износ објективних судских трошкова (рецимо, трошкова вештака), који суд одреди. Видети: чл. 148. ст. 1. *Закон о парничном поступку*, „Службени гласник РС“, бр. 125/2004 и 111/2009.

<sup>161</sup> Видети: Steven Shavell, *The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System*, Journal of Legal Studies, Vol. 26, 1997, стр. 578.

конкретног туженог. Бар се то од сваког парничног поступка очекује. Другим речима, свака парница, и пресуда као исход, требало би да утичу на понашање потенцијалних тужених, у смислу њиховог одвраћања од доношења штете потенцијалним тужиоцима. Реч је *превентивном ефекту* парнице, који је садржан у нечему што се означава као *друштвена корист од парнице*.<sup>162</sup> Друштвена корист од парнице може се разликовати од приватне користи од парнице у два правца. Прво, друштвена корист од парнице може бити *виша* од приватне користи од парнице. Рецимо, парница, која је окончана правоснажном пресудом, може условити *смањење потенцијалних штета*, при чему је то смањење *веће* од тужиочевог очекиваног добитка од пресуде. Уколико је смањење потенцијалне штете *веће* од тужиочевог очекиваног добитка, каже се да је друштвена корист од парнице *виша* од приватне користи тужиоца. Супротно овоме, друштвена корист од парнице може бити *нижа* од приватне користи од парнице. Примера ради, парница не доводи ни до каквог позитивног ефекта на потенцијалне тужене, у смислу смањења штете (*овакву могућност не треба искључити*). Тада је друштвена корист од парнице *нижа* од приватне користи од парнице. Према томе, у зависности од тога који је смер у разлици друштвених и приватних користи од парнице превладао, може се говорити о два супротним тенденцијама. У првом случају, када је друштвена корист од парнице *виша* од приватне користи од парнице, јавља се *тенденција ка мањем броју парница* и, обрнуто, у другом случају, постоји *тенденција ка већем броју парница*, него што је то пожељно с друштвеног аспекта.<sup>163</sup>

### 7.2. Тенденција ка (пре)великом броју парница: пример 1

Рецимо, постоје парнице које се воде, иако то није друштвено пожељно.<sup>164</sup> Ради илустрације, претпоставке су следеће: тужиоци могу претрпети штету у износу од *10.000 динара*; вероватноћа настанка штете износи

---

<sup>162</sup> Друштвена корист од парнице не огледа се само у превенцији будућих штета, већ и креирању *прецедената* (у англо-саксонском праву). Наиме, свака парница, која се окончава пресудом, може послужити као преседан (прецедент) за будуће пресуде. Јасно је да тужилац сагледава само сопствени интерес у парници, али не и будуће ефекте парнице у виду прецедента. Такође, друштвена корист од парнице огледа се и у *компензацији (накнади штете)* оштећеним лицима (под условом да осигурање не постоји).

<sup>163</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1982б, стр. 333–334. Упореди са: Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 578 и на другим местима.

<sup>164</sup> Пример базиран према: Steven Shavell, *op. cit.*, 1982б, стр. 337.

20%, ако тужени не предузимају никакве превентивне мере, и супротно, вероватноћа износи 16%, ако тужени предузимају превентивне мере; 100 динара износи трошак превенције; и 3.000 динара износе парнични трошкови и тужиоца и туженог. Полазећи од *позитивне* разлике између износа накнаде штете коју тужиоци могу добити и износа парничних трошкова (који су, по претпоставци, познати), произилази да ће они покренути поступак и водити парницу (10.000 дин. > 3.000 дин.).<sup>165</sup> С друге стране, трошкови очекиване одговорности (10.000 дин.) плус очекивани парнични трошкови (3.000 дин.) *оних тужених који не предузимају превентивне мере*, чине њихов очекивани губитак, који износи:  $20\% \times (10.000 + 3.000) = 2.600$  дин. Аналогно, очекивани губитак *оних тужених који предузимају превентивне мере*, износи:  $16\% \times (10.000 + 3.000) = 2.080$  дин. Због негативне разлике између ове две величине (2.080 дин. < 2.600 дин.), тј. због тога што је *нижи* очекивани губитак у случају предузимања превентивних мера, следи да је у интересу тужених да предузму превентивне мере, и поднесу трошак превенције од 100 динара. Сада можемо израчунати укупне друштвене трошкове као збир: трошка превенције (100 дин.), очекиваних губитака (16% од 10.000 дин.), као и очекиваних парничних трошкова тужилаца и тужених (16% од 3.000 дин. + 3.000 дин.). У овом случају, укупни друштвени трошкови износе 2.660 дин. С друге стране, *кад парнице не би биле вођене* (као што јесу), укупни друштвени трошкови износили би: 20% од 10.000 динара = 2.000 дин. Укупни друштвени трошкови, у овом случају, били би једнаки *очекиваном губитку оних тужених који не би предузели превентивне мере*.<sup>166</sup> Ако упоредимо укупне друштвене трошкове у две ситуације, нижи су у ситуацији када парнични поступак не би био покренут, тј. кад не би било парнице (2.000 дин. < 2.660 дин.). Дакле, *друштвено је пожељно да парнице уопште не буде*. Када доносе одлуку да покрену поступак, тужиоци не узимају у обзир чињеницу да ће ефекат генералне превенције бити *низак*, као што не узимају у обзир то да ће тужени сносити парничне трошкове (од 3.000 дин.). Тужиоце, у принципу, занима само очекивана *приватна корист* од парнице. Руководећи се *приватним интересом*, тужиоци у овом примеру покрећу

<sup>165</sup> Под условом, да тужилац очекује *потпуну накнаду штете*.

<sup>166</sup> Овај резултат важи за ове тужене који не би предузели превентивне мере. Укупни друштвени трошкови сада не обухватају трошкове превенције (тужени не би предузели превентивне мере), нити парничне трошкове (парнице нису вођене).

парнични поступак, *иако то није пожељно са друштвеног аспекта, због ниске генералне превенције*. Ово показује да постоји *дивергенција приватних и друштвених трошкова и користи*, услед чега се јавља (*пре*)велики број парница, тј. број парница *изнад* друштвеног оптимума.

### 7.3. Тенденција ка (*пре*)малом броју парница: пример 2

Може се поћи и од другачије ситуације<sup>167</sup> – друштвено је пожељно да се покрену парнични поступци, али до тога, ипак, не долази. У циљу илутрације, полазне претпоставке су следеће: тужени је објективно одговоран за проузроковану штету,<sup>168</sup> штета коју тужилац сноси износи 500 динара; вероватноћа настанка штете би се смањила са 20% на 1% уз трошак туженог од 5 динара; трошак подизања тужбе од стране тужиоца износи 4.000 динара; и трошак одбране туженог износи 2.000 динара. Пошто је трошак подизања тужбе (4.000 динара) већи од очекиване накнаде штете (500 динара), као рационалан доносилац одлуке, *тужилац неће подићи тужбу*. Полазећи од тога да тужилац неће подићи тужбу, тужени нема рационалан основ да предузме превентивне мере и тиме смањи вероватноћу настанка штете са 20% на 1%, када, ионако, неће бити тужен. Стога, укупни друштвени трошкови износили би:  $20\% \times 500 \text{ дин.} = 100 \text{ дин.}$  Међутим, *да је тужилац подигао тужбу* (као што није), тужени би добио подстицај да предузме превентивне мере, уз трошак од 5 динара, чиме би смањιο вероватноћу настанка штете са 20% на 1%. Укупни друштвени трошкови износили би:  $5 \text{ дин.} + 1\% \times (500 \text{ дин.} + 4.000 \text{ дин.} + 2.000 \text{ дин.}) = 70$

<sup>167</sup> Пример базиран према: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 390–391.

<sup>168</sup> Ова претпоставка веома је важна, јер под претпоставком важења одговорности за непажњу, мора се доказивати и *кривица* туженог. Тај додатни терет доказивања кривице вероватно би условио да број парница буде *нижи* у односу на број парница под претпоставком важења објективне одговорности (када се кривица претпоставља). Услед тога је под претпоставком важења одговорности за непажњу, проблем великог броја парница и претераног парницења *мање озбиљан*, него под претпоставком важења објективне одговорности (кад ће број парница ионако бити нижи). Но, ову констатацију треба схватити условно, јер, као што се зна, у пракси често тужиоци подижу тужбе и против *тужених који нису криви*, чиме се нарушава претходна тврдња да ће тужиоци мање тужити због терета доказивања кривице туженог. То значи да систем базиран на правилу о одговорности за непажњу *не функционише перфектно у пракси*, у смислу да тужиоци туже само када су сигурни да је тужени крив, него, напротив, туже и када нису сигурни да је тужени крив. Да је систем перфектан (као што није), значило би да штета која није настала кривицом туженог, не би довела до подизања тужбе и, супротно, штета која би настала кривицом туженог, сигурно би довела до подизања тужбе и парнице. Пошто није тако, *и под претпоставком одговорности за непажњу, такође, постоји проблем претераног броја тужби, али, као што је речено, проблем је мање озбиљан*. Видети: *ibid.*, стр. 392 и Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 598–599.

*дин.* Када упоредимо укупне друштвене трошкове у два случаја, следи да је *друштвено пожељно да тужба буде подигнута*, јер је тада нижи друштвени трошак (*70 дин. < 100 дин.*). Предузимање превентивних мера, уз трошак од *5 дин.*, резултирало би значајним смањењем укупних друштвених трошкова штете. Полазна претпоставка јесте да *тужилац не подигне тужбу*, пошто се руководи само сопственим интересом, не узимајући у обзир превентивне ефекте подизања тужбе и вођења парнице. Дакле, друштвена корист од парнице, у овом примеру, *већа* је од приватне користи тужиоца. То, даље, значи да је *било пожељно да је парница вођена (као што није)*. Стварна последица тога јесте постојање броја парница *испод* друштвеног оптимума, тј. *мањег* броја парница у односу на друштвено ефикасан ниво парница.

Први пример показује да постоји *већи* број парница у односу на број парница који је пожељан с друштвеног аспекта. Други пример показује да постоји *мањи* број парница у односу на друштвено пожељан број парница. Поставља се питање: *шта држава може да учини поводом дивергенције приватних и друштвених трошкова и користи од парнице?* Такође, *да ли постоје други методи за смањење друштвено-приватног разлижења броја тужби и парница?* Ова питања биће предмет елаборације у наставку текста.

#### **8. Подаци емпијских студија о дивергенцији приватних и друштвених трошкова и користи од парнице**

Пре објашњења различитих видова корективне политике у вези са разлижењем друштвених и приватних трошкова и користи од парнице, неопходно је указати на одређене *практичне импликације* ове дивергенције. Речено је да тужилац не узима у обзир парничне трошкове туженог или трошкове државе у вези са парницом. С тим у вези, 1985. године у Америци, у споровима поводом ауто-незгода, забележени су следећи подаци:<sup>169</sup> парнични трошкови тужилаца чинили су *24%*, односно њихово утрошено време *2%* од укупних трошкова; новчана вредност накнада штете износила је *52%* од укупних трошкова; парнични трошкови тужених износили су *13%*, односно њихово утрошено време *6%* од укупних трошкова; трошкови тужбених захтева

---

<sup>169</sup> Подаци преузети из: Deborah R. Hensler, Mary E. Vaiana, James S. Kakalik, Mark A. Peterson, *Trends in Tort Litigation: the Story Behind the Statistics*, Rand - the Institute for Civile Justice, R-3583 -ICJ, 1987, стр. 25–29.



3% од укупних трошкова; и трошкови правосуђа 2% од укупних трошкова. Из ових података види се да парнични трошкови тужилаца чине *преко 50%* свих трошкова у вези и поводом парнице.<sup>170</sup> С друге стране, у споровима због мана производа и несавесног лечења, удео парничних трошкова тужилаца у укупним трошковима, у истом периоду, износио је нешто мало преко 40%. Овај проценат је још већи у споровима због штета изазваних азбестом. Ови подаци указују да, у пракси, *тужиоци не калкулишу скоро половину укупних трошкова у вези и поводом парнице*. Дивергенција приватних и друштвених трошкова на основу ових података је очигледна.

Даље, гореспоменућа студија из 1987. године<sup>171</sup> указује да аутомобилске несреће у Америци узрокују велики број парница. Друга студија из 1986. године,<sup>172</sup> потврђује ове податке: спорови изазвани ауто-незгодама чине *половину* свих спорова пред америчким судовима опште надлежности и генеришу *око 50%* од укупног износа свих исплаћених накнада штете. Наиме, од 15,1% свих исплаћених накнада штете, 6,9% отпада на накнаду штете у споровима због аутомобилских несрећа (8,2% отпада на *све* остале спорове). Такође, од укупних парничних трошкова у износу од 17,3% у свим споровима, 6,3% односи се на спорове због ауто-несрећа (11% на остале спорове). Но, и поред великог броја ауто-несрећа и парница које настају тим поводом, закони који регулишу ову материју у Америци углавном су остали непромењени. Управо због постојања великог броја парница, као и закона који нису претрпели битне промене, може се уочити одређена *стабилност* у начину решавања ове врсте спорова. Ради се о тенденцији ка *алтернативном начину решавања ових спорова*, преваходно *арбитражом*. Затим, видљива је тенденција повећаног *склапања поравнања* између учесника саобраћајних несрећа.<sup>173</sup> Међутим, оно што нас највише интересује јесу *превентивни ефекти парнице* поводом спорова због ауто-несрећа. Ти превентивни ефекти на будуће ауто-несреће углавном су *скромног домета*. Зато се у теорији<sup>174</sup> оправдано поставља питање *узрока снижене превенције*. С једне стране, осигурање од одговорности, свакако,

---

<sup>170</sup> 52% отпада на накнаду штете, а 24% + 2% трошкова тужилаца од преосталих 48% износи преко 50%.

<sup>171</sup> Видети: Deborah R. Hensler, Mary E. Vaiana, James S. Kakalik, Mark A. Peterson, *op. cit.*, 1987, стр. 30–32.

<sup>172</sup> Видети: James S. Kakalik, Nicholas M. Paces, *Costs and Compensation Paid in Tort Litigation*, Rand - the Institute for Civile Justice, R-3391-ICJ, 1986, стр. x, xi, xii.

<sup>173</sup> Арбитражно решавање спорова и учестало склапање поравнања доводе до снижавања трансакционих трошкова парнице.

<sup>174</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 589.

доводи до смањења превентивних ефеката (тзв. *морални хазард*). С друге стране, општепознато је да у ауто-несрећама телесне повреде могу бити озбиљне,<sup>175</sup> услед чега појединци, због саме чињенице могућег наношења телесних повреда и смртог исхода, *повећавају опрезност у вожњи*. Ова два фактора (осигурање од одговорности и повећана пажња возача) наводе на закључак да су *ниски* превентивни ефекти парнице на будуће несреће.

Неке студије, у домену аутомобилских незгода, потврђују постојање *врло* *ниских* ефеката превенције постојећег система одговорности за штету.<sup>176</sup> Зато се ради уштеде трошкова испитује могућност увођења другачијег система, у коме се не би утврђивала одговорност починилаца штете, али би постојало *обавезно осигурање* (енг. *no-fault system*).<sup>177</sup> Но, друге студије указују да би увођење система без кривице, као алтернативе постојећем систему, довело до повећања стопе ауто-несрећа. Иако се ове студије разилазе око тога који се систем ефикаснији у погледу безбедности, једно је сигурно и неспорно да су превентивни ефекти парнице поводом аутомобилских несрећа *ниског* домета,<sup>178</sup> што значи да је *друштвена корист од подизања тужбе ниска*.<sup>179</sup>

---

<sup>175</sup> Телесне повреде могу довести и до смртог исхода, као што саме ауто-незгоде могу условити моменталну смрт виновника и учесника несреће.

<sup>176</sup> Реч је о систему у коме се утврђује *кривица* починилаца штете у парничном поступку. При том, мисли се на актуелни систем одговорности за накнаду штете у Америци.

<sup>177</sup> Рецимо, ако у постојећем систему, превенција процентуално износи 8%, а укупни трошкови (укупна штета) по основу саобраћајних несрећа 50 милиона динара, увођење алтернативног система без утврђивања кривице довело би до *повећања* укупних трошкова за 4 милиона динара (8% x 50 мил.). С друге стране, претпоставка је да укупни износ исплаћених накнада штета износи, рецимо, 10 милиона динара, и тај износ можемо означити као износ трансакционих трошкова. Ако би увођење система без утврђивања кривице довело до уштеде 50% ових трансакционих трошкова (50% x 10 мил.), тај износ (5 милиона) *прелази* повећање укупних трошкова од 4 милиона. Дакле, *уштеда трансакционих трошкова по основу исплаћених накнада штете већа је од повећања укупних трошкова саобраћајних несрећа, услед увођења система без кривице*. Ово је измењена верзија *Шавеловог* прорачуна у вези са уштедом трансакционих трошкова приликом увођења система без кривице, у коме би постојало осигурање у виду државног програма. Иако је реч о грубом прорачуну, *Шавел* само сугерише да се уштеда трошкова парнице (у овом случају трансакционих трошкова по основу накнаде штете) можда неће постићи превенцијом коју пружа постојећи систем одговорности за штету. Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 589–590 и фусноте бр. 22 и бр. 24. О томе да ли су трансакциони трошкови система осигурања *нижи* у односу на систем одговорности за штету, видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2007, стр. 263–264 и фусноту бр. 4.

<sup>178</sup> Као и да се повећањем превенције не могу смањити трансакциони трошкови парнице.

<sup>179</sup> Подаци које пружају ове две студије преузети су из: Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 589, где је цитирано према: Don Dewees, David Duff, Michael Trebilcock, *Exploring the Domain of Accident Law: Taking the Facts Seriously*, Oxford University Press, New York, 1996, стр. 22–26. Прецизирајмо да ова студија указује да возачи не реагују на подстицаје које ствара систем одговорности за штету у мери у којој би требало. Разлог томе јесте неинформисаност возача о санкцијама које следе ако не буду пажљиви у вожњи, јер овај систем нема инструмената да

Даље, када је реч о споровима због недостатака производа и несавесног лечења, наведена студија из 1987. године<sup>180</sup> указује да је превенција *од централног значаја*. Наиме, у било ком систему битно је да постоји висока превенција од штета услед недостатака производа, као и штета услед несавесног лечења. У сврху превенције, тужиоци (рецимо, оштећени купци производа са недостатком) су заинтересовани да улажу ресурсе у покретање парничних поступака и вођење парница. С друге стране, тужени (рецимо, произвођачи производа са недостатком) су подстакнути да улажу ресурсе у одбрану у парницама поводом тужби оштећених лица због штета од недостатака ствари. То практично значи да тужени има *јачи подстицај* да се брани у парници него да склапа поравнање са оштећеним лицима. Последица тога јесте *низак ниво алтернативног начина решавања спорова* услед штета од ствари са недостатком (и штета узрокованих несавесним лечењем). Затим, за разлику од закона који се односе на ауто-несреће и који су остали мање-више непромењени, закони који регулишу одговорност произвођача за штету од ствари са недостатком временом су претрпели промене.<sup>181</sup> Промена закона довела је до *повећања броја парница* у области несавесног лечења и одговорности произвођача ствари са недостатком. Те парнице су, по природи ствари, новчано вредније у односу на парнице због ауто-несрећа. Новчана вредност ових парница је већа, јер оне, с једне стране, подразумевају *озбиљније повреде*, а с друге стране, као што је већ речено, *веће улагање ресурса од стране и тужених и тужилаца ради превенције*. Крајња последица јесте, с једне стране, *повећање трансакционих трошкова парница*, а с друге стране, *мање предвидиви исходи парница*.

Речено је да превенција заузима важно место када је реч о споровима због недостатака производа. У вези с тим, важно је истаћи да су произвођачи, независно од правних правила о одговорности за штету, подстакнути да избегавају потенцијалне штете и спорове који настају тим поводом, из простог

---

пренесе те информације возачима. Осим тога, указује се да појединци испољавају тенденцију игнорисања *ниског ризика*, што би у случају војње значило да подстицаји (санкције), а који зависе од наступања штетног догађаја, имају мали ефекат. Ови подстицаји могу имати ефекат на *активност возача*, али не и на ниво њихове пажње, и то у мери у којој премија осигурања подиже цену високо ризичне војње. Видети: *ibid.*, стр. 22.

<sup>180</sup> Видети: Deborah R. Hensler, Mary E. Vaiana, James S. Kakalik, Mark A. Peterson, *op. cit.*, 1987, стр. 32.

<sup>181</sup> Посебно је драматична била промена која се одиграла раних 60-их година 20. века, када је у Америци уведена *објективна одговорност произвођача ствари са недостатком*.

разлога, јер тиме могу да *изгубе купце*, или морају да *снижавају цене*. Зато се доводи у питање ефекат превенције који генерише постојећи амерички систем одговорности произвођача за штету од ствари са недостацима. Једна од ретких емпиријских студија,<sup>182</sup> у домену одговорности за штету од ствари са недостацима, *није потврдила позитивну корелацију између броја парница и броја повреда или стопе смртних исхода*. Дакле, превенција је, као и код ауто-несрећа, на ниском нивоу. Међутим, студија из 1987. године показује да су парнични трошкови услед штета од недостатака ствари *врло високи*. То имплицира да је *парнична активност*, у овом домену, *висока*, из чега даље произилази *да је висок и број парница*. Управо овај податак указује да је приватни подстицај за покретање поступака и одлазак на суђење довео до *(пре)великог број парница*. Још једном се потврђује дивергенција приватних и друштвених подстицаја.

Најзад, велику пажњу америчке јавности изазвале су *масовне штете* од ствари са недостацима.<sup>183</sup> Због тога се оне посматрају одвојено од „обичних“ штета од ствари са недостацима. Поставља се питање: *зашто су ове штете побудиле толику пажњу?* Пре свега, ради се о латентним повредама (нпр. од азбеста), које отварају сложена правна питања у тзв. *поступку откривања информација* (енг. *pretrial discovery*). Наиме, потребно је да тужиоци прикупе *све чињенице* којима би поткрепили доказе да је произвођач изазвао масовну штету, узимајући посебно у обзир и то да је штета настала у *дужем временском периоду*. То доводи до *повећања трошкова* у овој фази поступка и, наравно, до *одуговлачења поступка*. Надаље, поступак се компликује, јер масовна штета може настати и на *различитим географским подручјима*. Затим, уочен је и *огроман прилив тужбених захтева од момента утврђивања масовне штете*. Последица тога јесу даља одлагања поступка и повећање трансакционих трошкова парнице. Напослетку, због озбиљности масовних штета, *превенција* посебно добија на значају. Другим речима, тужени произвођачи, суочени са плаћањем високих одштета, предузимају мере превенције, што се односи и на

<sup>182</sup> Видети: George Priest, „Products Liability Law and the Accident Rate“, у: Robert Litan, Clifford Winston eds, *Liability: Perspectives and Policy*, Brookings Institutions, Washington D. C., 1988, стр. 184–222.

<sup>183</sup> Подаци о масовним штетама, такође, преузети из гореспоменуте студије из 1987. године.

потенцијалне тужиоце. Све у свему, с обзиром на високе трансакционе трошкове ових парница, *алтернативни методи решавања спорова* све више добијају на значају у Америци.

Дакле, претходни примери у домену ауто-несрећа, одговорности произвођача за штету од ствари са недостатком и одговорности за масовне штете, указују да постоји *(пре)велики број парница*. Разлог је *дивергенција приватних и друштвених користи од парнице*. Једноставније речено, постоји појачан приватни подстицај за подизање тужбе од стране тужилаца, који, при том, не узимају у обзир друштвене користи од тужбе и парнице, пре свега, *превентивне ефекте парнице*. Но, као што знамо, постоји и супротна могућност – мањи број парница него што је друштвено пожељно. Примера ради,<sup>184</sup> пођимо од тога да је очекивана вредност од парнице ниска, будући да постоје знатне тешкоће у доказивању узрочности између штетне радње и саме штете. Таква ситуација настаје, рецимо, ако предузеће емитује штетне материје које изазивају канцер. Споменута ниска очекивана вредност од парнице узрокује *слабљење* приватних подстицаја за подизање тужбе. Даља последица тих ослабљених приватних подстицаја јесте *мањи број парница*. Но, уколико би се евентуално утврдила узрочна веза у већ покренутим поступцима, то би могло иницирати друге појединачне тужбе и парнице, а што би, свакако, било друштвено пожељно. У овом примеру, иако је висина штете *велика* и која би, по природи ствари, требало да појача приватни подстицај за подизање тужбе, то се ипак не дешава, *због отежаног доказивања узрочности*. Друштвена корист од подизања тужбе јесте *висока (превенција опаке болести)*, али је приватна корист доста *нижа*. И у овом примеру, дивергенција приватних и друштвених користи условљава друштвено непожељан број парница.

### **9. Утицај дивергенције приватних и друштвених трошкова парнице на ниво пажње починилаца штете**

Пођимо од поједностављеног примера: лице *А* нанесе штету лицу *Б* у износу од *50.000 динара*; лице *Б* (тужилац) подиже тужбу за накнаду материјалне штете и у парничном поступку сноси парничне трошкове у износу

---

<sup>184</sup> Пример преузет из: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 394–395.

од 10.000 динара;<sup>185</sup> судски трошкови<sup>186</sup> износе 5.000 динара. Иако стварна штета износи 50.000 динара, починилац штете (тужени) требало би да плати 65.000 динара на име накнаде штете. *Зашто?* Наиме, уколико се жели *потпуна превенција будућих штета*, онда починилац штете мора да плати не само стварну штету и сопствене трошкове,<sup>187</sup> већ и трошкове друге стране и судске трошкове (трошкове државе). Само се на тај начин обезбеђују подстицаји за предузимање ефикасног нивоа пажње.<sup>188</sup> Чињеница да *тужени*, ради превенције, треба да сноси трошкове тужиоца и трошкове државе, посебно долази до изражаја ако су парнични трошкови тужиоца *високи*. Пренебрегнути високе парничне трошкове тужиоца значи послати неефикасне *сигнале* туженима у погледу предузимања додатних мера пажње.

Претходни пример намеће питање *односа парничних трошкова и нивоа пажње (потенцијалних) починилаца штете*.<sup>189</sup> Прво, сама чињеница да парница кошта, може одвратити поједина оштећена лица да покрену парничне поступке.<sup>190</sup> У том случају, починиоци штете, суочени са нижом очекиваном одговорношћу за накнаду штете, предузимају *нижи* ниво пажње. Друго, чак и да оштећени покрену парничне поступке и тиме преузму ризик плаћања парничних трошкова, не значи да ће починиоци штете предузети ефикасан ниво пажње. Да би предузели ефикасан ниво пажње, они морају да сnose *све* трошкове које генерише парнични поступак (као што је у претходном примеру објашњено, ради се о трошковима друге стране и трошковима државе).

Можемо се вратити претходном примеру и претпоставити да трошак додатне пажње износи 1.500 динара и да њено предузимање смањују вероватноћу настанка штете за 50%.<sup>191</sup> Такође, може се претпоставити да даље

---

<sup>185</sup> У овом примеру, претпоставка је да се ради о америчком правном систему, у којем *свака страна сноси своје трошкове*.

<sup>186</sup> Ради лакше анализе, није битно о којим конкретним судским трошковима се ради. Важно је да је да су у питању трошкови *државног апарата*, који настају покретањем парничног поступка.

<sup>187</sup> Ради једноставности, парнични трошкови туженог износе нула.

<sup>188</sup> *Ефикасан ниво пажње* јесте онај ниво којим се минимизирају потенцијалне штете. Другим речима, ради се о додатном трошку повећања пажње (*гранични трошак*) којим се додатно смањује очекивана штета (*гранична корист*). Када се гранични трошак пажње изједначи са граничном коришћу од резултирајућег смањења очекиване штете, економски гледано, сматра се да је пажња *ефикасна*.

<sup>189</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 395.

<sup>190</sup> Рецимо, они оштећени који су претрпели *малу штету*, чиме су суочени са парничним трошковима вишим од саме штете, могу *одустати* од иницирања парничног поступка.

<sup>191</sup> Ово је модификована верзија *Шавеловог* примера, видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 585–586.

повећање пажње доводи до даљег смањења вероватноће настанка штете за 10% (на 40%), уз додатни трошак од 5.500 динара, колико кошта предузимање безбедносних мера. Питање је да ли ће починилац штете предузети додатну пажњу? Наиме, његова очекивана корист од додатне пажње (*гранична корист*) била би:  $10\% \times 50.000 = 5.000 \text{ дин.}$ <sup>192</sup> С обзиром на то да је корист од додатне пажње (5.000 динара) *нижа* од трошкова додатне пажње (5.500 динара), рационални починилац штете неће предузети додатну пажњу. Међутим, када би починилац штете сносио укупне друштвене трошкове (65.000 динара), његова очекивана гранична корист износила би:  $10\% \times 65.000 = 6.500 \text{ дин.}$  Пошто је корист од додатне пажње (6.500 динара) *виша* од трошкова додатне пажње (5.500 динара), рационални починилац штете ће предузети додатну пажњу. Из овог примера следи да су ефикасни подстицаји за предузимање (додатне) пажње обезбеђени једино када починилац штете сноси *трошак саме штете, трошкове друге стране и судске трошкове* (65.000 динара). Другим речима, ефикасан ниво пажње обезбеђен је када починилац штете сноси *укупне друштвене трошкове*, генерисане штетним догађајем.

Као разлог неефикасних подстицаја још једном се показује дивергенција приватних и друштвених трошкова и користи од парнице. Друштвена корист од парнице требало би да буде ефикасан ниво пажње, а да би парница генерисала тај ниво пажње, починилац штете мора да сноси укупне друштвене трошкове. С обзиром на то да у америчком правном систему (у којем свака страна сноси своје трошкове) то није случај, подстицаји ка превенцији нису ефикасни.

#### ***10. Корективна политика у вези са дивергенцијом приватних и друштвених трошкова и користи од парнице***

Прво се поставља питање *корективне политике у вези са друштвено непожељним бројем парница*. Другим речима, која је улога државе у вези са проблемом (пре)великог или (пре)малог броја парница. По мишљењу *Шавела*,<sup>193</sup> ако је број постојећих парница (*пре*)мали у односу на друштвено ефикасан број парница, држава би могла *субвенцијама* подстаћи подизање тужби. На тај начин би ојачали приватни подстицаји за подизање тужби, услед чега би се повећао

<sup>192</sup> Ово је случај када сноси само трошак штете и своје трошкове, што износи, да се подсетимо, 50.000 динара.

<sup>193</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 586.

број парница. С друге стране, ако је број парница *(пре)велик* у односу на друштвено ефикасан број парница, држава би могла одређеним *инструментима* да учини парницу скупљом. Први инструмент који држави стоји на располагању јесте *такса за подизање тужбе*. Ако би држава *повећала* износ ове таксе, ослабили би приватни подстицаји за подизање тужби, а самим тим би се смањило и број парница.

На први поглед стиче се утисак да би држава могла једноставно, субвенционисањем или поскупљењем парнице, решити проблем дивергенције приватних и друштвених трошкова парнице. Међутим, у решавању овог проблема јавља се други проблем, а то је *недостатак информација*. Наиме, држава мора да има све потребне информације о парничним трошковима обеју страна, као и информације о превентивним ефектима парница. Ове информације су држави неопходне како би проценила који је то друштвено ефикасан број парница. Нарочито је важно да држава поседује информације о превентивним ефектима парница. То практично значи да држава треба да зна колико износе трошкови додатних мера пажње и које су користи од тих додатних мера пажње. Другим речима, држава мора да зна колики су резултати и ефекти повећане пажње и безбедности. Сходно томе, *поставља се питање да ли држава може да зна (и процени) који су превентивни ефекти парнице и, у вези с тим, да примени ону корективну политику која је најефикаснија?*

Може се поћи од конкретне политике која се примењује у одређеним земљама, у које спада и наша земља, а која се означава као *корективна политика у погледу (проблема) броја парница*. Наиме, реч је о политици (која промовише правило) *да странка која изгуби парницу треба да плати парничне трошкове друге (победничке) стране*. Када је реч о ефикасности парнице, поставља се питање да ли ово правило ствара позитивне екстерне ефекте у погледу броја парница? Рецимо, постоји *(пре)велики* број парница у односу на друштвено пожељан број парница. Да ли ће ово правило довести до смањења броја парница? Наиме, ако се пође од тога да ово правило појачава приватни подстицај за подизање тужбе, нарочито подстицај код оних оштећених лица која процењују да имају високе изгледе да добију парницу, проблем превеликог броја парница, не да неће бити решен, већ ће се погоршати. Наравно, овај закључак је релативног карактера, јер правило да странка која изгуби парницу



сноси парничне трошкове и друге стране, може, с друге стране, да ублажи проблем (*пре*)малог броја парница. Пошто ово правило охрабрује оштећена лица да покрену парнични поступак, а претпоставка је да постоји *мали* број парница, то ће довести до повећања њиховог броја и приближавања друштвено ефикасном броју парница. Ако се, нарочито, субвенцијама подстиче подизање тужби да би се решио проблем (пре)малог броја парница, политика која се ослања на претходно правило показује се као *ефикасна алтернатива* тој политици. Могу се навести и други примери када се правило да странка која изгуби парницу сноси парничне трошкове и друге стране показује као ефикасан метод за приближавање броја парница друштвено ефикасном броју. Но, питање је било да ли је, генерално гледано, ово ефикасна корективна политика и да ли, гледано са друштвеног аспекта, уопште постоји ефикасна корективна политика у погледу броја парница. Претходна анализа указала је да ова политика *може* бити ефикасна у одређеним случајевима, а у другим не. То значи да она није ефикасна у *свим случајевима* када постоји проблем (пре)малог или (пре)великог броја парница. Произилази да она не може бити *генерална корективна политика*. То показује да не постоји, нити може постојати, једна јединствена корективна политика, када је реч о проблему броја парница. Тиме долазимо до одговора и на друго питање о процени трошкова пажње и ефеката пажње и безбедности. Очито је да држава не може проценити колики су превентивни ефекти парнице и, сходно томе, да одреди друштвено пожељан број парница. Другим речима, држава не може проценити позитивне екстерне ефекте парнице. С обзиром на то да јој те информације недостају, отежана је и процена *примене* ефикасне корективне политике. Уколико држава нема информација о нечему, тешко да и може предлагати одређене политике које би побољшале реално стање.<sup>194</sup>

У претходном одељку разматран је утицај дивергенције трошкова и користи од парнице на ефикасан ниво пажње починилаца штете. Будући да је истакнуто да се ефикасан ниво пажње може постићи једино ако починилац штете сноси укупне друштвене трошкове, генерисане штетним догађајем, поставља се питање корективне политике с тим у вези. Другим речима, питање

---

<sup>194</sup> Претходна анализа о корективној политици у вези са бројем парница базирана је на *Шавеловим* ставовима, видети: *ibid.*, 586–588.

је која државна политика обезбеђује тај ефикасан ниво пажње. У вези с тим проблемом, Шавел предлаже<sup>195</sup> *наметање додатног новчаног износа накнаде штете, који би био једнак збиру новчаног износа парничних трошкова друге стране и судских трошкова.*<sup>196</sup> Наравно, оваква политика може довести до појачања подстицаја за подизање тужби од стране оштећених лица, пошто добијају већи износ накнаде штете него што би добили да се примењује политика базирана на другачијем правилу (рецимо, *правило да свако сноси своје трошкове*). У ситуацији када појачање приватних подстицаја и, самим тим, повећање броја парница није пожељно, оваква политика се показује као *неефикасна*. Према томе, с једне стране, ова политика решава проблем ефикасне пажње и безбедности, али с друге стране, повећава број тужби и парница. Овај проблем могао би се решити тиме што би се повећани износ накнаде штете (за износ парничних трошкова друге стране и судских трошкова), уплатио *држави*, а не тужиоцу. Тиме што плаћа *повећани* износ накнаде штете, потенцијални починилац штете добија подстицај за предузимање ефикасног нивоа пажње, а тиме што повећани износ накнаде штете не иде у руке оштећеном, већ *држави*, потенцијални оштећени не добија подстицај да тужи и покрене парнични поступак.

Овај Шавелов предлог о повећању висине одштете представља, у ствари, рефлексију ставове одређених теоретичара који се залажу за увођење тзв. *система одвојене одговорности* (енг. *decoupling liability*).<sup>197</sup> Према мишљењу ових теоретичара, износ накнаде штете који се додељује тужиоцу (оштећеном) треба да се *разликује* од износа новца који тужени (починилац штете) плаћа. Оптималан систем одвојене одговорности требало би да омогући да износ новца који плаћа тужени буде *што је могуће виши*. На тај начин потенцијални починилац штете добија подстицај да предузме ефикасан ниво пажње. С друге стране, накнада штете, која се стварно додељује тужиоцу, може бити *снижена*, чиме *слабе* подстицаји да потенцијални оштећени покрене поступак. Ослабљени подстицаји за покретање поступка омогућавају *снижење трошкова парнице*, без

---

<sup>195</sup> *Ibid.*, стр. 588.

<sup>196</sup> На пример, ако стварна штета износи *1.000 динара*, парнични трошкови друге стране *500 динара*, судски трошкови *500 динара*, починилац штете требало би да плати *2.500 динара*, рачунајући и његове парничне трошкове од *500 динара*.

<sup>197</sup> Видети: Mitchell A. Polinsky, Yeon-Koo Che, *Decoupling Liability: Optimal Incentives for Care and Litigation*, The RAND Journal of Economics, Vol. 22, No. 4, 1991, стр. 562–570.

утицаја на подстицаје за предузимање пажње од стране потенцијалног починиоца штете. Износ накнаде штете, који суд одређује тужиоцу, може бити *виши или нижи од оптималног износа који плаћа тужени*. Уколико би досуђени износ био *виши*, новчану разлику би *обезбедила* држава, а уколико би досуђени износ био *нижи*, новчану разлику би *добила* држава. Практично гледано, у другом случају, један део износа тужени плаћа *тужиоцу*, а други део плаћа *држави*. Према томе, с једне стране, систем одвојене одговорности обезбеђује да потенцијални починилац штете буде *пажљив*, а друге стране, да потенцијални тужилац *ређе покреће поступке*. На тај начин постиже се оптимална превенција несрећних догађаја, уштеда парничних трошкова и решава проблем превеликог броја парница (ако тај проблем постоји).

Један од начина за ублажавање проблема дивергенције приватних и друштвених трошкова и користи од парнице јесте *уговорно* решавање датог проблема.<sup>198</sup> Наиме, да би избегле потенцијалне спорове и плаћање парничних трошкова, стране могу у самом уговору предвидети одређене проблеме који се не би сматрали повредом уговора, или би једноставно могле да предвиде *арбитражно* решавање потенцијалних спорова из уговора. У том случају, уговорне стране *ex ante* желе да минимизирају очекиване губитке и заједничке парничне трошкове. Тиме се унапред, иницијативом странака, искључује могућност подизања тужбе за одређене спорове који су, са друштвеног аспекта, непотребни. Међутим, уговором се не могу предвидети сви потенцијални спорови, нити се могу спецификовати сви проблеми који би, евентуално, били извор неког спора. То практично значи да се уговором не може *апсолутно* решити проблем дивергенције приватних и друштвених трошкова и користи од парнице, већ се тај проблем може једино *ублажити*.<sup>199</sup>

### 10.1. Примена корективне политике – практични примери

У теорији се истиче<sup>200</sup> да је систем накнаде штете у Америци *неефикасан*, с обзиром на то да ствара трошкове починиоцима штете у вишем износу него што су користи самих тужиоца (оштећених), или друштва као

<sup>198</sup> Наравно, ради се о споровима који настају због неиспуњења уговорних обавеза.

<sup>199</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 392–393.

<sup>200</sup> Видети: Daniel H. Cole, Peter Z. Grossman, *op. cit.*, 2005, стр. 248.

целине. У целини, систем накнаде штете генерише *нето друштвени губитак*. Из тог разлога, заговорници реформе овог система предлажу различите институционалне промене, као што су: скраћење времена за подизање тужбе од момента настанка штете; увођење тзв. *енглеског правила*, које значи да страна која изгуби у парници сноси *све* парничне трошкове; замена објективне одговорности за накнаду штете субјективном одговорношћу за накнаду штете (одговорношћу за непажњу); увођење правила по коме се тужени може ослободити одговорности за накнаду штете, ако докаже да је у време настанка штете користио најбољу доступну технологију; ограничење солидарне одговорности за накнаду штете и друго.<sup>201</sup>

Не улазећи дубље у расправу која се води у Америци између протагониста реформи система накнаде штете и оних који бране постојећи систем, будући да сматрају да промене нису потребне,<sup>202</sup> једно је сигурно да предлози за реформу имају за циљ повећање ефикасности постојећег система. Суштина предлога за реформу јесте смањење нето друштвеног губитка који генерише дати систем. Другим речима, жели се смањење високих трошкова у оквиру овог система, а тиме и довођење броја парница на друштвено прихватљив ниво. Примера ради, претходно наведен предлог реформе који се односи на увођење *енглеског правила* требало би да појача приватни подстицај за покретање поступка, јер је *улог* за тужиоце увођењем овог правила већи. Већи улог значи и јачи подстицај за покретање поступка и вођење парнице, поготово када је реч о тужиоцима који имају *веће шансе* да добију парницу. Према томе, у ситуацији када је потребно повећати број парница, *енглеско правило* показује се као добар избор. С друге стране, уколико је потребно *смањити* број парница, тада се, рецимо, замена објективне одговорности за накнаду штете субјективном одговорношћу за накнаду штете, показује као логичан избор. Наиме, објективна одговорност за накнаду штете појачава подстицај за подизање тужбе, јер није потребно доказивање кривице починиоца штете,<sup>203</sup> док субјективна одговорност за накнаду штете ослабљује подстицај за парничење, пошто је потребно доказати постојање *штете, кривице (непажње)* починиоца штете и *узрочне везе*

---

<sup>201</sup> *Ibid.*, стр. 249–250.

<sup>202</sup> Детаљније о томе, нпр. Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 355–371.

<sup>203</sup> Под претпоставком важења објективне одговорности, тужилац (оштећени) мора да докаже само постојање *штете* и *узрочне везе* између радње починиоца штете и саме штете.

између радње починиоца штете и саме штете.<sup>204</sup> Сходно томе, променом режима одговорности за накнаду штете може се решити проблем (пре)великог броја парница, што за последицу може имати и смањење свих трошкова парнице.

Од средине 80-их година 20. века, већина америчких држава отпочела је са променом својих закона ради повећања ефикасности система накнаде штете. Тако су, примера ради, неке државе *ограничиле максимални износ* који суд може досудити на име *казнене одштете*,<sup>205</sup> или су прописале да део *казнене одштете* иде у корист *државе*.<sup>206</sup> То ограничење висине *казнене одштете* практично је спроведено на два начина: одређивањем *лимита* *казнене одштете* (нпр. у Џорџији максимални износ је *250.000\$*)<sup>207</sup> и одређивањем *максималног односа казнене одштете и потпуне накнаде штете* (нпр. на Флориди, *три пута износ потпуне накнаде*).<sup>208</sup> Неке државе су *забраниле* досуђивање *казнене одштете*.<sup>209</sup> Но, следећи *Шавелову* логику,<sup>210</sup> оптимални износ *казнене одштете*, у конкретном случају, може бити *виши* од ових, законским путем, унапред одређених износа *казнене одштете*. То значи да се одређивањем максималног износа *казнене одштете* могу *искривити* подстицаји за ефикасну пажњу и активност. Другим речима, може се нарушити оптимална превенција.<sup>211</sup>

---

<sup>204</sup> Но, и поред тога што одговорност за непажњу смањује подстицаје за покретање поступка, у случају када поступци буду покренути, због потребе за дозивањем кривице починиоца штете, повећавају се тзв. административни трошкови парнице. Дакле, у случају важења *субјективне одговорности за накнаду штете*, с једне стране, постоји уштеда административних трошкова, јер се смањује број поступака, а с друге стране, повећавају се административни трошкови, када поступци буду покренути, због додатне доказне радње (кривице). То значи да је, под претпоставком важења *објективне одговорности*, већа уштеда административних трошкова, када су поступци *већ покренути*, јер не захтева доказивање кривице починиоца штете (тима и додатне трошкове). Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2007, стр. 264.

<sup>205</sup> Сврха *казнене одштете*, с једне стране, огледа се у *отклањању штетних последица* по тужиоца, а с друге стране, у *кажњавању туженог* због његовог понашања и *спречавању* будућих истих или сличних понашања. Једноставније речено, досуђивањем *казнене одштете* суд остварује следеће циљеве: *компензацију* – уклањање или поправљање штете, *превенцију* – спречавање будућих штета и *кажњавање* починиоца штете. Детаљније о економској анализи *казнене одштете*, видети: Mitchell A. Polinsky, Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, Harvard Law Review, Vol. 111, No. 4, February 1998, стр. 869–962.

<sup>206</sup> Видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 356.

<sup>207</sup> Податак преузет из: Daniel H. Cole, Peter Z. Grossman, *op. cit.*, 2005, стр. 255.

<sup>208</sup> *Ibid.*, стр. 256.

<sup>209</sup> Видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 356, фуснота бр. 30.

<sup>210</sup> *Шавел* се детаљно бавио питањем утицаја различитих правила о одговорности за накнаду штете на подстицаје за ефикасан ниво пажње или ефикасан ниво активности. Видети, на пример, Steven Shavell, *Strict Liability versus Negligence*, Journal of Legal Studies, Vol. 9, No. 1, January 1980, стр. 1–25.

<sup>211</sup> Видети: Michell A. Polinsky, Steven Shavell, *op. cit.*, 1998, стр. 900.

У сваком случају, основни циљ ограничења висине казнене одштете јесте, поред спречавања лоше праксе арбитрарног досуђивања претерано високих износа казнене одштете,<sup>212</sup> и смањење броја парничних поступака, и консеквентно, снижење трошкова парнице. Уколико се ограничи максимални износ казнене одштете, *слабе* подстицаји за покретање парничног поступка, јер тужиоци не могу очекивати досуђивање претерано високих казних одштета, као што је то био случај у америчкој судској пракси. У случају укидања казнене одштете, долази до *знатног слабљења* подстицаја за подизање тужби за накнаду штете. Према томе, ако постоји *претеран* број парница са друштвеног аспекта, мера лимитирања висине казнене одштете или мера њеног потпуног укидања, требало би да доведе до *смањења броја парница*. Супротно, ако је циљ подстакнути покретање одређених поступака, онда *казнена одштета* може послужити као инструмент за постизање тог циља.

Најзад, вреди споменути и *радикалне реформе* система накнаде штете које су спроведене на Новом Зеланду, Шведској и Финској. У овим државама највише се отишло са имплементацијом идеје о замени система одговорности за накнаду штете системом без кривице са обавезним осигурањем (енг. *no-fault system*). Ова реформа почива на идеји да је неопходно заменити постојећи систем, базиран на кривици и одговорности починиоца штете за проузроковану штету, системом у коме ће оштећено лице добити компензацију за претрпљену штету од осигуравајућег друштва, државног или приватног типа. Тиме би требало постићи уштеду трошкова парнице (парничних трошкова странака и судских трошкова), укључујући и накнаде које добијају адвокати за пружене правне услуге. На овом месту може се приказати реформа система накнаде штете спроведена на Новом Зеланду, као и практичне импликације те реформе. Наиме, парламент Новог Зеланда, 1972. године, усвојио је закон (енг. *Accident Compensation Act*), који је укинуо право оштећених лица да туже због физичких повреда претрпљених у несрећним случајевима.<sup>213</sup> Као замена за ово укинуто

---

<sup>212</sup> У тзв. *BMW случају* (*BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559, 1996) порота је досудила *четири милиона долара* тужиоцу на име казнене одштете (*1.000* пута већи износ од стварне штете), зато што је продавац BMW аутомобила (тужени) продао купцу (тужиоцу) аутомобил као нов, иако је био оштећен приликом транспорта и преправљен пре испоруке. Видети: Daniel H. Cole, Peter Z. Grossman, *op.cit.*, 2005, стр. 248.

<sup>213</sup> Закон није укинуо право оштећених лица да траже казнену одштету.

право, парламент је усвојио *програм осигурања*<sup>214</sup> за обештећење жртава несрећних догађаја. У ту сврху формиран је посебан *државни фонд осигурања*, из кога би се исплаћивале накнаде штете оштећеним лицима, независно од тога ко је крив за проузроковану штету.<sup>215</sup> Из овог фонда оштећена лица могла би да наплате и материјалну штету (нпр. медицинске трошкове и трошкове рехабилитације) и нематеријалну штету (нпр. за претрпљени бол и патњу).<sup>216</sup> Укидање права на судску заштиту у случају повреда у незгодама, имало је за последицу елиминисање трошкова подизања тужби, трошкова извођења доказа пред судом и других трошкова парнице. С друге стране, увођење новог система проузроковало је *нове* трошкове финансирања и управљања државним фондом осигурања.

Постепена примена новог закона покренула је и расправу о *ефикасности старог и новог система*. У одмеравању који је систем ефикаснији, познаваоци прилика на Новом Зеланду износе различита гледишта. Једни истичу<sup>217</sup> да је, генерално узев, нови систем државног осигурања у великој мери допринео следећем: снизио административне трошкове (нпр. трошкове ангажовања судског апарата); ублажио проблем неприродне (негативне) селекције осигураника,<sup>218</sup> избацио из бизниса приватна осигуравајућа друштва; и омогућио бољу и ефикаснију исплату одштета оштећеним лицима. С друге стране, истичу се<sup>219</sup> и одређене слабости реформисаног система: финансирање

---

<sup>214</sup> Ради се о програму осигурања под називом „од колевке па до гроба програм осигурања“.

<sup>215</sup> Фонд је финансиран порезима на зараде и коришћење моторних возила, као и осталим фискалним приходима.

<sup>216</sup> За претрпљени бол и патњу максималан износ накнаде штете предвиђен законом износио је 7.000 новозеландских долара.

<sup>217</sup> Видети: Daniel H. Cole, Peter Z. Grossman, *op. cit.*, 2005, стр. 263, где је цитирано према: Geoffrey W. R. Palmer, *Compensation for Incapacity: A study of Law and Social Change in New Zealand and Australia*, Oxford University Press, Oxford, 1979, стр. 404–405.

<sup>218</sup> На тржишту осигурања, осигураници су боље обавештени о наступајућим ризицима и осигуравајуће друштво не може да раздвоји високо ризичне од ниско ризичних група осигураника. Због тога су осигуравајућа друштва приморана да одреде цену по *просечној вероватноћи* наступања ризичног догађаја. У том случају, боље пролазе високо ризични осигураници него ниско ризични осигураници, јер плаћају премију за ризик, која је *нижа* од њиховог стварног ризика. С друге стране, ниско ризични осигураници плаћају премију за ризик, која је *виша* од њиховог стварног ризика. Логична последица таквог начина одређивања цене премије осигурања јесте да полисе осигурања више купују *високо ризични осигураници*. Таква појава на тржишту осигурања назива се *неприродна селекција осигураника*. Детаљније о томе: Мирољуб Лабус, *Основи економије*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд, 2006, стр. 394–397.

<sup>219</sup> Видети: Daniel H. Cole, Peter Z. Grossman, *op. cit.*, стр. 264–265.

државног фонда преко пореза на зараде условило је *незадовољство запослених*; избацивање из бизниса приватних осигуравајућих друштава довело је до *елиминисања конкуренције на тржишту осигурања*, што само по себи није добро, јер конкуренција доводи до снижења цене премије осигурања; јавио се добро познати проблем *моралног хазарда*,<sup>220</sup> појавила је критика да је нови систем заиста снизио укупне административне трошкове, али је довео до *повећаних исплата накнада штете*, итд.

Све у свему, ова радикална промена законских прописа на Новом Зеланду показала је да није једноставно променити постојећи систем накнаде штете. Таква промена била је скопчана са одређеним трошковима и то је неспорно. Међутим, када је реч о самој *висини* тих трошкова, као и *користи* које је донео нови систем, постоје различити ставови. Очито је да се *различито вреднују* користи и трошкови од тих промена. С друге стране, емпиријске студије нису потврдиле вредност (ефикасност) новог система, али нису изричито изнеле закључак да је традиционални систем накнаде штете ефикаснији од новог. Остаје да се види да ли ће емпиријске студије јасно указати који је систем ефикаснији. То би било од велике користи и за друге земље које, ради повећања ефикасности, разматрају евентуалне промене система накнаде штете.

На самом крају овог одељка, као одређени закључак у вези са променом система накнаде штете, може се истаћи да је потребно *добро извагати и предвидети* све консеквенце одређене промене. Искуство са Новог Зеланда показује да свака промена која доводи до једног позитивног резултата може условити и негативне консеквенце. Укидање могућности покретања парничног поступка довело је до елиминисања трошкова ангажовања судског апарата, који, као што је више пута у раду истакнуто, могу бити веома високи. Али, с друге стране, ускраћивање могућности да се поступак води, доводи до елиминисања *друштвене користи од парнице*, у виду превентивних ефеката парнице. Претња

---

<sup>220</sup> Нови систем довео је до *екстернализације* ризика са финансијски неодговорних починилаца штете на лица која финансирају државни фонд. Да ли је таква екстерналија ефикасна или не, представља посебно питање. Но, емпиријске студије нису потврдиле предвиђање да ће нови систем условити повећање броја и озбиљности незгода. Видети: R. Ian McEwin, *No-Fault and Road Accidents: Some Australasian Evidence*, International Review of Law and Economics, Vol. 9, Issue 1, June 1989, стр. 23–24.



покретањем парничног поступка потенцијалним тужиоцима (оштећеним лицима) пружа могућност да се заштите од евентуалних повреда и штета. Дакле, питање је *колика је друштвена улога парнице*. Другим речима, да ли она генерише више друштвених користи или трошкова, с обзиром на постојање дивергенције приватних и друштвених трошкова и користи. Очито је да само прецизне емпиријске студије, које и нашој земљи, тј. нашем систему накнаде штете, хронично недостају, могу понудити одређене одговоре.

## ***11. Остале друштвене користи од парнице***

Поред *превенције будућих штета*, парница може пружити и низ других друштвених користи. Које су то остале друштвене користи од парнице и какав је њихов однос према приватним користима од парнице, биће предмет разматрања у овом одељку. Прво се разматра *накнада штете (компензација) коју добија оштећени*, као примарна друштвена корист од парнице (поред превенције), а затим се анализа проширује на *остале* друштвене користи од парнице и њихове економске импликације.

### ***11.1. Компензација оштећеног као друштвена корист од парнице***

С обзиром на то да се парница најчешће окончава пресудом којом се штета *сваљује* са оштећеног на одговорног,<sup>221</sup> може се сматрати да и *компензација оштећеног*, поред превенције, представља друштвену корист коју пружа парница. Често се у теорији,<sup>222</sup> која се претежно бави проблематиком ефикасности система одговорности за штету, истиче да се компензација оштећеног може ефикасније остварити *осигурањем*, а не судским путем. Управо однос система осигурања и система одговорности за штету представља посебно и веома важно питање.

---

<sup>221</sup> Видети: Јаков Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд, 2004, стр. 269.

<sup>222</sup> Административни трошкови система осигурања крећу се у распону од 1% до 15% износа који добија оштећени. С друге стране, ти исти трошкови се, у просеку, приближавају или чак прелазе износ компензације (накнаде штете) који се остварује судским путем. Детаљније о статистичким подацима везаним за административне трошкове система осигурања и система одговорности за штету, видети: Steven Shavell, 2007, стр. 263, фусноте бр. 2 и 4.

Претпоставимо да је систем одговорности за штету<sup>223</sup> једини инструмент за смањење ризика, тј. да не постоји осигурање као друго средство за смањење ризика. Другим речима, алокација ризика између починиоца штете и оштећеног представља друштвени циљ система одговорности за штету.<sup>224</sup> При том се компензација оштећеног посматра као веома важан друштвени аспект алокације (финансијског) ризика. На бази ових претпоставки и почетних разматрања, поставља се следеће питање: *какав је однос друштвених и приватних користи од парнице, узимајући у обзир алокацију ризика, као друштвену функцију парнице?*

Да би дали одговор на постављено питање, наводимо пример из теорије економске анализе права.<sup>225</sup> Претпоставимо да произвођач ствари са недостатком<sup>226</sup> пребацује очекивану одговорност за накнаду штете на оштећене купце, тако што *подиже цену* својих производа. Претпоставимо да вероватноћа настанка штете износи 10%, и да уколико произвођач нанесе штету купцу ствари са недостатком, штета износи 1.000 динара. Затим, рецимо да ће оштећени купац сносити 300 динара на име парничних трошкова у поступку покренутом по тужби за накнаду материјалне штете, док ће произвођач ствари

---

<sup>223</sup> Систем одговорности за штету остварује друштвену функцију алокације ризика између починиоца штете и оштећеног преко парнице. Да не би било термилошких забуна, када се каже да систем одговорности за штету остварује алокацију ризика, може се рећи и да парница остварује исту друштвену функцију.

<sup>224</sup> Досадашња анализа углавном је подразумевала да су починилац штете и оштећени неутрални према ризику, у смислу да нису спремни да плате никакав износ новца како би смањили ризик коме су изложени. Сада ћемо у анализу постепено уводити категорију аверзије према ризику, у смислу да су странке спремне да плате одређени износ новца како би смањиле ризик коме су изложене. Претпоставка о постојању странке која има аверзију према ризику битно мења досадашњу анализу, у смислу да ће алокација ризика између починиоца штете и оштећеног, сама по себи, утицати на друштвено благостање. Другим речима, ако је друштвено благостање збир очекиваних корисности странака, пребацивање ризика са странке која има аверзију према ризику ка странци која је неутрална према ризику (или од странке која има већу аверзију према ризику ка странци која има мању аверзију према ризику), нужно доводи до повећања друштвеног благостања. Разлог томе лежи у чињеници што ће алокација ризика ка странци која има већу аверзију према ризику довести до већег смањења њихове очекиване корисности, него ка странци која има мању аверзију или странци која је неутрална према ризику. То практично значи да странка која има већу аверзију према ризику може да плати одређени новчани износ странци која има мању аверзију према ризику (или према ризику неутралној странци), како би ова друга преузела ризик на себе. Тиме су обе странке у бољој позицији (Парето побољшање), јер збир њихових очекиваних корисности расте (под условом да повећање појединачне очекиване корисности утиче на повећање друштвеног благостања као збира појединачних очекиваних корисности). О овоме видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2007, стр. 190 и Борис Беговић, Мирољуб Лабус и Александра Јовановић, *op. cit.*, 2008, стр. 359–366.

<sup>225</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 595, фуснота бр. 38.

<sup>226</sup> Претпоставка је да је произвођач неутралан према ризику.

са недостатком сносити 200 динара на име парничних трошкова.<sup>227</sup> Будући да произвођач ствари са недостатком очекује плаћање одштете у износу од 1.000 динара, плус парничне трошкове у износу од 200 динара, и с обзиром на то да вероватноћа настанка штете износи 10%, произилази да ће повисити цену свог производа за:  $10\% \times 1.200 \text{ дин.} = 120 \text{ динара}$ . Дакле, очекивана одговорност за накнаду штете биће, у ствари, пренета на цену производа. Ово пребацивање одговорности за накнаду штете на цену производа можемо објаснити и речником теорије осигурања. Наиме, у овом примеру, купци плаћају „премију осигурања“ у износу од 120 динара, како би наплатили „осигурану суму“ (одштету) у износу од 1.000 динара, са вероватноћом настанка штете од 10%. Ако се штетан догађај заиста деси, у парници ће оштећени купци, сада у улози тужилаца, сносити заједничке парничне трошкове од 300 динара, тако да њихова стварна „осигурана сума“ износи 700 динара. При том, уколико се пође од претпоставке да оштећени купци имају високу аверзију према ризику, они ће прихватити плаћање „премије осигурања“ у износу од 120 динара. У супротном, ако је аверзија према ризику нижа, оштећени купци свакако не би прихватили „осигурану суму“ у износу од 700 динара, за штету од 1.000 динара. Другим речима, не би прихватили стварну одштету од 700 динара. Тиме долазимо до кључног питања – да ли је парница уопште потребна у овом случају? Гледано са друштвеног аспекта, можда парница и није потребна, будући да већина оштећених купаца<sup>228</sup> не би прихватила толики износ „осигуране суме“. Надаље, ако би оштећени купци морали да носе, рецимо, 999 динара на име заједничких парничних трошкова да би остварили накнаду штете у износу од 1.000 динара, онда би плаћањем „премије“ од 120 динара, остварили „осигурану суму“ у износу од 1 динара. Да ли је, независно од аверзије према ризику, вредно плаћање „премије осигурања“ од 120 динара за „осигурану суму“ од 1 динара? Другим речима, да ли плаћањем ове „премије осигурања“, оштећени купци доводе себе у бољи положај? Дакако да је одговор негативан, али оштећени купци не следе друштвени интерес, већ само приватни интерес и, при том, упоређују очекиване приватне трошкове са очекиваним добитком. Наиме, с обзиром на то да оштећени купац покреће поступак ако су његови очекивани

<sup>227</sup> У овом примеру је реч о америчком правном систему, у којем свака страна сноси своје трошкове.

<sup>228</sup> Осим оних који имају аверзију ка ризику.

парнични трошкови *нижи* од очекиване накнаде штете, и будући да *не узима* у обзир парничне трошкове туженог и судске трошкове, јасно је да ће његово понашање довести до утрошка новца чији је износ *виши* од износа саме накнаде штете.<sup>229</sup> Другим речима, знатно се више потроши новчаних средстава (*парнични трошкови обе стране и судски трошкови*) него што је сам износ компензације. Питање гласи: *да ли се на тај начин максимизира друштвено благостање?* Из тога произилази да, у горенаведеном примеру, није друштвено ефикасно компензовати оштећеног у износу од *1.000 динара*. Према томе, приватни подстицај оштећеног да тужи и покрене поступак је *прејак (или претеран)* у односу на друштвени подстицај ка алокацији ризика између починиоца штете и оштећеног.<sup>230</sup>

### *11.2. Осигурање починиоца штете и однос према компензацији оштећеног*

Горенаведени пример јасно показује да се приватни и друштвени подстицај за коришћење судске заштите *разликују*, узимајући у обзир алокацију ризика између починиоца штете и оштећеног. Суштина је у томе да приватни подстицај оштећених за коришћење судске заштите ради смањења њиховог ризика, *превазилази* друштвени подстицај ка осигурању (компензацији) оних оштећених који имају аверзију према ризику. Једноставније речено, друштвена оправданост парнице огледа се у компензацији оштећених који имају аверзију према ризику, *али не и свих оштећених који покрећу парнични поступак ради накнаде штете*. Но, није компензација једини (друштвено) важан аспект алокације финансијског ризика између починиоца штете и оштећеног. Наиме, и *починиоци штете* могу имати аверзију према ризику, једнако као и оштећени, што значи да у функцију друштвеног благостања нужно мора ући и *ризик који парница намеће починиоцима штете*. Рецимо,<sup>231</sup> починилац штете обавља одређену активност и троши *100 динара* на безбедност, чиме смањује ризик настанка штете у износу од *10.000 динара* са *10%* на *8%*. При том, ако би потрошио додатних *50 динара* на превенцију, ризик настанка штете би се

<sup>229</sup> Ово је тачно чак и да оштећени немају превелику аверзију према ризику.

<sup>230</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 595, фуснота бр. 38.

<sup>231</sup> Ово је модификована верзија примера преузетог из: Steven Shavell, *op. cit.*, 2007, стр. 207.

смањено на 5%. Следи да би било оптимално да починилац штете потроши 150 динара на безбедност. Да ли би требало да се упусти у такву активност зависи од тога да ли *користи* од тог ангажовања премашују *трошкове* у износу од 650 динара (150 динара на име трошкова безбедности, плус очекивани трошкови саме штете –  $5\% \times 10.000 = 500$  динара). Међутим, остаје ризик настанка штете у износу од 5%. Можемо поћи од супротне претпоставке него у пређашњем примеру – *починилац штете има аверзију према ризику, док је оштећени неутралан према ризику*. Питање гласи: *која је алокација ризика оптимална?* Следећи економску логику, произилази да је оптимално решење да оштећени сноси губитак, а уколико би починилац штете сносио губитак, у том случају *би требало да добије компензацију преко осигурања*. Ако би *обе стране* имале аверзију према ризику, оптимално решење било би да ниједна од њих не сноси ризик, односно да обе добију компензацију преко осигурања (оштећени за претрпљени губитак, а починилац штете за оно што је платио на име накнаде штете оштећеном). Из овог примера следи закључак да је и *компензација починиоца штете* једнако важна, као и компензација оштећеног, у ситуацији када (починилац штете) има аверзију према ризику. Зато се и истиче<sup>232</sup> да је заштита починиоца штете који има аверзију према ризику једнако важна као и заштита оштећеног који има аверзију према ризику. Међутим, оштећени поред тога што не калкулишу трошкове друге стране и трошкове државе, такође, не узимају у обзир и *ризик који парница намеће починиоцима штете*, као посебну врсту друштвеног трошка. Пошто оштећени не рачунају овај друштвени трошак, следи да ће приватни подстицаји за коришћење судске заштите бити *изнад* друштвених подстицаја.

### *11.3. Тумачење права и креирање ставова према држави и праву као друштвене користи од парнице*

Поред компензације оштећеног који има аверзију према ризику и, у ширем смислу, компензације починиоца штете који, такође, има аверзију према ризику (преко осигурања), оптимална алокација ризика остварује се и на друге начине. Наиме, друштвена корист од парнице испољава се и у виду *тумачења и*

---

<sup>232</sup> *Ibid.*

стварања права, нарочито у америчком правном систему. Познато је да судије у Америци својим одлукама стварају и тумаче право.<sup>233</sup> Но, овај друштвени циљ парнице лимитиран је чињеницом да се велики број спорова у Америци окончава споразумом странака.<sup>234</sup> У сваком случају, питање је да ли уопште потенцијални тужиоци разматрају ову друштвену корист приликом подизања тужби. Руководјени приватним интересом, пре се може рећи да је не узимају у обзир, из чега следи оно што је више пута у раду истакнуто – да је приватни подстицај изнад друштвеног подстицаја.

У теорији економске анализе права, истичу се још неке друштвене користи од парнице.<sup>235</sup> Наиме, могућност покретања парничног поступка и вођења парнице спречава одређена понашања која нису погодна са друштвеног становишта. Да нема парнице, оштећена странка могла би да прибегне самопомоћи, као доминантном виду понашања и остварења грађанских субјективних права. Иако је и у нашем праву самопомоћ у неким ситуацијама законски допуштена,<sup>236</sup> питање је да ли прибегавање сили ради остварења права максимизира друштвено благостање. Но, требало би узети у обзир и чињеницу да оштећена странка може бити осигурана, тако да се питање самопомоћи у том случају и не поставља. Такође, остварење грађанских субјективних права у парници ствара основу за развијање позитивних ставова према праву и држави. То би могла бити још једна друштвена корист од парнице. Уколико би, пак, оштећеној странци било ускраћено да тужи и заштити своја права, она може с правом развити негативне ставове, чак и губитак поверења, према судству

---

<sup>233</sup> Видети: Момчило Димитријевић, Мирољуб Симић, *Увод у право*, Свен, Ниш, 2005, стр. 285–287.

<sup>234</sup> На пример, у фискалној 1992. години, преко 96% грађанскоправних спорова пред америчким државним судовима окончано је без суђења и то најчешће споразумом странака (поравнањем). Тачније речено, око 72,3% случајева окончано је поравнањем (енг. *settled*), или прекидом поступка услед недостатка доказа (енг. *dismissed*). Арбитражом, као најчешће коришћеним АДР методом у случајевима накнаде штете (енг. *tort cases*), окончано је око 3,5% случајева. Видети: Brian J. Ostrom, Neal B. Kauder, *Examining the Work of State Courts, 1994, A National Perspective from the Court Statistics Project*, 1996, стр. 28–29. С тим у вези, још једно истраживање показује тренд смањења броја и стопе суђења пред америчким државним судовима у периоду од 1976. године до 2002. године. Видети: Brian J. Ostrom, Shauna M. Strickland, Paula L. Hannaford-Agor, *Examining Trial Trends in State Courts: 1976-2002*, National Center for State Courts, стр. 1–32 (ово је електронска верзија рада објављеног под истим називом у часопису *Journal of Empirical Legal Studies*, No. 3, November 2004).

<sup>235</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 596–597.

<sup>236</sup> Видети: чл. 162. ЗОО.

(држави). Но, ако би размотрили систем у коме је ово право у одређеној мери ускраћено (рецимо, на Новом Зеланду), онда се претходни закључак, ипак, мора условно схватити, јер се самопомоћ, као алтернатива судској заштити, није у значајној мери развила.<sup>237</sup> Из тога следи да ускраћивање могућности за покретање парничног поступка не доводи *необходно* до развијања негативних ставова према судству. Наравно, ово важи ако постоји друга друштвена институција која пружа могућност оштећеним странкама за накнаду штете. Свакако, реч је о институцији *осигурања*.

## ***12. Утицај поравнања на дивергенцију приватних и друштвених трошкова и користи од парнице***

Претходна анализа дивергенције приватних и друштвених трошкова и користи од парнице није укључивала могућност закључења уговора о поравнању између странака. Сада се намеће питање: *да ли ће закључци, изведени из претходне анализе, остати исти, ако се економском моделу дода још једна претпоставка – могућност склапања поравнања?*

Ако је парнични поступак покренут подизањем тужбе за накнаду штете, сама могућност склапања *поравнања* мења дотадашње подстицаје странака. Наиме, очекивани трошкови странака више неће бити њихови очекивани парнични трошкови (плус судски трошкови), већ, у просеку гледано, збир *очекиваних парничних трошкова и очекиваних трошкова поравнања*. До промене подстицаја долази јер могућност склапања поравнања *снижава* стварне парничне трошкове. Последица тога јесте да се друштвено оптималан број парница *повећава* у односу на број парница који је постојао у моделу *без поравнања*. Другим речима, с обзиром на то да су сада (у моделу са поравнањем) парнични трошкови *нижи*, логично је да ће се повећати оптималан број парница. С друге стране, могућност склапања поравнања *снижава* стварне трошкове подизања тужбе, услед чега се *појачавају* приватни подстицаји за покретање поступка. Према томе, с једне стране, повећава се друштвено оптималан број парница, а с друге стране, појачавају се приватни подстицаји за покретање поступка. Из тога се не може извући *јасан закључак* да ли се смањује

---

<sup>237</sup> Осигурање је одиграло значајну улогу.

или повећава дивергенција приватних и друштвених трошкова и користи од парнице, када се модел прошири претпоставком о склапању поравнања.<sup>238</sup>

Даље, претходна анализа сугерисала је да починилац штете мора да, поред својих парничних трошкова, сноси и парничне трошкове друге стране, као и судске трошкове, како би добио ефикасне подстицаје за предузимање пажње. Том приликом речено је да се ефикасни подстицаји могу створити уколико би починилац штете платио *увећани износ накнаде штете* за износ парничних трошкова друге стране и судских трошкова. Практично гледано, један део износа починилац штете платио би *оштећеном*, а други део *држави*.<sup>239</sup> С једне стране, тиме се обезбеђује да починилац штете буде пажљив, а с друге стране, да оштећени ређе покреће поступак, чиме се спречава могућност појаве претераног броја парница. Ако сада моделу прикључимо могућност склапања поравнања, *износ таксе*<sup>240</sup> *који се додаје износу поравнања* мора бити другачије срачунат. Наиме, износ таксе који плаћа починилац штете требало би да буде једнак збиру трошкова поравнања које сноси *оштећени* и оних трошкова у вези са поравнањем које странке намећу *држави*.<sup>241</sup> Но, овим се отвара једно питање – ако странке *добровољно* закључе уговор о поравнању, да ли је оправдано *обавезати* починиоца штете да држави плати таксу на износ поравнања, због ефикасних подстицаја за предузимање пажње?<sup>242</sup> Пре свега, обавеза плаћања таксе може подстаћи починиоца штете да понуди *оштећеном већи износ поравнања* у преговорима, с тим да *поделе износ таксе*. Дакле, може се јавити једна врста *стратегијског понашања починиоца штете и оштећеног*,

<sup>238</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 597.

<sup>239</sup> Ово би била нека врста *таксе* коју би платио починилац штете.

<sup>240</sup> У случају поравнања, прикладније је користити термин *такса*, него *увећани износ накнаде штете* (мисли се на потпуну накнаду увећану за таксу), пошто је *накнада штете* термин који се првенствено везује за парницу. У досадашњој анализи увек се полазило од тога да суд примењује принцип потпуне накнаде штете, док се, с друге стране, уговором о поравнању може предвидети и *делимична накнада* (ако се странке узајамним попуштањем тако договоре). То је још један разлог зашто термин *увећани износ накнаде штете* (за износ таксе) у случају поравнања није прикладан. Но, може се усвојити термин *увећани износ поравнања за износ таксе* или једноставно *увећани износ поравнања* (с тим да овај термин не асоцира на државу која уводи таксу на износ поравнања ради превенције). Зато је најбоље користити термин *увећани износ поравнања за износ таксе*.

<sup>241</sup> Пре закључења уговора о поравнању, странке предузимају одређене правне радње којима стварају трошкове *држави*, нпр. истицањем захтева за склапање поравнања.

<sup>242</sup> То би био један *терет* који би држава својим *прописима* наметнула починиоцу штете, због превенције будућих штета.



ради избегавања плаћања таксе држави на начин како прописи налажу. Међутим, као што знамо, држава обезбеђује извршење склопљеног уговора о поравнању,<sup>243</sup> тако да, у сваком случају, може *одбити* извршење уговора срачунатог на изигравање прописа. На тај начин, држава може да спречи описани облик стратегијског понашања странака.

Све у свему, увођење обавезе плаћања таксе на износ поравнања, ради побољшања превенције будућих непожељних понашања, отвара додатне проблеме, на која решење није увек једноставно наћи.

### **13. Дивергенција приватних и друштвених трошкова и користи од поравнања**

Поред разилажења приватних и друштвених подстицаја за покретање парничног поступка, због чега је укупан број парница *испод или изнад* друштвено ефикасног нивоа, постоји и *дивергенција приватних и друштвених подстицаја за споразумно решење спора*. Но, иако у теорији економске анализе права овом питању није дат *једнак значај* као дивергенцији приватних и друштвених подстицаја за покретање парничног поступка, та оскудна литература,<sup>244</sup> ипак, пружа одређена објашњења дивергенције приватних и друштвених подстицаја за споразумно решење спора.

На питање који су основни разлози дивергенције приватних и друштвених подстицаја за споразумно решење спора, *Шавел* пружа убедљиву аргументацију.<sup>245</sup> Он издваја неколико разлога споменуте дивергенције. Прво, с обзиром на то да странке не узимају у обзир све трошкове парнице, јасно је да се приватни подстицаји ка споразумевању или вођењу парнице,<sup>246</sup> разликују од друштвених подстицаја ка споразумевању или вођењу парнице. Конкретније речено, странке не узимају у обзир судске трошкове (трошкове правосуђа), као што су: зараде запослених, трошкови одржавања судских зграда, издаци за

<sup>243</sup> У нашем праву, уговор о *вансудском поравнању* има заштиту само у парничном, а не и у извршном поступку (нема извршна дејства).

<sup>244</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 409–413; Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 601–608; Mitchell Polinsky, Daniel L. Rubinfeld, *The Deterrent Effects of Settlements and Trials*, International Review of Law and Economics, Vol. 8, 1988, стр. 109–116.

<sup>245</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 409.

<sup>246</sup> Ради термилошке јасноће, под подстицајима за вођење парнице (или подстицајима за парницење), мисли се на *подстицаје за одлазак на суђење*.

опрему и друге трошкове, када одлучују да ли да иду на поравнање или суђење. Из тога произилази да је, у случају споразумног решења спора, уштеда трошкова на нивоу странака *нижа* од уштеде трошкова на друштвеном нивоу (укључујући судске трошкове). Супротно, да странке сnose све судске трошкове, приватни подстицаји ка вођењу парнице подударали би се са друштвеним подстицајима ка вођењу парнице и тиме би појединачна уштеда трошкова, у случају споразумевања, била идентична друштвеној уштеди трошкова. У таквој ситуацији, странке би се вероватно окренуле споразумевању, а не вођењу парнице. Пошто није тако, постоји *дивергенција* приватних и друштвених подстицаја ка вођењу парнице, која условљава да стваран број парница буде *виши* од друштвено пожељног броја парница. Другим речима, *странке ће се пре одредити за одлазак на суђење, а не за споразумевање*. Но, с обзиром на то да су основни подстицаји за споразумевање избегавање *ризика* који носи парница и избегавање плаћања *парничних трошкова*, следи да нужно постоји одређена *међузависност* приватних и друштвених подстицаја ка споразумевању и вођењу парнице. Другим речима, ови, веома јаки, приватни подстицаји (ка избегавању парнице) могу окренути странке ка споразумевању. Према томе, с једне стране, неузимање у обзир свих судских трошкова доводи до *претераног* броја парница са друштвеног аспекта.<sup>247</sup> С друге стране, аверзија према ризику, као и избегавање плаћања парничних трошкова, требало би да доведе до *већег броја* поравнања него што је то друштвено пожељно.<sup>248</sup> При том, неки аутори истичу<sup>249</sup> да проблем претераног броја поравнања постоји само под претпоставком одговорности за непажњу, док други истичу<sup>250</sup> да је вероватнији проблем претераног броја

---

<sup>247</sup> Тужилац, као што знамо, не узима у обзир ни парничне трошкове друге стране, поред судских трошкова.

<sup>248</sup> Да не би било нејасноћа, поновимо још једном: ради се о споразумевању *након* покретања парничног поступка.

<sup>249</sup> *Кетрин Спир (Kathryn E. Spier)* је развила једноставан економски модел одговорности за непажњу, у коме починилац штете има приватне информације о сопственом нивоу пажње. Будући да у равнотежи починилац штете случајно бира између ефикасног нивоа пажње (када избегава одговорност за непажњу) и неефикасног нивоа пажње (када постаје одговоран за непажњу) и оштећени случајно бира између меке и чврсте стратегије преговарања, следи да ће бити *превише поравнања*. Једини начин да се повећа благостање странака јесте да оштећени заузме чвршћу стратегију преговарања, јер би се на тај начин повећала вероватноћа одласка на суђење. Видети: Kathryn E. Spier, *A note on the Divergence between the Private and the Social Motive to Settle under a Negligence Rule*, Journal of Legal Studies, Vol 26, 1997, стр. 613–621.

<sup>250</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 19826, стр. 333–339.

парница него проблем претераног броја поравнања, и да се овај други проблем, под претпоставком неизвесности око висине штете, у ствари своди на проблем претераног броја парница.<sup>251</sup>

Друго, приликом излагања модела асиметричних информација, видели смо да странке могу имати различите информације које утичу на њихову перцепцију вероватноће исхода парнице. Наведимо још један пример: починилац штете процењује да је штета коју је нанео оштећеном *50.000 динара*, а штета, у ствари, износи *100.000 динара*. Руководећи се таквом проценом штете, у преговорима око склапања поравнања, починилац штете може понудити *нижи износ* од оног који би заиста задовољио оштећеног. Као последица постојања асиметричних информација између починиоца штете и оштећеног, долази до прекида споразумевања и наставка парничног поступка. Постојање асиметричних информација између починиоца штете и оштећеног може условити *тешкоће* приликом споразумевања, али то не значи да држава треба да усмери новчана средства *искључиво* на парнични поступак, као алтернативу. Но, једно је сигурно, да *асиметричне информације* представљају фактор који може довести до *тенденције ка претераном броју парница*.

Трећи разлог који доводи до дивергенције приватних и друштвених подстицаја ка споразумевању односи се на (веома важно) питање *превенције*. Као што странке занемарују превентивне ефекте парнице, оне занемарују и превентивне ефекте споразумног решења спора. Превенција није предмет њиховог интересовања, будући да не улази у функцију личне корисности оштећеног за накнадом штете,<sup>252</sup> односно личне корисности починиоца штете за плаћањем што је могуће нижег износа накнаде штете.<sup>253</sup> С друге стране, са друштвеног аспекта гледано, превенција будућих непожељних понашања је од велике важности. Према томе, ако би, хипотетички гледано, пошли од тога да

---

<sup>251</sup> Питање да ли постоји проблем претераног броја парница или поравнања подразумева да је у анализу укључена и друштвена корист од парнице у виду *превенције*. Будући да додатна превенција генерисана парницом није увек делотворна у односу на превенцију поравнањем (о томе више у даљем тексту), чини се да је проблем претераног броја парница вероватнији у односу на проблем претераног броја поравнања. Другим речима, неузимање у обзир трошкова друге стране и судских трошкова доводи до претераног броја парница, под условом да корист од парнице у виду превенције, а која делује у супротном смеру (*смањује број парница*), није делотворна. У том случају, може се говорити о *проблему претераног броја парница*.

<sup>252</sup> Ради се о штети која се већ догодила.

<sup>253</sup> До потпуног избегавања плаћања накнаде штете.

парница *појачава* превенцију будућих непожељних понашања,<sup>254</sup> следи да ће постојати *недовољан* приватни подстицај за покретање поступка и вођење парнице, али друштвено *прејак* подстицај за склапање поравнања.<sup>255</sup> Другим речима, број стварних парница ће бити друштвено *недовољан*, а број склопљених поравнања друштвено *прекобројан*, јер странке „заобилазе“ друштвену корист од парнице и поравнања у виду превенције.<sup>256</sup>

Прво питање које се намеће јесте: *да ли споразумевање, само по себи, систематски смањује превенцију?* Посматрајмо ово питање са аспеката тужиоца и са аспекта туженог. С обзиром на то да је тужени (починилац штете) подстакнут да склопи споразум о поравнању, његови подстицаји ка превенцији *слабе*. Другим речима, *починилац штете* неће уложити додатна средства у превенцију потенцијалне штете, из простог разлога јер споразумевањем са потенцијалним оштећеним *избегава* трошкове које генерише парница. Значи да подстицаји ка превенцији неће бити на ефикасном нивоу, јер тужени неће сносити *све* трошкове, које би, иначе, сносио. Али, с друге стране, могућност склапања поравнања представља корист и за *оштећене*, јер и они избегавају плаћање парничних трошкова. Ако, при том, имају и *аверзију према ризику* који носи парница, поравнање се јавља као корисна алтернатива. Та могућа корист од поравнања за оштећене (тужиоце) може довести до подизања тужби, које, иначе, не би биле подигнуте.<sup>257</sup> Пошто се због очекиване користи од поравнања *појачава подстицај за подизање тужби*, починиоци штете, с друге стране, требало би да *повећају пажњу и безбедност*. Према томе, закључак је да сама могућност склапања поравнања може, *али не засигурно*, појачати превенцију.<sup>258</sup>

---

<sup>254</sup> Ова претпоставка није увек тачна, тако да закључак који се изводи из ње треба прихватити са одређеном резервом (видети даље).

<sup>255</sup> Да странке узимају у обзир и превенцију (као што не чине), приватни подстицај за покретање поступка требало би да буде јачи (као што није), тј. да тај појачани подстицај доведе до већег броја парница, како би превенција, са друштвеног аспекта, била оптимална. С друге стране, да странке узимају у обзир превенцију када одлучују о поравнању (као што не чине), број поравнања био би нижи и тиме би превенција на друштвеном нивоу била оптимална (као што није).

<sup>256</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 602–603.

<sup>257</sup> Другим речима, може се *повећати број тужби*.

<sup>258</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 409–410.

### 13.1. Да ли парница или поравнање обезбеђује ефикаснију превенцију?

Остало је нејасно на основу претходне анализе, да ли споразумевање може појачати или ослабити превенцију? Другим речима, не може се утврдити прави смер деловања могућности склапања поравнања на превенцију непожељних понашања. Да ли то значи да је парница (суђење), као алтернатива поравнању, друштвено пожељнија, будући да појачава превенцију?<sup>259</sup> Одговор на ово питање није тако једноставан. Наиме, ако би пошли од претпоставке да поравнање слаби превенцију, није нужно да држава улаже додатна средства у парницу ради превенције. Држава може ово питање решити другим, пре свега јефтинијим, средствима, попут већ споменуте таксе коју би плаћао починилац штете као би подигао своју пажњу на ефикасан ниво. Такође, парница пружа могућност откривања додатних информација, које нису биле познате током преговарања, а које могу побољшати превенцију. Међутим, ни овај аргумент није потпуно исправан. Рецимо, у парници се утврђује да ли је починилац штете поступио са непажњом. Сама чињеница да починилац штете може бити одговоран за непажњу, не даје ефикасне подстицаје за пажњу. Наиме, он мора знати и шта се подразумева под непажњом, да би своје понашање уподобио правном стандарду пажње. Уколико починилац штете не добије прецизне информације шта се подразумева под непажњом, не може се говорити о (апсолутној) предности парнице над поравнањем у погледу превенције. Овим није речено да парница нема предности, по питању превенције, над поравнањем, већ само да није нужно бољи „инструмент“ ефикасне превенције.<sup>260</sup>

Парница (суђење) може, у одређеним ситуацијама, ипак пружити ефикаснију превенцију од поравнања, и поред тога што генерише више трошкове. То питање је потребно посебно размотрити. Наиме, могућност склапања поравнања доводи до тога да је тужиочев очекивани добитак од парнице нижи од тужениковог очекиваног губитка од парнице. Било који износ поравнања између тужиочевог очекиваног добитка и тужениковог очекиваног губитка доводи до побољшања позиција обеју страна у односу на очекивани

<sup>259</sup> Реч је полазној претпоставци, коју смо, као и сам закључак који је произишао из ње, прихватили са резервом.

<sup>260</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 603–604.

добитак односно губитак од парнице. Једноставније речено, боље је склопити поравнање него ићи на парницу. Но, као што је у претходном одељку истакнуто, антиципирање починиоца штете да ће платити *нижи* износ по основу поравнања у односу на износ који би платио у парници,<sup>261</sup> доводи до тога да *неће бити пажљив* у мери у којој би иначе био, да нема могућности склапања поравнања. То смањење пажње може, али не мора нужно, бити друштвено пожељно. Рецимо, износ поравнања *прелази* висину штете коју је претрпео оштећени.<sup>262</sup> У том случају, ако би се, хипотетички гледано, сви спорови завршили поравнањем, онда би починилац штете платио *виши* износ него што је износ саме штете. Антиципирајући такав след догађаја, починилац штете би предузео *више пажње* него што је друштвено пожељно. С друге стране, ако би на основу *пресуде* починилац штете платио виши износ одштете у односу на износ штете, подигао би своју пажњу на *још виши ниво* него што је то учинио плаћањем (вишег) износа поравнања. Сходно томе, *смањење пажње, у случају плаћања вишег износа поравнања (у односу на износ штете), јесте друштвено пожељно, будући да је починилац штете ионако већ предузео ниво пажње који је изнад друштвено ефикасног нивоа.* Међутим, може се поћи и од супротне могућности – износ поравнања је *нижи* од висине штете коју је претрпео оштећени. Тада, ако би се сви спорови завршили поравнањем, онда би починилац штете платио *нижи* износ у односу на износ штете. Предвиђајући такав след ствари, починилац штете би предузео *нижи ниво пажње* него што је друштвено пожељно. С друге стране, очекивање да ће ићи на парницу могло би да подигне његову пажњу на *виши ниво* у односу на претходни (нижи) ниво пажње.<sup>263</sup> Према томе, *смањење пажње, у случају плаћања нижег износа поравнања (у односу на износ штете), није друштвено пожељно, јер је пажња починиоца штете ионако на нивоу испод ефикасног.*

У првој ситуацији, смањење пажње је друштвено пожељно, а у другој ситуацији није. *A contrario*, то значи да парница, *некада*, може побољшати превенцију ефикасније од поравнања и поред тога што генерише више

<sup>261</sup> Као што је речено, починилац штете *избегава* парничне трошкове склапањем поравнања.

<sup>262</sup> Претпоставка је да *сви* оштећени туже када претрпе штету. Другим речима, ниједан оштећени не одустаје од тужбе, због висине парничних трошкова.

<sup>263</sup> Да ли ће починилац штете заиста подићи пажњу на виши ниво, зависи од односа трошкова додатне пажње (граничних трошкова) и граничне користи од резултирајућег смањења очекиване штете.

трошкове. Рецимо, у другом случају, када је пажња *већ* на неефикасном нивоу (јер је износ поравнања *испод* износа штете), једноставно уподобљавање одговорности за штету износу саме штете (*повишењем одговорности за накнаду штете*) имаће за последицу *повишење* износа поравнања<sup>264</sup> и, самим тим, и *повећање пажње* на друштвено ефикасан ниво. Међутим, ово повишење одговорности може бити ограничено разним факторима који нису разматрани у претходном моделу. Један од њих јесте и *фактор правичности*, или рецимо, *фактор материјалних могућности починиоца штете*. Да ли је пожељно да се систематски повишава одговорност за накнаду штете (*на штету починиоца штете*) да би се, *pro futuro*, повећао очекивани износ поравнања и тиме превенција постала ефикаснија? Овим питањем усложњавамо претходну анализу, што на овом месту нећемо чинити,<sup>265</sup> али тиме долазимо да потврде претходне констатације да *парница* може бити ефикаснија у погледу превенције у односу поравнање. Дакле, иако се не може извући генералан закључак да парница пружа ефикаснију превенцију од поравнања, једно је сигурно да парница и поравнање имају *различите превентивне ефекте* и да се приликом „дизајнирања“ корективне политике, ова различитост мора увек уважити.

На самом крају да нагласимо, да се питање превенције парнице и поравнања, у пракси, не посматра *одвојено*, као што се на основу претходне анализе може учинити. Овде је реч, у ствари, о проналажењу друштвено ефикасне превенције у *комбинацији* поравнања и парнице. Парница и поравнања су, а што је очигледно на основу претходне аргументације, два *повезана* „друштвена инструмента“, који могу, додуше различитим ефектима, да омогуће

---

<sup>264</sup> Другим речима, потребно је *изједначити износ одштете и износ штете*, и то ће имати повратно дејство на износ поравнања, у смислу његовог *повишења*. Наиме, ако странке очекују виши износ накнаде штете у односу на износ поравнања, у преговорима би требало да *повисе* износ поравнања, зарад њиховог успешног окончања. Конкретније речено, тужилац може увек *одбити* износ поравнања који је *нижи* од очекиване одштете и отићи на парницу (суђење).

<sup>265</sup> Сукоб између принципа ефикасности (зарад превенције) и принципа правичности дошао је до изражаја у радовима двојице познатих теоретичара економске анализе права, *Познера* и *Епштајна* (*Epstein*). Мада се њихова расправа односи на избор између правила о одговорности за штету, а други преферира правило о објективној одговорности за штету, може се, генерално гледано, рећи да *Познер* „брани“ принцип ефикасности који би судије требало да примењују у избору између алтернативних правила о одговорности за штету, а *Епштајн* принцип правичности (правде), у оквиру кога се одређена питања не могу објаснити економском теоријом. Овим се недвосмислено потврђује да у оквиру чикашке *ЕАП*, а којој припадају оба аутора, не постоје једнаки вредносни судови по истим питањима. Видети: Richard A. Posner, *Strict Liability: A comment*, *Journal of Legal Studies*, Vol. 2, 1973, стр. 205–221 и Richard A. Epstein, *A Theory of Strict Liability*, *Journal of Legal Studies*, Vol. 2, 1973, стр. 151–204.

оптималну превенцију непожељних понашања.<sup>266</sup> С друге стране, с обзиром на претпоставку да парница може пружити ефикаснију превенцију од поравнања *без обзира на трошкове*, и само питање трошкова захтева одређену елаборацију. Наиме, често се истиче<sup>267</sup> да је поравнање ефикасније од парнице, јер генерише *ниже трансакционе трошкове*. Поред *уштеде трошкова* (нпр. судских трошкова, адвокатских хонорара, трошкова разматрања сложених правних и фактичких питања од стране судија, итд), поравнање омогућава и да странке реше свој спор *мирним путем*, што је за једно друштво само по себи пожељно. Но, гореразматрано питање превенције *релативизује* став да је поравнање ефикасније од парнице само због уштеде различитих врста трошкова. То, наравно, не значи да држава својом политиком не треба да промовише поравнање. Напротив, она то треба да чини, само се поставља питање *ефикасних инструмената промоције и подстицања поравнања*. Рецимо, *Шавел* предлаже<sup>268</sup> увођење *пенала или казни* за оне који нису успели да се договоре мирним путем, или, пак, побољшање *размене информација* између странака, ради ефикаснијег склапања поравнања.

Но, ваља нагласити да одређене студије случаја,<sup>269</sup> у вези са парницама које покреће држава против индустрије дувана, указују да постоје *супротни ефекти у односу на очекиване ефекте*, када је реч о утицају тих парница на ефикасно понашање појединаца (у смислу здравствене превенције). Најчешће се те парнице користе као инструмент опорезивања или регулације индустрије дувана, што је скопчано са високим трансакционим трошковима, нарочито на име хонорара заступника државе. Овим се хоће рећи да исправљање негативне екстерналије, која се огледа у нарушавању здравља људи и генерисања високих здравствених трошкова, и то покретањем парничних поступака против произвођача дувана, а који се најчешће завршавају закључењем поравнања високих новчаних износа, има за последицу *нарушавање оптималне превенције*. Држава својом интервенцијом на тржишту, очито, погоршава постојећи проблем.

---

<sup>266</sup> О односу превентивних ефеката парнице и поравнања, видети: Mitchell Polinsky, Daniel L. Rubinfeld, *op. cit.*, стр. 109–116.

<sup>267</sup> Видети: Jules Coleman, Charles Silver, *Justice in Settlements*, Social Philosophy & Policy, Vol. 4, Issue 1, 1986, стр. 102–103 и посебно фунота бр. 8 у којој је цитиран рад који подржава ову тезу.

<sup>268</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 604.

<sup>269</sup> Видети: Kip W. Viskusi, *Regulation through Litigation*, Brookings Institution Press, Washington, D. C., 2002, стр. 22–52.



#### **14. Остали фактори дивергенције користи и трошкова од поравнања**

У претходном моделу нису разматрани одређени фактори који, такође, могу утицати на дивергенцију приватних и друштвених трошкова и користи од поравнања.<sup>270</sup> Један од њих јесте, свакако, *фактор приватности и тајности поравнања*. Наиме, поравнање, само по себи, служи очувању приватности странака генерално, или држању неке чињенице у тајности. Управо очување приватности странака представља јак подстицај да странке приступе споразумевању. Примера ради,<sup>271</sup> произвођач ствари са недостатком има јак подстицај да приступи споразумевању, како информација о томе да је његов производ мањкав не би процурела у јавност. Зато он избегава парницу, јер информација о недостатку његовог производа може доспети у јавност, што аутоматски угрожава његову репутацију, самим тим, и продају. У таквим околностима, у преговорима око поравнања са оштећеним купцима, произвођач ствари са недостатком има подстицај да понуди *виши износ новца* у циљу постизања споразума о поравнању.<sup>272</sup> Сада се поставља питање: *да ли је скривање информације о недостатку производа путем поравнања друштвено корисно?* С једне стране, чување ове информације у тајности представља корист за самог произвођача, а с друге стране, склапање споразума онемогућава да се будуће штете предупреду.<sup>273</sup> Ако би, ипак, спор између произвођача ствари са недостатком и оштећених купаца доспео на *парницу*, чиме би јавност била упозната са недостатком производа, створило би се неколико позитивних подстицаја. Прво, сазнање да одређени производ има недостатак, подстиче потенцијалне купце да повећају мере опреза и пажње и тиме спрече настанак штете. Друго, суочен са смањеном продајом својих производа, произвођач добија подстицај да повећа безбедност својих производа. Тиме долазимо да питања: *да ли је парница друштвено кориснија од поравнања, када је реч о одговорности произвођача ствари са недостатком?* Одговор не може бити

<sup>270</sup> Нагласимо још једном, поравнање не треба посматрати одвојено од парнице. У раду се то понекад чини само из аналитичних разлога.

<sup>271</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 605.

<sup>272</sup> Претпоставка је да оштећени купци сагледавају само сопствени интерес, а не и интерес будућих купаца.

<sup>273</sup> Претпоставка је да произвођач *наставља* да продаје производ са недостатком.

једнозначан, јер и *поравнање* може послужити друштвеном циљу смањења будућих штета. То се може постићи установљавањем законске обавезе *да одређене чињенице по питању спора или услова споразума*, које се тичу превенције будућих штета, *морају бити обелодањене*. На тај начин се ублажава прејак приватни подстицај за склапање поравнања и појачава друштвени подстицај ка споразумевању, а који се тиче превенције будућих штета од ствари са недостатком.

Други фактор који утиче на дивергенцију приватних и друштвених трошкова и користи од поравнања јесу *материјалне могућности странака* (богатство странака). Уколико су странке различитих материјалних могућности и, при том, ступају у преговоре око поравнања, очито је да су њихове почетне позиције у преговорима доста различите. Конкретно, странка која је богатија стиче мању или већу *предност у преговорима* у односу на странку која је сиромашнија. Сиромашнија странка, у таквим условима, може прихватити износ поравнања који иначе не би прихватила да је богатија. Такође, може се јавити и *проблем неадекватног заступања сиромашне странке*, јер адвокати нису подстакнути да бране интересе сиромашне странке, као што би то био случај да заступају богатију странку. С друге стране, у већини савремених правних поредака, третман странака пред судом је *једнак*, без обзира на њихове материјалне могућности. Из тога се може извући закључак да је *парница* друштвено пожељнија за сиромашне странке у односу на преговарање и поравнање.<sup>274</sup> То је један од разлога зашто се неки аутори изјашњавају *против поравнања, а у корист парнице*.<sup>275</sup> Међутим, сама чињеница да судија, као ауторитет власти, може заштитити сиромашније странке и побољшати њихов третман у односу на онај третман који би имале приликом склапања (вансудског) поравнања, не значи нужно да сиромашнија странка не би прихватила понуду која јој се нуди у преговорима. Напротив, *аутономија воље странка* јесте доминантно начело приликом склапања било ког уговора, па и уговора о поравнању. То практично значи да парница, *сама по себи*, не може бити друштвено пожељнија од поравнања, када се фактор богатства узме у обзир. Можда ће сиромашној странци више одговарати да склопи поравнање

<sup>274</sup> Под условом да је компонента друштвеног благостања и *дистрибуција доходака*.

<sup>275</sup> Видети: Owen M. Fiss, *Against Settlement*, Yale Law Journal, Vol. 93, No. 6, 1984, стр. 1073–1090.

него да иде на парницу, чак и по цену добијања *нижег износа* поравнања од износа одштете по основу судске пресуде. Потврда ове тезе је могућност да сиромашна странка има јаку *аверзију према ризику*, услед чега би желела да избегне парницу, макар и по цену добијања нижег износа поравнања. Наравно, уколико би сиромашна странка, због свог материјалног статуса, била *изиграна или преварена* у преговорима око склапања поравнања од стране богатије странке, јавља се друштвено оправдање за судску заштиту њених угрожених права.<sup>276</sup>

Даље, као фактор који се спомиње у литератури, а који доводи до закључка да је број парница *недовољан*, јесте и тзв. *правно признање друштвених норми*. Наиме, важност одређених друштвених норми може бити *проверена* (потврђена или оповргнута) преко парнице и судске пресуде као њеног исхода. С обзиром на то да странке не узимају у обзир ову друштвену корист од парнице, пошто се руководе само приватним интересом, произилази да је *недовољан* друштвени подстицај ка парницењу и да је број парница *низак*. Из тога произилази друштвена потреба за повећањем броја парница и појачањем друштвеног подстицаја ка подизању тужби и покретању поступка. Но, уважавајући чињеницу да друштвене норме могу бити проверене и на *други начин* (црква, школа), а не само судским путем, као и чињеницу да за остварење овог легитимног друштвеног циља вероватно и није потребан већи број парница у односу на онај број који је сугерисан претходном анализом, долазимо до умеренијег закључка да овај фактор можда и нема *толики* утицај на дивергенцију, као што се на први поглед могло учинити.<sup>277</sup>

Свакако, још једна друштвена корист од парнице огледа се у *омогућавању мира у друштву*, будући да странке могу да каналишу своје незадовољство кроз легалну судску процедуру. Постизање мира у друштву, као важног друштвеног циља, поклапа се са приватном коришћу појединца, али не у потпуности. Друштвени мир јесте *шира категорија* од појединачног мира, јер од друштвеног мира, који се додуше реализује појединачним акцијама, имају корист сви чланови друштва. Из тога следи да је друштвени подстицај за покретање поступка *изнад* приватног подстицаја. У вези с тим, требало би

<sup>276</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 605–606.

<sup>277</sup> Исти се закључак може извести и за *фактор тумачење права и стварање прецедената* (ово важи за англо-амерички систем). Више о томе: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 411.

истаћи и да постизање мира представља, вероватно у већој мери, *друштвену корист од поравнања*. Од *мирног решења спора* корист имају странке које су учествовале у преговорима. Уколико, након почетног спора и склопљеног поравнања ради његовог решења, странке *наставе да одржавају односе*, или, пак, *наставе са обављањем неког заједничког посла*, долази до увећања друштвеног благостања.<sup>278</sup> Поравнање је *првенствено* у интересу странака у сукобу, али, шире посматрано, и у друштвеном интересу.

У овом, и у другим одељцима, објашњене су различите друштвене користи од поравнања и парнице. Сада можемо поставити кључно питање: *која је заиста друштвена улога парнице?* Наиме, могућност покретања парничног поступка и вођења парнице значи да оштећена страна може заштитити своје легитимне интересе, ангажовањем скупог државног апарата. Из такве уобичајене констатације о друштвеној улози парнице, извлачи се аргумент у корист тога да покретање поступка и вођење парнице *заиста* и доводи до заштите повређених или угрожених грађанских субјективних права (*друштвени циљ*). Другим речима, друштвени циљ парнице *јесте и требало би да буде* заштита нечијих угрожених или повређених права, или на праву заснованих интереса. Не оспоравајући вредност ове стандардне аргументације у вези са друштвеним циљем парнице, на овом месту истичемо, да се у теорији економске анализе права<sup>279</sup> истиче незнатно другачије формулисана друштвена улога парнице, а која би требало, такође, да допринесе остварењу претходно изнетог друштвеног циља (заштита нечијих права). Наиме, гледано из економског угла, говори се о *парадоксалној економској улози парнице*. Шта то конкретно значи?<sup>280</sup> Основна друштвена улога парнице огледа се у *пружању могућности оштећеном лицу да склопи поравнање, на основу претње да ће покренути поступак и водити парницу*. Друштвена улога парнице, самим тим и друштвено оправдање за њено постојање, јесте пружање могућности за склапање уговора о

---

<sup>278</sup> Склапање поравнања је посебне важности за *мање заједнице људи*, у којима се њихови контакти стално и изнова понављају. Уколико се ради о појединцима који живе у удаљеним деловима земље, одржање мира није нешто што би се тичало њихових односа у мери у којој се тиче појединаца из мањих заједница, или оних који треба да дуготрајно пословно сарађују.

<sup>279</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 606–607.

<sup>280</sup> Одговором на ово питање, *убухватићемо*, донекле, претходно изнете ставове у вези са дивергенцијом приватних и друштвених подстицаја ка споразумевању или парницењу.

поравнању, или, с друге стране посматрано, *друштвена улога поравнања*<sup>281</sup> јесте да број парница буде на друштвено прихватљивом нивоу. Као што знамо, то је ниво на коме је гранична друштвена корист од парнице *незнатно нижа* од граничног друштвеног трошка који она генерише. Уколико је гранична друштвена корист од парнице *незнатно нижа* од њеног граничног друштвеног трошка, појединци добијају подстицај да се не упуштају *олако* у парницу. Такву граничну друштвену вредност парнице *управо* креира политика подстицања поравнања (заједно са другим политикама, као што је већ речено).

### **15. Механизми подстицања поравнања у правном систему САД-а**

Генерално гледано, право САД-а подстиче појединце да склапају уговоре о поравнању и демотивише их да покрећу судске поступке и воде парнице. У циљу јачања институције поравнања, у праву САД-а предвиђени су бројни правни механизми, који за циљ првенствено имају побољшање *размене информација* између страна у сукобу. Неки од тих правних механизма јесу: могућност странака у сукобу да учествују у тзв. *поступку откривања информација пре одласка на суђење* (енг. *pretrial discovery*); могућност да странке учествују у *необавезној арбитражи* пре суђења; одржавање тзв. *састанака*<sup>282</sup> *ради склапања поравнања*, итд.<sup>283</sup> Разлог увођења ових правних механизма јесте да, побољшањем размене информација и унапређењем комуникације између страна у сукобу, заиста и дође до закључења уговора о поравнању. Да су ови механизми заиста дали резултате говори чињеница да је, током 1992. године, *око 96% спорова пред америчким државним судовима решено споразумом странака*.<sup>284</sup> Ради заштите уговора о поравнању, као и извршења склопљених поравнања, право САД-а предвиђа да су одредбе тих уговора *обавезујуће* за уговорне стране. Затим, треба истаћи да америчке судије

---

<sup>281</sup> Заједно са *политиком такси* ради ефикасне пажње починилаца штете и, самим тим, ефикасне превенције непожељних понашања, као и са *политиком обавезног откривања одређених информација* по питању спора или услова поравнања (опет ради ефикасне превенције). Ове две политике, у претходим одељцима, детаљно су објашњене.

<sup>282</sup> Можда је боље рећи *конференција ради склапања поравнања*. У хрватском преводу Шавелове књиге „Темељи економске анализе права“, користи се термин *нагодбени састанак*. Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 412.

<sup>283</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 607.

<sup>284</sup> Видети фусноту бр. 234.

често користе позицију на којој се налазе како би странке у сукобу *подстакле* на преговарање и споразумевање. И у нашем систему суд може *помоћи* странкама да склопе уговор о поравнању<sup>285</sup> предочавањем могућности склапања поравнања, наравно, без инсистирања на томе. С тим у вези, у нашој правној теорији<sup>286</sup> истиче се да судије морају да покажу *способност и тактичност у посредовању* између сукобљених странака ради склапања поравнања, без наметања било каквог решења и претераног инсистирања на споразумевању.

Као што је у раду већ истакнуто, будући да приликом одлучивања о склапању поравнања или упуштања у парницу, странке не узимају у обзир уштеду свих судских трошкова,<sup>287</sup> произилази да је, у случају поравнања, уштеда трошкова на нивоу странака *нижа* од уштеде трошкова на друштвеном нивоу. Зато је, из друштвене перспективе гледано, потребно *подстаћи склапање поравнања*, ради повећања уштеде укупних друштвених трошкова. Наиме, поред евидентне уштеде судских трошкова, у случају склапања поравнања долази и до уштеде *приватних трошкова* странака. Затим, као што је познато, *различита страначка перцепција исхода парнице* може довести до покретања парничног поступка. Но, овај подстицај за покретање поступка друштвено је безначајан, али ипак доводи до *повећања трошкова парнице*. То је разлог више за подстицање склапања поравнања између странака.<sup>288</sup>

### **16. Дивергенција приватних и друштвених подстицаја у вези с парничним трошковима**

До сада је разматрана дивергенција приватних и друштвених трошкова и користи од парнице и поравнања, и утицај те дивергенције на одлуку да се иде на парницу (суђење) или поравнање. Сада се поставља питање *дивергенције приватних и друштвених подстицаја у вези са парничним трошковима*. Прво се излаже *појам* дивергенције приватних и друштвених трошкова и користи у вези са парничним трошковима, а затим се прелази на анализу утврђивања *висине штете* у парници и, консеквентно, друштвене оправданости трошења новчаних

<sup>285</sup> Ради се о судском поравнању у току парнице.

<sup>286</sup> Видети: Гордана Станковић, *op. cit.*, 2007, стр. 389.

<sup>287</sup> Ради се о трошковима, попут: зарада судија и запослених радника у суду, времена које се утроши на парницу и других трошкова.

<sup>288</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 412.

средстава на тачно утврђивање висине штете, као и корективне политике снижења парничних трошкова и импликација те политике на превенцију потенцијалних штета.

### *16.1. Појам дивергенције приватних и друштвених подстицаја у вези с парничним трошковима*

Пре свега, неопходно је идентификовати *приватне подстицаје* странака да се, уопште, излажу парничним трошковима. Генерално гледано, свака странка, уколико се рационално понаша, жели да потроши у парници онолико новца колико тим улагањем повећава изгледе да добије парницу, досуђени износ, или одреди карактер пресуде у сопствену корист. Економски речено, странка ће трошити у парници (на суђењу) све док су њени парнични трошкови *нижи* од очекиваног (новчаног) добитка на основу судске пресуде.<sup>289</sup> Конкретније речено, свака странка предузима одређене парничне радње које садрже захтев (нпр. тужба), или предлаже одређене парничне радње (нпр. предлог да се изведе доказ вештачењем), или предузима друге радње (рецимо, изјаве) и, при том, разматра *очекивану корист* од сваке парничне радње. Коначни циљ *свих* парничних радњи у парничном поступку јесте судска одлука којом се спор решава. Зато је странка подстакнута да *рационално измери трошкове и користи од сваке парничне радње*, односно трошкове и користи од саме судске пресуде, која је обликована претходно предузетим парничним радњама.<sup>290</sup>

Будући да су објашњени приватни подстицаји за одлазак на суђење и сношење парничних трошкова, сада се намеће питање *дивергенције приватних и друштвених подстицаја у вези са парничним трошковима*. Шавел наводи неколико различитих правних ситуација у којима постоји споменута

---

<sup>289</sup> Овакав став важи када је реч о америчком правном систему, у којем свака странка сноси своје трошкове. Истичемо још једном да до сада приказани економски модел полази од правила по коме свака странка сноси своје трошкове. У наставку текста, на посебном месту, биће елаборирано питање ефикасности тзв. америчког и енглеског правила о сношењу парничних трошкова.

<sup>290</sup> Овде разматрамо само пресуде донете на основу *захтева за осуду на чинидбу*. Видети о врстама правозаштитних захтева у нашем праву: Гордана Станковић, *op. cit.*, 2007, стр. 63–68.

дивергенција, и, при том, разматра њихову друштвену вредност.<sup>291</sup> Прво, постоји могућност да, рецимо, произвођач ствари са недостатком *избегне* одговорност за накнаду штете,<sup>292</sup> иако је он стварно одговоран. У том случају, *слабе подстицаји за превенцију тог произвођача, тако да парнични трошкови, које је он имао поводом и у току парнице, генеришу друштвени губитак.* Једноставно речено, утршени парнични трошкови туженог доводе до (негативног) исхода у виду слабљења превенције, чиме настаје друштвени губитак. Но, упркос томе што парнични трошкови генеришу друштвени губитак, *они имају приватну корист за туженог.* Другим речима, гледано из приватног угла туженог, улагање ресурса на суђењу није било без користи, јер је тим улагањем *избегао одговорност за накнаду штете.* Према томе, овде постоји очигледно разилажење приватних и друштвених подстицаја у вези са сношењем парничних трошкова.

Даље, будући да парнична странка не узима у обзир *парничне трошкове супротстављене (друге) стране,* доћи ће до дивергенције у вези са парничним трошковима. Наиме, једна странка може предузети одређену парничну радњу у поступку, руководећи се само сопственим интересом, и не разматрајући утицај и ефекте те радње на интересе друге странке. У том случају, може настати приватно–друштвена дивергенција у вези са парничним трошковима. Рецимо, тужилац може предложити извођење доказа сведочењем, услед чега је и тужени подстакнут да предложи извођење доказа сведочењем. Тужилац је предузео одређену парничну радњу без узимања у обзир трошкова друге стране, који (индиректно) настају предузимањем те радње. Из друштвеног угла посматрано, занемаривање трошкова друге стране у парници, доводи до стварања подстицаја ка *(пре)високом* трошењу у парници. Надаље, суд некада мора *непотребно* да разматра одређене предлоге странака, тако да и сам *губитак времена* судије представља сувишан трошак, са друштвеног аспекта. Но, с друге стране, ако узмемо у обзир чињеницу да странке занемарују превентивне ефекте парнице, може се поставити (супротно) питање *недовољног* трошења у парници. Другим

---

<sup>291</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 413–415.

<sup>292</sup> Примера ради, на суђењу нису пружени *убедљиви докази* којима би се поткрепио тужиочев захтев за накнаду штете, који је био уперен против произвођача ствари са недостатком, јер је тужени произвођач, пружањем супротних доказа, који подразумевају велико улагање новчаних средстава, оповргао доказе тужилачке стране.



речима, иако је друштвено оправдано да странке потроше више новца у парници због превенције, странке то не чине, јер их питање превенције не интересује. Све у свему, постоје различите ситуације које доводе до дога да је трошење средстава у парници *испод или изнад* друштвеног оптимума.

### *16.2. Утврђивање висине штете и друштвена оправданост трошења у парници*

Питање друштвене оправданости трошења у парници поставља се и када је реч о *тачној процени висине штете у парници*.<sup>293</sup> Наиме, тужилац ће у парници понудити доказе којима би поткрепио своје тврдње о висини штете, док ће тужени понудити супротне доказе којима би оповргао тврдње тужиоца о висини саме штете.<sup>294</sup> При том ће странке трошити *значајна средства* у циљу одбране односно оповргавања тврдњи о висини штете. Полазећи од претпоставке рационалности, *странке ће потрошити додатни динар у парници (гранични трошак) уколико очекују да ће променити износ очекиване одштете за више од једног динара у сопствену корист (гранична корист)*.

Питање које се поставља на овом месту односи се на друштвену оправданост споменутог улагања средстава у парници, узимајући у обзир *превенцију будућих штета*. Другим речима, питање је да ли ће трошење у парници, које је усмерено на тачно утврђивање висине штете, заиста и довести до стварања подстицаја за ефикасну пажњу од стране потенцијалних починилаца штете. Будући да починилац штете не може тачно проценити врсту и висину штете коју својим делањем може проузроковати, тачна процена висине штете у парници не може утицати на његово понашање. Рецимо, возач аутомобила не може предвидети врсту штете, као ни њену висину, када доноси одлуку о предузимању мера пажње у вожњи. Када би прецизно предвидео врсту и висину штете, он би могао да буде пажљив у мери у којој би предупредио настанак штете, или, пак, минимизирао висину штете. Пошто није тако, и полазећи од тога да он зна само *просечну висину штете* коју би могао

<sup>293</sup> Видети: Louis Kaplow, Steven Shavell, *Accuracy in the Assessment of Damages*, Journal of Law and Economics, Vol. 39, 1996, стр. 191–210.

<sup>294</sup> Ово је уобичајена ситуација када се ради о саобраћајној несрећи и штети која је из ње произишла. Тужилац може предложити извођење *доказа веитачењем* од стране експерата медицинске струке ради утврђивања тачног износа и врсте штете, евентуално и извођење доказа од стране стручњака за процену штете услед изгубљене добити.

проузроковати, не постоји никакво друштвено оправдање за тачно утврђивање висине штете у парници. Ако је, рецимо, просечна штета коју може узроковати *100.000 динара*, возач аутомобила ће се понашати на исти начин, као када би суд тачно утврдио висину штете (нпр. *150.000 динара*). Очекивана одговорност за накнаду штете возача ће бити *100.000 динара*,<sup>295</sup> и тачно утврђивање висине штете у парници неће променити његово понашање,<sup>296</sup> јер он не може, према полазној претпоставци, предвидети тачан износ штете коју може проузроковати. Но, у сваком случају, тачно утврђивање висине штете у парници може подстаћи потенцијалне починиоце штете да *ex ante*<sup>297</sup> стекну неопходно знање о врсти и висини штете коју могу узроковати, будући да повећањем безбедности могу избећи саму штету, као и плаћање одштете.<sup>298</sup> Управо је такво понашање – када ниво пажње<sup>299</sup> потенцијалног починиоца штете одражава врсту и висину очекиване штете, друштвено прихватљиво.

Међутим, у парници, подстицаји странака ка изношењу самих чињеница везаних за врсту и висину штете могу бити *изнад* друштвеног оптимума. Примера ради, ако се процењена висина штете у парници разилази од стварне штете за *10.000 динара*, и тужилац и тужени ће потрошити до *10.000 динара*, како би утврђени износ изједначили са стварним износом штете. Тужилац ће то учинити ако је процењени износ штете *испод* стварног износа штете за *10.000 динара*, а тужени ће уложити средства ако је процењени износ штете *изнад* стварног износа штете за *10.000 динара*. Но, питање друштвене оправданости трошења средстава због тачног утврђивања висине штете мери се према *подстицајима за безбедност*, а ти подстицаји могу се обезбедити трошењем средстава у износу *нижем од 10.000 динара*. У нашем примеру, возач аутомобила не може предвидети тачну висину штете када доноси одлуку о предузимању мера пажње. Из тога следи да *улагање средстава ради исправљања грешке у утврђивању висине штете неће створити ефикасне*

<sup>295</sup> Према просечној штети од које полази.

<sup>296</sup> У смислу веће безбедности.

<sup>297</sup> Пре доношења одлуке о предузимање неке активности, рецимо, пре вожње аутомобилом.

<sup>298</sup> Ако је тачно утврђена висина штете у парници, то наводи потенцијалне починиоце штете да предузимају ефикасну пажњу. Рецимо, ако је реч о *великој штети*, прецизно утврђеној у парници, онда ће пажња потенцијалних починилаца штете бити *повећана* и супротно. У овом ставу налази се *друштвено оправдање за тачно одређивање висине штете*, наравно, поред принципа потпуне накнаде штете (потпуне компензације оштећеног). Но, компензација оштећеног није од толике важности у присуству добро организованог тржишта осигурања.

<sup>299</sup> У смислу његовог пажљивог понашања.

подстицаје у погледу пажње возача. Другим речима, пажња потенцијалног починиоца штете остаће онаква каква је и била пре тачног утврђивања висине штете, јер он, ионако, не може предвидети тачан износ штете приликом уподобљавања сопственог понашања висини потенцијалне штете. Дакле, подстицаји возача ка безбеднијем понашању неће се променити тачним утврђивањем висине штете. Тиме долазимо до закључка да трошење у парници, ради тачног утврђивања висине штете, генерише *друштвени губитак*.

У вези с тим, поставља се и практично питање: *како судије могу ограничити трошење ресурса у парници?* У теорији економске анализе права наводе се два начина.<sup>300</sup> Један начин јесте да судија *ограничи предузимање одређених парничних радњи странака усмерених на тачно утврђивање висине штете*. Примера ради, судија може свести број *вештачења* у једној парници на *разуман ниво*. Други начин јесте *замена постојећег правила о утврђивању висине штете у парници другачијим правилом базираним на унапред утврђеним износима одштета*.<sup>301</sup> Но, увођење овог правила неће *значајније* променити понашање потенцијалног починиоца штете по питању превенције, пошто ће очекивана штета бити одмерена према *просечној вредности (унапред утврђених износа) одштета* за поједине врсте штета.<sup>302</sup> У сваком случају, и код једног и код другог начина смањења трошења у парници, мора се узети у обзир чињеница да потенцијални починилац штете *ex ante* најчешће има *мање тачне и прецизне* информације о потенцијалној штети у односу на информације које судија добија *ex post* у парници, *након* настанка штете. У таквој ситуацији, свако ограничење предузимања парничних радњи или, пак, увођење правила базираног на унапред утврђеним износима одштета, мора обухватити и претходно изнету констатацију о *квалитету информација које поседује починилац штете*. Другим речима, увођење ових новина (у сврху снижења трошења у парници), под оваквом претпоставком о квалитету информација, *не*

---

<sup>300</sup> О тим начинима и аргументацији која из тога произилази, а која одражава ставове *Каплова* и *Шавела*, и које (аргументе) смо у овом раду прихватили, видети: Louis Kaplow, Steven Shavell, *op. cit.*, 1996, 201–204.

<sup>301</sup> Такви износи одштета били би утврђени према *просечној вредности* износа одштета за поједине врсте штета (нпр. за телесне повреде у саобраћајној несрећи).

<sup>302</sup> Овај став о познавању *просечне (вредности) висине штете* већ је објашњен. Видети горе у истом одељку.

би искривило подстицаје за ефикасну пажњу. Но, с друге стране, постоји и могућност да починилац штете има такве информације о потенцијалној штети, које су *тачније и прецизније* у односу на информације које судија добија *ex post* у парници, *након* настанка штете. Под таквом претпоставком, увођење ових новина *могло би искривити подстицаје за ефикасну пажњу и безбедност*. То даље имплицира да потенцијални починилац штете некада може *предвидети висину потенцијалне штете* (будући да има *ex ante* информација о томе), тако да би *утврђивање тачног износа штете у парници могло ојачати подстицаје за ефикасну пажњу, док би примена гореспомених метода ограничења трошења у парници могла искривити те подстицаје*. Ово може бити случај, рецимо, када извођач радова проузрокује штету одлагањем извођења истих. У том случају, он има тачније информације (*у односу на судију*) о висини штете која би настала одлагањем. Тада би тачно утврђивање висине штете (*самим тим и одштете*) у парници могло створити *ефикасније подстицаје* ради спречавања *будућих* одлагања извођења радова у односу на правило о унапред утврђеном износу одштете према просечној штети у датој делатности. Ако зна (боље од судије) колика је висина штете коју може узроковати, и уколико је у парници утврђен тачан износ штете, *извођач радова биће пажљивији, из простог разлога јер очекује плаћање одштете која одражава потпуну, а не просечну штету*. Следи да трошење у парници, ради утврђивања тачног износа штете, може имати економско оправдање, јер појачава превенцију. Овим примером, који *ипак* представља изузетак, не умањује се значај тврдње да је у принципу потребно ограничити трошење у парници, будући да потенцијални починилац штете *најчешће*<sup>303</sup> *неће имати тачне информације о висини штете*. У том случају би увођење споменутих новина (правила), зарад уштеде трошкова, имало друштвено оправдање, јер подстицаји ка ефикасној пажњи не би били искривљени.

У вези с неопходношћу смањења трошења средстава у парници јесте и питање *компензације оштећеног*. Наиме, може се поставити логично питање: *да ли ће ограничење предузимања парничних радњи нарушити принцип потпуне*

---

<sup>303</sup> Бар када је реч о саобраћајним несрећама.

*накнаде штете, установљеног у корист оштећеног?* Једно је сигурно да нетачно утврђивање штете у парници ствара друштвени губитак, *уколико оштећени има аверзију према ризику, или уколико није осигуран.* Међутим, подстицаји оштећеног (тужиоца) ка тачном утврђивању штете у парници могу бити *изнад* друштвеног оптимума, тј. могу бити *(пре)јаки*. Из тог разлога, оштећени може потрошити у парници *знатно више новчаних средстава у односу на онај износ средстава чије би се трошење могло оправдати смањењем ризика оштећеног.*<sup>304</sup> Једноставније речено, оштећени могу *прекомерно* трошити у парници, будући да су снажно подстакнути да се штета тачно и прецизно утврди. Но, у присуству *осигурања* оштећених, и под условом да имају аверзију према ризику, *смањује се друштвени значај компензације оштећених у судском поступку.* Другим речима, присуство алтернативних институција, попут осигурања, умањује значај накнаде штете у парници и, самим тим, умањује значај *прекомерног* трошења новчаних средстава ради тачног утврђивања штете и одштете.

### *16.3. Корективна политика у вези с парничним трошковима*

С обзиром на више пута споменуто дивергенцију приватних и друштвених подстицаја у вези са парничним трошковима, *поставља се (практично) питање употребе корективних метода за повећање или смањење трошкова парнице.*

Прво питање гласи: *којим методама смањити трошење новчаних средстава у парници?* У теорији економске анализе права наводи се неколико начина.<sup>305</sup> Први од њих јесте *повишење судске таксе за подизање тужбе.* Уколико се судске таксе за подизање тужбе повисе у новчаном изразу, слабе подстицаји за подизање тужбе и, самим тим, покретање поступка и вођење парнице. У том случају је уштеда трошкова очигледна. Затим, постоји раније споменута могућност *ограничења предузимања одређених парничних радњи.* Примера ради, може се *ограничити број сведока, или број вештака,* који

<sup>304</sup> Видети: Louis Kaplow, *Optimal Insurance Contracts When Establishing the Amount of Losses is Costly*, Geneva Papers on Risk & Insurance – Theory, Vol. 19, No. 2, December 1994, стр. 139– 152.

<sup>305</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1997, стр. 611.

странке предлажу због извођења доказа. Такође, може се *скратити време* које је потребно за извођење појединих доказа, као и *дужина поднесака* које странке прилажу суду, итд. Надаље, већ је споменута могућност замене правила о утврђивању висине штете у парници другачијим правилом, базираним на *унапред утврђеним износима одштете за поједине врсте штета*. Оваквом изменом могла би се постићи *значајна* уштеда парничних трошкова, који би, у супротном, отишли на појединачно извођење доказа у вези са висином штете. С обзиром на то да увођење овог правила, у *принципу*, не би негативно утицало на подстицаје за ефикасну пажњу (потенцијалних) починилаца штете, уштеда парничних трошкова је извесна, без довођења у питање превенције будућих штета.

Друго питање односи се на *повећање трошења средстава у парници*, онда када је то друштвено оправдано. Као метод који би послужио тој сврси, наводи се *субвенција државе* за одређење врсте тужби и поступака. Повећање трошења средстава у парници могу генерисати и одређене врсте *новчаних награда*, које би држава могла увести када је то друштвено неопходно. Примера ради, новчана награда би се могла исказати преко досуђене одштете, чиме би тужиоци били мотивисанији да иницирају поступке. Економски речено, уколико би тужиоци *очекивали већу одштету*, као крајњи исход парнице, били би у *већој мери подстакнути* да покрену парничне поступке и воде парнице.

Иако на први поглед делује једноставно да држава може ограничити трошење средстава у парници, ипак се јавља добро познати проблем *недостатка знања и информација* када треба применити корективну политику. Наиме, судија као експонент државе, не може знати, у сваком појединачном случају, да ли ће накнада штете коју буде досудио утицати на превенцију. Пошто је питање трошења средстава у парници нужно повезано са питањем превенције будућих непожељних понашања, није лако увек извагати када треба применити одређени корективни инструмент ради смањења трошкова у парници. Рецимо, питање тачног утврђивања висине штете, и трошкова који тим поводом настају, као што смо видели, повезано је са питањем превенције.<sup>306</sup> Будући да судија не може знати, у сваком појединачном случају, да ли потенцијални починиоци штете, *на основу расположивих информација*, могу да

---

<sup>306</sup> Као у примеру са одлагањем извођења грађевинских радова. Видети горе.

предвиде висину штете, доводи се у питање употреба корективних метода у сврху елиминисања или минимизирања трошкова генерисаних тачним утврђивањем висине штете у парници. Овим се сугерише да *судија не може знати да ли утврђивање тачног износа штете у парници утиче на превентивно понашање (потенцијалног) починиоца штете, јер нема информација које су доступне починиоцу штете.* Следи да употреба корективних метода, ради смањења парничних трошкова због претераног извођења доказа око висине штете, може негативно утицати на подстицаје за ефикасну пажњу. Из тог разлога, иако, с једне стране, корективна политика може имати за последицу уштеду трошкова, те је друштвено оправдана, с друге стране, може генерисати друштвени губитак, у виду смањене превенције. Но, у неким случајевима, рецимо, када је реч о *саобраћајним несрећама*, нема разлога за претераним извођењем доказа у вези са висином штете, кад ионако тачан износ штете и одштете неће утицати на превенцију. То значи да држава може употребом корективне политике да снизи трошкове парнице, без негативних последица на превенцију. Разлог је, као што је речено, *немогућност да потенцијални возачи тачно предвиде висину штете*, те се, самим тим, питање превенције, применом корективне политике, не доводи у питање. Када би они могли (као што не могу) да предвиде очекивану штету, држава (суд) би употребом корективних метода морала да уважи и *питање превенције.*

## ГЛАВА 3

### ПРОШИРЕНИ ЕКОНОМСКИ МОДЕЛ ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА

#### *1. Алокација парничних трошкова*

##### *1.1. Појам америчког и енглеског правила о сношењу парничних трошкова*

Претходна анализа била је базирана превасходно на поставци да свака страна у парничном поступку *сноси своје парничне трошкове*. Реч је о тзв. *америчком правилу*, будући да се оно претежно примењује у *америчком правном систему*. Конкретније речено,<sup>307</sup> у САД-у странка која је *однела победу* у парници има право на накнаду парничних трошкова, попут трошкова подизања тужбе, или трошкова извођења доказа сведочењем, све до, наизглед, баналних трошкова, попут трошкова копирања или штампања судских списа и других материјала, итд. Но, *победничка страна у САД-у није овлашћена да захтева накнаду трошкова одбране*. Будући да су ови трошкови одбране *значајни*, страна која је учествовала у поступку, без обзира на то да ли је победила или изгубила, суочена је са издацима који могу *премашити* све друге парничне трошкове. Једноставније речено, упркос томе што је парничар однео победу, сносиће значајна новчана средства на име хонорара свог адвоката. Из тог разлога се употребљава фраза *сваки парничар сноси своје трошкове*, јер се због високих трошкова (сопствене) одбране и немогућности надокнађивања истих, заиста и дешава да странка сноси *значајна* новчана средства. Но, као антипод америчког правила, постоји тзв. *енглеско правило*, по коме страна која изгуби у парници сноси *све* парничне трошкове, и сопствене парничне трошкове и

---

<sup>307</sup> Видети: Avery Wiener Katz, „Indemnity of Legal Fees“, у: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 722 p. ISBN 1 85898 988 4, стр. 63–64.



парничне трошкове друге стране. То практично значи да победничка страна може надокнадити од друге стране *и трошкове своје одбране*, поред осталих парничних трошкова.

Када је реч о нашем праву, примењује се *правило претходног и коначног сношења парничних трошкова*.<sup>308</sup> Правило претходног сношења парничних трошкова значи да је свака странка у поступку дужна да унапред положи предујам за подмирење одређених трошкова. Рецимо, ако странка предложи извођење одређених доказа, дужна је да положи предујам за подмирење издатака који тим поводом настају. С друге стране, правило коначног сношења парничних трошкова означава дужност накнаде парничних трошкова, која погађа, по правилу, странке у поступку.<sup>309</sup> Право на накнаду парничних трошкова процењује суд, брижљиво ценећи све околности. При том, суд признаје право на накнаду само оних трошкова који су били *потребни* за вођење парнице. Суд се руководи и одређеним мерилима за признавање права на накнаду трошкова, као што су тарифа о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката,<sup>310</sup> или тарифа за судске таксе. Међутим, поставља се питање којим *принципима* се суд руководи када одлучује о коначном сношењу парничних трошкова. У нашем праву примењују се два принципа. Један је *принцип ризика*, а други је *принцип кривице*.<sup>311</sup> С једне стране, *принцип ризика* представља основно правило, које значи да дужност накнаде парничних трошкова погађа ону страну која је изгубила у парници. Она страна која у парници није успела сноси парничне трошкове друге стране, јер је дала повода парници. Сваки потенцијални парничар мора да рачуна на тај ризик.<sup>312</sup> Уколико, пак, тужба буде *одбачена*, тужилац мора да надокнади парничне трошкове туженом, будући да није успео у парници. С друге стране, *принцип кривице* означава да је странка

---

<sup>308</sup> Видети: Гордана Станковић, *op. cit.*, 2007, стр. 315–317.

<sup>309</sup> Ова дужност изузетно може да погоди и друге учеснике у поступку: заступника, умешача, сведока, вештака и друге.

<sup>310</sup> Видети: *Тарифа о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката*, „Службени лист СРЈ“, бр. 54/98, 75/99, 8/2001 и 11/2002, „Службени лист СЦГ“, бр. 32/2003, 58/2004, 5/2006 и „Службени гласник РС“, бр. 129/2007 и 53/2010.

<sup>311</sup> Видети: Гордана Станковић, *op. cit.*, 2007, стр. 317–318.

<sup>312</sup> Први изузетак јесте да *супарничари* снесе, по правилу, парничне трошкове на једнаке делове. Такође, ако солидарно одговарају у главној ствари, они ће и солидарно сносити парничне трошкове. Уколико, пак, њихов удео у главној ствари није једнак, суд може одредити да сразмерно уделу снесе и парничне трошкове. Видети: чл. 156. ст. 1, 2. и 3. *ЗПП*. Други изузетак јесте случај када странка *делимично* успе у парници. Суд може тада одредити да свака страна сноси своје трошкове, или да сразмерно успеху снесе трошкове. Видети: чл. 149. ст. 2. *ЗПП*.

дужна да надокнади парничне трошкове друге стране, независно од исхода парнице, ако се ради о трошковима које је својом кривицом узроковала, или случајем који је њу погодио. Дужност накнаде парничних трошкова по принципу кривице погађа и пуномоћнике и законске заступнике. И поред тога што наш *ЗПП* посебно предвиђа случајеве када је странка дужна да надокнади другој странци парничне трошкове по принципу кривице,<sup>313</sup> неопходно је истаћи да се овај принцип најчешће *комбинује* са принципом ризика. С обзиром на ту чињеницу, може се рећи да је наше правило о сношењу парничних трошкова *ближе* енглеском правилу, пошто је у нашем праву принцип ризика основни принцип.

Споменуто америчко правило, које у суштини одражава принцип кривице, трпи одређене изузетке, у виду *правила које фаворизује тужиоца* и *правила које фаворизује туженог*. По *правилу које фаворизује тужиоца*, тужилац сноси сопствене парничне трошкове, само ако изгуби у парници. Тужилац мора да преузме ризик губитка у парници, када је реч о његовим трошковима. У противном, ако победи у парници, он не сноси своје парничне трошкове, већ то чини страна која је изгубила. Ово правило је изричито предвиђено за тужиоца, тако да олакшава његову процесну позицију.<sup>314</sup> Супротно, постоји и *правило које фаворизује туженог*, по коме он сноси своје парничне трошкове, само ако не успе у парници, а у противном, не сноси ништа. Ово правило је изричито предвиђено за туженог, тако да олакшава његову процесну позицију.<sup>315</sup> Увођењем ова два правила која фаворизују тужиоца или туженог, принцип кривице, који је доминантан принцип у *САД*-у, ублажен је принципом ризика. Пошто је код нас принцип ризика, као основни принцип, ублажен принципом кривице, уочавају се *одређене сличности* два правна система у домену сношења парничних трошкова.

Не упуштајући се у даљу нормативну анализу америчког и нашег правног система у домену сношења парничних трошкова, довољно је, за

---

<sup>313</sup> Видети: чл. 152,153 и чл. 155. *ЗПП*.

<sup>314</sup> Видети: *Civil Rights Act*, наслов VII.

<sup>315</sup> Ово правило је усвојено 1980. године на Флориди (САД) у случајевима несавесног лечења. Видети: Ch. 80–67, 1980 Fla. Laws 224. Но, будући да су лекари и осигуравајуће компаније, у ситуацијама када су односили победе у парницама, имали проблема са наплатом својих трошкова од странака које су претрпеле пораз, дошло је до измене овог правила, пет година након његовог усвајања. Видети: Ch. 85–175, 1985 Fla. Laws 224.

потребе економске анализе, задржати се на „грубој“ подели правила сношења парничних трошкова – америчком и енглеском правилу. Питање које се поставља гласи: *да ли ће странка која је покренула парнични поступак ићи на поравнање или суђење, под претпоставком важења америчког и под претпоставком важења енглеског правила?* Да би пружили одговор на ово питање, наглашавамо да се ова два правила о сношењу парничних трошкова посматрају као *алтернативни методи за алокацију парничних трошкова*.<sup>316</sup>

## 1.2. Покретање поступка и алокација парничних трошкова

### 1.2.1. Ефекти америчког и енглеског правила на покретање поступка

Можемо прво поћи од *америчког правила*, и у циљу лакше анализе одлуке да се покрене поступак, а затим и одлуке да се иде на суђење или поравнање, навести нумеричке примере. Основна претпоставка, у моделу који следи, јесте да су странке *неутралне на ризик*.<sup>317</sup> Прво се испитује *одлука тужилоца да покрене поступак*, и полазиште јесте да то може учинити *бесплатно*, односно да су једино битни парнични трошкови које би сносио на суђењу. У процењивању да ли да донесе одлуку да покрене поступак, тужилац ће се руководити тиме да ли је спреман да иде на суђење. Ако је спреман да иде на суђење и води парницу, он ће покренути парнични поступак.<sup>318</sup> Спремност за

---

<sup>316</sup> Различитим методама за алокацију парничних трошкова најдетаљније бавио се *Стивен Шавел*. У даљем тексту биће изложене идеје у вези са утицајем алокације парничних трошкова на одлуку о покретању парничног поступка, на одлуку о избору поравнања или суђења, као и на учесталост вођења парнице и поравнања, заједно са нумеричким примерима. Те идеје, заједно са адаптираним верзијама примера, базиране су на познатом раду *Стивена Шавела*: Steven Shavell, *op. cit.*, 1982а, стр. 55–81. Осим тога, постоји и једна интересантна студија различитих метода алокације парничних трошкова у Канади и Америци која је установила да не постоји *толико значајна разлика* у примени ових метода у пракси. Такође, студијом је установљено да мора постојати *баланс* између могућности тужилаца да имају лакши приступ суду и остварењу својих права онда када су заиста претрпели штету (подстицаји који постоје у случају важења америчког правила) и одвраћања тужилаца од подизања тужбе у ситуацијама када то чине из стратегијских разлога, рецимо, да би извукли поравнање од друге стране (подстицаји који постоје у случају важења енглеског правила). Видети: Herbert M. Kritzer, *Fee Arrangements and Fee Shifting: Lessons from Experience in Ontario*, Law and Contemporary Problems, Vol. 47, No. 1, 1984, стр. 125–138.

<sup>317</sup> Ако странке имају аверзију према ризику, нагласиће се посебно.

<sup>318</sup> Покретање поступка у моделу који следи не треба посматрати искључиво *уско правнички*, у смислу формалног подизања тужбе, већ се под тиме подразумева било која радња која би довела до суђења или поравнања. То значи да би се и *претња подизањем тужбе и иницирањем формалног поступка* могла тумачити, у ширем смислу, као *одлазак на суђење*, уколико таква претња има за циљ поравнање и, при том, заиста доводи до склапања истог. Једноставније речено, тужилац може претити да ће предузети одређене радње у циљу одласка на суђење, како

одлазак на суђење и вођење парнице зависи од неколико фактора: од његовог процењивања вероватноће победе на суђењу; од очекиване вредности од пресуде; од висине парничних трошкова; и, што нас највише интересује, од начина алокације парничних трошкова. Надаље, када тужилац донесе одлуку да покрене поступак, претпоставка је да ће обе стране закључити уговор о поравнању уколико би постојао *одређени износ новца* који би помирио њихове интересе. То значи да се и поравнање,<sup>319</sup> и судски поступак, посматрају искључиво са *финансијског аспекта*. Другим речима, обе стране су заинтересоване само за очекивану *новчану* накнаду по основу пресуде, или за очекивани *новчани* износ поравнања. Произилази да ће тужилац покренути парнични поступак, *под претпоставком важења америчког правила*, ако би његова очекивана вредност од пресуде била *виша или једнака* парничним трошковима које би сносио.<sup>320</sup>

*С друге стране, под претпоставком важења енглеског правила*, тужилац ће покренути парнични поступак, ако би његова очекивана вредност од пресуде била *виша или једнака* његовим очекиваним парничним трошковима, односно ако би његова очекивана вредност од пресуде била *виша или једнака* очекиваним укупним парничним трошковима<sup>321</sup> помноженим са његовом проценом вероватноће губитка на суђењу.<sup>322</sup>

---

би „извукао“ поравнање од туженог. У вези с тим, ни сам *појам тужиоца* не треба посматрати уско формално, јер се у моделу ради о *потенцијалном тужиоцу*, о појединцу који има *намеру* да води парницу. Чак и уколико не покрене поступак, ради аналитичке једноставности, имаће одредницу *тужилац*.

<sup>319</sup> Претпоставка јесте да је за закључење поравнања потребно *мање новчаних средстава*. Уочава се да је ово, у великој мери, *реална претпоставка*.

<sup>320</sup> *Пример 1:* парнични трошкови тужиоца износе *500 динара*, и он верује да, уколико победи у парници, добија *5.000 динара*. Даље, уколико процењује да вероватноћа победе на суђењу износи око *75%*, он ће покренути парнични поступак, јер очекивана вредност од пресуде износи:  $75\% \times 5.000 \text{ дин.} = 3.750 \text{ динара}$ , што је новчани износ који је *виши* од износа парничних трошкова (*500 динара*). Но, уколико тужилац процењује да вероватноћа победе на суђењу износи рецимо *5%*, неће покренути парнични поступак, јер очекивана вредност од пресуде износи:  $5\% \times 5.000 \text{ дин.} = 250 \text{ динара}$ , што је новчани износ који је *нижи* од износа парничних трошкова. Према томе, из овог поједностављеног нумеричког примера произилази гореизнета констатација – тужилац ће покренути парнични поступак, *под претпоставком важења америчког правила*, ако би његова очекивана вредност од пресуде била *виша или једнака* парничним трошковима које би сносио.

<sup>321</sup> Ради се о укупним трошковима које би он сносио у случају *губитка у парници*, тј. и сопственим трошковима и трошковима друге стране.

<sup>322</sup> *Пример 2:* парнични трошкови тужиоца износе *500 динара*, и он верује да, уколико победи у парници, добија *5.000 динара*. С друге стране, парнични трошкови туженог износе *750 динара*. Будући да процењује да вероватноћа победе на суђењу износи око *75%*, тужилац ће покренути парнични поступак, јер очекивана вредност од пресуде износи:  $75\% \times 5.000 \text{ дин.} = 3.750 \text{ динара}$ , што представља новчани износ који је *виши* од износа његових очекиваних парничних трошкова:  $25\% \times 500 \text{ дин.} + 750 \text{ дин.} = 312,5 \text{ динара}$  (*25%* је вероватноћа да ће изгубити у парници, услед чега ће, према енглеском правилу, сносити и своје трошкове у износу од *500*

### 1.3. Учесталост поступака и алокација парничних трошкова

#### 1.3.1. Ефекти америчког и енглеског правила на учесталост поступака

Пошто смо размотрили претходна два примера, можемо упоредити ефикасност америчког и енглеског правила у погледу *учесталости парничних поступака (парница)*. Наиме, ако је тужилац релативно оптимистичан у погледу победе у парници, његови очекивани парнични трошкови, под претпоставком важења *америчког правила*, износили би *500 динара*.<sup>323</sup> С друге стране, под претпоставком важења *енглеског правила*, ако је тужилац релативно оптимистичан у погледу победе у парници, очекивани парнични трошкови износили би *312,5 динара*.<sup>324</sup> Дакле, *очекивани парнични трошкови тужиоца су нижи под претпоставком важења енглеског правила*. Под претпоставком енглеског правила, тужилац ће размотрити *ex ante* и могућност да не плати никакве трошкове, у случају да победи у парници. С друге стране, под претпоставком важења америчког правила, тужилац ће платити са сигурношћу сопствене парничне трошкове,<sup>325</sup> без обзира на то да ли ће победити или изгубити у парници. Ова чињеница недвосмислено указује да ће рационални тужиоци у *већој мери* покретати парничне поступке под претпоставком важења *енглеског правила*. Другим речима, парнични поступци ће бити *учесталији* под претпоставком важења енглеског правила. Но, овај закључак у погледу учесталости парница, мења се ако се промени претпоставка у погледу *вероватноће победе на суђењу*. Наиме, *под претпоставком ниске вероватноће*

---

*динара* и трошкове туженог у износу од *750 динара*). Међутим, уколико тужилац процењује да вероватноћа победе на суђењу износи рецимо *5%*, неће покренути парнични поступак, јер очекивана вредност од пресуде износи:  $5\% \times 5.000 \text{ дин.} = 250 \text{ динара}$ , што је новчани износ који је *нижи* од износа његових очекиваних парничних трошкова:  $95\% \times 500 \text{ дин.} + 750 \text{ дин.} = 1.187,5 \text{ динара}$ .

<sup>323</sup> Тужилац сноси *500 динара* са сигурношћу, јер су то трошкови који су настали предузимањем парничних радњи на његову иницијативу (*америчко правило – свако сноси своје трошкове*). Он не сноси парничне трошкове друге стране, јер исход парнице није битан за сношење парничних трошкова.

<sup>324</sup> У структури очекиваних трошкова тужиоца, ако изгуби у парници, налазе се и његови трошкови и трошкови друге стране (*енглеско правило – страна која губи сноси све трошкове*).

<sup>325</sup> Реч је о трошковима који су настали предузимањем парничних радњи на његову иницијативу.

победи на суђењу, учесталост покретања поступака (и вођења парница) ће бити виша случају важења америчког правила. С друге стране, под претпоставком високе вероватноће победе на суђењу, учесталост покретања поступака (и вођења парница) ће бити виша у случају важења енглеског правила.<sup>326</sup>

Резултат ове анализе, свакако, се могао предвидети, али, упркос томе, пружа могућност за постављање кључног питања: која је то вероватноћа победе тужиоца на суђењу која представља *критичну тачку* у погледу процењивања учесталости поступака (и вођења парница) под претпоставком примене два правила о алокацији трошкова? Из горенаведених нумеричких примера следи да је реч о вероватноћи победе на суђењу од 60%.<sup>327</sup> Из свега реченог следи да ће у случају вероватноће победе тужиоца на суђењу *испод 60%*, учесталост поступака бити виша под претпоставком важења америчког правила, док ће у случају вероватноће победе тужиоца на суђењу *изнад 60%*, учесталост поступака бити виша под претпоставком важења енглеског правила. Вероватноћа победе тужиоца на суђењу представља *кључну детерминанту* која одређује учесталост поступака, у случају различитих начина алокације парничних трошкова између парничара.

---

<sup>326</sup> *Пример 3:* када тужилац процењује да вероватноћа победе на суђењу износи рецимо 5%, неће покренути парнични поступак, јер очекивана вредност од пресуде износи:  $5\% \times 5.000 \text{ дин.} = 250 \text{ динара}$ , што је новчани износ који је *нижи* од износа његових очекиваних парничних трошкова од 500 динара (америчко правило). С друге стране, под претпоставком важења енглеског правила, уколико тужилац процењује да вероватноћа победе на суђењу такође износи 5%, неће покренути парнични поступак, јер очекивана вредност од пресуде износи:  $5\% \times 5.000 \text{ дин.} = 250 \text{ динара}$ , што је новчани износ који је *нижи* од износа његових очекиваних парничних трошкова:  $95\% \times 500 \text{ дин.} + 750 \text{ дин.} = 1.187,5 \text{ динара}$ . Ни у једном, ни у другом случају, тужилац неће покренути поступак. Међутим, његови очекивани парнични трошкови износе 1.187,5 динара у случају енглеског правила, док у случају америчког правила износе 500 динара. Поставља се питање: *када ће учесталост поступака бити виша, у случају америчког или енглеског правила, ако је вероватноћа победе на суђењу на ниском нивоу (5%)?* Компарација очекиваних парничних трошкова тужиоца указује да ће учесталост покретања поступака (и вођења парница) бити виша под претпоставком важења америчког правила. Конкретније речено, све док очекивана вредност од пресуде прелази 500 динара, али не прекорачује 1.187,5 динара, тужилац ће покренути парнични поступак, *само* под претпоставком важења америчког правила.

<sup>327</sup> Наиме, 500 динара ( $40\% \times 1.250 \text{ динара}$ ) представља износ очекиваних парничних трошкова које би тужилац сносио у случају енглеског правила, уколико би *изгубио* у парници. Очекивани парнични трошкови тужиоца, под претпоставком важења америчког правила, као што знамо, износе 500 динара. Сходно томе, у случају вероватноће победе тужиоца на суђењу од 60%, његови очекивани парнични трошкови *једнаки* су под претпоставком важења америчког и енглеског правила.

### 1.3.2. Ефекти других правила о сношењу парничних трошкова на учесталост поступака

На претходну анализу надовезује се питање у вези са учесталошћу поступака (парница) у случају важења већ објашњених правила о алокацији парничних трошкова која *фаворизују тужиоца односно туженог*. Прво, у случају важења правила о алокацији парничних трошкова које *фаворизује тужиоца*,<sup>328</sup> тужилац ће покренути парнични поступак, ако и само ако би његова очекивана вредност од пресуде била *виша или једнака* његовим очекиваним парничним трошковима, односно ако би његова очекивана вредност од пресуде била *виша или једнака* његовим парничним трошковима помноженим са његовом проценом вероватноће губитка у парници. Друго, у случају важења правила о алокацији парничних трошкова које *фаворизује туженог*,<sup>329</sup> тужилац ће покренути парнични поступак, ако и само ако би његова очекивана вредност од пресуде била *виша или једнака* његовим очекиваним парничним трошковима, односно ако би његова очекивана вредност од пресуде била *виша или једнака* његовим парничним трошковима, у збиру са парничним трошковима које би сносио тужени, помноженим са проценом вероватноће губитка у парници.<sup>330</sup>

Пошто смо утврдили да<sup>331</sup> очекивани парнични трошкови, под претпоставком важења америчког правила, износе *500 динара* и да, под претпоставком важења енглеског правила, износе *312,5 динара*, сада можемо

<sup>328</sup> Подсетимо се да тужилац сноси сопствене трошкове само ако изгуби у парници, у противном, не сноси никакве трошкове.

<sup>329</sup> Подсетимо се да тужени сноси сопствене трошкове само ако изгуби у парници, у противном, не сноси никакве трошкове.

<sup>330</sup> *Пример 4*: ако парнични трошкови тужиоца износе *500 динара*, и ако верује да ће победити у парници са вероватноћом од *75%*, његови очекивани парнични трошкови износили би:  $25\% \times 500 \text{ дин.} = 125 \text{ динара}$  (*правило које фаворизује тужиоца*). Ако победи, а сва је прилика да хоће због вероватноће од *75%*, тужилац неће сносити никакве трошкове. С друге стране, *према правилу које фаворизује туженог*, очекивани парнични трошкови тужиоца износили би:  $500 \text{ дин.} + 25\% \times 750 \text{ дин.} = 687,5 \text{ динара}$ . Сходно томе, тужилац ће подићи тужбу ако и само ако његова очекивана вредност од пресуде прелази *125 динара*, *према правилу које фаворизује тужиоца*, односно ако прелази *687,5 динара*, *према правилу које фаворизује туженог*. Можемо написати и формалније: тужилац ће подићи тужбу према правилу које њега фаворизује када је:  $pw > (1-p)x$ , односно према правилу које фаворизује туженог када је:  $pw > x + (1-p)y$ , где је  $p$  вероватноћа да ће тужилац победити у парници, при чему је  $0 < p < 1$ ;  $w$  је величина очекиване вредности од пресуде;  $x$  су парнични трошкови тужиоца ако би ишао на суђење, при чему је  $x \geq 0$ ;  $y$  су парнични трошкови туженог у случају учествовања на суђењу, при чему је  $y \geq 0$ .

<sup>331</sup> Ако је тужилац релативно оптимистичан у погледу победе у парници (*75%*).

ове износе упоредити са износом очекиваних парничних трошкова у случају важења правила које фаворизује тужиоца (*125 динара*), односно туженог (*687,5 динара*). Очекивани парнични трошкови су *најнижи* у случају важења правила које фаворизује тужиоца, док су *највиши* у случају важења правила које фаворизује туженог. *Шта то говори?* Тужилац процењује да је правило које њега фаворизује у његовом најбољем интересу, јер би у том случају сносио најниже трошкове, односно трошкове који су увек нижи у односу на трошкове које генеришу преостала правила. С друге стране, тужилац процењује да правило које даје предност туженом није у његовом интересу, будући да би, у случају важења тог правила, сносио највише трошкове, односно трошкове који су увек виши у односу на трошкове које би сносио у случају важења осталих правила. Из ових констатација извлачи се следећи закључак: *парнични поступци ће бити најучесталији под претпоставком важења правила које фаворизује тужиоца, док ће бити најмање учестали под претпоставком важења правила које фаворизује туженог.*

### *1.3.3. Утицај ризика на учесталост покретања поступака*

#### *1.3.3.1. Америчко правило и утицај ризика на учесталост покретања поступака*

У моделу који је приказан експлицитно је претпостављено да су парничне странке неутралне на ризик. Међутим, поставља се питање да ли ће закључци из претходног модела остати исти ако се претпостави да тужилац има *аверзију према ризику*. Наиме, постоји могућност да је тужилачка страна (материјално) сиромашна, услед чега негативно вреднује *неизвесност* коју парница носи. Сиромашни тужилац може проценити да његова (ионако мало вредна) имовина може бити угрожена, ако би одлучио да партиципира у парници. Но, ако би тужилац закључио уговор са својим правним заступником који би предвидео *заједничко* сношење парничних трошкова, ризик би свакако био *ублажен*. Другим речима, тужиочева аверзија према ризику би се смањила, због спремности заступника да сноси ризик у вези са плаћањем парничних трошкова. Наравно, као компензација за учествовање у сношењу ризика у вези са плаћањем парничних трошкова, у уговору би био предвиђен *процент од*



новчаног износа накнаде штете који би припао заступнику у случају победе његовог клијента у парници. Но, вратимо се тужиочевој аверзији према ризику и утицају те аверзије на парницу. На први поглед делује очигледно да постојање тужиочеве аверзије према ризику *смањује вероватноћу покретања поступка*. У вези с тим, размотримо следећи пример.<sup>332</sup> Ако парнични трошкови тужиоца, који је неутралан према ризику, износе 500 динара, а очекивана вредност од пресуде 5.000 динара, следи да ће тужилац покренути поступак ако и само ако његова вероватноћа победе на суђењу прелази 10%.<sup>333</sup> Сада променимо ову претпоставку неутралности према ризику, и пођимо од тога да тужиочево почетно богатство износи 2.500 динара, као и да се *корисност тужиочевог богатства* исказује као *квадратни корен од његовог богатстава*.<sup>334</sup> Речено је да ће тужилац, који је неутралан према ризику, подићи тужбу увек када вероватноћа победе на суђењу прелази 10%. Међутим, да ли ће се тужилац који има аверзију према ризику тако понашати? Ако тужилац верује да вероватноћа победе износи нешто више од 10%, рецимо 11%, могао би да донесе одлуку да не покрене поступак. У том случају, његова корисност богатства износила би  $\sqrt{2.500} = 50$ . Уколико би, пак, покренуо поступак и отишао на суђење, његова очекивана корисност износила би:  $11\% \times \sqrt{7.000} + 89\% \times \sqrt{2.000} = 49,008$ .<sup>335</sup>

Пошто је очекивана корисност тужиоца у случају партиципирања у поступку

<sup>332</sup> Као и остали претходно наведени примери (1,2,3,4), и овај пример 5 базиран је на Шавеловом раду, видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1982a, стр. 61–62.

<sup>333</sup> Претпоставка јесте да се ради о америчком правилу сношења трошкова.

<sup>334</sup> Ова претпоставка имплицира да прираст корисности тужиоца за један динар *опада* како се апсолутни ниво богатства повећава (*закон опадајуће граничне корисности богатства*). Рецимо, корисност од прираста са једног динара на два динара није идентична прирасту корисности са 2.000.000 динара на 2.000.001 динара. Будући да за тужиоца богатство има опадајућу граничну корисност, он има аверзију према ризику, и спреман је да плати одређени износ новца као компензацију за тај ризик. Према томе, ако гранична корисност богатства опада са апсолутним повећањем нивоа богатства, следи да губитак новца *више смањује* његову корисност, него што добитак исте количине новца *повећава* његову корисност. То значи да тужилац више вреднује садашњу позицију у односу на преузимање ризика који парница са собом носи.

<sup>335</sup> Очекивана корисност израчунава се као збир корисности богатства тужиоца ако победи у парници, помноженој са вероватноћом победе, и корисности богатства тужиоца ако изгуби у парници, помноженој са вероватноћом губитка у парници. У нашем примеру, вероватноћа победе на суђењу износи 11% и она се множи са корисношћу богатства тужиоца која се исказује као  $\sqrt{7.000}$ , јер у случају победе тужилац добија на име накнаде штете 5.000 динара, што заједно са почетним богатством од 2.500 динара чини суму од 7.500 динара. Но, пошто према америчком правилу тужилац сноси сопствене трошкове од 500 динара, његова укупна имовина, у случају победе у парници, износи 7.000 динара. С друге стране, ако изгуби у парници (89%), тужилац плаћа трошкове од 500 динара, те му се почетна имовина смањује на 2.000 динара.

(незнатно) нижа од његове корисности богатства у случају неучествовања у поступку, он ће изабрати да не покрене поступак. Надаље, ако би повећали вероватноћу победе тужиоца са претходних 11% на око 13,5%, дошли би до критичне тачке, у којој би се тужиочева очекивана корисност у случају партиципирања у поступку приближно изједначила са његовом корисношћу у случају неучествовања у поступку. Свако даље повећање вероватноће тужиочеве победе преко 13,5% условило би покретање поступка. Према томе, вероватноћа победе мора бити виша од 13,5% да би тужилац, који има аверзију према ризику, имао интереса да покрене поступак.<sup>336</sup>

Сада можемо упоредити тужиоца који је неутралан према ризику и тужиоца који има аверзију према ризику. У првом случају (неутралан према ризику), тужилац покреће поступак увек када је вероватноћа победе виша од 10%, док у другом случају (аверзија према ризику), покреће поступак онда када је вероватноћа победе изнад 13,5%. Теза је да фактор аверзије према ризику мења закључак који смо извели у моделу са експлицитном претпоставком неутралности према ризику. Наиме, закључак из претходног модела био је да тужилац увек покреће парнични поступак када процењује да може победити у парници са вероватноћом преко 10%. Увођење детерминанте аверзије према ризику мења претходни и доводи до новог закључка – вероватноћа победе мора бити преко 13,5%. То је логично, јер тужилац који има аверзију према ризику покреће поступак онда када је вероватноћа победе на суђењу виша у односу вероватноћу победе тужиоца који је неутралан према ризику. Ако, пак, упоређујемо саме тужиоце који имају аверзију према ризику, онда онај који има већу аверзију према ризику мора имати вишу вероватноћу победе да би покренуо поступак у односу на вероватноћу победе оног тужиоца који има мању аверзију према ризику.<sup>337</sup>

---

<sup>336</sup> Ако би, у конкретном примеру, пропорционални ниво опадања граничне корисности богатства тужиоца био виши, тј. ако би тужилац имао већу аверзију према ризику, вероватноћа победе морала би бити виша од 13,5%, пре покретања поступка. Уколико би вероватноћа победе била испод 13,5%, тужилац не би покренуо поступак, док би тужилац који је неутралан према ризику, са таквом вероватноћом победе, покренуо поступак. Евидентно је да се понашање тужиоца разликује са истом вероватноћом победе, али са различитим односом према ризику.

<sup>337</sup> Наравно, овај закључак важи ако два хипотетичка тужиоца имају исте очекиване парничне трошкове и исту очекивану вредност од пресуде.

### 1.3.3.2. Енглеско правило и утицај ризика на учесталост покретања поступака

С друге стране, ако је полазиште *енглеско правило о сношењу парничних трошкова*, резултати ће бити другачији. Задржимо претходне поставке о висини парничних трошкова тужиоца и туженог, као и претпоставку о висини очекиване новчане накнаде на основу пресуде, и посматрајмо ефекат енглеског правила на одлуку о покретању поступка. Ако тужилац верује да вероватноћа победе износи *нешто више од 10%*, рецимо *11%*, могао би да донесе одлуку да *не покрене поступак*. У том случају, његова корисност богатства износила би:  $\sqrt{2.500} = 50$ . Међутим, уколико би *покренуо поступак* и отишао на суђење, његова *очекивана корисност* износила би:  $11\% \times \sqrt{7.500} + 89\% \times \sqrt{1.250} = 40,98$ . Тужилац, дакле, не би покренуо парнични поступак. Но, оно што нас интересује односи се на *учесталост покретања поступака*, под претпоставком важења америчког и енглеског правила. Питање гласи: *под претпоставком важења ког правила је учесталост покретања поступака (и вођења парници) виша?* Да би се дошло до одговора, мора се знати разлика у вредности тужиочевог богатства у случају победе и у случају губитка у парници (на суђењу). Наиме, уколико би тужилац победио у парници, *према енглеском правилу*, његово богатство износило би *7.500 динара*, јер би добио *5.000 динара* на име новчане накнаде штете, што у збиру са почетном имовином од *2.500 динара*, износи управо толико (*7.500 динара*). Уколико би изгубио у парници, његово богатство би се смањило на *1.250 динара*.<sup>338</sup> Разлика у вредности тужиочевог богатства, *према енглеском правилу*, у случају победе и у случају губитка у парници, износила би:  $7.500 \text{ дин.} - 1250 \text{ дин.} = 6.250 \text{ динара}$ . Иста разлика, али у случају важења америчког правила, износила би:  $7.000 \text{ дин.} - 2.000 \text{ дин.} = 5.000 \text{ динара}$ . Према томе, разлика у вредности тужиочевог богатства била би *већа* под претпоставком важења *енглеског правила* ( $6.250 \text{ динара} > 5.000 \text{ динара}$ ). Уочава се да разлика у вредности богатства од *6.250 динара* представља збир очекиване вредности од пресуде (*5.000 динара*) и парничних трошкова (*тужижичевих 500 динара и туженикових 750 динара*), када је реч о *енглеском правилу*. С друге

<sup>338</sup> *2.500 динара* минус парнични трошкови у укупном износу од *1.250 динара*.

стране, у случају *америчког правила*, споменута разлика од 5.000 динара представља износ који је *идентичан очекиваној вредности од пресуде (5.000 динара)*. Сходно томе, *будући да алокација парничних трошкова није идентична под претпоставком важења два правила, онда се, под истом претпоставком (важења два правила), и разлика у вредности тужиоцевог богатства разликује (у случају победе и губитка у парници)*. Но, питање је гласило: када је учесталост покретања поступака и вођења парница виша, да ли под претпоставком енглеског, или америчког правила? Пошто је полазна теза да аверзија према ризику смањује учесталост покретања поступака и вођења парница, тај ефекат ће бити *јачи* под претпоставком *енглеског правила*. Наиме, у случају енглеског правила, као што смо видели, разлика у вредности богатства је *већа* у односу на разлику у вредности богатства у случају америчког правила. Будући да је разлика у вредности богатства *већа*, што значи да је *већи* и *ризик одласка на суђење*, следи да ће учесталост покретања поступака и вођења парнице бити *нижа*. Другим речима, одговор на постављено питање гласио би: *учесталост покретања поступака и вођења парница ће бити виша под претпоставком важења америчког правила, када се детерминанта ризика укључи у економски модел*. Овај закључак није апсолутног карактера, али се с правом може очекивати да ће тужилац, који је сиромашан, и самим тим има јаку аверзију према ризику, *мање покретати поступке под претпоставком енглеског правила*. Разлог је једноставан – *могућност губитка већег износа новца на суђењу под претпоставком важења правила по коме странка која изгуби у парници плаћа све трошкове, тј. под претпоставком важења енглеског правила*.

У вези с овим поставља се питање: какав је утицај аверзије према ризику на учесталост покретања поступака и вођења парница под претпоставком важења правила која фаворизују тужиоца, односно туженог? Прво, у случају важења *правила које фаворизује тужиоца*, разлика у вредности тужиоцевог богатства уколико победи и уколико изгуби у парници једнака је збиру очекиване вредности од пресуде у износу од 5.000 динара и трошкова које би (*тужилац*) сносио у износу од 500 динара, што чини суму од 5.500 динара.<sup>339</sup>

---

<sup>339</sup> У случају важења правила које фаворизује *тужиоца*, тужиочево богатство, ако изгуби, износило би: 2.500 дин. – 500 дин. = 2.000 динара (тужилац плаћа сопствене трошкове само ако

Друго, у случају важења *правила које фаворизује туженог*, разлика у вредности богатства тужиоца уколико победи и изгуби у парници једнака је збиру очекиване вредности од пресуде у износу од 5.000 динара и трошкова које би (*тужени*) сносио у износу од 750 динара, што износи укупно 5.750 динара.<sup>340</sup> С друге стране, видели смо да разлика у вредности богатства тужиоца, према *енглеском правилу*, износи 6.250 динара. Иста разлика, у случају *америчког правила*, износи 5.000 динара. Дакле, разлика у вредности богатства је *највиша* према енглеском правилу, *нижа* према правилу која фаворизују тужиоца односно туженог, а *најнижа* према америчком правилу. На основу тога, *може се очекивати да ће смањење фреквенције поступака, генерисано аверзијом према ризику, бити ниже под претпоставком правила која фаворизују тужиоца односно туженог него под претпоставком енглеског правила*. При том се овим закључком не доводи у питање претходно изведени закључак да ће учесталост поступака бити *највиша* под претпоставком правила које фаворизује тужиоца, односно *најнижа* под претпоставком правила које фаворизује туженог. Другим речима, претходна анализа имала је за циљ *испитивање ефекта аверзије према ризику на смањење или повећање учесталости поступака (и парница)*, чиме ничим није доведен у питање закључак о највећој, односно најнижој учесталости.

#### *1.4. Одлука о одласку на суђење или поравнање и алокација парничних трошкова*

У одељку у коме је објашњен модел различитих перцепција речено је да простор за поравнање постоји све док тужиочева процена очекиваног добитка од суђења *не прелази* туженикову процену очекиваног губитка од суђења за износ који је већи од збира њихових парничних трошкова. Супротно, ако тужиочева процена очекиваног добитка од суђења *прелази* туженикову процену

---

изгуби), а уколико победи: 2.500 дин. + 5.000 дин. = 7.500 динара. Разлика у вредности богатства у случају победе и губитка у парници износила би 5.500 динара (7.500 дин. – 2.000 динара).

<sup>340</sup> У случају важења правила које фаворизује *туженог*, тужиочево богатство, ако изгуби, износило би: 2.500 дин. – 500 дин. – 750 дин. = 1.250 динара (плаћа сопствене трошкове и трошкове туженог), а уколико победи: 2.500 дин. – 500 дин. + 5.000 дин. = 7.000 динара (тужилац плаћа сопствене трошкове, без обзира на победу). Разлика у вредности богатства у случају победе и губитка у парници износила би 5.750 динара (7.000 динара – 1.250 динара).

очекиваног губитка од суђења и то најмање за износ који је већи од збира њихових парничних трошкова, постоји услов за одлазак на суђење.<sup>341</sup> Пример (наведен у последњој фусности) показује да је тужилац *оптимистичнији* од туженог у погледу крајњег исхода парнице, али не довољно да би отишао на суђење.<sup>342</sup> Из овога произилазе две важне ствари. Прво, *перцепција тужиоца* у погледу крајњег исхода парнице јесте кључна детерминанта која одређује одлуку о одласку на суђење. Другим речима, ако је тужилац у *већој мери оптимистичан* у односу на туженог у погледу крајњег исхода парнице постоји простор за одлазак на суђење. Његов оптимизам најчешће је подстакнут очекивањем добитка *вишег* износа новца на суђењу у односу на могући износ понуде у преговорима око склапања поравнања. Друго, евентуалним склапањем поравнања две стране *штеде* парничне трошкове, које би сносиле да су којим случајем отишле на суђење. Према томе, и *парнични трошкови* чине важан фактор одлуке о одласку на поравнање или суђење. При том, важно је истаћи да овакав *резон* у погледу доношења одлуке да се иде на суђење или поравнање важи када је реч о *америчком правилу* о сношењу парничних трошкова. Но, намеће се питање: *да ли претходна аргументација остаје непромењена под претпоставком важења енглеског правила о сношењу трошкова?* Да би одговорили на ово питање, надовежимо се на претходни пример.<sup>343</sup> Конкретно питање гласи: *да ли ће доћи до суђења као у претходном примеру?* Руководимо

<sup>341</sup> Примера ради, ако тужиочев очекивани добитак од суђења износи *8.000 динара* на бази вероватноће од *80%*, а тужеников очекивани губитак од суђења износи *5.000 динара* на бази вероватноће од *50%* (ради се о њиховој *процени* добитка, односно губитка новчаног износа на основу пресуде), а збир њихових парничних трошкова *4.000 динара* (тужилац очекује да ће сносити *1.000 динара*, а тужени *3.000 динара*, под претпоставком америчког правила), на основу претходног услова следи да постоји *простор за поравнање* ( $8.000 \text{ дин.} - 5.000 \text{ дин.} < 4.000 \text{ дин.}$ , тј. пошто је износ од *3.000 динара* нижи од износа од *4.000 динара*, тужилац нема интереса да иде на суђење, те ствара простор за склапање поравнања са туженим).

<sup>342</sup> Рецимо, ако би тужилац веровао да његов очекивани добитак од суђења износи *9.500 динара* на бази вероватноће од *95%*, у том случају би отишао на суђење, јер је подстакнут чињеницом да може добити *више* од износа који би добио склапањем поравнања. *Минимални износ* који би тужилац прихватио у преговорима око поравнања износи *9.500 динара*, док *максимални износ* који би тужени прихватио у преговорима око поравнања износи *5.000 динара*. Пошто је разлика између минимално прихватљивог износа тужиоца и максимално прихватљивог износа туженог *виша* од суме парничних трошкова ( $4.500 \text{ дин.} > 4.000 \text{ дин.}$ ), не постоји могућност за склапање поравнања. Следи да простор за поравнање постоји све док њихова перцепција вероватноће исхода парнице *није у великом раскораку*. Будући да је у овом примеру перцепција у великом раскораку (перцепција тужиоца износи *95%*, а туженог *50%*), доћи ће до суђења. То смо исказали формулом:  $(P_T - P_D)H > p_1 + p_2$ . Видети одељак под насловом *Модел оптимизма у глави 2*.

<sup>343</sup> Тужиочев очекивани добитак од суђења износи *9.500 динара* на бази вероватноће од *95%*, док тужеников очекивани губитак од суђења износи *5.000 динара* на бази вероватноће од *50%*.

се пређашњом логиком, али с једном малом изменом која се односи на *парничне трошкове*.<sup>344</sup> Сада, пошто се ради о *енглеском правилу*, мења се логика којом се странке руководе у процени уштеде парничних трошкова. Наиме, износ који странка процењује да може уштедети на име парничних трошкова није износ њених сопствених парничних трошкова, већ износ *очекиваних парничних трошкова*. Ти очекивани парнични трошкови, према енглеском правилу, израчунавају се као *вероватноћа губитка на суђењу помножена са износом парничних трошкова обеју страна*. У нашем примеру то би значило следеће: очекивани добитак тужиоца на суђењу износио би *9.300 динара* ( $95\% \times 10.000 \text{ дин.} - 5\% \times 4.000 \text{ дин.}$ ), док би тужеников очекивани губитак на суђењу износио *5.200 динара* ( $50\% \times 10.000 \text{ дин.} + 50\% \times 4.000 \text{ дин.}$ ). Будући да је укупна разлика од *4.500 динара* између тужиоцеве процене очекиваног добитка (*9.500 дин.*) и туженикове процене очекиваног губитка (*5.000 дин.*) *виша* од збира очекиваних парничних трошкова обеју страна (*2.200 дин.*), *постоји већа вероватноћа одласка на суђење*. Но, ако би променили претходну претпоставку у погледу *веровања тужиоца у победу на суђењу*, те пошли од вероватноће од *60%* (уместо претходних *95%*), добили би следеће резултате:  $60\% \times 10.000 \text{ дин.} - 40\% \times 4.000 \text{ дин.} = 4.400 \text{ динара}$ , колико би износио тужиоцев очекивани добитак, док би тужеников очекивани губитак остао исти *5.200 динара*.<sup>345</sup> Будући да је разлика у износу од *1.000 динара* између тужиоцеве процене очекиваног добитка (*6.000 дин.*) и туженикове процене очекиваног губитка (*5.000 дин.*) *нижа* од збира очекиваних парничних трошкова обеју страна (*3.600 дин.*), не постоји могућност за одлазак на суђење, *али постоји могућност за склапање поравнања*. У том случају, потенцијални износ поравнања кретао би се у распону између износа тужиоцевог очекиваног добитка од *4.400 динара*, ако би ишао на суђење, и износа тужениковог очекиваног губитка од *5.200 динара*, ако би и он отишао на суђење.

Закључак из свега изложеног јесте да постоји *идентичан услов* у погледу одласка на суђење под претпоставком енглеског и америчког правила. Тај услов гласи: *до суђења ће доћи ако и само ако тужиоцева процена очекиваног*

---

<sup>344</sup> Збир парничних трошкова обеју страна износио је *4.000 динара*, у смислу тужиоцевог очекивања плаћања парничних трошкова од *1.000 динара* и тужениковог очекивања плаћања парничних трошкова од *3.000 динара*.

<sup>345</sup> Претпоставка која се односи на туженог не мења се.

*добитка прелази туженикову процену очекиваног губитка у износу који није нижи од суме њихових очекиваних парничних трошкова.* Но, једина разлика је у томе што се, код енглеског правила, узимају у обзир очекивани парнични трошкови *обеју страна* у процени очекиваног добитка тужиоца, односно губитка туженог, док се код америчког правила, узимају у обзир очекивани парнични трошкови сваке стране *посебно* у процени очекиваног добитка, односно губитка. То је логична импликација суштине америчког правила, по коме свака страна сноси сопствене трошкове, и енглеског правила, по коме страна која изгуби у парници сноси трошкове и једне и друге стране. Пошто је утврђена разлика између енглеског и америчког правила када је реч о одласку на суђење, сада се поставља питање *вероватноће одласка на суђење* под претпоставком два правила.<sup>346</sup> Једноставније речено, поставља се питање: *под претпоставком важења ког правила је већа вероватноћа одласка на суђење?*

#### *1.4.1. Америчко и енглеско правило и учесталост суђења*

Узимајући у обзир чињеницу да је у претходним примерима имплицитно претпостављено да се тужиочева и туженикова процена износа потенцијалне накнаде штете *подудара* у случају тужиочеве победе (10.000 дин.), следи да разлика постоји једино у *процени вероватноће победе на суђењу*. При том је претпоставка у погледу вероватноће губитка туженог на суђењу остала непромењена (50%), док је претпоставка у погледу вероватноће победе тужиоца на суђењу трпела измене (80%, 95% и 60%). Управо промена ове претпоставке указује да је *вероватноћа исхода парнице (победе или губитка)* оно око чега се тужилац и тужени разилазе. Полазећи од тога, као и од базичне претпоставке да је поступак већ покренут, *вероватноћа одласка на суђење је већа под претпоставком енглеског правила, а не америчког правила.* Зашто? Одговор на ово (кључно) питање „пружају“ парнични трошкови. Наиме, енглеско правило о сношењу трошкова, ако је поступак покренут, доводи до *снижења очекиваних парничних трошкова* и, сходно томе, до *повећања вероватноће одласка на суђење*.<sup>347</sup> Ако су очекивани парнични трошкови нижи, већа је вероватноћа

<sup>346</sup> Базична претпоставка јесте да је парнични поступак *већ* покренут.

<sup>347</sup> Да би ово разумели, вратимо се претходном примеру: у случају америчког правила, укупни парнични трошкови, као што знамо, износе 4.000 динара, при чему тужилац очекује да ће



одласка на суђење, под претпоставком да је поступак покренут. Тиме се недвосмислено потврђује да *енглеско правило о сношењу трошкова повећава вероватноћу одласка на суђење у односу на америчко правило.*

Најзад можемо, на основу претходних примера, поставити *услов повећања вероватноће одласка на суђење, под претпоставком два правила.* Тај услов би гласио: *вероватноћа одласка на суђење под претпоставком енглеског правила је већа у односу на америчко правило, под условом да је разлика између тужиочеве процене очекиваног добитка и туженикове процене очекиваног губитка виша од суме очекиваних парничних трошкова у случају енглеског правила, али није виша од суме тих трошкова у случају америчког правила.*<sup>348</sup>

Међутим, можемо променити претходну поставку да се тужилац и тужени слажу око висине потенцијалне одштете (у износу од *10.000 дин.*), и поћи од тога да је тужилац *релативно песимистичан* у погледу крајњег исхода парнице у односу на туженог. Другим речима, тужиочева процена очекиваног добитка је *нижа* од туженикове процене очекиваног губитка. У том случају *потпуно се мењају* претходни закључци у вези са вероватноћом одласка на суђење, под претпоставком важења два правила. Због чега? Зато што се, под претпоставком енглеског правила, *повећавају очекивани парнични трошкови.* Ово можемо разумети на примеру у којем тужилац процењује да не може победити у парници, док тужени верује да је врло вероватно да ће тужилац победити у парници. Ситуација у којој тужилац не верује у победу, а тужени

---

платити *1.000 динара*, а тужени *3.000 динара*; с друге стране, у случају енглеског правила, тужени очекује да ће платити на име парничних трошкова  $50\% \times 4.000 \text{ динара} = 2.000 \text{ динара}$ , док тужилац, у зависности од вероватноће победе, очекује да ће платити, у сваком случају, *нижи износ* него под америчким правилом. На пример, у случају вероватноће победе од *60%*, тужилац очекује да ће платити  $40\% \times 4.000 \text{ динара} = 1.600 \text{ динара}$ . У случају енглеског правила, сума ових очекиваних парничних трошкова туженог и тужиоца (у износу од *3.600 динара*) је *нижа* него у случају америчког правила (*4.000 динара*).

<sup>348</sup> Рецимо, тужиочева процена очекиваног добитка износи *82%*, у ком случају би разлика између тужиочеве и туженикове процене добитка, односно губитка, износила *3.200 динара* ( $82\% \times 10.000 \text{ динара} - 50\% \times 10.000 \text{ динара}$ ). Овај износ од *3.200 динара* прелази суму очекиваних парничних трошкова у случају енглеског правила:  $28\% \times 4.000 \text{ дин.} + 50\% \times 4.000 \text{ дин.} = 1.120 \text{ дин.} + 2.000 \text{ дин.} = 3.120 \text{ динара}$ , али *не прелази* суму парничних трошкова у случају америчког правила (*4.000 динара*). У случају процене вероватноће победе тужиоца од *82%*, постоји већа шанса за одлазак на суђење, под претпоставком енглеског правила, али већа вероватноћа склапања поравнања, под претпоставком америчког правила (опсег за склапање поравнања, под претпоставком америчког правила, креће се између *7.200 динара* ( $82\% \times 10.000 \text{ дин.} - 1.000 \text{ дин.}$ ) и *8.000 дин.* ( $50\% \times 10.000 \text{ дин.} + 3.000 \text{ дин.}$ ). У ствари, узимајући у обзир остале претпоставке у моделу, може се закључити да је *већа вероватноћа одласка на суђење под енглеским правилом, као и да је већа вероватноћа склапања поравнања под америчким правилом, ако се процена победе тужиоца на суђењу креће између 82% и 90%.*

верује да друга страна може победити, означава се као *релативни песимизам тужиоца*. Дакле, у таквој ситуацији, и под претпоставком енглеског правила, свака страна би проценила да мора да плати све парничне трошкове, ако би отишла на суђење, *услед чега се повећавају очекивани парнични трошкови*. С повећањем очекиваних парничних трошкова, снижава се вероватноћа одласка на суђење, док се повећава вероватноћа склапања поравнања.<sup>349</sup> Управо ситуација у којој је већа вероватноћа склапања поравнања, и мања вероватноћа одласка на суђење, постоји под претпоставком енглеског правила, промењеном претпоставком вероватноће победе тужиоца и различитом проценом потенцијалне одштете. Овај закључак у погледу вероватноће одласка на суђење дијаметрално је *супротан* у односу на претходни закључак по том питању, у случају енглеског и америчког правила. Тиме се не доводе у питање претходни налази, али се указује да је *процена висине потенцијалне одштете*, поред *процене вероватноће победе тужиоца на суђењу*,<sup>350</sup> друга кључна детерминанта која повећава или смањује вероватноћу одласка на суђење, односно склапања поравнања, под претпоставком важења енглеског и америчког правила.

#### *1.4.2. Друга правила о сношењу парничних трошкова и учесталост суђења*

Питање које се намеће односи се на вероватноћу одласка на суђење или поравнање, под претпоставком правила која фаворизују *тужиоца односно туженог*. По аналогији са претходним ставовима, следи да ће, под претпоставком *правила која фаворизују тужиоца, односно туженог*, доћи до

---

<sup>349</sup> Размотримо један нумерички пример: тужени верује да ће изгубити у парници износ од 10.000 дин., са вероватноћом од 50% (ова претпоставка је иста као у претходним примерима; њу можемо формулисати и другим речима *да тужени верује да ће тужилац победити са вероватноћом од 50%*), а тужилац процењује своју победу са вероватноћом од 40% (тужилац је, дакле, *релативно песимистичан* у односу на туженог), али се његово процењивање очекиваног губитка на основу пресуде битно разликује у односу на туженикову процену очекиваног губитка од 10.000 дин. – наиме, тужилац сматра да ће добити 2,3 пута више него што би тужени платио, а то је износ од 23.000 динара. У случају америчког правила, тужиочев очекивани добитак био би:  $40\% \times 23.000 \text{ дин.} - 1.000 \text{ дин.} = 8.200 \text{ дин.}$ , док би тужеников очекивани губитак износио 8.000 дин. У таквој ситуацији, не би постојао простор за поравнање. С друге стране, у случају енглеског правила, тужиочев очекивани добитак био би:  $40\% \times 23.000 \text{ дин.} - 60\% \times 4.000 \text{ дин.} = 6.800 \text{ дин.}$ , док би тужеников очекивани губитак износио 7.000 дин. У оваквој ситуацији, пак, постојао би простор за поравнање.

<sup>350</sup> Ова процена вероватноће победе тужиоца на суђењу, као што се може уочити, детерминисана је *проценом очекиваног добитка тужиоца, односно губитка туженог* (или очекиване вредности од пресуде).

суђења, ако и само ако тужиочева процена очекиваног добитка прелази туженикову процену очекиваног губитка за износ који није мањи од суме њихових очекиваних парничних трошкова. Даље, ако се пође од (претходне) претпоставке да је поступак већ покренут, као и да се тужиочева и туженикова процена висине потенцијалне накнаде штете не разлилази, у случају правила која фаворизују тужиоца, односно туженог, вероватноћа одласка на суђење биће *већа* него у случају америчког правила, али *мања* него у случају енглеског правила. Као и у претходној анализи, разлог повећања или смањења вероватноће одласка на суђење лежи у *висини очекиваних парничних трошкова*, под претпоставком важења различитих правила. Конкретније речено, ако тужилац верује да ће победити у парници (на суђењу), а тужени верује да ће тужилац изгубити, у *случају правила које фаворизује тужиоца*, тужилац ће проценити да неће сносити никакве трошкове, док ће тужени проценити да ће сносити само сопствене трошкове. Збир нултих тужиочевих трошкова и позитивних туженикових трошкова једнак је износу *туженикових парничних трошкова*. С друге стране, у истој ситуацији, али *под претпоставком америчког правила*, укупни очекивани парнични трошкови биће једнаки збиру очекиваних парничних трошкова тужиоца и туженог. Тај збир очекиваних парничних трошкова, у случају америчког правила, свакако је *већи* него у случају правила које фаворизује тужиоца. Будући да су *нижи* очекивани парнични трошкови у случају правила које фаворизује тужиоца него у случају америчког правила, произилази да је *већа вероватноћа одласка на суђење под претпоставком правила које фаворизује тужиоца* него *под претпоставком америчког правила*. По аналогији с претходним, *под претпоставком правила које фаворизује туженог*, збир нултих туженикових трошкова и позитивних тужиочевих трошкова једнак је *тужиочевим парничним трошковима*. Пошто су *нижи* очекивани парнични трошкови у случају правила које фаворизује туженог него у случају америчког правила, произилази да је *већа вероватноћа одласка на суђење под претпоставком првог правила (правила које фаворизује туженог)*.<sup>351</sup>

---

<sup>351</sup> По таквој аналогији, може се закључити и да је *нижа* вероватноћа одласка на суђење под

### 1.4.3. Ефекат ризика на учесталост суђења

Најзад, питање је какав је ефекат *аверзије према ризику* на вероватноћу одласка на суђење, односно склапања поравнања.<sup>352</sup> Очито је да постојање тужиоца који има аверзију према ризику појачава тенденцију ка склапању поравнања. Тужилац који има аверзију према ризику жели да избегне суђење, јер оно, само по себи, носи већи ризик и, самим тим, бива подстакнут да преговара у циљу склапања поравнања. Пођимо од следећих претпоставки:<sup>353</sup> тужиочево почетно богатство износи *2.500 динара*; *корисност тужиоцевог богатства* исказује се као квадратни корен од његовог богатства;<sup>354</sup> потенцијални износ обострано прихватљивог поравнања је *3.200 динара*; вероватноћа победе тужиоца на суђењу износи *76%*; потенцијална накнада штете је *10.000 дин.*; парнични трошкови тужиоца износе *1.000 дин.*, а туженог *3.000 дин.* Следи да би *тужени* био спреман да плати у преговорима око поравнања износ који је нижи од његовог очекиваног губитка, а који износи *8.000 дин.* *Тужилац*, који има аверзију према ризику, био би спреман да прихвати у преговорима око поравнања овај износ од *8.000*, иако би очекивани добитак на суђењу био већи:  $76\% \times 10.000 \text{ дин.} - 1.000 \text{ дин.} = 8.600 \text{ дин.}$ <sup>355</sup> Зашто? Зато што би очекивана корисност од одласка на суђење била *нижа* од очекиване корисности од склапања поравнања:  $90,78 (76\% \times \sqrt{11.500} + 24\% \times \sqrt{1.500}) < 3.700 (\sqrt{2.500} + 3.200 \text{ дин.})$ .

Претходни пример показао је да, под претпоставком америчког правила, *присуство тужиоца који има аверзију према ризику појачава тенденцију склапања поравнања, након што је парнични поступак покренут*. Ефекат аверзије према ризику је очигледан – *повећава се вероватноћа склапања поравнања*. У овом примеру, ефекат аверзије према ризику, под претпоставком америчког правила, *другачији* је у односу на његове ефекте под претпоставком

---

претпоставком правила која фаворизују тужиоца, односно туженог у односу на *енглеско правило*.

<sup>352</sup> Претходно је био испитан утицај ризика на *учесталост покретања поступака* у вези са алокацијом парничних трошкова.

<sup>353</sup> Адаптирана верзија примера преузета из: Steven Shavell, *op. cit.*, 1982a, стр. 68.

<sup>354</sup> Прве две претпоставке су као у примеру бр. 5.

<sup>355</sup> Овде је реч о *америчком правилу о сношењу трошкова*.

других правила о сношењу трошкова, узимајући нарочито у обзир да је сам ризик одласка на суђење *најмањи* под претпоставком америчког правила (и *највећи* под претпоставком енглеског правила), услед чега је и *најмање смањење* фреквенције суђења. Најмање смањење фреквенције суђења можемо, другим речима, означити као *повећање вероватноће одласка на суђење*, под претпоставком америчког правила. Према томе, ефекат аверзије према ризику, у виду *повећања вероватноће склапања поравнања*, требало би да буде *најјачи под претпоставком енглеског правила, а најслабији под претпоставком америчког правила*.<sup>356</sup> Такође, сходно претходним ставовима, вероватноћа склапања поравнања, под претпоставком правила која фаворизују тужиоца и туженог, налази се *између* вероватноћа које постоје у случају енглеског и америчког правила. Другим речима, ефекат аверзије према ризику у случају ових правила је *средњег интензитета*.

#### *1.5. Ефекти америчког и енглеског правила на парничне трошкове*

У претходном економском моделу различитих метода алокације парничних трошкова није испитан утицај америчког и енглеског правила на *парничне трошкове*.<sup>357</sup> Ово питање намеће се као важно, јер, хипотетички гледано, усвајање енглеског правила уместо америчког правила могло би створити подстицај да странке троше *више новца* на правне услуге, него што би иначе чиниле. Можемо размотрити један нумерички пример са следећим претпоставкама: прво, потенцијални тужилац очекује победу на суђењу са вероватноћом од 70%; друго, тужилац захтева да његов адвокат уложи додатни напор и време ради повећања вероватноће успеха у парници и, по претпоставци, тај додатни напор адвоката коштао би тужиоца додатних *10.000 динара*. Под

---

<sup>356</sup> Генерално гледано, ефекат аверзије према ризику, с једне стране, појачава тенденцију склапања поравнања, након што је покренут поступак, а друге стране, сам ризик одласка на суђење је *већи* у случају енглеског правила, те би се могло очекивати *смањење фреквенције суђења (и повећање фреквенције поравнања) под претпоставком тог правила*. Ако странка има *високу аверзију према ризику*, може се очекивати да ће бити *више суђења* у случају америчког правила, а *више поравнања* у случају енглеског правила. Овај налаз дијаметрално је супротан претходном налазу (који није узео у обзир ефекат ризика), да је *фреквенција суђења већа под претпоставком енглеског правила у односу на америчко правило*. Но, може се с правом рећи да је, ипак, *типичан случај* да фреквенција поравнања буде *виша* под претпоставком енглеског правила у односу на америчко правило, тј. *да је ефекат аверзије према ризику најјачи у случају енглеског правила*.

<sup>357</sup> Анализа која следи базирана на: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 429.

претпоставком *енглеског правила*, тужилац ће морати ефективно да плати за додатни напор адвоката износ који је *нижи од 10.000 динара*. Зашто? Разлог је једноставан: тужилац ће платити износ од *10.000 динара* само ако *изгуби* у парници, при чему вероватноћа губитка износи *30%*. Сходно томе, ефективан трошак за тужиоца износи *3.000 динара (30% x 10.000 динара)*, што је свакако нижи износ новца од почетних *10.000 динара*. Ако, по претпоставци, тужиочева очекивана корист од правних услуга износи *5.000 динара*, нема разлога да тужилац не уложи додатних *10.000 динара* на име правних услуга свог адвоката. Но, оваква рачуница важи, као што је речено, под претпоставком важења енглеског правила. У случају *америчког правила*, додатни трошак од *10.000 динара* морао би да сноси *тужилац*, јер ово правило не омогућава да се парнични трошкови *пребаце* на другу страну. Према томе, енглеско правило омогућава странкама да троше *више* новца на правне услуге својих адвоката, будући да странке очекују плаћање нижег износа новца на име правних услуга него што иницијални износ новца на име тих услуга износи.<sup>358</sup> Но, ако странка са високом вероватноћом победе на суђењу *заиста* и однесе победу, додатни износ новца ће у *целости* бити пребачен на *губитничку страну*. Следи да странку додатне услуге адвоката на име правних услуга нису ништа коштале.

Друго, будући да енглеско правило омогућава пребацивање парничних трошкова на странку која изгуби у парници, стварају се подстицаји да странке *више* троше на правне услуге и обављање парничних радњи, *како би успех у парници учиниле вероватнијим*. Другим речима, *већи очекивани добитак*, у случају енглеског правила, подстиче странке да *више* троше на рачун правних услуга и извођења одређених парничних радњи. Размотримо нумерички пример: обе странке очекују новчани добитак на основу пресуде у износу од *15.000 динара*, са парничним трошковима од по *10.000 динара*. У случају енглеског правила, тужилац може добити износ од *15.000 динара*, без плаћања парничних трошкова од *20.000 динара (10.000 дин. + 10.000 дин.)*. Ако, пак, изгуби у парници, тужилац мора платити парничне трошкове у износу од *20.000 динара*. Разлика између тужиочеве победе и пораза у парници, у случају енглеског правила, новчано гледано, износи: *15.000 дин. + 20.000 дин. = 35.000 динара*. С

---

<sup>358</sup> Ово важи под претпоставком победе тужиоца у парници од *70%*, односно под претпоставком губитка у парници од *30%*.

друге стране, према америчком правилу, ако победи, тужилац добија:  $15.000 \text{ дин.} - 10.000 \text{ дин.} = 5.000 \text{ динара}$ , а уколико изгуби, сноси новчани терет од  $10.000 \text{ динара}$  на име сопствених парничних трошкова. Разлика између тужиоачеве победе и пораза у парници, у случају америчког правила, новчано гледано, износи:  $5.000 \text{ дин.} + 10.000 \text{ дин.} = 15.000 \text{ динара}$ . Сада, ако упоредимо разлике између успеха и неуспеха у парници, долазимо до закључка да је вредност трошкова због повећања изгледа на успех у парници *2,33 пута већа*<sup>359</sup> у случају енглеског правила него америчког правила. То практично значи да ако тужилац жели да успе у парници, под претпоставком енглеског правила, мора *2,33 пута* више новца на име парничних трошкова да утроши него што би утрошио у случају америчког правила. Будући да је *већи очекивани добитак* у случају енглеског, а не америчког правила, тужилац бива подстакнут да улаже више новца на име правних услуга и ради извођења одређених парничних радњи.<sup>360</sup>

Коначно, питање је да ли ефекти енглеског и америчког правила на парничне издатке имају оправдања с друштвеног аспекта? Пре свега, раније је утврђено да енглеско правило, тј. могућност пребацивања парничних трошкова на другу страну, креира *подстицај ка повећаном парничењу*, јер су нижи очекивани парнични трошкови обеју страна.<sup>361</sup> Но, с друге стране, ако странка има аверзију према ризику, *јача подстицај ка склапању поравнања*, под претпоставком енглеског правила. Сходно томе, с једне стране, утицај енглеског правила на склапање поравнања је *позитиван*, ако парничари имају аверзију према ризику, али је, с друге стране, *негативан*, будући да странке, које су неутралне према ризику, могу бити подстакнуте да иду на суђење, због нижих очекиваних парничних трошкова. Једноставно речено, утицај енглеског правила на склапање поравнања може бити и друштвено користан и друштвено штетан. *Питање је на који начин се претходна аргументација може применити на питање утицаја енглеског правила на трошење средстава у парници?* Одговор је да се, *по аналогији с претходно реченим*, може извући закључак да утицај енглеског правила на повећање или смањење трошења новчаних средстава у

<sup>359</sup>  $35.000 \text{ дин.} / 15.000 \text{ дин.} = 2,33$ .

<sup>360</sup> У случају енглеског правила, тужилац има већи улог, јер пребацује трошкове на другу страну, те је зато подстакнут да више троши у парници како би реализовао тај улог.

<sup>361</sup> Под претпоставком релативног оптимизма тужиоца.

парници може бити *и позитиван и негативан*. Другим речима, могућност пребацивања парничних трошкова на губитничку страну може подстаћи странке *да повећају, али и да смање парничне издатке*, те оцена друштвене користи остаје неконзистентна.<sup>362</sup>

### 1.6. Практичне импликације модела алокације парничних трошкова

Поставља се питање какве су *практичне импликације* претходно развијеног модела. Другим речима, *да ли се на основу налаза економског модела алокације парничних трошкова могу предвидети одређене последице које имају практичну вредност?* Одговор на ово питање најбоље можемо сагледати на примеру *саобраћајних несрећа*.<sup>363</sup> У том циљу, пођимо од одређених претпоставки. Прво, претпоставка је да су парнични трошкови тужиоца и туженог приближно *једнаки*. Друго, тужилац је *неутралан према ризику*. Треће, пођимо од тога да је *висока вероватноћа* да оштећена страна у саобраћајној несрећи победи у парници. Другачије речено, полазиште је да оштећена страна, која ће се наћи у улози тужиоца, може успешно доказати кривицу (непажњу) починиоца штете, који ће се наћи у улози туженог у парници. На основу овакве претпоставке о висини вероватноће победе у парници, може се разумно очекивати да ће број поступака (парница),<sup>364</sup> у истим или сличним споровима, *порасти*. Подсетимо се да је утврђено да ће у случају вероватноће победе тужиоца у парници *испод* критичне тачке,<sup>365</sup> учесталост поступака бити *виша* под претпоставком важења америчког правила, као и да ће у случају вероватноће победе тужиоца у парници *изнад* критичне вероватноће, учесталост поступака бити *виша* под претпоставком важења енглеског правила. С обзиром

<sup>362</sup> Осим *Шавела*, постоје и други аутори који су се бавили овом проблематиком. Рецимо, ригорозним економским моделирањем образаца понашања парничних субјеката утврђено је да енглеско правило генерише *веће* парничне трошкове (на име адвокатских услуга) за обе странке у односу на америчко правило. Усвајање америчког правила има корена, историјски гледано, у негативном односу према адвокатима и приходима које остварују. Сходно томе и будући да америчко правило, како потврђује економски модел у овом раду, снижава укупне друштвене трошкове на име адвокатских услуга, следи да иза овог правила постоји одређена економска логика. Такође, у овом раду доведена је у питање стандардна претпоставка да енглеско правило има снажније превентивне ефекте на покретање поступака који укључују *безвредне случајеве* (у смислу одвраћања тужилаца од покретања оваквих поступака). Видети: Ronald Braeutigam, Bruce Owen, John Panzar, *An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems*, Law and Contemporary Problems, Vol. 47, No. 1, 1984, стр. 173–185.

<sup>363</sup> Адаптирана верзија примера преузета из: Steven Shavell, *op. cit.*, 1982a, стр. 69–70.

<sup>364</sup> Или, пак, *број претњи* покретањем парнице.

<sup>365</sup> У нашем примеру реч је о вероватноћи од 60%. Видети фусноту бр. 327.



на то да се у нашем примеру ради о *високој* вероватноћи победе тужиоца (оштећеног у саобраћајној несрећи), тј. о вероватноћи *изнад* критичне вероватноће, и будући да је већи очекивани добитак у случају енглеског правила него америчког правила, *следи да ће парнични поступак бити пожељнији под претпоставком енглеског правила него америчког правила*. Једноставније речено, у случају енглеског правила, покретање поступка биће *атрактивније* за оног тужиоца који је неутралан према ризику и који са високом вероватноћом може доказати кривицу (непажњу) туженог у парници. На основу тога, може се очекивати да ће се *повећати учесталост покретања поступка*, под претпоставком енглеског правила. У пракси то би значило повећање учесталости поступака, или учесталости претњи покретањем поступака, у истим или сличним споровима.

Ако би у претходном примеру са саобраћајном несрећом, променили само једну претпоставку по питању односа тужиоца према ризику, и претпоставили да има *аверзију према ризику*, закључак би био *мало другачији*. Подсетимо се да је учесталост покретања поступака *виша* под претпоставком важења америчког правила него под претпоставком важења енглеског правила, када се фактор *ризика* укључи у економски модел алокације парничних трошкова. Постојање тужиоца који има аверзију према ризику утиче на *смањење тенденције пораста учесталости покретања поступака*, у случају енглеског правила. Да ли ће присуство ризика смањити вероватноћу покретања поступка до нивоа да се тужилац окрене склапању поравнања, више је практично питање, и зависи околности конкретног случаја. У сваком случају, могућност склапања поравнања не треба искључити.<sup>366</sup>

С друге стране, да смо претпоставили да тужилац има *ниску вероватноћу* победе у парници,<sup>367</sup> као и да има аверзију према ризику,<sup>368</sup> могло би се *засигурно* очекивати да би број поступака *опao*. Но, када је реч о саобраћајним несрећама, *осигурање* има веома важну улогу. Ако би пошли од реалне претпоставке да је тужени осигуран од ауто-одговорности, смањење или повећање учесталости покретања поступка, на основу претходне анализе, добија

<sup>366</sup> Могућност склапања поравнања зависи и од друге стране у поступку.

<sup>367</sup> Реч је о вероватноћи *испод 60%*.

<sup>368</sup> Наравно, задржавајући претходне претпоставке у вези са висином парничних трошкова.

другачије карактеристике. Оштећени, или његов осигуравач,<sup>369</sup> може да наплати штету од осигуравача починиоца штете. При том, уколико оштећени (или његов осигуравач) не успе у наплати накнаде штете и, последично, дође до спора и покретања поступка, можемо поћи од претпоставке да су осигуравач оштећеног и осигуравач починиоца *неутрални према ризику* у улози парничара.<sup>370</sup> Управо због присуства осигурања од ауто-одговорности, односно осигуравача који су неутрални према ризику, извлачимо закључак да је претпоставка неутралности према ризику, по питању покретања поступка, *адекватнија* од претпоставке аверзије према ризику. Тиме се, у ствари, потврђује да, под претпоставком енглеског правила, *осигурање смањује тенденцију повећања броја поступака*, у случају постојања тужиоца са високом вероватноћом победе у парници. Другим речима, иако тужилац има високу вероватноћу победе у парници, он може наплатити одштету од осигуравача починиоца штете, чиме се смањује број покренутих поступака и потенцијалних суђења. Овај закључак је још *јачи*, када је реч о тужиоцима са *ниском* вероватноћом победе у парници.<sup>371</sup>

Даље, знамо да енглеско правило о сношењу парничних трошкова, када је поступак већ покренут, доводи *до снижења очекиваних парничних трошкова* и, сходно томе, *до повећања вероватноће одласка на суђење*.<sup>372</sup> Но, претходни закључак о тенденцији смањења учесталости покретања поступака, услед присуства осигурања од ауто-одговорности,<sup>373</sup> могао би да *надјача* тенденцију пораста вероватноће одласка на суђење, под претпоставком да је поступак већ покренут. Произилази да *би се смањио број поступака (парница) и суђења, у апсолутном износу*. Коначан закључак гласи: *усвајање енглеског правила*<sup>374</sup>

---

<sup>369</sup> Под условом да оштећени има закључен уговор о осигурању од ауто-одговорности.

<sup>370</sup> У сваком случају, присуство осигуравача оштећеног и осигуравача починиоца штете *релаксира* претходну претпоставку о аверзији према ризику тужиоца.

<sup>371</sup> Може се разумно претпоставити да је ова претпоставка *реалнија* у односу на претпоставку о високој вероватноћи победе у парници, јер тужилац мора да докаже кривицу (непажњу) туженог, што није нимало једноставан задатак.

<sup>372</sup> Под условом да су парничари *неутрални према ризику*. Ова претпоставка о неутралности парничара према ризику у домену саобраћајних несрећа *реалнија* је него када је реч о парничарима у другој врсти спорова. Рецимо, када је реч о *спору због недостатака производа*, осигурање није *толико заступљено* као у споровима због саобраћајних несрећа. Другим речима, у споровима због мана производа, *осигуравачи имају мању улогу* и, самим тим, аверзија према ризику парничара добија више на значају.

<sup>373</sup> Поновимо, осигурање *нарочито* смањује број (потенцијалних) судских поступака, када је реч о тужиоцима са вероватноћом победе испод критичне тачке, под претпоставком важења енглеског правила.

<sup>374</sup> Ради се о *хипотетичком усвајању новог правила*, тј. о хипотези замене америчког правила енглеским правилом.

требало би да доведе до смањења броја (покрених) поступака и суђења, у домену саобраћајних несрећа. Но, овај закључак о смањењу броја поступака може бити валидан, само ако је полазна теза да у одређеном правном систему већ постоји (пре)велики број поступака, гледано са друштвеног аспекта. Тада смањење броја поступака има смисла, тј. постоји оправдање за евентуалном заменом правила о алокацији парничних трошкова. Конкретније речено, ако у одређеном правном систему постоји већ усвојено правило о алокацији парничних трошкова по коме свака страна сноси сопствене трошкове у парници,<sup>375</sup> замена тог правила правилом по коме страна која изгуби у парници сноси све трошкове,<sup>376</sup> може довести до смањења броја поступака на друштвено прихватљив ниво.<sup>377</sup> Будући да је утврђено да дивергенција приватних и друштвених трошкова и користи може постојати у *оба смера*,<sup>378</sup> јасно је да се не може извући генерални закључак о неопходности смањења укупног броја поступака за *све врсте спорова* у одређеном правном систему. Међутим, када је реч о конкретним споровима, попут спорова због угрожавања или повреде права својине, код којих постоји евидентно *нижа* вероватноћа победе тужиоца у парници, могуће је превенирати такве спорове усвајањем енглеског правила о сношењу парничних трошкова. Разлог томе лежи у чињеници да се спорови са *ниском* вероватноћом победе тужиоца (*релативни песимизам тужиоца*) лакше износе на пресуђење, у случају *америчког*, а не енглеског правила.<sup>379</sup> Узимајући то у обзир, усвајање енглеског правила може генерисати друштвену корист, у виду *смањења будућих спорова те врсте*. Према томе, смањење спорова због угрожавања или повреде права својине,<sup>380</sup> представља јасан друштвени циљ, чије остварење доводи до повећања друштвеног богатства.<sup>381</sup>

---

<sup>375</sup> Као што је случај у Америци.

<sup>376</sup> Као што је случај, на пример, у нашем правном систему.

<sup>377</sup> Овим се враћамо на питање *друштвене пожељности поступака (парница)*, као и на питање *дивергенције приватних и друштвених трошкова и користи од парнице*, о чему је већ било речи.

<sup>378</sup> Рецимо, приватни трошкови могу бити *испод* друштвених трошкова, или друштвена корист може бити *изнад* приватне користи парничара. О томе је већ било речи.

<sup>379</sup> Ако случај има *нижу* вероватноћу успеха у парници, лакше га је изнети на решавање пред судом, под претпоставком важења америчког, а не енглеског правила, будући да у првом случају, тужилац може *мање* да изгуби на суђењу од туженог. Објашњење зашто у случајевима са *нижом* вероватноћом успеха у парници (попут случајева повреде права својине), тужиоци могу да изгубе *више* у односу на тужене у случају енглеског, а не америчког правила, видети у: Philip J. Mause, *Winner Takes All: A Re-Examination of the Indemnity System*, Iowa Law Review, Vol. 55, 1969, стр. 54–55 (апендикс).

<sup>380</sup> Ови спорови у случају повреде или угрожавања права својине издвајају се од других спорова због својих *специфичних карактеристика* и њих је пожељно *увек* превенирати, будући да

Најзад, може се поставити питање друштвене пожељности енглеског, односно америчког правила са становишта *правичности*.<sup>382</sup> Генерално гледано, стиче се утисак да енглеско правило генерише *већу правичност* у односу на америчко правило. Разлог је очигледан: странка која победи у парници има „морално право“ да не сноси све парничне трошкове, док страна која изгуби у парници, по принципу кривице, има „моралну дужност“ да поднесе терет укупних парничних трошкова. Међутим, суптилнијом анализом може се довести у питање претходна тврдња. Рецимо, у споровима због саобраћајних незгода, оштећени и починилац штете често имају закључене уговоре о осигурању од ауто-одговорности, тако да се њихови осигуравачи могу појавити као парничне странке у судском поступку. У том случају ће осигуравачи, *а не осигураници*, сносити парничне трошкове. На тај начин се стандардна теза о правичности америчког, односно енглеског правила о сношењу парничних трошкова доводи у питање. Другим речима, ако осигуравачи сnose парничне трошкове уместо осигураника, питање „моралне дужности“ губитничке стране, или „моралног права“ победничке стране, губи почетни смисао. Томе би требало додати и чињеницу да је у саобраћајним несрећама некада тешко утврдити кривицу (непажњу) једне или друге стране, те питање правичности, опет, постаје *проблематично*. Чак и да постоји јасан друштвени циљ о потреби за смањењем броја поступака на друштвено прихватљив ниво, и да, при том, увођење енглеског правила доводи до задовољења те друштвене потребе,<sup>383</sup> претходно објашњена проблематика процене правичности једног, односно

---

подривају основну функцију парничног поступка. Ову тезу заступа *Шавел*, видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1982а, стр. 72, фуснота бр. 55.

<sup>381</sup> Код других врста спорова није могуће увек идентификовати смер дивергенције приватних и друштвених трошкова и користи и, консеквентно, није могуће утврдити потребу за смањењем или повећањем броја поступака и парница, генерисаних том врстом спорова.

<sup>382</sup> О правичности енглеског и америчког правила, видети: Thomas D. Rowe, *The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview*, Duke Law Journal, 1982, стр. 651–680. Такође, видети старији рад у којем се тражи преиспитивање ограничене примене енглеског правила у америчком правном систему (енг. *limited indemnity system*), која се испољава у виду бројних изузетака од америчког правила о сношењу трошкова. Аутор доводи у питање стандардну поставку да је енглеско правило *правичније* од америчког правила у свим случајевима и супротставља се идеји олаког усвајања енглеског правила у америчком правном систему, под изговором да је правичније. Видети: Philip J. Mause, *op. cit.*, 1969, стр. 26–55.

<sup>383</sup> Примера ради, учестало се дешава да тужиоци са малим изгледима на успех у парници подносе тужбе да би од друге стране изнудили већи износ поравнања. Такве неосноване тужбе и парнице до којих оне могу довести, могу се обесхрабрити усвајањем енглеског правила о сношењу парничних трошкова. Енглеско правило *демотивише* тужиоце са малим изгледима на успех да подносе тужбе, наспрот америчком правилу које нема такав ефекат.

другог правила, доводи до проблема процене увећања друштвеног благостања. Једноставније речено, иако би усвајањем енглеског правила друштвено благостање било увећано, јер би се смањило број непотребних поступака, *правичност*, као компонента друштвеног благостања, можда не би била остварена. Тиме друштвено благостање не би било увећано, *већ смањено*, ако се *правичност* различитих метода алокације парничних трошкова укључи у друштвено благостање као компонента коју треба разматрати. Но, када је реч о другим споровима, рецимо о споровима због недостатака производа, усвајање енглеског правила генерисало би *већу правичност*, будући да осигурање, генерално узев, има мању улогу код те врсте спорова него када је реч о саобраћајним несрећама. У споровима због мана производа, странке *далеко ређе* закључују осигурање од одговорности, јер сама чињеница да починилац штете одговара по принципу објективне одговорности за накнаду штете, ствара основ да оштећене странке остваре свој захтев за накнадом штете у судском поступку, а не путем осигурања. Према томе, *правичност* би била, у неку руку, остварена у парници, а друштвено благостање би се увећало. С друге стране, ако би пошли од тога да је број поступака, када је реч о споровима због недостатака производа, *већ* на друштвено прихватљивом нивоу, усвајање енглеског уместо америчког правила, довело би, теоретски гледано, до повећања вероватноће покретања поступака. Ако би се та вероватноћа испољила у пракси, тј. ако би *заиста* дошло до повећања броја поступака, друштвено благостање би се *умањило*.

Из претходних примера видимо да процена увећања друштвеног благостања, под претпоставком енглеског односно америчког правила, зависи од врсте спорова, од дивергенције приватних и друштвених трошкова и користи од парнице поводом одређених врста спорова, као и од *правичности* једног односно другог правила, која се различито испољава у различитим врстама спорова. Тиме се, у основи, потврђује да се *различити методи алокације парничних трошкова не могу систематски користити као инструмент корективне политике у циљу постизања друштвено прихватљивог броја поступака (парница), за све врсте спорова.*

### 1.7. Емпиријске студије о алокацији парничних трошкова

Када је реч о *ефектима енглеског правила*, утврђеним у претходном економском моделу, наглашавамо да су *емпиријске студије* које би верификовале те ефекте доста *оскудне*. Но, ипак се могу наћи одређене студије, чије налазе прихватамо са *благом резервом* док се не прошири поље истраживања овог важног питања.<sup>384</sup>

Можемо навести *природни експеримент Снајдера (Snyder) и Хаџиса (Hudges)*, у којем су користили преко 10.000 судских случајева у области несавесног лечења у држави Флориди (САД), у периоду од 1980. године до 1985. године, са циљем тестирања ефеката енглеског правила о алокацији парничних трошкова.<sup>385</sup> Први налаз њихових емпиријских студија био је да енглеско правило о алокацији парничних трошкова *повећава вероватноћу одласка на суђење*.<sup>386</sup> Тиме је потврђено предвиђање економског модела да енглеско правило повећава вероватноћу одласка на суђење, будући да снижава очекиване парничне трошкове.<sup>387</sup> Други налаз емпиријских студија био је да енглеско правило о алокацији парничних трошкова доводи до *слабљења подстицаја за подизање тужби негативне вредности*. Ради се о тужбама код којих је очекивани добитак на основу пресуде *нижи* од очекиваних парничних трошкова.<sup>388</sup> С обзиром на то да је *велики улог* код енглеског правила, у смислу да се може добити више, али и више изгубити у парници, логична последица

---

<sup>384</sup> Експерименти који ће бити објашњени не обухватају важне варијабле, које постоје у правном систему САД, с једне стране, и правном систему земаља које прихватају енглеско правило о парничним трошковима, с друге стране, као што су: *демографски и економски фактори, процедурална пракса, разлике у заштити основних људских права, разлике у структури судова, разлике у правничкој професији*, итд.

<sup>385</sup> У овој студији, аутори су анализирали ефекте закона који је донет 1980. године и који је прописао енглеско правило о сношењу парничних трошкова у парницама због несавесног лечења. У међувремену, тачније 1985. године, овај закон је укинут, чиме је пружена могућност за анализу ефеката алокације парничних трошкова на подстицаје тужиоца за покретање поступка, повлачење тужбе, склапање поравнања, као и на подстицаје за трошење на одбрану од стране туженика, и то пре, за време и после периода важења тог закона. Другим речима, отворена је могућност за извођење тзв. *природног експеримента*. Видети: Edward Snyder, James Hudges, *The English Rule for Allocating Legal Costs: Evidence Confronts Theory*, Journal of Law, Economics & Organization, Vol. 6, 1990, стр. 345–380 и James Hudges, Edward Snyder, *Litigation and Settlement Under the English and American Rules: Theory and Evidence*, Journal of Law and Economics, Vol. 38, 1995, стр. 225–250.

<sup>386</sup> Овај налаз емпиријске студије остао је исти, независно од тога што су се трошкови одбране странака по појединачном случају повећавали.

<sup>387</sup> Под условом да је тужилац *неутралан на ризик* и да је *релативно оптимистичан у погледу победе у парници (на суђењу)*.

<sup>388</sup> Видети у наставку текста одељак о тужбама негативне вредности.

тога јесте да ово правило слаби подстицаје за подизање тужби које немају великог изгледа на успех на суђењу. Будући да је улог у парници велики, тужиоци са ниском шансом за успех на суђењу могу се окренути алтернативи, рецимо, *преговорима ради склапања поравнања*. У ствари, емпиријска студија индиректно је потврдила тезу о повећању вероватноће склапања поравнања, под претпоставком важења енглеског правила (када је реч о тужбама негативне вредности). Затим, овим студијама потврђено је да енглеско правило о алокацији парничних трошкова повећава проценат победа тужилаца, очекивани добитак на основу пресуде, као и износ склопљеног поравнања.<sup>389</sup> То значи да енглеско правило појачава тенденцију подизања тужби позитивне вредности, то јест тужби код којих је очекивани добитак на основу пресуде виши од очекиваних парничних трошкова. Напошетку, аутори ових студија закључили су да енглеско правило побољшава превенцију будућих штета у односу на америчко правило, али на уштрб повећања парничних трошкова. Но, оправдано се може поставити питање: да ли је повећање превенције будућих штета вредно повећања парничних трошкова? Ваљало би нагласити и да се ови налази односе на случајеве несавесног лечења, тако да питање њихове валидности, када је реч о другим споровима, остаје отворено.<sup>390</sup>

Можемо навести још један експеримент, који су извели *Корсеј (Coursey)* и *Стенли (Stanley)* 1988. године.<sup>391</sup> Ови аутори су извели симулацију процеса преговарања ради склапања поравнања под претњом одласка на суђење, тако што су поделили студенте у парове, и дали им инструкције да поделе између себе жетоне, које су касније могли да замене за новац. Студенти су имали предвиђено време за склапање поравнања, по чијем истеку би жетони били подељени случајним жребом, што представља, у суштини, симулацију неизвесног исхода у погледу новчаног добитка на основу судске пресуде. У циљу симулације рационалних очекивања, студентима је речено колико износи

---

<sup>389</sup> Ова увећања не треба посматрати само у статистичком смислу, већ и у апсолутном смислу. На пример, просечан новчани износ пресуде повећан је са 25,190\$ по случају, у случају важења америчког правила, на 69,390\$ по случају, у случају важења енглеског правила. Ово је резултат већ објашњеног ефекта селекције случајева. Подаци преузети из: Avery Wiener Katz, *op. cit.*, 2000, стр. 88.

<sup>390</sup> Видети: *ibid.*, стр. 87–88.

<sup>391</sup> Видети: Don Coursey, Linda Stanley, *Pretrial Bargaining Behavior within the Shadow of the Law: Theory and Experimental Evidence*, International Review of Law and Economics, Vol. 8, 1988, стр. 161–179. Упореди са: Avery Wiener Katz, *op. cit.*, 2000, стр. 83–84.

дистрибуција вероватноће добитка на основу случајног жреба. С друге стране, ради симулације парничних трошкова, студенти би били колективно кажњени одузимањем суме у вредности од 40% од укупне вредности жетона, у случају извођења жреба. Студенти су, затим, били подељени у *три групе* за преговарање у таквим процедурама које би симулирале различите методе алокације парничних трошкова. Прва група је преговарала у процедури која је представљала симулацију *америчког правила*, тј. казна би била подељена између пара студената на *једнаке делове*. Друга група је преговарала у процедури која је симулирала *енглеско правило*, тј. казна би била плаћена од стране оног студента у пару који би добио *мању* вредност жетона на основу случајног жреба. Најзад, трећа група је преговарала у процедури која је симулирала тзв. *правило 68 Федералног закона о грађанској процедури*.<sup>392</sup> Према овом (последњем) правилу, студент би платио целокупну казну, ако би случајним жребом добио износ који би био *нижи или једнак* износу из последње понуде поравнања дате од другог студента, а у супротном, подели би износ казне на *једнаке делове*.

Резултати овог експеримента могу се сумирати у неколико тачака. Прво, студенти су *чешће* склапали поравнање у процедури која је симулирала *енглеско правило* у односу на процедуру која је симулирала *америчко правило*. Но, студенти су *најчешће* склапали поравнање у случају симулације *правила 68*, при чему је студент који је играо улогу *тужиоца* најчешће прихватио понуду друге стране. Другим речима, *правило 68* било је најприхватљивије за *тужиоца*, када је реч о склапању поравнања. С друге стране, када је реч о *туженику*, аутори студије установили су да је *правило 68* пожељније за склапање поравнања у односу на *енглеско правило*, али да је, ипак, најприхватљивије *америчко*

---

<sup>392</sup> Ово правило прописује да тужилац, који је одбио туженикову формалну понуду за склапање поравнања и потом остварио новчани добитак по основу пресуде, а који није већи од одбијеног новчаног износа поравнања, мора да сноси туженикове парничне трошкове настале након одбијања понуде. Основни циљ овог правила јесте *кажњавање* оног тужиоца који би одбио *разумну* понуду туженог и, консеквентно, *подстицање поравнања*. Но, *Милер (Miller)* упућује разумну критику творцима овог правила. Наиме, овај аутор истиче да приликом увођења *правила 68* није вођено рачуна о подстицајима са којима се суочава *тужени*. Другим речима, тужени је подстакнут да понуди *мању своту новца* под претпоставком важења овог правила него у случају његовог неважења. Будући да ће се тужилац вероватно поравнати за нижи износ новца (јер на то подстакнут очекиваном казном), јасно је како ће се тужени понашати у преговорима око поравнања – понудиће нижи износ него што би учинио да нема овог правила. Зато овај аутор истиче да примарни циљ овог правила није подстицање поравнања, већ *награђивање туженог и кажњавање тужиоца*. Аргументе у прилог овој тврдњи, видети: Geoffrey P. Miller, *An Economic Analysis of Rule 68*, Journal of Legal Studies, Vol. 15, 1986, стр. 93–125.



*правило*. Један од основних фактора који је допринео оваквом налазу јесте *ефекат аверзије према ризику*, а који се огледа у чешћем склапању поравнања.

Све у свему, својим налазима аутори су потврдили да *енглеско правило о сношењу парничних трошкова повећава проценат склапања поравнања, ако се ефекат аверзије према ризику узме у обзир*. Тиме су верификовали предвиђање економског модела алокације парничних трошкова, да тужилац који има аверзију према ризику радије бира *поравнање*, а не одлазак на суђење. Но, будући да аутори експеримента нису укључили варијабле, као што је *различита страначка перцепција вероватноће победе у парници*, или *поседовање приватних информација, које (варијабле) могу условити да енглеско правило смањи, а не повећа, проценат склопљених поравнања*, резултате експеримента ваљало би ограничити само на оне ситуације које обухватају већ споменуте варијабле.

## **2. Тужбе негативне вредности**

### *2.1. Појам тужбе негативне вредности*

Као што је познато, тужилац ће подићи тужбу, иницирајући парнични поступак, ако и само ако је трошак подизања тужбе (*TT*) *нижи* од његове очекиване вредности од тужбеног захтева (*OVTZ*). При том, тужилац може очекивати одређени добитак (исплату) од тужбеног захтева на основу склопљеног поравнања или на основу судске пресуде. Очекивана вредност од тужбеног захтева базира се процени вероватноће догађаја након подизања тужбе и добитка који сваки догађај носи са собом. У вези с тим, *поставља се питање зашто би тужилац подигао тужбу ако би очекивани добитак на основу пресуде био нижи од очекиваних трошкова парнице?* Будући да овакве ситуације постоје у судској пракси, намеће се питање њиховог рационалног објашњења. Пре свега, основни подстицај за подизање тужбе негативне вредности огледа се у томе што тужилац жели да *извуче позитиван износ поравнања од друге стране*. Подизањем тужбе, тужилац упућује одређену врсту *претње* туженику, чиме жели да *извуче поравнање у његову корист*. Но, одмах се намеће питање: *зашто би тужени пристао на поравнање, ако тужилац*

*прети тужбом која има негативну вредност?* Одговор на ово питање може се потражити у моделу асиметричних информација.<sup>393</sup>

Претпоставимо да постоје две групе тужилаца, они који имају *високу* вероватноћу успеха у парници (*P*) и они који имају *нулту* вероватноћу успеха у парници. Даље, претпоставимо да је очекивани добитак на основу очекиване (новчане) накнаде *H* виши од очекиваних парничних трошкова тужиоца:  $p_1PH - p_1 > 0$ .<sup>394</sup> Из неједначине следи да ће тужиоци са високом вероватноћом победе у парници *ићи на суђење* ако друга страна не буде понудила никакав износ поравнања, док ће тужиоци са нултом вероватноћом успеха у парници *одустати од одласка на суђење* ако тужени не буде понудио никакав износ поравнања. Такође, полазиште јесте да тужени не зна којој групи тужилаца припада *конкретни тужилац* – да ли групи са високом вероватноћом победе у парници или групи са нултом вероватноћом победе у парници. Најзад, тужбе позитивне вредности чине удео  $v$  од укупног броја тужби. Поставља се питање: *коју ће стратегију понуде поравнања заузети тужени?*

Прво, тужени може понудити износ поравнања *S* који је једнак нето очекиваном добитку на суђењу тужилаца са високом вероватноћом успеха у парници:  $S = PH - p_1$ . У случају понуде таквог износа поравнања, нема разлога да га обе групе тужилаца не прихвате. Тужиоци са високом вероватноћом успеха у парници прихватили би тај износ, јер је једнак нето износу који би добили на основу пресуде, док тужиоцима са нултом вероватноћом успеха у парници, у сваком случају, такав износ одговара. Друго, тужени може понудити *нулти* износ поравнања тужиоцима ( $S = 0$ ), услед чега би тужиоци са високом вероватноћом успеха у парници отишли на суђење, док би тужиоци са нултом вероватноћом успеха у парници одустали од суђења. Дакле, у овом примеру постоје две стратегије туженог, стратегија *1*, чији очекивани губитак износи  $PH - p_1$ ,<sup>395</sup> и стратегија *2*, чији очекивани губитак износи  $v(PH + p_2)$ .<sup>396</sup> Одговор на питање коју ће стратегију тужени одабрати зависи од односа очекиваних

<sup>393</sup> Видети: Lucian Arye Bebchuk, „Suits with Negative Expected Value“, у: *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* 551–554 (eds. Peter Newman), Macmillan, London, Vol. 3, 1998.

<sup>394</sup> Очекивана вредност од суђења (пресуде) је позитивна.

<sup>395</sup> Губитак стратегије *1* једнак је очекиваном нето добитку тужилаца са високом вероватноћом успеха у парници. Другим речима, толико би коштала стратегија *1*.

<sup>396</sup> Губитак стратегије *2* једнак је очекиваном нето добитку тужилаца са високом вероватноћом победе у парници, у збиру са очекиваним парничним трошковима туженог.

губитака стратегије 1 и стратегије 2. Рецимо, тужени ће заузети стратегију 1, ако је очекивани губитак стратегије 1 *нижи* од очекиваног губитка стратегије 2:  $v(PH + p_2) > PH - p_1$ . Из ове неједначине произилази следећа неједначина:

$$v > \frac{PH - p_1}{PH + p_2}$$

Према томе, ако тужбе позитивне вредности  $v$  чине *велики удео* у укупном броју тужби (укључујући и тужбе негативне вредности), произилази да се туженом исплати да заузме стратегију 1. Другим речима, за њега је *исплативије* да понуди износ  $S = PH - p_1$ , а не износ  $S = 0$ , и тиме плати износ поравнања не само тужиоцима са високом вероватноћом успеха у парници, већ и тужиоцима са нултом вероватноћом успеха у парници. Супротно, ако тужбе позитивне вредности  $v$  чине *мали удео* у укупном броју тужби, туженом се не би исплатило да заузме стратегију 1.

## 2.2. Примери тужби негативне вредности

У циљу потпуног разумевања претходног модела, можемо приказати један нумерички пример<sup>397</sup> са следећим претпоставкама: вероватноћа успеха тужилаца у парници  $P$  износи 70%; очекивана накнада штете  $H$  износи 50.000 динара; и парнични трошкови тужилаца и туженог једнаки су и износе 10.000 динара. На основу горенаведене неједначине<sup>398</sup> следи да ће тужени понудити износ поравнања од 25.000 динара, у случају да је  $v > 56\%$ , и неће понудити ништа, ако је  $v < 56\%$ .<sup>399</sup> Другим речима, ако је удео тужилаца који подижу тужбе позитивне вредности већи од 56%, тужени ће понудити износ поравнања  $S = 25.000$  динара, а ако је тај удео мањи од 56%, тужени неће понудити ништа ( $S = 0$ ). Примећујемо да је у првом случају позитиван износ поравнања *нижи* од очекиване новчане накнаде ( $S < H$ ), ако је  $v > 56\%$ . Логична последица тога јесте да се повећањем удела тужилаца који подижу тужбе позитивне вредности ( $v$  изнад 56%) повећава и износ понуде  $S$  и приближава износу очекиване новчане

<sup>397</sup> Проширена верзија овог примера базирана је на: Thomas J. Miceli, *op. cit.*, 2004, стр. 263.

<sup>398</sup> Реч је о неједначини:  $v > \frac{PH - p_1}{PH + p_2}$ .

<sup>399</sup>  $70\% \times 50.000 \text{ дин.} - 10.000 \text{ дин.} / 70\% \times 50.000 \text{ дин.} + 10.000 \text{ дин.} = 25.000 / 45.000 \text{ дин.} = 0,56 \times 100\% = 56\%$ .

накнаде штете  $H$ . Тиме се потврђује поставка да се туженом исплати да заузме стратегију  $I$  ( $S = PH - p_1$ ), уколико се повећава удео тужби позитивне вредности у укупном броју тужби. Супротно, ако се повећава удео тужби негативне вредности (и смањује удео тужби позитивне вредности), онда се износ понуде туженог смањује до границе када неће понудити ништа. То практично значи да повећање удела тужилаца негативне вредности има за последицу повећање броја суђења, будући да смањење износа поравнања подстиче тужиоце, који би иначе били спремни да иду на суђење, да то заиста и учине.

Постоји и другачија ситуација у којој тужилац подиже тужбу негативне вредности.<sup>400</sup> Размотримо следећи пример: тужилац подиже тужбу и сноси трошак  $p_1$ , док тужени сноси трошак ангажовања адвоката  $p_2$ . Уколико не би уложио новчана средства у сопствену одбрану, тужени би засигурно изгубио у парници и морао би да плати накнаду штете  $H$ . Пошто тужени улаже у своју одбрану, тужилац ће се наћи пред дилемом да ли да повуче тужбу или да иде на суђење. Та дилема ће бити разрешена у зависности од тога да ли се ради о тужиоцу који подиже тужбу негативне вредности или је реч о тужиоцу са тужбом позитивне вредности. У првом случају, када се суочава са очекиваном пресудом негативне вредности, тужилац ће повући тужбу, јер ће тужени, због уложених средстава у одбрану, победити на суђењу. У другом случају, када очекује пресуду позитивне вредности,<sup>401</sup> тужилац ће отићи на суђење, независно од полазне претпоставке по којој тужени може победити у парници ако уложи средства  $p_2$  у своју одбрану. *Зашто?* Зато што тужени може остварити (платити) нижи износ у преговорима око поравнања  $S$  него што је износ који би уложио у одбрану  $p_2$  ( $S < p_2$ ). Другим речима, туженом се исплати да преговара око поравнања, без обзира на то о којој врсти тужилаца је реч – да ли о тужиоцима који очекују позитивну вредност од пресуде или о тужиоцима који очекују негативну вредност од пресуде. С друге стране, тужиоци, који очекују пресуду негативне вредности, подижу тужбу, ако је очекивани износ

---

<sup>400</sup> Ову поставку разрадили су Розенберг и Шавел, видети: David Rosenberg, Steven Shavell, *A Model in Which Suits are Brought for Their Nuisance Value*, International Review of Law and Economics, Vol. 5, Issue 1, June 1985, стр. 3–13.

<sup>401</sup> Позитивна очекивана вредност од пресуде налази се у позитивној корелацији са тужбом позитивне вредности.

поравнања *виши* од трошка подизања тужбе:  $S > p_1$ . Из тога следи да ће равнотежни износ поравнања  $S$  морати да задовољи следећи услов:  $p_1 < S < p_2$ . Другим речима, трошак подизања тужбе (*трошак тужиоца*) мора бити *нижи* од очекиваног износа поравнања, а очекивани износ поравнања мора бити *нижи* од трошка одбране туженог (*трошка туженог*). Уочава се да овај услов није у корелацији са вредношћу очекиване пресуде, то јест с тим да ли ће пресуда имати позитивну или негативну вредност. Управо зато се туженом исплати да преговара до износа који је нижи од трошка његове одбране, као што се и тужиоцима исплати да преговарају до износа који је нижи од (њиховог) трошка подизања тужбе. Иначе, ова ситуација је реална у мери у којој се, с једне стране, *тужиоцима* исплати да подигну тужбу и да претњом њоме, и успехом на потенцијалном суђењу, издејствују користан износ поравнања, и уколико се, с друге стране, *туженику* не исплати да се брани. Но, тужилац, који очекује пресуду негативне вредности, може издејствовати поравнање, *чак* и уколико нема довољно средстава за покриће трошка подизања тужбе. Другим речима, тужилац може само *запретити* да ће подићи тужбу, и да том претњом, без формалног подизања тужбе, издејствује склапање поравнања са другом страном. Та друга страна (потенцијални тужени) могао би, али не нужно, да прихвати онај износ поравнања који је *једнак* његовим очекиваним трошковима одбране (или *нижи* од тога), минус трошак подизања тужбе. Ако је рационалан, тужени ће прихватити тај износ поравнања и до суђења неће доћи.

Најзад, размотримо још једну ситуацију у вези са тужбом негативне вредности.<sup>402</sup> Речено је да тужба негативне предности подразумева ситуацију у којој тужиочеви очекивани парнични трошкови *превазилазе* очекивани добитак од пресуде, али да тужилац, ипак, подиже тужбу, јер жели да издејствује поравнање од друге стране. Дакле, одређена рационална логика стоји иза предузимања овакве радње тужиоца. Но, трошкови које тужилац има у вези с парницом настају *временски сукцесивно*, те постоји могућност да потроши одређена новчана средства пре одласка на суђење, *али свакако не сва*.<sup>403</sup> Из тога

---

<sup>402</sup> Основне поставке *нове* теорије о понашању тужиоца који подиже тужбу негативне вредности, а које ће бити изложене у наставку текста, разрађене су у: Lucian A. Bebchuk, *A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue*, Journal of Legal Studies, Vol. 25, 1996, стр. 1–25.

<sup>403</sup> Тужилац *још увек* није отишао на суђење, што значи да није утрошио она новчана средства која ће по редовном току ствари утрошити одласком на суђење.

следи да *парнични трошкови* могу, пре одласка на суђење, и даље бити *нижи* од очекиваног добитка на основу пресуде. То значи да тужилац може, пре суђења, располагати *кредибилном претњом*, којом би евентуално издејствовао поравнање од друге стране.<sup>404</sup> Антиципирајући такав след догађаја, тужилац може кредибилно запрети потенцијалном туженику и, на основу тога, *извући* поравнање, иако би одласком на суђење имао укупне парничне трошкове који би били *реално виши* од новчаног износа на основу очекиване пресуде.

### 2.3. Друштвена корист од тужби негативне вредности

Питање је да ли су тужбе негативне вредности друштвено пожељне или не?<sup>405</sup> Одговор на ово питање није једнозначан, зависно од врсте тужби негативне вредности. На пример, постоји могућност да тужилац подигне тужбу за накнаду штете, *иако стварно није претрпео штету*. У том случају, не би постојала никаква друштвена корист од такве радње тужиоца. Пре свега, *превенција будућих штета*, као вид друштвене користи, била би доведена у питање, јер би се *искривили подстицаји за ефикасну пажњу*. Конкретније речено, суочени са тужбама за накнаду оних штета које нису стварно почињене, појединци би *беспотребно повећали пажњу и превенцију*, услед чега би трошкови пажње били (такође, непотребно) увећани. Затим, овакве тужбе за последицу би имале и излишне парничне трошкове обеју страна у *наводном* спору, као и непотребне трошкове ангажовања скупог државног апарата (суда).

Но, ипак постоји могућност да тужбе негативне вредности имају одређену *друштвену корист*. Примера ради, дешава се да оштећена лица не подижу тужбе за накнаду штете, *јер је штета мале вредности*. Таквим потенцијалним тужиоцима не исплати се да, због ниског очекиваног добитка од пресуде, подижу тужбу, узимајући у обзир пратеће очекиване парничне трошкове. Међутим, као што је у раду истакнуто, подизање тужби за накнаду штете *мале вредности*, ипак, може бити друштвено оправдано, будући да би парнице (које би поводом тих тужби биле вођене), генерисале одређену

---

<sup>404</sup> Другим речима, тужилац може и у току поступка располагати кредибилном претњом, узимајући у обзир сукцесивно трошење новчаних средстава у парници. Рецимо, тужилац је имао трошак подизања тужбе, али је преостали нето износ парничних трошкова и даље *нижи* од очекиваног добитка од пресуде.

<sup>405</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 420–421.

друштвену корист, рецимо, у виду *превенције* будућих штета. Дакле, дивергенција приватних и друштвених користи од парнице условљава да се тужбе мале вредности не подижу, иако би било друштвено корисно да се то чини. При том, ако би тужиоци заузели стратегију подизања тужби малих вредности, *претварањем да се ради о тужбама већих вредности како би издејствовали позитиван износ поравнања од друге стране*, испало би да је то друштвено корисно. На тај начин би подизање, у основи, *тужби негативних вредности*, генерисало одређену друштвену корист, у виду побољшане превенције штета малих вредности. Овај пример, у суштини, сугерише да је друштвено оправдано подизати тужбе негативне вредности, иако су оне најчешће непожељне с друштвеног аспекта, због чега се обесхрабрују разним законски предвиђеним санкцијама. Једна од таквих законских санкција, чији је циљ да демотивише тужиоце да подижу тужбе негативне вредности, постоји у америчком правном систему. Ради се о санкцији из *члана 11. Федералног закона о грађанској процедури* (енг. *Federal Rules of Civil Procedure*), којом је предвиђена *новчана казна* за оне тужиоце, за које је утврђено да су подигли тужбу негативне вредности. Но, примена овог правила свакако изискује одређене трошкове, пре свега, трошкове утврђивања да ли је тужилац подигао тужбу како би издејствовао поравнање, или је то учинио у најбољој намери. Узимајући то у обзир, у теорији ЕАП<sup>406</sup> *не препоручује се универзална примена овог правила*. С тим у вези, дате су још неке препоруке. Пре свега, ово правило требало би користити за *превенцију* тужби и парница негативне вредности (у смислу одвраћања тужилаца који их подижу да то не чине), а не за надокнађивање парничних трошкова оној страни у поступку која се није стратегијски понашала. Једноставније речено, сврха овог правила требало би да се огледа у превенцији, а не у компензацији. Затим, препоручује се *двоструко већа казна* за тужиоце који подижу тужбе негативне вредности у односу на износ који би тужени, на име накнаде парничних трошкова, у посебном поступку добили. Оваква двоструко већа казна требало би да одврати потенцијалне тужиоце од подизања тужбе, чиме би се значајно уштедели парнични трошкови. Такође, ако је очекивани износ накнаде парничних трошкова *нижи* од износа казне, у мањој мери ће се покретати поступци за

---

<sup>406</sup> Овим питањем подробно су се бавили *Полински* и *Рубинфелд*, видети: А. Mitchell Polinsky, Daniel L. Rubinfeld, *Sanctioning Frivolous Suits: An Economic Analysis*, Georgetown Law Journal, Vol. 82, 1993, стр. 397–435.

накнаду трошкова, те ће се и на тај начин уштедети парнични трошкови. Даље, опасност од одвраћања подизања тужби од стране потенцијалних тужилаца са *легитимним тужбама*, а која (опасност) је генерисана грешкама у досуђивању казни, може се ублажити повишењем износа накнаде штете која се додељује успешним тужиоцима у иницијалној парници. На тај начин се овај (негативни) ефекат ублажава, наравно, под условом да је износ накнаде штете у иницијалној парници прикладно прилагођен. Коначно, у теорији *ЕАП* не искључује се примена *алтернативних превентивних механизма*, уколико систем казни не уроди плодом, или ако генерише превисоке трошкове. Од тих алтернатива, издвајају се енглеско правило о сношењу парничних трошкова, или систем одвојене или двоструке одговорности (енг. *decoupling liability*), о којем је већ било речи.<sup>407</sup>

### **3. Добровољна размена информација између парничара**

#### **3.1. Формални и неформални методи добровољне размене информација**

Модел различитих перцепција или модел оптимизма полази од тога да странке имају различиту перцепцију вероватноће тужиоачеве победе у парници. *Извор* те различите перцепције није разматран у овом моделу. Супротно, у моделу асиметричних информација разматран је извор различитих перцепција вероватноће добијања парнице, при чему се пошло од експлицитне претпоставке да странке имају асиметричне информације око различитих чињеница (нпр. око висине штете). С тим у вези, намеће се питање *размене информација између страна у спору*. Наиме, странке могу бити подстакнуте да *добровољно размене информације* пре суђења и тиме повећају вероватноћу склапања поравнања. Оне, наравно, могу разменити информације<sup>408</sup> у непосредном контакту *неформалним путем*. Но, размена информација може се извршити и у *формалном смислу*, тј. на тзв. *састанку пре суђења* (енг. *pretrial conference*), на којем се тражи од странака да изнесу сопствене прогнозе у погледу успеха у парници.<sup>409</sup> Циљ састанка јесте да странке евентуално отклоне различите перцепције судског исхода, што може допринети мирном решењу спора. С друге стране, у земљама евро-континенталног правног система, те и у

<sup>407</sup> Видети фусноту бр. 197.

<sup>408</sup> О размени информација формалним и неформалним путем видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 392.

<sup>409</sup> Оваква могућност размене информација постоји у праву *САД-а*.



нашој земљи, размена информација између странака врши се *формалним путем, преко суда*. У тој размени информација, *судија има активну улогу*. Иначе, до размене информација долази у првој фази парничног поступка, тако што тужилац подиже тужбу, у којој износи чињенице на којима заснива стварно или хипотетичко субјективно право, и нуди доказе о свом тврђењу. С друге стране, тужени се *одговором на тужбу* брани од тужбе, и то на процесноправном и материјалноправном терену. Процесноправном одбраном тужени настоји да суд *одбаци* тужбу из процесних разлога, а материјалноправном одбраном, тужени оспорава наводе из тужбе.<sup>410</sup> У нашој земљи, у тзв. *припремном поступку*<sup>411</sup> обавља се низ радњи, као што су: претходно испитивање тужбе, достављање тужбе туженом на одговор, одржавање припремног рочишта, и заказивање рочишта за главну расправу. У припремном поступку странке *преко суда*, тј. *формалним путем*, размењују информације о спорној ствари, што може допринети мирном разрешењу спора. Осим тога, и судија покушава у овој фази парничног поступка да *поравна* парничаре. Супротно, у Америци, добровољна размена информација између странака *најчешће се не обавља* формалним путем, пред судијом.<sup>412</sup>

Према томе, методи размене информација могу бити *различити*, с тим да у евро-континенталном правном систему доминирају *формални*, а у америчком правном систему *неформални методи*, што не значи да формалне методе америчко право не препознаје. Управо одржавање *састанака пре суђење*, којима руководи судија, говори у прилог тој тези. У суштини, реч је о томе да америчке судије имају *мање активну улогу* у процесу размене информација између парничара у односу на европске судије.

### 3.2. Ефекат откривања и размена информација

Од посебне важности јесте следеће питање: *зашто би стране у спору добровољно размењивале информације, тј. који се подстицају сукобљених страна крију у позадини размене различитих врста информација?*<sup>413</sup>

---

<sup>410</sup> Од тренутка када тужени у одговору на тужбу оспори наводе и захтеве у тужби, сматра се да *почиње парница*.

<sup>411</sup> Припремни поступак представља *прву фазу* првостепеног поступка и почиње да тече од тренутка подизања тужбе до заказивања рочишта за главну расправу. Видети о току припремног поступка код нас: Гордана Станковић, *op. cit.*, 2007, стр. 394–400.

<sup>412</sup> Видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 392.

<sup>413</sup> Анализа која следи базирана на: Steven Shavell, *Sharing of Information Prior to Settlement or Litigation*, RAND Journal of Economics, Vol. 20, No. 2, Summer 1989, стр. 183–195.

Можемо узети као пример *висину штете* коју је претрпео оштећени. С обзиром на то да је *висина штете* веома важна чињеница која може одредити карактер будуће пресуде, починилац штете и оштећени јакко су подстакнути да разјасне или отклоне евентуалне информационе дисторзије у вези са том чињеницом. Примера ради, две стране имају различита уверења око висине штете, оштећени верује да му је нанета штета у износу од *100.000 динара*, док починилац штете верује да је нанео мању штету, у износу од, рецимо, *60.000 динара*. Ако две стране имају оваква (различита) уверења око висине штете и, при том, не размене информације с тим у вези, суђење је неминовно. Но, оштећени, ако је рационалан, има јак подстицај да, у процесу размене информација, покаже и докаже починиоцу штете да је штета заправо *већа*, као што, према претпоставци, и јесте. С друге стране, и рационални починилац штете има јак подстицај да у том процесу докаже другој страни да је његова одговорност за настанак штете *нижа*. Оштећени ће хтети да докаже стварни износ штете, како би себи осигурао *виши* износ поравнања у односу на потенцијалну одштету, док ће починилац штете хтети да убеди оштећеног да прихвати *нижи* износ поравнања. Сем тога, оштећени је подстакнут да докаже починиоцу штете стварни износ штете, будући да на тај начин избегава могућност формирања његових *погрешних ставова*<sup>414</sup> у вези са том чињеницом. Другим речима, ако оштећени ћути, и не жели да докаже колика је заправо штета, друга страна може, због саме ћутње оштећеног, да формира став да је штета *нижа* и да оштећени жели то да *сакрије*. Управо у процесу размене информација пре суђења, оваква могућност формирања погрешних ставова једне од страна у спору бива спречена. У литератури<sup>415</sup> се овакав развој догађаја око утврђивања истине у вези с висином штете назива *феноменом откривања* (енг. *unraveling phenomenon*). Размотримо следећи пример:<sup>416</sup> постоје две групе оштећених (тужилаца) који су претрпели штету, чија је висина дистрибуирана између *100.000 динара* и *150.000 динара*. При том, једну групу тужилаца (*група А*) чине они који су претрпели *виши* износ штете, тј. износ који је ближи горњој

<sup>414</sup> Реч је о ставовима *починиоца штете*.

<sup>415</sup> Видети: Robert H. Gertner, „Disclosure and Unraveling“, у: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, Macmillan, London, Vol. 1: 605–608, 1998.

<sup>416</sup> Пример базиран на: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 422, фуснота бр. 12.

граници штете од 150.000 динара, а другу групу (*група Б*) чине они тужиоци, чије су штете ближе доњој граници од 100.000 динара. Претпоставка је да обе групе тужилаца *не откривају* стварне износе претрпљених штета, док починилац штете (тужени) зна вероватноћу расподеле висина тих штета, на чему и базира своју понуду за склапање поравнања.<sup>417</sup> Пођимо од тога да тужени упућује понуду од 130.000 динара. У том случају ће тужиоци из *групе А* *открити* стварне износе својих штета. *Зашто?* Зато што тужиоци који су претрпели штету од, рецимо, 150.000 динара, и по претпоставци сnose парничне трошкове од, рецимо, 10.000 динара, могу откривањем свог износа штете да добију износ који је *виши* од оног који је тужени понудио. Тужени је понудио 130.000 динара, а тужиоци из нашег примера могу добити 140.000 динара на суђењу, услед чега бивају подстакнути да открију висину штете и покушају да износ потенцијалне одштете<sup>418</sup> добију у преговорима око поравнања. Овакав расплет догађаја у процесу размене информација назива се *феноменом откривања*. Но, овај феномен неће увек бити делотворан. Размотримо следећу ситуацију: тужени упућује већу понуду од 140.000 динара. У том случају, тужиоци са високим претрпљеним штетама *неће открити* стварне износе својих штета, јер немају корист од откривања.<sup>419</sup> Уколико би тужени спустио своју понуду на, рецимо, 135.000 динара, тужиоци са *високим штетама* можда ће и открити висину својих штета,<sup>420</sup> али је питање *да ли би тужени заиста спустио своју понуду*. Наиме, тужени нема интереса то да учини, без обзира на то што би таквом понудом себи уштедео новац од *већине* тужилаца који *ћуте* (*сви из групе Б и вероватно неколико из групе А*). Другим речима, с обзиром на то да би *већина тужилаца који ћуте* прихватила такву понуду, услед чега би дошло до склапања поравнања, тужени би уштедео парничне трошкове. Но, питање је да

---

<sup>417</sup> Претпоставка је да понуду око поравнања упућује тужени, док тужиоци или прихватају понуду или одлазе на суђење.

<sup>418</sup> Потенцијална одштета је *виша* од понуђене суме поравнања.

<sup>419</sup> Рецимо, 150.000 динара – 10.000 динара = 140.000 динара. Ово је износ који је једнак понуди поравнања (140.000 динара = 140.000 динара), те тужиоци из групе *А* нису подстакнути да *открију стварни износ штете* у преговорима око поравнања, што значи да ће прихватити понуђени износ поравнања.

<sup>420</sup> Откривање висине штета, у случају понуде поравнања од 135.000 динара, може се очекивати од тужилаца са *највишим штетама* од 150.000 динара (150.000 динара – 10.000 динара = 140.000 динара). Ово је износ који је *виши* од понуђеног износа поравнања (140.000 динара > 135.000 динара), те ови тужиоци из групе *А* бивају подстакнути да *открију стварне износе штета* у преговорима око поравнања. Но, питање је *да ли ће тако поступити*. Видети даље.

ли ће тужени тако поступити, будући да постоји одређена вероватноћа да ће мањи број тужилаца из групе  $A$ <sup>421</sup> отићи на суђење и, тим путем, покушати себи да осигура одштету која је виша од понуђеног износа поравнања. Другим речима, пошто је број тужилаца са високим штетама мали, питање је да ли ће открити висину својих штета у преговорима око поравнања и тиме довести до ефекта откривања. С друге стране, тужени би на суђењу са тим мањим бројем тужилаца из групе  $A$  био изложен плаћању сопствених парничних трошкова,<sup>422</sup> те се њему такав след догађаја не би исплатио. Поента у овом примеру јесте да тужиоци са високим штетама неће *необходно* открити стварне износе својих штета, ако је тај скуп тужилаца довољно мали, те феномен откривања неће увек бити делотворан, у смислу склапања поравнања и уштеде парничних трошкова.

### 3.3. Проблеми у добровољној размени информација

У вези с претходним примером, можемо извући још неке важне закључке.<sup>423</sup> Пре свега, постоји могућност да они тужиоци који желе да открију приватне информације о висини штете не могу да их поуздано пренесу другој страни из различитих узрока. Рецимо, тужилац жели да докаже другој страни у процесу размене информација колико заиста износи његова штета, али је неопходно да ангажује *вештака*, који би једини могао да презентује веродостојне чињенице о висини штете. Ако пођемо од тога да ангажовање вештака кошта и да тужилац нема довољно материјалних средстава, онда се доводи у питање могућност склапања поравнања на темељу успешне размене информација. Затим, може се јавити и проблем *бесплатног корисника*, јер тужиоци који су заиста претрпели ниже штете (*група Б*) могу заузети *стратегичку позицију ћутања*, како би се окористили од оних тужилаца који су претрпели веће штете (*група А*). Другим речима, тужиоци из *групе Б* могу покушати да *одглуме* да су претрпели већу штету, да би на основу тога издејствовали вишу понуду у преговорима око поравнања, тј. ону понуду коју

---

<sup>421</sup> Тужиоци са највишим штетама који не би били задовољни датом понудом од 135.000 динара.

<sup>422</sup> Ради се о америчком правилу о сношењу трошкова.

<sup>423</sup> Анализа проблема који прате добровољну размену информација заснована је на: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 422–424.

би добили тужиоци са заиста већим штетама (*група А*). Ако би пошли од тога да тужиоци из *групе А* не могу да открију своје информације,<sup>424</sup> они тужиоци из *групе Б*, који би могли открити информације, неће то учинити из претходно наведених разлога. С друге стране, постоји реална могућност да је тужени довољно проницљив, те претпоставља да ће неки тужиоци покушати да се окористе од других тужилаца, због чега упућује *просечно нижу понуду поравнања*. Логична последица тога јесте да ће тужиоци са износима штета *изнад* износа такве понуде *отићи на суђење*, будући да је понуда поравнања *испод* њиховог очекиваног добитка на основу пресуде. Сходно томе, а на основу свега реченог, може се извести следећи закључак: *присуство тужилаца који стратегијски ћуте како би се окористили од других тужилаца који су спремни да открију информације, али то не могу објективно да учине, доводи до повећања вероватноће одласка на суђење*.

Најзад, постоји још једна могућност зашто тужиоци не би желели да открију информације у процесу размене истих. Тужиоци не би желели да открију информације другој страни, јер би тиме *умањили вредност саме информације о одређеној чињеници*. Узмимо за пример, опет, висину штете. Тужилац је претрпео штету од *30.000 динара*, и очекује парничне трошкове од *10.000 динара*, док тужени покушава да смањи стварни износ штете. Ако би тужилац *открио* ову информацију пре суђења, у искреној намери добијања корисног износа поравнања, може се десити да друга страна *искористи* ту откривену информацију и покуша на суђењу да докаже да је износ штете *нижи*. Тај покушај доказивања нижег износа штете на суђењу огледа се у томе да тужени, због претходно откривене информације, може засновати своју одбрану на *стручној анализи вештака*, који би имао доста *времена* да ради на припреми те одбране. Ако би тужени, *ангажовањем добро припремљеног вештака*, заиста успео да докаже да је штета *нижа* (рецимо, *20.000 динара*), иако је она заправо виша (*30.000 динара*), откривање информације не би ишло у прилог тужиоца. Тужиочев нето добитак од суђења тада би износио: *20.000 дин. – 10.000 дин. = 10.000 дин.*<sup>425</sup> С друге стране, ако не би открио информацију о висини штете, и

<sup>424</sup> Због трошкова ангажовања вештака.

<sup>425</sup> Антиципирајући овај износ на основу откривене информације тужиоца, тужени би у преговорима око поравнања понудио управо износ од *10.000 динара*.

отишао на суђење, тужиочев очекивани нето добитак износио би: 30.000 дин. – 10.000 дин. = 20.000 дин. Зато ће тужилац бити подстакнут да пре суђења *не открива* информацију о висини штете другој страни. Но, логична последица неоткривања информације јесте *повећање вероватноће одласка на суђење*, односно *смањење вероватноће склапања поравнања*.

#### 4. Принудно откривање информација пре суђења

Поред добровољне размене информација између парничара, право САД-а предвиђа и *обавезно откривање информација* једне од страна у поступку, пре одласка на суђење. Наиме, једна од страна може имати *законску обавезу* да другој страни предочи одређене чињенице у вези са спором. Рецимо, тужилац може имати законску обавезу, пре одласка на суђење, да другој страни презентује *доказе* које би он, или његов бранилац, извео у случају суђења. Ако би тужени упутио захтев, који је базиран на овој законској обавези тужиоца, и тражио да му тужилац достави информације о доказима који би били изведени на суђењу, тужилац не би имао избора и морао би да другој страни *открије* те информације. Будући да једна од страна у спору<sup>426</sup> има обавезу да открије информације *по сили закона*, и с обзиром на то да друга страна у спору<sup>427</sup> има право да *сазна* одређене релевантне чињенице, овакав поступак размене информација назива се *принудно откривање информација пре суђења* (енг. *compulsory pretrial discovery*). У овом поступку, поред *основних информација* о правно релевантним чињеницама и доказима који их поткрепљују, тј. *основних аргумената и доказа* који ће бити изнети на суђењу, између осталог, може постојати и обавеза откривања *имена сведока*, или, пак, *основних елемената самог сведочења* које ће бити изнесени на суђењу, и друго.<sup>428</sup>

С друге стране, у земљама евро-континенталног правног система *није* предвиђена принудна размена информација, тј. ниједна страна у спору нема право да сазна оне чињенице које поседује друга страна, а које та друга страна не жели добровољно да открије.<sup>429</sup> Наиме, као што је познато, у земљама евро-

<sup>426</sup> У овом случају тужилац.

<sup>427</sup> У овом случају тужени.

<sup>428</sup> Видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 392 и 394.

<sup>429</sup> *Ibid.*, стр. 392.

континенталног права, предвиђен је *поступак доказивања*, који води суд уз садејство странака и других учесника у поступку. У нашем праву, у поступку доказивања,<sup>430</sup> а којим се проверава истинитост чињеничних навода странака о правно релевантним чињеницама, ниједна страна, па ни суд, не може сазнати одређене чињенице од друге стране, сем ако друга страна добровољно не открије те чињенице. Чињеница је да оба парничара морају да поднесу *процесни терет доказивања*, под којим се подразумева обавеза изношења чињеничног и доказног материјала, ради повећања вероватноће успеха у парници.<sup>431</sup> Овај процесни терет доказивања, заједно са правилима о терету доказивања,<sup>432</sup> садржи *елемент принуде*. Но, ако наш поступак доказивања, и у његовом оквиру, нарочито, *понуду и предлагање доказа*,<sup>433</sup> упоредимо са америчким поступком откривања, може се јасно увидети да овај други садржи *јачи* елемент принуде по питању откривања чињеница.<sup>434</sup> Наиме, процесни терет доказивања погађа странку у поступку, али је, у крајњој линији, тај терет у њеном интересу, ако жели да успе у самој парници. Терет доказивања обавезује странку да *изнесе* чињенице на којима заснива свој захтев и да *предложи* доказе ради утврђивања истинитости тих чињеница. У овом случају, у суштини, постоји *обавеза откривања информација*, које могу бити важне и за другу страну, али не у мери, и на начин, како је то предвиђено у америчком поступку откривања. Пре свега, терет доказивања, у нашем праву, подстиче странке да открију одређене чињенице *како би повећале изгледе на успех у парници*. С друге стране, у америчком поступку откривања, једна страна *мора* открити информације, по сили закона, ако друга страна то затражи.<sup>435</sup>

---

<sup>430</sup> Поступак доказивања изводи се на главној расправи, као централној фази парничног поступка. Но, и у току припремног поступка странке износе чињенице, али суд, *по правилу*, доказе не изводи. Видети: Гордана Станковић, *op. cit.*, 2007, стр. 399.

<sup>431</sup> Ради се о *терету доказивања у субјективном смислу*. Видети: *ibid.*, стр. 420.

<sup>432</sup> Могућно је да предложена и изведена доказна средства не буду довољан извор информација о истинитости изнесених чињеница или, пак, да буду непоуздана. Зато је нашим *ЗПП-ом* предвиђено *правило о терету доказивања у објективном смислу*, у случају да суд, и после спроведеног доказног поступка, не може да утврди да ли постоји нека чињеница, или да ли је истинит исказ о постојању те чињенице. Детаљније о томе: *ibid.*, стр. 420–421.

<sup>433</sup> *Понуда и предлагање доказа* јесте парнична радња странака на усменој расправи, али се може учинити и пре тога, у самој тужби и одговору на тужбу.

<sup>434</sup> Став да амерички поступак откривања садржи *јачи елемент принуде* од класичног поступка доказивања, и у његовом оквиру понуде и предлагања доказа, у евро-континенталном праву, износе Кутер и Јулин, видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 392.

<sup>435</sup> Рецимо, тужени може захтевати да тужилац обелодани *изјаву неког сведока*, која може бити од важности за сам поступак.

Циљ овог поступка откривања јесте, између осталог, и окончање спора *поравнањем*.<sup>436</sup> Надаље, поступак откривања не спроводи се *пред судијом или поротом*, за разлику од поступка доказивања, *којим активно руководи судија*. Затим, у поступку откривања, једна страна може *принудити* другу страну да обелодани одређене информације, док је таква могућност приликом понуде и предлагања доказа искључена. Најзад, предлагање доказа у припремном поступку, омогућава суду да одлучи да ли да настави са поступком, док се, по америчком праву, ово питање разрешава *пре* отпочињања поступка откривања.<sup>437</sup> Према томе, правна природа ових поступака, и поред одређених сличности, није идентична. Штавише, поступак откривања у Америци одиграва се *увек пре* суђења,<sup>438</sup> за разлику понуде и предлагања доказа, као парничне радње која се спроводи *не само* на главној расправи, *већ* и у припремном поступку. Можемо закључити да разлика у правној природи поступка откривања и поступка доказивања, генерално узев, произилази из различите *правне природе грађанских поступака у Европи и САД-у*, као и различите *улоге судија* у ова два правна система. Док судије у Европи имају *активнију улогу* у грађанском поступку и, у његовом оквиру, доказном поступку, судије у Америци имају *пасивнију улогу* у парничном поступку генерално, самим тим, и у поступку откривања. То практично значи да америчке судије препуштају странкама и адвокатима да изнесу чињенице и понуде доказе пре одласка на суђење у сврху *припреме* за суђење. Та припрема побољшава квалитет чињеничног и доказног материјала, који ће касније бити изнет на пресуђење судији или пороти. Америчке судије очекују од странака и њихових адвоката да изнесу чињенице и доказе *пре* суђења. С друге стране, у Европи, судија може, у току припремног поступка, да *не дозволи* изношење одређених чињеница или доказа, који ће касније, на рочишту за главну расправу, бити изведени.<sup>439</sup>

---

<sup>436</sup> У даљем тексту видећемо какве подстицаје за склапање поравнања ствара поступак откривања.

<sup>437</sup> О разлици између америчког поступка откривања и европског поступка доказивања и, у његовом оквиру, понуде и предлагања доказа, као страначке парничне радње, видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 380, фуснота бр. 3.

<sup>438</sup> *Поступак откривања* јесте поступак који *претходи* суђењу пред поротом. Његова сврха јесте да се странке боље и ефикасније *припреме* за суђење. Напротив, код нас, *припремни поступак* нема карактер претходног поступка, већ је фаза првостепеног поступка, која претходи главној расправи, као централној фази. Сврха припремног поступка јесте да се *припреми* главна расправа, те се зато и одржава припремно рочиште. Главна расправа може се одржати на једном или више рочишта.

<sup>439</sup> О разлици улоге судија у Америци и Европи, видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 394–396.



Ако се траже заједничке црте америчког поступка откривања са одређеним поступком у нашем праву, могла би се наћи одређена сличност са *припремним поступком*, чија је сврха да се припреми главна расправа. У том поступку, поред извиђања и решавања одређених процесних питања, као и припреме извиђања и расправљања на главној расправи, странке разјашњавају и одређене чињеничне наводе. То, свакако, доприноси *бољој размени информација између парничара*, али без јасно дефинисане обавезе да морају да открију одређене информације, попут: обелодањивања имена сведока, изношења главних елемената њиховог сведочења, или изношења стратегије одбране на главном суђењу, као што је то предвиђено према америчком праву.

### **5. Размена информација и поравнање**

Речено је да је циљ поступка откривања, поред припреме за суђење, стварање основе да странке, разменом информација, окончају спор *поравнањем*. Сада се намеће питање да ли овај поступак ствара *ефикасне подстицаје*, када је реч о могућности склапања поравнања. Иначе, ово питање може се раздвојити на два дела – први део, који се односи на ефикасне подстицаје које ствара *принудна размена информација* и други део, који је везан за ефикасност подстицаја које пружа *добровољна размена информација*. При том се ефикасност ових двају облика размене информација испитује на основу критеријума *минимизације укупних друштвених трошкова парничног поступка (парнице)*.

#### *5.1. Добровољна размена информација и поравнање*

Кренимо прво од ефикасности подстицаја које пружа *добровољна размена информација*.<sup>440</sup> Рецимо, странке имају различиту процену висине одштете. Тужилац верује да ће наплатити износ одштете од *100.000 динара*, а тужени верује да ће платити нижи износ одштете од, рецимо, *50.000 динара*. При том се парничари слажу око процене плаћања парничних трошкова, тј. свако сматра да ће платити по *20.000 динара*, на име трошкова поступка

---

<sup>440</sup> Примери који следе у вези са добровољном разменом информација, базирани су на примерима наведеним у: *ibid.*, стр. 392–393.

(америчко правило). Дакле, у овом примеру, тужени сматра да је тужилац претрпео *нижи* износ штете и на томе базира своје *погрешно веровање*. Као што је више пута у раду истакнуто, ради се о *погрешном оптимизму* туженог у погледу процене успеха на суђењу. Консеквенца таквог погрешног оптимизма, а који је последица нетачних информација о висини штете, јесте одбијање било које понуде поравнања, под условима који би били прихватљиви за тужиоца. Тужилац не би пристао на износ поравнања нижи од *100.000 динара*, колико стварно износи његова штета, док тужени не би прихватио ту суму, јер погрешно верује да ће платити на име одштете износ који је *нижи од 100.000 динара*. При том би обе странке, у случају склапања поравнања, уштеделе износ парничних трошкова од по *20.000 динара*. Сходно томе, отвара се питање на који начин се може *исправити погрешни оптимизам туженог*. Једина могућност јесте да тужилац открије колико *стварно* износи висина његове штете и покуша да убеди другу страну у истинитост тих чињеничних навода. У ствари, тужилац заиста има *подстицај* да то учини, будући да исправљањем погрешног оптимизма туженог обелодањивањем информације о висини штете, може уштедети парничне трошкове у износу од *20.000 динара*.<sup>441</sup> Према томе, пример јасно показује да *добровољна размена информација пре суђења повећава вероватноћу склапања поравнања*. Тиме се постижу две ствари. Прво, повећава се *ефикасност*, јер се штеде парнични трошкови. Друго, странка која обелодани информације (у овом случају о висини штете), може *ојачати своју позицију у процесу преговора око склапања поравнања*. Произилази да уштеда парничних трошкова, као и јачање позиције у преговорима, креирају довољно јаке подстицаје да рационални парничар, у улози тужиоца, *добровољно* открије информације и омогући склапање поравнања.

Но, променимо одређене претпоставке у горенаведеном примеру. Пођимо од тога да тужени погрешно верује да је износ штете *100.000 динара*, а штета стварно износи *50.000 динара*. Износ парничних трошкова остаје исти. У овом измењеном нумеричком примеру полази се од тога да је тужени сада *релативно песимистичан* у погледу одштете – верује да ће платити *100.000 динара*, а платио би *50.000 динара*. У случају понуде износа поравнања од,

---

<sup>441</sup> Откривањем информације и склапањем поравнања, *и тужени* може уштедети парничне трошкове које би имао на суђењу.

рецимо, *60.000 динара*, тужени не би имао дилему у погледу прихватања те понуде. С друге стране, тужилац нема подстицај да обелодани информацију у погледу стварне висине штете. За њега је рационалније да наплати износ од *60.000 динара* на основу поравнања него *50.000 динара* на основу судске пресуде, *те зато и не открива колико стварно износи висина штете*. Следи да *неоткривање информације доводи до склапања поравнања*. Ако би тужилац, који зна колико штета стварно износи, открио ту информацију, тиме би погоршао своју преговарачку позицију, те би добио износ поравнања који је *нижи* од претходног.<sup>442</sup> Његово *ћутање* доводи до уштеде парничних трошкова и једне и друге стране, као и до наплате *вишег* износа поравнања (*60.000 динара* уместо *50.000 динара*). Дакле, уштеда тужиоца више је него очигледна, а и сам тужени штеди износ парничних трошкова, иако је платио износ поравнања који *премашује* стварни износ штете. Према томе, пример показује да би добровољна размена информација пре суђења, у циљу поправљања погрешног песимизма туженог, погоршала преговарачку позицију тужиоца, услед чега би наплатио нижи износ поравнања. Из тог разлога, *тужилац има јак подстицај да сакрије информацију о висини штете*. Тиме се постиже *ефикасност*, у виду уштеде парничних трошкова обеју страна.

Претходна два примера показала су да *добровољна (не)размена информација* ствара јак подстицај за склапање поравнања, само што у првом случају, размена информација поправља *погрешни оптимизам*, док у другом случају, *погрешни песимизам* остаје неисправљен, будући да до размене информација (на добровољној основи) уопште и не долази. Примери показују да, без обзира на различито вредновање чињеница због погрешних информација, појединци могу, на основу слободне размене, да присвоје све користи које из тога произилазе. Дакле, парничари слободно размењују информације, руковођени сопственим интересом, услед чега постижу уштеду парничних трошкова. Додајмо да се тиме штеде и *административни трошкови ангажовања државног апарата*.

---

<sup>442</sup> Добио би *50.000 динара* уместо *60.000 динара*.

## 5.2. Принудна размена информација и поравнање

Задржимо претпоставке из горенаведеног примера, али са једном значајном изменом да је тужилац у *обавези* да обелодани информацију о висини штете.<sup>443</sup> Речено је да он нема подстицај да *добровољно* открије информацију о стварној висини штете, јер му погрешни песимизам туженог гарантује већи износ поравнања. Но, ако би тужилац био у *обавези* да открије да штета стварно износи *50.000 динара*, док тужени верује да ће платити *100.000 динара* на име одштете, он (тужилац) би тиме *исправио погрешни песимизам туженог*. Речено је да би тужени, у незнању колико штета стварно износи, пристао на износ поравнања од *60.000 динара* и, на тај начин, начинио *непотребан уступак* другој страни. У том случају дошло би до *склапања поравнања*, али уз велики уступак једне стране, који је последица недостатка информације доступне другој страни.

Но, отвара се питање: шта ако једна страна (тужени) може да дође у *посед* информације која припада другој страни (тужиоцу), тј. какви се подстицаји стварају по питању преговарања и склапања поравнања? Једно је сигурно да уколико сазна да штета стварно износи *50.000 динара*, а не *100.000 динара*, тужени не би начинио (*непотребни*) уступак другој страни.<sup>444</sup> Дакле, тужиочево откривање информације омогућава туженом да постави *боље услове* у процесу преговарања око склапања поравнања. Ако би тужени издејствовао да плати *50.000 динара* на име поравнања, тиме би *уштедео* одређену суму новца, тј. платио би *нижи* износ поравнања у односу на онај износ поравнања који би платио да је информација о висини штете остала неоткривена и његов песимизам неисправљен. У нашем нумеричком примеру, у случају исправљања песимизма тужени би платио *50.000 динара*, а не *60.000 динара*, као у случају неоткривања информације о висини штете и остављања његовог песимизма „нетакнутог“.

Аналогно добровољној размени информација, неопходно је испитати ефекте принудног откривања (и размене) информација на поравнање, у

<sup>443</sup> Пример који следи у вези са *принудном разменом информација*, базиран је на примеру наведеном у: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 394.

<sup>444</sup> Тужени не би пристао да плати *60.000 динара*, као што је платио у претходном примеру, већ би захтевао да износ поравнања буде максималног износа од *50.000 динара*, колико штета заиста и износи.

присутву одређених *сметњи* које онемогућавају откривање истих.<sup>445</sup> Може се поново навести пример<sup>446</sup> када тужилац мора да докаже другој страни у поступку откривања колико заиста његова штета износи, али је неопходно да ангажује *вештака*, који би једини могао да пружи веродостојне чињенице с тим у вези. Будући да тужилац не може самостално да докаже висину штете у поступку откривања *без стручног налаза вештака*, по природи ствари, доводи се у питање ефекат принудног откривања информација (од стране тужиоца) на могућност склапања поравнања. Такође, наведен је и пример<sup>447</sup> са две групе тужилаца, у којем једна група тужилаца са нижим штетама *стратегички ћути*, како би се, у преговорима око поравнања, окористила од друге групе тужилаца са вишим штетама, која, по претпоставци, не може да открије информације о висини штете.<sup>448</sup> Уколико би прва група тужилаца била *присиљена* да открије информације о висини штете, тужени би *повисио* износ понуде поравнања оној групи тужилаца која не може да пружи информације о висини штете. Последица тога јесте да би се *повећао број поравнања*, јер би група тужилаца која не може да открије информације прихватила понуђени *виши* износ поравнања, уместо одласка на суђење. Према томе, како примери показују, принудно откривање информација може, *али не увек*, довести до склапања поравнања.

Тиме долазимо до кључног питања: *да ли принудно откривање информација подстиче ефикасно склапање поравнања, или само одлаже његово склапање, узимајући у обзир трошкове овог поступка и нарочито могућу беспотребну стратегичку борбу странака?* Као што је речено, *Шавел* заступа тезу да принудно откривање информација може бити чак и контрапродуктивно. Ова теза потврђена је још једним радом у коме је развијен модел ефикасног откривања информација.<sup>449</sup> Креатори овог модела доказали су да приватне информације не спречавају странке да на добровољној основи постигну

---

<sup>445</sup> У *Шавеловом* моделу асиметричних информација, у којем једна страна може открити приватне информације, *увек* долази до склапања поравнања услед добровољне размене информација, чиме се оспорава стандардна теза да принудно откривање информација *неопходно* повећава вероватноћу склапања поравнања. Видети о разлици између добровољног и принудног откривања информација и њиховим ефектима на склапање поравнања: Steven Shavell, *op. cit.*, 1989, стр. 194.

<sup>446</sup> Видети пододељак под називом *Проблеми у добровољној размени информација*, у оквиру одељка о *Добровољној размени информација између парничара*.

<sup>447</sup> Видети исти пододељак.

<sup>448</sup> Рецимо, због трошкова ангажовања вештака.

<sup>449</sup> Видети: Robert H. Mnookin, Robert Wilson, *A Model of Efficient Discovery*, Games and Economic Behavior, Vol. 25, Issue 2, November 1998, стр. 219–250.

споразум о ефикасном спровођењу размене информација. Свака страна је подстакнута да открије приватне информације другој страни због заједничке користи која се огледа у смањењу ризика суђења, иако ће већа корист припасти оној страни која открива информације, јер откривање информација *помера* услове споразума у њену корист. Но, поступак откривања је динамичан процес, који се одвија у више етапа, тако да увек постоји могућност беспопштедне борбе између странака. Ипак, уколико би судија помогао странкама да постигну ефикасан план за спровођење поступка откривања, претходни проблем могао би се заобићи.

Да закључимо. Принудна размена информација није нужна, јер су странке снажно подстакнуте да то саме учине склапањем ефикасног плана спровођења размене, иако је у неким ситуација помоћ судије неизбежна.

### 5.3. Ефикасност принудне и добровољне размене информација

На основу претходно реченог, намеће се питање у вези са *ефикасношћу* добровољне и принудне размене информација, тј. која је од ових двеју врста размена информација ефикаснија, у смислу генерисања *већег броја поравнања*. У одговору на ово питање,<sup>450</sup> једно се може рећи са сигурношћу да принудна размена информација *смањује неизвесност и сумњу око важних чињеница*,<sup>451</sup> а коју би парничари имали да су информације остале неоткривене. Ако се смањује неизвесност и сумња око одређених правно релевантних чињеница, *повећава се вероватноћа склапања поравнања*. Међутим, као што је речено, принудно откривање одређених информација узрокује да једна страна постави *боље услове* у процесу преговарања у односу на услове на које би пристала у случају добровољне (не)размене информација. Постављање бољих услова једне стране (туженог) значи *погоршање услова* на које би пристала друга страна (тужилац) у претходном процесу преговарања и склапања поравнања.<sup>452</sup> Другим речима, ако једна страна поставља боље услове ради заштите својих интереса у процесу преговарања, они могу представљати *строжије услове* за другу страну

<sup>450</sup> Видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 394.

<sup>451</sup> Као у примеру око *висине штете*.

<sup>452</sup> У нашем примеру, тужилац је наплатио поравнање у износу од *60.000 динара*, а сада може да наплати максимално *50.000 динара*.

у истом процесу. Из те аргументације извучи се закључак да се *смањује вероватноћа склапања поравнања*. Дакле, с једне стране, принудна размена информација *повећава*, док с друге стране, *смањује* вероватноћу склапања поравнања. Управо те чињенице условљавају да се не може дати дефинитиван суд по питању ефикасности принудне размене информација у односу на добровољну размену информација, када говоримо о броју склопљених поравнања.

Питање ефикасности принудне и добровољне размене информација може се испитати помоћу добро познатог инструмента – *укупних друштвених трошкова парнице (DTP)*.<sup>453</sup> Речено је да *DTP* чине збир трошкова грешака судија (*TG*) и административних трошкова (*AT*). Прво, поставимо следеће питање: *да ли добровољна размена информација између странака утиче на смањење ових двеју врста трошкова (AT и TG), као компоненти укупних друштвених трошкова парнице (DTP)?* Пре свега, у случају добровољне (не)размене информација, којом се исправља погрешни оптимизам, односно песимизам једне од страна у поступку, повећава се вероватноћа склапања поравнања. Ако се повећава вероватноћа склапања поравнања, консеквентно се смањује вероватноћа одласка на суђење, а самим тим смањује се и могућност сношења једне компоненте *DTP* – *административних трошкова (AT)*. Но, чак и да до суђења дође, добровољна размена информација пре суђења *смањује AT*, у виду *смањења парничних трошкова на самом суђењу*, будући да поједностављује извођење доказа. Такође, ако се исправља погрешни оптимизам, односно песимизам једне од страна у поступку, смањује се дивергенција у погледу различитих процена судског исхода. На пример, тужилац процењује да ће добити на име одштете *100.000 динара*, а тужени да ће платити *50.000 динара*. Ако тужени у процесу размене информација понуди доказе да штета заиста износи *50.000 динара*, редукује се погрешни оптимизам тужиоца, који би засигурно довео до суђења. Ако су рационални, парничари ће се договорити око поравнања у висини од *50.000 динара*, колико штета заиста износи, јер тиме штеде парничне трошкове, време које би утрошили, као и друге ресурсе. Тиме се добровољном разменом информација *смањује дивергенција странака у погледу различитих процена судског исхода*, и последично,

---

<sup>453</sup> Видети о томе: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, стр. 396–397.

*дивергенција у погледу услова за склапање поравнања (износа поравнања) и очекиваног добитка на основу судске пресуде. Резултат те смањене дивергенције између услова за склапање поравнања и очекиване судске пресуде јесте смањење трошкова грешака судија. Према томе, закључак је да добровољна размена информација између странака доводи до смањења износа обеју компоненти DTP – и TG и AT.*

С друге стране, утицај принудне размене информација на DTP није једноставно утврдити. Истакнуто је да, с једне стране, принудна размена информација *повећава*, док с друге стране, *смањује* вероватноћу склапања поравнања. Та чињеница онемогућава да се утврди да ли принудна размена информација доводи до *смањења или повећања AT*. Чак и да до суђења дође, чињеница је да принудна размена информација пре суђења *смањује AT*, у виду смањења парничних трошкова у вези са извођењем доказа на суђењу. Међутим, ту се поставља питање *цене смањења тих AT*. Другим речима, поставља се питање да ли су трошкови принудног откривања чињеница и доказа у поступку откривања *нижи* од парничних трошкова у вези са извођењем истих доказа на суђењу.<sup>454</sup> С друге стране, када је реч о TG, аналогно се примењује аргументација у вези са добровољном разменом информација. Дакле, и принудна размена информација *смањује дивергенцију странака у погледу различитих процена судског исхода*, и последично, *дивергенцију у погледу услова за склапање поравнања и очекиваног добитка на основу судске пресуде*. То значи да принудна размена информација између странака, као уосталом и добровољна размена, *смањује TG*. Разлика је у томе што добровољна размена информација *засигурно* *смањује* и износ друге компоненте DTP – административне трошкове (AT), за разлику од принудне размене информација, у ком случају се такав суд не може изнети.

---

<sup>454</sup> Предлагање и презентовање чињеница и доказа (речено нашом терминологијом), тј. откривање чињеница и доказа (речено америчком терминологијом) у поступку откривања представља *јефтинији метод* од доказивања истих чињеница на суђењу. Такође, поступак откривања је *извеснији* од суђења, а његов исход је склапање поравнања. Управо склапање поравнања омогућава избегавање парничних трошкова у вези са извођењем доказа на суђењу.



#### 5.4. Поступак откривања у моделу оптимизма и моделу асиметричних информација

У претходном одељку речено је да принудна размена информација у поступку откривања смањује дивергенцију странака у погледу различитих процена судског исхода, и последично, дивергенцију у погледу услова поравнања и очекиваног добитка на основу судске пресуде. Једноставније речено, поступак откривања смањује *неизвесност* око судског исхода, што за последицу може имати повећање вероватноће склапања поравнања. Ова чињеница може се посматрати у претходно развијеним моделима – *моделу оптимизма* и *моделу асиметричних информација*.<sup>455</sup>

Пођимо прво од модела оптимизма, и подсетимо се да је услов за наставак поступка, тј. услов за одлазак на суђење, исказан следећом неједначином:  $(P_T - P_D)H > p_1 + p_2$ . Из ове неједначине произилази да што је веће  $(P_T - P_D)$ , тј. што је већа дивергенција у процени обеју странака по питању судског исхода, то је већа вероватноћа да ће до суђења доћи. Другим речима, што је пре суђења између странака веће *неслагање* око тога какав ће бити исход суђења, тј. очекивана пресуда, то је већа вероватноћа да ће до наставка парничног поступка доћи. Управо је сврха поступка откривања да *приближи* различите процене странака око судског исхода. Ако поступак откривања заиста доведе до тога, може се с правом очекивати да ће доћи до склапања поравнања. Иако се може поставити питање *на који начин* поступак откривања може да доведе до приближавања процена странака, тј. које информације странке морају разменити да би до тог приближавања дошло, модел оптимизма, који се ограничава на *различите информације странака*, делимично пружа објашњење за такав исход. Другим речима, модел оптимизма, који не пружа прецизно објашњење из којих *извора* потичу различите процене странака, ограничењем на саму чињеницу постојања *различитих информација странака*, а које бивају откривене у поступку откривања, указује да тај поступак повећава вероватноћу поравнања. С друге стране, модел асиметричних информација, који полази од тога да странке имају *различите приватне информације* о правно релевантним

<sup>455</sup> Анализа која следи заснована је на: Thomas J. Miceli, *op. cit.*, 2004, стр. 252 –253.

чињеницама,<sup>456</sup> *јасно* указује да принудно откривање тих информација повећава вероватноћу склапања поравнања.

У вези с повећањем вероватноће склапања поравнања, може се поставити питање, шта уколико до преговарања *заиста* дође, тј. какав ће бити исход тог процеса, у *светлу* поступка откривања. Наиме, поступак откривања повећава вероватноћу склапања поравнања, а тиме утиче и на износ поравнања ( $S$ ). Но, колики ће бити тај износ зависи од преговарачких способности двеју страна. Једна рационална претпоставка јесте да странке могу поделити износ поравнања *на равне делове*. Ако се вратимо на неједначину из модела оптимизма,  $P_T H - p_1 \leq P_D H + p_2$ ,<sup>457</sup> и уважимо претходну претпоставку, то би значило да се износ поравнања  $S$  налази *тачно између границе*<sup>458</sup> тужиочевог минималног износа поравнања,  $P_T H - p_1$ , и тужениковог максималног износа поравнања,  $P_D H + p_2$ ,<sup>459</sup> односно:

$$S = \frac{(P_T + P_D)H + (p_1 - p_2)}{2}.$$

Ако би тужиочеви и туженикови очекивани парнични трошкови били једнаки,  $p_1 = p_2$ , претходна једначина свела би се на следећу законитост:  $S = (P_T + P_D)H$ . Уколико би, пак, поступак откривања довео до приближавања различитих процена судског исхода двеју странака (као и до приближавања правој вредности спора), тј.  $P_T = P_D = P$ , претходна једначина даље би се редуковала на  $S = PH$ . То значи да би *равнотежни износ поравнања  $S$*  био једнак *вероватноћи судског исхода помноженој с очекиваном накнадом штете*.

Но, процес преговарања не пролази без потешкоћа. Рецимо, тужиочев минимални износ поравнања износи *1.000 динара*, јер очекује да *наплати*, управо, толики новчани износ од пресуде, а тужеников максималан износ

---

<sup>456</sup> Рецимо, приватне информације које се тичу висине штете.

<sup>457</sup> Неједначина имплицира да је поравнање вероватније, ако је тужиочев минимални износ поравнања,  $P_T H - p_1$ , мањи или једнак тужениковом максималном износу поравнања  $P_D H + p_2$ .

<sup>458</sup> Рецимо, тужиочев минимални износ поравнања износи *1.000 динара*, а тужеников максималан износ поравнања *1.500 динара*, следи да поравнање може бити склопљено, пошто је *1.000 дин. < 1.500 дин.* Ако би ове две величине сабрали, и поделили са 2, добили би *равнотежни износ поравнања*, у износу од *1.250 динара*. Ова сума равнотежног износа поравнања од *1.250 динара* је на *горњој граници* тужиочевог минималног износа поравнања, односно на *доњој граници* тужениковог максималног износа поравнања.

<sup>459</sup> Тужиочев минимални износ поравнања,  $P_T H - p_1$ , јесте рефлексја његовог очекиваног добитка на основу пресуде, док је тужеников максимални износ поравнања,  $P_D H + p_2$ , рефлексја његовог очекиваног губитка на основу судске пресуде.

поравнања износи *1.500 динара*, јер очекује да *плати* толику новчану суму на основу судске пресуде. Сада, претпоставимо, да је у поступку откривања тужени упутио захтев тужиоцу да му достави одређене документе, чије прибављање тужиоца кошта *200 динара*. Тужилац је претходно био спреман да се поравна за минимални износ од *1.000 динара*, а сада, будући да му је упућен захтев чија реализација кошта *200 динара*, његов минимални износ се помера *наниже*, на *800 динара*. Тужилац се налази пред избором – да ли да се поравна за износ од *800 динара*, без извршења захтева туженог, или да изврши захтев и затражи виши износ поравнања, од *1.200 динара*. У сваком случају, тужени је постигао *стратегијску предност* у односу на тужиоца упућивањем захтева који тужилац мора да задовољи у поступку откривања. С друге стране, тужилац се налази у лошијој позицији него што је био пре упућивања захтева, јер мора да спусти минимални износ поравнања са *1.000 динара* на *800 динара*, ако жели поравнање, а да се при том не повинује захтеву туженог. Ова стратегијска предност туженог у односу на тужиоца важи ако и само ако су туженикови трошкови постављања захтева у поступку откривања *нижи* од трошкова извршења истог од стране тужиоца. Само у том случају се може рећи да је тужени постигао одређену предност у стратегијском понашању двеју странака, независно од информација које је желео упућивањем захтева да открије.

У вези с претходним примером јесте и питање дивергенције приватних и друштвених подстицаја које пружа поступак откривања.<sup>460</sup> Ако би пошли од тога да она страна која захтева откривање одређених информација од друге стране *не сноси никакве трошкове, већ само намеће трошкове другој страни*, очито је да су приватни подстицаји ка истицању захтева за принудном разменом информација *прејаки*. С друге стране, друштвена корист од поступка откривања огледа се у побољшању *превенције*, јер сам поступак откривања побољшава квалитет информација о штетним догађајима. Такође, размена информација пре суђења побољшава квалитет самог суђења и парнице генерално, тако да се може очекивати ефикаснија превенција која произилази из таквих парница. Према томе, ако се упореде приватне и друштвене користи од поступка откривања, уочава се одређена дивергенција, која се може кретати у различитим смеровима, тј. приватна корист може надмашити друштвену корист, и обратно. Другим

---

<sup>460</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 425–426.

речима, приватни подстицаји ка истицању захтева за принудном разменом информација могу бити *прејаки* с друштвеног аспекта,<sup>461</sup> или обратно, могу бити *преслаби*, зависно од околности конкретног случаја. У сваком случају, слажемо се са ставом *Шавела*<sup>462</sup> по коме је погрешно гледиште да је поступак откривања друштвено непожељан, ако су трошкови поступка *виши* од користи које има она страна која покреће тај поступак ради откривања релевантних информација. Овакво гледиште занемарује друштвену корист од поступка откривања, у виду *превенције* будућих непожељних понашања. Другим речима, приватна корист од принудне размене информација, која се огледа у побољшању износа поравнања или новчаног износа очекиване пресуде за ону страну која је тражила откривање информација, не обухвата и друштвену корист од поступка откривања. Из тог разлога је претходно гледиште неодрживо.

#### **6. Улога адвоката у економском моделу парничног поступка**

У досадашњој економској анализи парничног поступка основна претпоставка била је да тужилац *стоји* насупрот туженог, без узимања у обзир чињенице да обе стране могу ангажовати *правне заступнике*, тј. *адвокате*. Будући да присуство адвоката може утицати на алокацију парничних трошкова, самим тим и на исход парнице, неопходно је у економски модел парничног поступка укључити још једну варијаблу која се тиче односа *принципала и агента*. При том се полази од једне разумне претпоставке да адвокати имају више *стручног (правничког) образовања* у односу на своје клијенте, као и од тога да су обе стране у том уговорном односу *неутралне на ризик*. Чињеница да адвокати поседују неопходна стручна знања и вештине, подразумева да имају поузданије информације о различитим законским нормама, као и да могу вршити тачније процене исхода парнице. Даље, анализа која следи фокусира се на *два метода исплате адвоката за пружене услуге* – први метод, по коме се адвокат плаћа *фиксно или по сату радног времена*, независно од исхода парнице, и други метод, по коме се адвокат плаћа *процентуално од исхода парнице*, тј. од новчаног износа пресуде или новчаног износа поравнања. Овај

<sup>461</sup> Ако би пошли од горенаведене претпоставке.

<sup>462</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 426, фуснота бр. 18.

други метод исплате адвоката означава се као *накнада за успешност* или *контингенцијска накнада* (енг. *contingent fee*)<sup>463</sup> и подразумева да исплата адвоката зависи од исхода парнице.<sup>464</sup> У америчкој судској пракси, ова контингенцијска накнада обично износи 1/3 од добијене своте новца,<sup>465</sup> и најчешће се уговара када је реч о парници за накнаду вануговорне штете.<sup>466</sup> С друге стране, овакав вид уговарања накнаде за услуге адвоката *забрањен је* у Енглеској и другим земљама.

### *6.1. Методи плаћања адвоката и подстицаји за заступање и одлазак на поравнање или суђење*

Оно што нас посебно интересује јесу *подстицаји* адвоката за закључење уговора о заступању клијента на основу контингенцијске накнаде, односно фиксне накнаде (или накнаде по сату). Критеријум процене ефикасности тих подстицаја јесте максимизација очекиваног добитка минус очекивани трошкови. Пођимо прво од *фиксне накнаде (или накнаде по сату)*, у ком случају је адвокат плаћен независно од исхода парнице. С обзиром на то да је плаћен *независно* од успеха на суђењу или у преговорима око поравнања, адвокат *ће бити подстакнут* да прихвати и случајеве код којих је очекивани добитак на основу пресуде или поравнања *нижи* од очекиваних трошкова. Другим речима, у случају *фиксне накнаде*, адвокат ће прихватити и случајеве који немају великог изгледа на успех. С друге стране, када је реч о накнади за успешност, сасвим је природно што адвокат *неће* имати подстицаје да прихвати случајеве код којих је очекивани добитак на основу пресуде или поравнања *нижи* од очекиваних трошкова. Другим речима, у случају накнаде за успешност, адвокат може максимизирати очекивани добитак само у случају *успеха* на суђењу или у преговорима око поравнања, услед чега неће трошити своје време и друге ресурсе на ангажовање у парницама са негативном очекиваном вредношћу. Ваљало би узети у обзир и чињеницу да адвокату припада само *један део*

<sup>463</sup> Видети о контингенцијској накнади: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 432.

<sup>464</sup> У случају *накнаде за успешност*, адвокат не наплаћује *време* које је радио.

<sup>465</sup> Тачније, контингенцијска накнада *најчешће* износи 1/3 од износа поравнања, или 40% од новчаног износа на име пресуде у првостепеном поступку, или 50% од новчаног износа на име пресуде која је потврђена у другом степену. Видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 385, фуснота бр. 5.

<sup>466</sup> Видети: Thomas J. Miceli, *op. cit.*, 2004, стр. 259.

новчаног добитка од пресуде или поравнања, што значи да критеријум максимизације очекиваног добитка минус очекивани трошкови важи само *делимично* за њега. Рецимо, уколико је реч о суђењу, адвокат ће и у случају успеха на суђењу, сносити *укупне* парничне трошкове, али ће добити само *део* очекиваног добитка на основу судске пресуде. Према томе, *у односу на критеријум максимизације очекиваног добитка минус очекивани трошкови, адвокат ће имати јаке (претеране) приватне подстицаје за ангажовање у случајевима код којих се плаћа по сату или фиксно и недовољне приватне подстицаје у случајевима код којих се плаћа зависно од успеха у парници.*<sup>467</sup>

Следеће питање јесте какве подстицаје на понашање адвоката стварају два метода њиховог плаћања, у контексту одласка на суђење или поравнање. Пођимо прво од фиксне накнаде или накнаде по сату радног времена, код које се уочава тенденција *чешћег одласка на суђење*, јер адвокат тиме себи обезбеђује више рада, а више рада, *који не подразумева и већи напор*,<sup>468</sup> значи више новца. Следи да адвокат нема подстицај да спор заврши мирним путем, већ напротив, има подстицај да форсира суђење и завршетак спора редовним путем.<sup>469</sup> С друге стране, када је реч о контингенцијској накнади, постоји (супротна) тенденција *чешћег склапања поравнања*. Наиме, будући да сноси *укупне* парничне трошкове у случају суђења, а добија само *део* новчаног износа пресуде, адвокат има јак подстицај да се ангажује на мирном решењу спора и закључењу поравнања. Према томе, *адвокат има јаке приватне подстицаје за одлазак на суђење у случају фиксне накнаде или накнаде по сату и слабе приватне подстицаје за одлазак на суђење у случају уговорене накнаде за успешност.*<sup>470</sup> Следи да ће у случају фиксне накнаде бити већа *учесталост суђења*,<sup>471</sup> док ће у случају контингенцијске накнаде бити већа *учесталост поравнања*. Но, *да ли је овај став валидан?* У наставку текста изнећемо

---

<sup>467</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 433.

<sup>468</sup> Видети даље.

<sup>469</sup> Овај проблем ублажава се чињеницом да овакво понашање адвоката шкоди његовом *угледу*. Такође, ако клијент сазна да адвокат одуговлачи поступак због новца, предузима непотребне парничне радње и сл., може подићи тужбу за *несавесно заступање*. Сама могућност подизања те тужбе *делимично* ублажава проблем неефикасних подстицаја адвоката.

<sup>470</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 433.

<sup>471</sup> Но, ако је адвокату доступан други, *атраktivнији случај*, питање је да ли ће отићи на суђење или ће покушати да брзо склопи поравнање. Атраktivност случаја се може мерити, рецимо, по томе што захтева *мање напора*. Овим се доводи у питање горенаведена теза о учесталости суђења у случају фиксне накнаде.

аргументе у прилог тези да контингенцијска накнада не повећава *неужно* вероватноћу склапања поравнања.

### 6.2. Контингенцијска накнада и учесталост поравнања

Логично објашњење постојања јаких приватних подстицаја за склапање поравнања од стране *адвоката* у случају уговарања контингенцијске накнаде огледа се у томе да они добијају део износа склопљеног поравнања, *без додатног временског ангажовања*, а које би било потребно да је, којим случајем, спор изнет на суђење. С тим у вези, економски модел<sup>472</sup> доказује да је адвокат, за разлику од свог клијента (тужиоца), спремнији да прихвати понуду за склапање поравнања од стране туженог (или његовог адвоката). Такав конфликт интереса адвоката и клијента (тужиоца) доводи до смањења вероватноће прихватања понуде туженог у случају уговорене контингенцијске накнаде, осим ако адвокат не ставља сопствени интерес изнад интереса клијента. Ако би ставио свој интерес у први план, већа је вероватноћа прихватања понуде туженог и, самим тим, већа је вероватноћа склапања поравнања. У супротном, када би интерес клијента био у првом плану, тужени би био подстакнут да *повиси* износ понуде како би подстакао тужиоца да прихвати понуду. Но, спремност тужиоца да не прихвати понуду може довести до скупог суђења, нарочито узимајући у обзир чињеницу да је оно вероватније *након* наступања штете. Све у свему, тужилац ће бити у лошијем положају у случају уговарања контингенцијске накнаде у односу на ситуацију када није уговорена таква накнада, или је уговорен неки други вид плаћања. Но, да ли ће заиста доћи до реалног повећања броја суђења зависи и од *понашања туженог* које детерминише вероватноћу наступања саме штете. Зато се не може *унапред* изнети тврдња да ли ће доћи до повећања или смањења броја суђења.

Под претпоставком да адвокат има овлашћење да одлучује о склапању поравнања у име клијента, у теорији се истиче<sup>473</sup> да је износ поравнања који би

---

<sup>472</sup> Видети економски модел који потврђује тврдње које ће бити изнете: Hugh Gravelle, Michael Waterson, *No Win, No Fee: Some Economics of Contingent Legal Fees*, *Economic Journal*, Vol. 103, No. 420, September 1993, стр. 1205–1220.

<sup>473</sup> Код уговарања контингенцијске накнаде веома је битно да контрола над склапањем поравнања буде *подједнако подељена* између адвоката и клијента, јер у противном долази до оштре колизије интереса. Видети о томе: Geoffrey P. Miller, *Some Agency Problems in Settlement*, *Journal of Legal Studies*, Vol. 16, 1987, стр. 198–202.

одговарао адвокату често *нижи* од износа који би преферирао његов клијент, што додатно охрабрује другу страну (туженог или његовог адвоката) да *сними* понуду за склапање поравнања. Друга страна ће се тако понашати, јер је у њеном интересу да закључи поравнање за *нижи* износ. Услед тога долази до *бржег* склапања поравнања, чији коначни износ свакако није у интересу клијента. Од тога корист имају адвокати у виду веће зараде, будући да се могу посветити већем броју случајева.<sup>474</sup>

Конвенционални став да уговарање контингенцијске накнаде *чешиће* доводи до склапања поравнања због јаких подстицаја адвоката усмерених у том правцу, доводе у питање *Полински (A. M. Polinsky)* и *Рубинфелд (D. L. Rubinfeld)*.<sup>475</sup> Они истичу да то објашњење занемарује једну важну варијаблу – *могућност да адвокат, ако оде на суђење, утроши неадекватну количину времена на решавање спора у односу на ону количину која би била оптимална са становишта интереса клијента*. Другим речима, узимајући у обзир опадајућу маргиналну продуктивност времена, адвокат може потрошити *мање времена* на решавање спора на суђењу него што конвенционална анализа претпоставља.<sup>476</sup> Разлог томе лежи у чињеници да адвокат интернализује пуне трошкове додатног (временског) ангажовања, али не и пуну корист од тог ангажовања, услед чега *смањује напор* у свом ангажовању на суђењу у односу на онај напор који је оптималан са становишта интереса клијента.<sup>477</sup> По њиховом мишљењу, ако би се ова варијабла узела у обзир, адвокат *не би имао јак подстицај да склапа поравнање*, као и да захтева износ поравнања који је нижи од оптималног износа са становишта интереса клијента. Напротив, захтевани износ поравнања

---

<sup>474</sup> О подстицајима адвоката да не раде у интересу клијента, већ у интересу веће зараде, у случају уговарања контингенцијске накнаде, видети: Murray L. Schwartz, Daniel J. B. Mitchell, *An Economic Analysis of the Contingent Fee in Personal-Injury Litigation*, Stanford Law Review, Vol. 22, 1970, стр. 1136–1139.

<sup>475</sup> Видети: A. Mitchell Polinsky, Daniel L. Rubinfeld, *A Note on Settlements under the Contingent Fee Method of Compensating Lawyers*, Berkeley Program in Law and Economics, Working Paper Series, UC Berkeley, 2001, стр. 1–12.

<sup>476</sup> Конвенционална анализа полази од максимизације благостања клијента, који има *потпуне информације* о односу између напора адвоката и очекиване пресуде. Такође, странке у моделу су неутралне на ризик. У овом моделу клијент (тужилац) ће давати инструкције свом адвокату да настави са радом на случају све док се гранична корист од очекиване пресуде не изједначи са граничним трошком адвокатовог времена. Следи да *информисани тужилац* доноси одлуку по питању одласка на суђење или поравнање. Видети конвенционални модел: *ibid.*, стр. 3–6.

<sup>477</sup> Наравно, под претпоставком да је уговорена *контингенцијска накнада*, у ком случају адвокату припада само *део* очекиване новчане накнаде. Такође, овај модел полази од тога да *адвокат* доноси одлуку по питању одласка на суђење или поравнање у име и за рачун клијента, који је, иначе, неинформисан по питању трошкова и користи од суђења. Видети: *ibid.*, стр. 6–10.



могао би бити *виши* од оптималног износа са становишта интереса клијента и, консеквентно, стопа поравнања могла би бити *нижа*.<sup>478</sup> Према томе, суштина је да, у случају уговарања контингенцијске накнаде, *вероватноћа склапања поравнања може бити и нижа него што конвенционални модел претпоставља*.

Постоје аутори који, такође, оспоравају ово конвенционално становиште, али са другачијим полазним претпоставкама, рецимо да клијент, *а не адвокат*, контролише парницу,<sup>479</sup> или да се преговори око поравнања одвијају у *различитим временским секвенцама (етапама)*,<sup>480</sup> или да се подижу само *тужбе негативне вредности*.<sup>481</sup>

*Шавел* заступа став<sup>482</sup> да је, у случају фиксне накнаде, адвокат на суђењу подстакнут да ради *више у односу на вредност очекиване пресуде*. С друге стране, у случају накнаде за успешност, адвокат на суђењу подстакнут је да ради *мање у односу на вредност очекиване пресуде*. Више или мање рада, у овом случају, *процењује се на основу тога колико је уложени рад вредан у односу на очекивану пресуду*. У случају контингенцијске накнаде, адвокат ће желети да ради *мање него што би било вредно труда у смислу очекиване накнаде*, будући да не максимизира цео новчани износ очекиване пресуде, али

---

<sup>478</sup> Тај виши износ поравнања не би био прихваћен од стране оних тужених који би имали *ниже* парничне трошкове на суђењу и, супротно, био би прихваћен од стране оних тужених који би имали *више* парничне трошкове на суђењу. Видети нумерички пример који поткрепљује претходно изнете тврдње: *ibid.*, стр. 10–11.

<sup>479</sup> Основна идеја у овом раду јесте да уговарање контингенцијске накнаде странци пружа *стратегијску предност* у преговорима око поравнања, будући да није суочена са плаћањем додатних трошкова на суђењу у односу на ситуацију када је уговорена фиксна накнада (у ком случају више сати адвокатовог рада значи мањи нето износ од добијене пресуде за клијента). Видети: Lucian Arye Bebchuk, Andrew T. Guzman, *How Would You Like to Pay for That? The Strategic Effects of Fee Arrangements on Settlement Terms*, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 1, Spring 1996, стр. 53–63.

<sup>480</sup> У овом раду основна теза јесте да трошкови преговарања, у динамичном окружењу, пружају адвокату могућност *стратегијског понашања*, у смислу примене оштре стратегије преговарања и захтевања вишег износа поравнања. Да ли ће до тога доћи зависи од мноштва фактора: висине адвокатових трошкова, висине причињене штете, висине туженикових трошкова, итд. Ова теза је у супротности са класичном тезом по којој адвокат тежи да оконча случај што је могуће пре, јер тиме избегава акумулацију трошкова који ће смањити његов део од очекиваног добитка на основу поравнања или пресуде, услед чега пристаје и на нижи износ поравнања у односу на жељени износ његовог клијента. Ова класична теза, према мишљењу *Рикмена*, занемарује стратегијски аспект преговарања, генерисан трошковима преговарања, који доводи до супротних тенденција (захтевања вишег износа поравнања од стране адвоката). Видети: Neil Rickman, *Contingent Fees and Litigation Settlement*, International Review of Law and Economics, Vol. 19, Issue 3, 1999, стр. 295–317.

<sup>481</sup> *Мичели* оповргава класично становиште да уговарање контингенцијске накнаде подстиче подизање тужби негативне вредности, будући да тужиоци сnose мали финансијски ризик. По његовом мишљењу, не постоји разлика између контингенцијске и фиксне накнаде, када је реч о стопи парничења. Видети: Thomas J. Miceli, *Do Contingent Fees Promote Excessive Litigation?*, Journal of Legal Studies, Vol. 23, No. 1, 1994, стр. 211–224.

<sup>482</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 433.

сноси све парничне трошкове. Видимо да се овај закључак изводи се на основу критеријума максимизације очекиваног добитка минус парнични трошкови.

Но, ако упоредимо ова два метода плаћања адвоката према критеријуму улагања већег додатног напора, адвокат ће, у сваком случају, уложити већи додатни напор у случају контингенцијске накнаде него накнаде по сату радног времена. Објашњење овог става огледа се у томе да адвокат, у случају накнаде за успешност, максимизира један део новчаног износа очекиване пресуде, док код фиксне накнаде то није случај, с обзиром на то да адвокат не присваја ниједан део новчаног износа очекиване пресуде. Ово питање додатног улагања напора, у случају различитих режима плаћања адвоката, биће предмет разматрања у наставку текста.

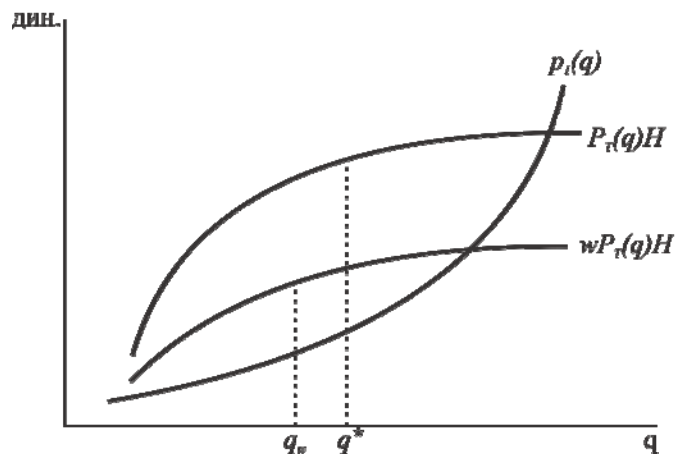
### 6.3. Предности контингенцијске накнаде у односу на фиксну накнаду

Питање напора, који би адвокат уложио у случају одласка на суђење, зависно од метода плаћања његових услуга, захтева посебну елаборацију.<sup>483</sup> Наиме, у случају фиксне накнаде или накнаде по сату радног ангажовања, адвокат има *слаб* подстицај да уложи додатни напор у односу на вредност пресуде, и *јак* подстицај, када је уговорена накнада за успешност. То можемо илустровати тако што ћемо претпоставити да вероватноћа тужиочевог успеха на суђењу зависи од напора који би адвокат уложио у решавање спора редовним путем.<sup>484</sup> Тужиочеву очекивану вредност од суђења можемо означити као  $P_T(q)H - p_l(q)$ , где је:  $P_T$  вероватноћа успеха на суђењу;  $q$  напор који адвокат улаже у решавање спора;  $H$  очекивана новчана накнада; и  $p_l$  очекивани парнични трошкови тужиоца.<sup>485</sup> Из ове једначине следи да што је већи напор адвоката већа је и вероватноћа успеха на суђењу, али већи су и парнични трошкови. Питање јесте како пронаћи *друштвено ефикасан ниво напора адвоката*, кога означавамо са  $q^*$ , а којим се максимизира горенаведена тужиочева очекивана вредност од суђења. То се може приказати и графички.

<sup>483</sup> Видети: Thomas J. Miceli, *op. cit.*, 2004, стр. 259–261.

<sup>484</sup> Такође, претпоставка јесте да постоји *опадајућа гранична корисност од напора*, као и *растући гранични трошак од уложеног напора*.

<sup>485</sup> Под парничним трошковима тужиоца подразумевају се само трошкови које је његов адвокат сносио на суђењу.



Слика 3. – Утицај контингенцијске накнаде на напор адвоката

На слици бр. 3,<sup>486</sup> хоризонтала означава *напор адвоката*, а вертикала означава *износ новца* који тај напор изискује. На слици се види да линија која означава вероватноћу успеха на суђењу,  $P_T(q)H$ , расте са порастом напора адвоката  $q$ , као што и линија која означава парничне трошкове,  $p_I(q)$ , такође, расте са порастом напора адвоката  $q$ . Но, адвокат настоји да максимизира сопствени очекивани добитак, који зависи од врсте уговорене накнаде. Ако је уговорена фиксна накнада или накнада по сату, адвокат *ће интернализovati* трошкове уложеног напора, али неће уживати користи од тог уложеног напора. Једноставније речено, додатни напор не доноси му додатну материјалну корист, јер је плаћен по сату или фиксно. Стога, адвокат, у случају овог метода плаћања, нема подстицај за додатни напор. Ситуација јесте другачија када је реч о накнади за успешност, јер адвокат добија *део* новчаног износа пресуде. У том смислу, он има *јачи* подстицај за улагање додатног напора, него што има у случају фиксне накнаде или накнаде по сату. Ако би тај део новчаног износа пресуде означили са  $w$ , следи да би адвокат максимизирао  $P_T(q)wH - p_I(q)$ , што значи да би уложио *позитиван ниво напора*, али још увек *нижи ниво* у односу на друштвено ефикасан ниво напора ( $w < 1$ ). То се може видети на графикону, на коме је дати ниво напора адвоката  $q_w$ , иако позитиван, ипак *нижи* од ефикасног нивоа  $q^*$ .

Даље, предност контингенцијске накнаде адвоката у односу на фиксну накнаду или накнаду по сату радног времена, огледа се и у могућности *поделе*

<sup>486</sup> Графикон преузет: Thomas J. Miceli, *op. cit.*, 2004, стр. 260.

*ризика успеха или неуспеха на суђењу.*<sup>487</sup> За разлику од фиксне накнаде или накнаде по сату радног времена, чијим уговарањем се клијент обавезује да *самостално* сноси ризик (не)успеха на суђењу, код накнаде за успешност, адвокат и његов клијент *деле* ризик (не)успеха на суђењу. Ако се пође од разумне претпоставке да адвокат, због правничког знања, може боље да процени исход суђења у односу на клијента, значи да је ефикасније да он сноси ризик (не)успеха на суђењу *заједно* са клијентом, а не да то чини клијент самостално. То даље значи да, у случају уговарања контингенцијске накнаде, адвокат не би прихватио случајеве који су унапред осуђени на неуспех. Такав став не би се могао извести у случају накнаде по сату радног времена, јер би адвокат прихватио и случајеве који доводе до парница *негативне* вредности. Такође, требало би узети у обзир и чињеницу да би адвокат могао да *диверзификује* ризик неуспеха у *једној ризичној парници*, прихватањем *оних случајева који су мање ризични*. Према томе, чињеница да адвокат може боље *проценити* исход суђења у односу на клијента, као и чињеница да може извршити *диверзификацију ризика*, јасно указују да је ефикасније да терет ризика клијент *подели* са својим правним заступником него да сам сноси целокупни ризик. Као што је истакнуто, *поделу тог ризика омогућава једино уговарање накнаде за успешност*.

Но, у вези с тим питањем јесте и питање *аверзије према ризику* адвоката и клијента.<sup>488</sup> Наиме, претходни став о ефикасности контингенцијске накнаде остаје валидан, само ако је адвокат *више склон ризику* од клијента, тј. ако адвокат има *мању аверзију према ризику од клијента*. Супротно, ако адвокат има *већу аверзију према ризику од свог клијента*, онда се доводи у питање пожељност уговарања контингенцијске накнаде, те се накнада по сату радног времена показује као разумна алтернатива за уговорне стране.

Најзад, *питање материјалних могућности клијента* такође утиче на избор између накнаде по сату радног времена или контингенцијске накнаде. Ако је *сиромашан*, клијент може искористити могућност коју му пружа контингенцијска накнада, у том смислу да очекивана новчана накнада послужи као *залог* за плаћање адвоката. Другим речима, ако верује да ће победити у парници, очекивана (новчана) накнада на основу пресуде може послужити

---

<sup>487</sup> Видети: Thomas J. Miceli, *op. cit.*, 1994, стр. 211–224.

<sup>488</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 434.

клијенту као *извор средстава* за плаћање услуга адвоката. С тим у вези, *Познер* указује<sup>489</sup> да је уговор о заступању који садржи контингенцијску накнаду, у ствари, специфична врста *уговора о кредиту*. Наиме, исплатом контингенцијске накнаде, адвокат бива плаћен не само за услуге које је *пружио*, већ и за *изнајмљивање* тих услуга. Ова специфична врста уговора о кредиту разликује се од типичног уговора о кредиту, по томе што је *имплицитна каматна стопа много виша и, следствено томе, укупан износ камате много већи*. Разлог већег износа камате, поред више имплицитне каматне стопе, лежи и у чињеници да кредит можда неће бити враћен у дужем временском периоду, будући да парница може да потраје.<sup>490</sup>

#### 6.4. Предлози нових метода плаћања адвоката

У теорији економске анализе права<sup>491</sup> истиче се да се реалокација ризика исхода парнице са клијента на адвоката, као и пуна интернализација користи и трошкова од додатног напора адвоката, може остварити само једном врстом уговорног односа, у коме би адвокат извршио „куповину“ тужбеног захтева од свог клијента. Питање је шта се под том „куповином“ тужбеног захтева подразумева? Наиме, ради се о уговору, који би омогућио адвокату да плати свом клијенту фиксну суму новца *унапред*, а с друге стране, адвокат би присвојио за себе сав принос од суђења или поравнања. Тиме се постижу две ствари, које су горе истакнуте. Прво, очекивани добитак адвоката био би једнак очекиваном новчаном износу од судске пресуде, тј.  $w = I$ . То значи да би адвокат интернализовао све користи и трошкове додатног напора у ангажовању, јер би сада био суочен са *пуним* очекиваним новчаним износом пресуде, а не делимичним износом, како је раније био случај. Друго, била би извршена *пуна реалокација ризика* са клијента на адвоката, јер био он (адвокат) једини био одговоран за успех или неуспех у парници. Међутим, овде се отварају неколико питања. Прво, да ли би се омогућавањем „куповине“ тужбених захтева избегао проблем подизања тужби негативне вредности?<sup>492</sup> С обзиром на то да се дешава

<sup>489</sup> Видети: Richard A. Posner, *op. cit.*, 1998, стр. 624.

<sup>490</sup> У овом случају, не постоји ни могућност периодичне делимичне отплате кредита, која је уобичајена код конвенционалног кредита.

<sup>491</sup> Видети: Thomas J. Miceli, *op. cit.*, 2004, стр. 260.

<sup>492</sup> Ово питање се може поставити и када је реч о контингенцијским накнадама.

да тужиоци подижу тужбе негативне вредности, јер занемарују парничне трошкове, проблем би био *ублажен* у присуству адвоката који купују тужбене захтеве. Рационални адвокат не би игнорисао парничне трошкове и упустио се у парницу која нема великих изгледа на успех, тј. у парницу негативне вредности. Постоји гледиште<sup>493</sup> да рационални адвокат одбија и *одређене* случајеве позитивне вредности, тако да нема разлога да не одбије и *све* случајеве који су негативне вредности, узимајући у обзир његову улогу у процени исхода парнице. Но, на овом месту постављамо питање, да ли је процена исхода парнице од стране адвоката *нужно* перфектна? Ако пођемо од тога да адвокати, као стручна лица, врше процену исхода парнице, као и од тога да та процена може, *али не мора нужно*, бити перфектна (*због недостатка свих информација конкретног случаја*), очито је да проблем тужби негативне вредности може постојати и у присуству адвоката.<sup>494</sup> Друго, тржиште правних услуга не функционише *увек* перфектно, јер клијент често нема довољно *информација* на основу којих би проценио вредност тужбеног захтева, тако да се доводи у питање закључење уговора којим би адвокат „откупио“ тужбени захтев од клијента.<sup>495</sup>

### 6.5. *Зашто је контингенцијска накнада забрањена?*

Поставља се питање: *зашто је контингенцијска накнада забрањена, када пружа све горенаведене предности?* Можемо навести један пример са следећим претпоставкама: тужени (или његов адвокат) је упутио понуду за склапање поравнања адвокату тужиоца у износу од *1.000.000 динара*; ако би адвокат тужиоца отишао на суђење могао би добити *1.500.000 динара* на основу судске пресуде, и то са вероватноћом од *90%*, али уз очекивани трошак од *200.000 динара*; уговорена је контингенцијска накнада од *30%*; претпоставка је да

<sup>493</sup> Видети: Thomas J. Miceli, *op. cit.*, 2004, стр. 262.

<sup>494</sup> Као што је већ речено, ове тужбе се подижу како би се претњом вођењем парнице и одласком на суђење издејствовало поравнање или виши износ поравнања. То значи да проблем тужби негативне вредности, у сваком случају, постоји и не може бити у потпуности елиминисан, независно од присуства адвоката.

<sup>495</sup> Држава би могла да омогући развој таквог тржишта. Но, будући да она то не чини, већ напротив, омета развој, поставља се питање начина развоја конкурентског тржишта. *Кутер* заступа идеју да би то питање требало препустити тржишним актерима. Детаљније о томе: Robert Cooter, „Liability Right as Contingent Claims“, у: *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, (eds. Peter Newman), Stockton Press, New York, 1998.

странке имају аверзију према ризику. Сада израчунајмо колико износи тужиочев очекивани добитак од поравнања и суђења. Прво, ако би адвокат тужиоца склопио поравнање, тужилац би добио износ од 700.000 динара, а адвокат на име накнаде за успешност износ од 300.000 динара. Уколико би адвокат тужиоца отишао на суђење, нето очекивани добитак тужиоца износио би:  $90\% \times (1.500.000 \text{ дин.} - 450.000 \text{ дин.})^{496} = 1.050.000 \text{ дин.}$  Видимо да очекивани добитак тужиоца расте са 700.000 динара, у случају поравнања, на 1.050.000 динара, у случају одласка на суђење. С друге стране, адвокатов очекивани добитак од суђења износио би:  $90\% \times 450.000 \text{ дин.} - 200.000 \text{ дин.} = 205.000 \text{ динара.}$  У овом случају, очекивани добитак адвоката пада са 300.000 динара, у случају поравнања, на 205.000 динара, у случају одласка на суђење. Пример показује да постоје *конфликтни интереси* адвоката и његовог клијента – први би желео да закључи поравнање, а други да иде на суђење. Разлог постојања конфликтних интереса адвоката и клијента лежи у чињеници да адвокат не присваја сав очекивани добитак од суђења ( $90\% \times 1.500.000 \text{ дин.} - 200.000 \text{ дин.} = 1.150.000 \text{ динара}$ ), већ може очекивати само 205.000 динара.

Управо овај пример указује да постојање конфликтних интереса адвоката и клијента представља основ за забрану уговарања контингенцијске накнаде у многим земљама. Но, *Познер* истиче<sup>497</sup> да то, свакако, није довољан разлог за забрану уговарања накнаде за успешност. Штавише, као и *Мичели (Miceli)*,<sup>498</sup> и *Познер* се залаже<sup>499</sup> да се адвокатима омогући *откуп* тужбених захтева од својих клијената, и при том, износи другачији став у односу на аргумент да би „куповина“ тужбених захтева, генерално узев, довела до подстицања парничења. Наиме, тај другачији став огледа се у томе што контингенцијска накнада *засигурно* омогућава појединцима нижег материјалног статуса, као и појединцима који имају аверзију према ризику, да затраже судску заштиту, али *није сигурно* да би довела до подстицања парничења, тј. *појаве прекомерног парничења*. Томе се додаје и чињеница<sup>500</sup> да што је парница *вероватнија*, а она то јесте ако је доступна ширем кругу људи,<sup>501</sup> то је и превенција будућих

<sup>496</sup>  $450.000 \text{ динара} = 30\% \times 1.500.000 \text{ дин.}$ , колико отпада на име накнаде за услуге адвоката.

<sup>497</sup> Видети: Richard A. Posner, *op. cit.*, 1998, стр. 625.

<sup>498</sup> *Мичелијев* став је већ изнет. Видети горе у претходном одељку.

<sup>499</sup> Видети: Richard A. Posner, *op. cit.*, 1998, стр. 625–626.

<sup>500</sup> *Ibid.*, стр. 626.

<sup>501</sup> Што контингенцијска накнада управо и омогућава.

непожељних понашања *боља*. Поновимо и то да контингенцијска накнада ублажава проблем подизања тужби негативне вредности у односу на плаћање по сату радног времена, због већ објашњене деобе ризика успеха у парници. Према томе, забрана контингенцијске накнаде нема чврсто економско оправдање, а појава прекомерног парничења може бити ублажена другачијим законским решењима. Једно од таквих законских решења јесте и оно које предлаже Шавел,<sup>502</sup> а које се огледа у увођењу *таксе за подизање одређених врста тужби*, што би довело до свођења броја тужби на друштвено прихватљив ниво. Оваквим решењем, а које и ми прихватамо, не би се задирало у приватне односе адвоката и клијента и било би омогућено да слободно уговарају накнаду за успешност, чиме би биле сачуване све истакнуте предности контингенцијске накнаде.

#### 6.6. *Тржиште адвокатских услуга*

На потпуно слободном тржишту, цена се формира на основу понуде и тражње. У овом одељку, анализираћемо тржиште адвокатских услуга на основу инструмената понуде и тражње.<sup>503</sup> При том, полазимо од тога да постоји *потпуно слободно тржиште адвокатских услуга*, иако, као такво, не постоји у пракси. Ипак, тржиште адвокатских услуга које је *најприближније* споменутом теоријском моделу слободног тржишта, јесте тржиште које постоји у Америци. За разлику од других земаља, попут наше, у којима постоји *јача* законска интервенција на тржишту адвокатских услуга, у Америци то није случај. Другим речима, за разлику од наше земље, где је цена адвокатских услуга одређена *тарифом*,<sup>504</sup> у Америци постоји већа *слобода уговарања цене* за ангажовање адвоката. На таквом тржишту, на коме постоји слобода уговарања, цена адвокатских услуга детерминисана је понудом и тражњом за адвокатима. У том контексту, размотримо шта бива са ценом адвокатских услуга, ако се *смањи* број адвоката. То се може и графички приказати на слици бр 4.<sup>505</sup>

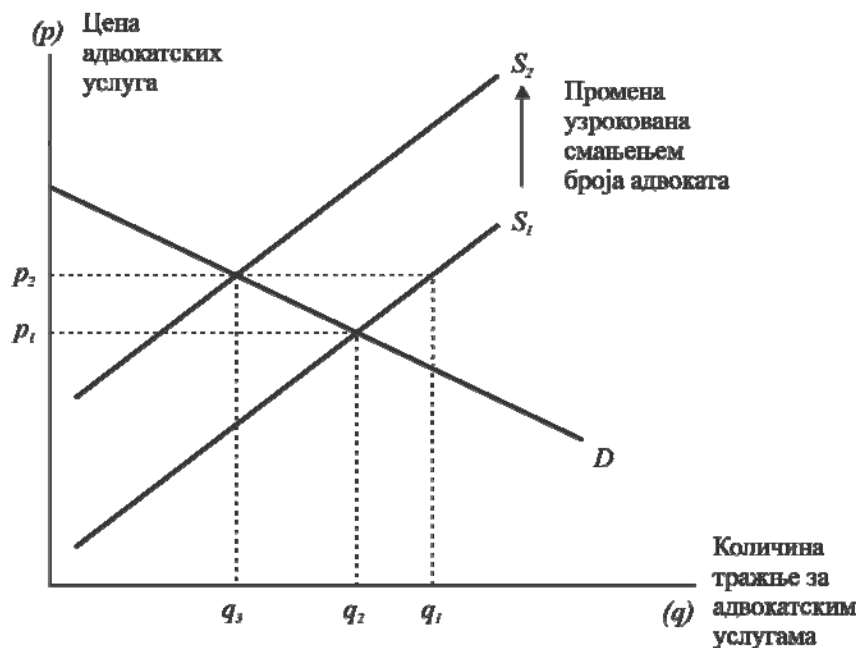
<sup>502</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 435.

<sup>503</sup> Анализа која следи базирана је на аргументацији *Кутера* и *Јулина*, видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 384–386.

<sup>504</sup> Видети: *Тарифа о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката*.

<sup>505</sup> Модификована верзија графикана преузета из: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 385.





Слика 4. – Ефекти смањења броја адвоката на тржишту адвокатских услуга

Пре свега, смањење броја адвоката доводи до *померања криве понуде нагоре*, што даље узрокује *повећање цене адвокатских услуга*. Једноставније речено, мањи број адвоката на тржишту доводи до *поскупљења* њихових услуга,<sup>506</sup> и обратно. На слици, то је представљено померањем криве понуде из положаја  $S_1$  у положај  $S_2$ , и повећањем (почетне) цене адвокатских услуга,  $p_1$  на  $p_2$ . Даље, повећање цене адвокатских услуга условљава *смањење количине тражње* за тим услугама. На слици, то је представљено смањењем количине тражње за адвокатским услугама, са  $q_1$  на  $q_2$ . На основу тога закључујемо да смањење броја адвоката, на тржишту адвокатских услуга, доводи до *смањења броја подигнутих тужби и броја покренутих поступака*, и обратно.<sup>507</sup>

Но, претходно описана законитост има једну важну практичну импликацију. Наиме, у свакој земљи, тржиште адвокатских услуга контролише *адвокатска комора*, тј. она контролише *улаз* на ово тржиште. То практично значи, да комора одређује *број адвоката* и, последично, *цене адвокатских услуга*. Можемо извести закључак да је постојећим члановима адвокатске коморе у интересу да цена буде што је могуће *виша*, а што се постиже држањем броја адвоката на *нижем нивоу*. Ако би постојећи чланови коморе успели у

<sup>506</sup> Под тиме се, првенствено, подразумева да се повећавају *трошкови израде и писања тужби*.

<sup>507</sup> Другим речима, виша цена подизања тужби, због повећања трошкова израде и писања тужби, доводи до смањења количине тражње за адвокатским услугама, и консеквентно, до смањења броја подигнутих тужби и броја покренутих поступака.

намери да *ограниче* број адвоката, онда би и број поступака био *нижи*, што је у складу са горенаведеном констатацијом. Но, на тржишту адвокатских услуга, на коме се цена *не* формира на основу тражње и понуде адвокатских услуга, и на коме адвокатска комора *нема* утицаја на ту цену, не важе изнети ставови. Наиме, постоје тржишта адвокатских услуга, попут нашег, на којима цену адвокатских услуга формира *држава*, прописивањем *тарифе* за адвокатске услуге. Поставља се питање: *какве су последице такве државне интервенције на тржишту адвокатских услуга?* У одговору на питање, пођимо од тога да се, хипотетички гледано, *смањило* број адвоката. У том случају, цена адвокатских услуга неће се *прилагођавати* насталој промени, већ ће остати на истом нивоу. Да којим случајем постоји слободно тржиште, цена адвокатских услуга би *порасла* и количина тражње за тим услугама би се *смањила*. Пошто то није случај, тј. будући да цена остаје на истом нивоу, и количина тражње за тим услугама неће се снизити по тржишном критеријуму. На слици, то би значило да цена остаје на нивоу  $p_1$ , независно од померања криве понуде из положаја  $S_1$  у положај  $S_2$ , што узрокује да количина тражње за адвокатским услугама буде на нивоу  $q_3$ . Другим речима, цена адвокатских услуга остала је иста, јер је прописана *законом*, без обзира на *смањење* броја адвоката и, самим тим, количина тражње за адвокатским услугама сада је на *нижем нивоу*,<sup>508</sup> у односу на ону количину тражње,<sup>509</sup> која је постојала када је тржишни механизам деловао. То значи да постоји *вишак тражње* за адвокатским услугама у односу на понуду тих услуга.<sup>510</sup> У пракси дошло би до тога да *тражња неких клијената остане незадовољена*.

Можемо, такође, посматрати промене у случају да се број адвоката *повећао* (померање криве понуде из  $S_2$  у  $S_1$ ). Тада би цена остала на нивоу  $p_2$ , количина тражње била би на још *вишем нивоу* у односу на онај ниво тражње који је постојао када је слободно тржиште деловало. На слици бр. 5, то можемо представити почетном количином тражње  $q_2$ , количином тражње формираном по тржишном критеријуму  $q_1$ , као и количином тражње формираном у случају када цену одређује држава  $q_3$ . То значи да постоји *вишак понуде* адвоката у

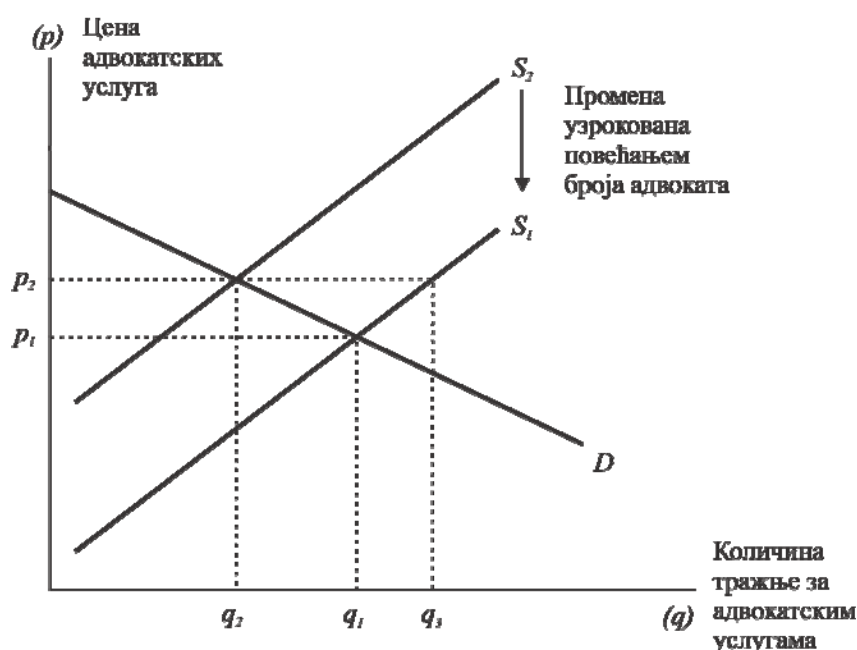
---

<sup>508</sup> Видети тачку  $q_3$ .

<sup>509</sup> Видети тачку  $q_2$ .

<sup>510</sup> То се може представити изразом  $q_3 - q_1$ .

односу на тражњу за адвокатским услугама,<sup>511</sup> што кореспондира са бројем адвоката који би желели да раде по цени  $p_2$ , али не могу да нађу клијенте.



Слика 5. – Ефекти повећања броја адвоката на тржишту адвокатских услуга

У пракси би се десило да *нови адвокати* не могу да снизе цену адвокатских услуга и, на тај начин, привуку клијенте, већ би морали да раде по цени коју је држава прописала. Крајња последица тога јесте да би новопридошли адвокати остали *без посла и клијената*. Једина могућност, која њима стоји на располагању, јесте да привуку клијенте другим механизмима, попут *побољшања квалитета услуга*. Према томе, када држава ремети тржишни механизам (одређивањем цене адвокатских услуга), долази или до *незадовољења тражње* за тим услугама, услед вишка тражње за тим услугама у односу на понуду истих, или до *незадовољења понуде* адвокатских услуга, услед вишка понуде у односу на тражњу за адвокатским услугама. Будући да систем контингенцијске накнаде омогућава да адвокат и клијент *самостално* одреде цену, следи да је тај начин плаћања адвокатских услуга у складу са тржишним формирањем цене. Рецимо, адвокат уговори са клијентом да ће за пружене услуге наплатити 50% од новчаног износа пресуде. При том, клијент очекује да

<sup>511</sup> То се може представити изразом  $q_3 - q_2$ .

ће добити *100.000 динара* са вероватноћом од *50%*. У том случају, очекивани добитак адвоката износио би:  $100.000 \text{ динара} \times 50\% \times 50\% = 25.000 \text{ динара}$ . Ако би адвокату било потребно *2 сата* за припрему тог случаја, следи да би његов очекивани добитак по сату радног времена износио *12.500 динара*. У доношењу одлуке да ли да прихвати овај случај или не,<sup>512</sup> адвокат упоређује очекивани добитак од тог случаја *A* са највећим очекиваним добитком од других доступних случајева. Уколико би највећи очекивани добитак од других доступних случајева био *нижи*, тј. ако би *опортунитетни трошак* случаја *A* био *нижи*, рационални адвокат не би имао дилему око прихватања случаја *A*. Но, *ако би се број адвоката на тржишту повећао*, адвокат, у нашем примеру, био би суочен са мањим бројем алтернативних случајева. У сваком случају, контингенцијска накнада омогућава прихватање и оних случајева који, у случају постојања тарифе, не би били прихваћени. Тиме се, још једном, потврђује да слобода уговарања накнаде за успешност између адвоката и клијената има компаративну предност у односу на друге системе плаћања, а нарочито у односу на систем плаћања адвокатских услуга који прописује држава.

## *6.7. Агенцијски проблем између адвоката и клијента*

### *6.7.1. Извор агенцијског проблема између адвоката и клијента*

У суштини, различити методи плаћања адвокатских услуга у различитим земљама одражавају један *дубљи проблем*, који постоји у уговорном односу између адвоката и клијента. Ради се о тзв. *агенцијском проблему*, када *клијент–принципал* поверава решење одређеног правног проблема своје *адвокату–агенту*. Извор тог агенцијског проблема представља неколико фактора. Прво, агент треба да ради у интересу принципала, тј. треба да максимизира његово богатство. Као што је објашњено у горенаведеном примеру,<sup>513</sup> често постоје *конфликтни интереси* између адвоката и клијента, услед чега се нарушава принцип да адвокат треба да максимизира *благостање* свог клијента. У ствари, адвокат жели да максимизира *сopствено благостање*, а не *благостање* свог

<sup>512</sup> Означимо га случајем *A*.

<sup>513</sup> Када адвокат жели поравнање, а клијент суђење.

клијента, тако да понашање адвоката треба процењивати према том критеријуму. Друго, у односу адвоката и клијента постоји *асиметрија информација*, коју адвокат може да искористи на уштрб интереса клијента. Рецимо, клијент може захтевати од свог адвоката да му предочи очекивану вредност од тужбеног захтева. Уколико је адвокат плаћен по сату радног времена, питање је да ли ће адвокат прецизно исказати ту очекивану вредност. Он може бити подстакнут да *неистинито* искаже очекивану вредност од тужбеног захтева, тј. да прикаже неуком клијенту да очекивана вредност од тужбеног захтева *прелази* трошкове подизања тужбе, иако то није случај, у циљу навођења клијента да плати трошкове израде и писања тужбе. Исти закључак може се извести ако би адвокат био плаћен на основу извршених услуга, спецификованих у уговору о заступању.<sup>514</sup> Овај пример показује да асиметрија информација између адвоката и клијента, која настаје зато што адвокат боље познаје право,<sup>515</sup> такође може довести до нарушавања принципа да адвокат треба да максимизира благостање свог клијента. Штавише, и уговарање накнаде за успешност не обезбеђује *увек* ефикасне подстицаје да адвокат ради у име и за рачун клијента. Као што смо више пута у раду истакли, у случају уговарања контингенцијске накнаде, адвокат сноси трошкове подизања тужбе, али присваја само *један део* очекиване вредности од тужбеног захтева. Практично гледано, последица постојања таквих подстицаја може бити да адвокат *не прихвати случај*, чак и уколико је реч о тужби позитивне вредности, тј. о тужби чије би подизање довело до парнице са позитивним исходом. Такође, када се ради о контингенцијској накнади, тј. о накнади која зависи од исхода суђења, често се дешава да сам исход суђења зависи од *процене* самог судије. То значи да и одређени *екстерни фактори*,<sup>516</sup> а не само напор и знање адвоката, могу утицати на карактер судске пресуде. Следи да судски исход, сам по себи, није довољан критеријум за процену учинка адвоката од стране клијента.

---

<sup>514</sup> Ради се о услузи писања тужбе, заступања пред судом, евентуалног писања жалбе, итд. У случају таквог начина плаћања, адвокат би сносио трошкове додатног напора и времена у извршењу тих услуга, али не би присвојио користи од тога. Зато адвокат добија (очито неефикасне) подстицаје да посвети *мање времена* у раду на случају, за који је уговорено плаћање на основу извршених услуга.

<sup>515</sup> Као што и клијент боље познаје *чињеничну основу случаја*.

<sup>516</sup> Додајмо тим факторима, и *способност и умеће вештачења*, као и *способност сведочења*.

### 6.7.2. Критеријуми одабира адвоката

Поставља се питање, на основу ког *поузданог критеријума* клијент може изабрати адвоката, узимајући у обзир објашњене неефикасне подстицаје које адвокат може имати у уговорном односу према клијенту. Један од одговора био би да клијент може проценити адвоката, као и његове способности, на основу *репутације* коју је до тада адвокат изградио. Репутација се гради *временом*, тако што адвокати прихватају случајеве по цени која је *нижа* од опортунитетних трошкова употребљених ресурса. Тек када упорним радом на тешким случајевима изграде *позитивну слику* о себи или својој канцеларији, адвокати могу да подигну цене својих услуга. Тај процес означава се као *процес инвестирања у репутацију*.<sup>517</sup> Иначе, у Америци постоје *велике адвокатске фирме*, специјализоване за различите врсте спорова, које послују по принципу великих предузећа. Ове адвокатске фирме послују и ван граница матичне државе, тако да се данас све више говори о *тзв. процесу интернационализације адвокатских услуга*.<sup>518</sup> Овај процес интернационализације адвокатских послова, у коме доминирају америчке и енглеске адвокатске фирме, карактерише неколико фактора, почев од *огромног искуства* америчких адвоката у софистицираним међународним финансијским трансакцијама, преко дугогодишњег *заступања* америчких инвестиционих банака у међународним релацијама, до самог *прагматизма* америчких адвоката. Америчке адвокатске фирме поставиле су *стандарде* у погледу величине фирме, специјализације услуга, вођења административних послова, као и маркетинга.<sup>519</sup> Таква репутација, која је изграђена, као што је истакнуто, и ван националних граница, може помоћи при избору адвоката и адвокатске фирме. Према томе, закључак је да *репутација* ублажава проблем асиметрије информација између клијената и адвоката.

---

<sup>517</sup> О процесу инвестирања у репутацију, као и графикон, видети: Борис Беговић, Миролjub Лабус, Александра Јовановић, *op. cit.*, 2008, стр. 390–397.

<sup>518</sup> Детаљније о томе: Carole Silver, *Globalization and the U.S. Market in Legal Services—Shifting Identities*, Law and Policy in International Business, Vol. 31, No. 4, 2000, стр. 1093–1150.

<sup>519</sup> Видети: David M. Trubek et al., *Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of the Transnational Arenas*, Case Western Reserve Law Review, Vol. 44, 1994, стр. 423–425.

### 6.7.3. Рекламирање адвокатских фирми – за и против

У вези са репутацијом јесте и питање *рекламирања* адвокатских фирми. Познато је да реклама одређеног производа или услуге представља *иреверзибилан трошак*, као што и инвестирање у репутацију представља *иреверзибилан трошак*.<sup>520</sup> Сама инвестиција у рекламу представља *веродостојан сигнал* да је квалитет одређеног производа или услуге на задовољавајућем или високом нивоу. Аналогно томе, овакав став може се извести и за адвокатске услуге. Но, и поред тога, у многим земљама *забрањено* је рекламирање адвокатских фирми. У такве земље спада и наша, јер је *Законом о адвокатури* изричито забрањено рекламирање адвоката, заједничке адвокатске канцеларије и адвокатског ортачког друштва.<sup>521</sup> Забрана рекламирања ближе је уређена *Кодексом професионалне етике адвоката* (у даљем тексту *Кодекс*), којим је предвиђено да се рекламирање адвоката третира као нечасна и недопуштена радња.<sup>522</sup> У случају да адвокат прекрши забрану рекламирања и тиме повреди *Кодекс*, може подлећи дисциплинској одговорности пред *Адвокатском комором*, која надзире поштовање *Кодекса* и изриче *санкције* за утврђену дисциплинску одговорност. Према томе, наш *Закон о адвокатури* забраном рекламирања отежава слање веродостојних сигнала о квалитету адвокатских услуга, чиме оставља агенцијски проблем између адвоката и клијента отвореним. *Које су последице таквог законског решења, из угла економске анализе права?* Пре свега, познато је да теоретичари економске анализе права<sup>523</sup> наглашавају *превенцију* будућих непожељних понашања. Таква *превенција*,<sup>524</sup> између осталог, постиже се и подстицањем покретања парничних

---

<sup>520</sup> *Иреверзибилни или неповратни трошкови* представљају трошкове који се не могу повратити у случају да предузеће, у овом случају адвокатска фирма, престане са послом или напусти грану. Зато се истиче да улагање у рекламу или репутацију представља веродостојан сигнал у погледу квалитета производа или услуга. Видети: Борис Беговић, Миролуб Лабус, Александра Јовановић, *op. cit.*, 2008, стр. 393.

<sup>521</sup> Видети: чл. 24. *Закона о адвокатури*, „Службени лист РС“, бр. 31/2011.

<sup>522</sup> Видети: одсек VII *Кодекса професионалне етике адвоката*, Адвокатска комора Југославије, Београд, бр. 1/1-99.

<sup>523</sup> Видети, на пример, о *превенцији штета услед ауто-незгода*: А. М. Polinsky, *op. cit.*, 2003, стр. 43–56 и 71–78.

<sup>524</sup> Користећи Калабрезејеву терминологију, може се рећи *смањење примарних трошкова штете*. Видети: Guido Calabresi, *op. cit.*, 1970, стр. 26.

поступака, јер већа вероватноћа покретања поступака, сама по себи, обесхрабрује потенцијалне починиоце штете да начине штету. С друге стране, законске норме требало би да обесхрабре и оне спорове који имају само дистрибутивне ефекте.<sup>525</sup> Ако законска норма, у овом случају норма из нашег *Закона о адвокатури*, изричито забрањује рекламирање адвоката и на тај начин онемогућава изграђивање репутације, тиме се *погоршава* постојећа асиметрија информација између адвоката и клијента. Када је асиметрија информација погоршана, следи да се повећавају *административни трошкови парнице (АТ)*, као једна од компоненти укупних друштвених трошкова парничног поступка (*ДТП*). Другим речима, примена законске норме, која погоршава агенцијски проблем, тј. погоршава постојећу асиметрију информација, *повећава* административне трошкове парнице. Последица повећања *АТ*, тј. чињенице да парница постаје скупља, јесте смањење броја парница. Међутим, питање је да ли је то *најефикаснији начин* за смањење броја парница. Из угла економске анализе права,<sup>526</sup> постоје и ефикаснији механизми превенције од механизма који погоршавају агенцијски проблем. Будући да погоршање агенцијског проблема доводи до стварања *неефикасних подстицаја* код адвоката у заступању својих клијената,<sup>527</sup> намеће се питање у вези с тим алтернативним превентивним механизмима. Један од таквих јесте већ споменута *такса за подизање одређених врста тужби*, чијим увођењем би се повећали трошкови подизања тужби, а што консеквентно доводи до смањења подстицаја за парницење. Ако, пак, већ постоје прописане таксе за одређене врсте тужби, довољно их је *повисити*, како би се подстицаји за покретање поступака свели на друштвено прихватљив ниво. Према томе, забрана рекламирања јесте само један од начина којим се задире у однос адвоката и клијента и који доводи до погоршања асиметрије информација. Погоршање асиметрије информација између адвоката и клијента повећава *АТ*, што доводи до *одређеног степена* превенције, али који, као што је истакнуто, није довољно ефикасан.

---

<sup>525</sup> Ради се о споровима који генеришу *прераспodelу* одређене вредности између починиоца штете и оштећеног.

<sup>526</sup> Овакав став износе *Кутер* и *Јулин*, видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, стр. 390.

<sup>527</sup> Погоршањем агенцијског проблема, тј. погоршањем асиметрије информација, нарушавају се напори адвоката у заступању клијената.



#### 6.7.4. Метод плаћања адвоката у нашој земљи и агенцијски проблем

У нашој земљи, агенцијски проблем у односу између адвоката и клијента ублажава се тако што законодавац прописује *Тарифу* за извршене услуге адвоката. Другим речима, награду и накнаду трошкова за свој рад, адвокат обрачунава и наплаћује у новцу, према прописаној *Тарифи*. То је основно правило које предвиђа и *Кодекс*.<sup>528</sup> Такође, у *Кодексу* предвиђено је да ће се сматрати *недопуштеним споразумом*, ако адвокат *уместо* награде уговара потпуно или делимично *преузимање* спорног права чије му је заступање поверено, односно уговара или прима као своју награду део новчаног износа или друге вредности, који би по одлуци суда требало да припадну његовом клијенту.<sup>529</sup> Ова забрана<sup>530</sup> *ублажена* је правилом по коме адвокат, ипак, може да уговорену награду веже за *успешан исход заступања*, уколико то одговара природи случаја, не угрожава његову независност и није супротно претходно наведеној забрани.<sup>531</sup> Осим тога, у *Тарифи* је предвиђено да адвокат може, поред награде чија је висина одређена *Тарифом*, писмено да уговори и *паушалну награду* или *награду у процентуалном износу*.<sup>532</sup> Ова додатна награда у процентуалном износу може да износи највише 30% од вредности предмета спора у грађанским, управним и вансудским поступцима, док у кривичним и прекршајним поступцима, највише до *петоструког износа* награде предвиђене *Тарифом*.<sup>533</sup> Из овога следи да је у нашем правном систему изричито забрањен *откуп тужбених захтева* адвоката од својих клијента,<sup>534</sup> и да је забрањено уговарање контингенцијске накнаде, као *основног* метода плаћања адвоката. Адвокат, *евентуално*, може да уговори са својим клијентом *додатну награду* у процентуалном износу, чија је висина изричито прописана *Тарифом*. Такође, адвокат може да прими *неуговорену награду* од свог клијента или другог лица, а које (друго лице) није супротна странка или неко ко је подржавао супротну

<sup>528</sup> Видети: правило 108. *Кодекса*.

<sup>529</sup> Видети: правило 109.1. *Кодекса*.

<sup>530</sup> Ова забрана није у складу са наведеним *Познеровим ставом* о позитивним ефектима дозвољавања откупа тужбених захтева. Видети горе.

<sup>531</sup> Видети: правило 110.3. *Кодекса*.

<sup>532</sup> Видети: чл. 1, чл. 3. *Тарифе*.

<sup>533</sup> Видети: чл. 3. *Тарифе*.

<sup>534</sup> Адвокати подлежу дисциплинској одговорности за овакву повреду *Кодекса*.

странку,<sup>535</sup> ако их сам адвокат на то није навео и ако је награда у сразмери са обимом, врстом и резултатом рада, као и са имовинским приликама лица које је даје и уколико са другим лицем без знања клијента није уговорена суброгација.<sup>536</sup>

Ове забране и одступања од њих, које прописује наш законодавац и адвокатска комора, представљају само један од начина којим се покушава решити агенцијски проблем у уговорном односу адвоката и клијента. Истакли смо да контингенцијска накнада пружа низ предности: омогућавање *сиромашнијем слоју становништва* да покрене поступке и заштити своја права; пружање шансе појединцима који имају *аверзију према ризику* да затраже судску заштиту; ублажавање проблема подизања *тужби негативне вредности*.<sup>537</sup> Када је реч о сиромашнијем слоју становништва, *Кодекс* предвиђа могућност да адвокат прихвати исплату у *делимичном износу*,<sup>538</sup> или *по окончању поступка*, из обзира према имовинским приликама клијента.<sup>539</sup> Ако адвокат може да прихвати (*целокупну*) наплату по окончању поступка од сиромашног клијента, то значи да су њему *отворена врата* да се наплати из новчаног износа пресуде, која је донета у корист његовог клијента. Тиме се стварају подстицаји да адвокати *процењују* које су то парнице са позитивним исходом, како би наплатили своје услуге из новчаног износа који је утврђен пресудом у корист сиромашног клијента. То практично значи да, иако *начелно* није дозвољено унапред уговорити процентуалну наплату од новчаног износа на име пресуде, постоји могућност да адвокат наплати своје услуге по окончању поступка и то из новчаног износа који би сиромашни клијент добио од супротне странке.<sup>540</sup>

---

<sup>535</sup> У овом случају, мора да постоји знање и одобрење клијента, ако се награда даје *док је поступак у току*. Ако награду даје друго лице *по окончању поступка*, знање клијента није неопходно.

<sup>536</sup> Видети: правило 110.5. *Кодекса*.

<sup>537</sup> Поновимо да не постоје емпиријска истраживања која би јасно доказала тезу да омогућавање уговарања контингенцијске накнаде доводи до повећаног парничења. Као што смо истакли, проблем повећаног парничења може се ефикасније решити повишењем износа такси за подизање тужби.

<sup>538</sup> Чл. 4. *Тарифе* предвиђа да нижи износ накнаде од оне која је прописана *Тарифом* не може бити нижи од 50%. Такође, истим чланом предвиђено је да виши износ уговорене награде у односу на износ предвиђен *Тарифом* не може бити виши од *троструког износа*.

<sup>539</sup> Видети: правило 110.1. *Кодекса*. Исто правило предвиђа могућност и да се адвокат *одрекне награде*, ако се клијент налази у *изразито тешком сиромаштву*.

<sup>540</sup> То потврђује и наведено правило 110.3. *Кодекса*, које предвиђа да адвокат може везати наплату за *успешан исход заступања*, тј. за победу у парници.

На овом месту ваљало би нагласити да правила плаћања адвоката, која постоје у свакој земљи, одражавају и *политичку моћ, као и моћ лобирања адвоката и адвокатске коморе* приликом усвајања одређених прописа коју регулишу материју која се односи на адвокатску делатност. Све у свему, објашњена различита правила плаћања адвоката у Америци и нашој земљи, као и у другим земљама,<sup>541</sup> представљају различите начине решавања, *иначе веома сложеног*, агенцијског проблема између адвоката и клијента.

#### *6.8. Поглед на улогу адвоката из угла Бихејвиоралног права и економије*

У одељку о *подстицајима за закључење уговора о заступању на основу метода плаћања* речено је да, генерално гледано, адвокат има *јак*е приватне подстицаје за одлазак на суђење у случају фиксне накнаде или накнаде по сату и *слабе* приватне подстицаје за одлазак на суђење у случају уговорене накнаде за успешност. Другим речима, у случају уговорене *контингенцијске накнаде, учесталије* долази до *склапања поравнања* у односу на други метод плаћања адвоката. Као што је већ речено,<sup>542</sup> са овим ставом не слажу се теоретичари економске анализе права *Полински и Рубинфелд*, ако се узме у обзир могућност да адвокат, избором суђења, може утрошити неадекватну количину времена на решавање спора у односу на ону количину времена која би била оптимална са становишта интереса клијента. Такође, постоје и други аутори<sup>543</sup> који оспоравају тезу да контингенцијска накнада *нужно* подстиче поравнање,<sup>544</sup>

<sup>541</sup> На пример, у Енглеској, клијент закључује уговор са једним адвокатом (енг. „*solicitor*“), а затим тај адвокат бира другог адвоката (енг. „*barrister*“) који ће клијента заступати пред судом.

<sup>542</sup> Видети фусноту бр. 475.

<sup>543</sup> *Менделсон* заступа тезу да би ваљало одвојити функцију адвоката и функцију преговарача. Функцију преговарача требало би да обавља лице које је специјализовано за тај посао. По његовом мишљењу, преговарач би боље штитио интересе клијента, упркос повећању трошкова клијента због ангажовања двају лица (адвоката и професионалног преговарача). На тај начин се овај аутор супротставља стандардној претпоставци по којој адвокат обавља двоструку улогу – и преговарача и парничара (у име клијента). Аутор закључује да одвајање ових улога доприноси повећању вероватноће склапања поравнања, будући да је преговарач „снадобен“ бољим техникама преговарања, да је објективнији (у односу на адвоката), као и да је бољи проток информација између њега и клијента, итд. Видети: Gary Mendelsohn, *Lawyers as Negotiators*, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 1, 1996, стр. 139–167.

<sup>544</sup> Један од разлога зашто адвокати *различитим тактикама* потенцирају *брзо* склапање поравнања у случају уговорене контингенцијске накнаде јесте и *уштеда времена* за рад на другим корисним случајевима. Ово некада може бити на штету клијената, поготово када већи

издвајајући друге варијабле, попут *репутације*, која може утицати на понашање адвоката у правцу подстицања клијента да склопи поравнање или да иде на суђење.<sup>545</sup>

Оно што је карактеристично за обимну литературу која проучава однос адвоката и клијента у зависности од метода плаћања, јесте да она не пружа задовољавајући одговор на питање: *да ли адвокати, генерално узев, својим понашањем подстичу склапање поравнања?* Та литература углавном је усмерена на проучавање понашања адвоката као *појединца*, као и на његове *подстицаје* за максимизацију личне користи. Управо тај *празан простор* у литератури која се бави овом темом омогућио је истраживачима тзв. *Бихејвиоралног права и економије* (скр. *БПЕ*) да пруже одговор на конкретно питање: *да ли адвокати, као целина, имају утицаја на склапање поравнања, узимајући у обзир чињеницу да клијенти располажу аутономијом да одлуче да ли ће склопити поравнање или не?*<sup>546</sup> Да би дали одговор на ово питање, истраживачи *БПЕ* пошли су од једног ширег питања у вези са *стопом склопљених поравнања*. Наиме, познато је да у Америци постоји *висок проценат склопљених поравнања* који је допринео снижавању укупних друштвених трошкова парничног поступка.<sup>547</sup> Но, питање је који су то *фактори* који су допринели овом високом проценту склопљених поравнања. Пре свега да истакнемо да је претходно цитирани рад значајан по томе што је покушао да оснажи објашњавајућу снагу економских модела парнице и поравнања, тако што их је проширио *психолошким факторима*, попут перцепције странака по питању *поштеног поравнања*. Основна идеја јесте да странке не теже једино

---

број клијената ангажује адвоката, у ком случају адвокат може преговарати у име групе, а не појединачних клијената. Америчка судска пракса управо потврђује случај *продаје интереса клијената од стране адвоката* зарад веће зараде. Видети о томе: Richard W. Painter, *Litigating on a Contingency: A Monopoly of Champions or a Market For Champerty?*, Chicago Kent Law Review, Vol. 71, 1995, стр. 627, фуснота бр. 12.

<sup>545</sup> Видети: Gary Mendelsohn, *op. cit.*, 1996, стр. 141.

<sup>546</sup> Анализа која следи базирана на истраживању објављеном у раду: Rusell Korobkin, Chris Guthrie, *Psychology, Economics, and Settlement: A New Look at the Role of the Lawyer*, Texas Law Review, Vol. 76, 1997, стр. 77–141.

<sup>547</sup> 95% грађанских парница у Америци завршава се поравнањем. Видети о томе: George Loewenstein at al., *Self-Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining*, Journal of Legal Studies, Vol. 22, 1993, стр. 135. С друге стране, примера ради, у Француској, стопа поравнања знатно је нижа него у Америци, и независно од јурисдикције судова и врсте спорова, износи 22,9%. Видети емпиријску студију о *АДР* методама у Француској: Myriam Doriat-Duban, „Alternative Dispute Resolution in the French Legal System: An Empirical Study“, у: Bruno Deffains, Thierry Kirat, *Law and Economics in Civil Law Countries*, Routledge Taylor & Francis Group, London, New York, 2001, стр. 183–197.

максимизацији новчаних добитака, већ таквим добицима које процењују као *поштене*. Зато ови аутори истичу значај *АДР* метода решавања спорова, у оквиру којих би неутрално треће лице, рецимо медијатор, радило на *промени перцепције странака у вези са склапањем поравнања*. Тиме се, у основи, истиче да *побољшање размене информација између странака* није довољан услов за ефикасно склапање поравнања.<sup>548</sup> Даље, ради идентификовања фактора који доприносе високом проценту поравнања, истраживачи *БПЕ* пошли су од *понашања странака у поступку*. Анализу су, при том, усмерили на *бројне чиниоце* који утичу на понашање странака у правцу одступања од стандардног критеријума максимизације богатства. Наиме, у класичним економским моделима, као што је објашњено, полази се од тога да парничари упоређују корист од склапања поравнања са коришћу од одласка на суђење и на основу тога одлучују какву ће *акцију* предузети. Међутим, новија емпиријска истраживања *бацају другачије светло* на понашање странака у поступку. Та истраживања доводе у питање основну претпоставку у економским моделима да парничари максимизирају корист, у смислу богатства, и да се понашају на *рационалан начин* ради остварења тог циља. Тако се парничари не упуштају у парницу само ради максимизације богатства, већ и ради остварења других, *некономских*, циљева.<sup>549</sup> Такође, појединци некада туже и покрећу поступке само да би *изразили своја осећања*, или да би неко *чуо за њихове проблеме*, а не да би остварили неку материјалну корист.<sup>550</sup> Затим, избор да ли да се иде на поравнање или на суђење зависи и од *контекста у коме се тај избор врши*. Примера ради, избор између две понуде за склапање поравнања у многоме зависи да ли постоји или не постоји и *трећа понуда за склапање поравнања*.<sup>551</sup>

Сви ови примери указују да појединци не одлучују систематски на основу критеријума очекиваних трошкова и користи од суђења и поравнања.

---

<sup>548</sup> Видети: *ibid.*, стр. 135–159.

<sup>549</sup> Рецимо, у случају *клевете*, основни мотив парничара за упуштање у парницу није економске природе. Мотиви су потпуно другачије природе, попут: враћања репутације, освете, исправљања нечега што тужилац види као лажно, итд. Иначе, истраживање случајева клевете показало је и велико интересовање тужилаца за *АДР* методе решавања спорова. Видети о томе: Randall P. Bezanson, *The Libel Suit in Retrospect: What Plaintiffs Want and What Plaintiffs Get*, California Law Review, Vol. 74, 1986, стр. 789–808.

<sup>550</sup> Видети: Austin Sarat, *Alternatives in Dispute Processing: Litigation in a Small Claims Court*, Law and Society Review, Vol. 10, 1976, стр. 339.

<sup>551</sup> Видети: Mark Kelman et al., *Context-Dependence in Legal Decision Making*, Journal of Legal Studies, Vol. 25, 1996, стр. 287–318.

Постоје и бројни други фактори који детерминишу њихов избор између суђења или поравнања. Управо ти фактори указују да понашање парничара не може бити као што је описано у стандардним економским моделима. Стандардни економски модели указују да ће рационални парничари изабрати преговоре и склапање поравнања, јер је то *јефтинија опција* у односу на суђење. Другим речима, поравнање је алтернатива чијим избором парничари избегавају скупу парницу и тиме доводе себе у бољу позицију него што би били да су отишли на суђење (*Парето побољшање*).

Површном анализом, базираном на стандардним економским моделима, може се доћи до закључка да је висок проценат склопљених поравнања у Америци условљен *понашањем парничара*. Међутим, горенаведени налази емпиријских истраживања доводе у питање овакав закључак. Узимајући то обзир, истраживачи *БПЕ* покушали су да одреде да ли је висок проценат склопљених поравнања условљен *понашањем адвоката*. Другим речима, они су тестирали хипотезу да *адвокати, као група (целина), применом рационалне анализе у избору између суђења и поравнања, доприносе високом проценту склапања поравнања у Америци*. Да би одговорили на ово питање, истраживачи *БПЕ* су спровели *емпиријско истраживање*, чије резултате сумирамо у три тачке.<sup>552</sup> Прво, доказано је да *адвокати другачије процењују одлазак на суђење или поравнање у односу на странке*. Конкретније речено, адвокати *доследније* примењују критеријум одлучивања базиран на очекиваној користи и трошку од суђења и поравнања. Насупрот адвокатима, странке су у већој мери подложне разним *когнитивним и социјално-психолошким факторима*, који одступају од рационалне економске логике засноване на очекиваној користи и трошку. То практично значи да адвокати, мање или више, протежирају *поравнање*, као јефтинију варијанту у односу на суђење. Друго, *пружени су одређени докази да су адвокати способни да утичу на одлуку клијента у вези с избором између поравнања или суђења*. Другим речима, адвокати могу утицати на одлуку клијента да се поравна са другом страном, у ситуацији када клијент можда не би донео такву одлуку. Треће, будући да примењују критеријум одлучивања базиран на очекиваној користи и трошку од поравнања и суђења, *адвокати, у суштини, промовишу ефикасност у решавању спорова*. На основу ових налаза,

---

<sup>552</sup> Видети: Rusell Korobkin, Chris Guthrie, *op. cit.*, 1997, стр. 81–82 и даље.

истраживачи *БПЕ* дошли су до закључка да је улога адвоката кључна, али не и једина,<sup>553</sup> у решавању спорова мирним путем. Конкретније речено, *адвокати, својом рационалном економском анализом случајева и могућношћу утицаја на одлуке клијената, доприносе високој стопи склопљених поравнања у Америци.*

#### *6.8.1. Различити модели саветовања клијената од стране адвоката*

Аутори овог истраживања отворили су још једно важно питање: *да ли поравнање доводи обе стране у бољу позицију у односу на позицију коју би остварили да су отишли на суђење, ако су одлуке о склапању поравнања клијената последице утицаја (њихових) адвоката?* Наиме, као што је познато, *Парето ефикасност* засигурно је остварена ако су странке *добровољно* приступиле преговорима ради склапања поравнања и самом закључењу споразума о поравнању. Но, ако је склопљено поравнање између странака резултат *утицаја адвоката*, питање је да ли је тиме остварена *Парето ефикасност*. На тај начин, отвара се *питање аутономије клијената, као и улоге адвоката у саветовању клијената.* С тим у вези, истраживачи *БПЕ* понудили су другачији *модел саветовања клијента од стране адвоката* у односу на оне моделе које теорија познаје. Но, пре излагања ставова бихејвиориста, потребно је сагледати те општепознате моделе саветовања клијента од стране адвоката.

Према моделу аутономије клијента,<sup>554</sup> *клијент централна фигура у односу адвокат–клијент, при чему се улога адвоката исцрпљује на питањима утврђивања различитих алтернатива које произилазе из случаја и консеквенци тих алтернатива.* Према овом моделу, адвокат би требало да се уздржи од давања било каквих савета у вези с тим како клијент треба да поступи, чак и када клијент то затражи од њега. Овај модел саветовања клијента од стране

---

<sup>553</sup> Клијенти могу бити подстакнути тежњом да бирају адвокате који су изградили *репутацију адвоката који решавају спорове мирним путем.* Тако су *Гилсон* и *Мнокин* доказали да тзв. *мирољубиви адвокати доприносе решењу затвореникове дилеме између странака.* Видети: Ronald J. Gilson, Robert H. Mnookin, *Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation*, Columbia Law Review, Vol. 94, 1994, стр. 509–566. Иначе, затвореникова дилема биће предмет посебног разматрања у наставку текста.

<sup>554</sup> Модел аутономије клијента, као веома утицајан поглед на однос адвоката и клијента, трпи критике од стране оних аутора који истичу да је у пракси адвокат често *приморан* да процењује шта је у клијентовом интересу, као и да изврши одређени притисак да клијент прихвати ту његову процену. Видети: William H. Simon, *Lawyer Advice and Client Autonomy: Mrs. Jones Case*, Maryland Law Review, Vol. 50, 1991, стр. 213–226.

адвоката своди се на то да адвокат мора да посматра случај из перспективе клијента, а не из сопствене перспективе, као и да асистира клијенту само у вези с *процедуралним питањима*.<sup>555</sup> Надаље, постоје модели саветовања који нису толико привржени идеји аутономије клијента, тако да допуштају могућност да адвокат упуту савет свом клијенту, макар у *пријатељском маниру*.<sup>556</sup> Затим, као антипод модела који наглашава потпуну аутономију клијента, постоји модел саветовања који наглашава *активну улогу адвоката у саветовању клијента*. У питању је тзв. *патерналистички модел*,<sup>557</sup> који сугерише да адвокат зна шта је за клијента најбоље, чиме се оправдава његова интервенција у доношење одлуке од стране клијента.<sup>558</sup>

На питање у ком случају постоји неконзистентност у преферирању две опције – *суђење или поравнање*, ниједан од споменутих модела не пружа поуздан одговор. Модел аутономије клијента сугерише да адвокат не може да пружа задовољавајући одговор на ово питање избора, а сличан одговор пружа и патерналистички модел. Ови модели, једноставно речено, игноришу питање избора поравнања или суђења од стране клијента и улоге адвоката у том избору. Међутим, у вези с овим питањем, *на сцену ступају* бихејвиористи, који су развили још један модел саветовања (енг. *cognitive error approach to counseling*),<sup>559</sup> а који истиче активну улогу адвоката у саветовању свог клијента, *али под једним условом*. Тај услов односи се на то да адвокат мора да препозна да ли је различита процена избора суђења или поравнања између њега и клијента последица *когнитивних грешака* клијента или не. Ако јесте, адвокат би требало да преузме активну улогу у саветовању свог клијента ради указивања на

---

<sup>555</sup> Видети: Rusell Korobkin, Chris Guthrie, *op. cit.*, 1997, стр. 127–128, где су изнети наведени ставови *Биндера* и *Прајсове* у прилог моделу аутономије клијента: David A. Binder, Susan C. Price, *Legal Interviewing and Counseling: A Client-Centered Approach*, West Group, 1977.

<sup>556</sup> Овај модел саветовања клијента полази од идеје *ограничене аутономије клијента*, те дозвољава давање, макар, пријатељских савета од стране адвоката. У суштини, овај модел има другачији поглед на идеју аутономије, у смислу да нико од нас није у потпуности аутономан, будући да се сви рађамо у породици и да нас друштво „одгаја“. У ширем смислу, овакво резонување може се применити и на однос адвоката и клијента, те је морална дужност адвоката да одбије захтев клијента који је уперен на доношење штете другој страни или трећем лицу, чак и када је то легитимни интерес клијента. У таквој ситуацији, адвокат треба да покуша да *убеди* клијента да промени курс, упркос ризику губитка клијента. Видети: Thomas D. Morgan, *Thinking About Lawyers as Counselors*, Florida Law Review, Vol. 42, 1990, стр. 447 и на другим местима. Овај модел, у основи, инклинира ка тзв. *патерналистичком моделу*. Видети даље.

<sup>557</sup> Видети о *патерналистичком моделу*: William H. Simon, *op. cit.*, 1991, стр. 213 и 223–224.

<sup>558</sup> Видети, такође: Stephen Ellmann, *Lawyers and Clients*, UCLA Law Review, Vol. 34, 1987, стр. 764.

<sup>559</sup> Видети: Rusell Korobkin, Chris Guthrie, *op. cit.*, 1997, стр. 129–136.



те грешке и нарочито на последице које из њих произилазе. Рецимо, ако адвокат рационално процењује да је поравнање боља опција за клијента, а клијент верује, *због когнитивне грешке у расуђивању*, да је суђење боља опција, тада би адвокат требало да интервенише у доношење одлуке о одласку на суђење или поравнање. Супротно, ако је различита процена адвоката и клијента последица *различите функције очекиване корисности*,<sup>560</sup> тада би адвокат требало да се *уздржи* од интервенције у одлучивање клијента у вези с избором између опције суђења и опције поравнања. Другим речима, клијент може максимизирати очекивану корисност *преферирајући суђење, а не поравнање*, иако адвокат процењује да је поравнање, из угла максимизације богатства клијента, пожељнија опција. На пример, клијент може преферирати суђење у односу на поравнање, јер новцем који очекује да добије на суђењу може *очувати позицију коју је имао пре настанка штете*. Једноставно речено, за клијента суђење представља опцију коју *више преферира* у односу на поравнање. У том случају, адвокат не би требало да утиче на одлуку клијента, јер би том интервенцијом мењао његову функцију очекиване корисности, што се не може сматрати прихватљивим.

Нагласимо<sup>561</sup> да су креатори овог модела саветовања клијента од стране адвоката свесни свих потешкоћа његове примене у *конкретним случајевима*. Они ограничавају његову имплементацију само на оне ситуације када адвокат *заиста* може да препозна когнитивне грешке свог клијента, односно разлике у функцији очекиване корисности између њега и клијента. При том, адвокат би свакако требало да утиче на клијента да одустане од суђења због *минимизације очекиваних укупних друштвених трошкова парничног поступка*. Једноставније речено, ресурси који се троше у случају покретања судског поступка и одласка на суђење јесу ретки и оскудни. Гледано из тог угла, нема никаквог економског оправдања да се износе на суђење они случајеви за које клијент, *као последица*

---

<sup>560</sup> Максимизација субјективне очекиване корисности од стране рационалног појединца јесте стандардна претпоставка у литератури ЕАП. Међутим, због ограничења у когнитивном расуђивању (или когнитивних лимита), понашање појединаца често одступа од рационалног понашања. У такве когнитивне лимите убраја се, рецимо, *ограничена људска рационалност у прикупљању и обради информација*, или *склоност ка претераном (нереалном) оптимизму*. Видети, на пример, Melvin A. Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, Stanford Law Review, Vol. 47, 1995, стр. 213 и даље.

<sup>561</sup> Видети: Rusell Korobkin, Chris Guthrie, *op. cit.*, 1997, стр. 131–136.

погрешног когнитивног расуђивања, верује да морају бити изнети на суђење до доношења правоснажне пресуде. Иако постоје многи случајеви, чије изношење на суђење ради задовољења одређених *емоционалних жеља странака* може бити оправдано,<sup>562</sup> исто тако постоје случајеви за које се таква тврдња не може изнети. Примера ради, такви могу бити случајеви *саобраћајних несрећа*. Они не могу *a priori* добити оправдање за пресуђење, будући да одлазак на суђење може бити последица грешака у когнитивном расуђивању странака. Ако би такав случај доспео на суђење, дошло би до повреде принципа минимизације очекиваних укупних друштвених трошкова парничног поступка. Са економског аспекта гледано, свакако је боље да овакви случајеви буду окончани *поравнањем*, јер се тиме штеде значајни ресурси. *Из тога произилази да интервенција адвоката у одлучивање клијента, а која би допринела оваквом исходу, може имати оправдања.*<sup>563</sup>

Управо су истраживачи *БПЕ* хтели да укажу на овај аспект односа адвоката и клијента. Конкретније речено, на основу емпиријских истраживања, истраживачи су показали у којим случајевима могу постојати когнитивне грешке клијената, и када је интервенција адвоката у одлучивање клијента у вези са избором између поравнања и суђења оправдана.

#### 6.9. Улога осигурања у економском моделу парничног поступка

Претходно развијен економски модел искључивао је једну важну претпоставку – *уговор о осигурању* између тужиоца или туженог, као осигураника, и осигуравајуће куће, као осигуравача. Стога се поставља питање:<sup>564</sup> *какви су подстицаји за покретање парничног поступка, ако полазимо од тога да тужилац има закључен уговор о осигурању од одређених врста штета? С друге стране, и друга страна у парничном поступку, тј. тужени, може имати закључен уговор о осигурању од одговорности. Зато је неопходно испитати и подстицаје туженог у парници, ако се ова чињеница узме у обзир. Ова питања намећу се као важна, будући да укључење*

<sup>562</sup> Рецимо, у случају *клевете или увреде*.

<sup>563</sup> Видети: Rusell Korobkin, Chris Guthrie, *op. cit.*, 1997, стр. 137–141.

<sup>564</sup> Детаљније видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 435–437.

претпоставке о постојању уговора о осигурању у економски модел парничног поступка може битно променити претходно изведене закључке.

### 6.9.1. Подстицаји за покретање поступка у присуству осигурања

Пођимо прво од *тужиоца* и његових подстицаја за покретање парничног поступка, у случају да има закључен уговор о осигурању од одређених врста штета. Претпоставимо да је тужилац закључио уговор о осигурању од штете, у којем се предвиђа да осигуравач има право на *рефундацију* из новчаног износа који је у парници досуђен у корист тужиоца–осигураника. Примера ради, тужилац је претрпео штету од *1.000.000 динара*, али је уговору о осигурању предвиђено да осигуравач може рефундирати онај износ штете који је исплатио осигуранику, ако би осигураник, у улози тужиоца, наплатио штету у парници. Рецимо да је осигуравач исплатио осигуранику *500.000 динара* због претрпљене штете, док је осигураник (тужилац) наплатио целокупну штету од *1.000.000 динара* у парници од друге стране (туженог). На основу таквих претпоставки, следи да је и осигуравач *заинтересован за исход суђења*, јер га уговор о осигурању овлашћује на *рефундирање* износа од *500.000 динара*, који је исплатио осигуранику. По аналогiji, осигуравач може право на рефундирање остварити и ако осигураник закључи *поравнање* с другом страном. С друге стране, претпоставимо да *тужени* има закључен уговор о осигурању од одговорности, за штету у износу од *600.000 динара*. Надаље, пођимо од тога да ће осигуравачи сносити парничне трошкове, као и да ће доносити битне одлуке у парници.<sup>565</sup> Сада можемо дати одговор на питање у вези са подстицајима тужиоца за подизање тужбе. Наиме, речено је да штета тужиоца износи *1.000.000 динара*, и да је, као осигураник, наплатио од свог осигуравача *500.000 динара*. Узимајући у обзир право на *рефундацију осигуравача* (у износу од *500.000 динара*), из претходних чињеница произилази да *тужиочева* очекивана

---

<sup>565</sup> Слажемо се са *Шавеловим* ставом да су ово у приличној мери *реалне претпоставке*, будући да тужилац, због аверзије према ризику, често захтева приликом закључења основног уговора о осигурању покриће не само за претрпљену штету, већ и за парничне трошкове. Управо због тога, а и због *искуства у парницењу*, тужилац овлашћује осигуравача да контролише парницу и доноси битне одлуке. Идентични ставови могу се изнети и за *туженог* и његовог осигуравача. Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 439–440.

вредност од тужбеног захтева износи 500.000 динара, а не 1.000.000 динара. Када је реч о *осигуравачу*, његова очекивана вредност од тужбеног захтева износи, такође, 500.000 динара. С обзиром на претпоставку да сноси парничне трошкове, осигурачеви подстицаји за подизање тужбе и покретање парничног поступка *ослабљени су* у односу на подстицаје тужиоца који би наплатио целокупну штету од 1.000.000 динара у парници. Супротно, пошто не сноси парничне трошкове, тужилац има *јаче* подстицаје за подизање тужбе и покретање поступка, како би остварио додатних 500.000 динара. Сходно томе, из чињенице да осигурање покрива само *делимичан* износ штете, произилазе *конфликтни интереси осигураника и осигуравача*, узимајући о обзир да осигуравач сноси парничне трошкове.<sup>566</sup> Једноставније речено, осигуравач има *слабије* подстицаје за покретање поступка у односу на подстицаје тужиоца који наплаћује целокупну штету, то јест осигураник има *јаче* подстицаје од осигуравача за покретање поступка, будући да очекује додатних 500.000 динара. Дакле, *ако би упоредили подстицаје када у моделу постоји осигурање са подстицајима у стандардном случају (без осигурања), следи да су они у првом случају ослабљени, узимајући у обзир чињеницу да осигуравач доноси одлуку о покретању поступка.*

Даље, ако укључимо у економски модел претпоставку *да тужени има закључено осигурање од одговорности*, претходно изведени закључак о подстицајима осигуравача и тужиоца (осигураника) *битно се мења*. Питање је зашто? Наиме, када тужени има закључено осигурање од одговорности за причињену штету и, при том, тужилац (или његов осигуравач) *зна* да такво осигурање постоји, он је подстакнут да тужи, јер може *сигурно* остварити свој тужбени захтев, тј. може сигурно наплатити своје потраживање. Супротно, када тужилац (или његов осигуравач), *зна* да тужени *нема довољно имовине, или нема имовине уопште*, подстицаји за подизање тужбе готово и да не постоје.

---

<sup>566</sup> Једина могућност јесте да се договоре да *поделе* парничне трошкове, или да тужилац *партиципира* у тим трошковима сходно његовим интересима, у ком случају би осигуравач вероватно пристао да покрене поступак. Но, ови преговори су свакако отежани због постојања *асиметрије информација и трансакционих трошкова преговарања*.

### 6.9.2. Подстицаји за одлазак на суђење или поравнање у присуству осигурања

Када је реч о избору између суђења и поравнања, може настати *конфликтни однос између осигураваача и осигураника*.<sup>567</sup> Ради илустрације, претпоставимо да би на евентуалном суђењу осигураваач тужиоца сносио *1.500 динара* на име парничних трошкова; да и један и други имају исту процену успеха на суђењу (50%); и би да осигураваач добио *6.000 динара* од склопљеног поравнања, односно идентичну суму на име накнаде штете у редовном поступку, док би остатак исплате (по основу поравнања или пресуде) припао тужиоцу (будући да штета износи, рецимо, *10.000 динара*, њему би припало *4.000 динара*). Под оваквим претпоставкама, минимално прихватљив износ поравнања тужиоца и минимално прихватљив износ поравнања његовог осигураваача не би се подударали. Зашто? Да би дали одговор на ово питање, упоредимо њихове очекиване добитке од суђења. Када је реч о *тужиоцу*, његов очекивани добитак од суђења био би  $50\% \times 4.000 \text{ динара} = 2.000 \text{ динара}$ . Узимајући у обзир овај очекивани добитак од суђења у износу од *2.000 динара* и будући да штета, по претпоставци, износи *10.000 динара*, као и да би *6.000 динара* припало осигураваачу на име *поравнања* (од тог износа од *10.000 динара*), *минималан износ на који би тужилац пристао у преговорима око поравнања износио би 8.000 динара* ( $8.000 \text{ динара} - 6.000 \text{ динара} = 2.000 \text{ динара}$ ). Дакле, у преговорима око поравнања, тужилац неће пристати на износ који је *нижи* од очекиваног добитка од суђења (*2.000 динара*), а то му управо омогућава минимални износ поравнања од *8.000 динара*, узимајући у обзир остале претпоставке. С друге стране, *минимално прихватљив износ поравнања осигураваача износио би 1.500 динара*, будући да би његов очекивани добитак од суђења износио идентично:  $50\% \times 6.000 \text{ динара} - 1.500 \text{ динара}$ <sup>568</sup>  $= 1.500 \text{ динара}$ . Када упоредимо минимално прихватљиве износе поравнања тужиоца и његовог осигураваача, јасно видимо да је овај износ *нижи* када је у питању *осигураваач* ( $1.500 \text{ динара} < 8.000 \text{ динара}$ ). Према томе, осигураваач би прихватио *нижи износ* у преговорима око поравнања у односу на осигураника (тужиоца), с

<sup>567</sup> Видети о овој теми заједно са примерима који су послужили као основа за адаптиране примере у овом раду у: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 437–439.

<sup>568</sup> Да поновимо, *осигураваач сноси парничне трошкове*.

обзиром на то да би на евентуалном суђењу управо он, а не осигураник, *сноси парничне трошкове*. Најзад, ако тужилац *не би био осигуран*, његов очекивани добитак од суђења износио би:  $50\% \times 10.000 \text{ динара} - 1.500 \text{ динара}^{569} = 3.500 \text{ динара}$ , што значи да би то био *минимално прихватљив износ поравнања*. Примећујемо да се овај износ од *3.500 динара*, у случају да тужилац *није осигуран*, налази између претходно наведених износа (*8.000 динара* и *1.500 динара*), *када је тужилац осигуран*.

Претходни пример можемо проширити укључивањем *осигураног туженика*. Рецимо да тужени има закључено осигурање од одговорности на износ од *7.000 динара*. Будући да штета износи *10.000 динара*, тужени би платио у нето износу *3.000 динара* тужиоцу на име поравнања или одштете. Пођимо од тога да осигуравач туженог сноси парничне трошкове у износу од *1.000 динара*, и да би први платио *7.000 динара* на име поравнања или одштете. Под оваквим претпоставкама, *минимално прихватљив износ поравнања туженог и минимално прихватљив износ поравнања његовог осигуравача, као и у претходном примеру, не би се поклапали*. Рачуница је идентична. Када је реч о *туженом*, његов очекивани губитак од суђења био би  $50\% \times 3.000 \text{ динара} = 1.500 \text{ динара}$ , *те би његов максимално прихватљив износ поравнања износио 8.500 динара* (будући да осигуравач први плаћа *7.000 динара* на име поравнања или одштете). С друге стране, *максимално прихватљив износ поравнања осигуравача износио би 4.500 динара*, будући да би његов очекивани губитак од суђења износио управо *4.500 динара* ( $50\% \times 7.000 \text{ динара} + 1.000 \text{ динара}^{570} = 4.500 \text{ динара}$ ). Када упоредимо максимално прихватљиве износе поравнања туженог и његовог осигуравача, јасно видимо да је овај износ *нижи* када је у питању *осигуравач* ( $4.500 \text{ динара} < 8.500 \text{ динара}$ ), из чега следи да би он био мање спреман да прихвати поравнање од осигураника (туженог). Најзад, ако тужени *не би био осигуран*, његов очекивани губитак од суђења износио би:  $50\% \times 10.000 \text{ динара} + 1.000 \text{ динара}^{571} = 6.000 \text{ динара}$ , што значи да би то био *максимално прихватљив износ поравнања*. Примећујемо, опет, да се овај износ од *6.000 динара*, у случају да тужени *није осигуран*, налази између претходно наведених износа (*8.500 динара* и *4.500 динара*), *када је тужени осигуран*.

<sup>569</sup> Сада тужилац сноси парничне трошкове.

<sup>570</sup> Да поновимо, према претпоставци, осигуравач сноси парничне трошкове.

<sup>571</sup> Сада тужилац сноси парничне трошкове.

Такође, овај износ *премашује* износ који би осигуравач прихватио у преговорима око поравнања, што значи да би *осигуравач био мање спреман да се поравна од неосигураног туженог*.

Да сумирамо. *Када има осигурања у моделу*, осигуравач тужиоца више је спреман да се поравна од тужиоца осигураника, док је осигуравач туженог мање спреман да се поравна од осигураног туженог. *Када нема осигурања у моделу*, осигуравач би био мање спреман да се поравна од неосигураног туженог, док би осигуравач био више спреман да се поравна од неосигураног тужиоца. И у једном и другом случају, вероватноћа склапања поравнања креће се у истом смеру, те се не може изнети закључак да *укључење осигурања у економски модел* доводи до битних промена по питању вероватноће склапања поравнања, односно одласка на суђење у односу на стандардни модел без *осигурања*.

Напоследку, ваљало би нагласити да, генерално узев, присуство осигурања *смањује подстицаје за трошење у парници*, будући да осигуравачи, према претпоставци, *сносе укупне парничне трошкове, али не могу да присвоје целокупан добитак на основу пресуде*.

Све у свему, подстицаји за покретање поступка, када у моделу постоји осигурање, јесу ослабљени, узимајући у обзир чињеницу да осигуравач доноси одлуку о покретању поступка, да сноси парничне трошкове и да не постоји могућност договора између њих због трошкова преговора или асиметрије информација.<sup>572</sup> С друге стране, подстицаји за подизање тужбе јачају, ако је тужени осигуран од одговорности. Када је реч о трошењу у парници, осигурање, генерално гледано, слаби подстицаје за тим.

### *6.9.3. Дивергенција друштвених и приватних интереса за закључење уговора о осигурању*

Уговор о осигурању, као и сваки други уговор, последица је *аутономије воља двеју страна* – осигуравача и осигураника. Узимајући то у обзир, и ако уговор о осигурању не генерише неке *негативне екстерне ефекте*, рецимо, не

---

<sup>572</sup> *Шавел* тврди да би и могућност договора између осигураника и осигуравача довела до истих резултата по питању подстицаја за покретање поступка (осигуравач има слабије подстицаје да покрене поступак од тужиоца). Разлика може настати једино ако тужилац *има аверзију према ризику* (што је реална претпоставка, јер у супротном не би закључио осигурање), када не би хтео да се упушта у парницу, попут осигуравача. Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 439, фуснота бр. 34.

доводи до повећања обима парничења, може се сматрати да постоји подударност друштвених и приватних интереса у вези са закључењем уговора о осигурању. Но, *питање је када постоји дивергенција тих интереса и да ли је државна интервенција оправдана у том случају?*<sup>573</sup>

У теорији економске анализе права,<sup>574</sup> указано је да државна интервенција у уговорне односе осигураваача и осигураника не мора нужно бити ефикасна. Иако на први поглед делује оправдана државна интервенција путем законских норми које, рецимо, прописују да осигураваач мора у преговорима око поравнања са другом страном заступати интересе осигураника као да је осигуран за целокупну, а не за делимичну штету, ипак она може довести до негативних импликација. Наиме, ако осигураваач и осигураник слободно исказаном вољом закључе уговор о осигурању који укључује неки вид заштите осигураваача од моралног хазарда осигураника, као што је рецимо, франшиза, тада законска интервенција у овај вид уговорних односа може само пореметити однос две стране и то на штету осигураника. Конкретније речено, последица споменуте законске интервенције може бити *повећање цене осигурања*, што свакако није у интересу осигураника, ради чијих интереса је ова интервенција и уведена. Чињеница да осигураваач сноси све парничне трошкове, али не и целокупан очекивани добитак, неће се нужно негативно одразити на интересе осигураника, који је, између осталог, и пристао на тај вид уговарања. Присилити осигураваача на тужи онда када нема подстицаја да то чини, чак и ако тужилац то жели, значи вршити принуду над слободно исказаном вољом двеју страна. Осигураник је пристао на такав уговор, а с друге стране, такве уговорне одредбе, као што је речено, спречавају друге негативне појаве (морални хазард, преваре).

Све у свему, државна интервенција у уговорне односе осигураваача и осигураника, као што пример показује, не мора нужно бити оправдана, гледано из економске перспективе.

---

<sup>573</sup> Детаљније о овој теми: Alan O. Sykes, "Bad Faith" Refusal to Settle by Liability Insurers: Some Implications of the Judgement-Proof Problem, *Journal of Legal Studies*, Vol. 23, 1994, стр. 77–110.

<sup>574</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 440–441.



## ДРУГИ ДЕО

### ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА НЕПОСРЕДНОГ ПРЕГОВАРАЊА

Као што је у првом делу рада споменуто, америчка правна литература<sup>575</sup> препознаје следећу класификацију метода решавања спорова: *адјудикативни метод*, који укључује трећу страну – судију или арбитра; *консензуални метод*, који се класификује на: преговарање, медијацију, концилијацију (мирење) и друге методе; *комбиновани или мешовити метод*, под којим се подразумевају: медијација-арбитража (енг. *med-arb*), мини-парница (енг. *mini-trial*), рана неутрална евалуација (енг. *early neutral evaluation*) и остали методи.

У овом (другом) делу рада обрађујемо *непосредно преговарање* – метод који *искључује* учешће трећег лица у решавању спора. Посебно нас интересује који су то *фактори* који доприносе (не)ефикасности непосредног преговарања и какав је однос овог *АДР* метода према другим методима решавања спорова у погледу *ефикасности* (онако како смо је у првом делу рада дефинисали). При том, акценат стављамо на однос *непосредног преговарања* и *парнице*, то јест, *поравнања*, као исхода непосредног преговарања, и *пресуде*, као исхода суђења. С тим у вези, у првом делу рада испитивали смо подстицаје које рационалне странке имају по питању избора између (*склапања*) *поравнања* и *одласка на суђење*. У том делу рада прихваћена је имплицитна претпоставка да странке могу *одмах* и, у принципу, *без великих тешкоћа* склопити поравнање. То је била радна претпоставка која је послужила датој сврси проучавања избора између склапања поравнања и одласка на суђење. Но, узимајући у обзир чињеницу да је непосредно преговарање *динамичан* и *комплексан процес*, оно захтева посебну елаборацију, базирану на модификованим претпоставкама. Управо ће овај део рада бити посвећен процесу непосредног преговарања и, нарочито, испитивању *фактора* који у том процесу доприносе (не)ефикасном закључењу поравнања.

---

<sup>575</sup> Видети: Leonard L. Riskin, James E. Westbrook, *Dispute Resolution and Lawyers*, Second Edition, American Casebook Series, West Group, St. Paul, Minn., 1998, стр. 2–6.

## ГЛАВА 1

### ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ НЕПОСРЕДНОГ ПРЕГОВАРАЊА

У овој глави биће изложени појам, врсте и основне карактеристике *непосредног преговарања*, да би у наставку (у другој глави) приступили испитивању *економских импликација* овог метода решавања спорова, тако што ћемо модификовати неке од претпоставки економских модела које су биле прихваћене у првом делу рада. Испитивање економских импликација непосредног (директног) преговарања између странака у спору представља *срж* овог рада, наравно, поред економских импликација осталих алтернативних метода решавања спорова (медијације, арбитраже и хибридних метода).

#### *1. Појам, карактеристике и врсте преговарања*

Генерално гледано, *непосредно преговарање* може се дефинисати<sup>576</sup> као *процес* у којем учествују две стране са намером да постигну споразум око спорне или потенцијално спорне ствари. Ради се о најосновнијем и неформалном методу решавања спорова, који се среће на скоро свим нивоима људске интеракције, од породице, до пословних активности.<sup>577</sup> Суштинска разлика између непосредног преговарања и осталих *АДР* метода решавања спорова огледа се у *аутономији* са којом стране располажу у погледу постизања обострано прихватљивог споразума.<sup>578</sup> Наиме, кад је реч о непосредном преговарању, стране *самостално* приступају решењу постојећег или потенцијалног спора, *без интервенције неутралног трећег лица*. Из тог разлога се у литератури<sup>579</sup> користи термин *директни (непосредни) преговори сукобљених*

<sup>576</sup> Дефиниција преузета из: Jacqueline M. Nolan-Haley, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 1991, стр. 13.

<sup>577</sup> Видети: John S Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, *Negotiation*, University Casebook Series, The Foundation Press, Westbury, New York, 1996, стр. 1.

<sup>578</sup> *Ibid.*

<sup>579</sup> Видети: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, 2009, *op. cit.*, стр. 214.

страна, за разлику од *посредних преговора*, који подразумевају учешће неутралне треће особе са ауторитетом доносиоца одлуке. То не значи да треће лице доноси *коначну одлуку* којом решава спорну ствар, већ да *помаже* странама да дођу до заједничког споразума. Често се истиче<sup>580</sup> да треће лице мора разумети *суштину* и *динамику* преговарачког процеса, како би исти резултирао успешним исходом.

Под преговарањем подразумева се и ситуација у којој *адвокати* преговарају и име и за рачун својих клијената. У том случају, говори се о тзв. *преговарању у правном смислу* (енг. *legal negotiation*),<sup>581</sup> за разлику од других врста преговарања. Та врста преговарања специфична је по томе што подразумева комплексан и динамичан однос адвоката и клијента. Конкретније речено, адвокат мора проникнути у суштину интереса и циљева свог клијента, тј. мора помоћи клијенту у дефинисању посебних интереса и циљева који ће бити предмет усклађивања са интересима и циљевима друге стране у току преговора. Даље, у току преговарања, адвокат мора стално да *информише* свог клијента о чињеницама везаним за процес преговора, као и да поступа у најбољем интересу свог клијента. Најзад, ако је адвокат успешно окончао преговарање са адвокатом друге стране, коначно прихватање споразума јесте у надлежности његовог клијента. Клијент одлучује да ли ће одређени споразум бити прихваћен или не.

У литератури<sup>582</sup> се издвајају још неке карактеристике непосредног преговарања, као посебног метода решавања спорова. Прво, непосредно преговарање је *добровољно*, тј. стране сопственом вољом приступају овом процесу, без икакве принуде да тако морају поступити. Друго, процес непосредног преговарања је *неформалан*, тј. не одвија се по унапред и јасно утврђеним правилима или процедури. Стране у сукобу могу слободно креирати правила по којима ће се одвијати процес преговора и нису, а и не могу бити, везане унапред дефинисаним резултатом. Чињеница да непосредно преговарање није везано унапред одређеним резултатом последица је *различитих*

---

<sup>580</sup> Видети: Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 13.

<sup>581</sup> О појму и карактеристикама правног преговарања, видети: *ibid.*, стр. 12.

<sup>582</sup> Видети: Robert H. Mnookin, *Alternative Dispute Resolution*, Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper Series, Paper 232, 1998, доступно на: [http://lsr.nellco.org/harvard\\_olin/232/](http://lsr.nellco.org/harvard_olin/232/)

*преговарачких способности* сукобљених страна или њихових заступника.<sup>583</sup> Другим речима, у процесу преговора, стране теже да остваре сопствене интересе и потребе, а то умногоме зависи управо од њихових, односно преговарачких способности адвоката. Зато се сматра да финални исход непосредног преговарања не може бити унапред познат, већ се разликује од случаја до случаја, у којима се испољавају различите способности страна које преговарају. Најзад, непосредно преговарање је углавном *приватног карактера*, без учешћа стручне или шире јавности.

Поред основне поделе преговора на *посредне и непосредне*, у теорији се наводе и даље класификације *непосредних преговора*. Постоји подела<sup>584</sup> непосредних преговора по томе да ли стране преговарају око неког будућег догађаја или догађаја који је већ настао. Конкретније речено, у првом случају ради о тзв. *пословним преговорима* (енг. *transactional negotiation*), као што су рецимо преговори између послодавца и радника око закључења уговора о раду, или преговори око закључења дугорочног уговора о закупу. Код пословних преговора, ако је битно за преговараче да очувају постојеће пословне односе, стратегија преговарања мора бити усмерена у том правцу. У другом случају, ради се о тзв. *преговорима о спору* (енг. *dispute resolution*), када стране преговарају ради окончања спора који је већ настао, попут преговора две уговорне стране због кршења уговорних обавеза, или преговора због наношења физичких повреда. Преговори о спору могу се окончати успешно – склапањем уговора о поравнању, а у супротном, могу довести до покретања или наставка парничног поступка. Додајмо<sup>585</sup> да постоје и непосредни преговори када стране преговарају ради окончања спора који је већ настао, *али који се не завршавају споразумом као у претходном случају*, већ представљају основу за настанак нових пословних односа. Даље, у теорији<sup>586</sup> се наводи подела непосредних преговора на *дистрибутивне и интегративне преговоре*. *Дистрибутивни*

---

<sup>583</sup> Видети: Edward Brunet, Charles B. Craver, *Alternative Dispute Resolution: The Advocate's Perspective, Cases and Materials*, Contemporary Legal Education Series, Charlottesville, Virginia, 1997, стр. 27.

<sup>584</sup> Видети: Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, 13–15.

<sup>585</sup> Видети: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 215.

<sup>586</sup> Видети: John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, *Process of Dispute Resolution, the Role of Lawyers*, second edition, University Casebook Series, The Foundation Press, Westbury, New York, 1996, стр. 131–133. У даљем тексту: John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, 1996a.

*преговори* односе се на ситуацију када не постоји добитак који стране могу заједнички поделити путем преговора.<sup>587</sup> Било који предлог споразума доводи до побољшања почетне позиције једне стране и погоршања почетне позиције друге стране. Другим речима, у питању је *конкурентна ситуација*, када добитак једне стране истовремено представља губитак за другу страну. Речником теорије игара,<sup>588</sup> овде је реч о тзв. *игри нулте суме* (енг. *zero-sum game*), у којој је укупна исплата по окончању игре, а која представља збир вредности исплате игре за оба играча, једнака нули. С друге стране, *интегративни преговори* подразумевају ситуацију у којој постоји заједнички добитак који стране у конфликту могу поделити путем преговора.<sup>589</sup> У теорији игара<sup>590</sup> ова ситуација означава се као *игра ненулте суме* (енг. *non-zero sum game*), у којој добитак једне стране не значи губитак за другу страну, већ обе стране могу бити или на добитку или на губитку.

## 2. Значај информација у преговарању

У одељцима у којима је, са економског аспекта, разматрана добровољна и принудна размена информација између парничара, као и ефикасност тих метода преноса информација у вези с одласком на суђење или поравнање, није обрађено *питање стратегијског утицаја информација, перцепције информација и формирања претпоставки у контексту преговарања*. Будући да у овом делу рада улазимо у сложену анализу преговарања, као посебног и најнеформалнијег метода решавања грађанскоправних спорова, неопходно је претходно проучити истакнута питања.

### 2.1. Стратегијски утицај информација

Процес преговарања, у свом основном облику, подразумева, пре свега, пренос *информација* између преговарача. Пренос информација између преговарача чини саму *срж* процеса преговарања. Питање се поставља: *зашто су у овом процесу информације толико битне?* Један од одговора везује се за

<sup>587</sup> *Ibid.*, стр. 131.

<sup>588</sup> Видети: Божо Стојановић, *op. cit.*, 2005, стр. 56.

<sup>589</sup> Видети: John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, *op. cit.*, 1996а, стр. 131.

<sup>590</sup> Видети: Божо Стојановић, *op. cit.*, 2005, стр. 56.

*стратегички утицај (или ефекат) самих информација. У чему се огледа тај стратегијски утицај? Наиме, када се размишља о преговарању, уобичајено се полази од тога да би преговарачи требало да обострано размене информације о захтевима, ставовима, очекивањима, предностима и слабостима, потребама, итд. Само размена информација о захтевима, потребама и другим карактеристикама, може омогућити да се преговори између страна успешно одвијају. Но, овај претходни став није и не може бити апсолутног карактера. Другим речима, постоји могућност да једна страна *игнорише информације* које се односе на потребе и друге карактеристике друге стране. У вези с тим, поставља се питање: да ли постоји и какав је утицај таквог игнорантског става једне стране на процес и исход преговора? Другим речима, да ли *незнање* једног преговарача нужно значи да је он у инфериорном положају у односу на другог преговарача који је боље информисан? На овом месту, наводимо једно истраживање из 1980. године, а које пружа одговор на постављено питање.<sup>591</sup> Резултате тог истраживања можемо сажети у четири тачке. Прво, уколико постоји неједнака расподела информација између преговарача, у смислу да је један информисанији од другог и да он зна да је други мање информисан, и под претпоставком да одређена норма налаже да стране морају бити подједнако информисане, *информисанији преговарач ће покушати да пружи информацију у вези са структуром исплате другом преговарачу*. Подстицај за такво понашање лежи у покушају информисанијег преговарача да наведе мање информисаног да *сними ниво аспирације у преговорима* и да норму која налаже једнаку дистрибуцију информација схвати крајње озбиљно. То значи да је мање информисани преговарач у одређеној предности у односу на информисанијег преговарача. Друго, присуство информација о структури исплате може утицати, генерално гледано, на то да се *повећа предвидивост очекивања или аспирација* преговарача у вези с том исплатом. То практично значи да поседовање информације о структури исплате омогућава једној страни да лакше предвиди процену друге стране у вези с том исплатом у односу на ситуацију када такве информације не би било. Према томе, *само присуство информација може штетити преговарачима у процесу преговарања, будући да њихова очекивања и**

---

<sup>591</sup> Видети: Donald L. Harnett, Larry L. Cummings, *Bargaining Behavior*, Dame Publications, Houston, Tex., 1980, стр. 164–165.

*аспирације бивају више предвидива.* Треће, утврђено је да количина информација о структури исплате коју поседују преговарачи утиче на њихову склоност ка ризику за остварење зараде. Другим речима, уколико преговарач поседује *мању количину информација* о структури исплате у датом преговарачком контексту, имаће *већу* склоност ка преузимању ризика за остварење успеха. Дакле, *мања количина информација повећава склоност ка ризику и, самим тим, утиче на исход преговора.* Коначно, *утврђено је да постоји негативна корелација између количине доступних информација и нивоа аспирација преговарача.* Наиме, уколико један преговарач поседује *већу количину информација* о структури исплате другог преговарача, и под претпоставком да је пре отпочињања преговора имао *ниска очекивања* по питању исхода преговора, истраживањем је утврђено да та *већа* количина информација *повећава* његову преговарачку моћ и, самим тим, *повећава* очекивања по питању исхода преговора. Обрнуто, онај преговарач који је имао *висока* очекивања пре преговора, у присуству додатних информација, *снижава* та очекивања.

### **3. Теорија игара и преговарање**

Претходно споменута *теорија игара* заслужује посебну пажњу када је у питању непосредно преговарање као метод решавања спорова. Поставља се основно питање: *шта проучава теорија игара и на који начин може послужити у анализи процеса преговарања?* У домаћој литератури која се бави овом проблематиком наводи се неколико дефиниција теорије игара, од којих издвајамо једну *ширу* дефиницију: „Теорија игара представља математичку формализацију и анализу процеса рационалног одлучивања у условима усаглашених интереса учесника у игри, конфликта или делимичног конфликта њихових интереса, као и у околностима ризика и неизвесности“.<sup>592</sup> Једноставније речено, теорија игара јесте дисциплина која на формалан начин проучава конфликте, али и сарадњу (кооперацију) између *рационалних играча*, у условима неизвесности и ризика.<sup>593</sup> При том, рационални играчи могу бити

<sup>592</sup> Видети: Божо Стојановић, *op. cit.*, 2005, стр. 50.

<sup>593</sup> Постоје и игре са само *једним играчем*, код којих не постоји класичан сукоб интереса који је окосница игара са два или више играча. Игре са једним играчем означавају се као *проблем*

појединци, као и различити *колективитети* (држава, предузеће и сл.). Можемо навести и следећу дефиницију теорије игара, која, у основи, репрезентује и предмет проучавања ове дисциплине: „Теорија игара се бави формалним изучавањем [процеса] доношења одлука, у којем неколико играча морају донети одлуке које потенцијално утичу на интересе других играча“.<sup>594</sup>

Узимајући у обзир чињеницу да теорија игара налази примену у различитим областима, попут: економије, права, политике, војних наука итд., интересује нас каква је њена улога у процесу решавања спорова путем *преговора*.<sup>595</sup> Будући да у између страна у конфликту постоје супротстављени интереси и да у току преговора повлачење потеза<sup>596</sup> једне стране често зависи од тога како ће се друга страна понашати, јасно је да се избор *стратегије* у процесу преговора показује као веома битан. У теорији<sup>597</sup> стратегија се дефинише као *план развоја игре* којим се унапред спецификује избор једног играча у свим могућим и замисливим ситуацијама са другим играчем. Важно је нагласити<sup>598</sup> да се план развоја игре увек прави у односу на *оčekивано* понашање другог играча, тако да је он у ствари унапред утврђени *одговор* на очекиване реакције другог играча. При том, *оптимална стратегија* јесте она којом играч за себе обезбеђује најповољнији *исход у игри*. *Исход игре или*

---

*доношења одлука* (енг. *decision problem*) и оне нису посебно разматране од стране теоретичара из ове области. Видети: Божо Стојановић, *op. cit.*, 2005, стр. 55.

<sup>594</sup> Видети: Theodore L. Turocy, Bernhard von Stengel, *Game Theory*, CDAM Research Report LSE-CDAM-2001-09, October 8, 2001, стр. 2, доступно: <http://www.cdam.lse.ac.uk/Reports/Files/cdam-2001-09.pdf>

<sup>595</sup> Употребу теорије игара ограничавамо на анализу одлучивања током *процеса преговарања* две стране у конфликту, свесни чињенице да она има широко подручје примене. Такође, основне појмове, као и аналитички апарат теорије игара, користимо само у *мери* нашег предмета интересовања, тј. у мери изучавања алтернативних метода решавања спорова. Детаљније о теорији игара видети у нашој литератури већ цитирану књигу Боже Стојановића, или у страног литератури: Eric Rasmusen, *Games and Information: An Introduction to Game Theory*, Third Edition, Blackwell Publishers Inc., USA, UK, 2001.

<sup>596</sup> Да парафразирамо речи Фон Нојмана (John Von Neumann) и Моргенштерна (Oscar Morgenstern), твораца теорије игара, потез је могућност избора између различитих алтернатива које стоје на располагању сваком од играча и то под условима који су прописани правилима игре (*game*). Правилима се, у основи, дефинише сама игра (почетак игре, број играча, расположиве стратегије, итд). С друге стране, свака посебна прилика у којој се реализује игра од почетка до краја представља *играње (plays)*. Претходно споменути потези, тј. прецизније речено *низ потеза*, представљају *компоненте игре*, док је код играња акценат на *изборима* играча. Наведено према: Божо Стојановић, *op. cit.*, 2005, стр. 51, а где је представљен цитат Фон Нојмана и Моргенштерна из њихове познате књиге у којој су изложени основни појмови, проблеми и предмет изучавања теорије игара, видети: J. V. Neumann, O. Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University Press, Princeton N.J., 1953, стр. 49.

<sup>597</sup> Видети: Божо Стојановић, *op. cit.*, 2005, стр. 52.

<sup>598</sup> Видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 34–35.



*крајњи резултат игре*, а који зависи од комбинација изабраних стратегија играча, има свој конкретан израз у *исплати игре*. Сама исплата игре манифестује се у *новчаном добитку* или *новчаном губитку*.

У теорији игара издвајају се три појма која су релевантна за разумевање процеса преговарања са економског аспекта: играчи (*players*), стратегије (*strategies*) и исплате игре (*payoffs*). Осим прецизне појмовне апаратуре, у теорији игара се подробнија анализа процеса преговарања спроводи на основу тзв. *игре затвореникове дилеме*,<sup>599</sup> која је доживела широку примену у различитим областима друштвених наука. Све расположиве стратегије у овој игри, као и исплате које на основу њих произилазе, приказују се преко *игре у нормалној или стратегијској форми*,<sup>600</sup> или *игре у екстензивној форми*.<sup>601</sup> Будући да отвара питање оптималне стратегије, у игри затвореникове дилеме,

---

<sup>599</sup> У овој игри полази се од тога да постоје два притвореника, за које се сумња да су починила неко кривично дело (нпр. кривично дело крађе). Након хапшења, *осумњичени 1* и *осумњичени 2* смештени су у притворску јединицу, али у *одвојене просторије*, тако да је онемогућен било који вид узајамне комуникације. Иследник покушава да, у изолованим разговорима, издејствује признање од њих, бацајући сумњу са једног на другог. *Признање*, као доказ, показује се као веома битно, будући да постоје само посредни докази да су они починили ово кривично дело. У случају да оба притвореника не признају кривицу, суочиће се, на основу расположивих посредних доказа, са минималном казном затвора у трајању од, рецимо, *једне године* за сваког појединачно. Даље, уколико један (било који) притвореник призна да је крив, а други то не учини, онај који призна добиће *шест месеца казне затвора*, будући да сарађује са органима власти, док онај притвореник који не призна кривицу „зарађује“ *седам година затвора*. Ако би, пак, иследник „подстакао“ *осумњиченог 1* и *2* да признају кривицу, свако би добио по *пет година затвора* (исплате игре за сваког играча, на основу датих стратегија, у теорији игара приказују се *матрицом исплата*). На основу реченог, сваки осумњичени има на располагању две стратегије: *да призна или да не призна кривицу*. Основно питање у овој игри јесте: *која је оптимална стратегија за сваког играча?* Под претпоставком да је *притвореник 2* признао кривицу, као и под претпоставком да је порекао кривицу, за *притвореника 1* најбоље је да призна кривицу. Другим речима, независно од тога да ли је *други играч* признао или није признао кривицу, за првог играча је најбоље да призна кривицу. Сматра је да је признавање кривице *доминантна стратегија* за првог играча, независно од тога шта други чини. Исту логику можемо применити и за другог играча и доћи до истих закључака. Иначе, назив ове веома интересантне игре први је употребио амерички математичар *Алберт Такер*. Видети о игри затвореникове дилеме и њеним ограничењима у контексту преговарања: Michael L. Moffitt, „Disputes as Opportunities to Create Value“, у: Michael L. Moffitt, Robert C. Bordone, *The Handbook of Dispute Resolution*, First edition, Jossey-Bass A Wiley Imprint, San Francisco, United States of America, 2005, стр. 181–183.

<sup>600</sup> *Игра у нормалној или стратегијској форми* приказује стратегије сваког играча, као и исплате које произилазе из избора сваке од могућих стратегија. Исход игре се приказује *одвојеним исплатама* за сваког од играча, а те исплате се најчешће приказује нумерички, при чему већи број показује да играч више вреднује већу исплату и обратно. Игра у нормалној форми најчешће се користи за проучавање *некооперативних игара*. Видети: Theodore L. Turocy, Bernhard von Stengel, *op. cit.*, 2001, стр. 7.

<sup>601</sup> *Игра у екстензивној форми* пружа опис игре у облику *дрвета са гранама и чворовима*. Овом игром описује се редослед по коме играчи играју, као и информације које поседују играчи у свакој тачки (*чвору*) одлучивања. При том, свака *грана* представља једну расположиву стратегију играча. Видети: *ibid.*, стр. 2.

*признавање кривице* јесте доминантна стратегија за оба играча (притвореника). Овакво *решење игре* затвореникове дилеме, у ствари, одражава *равнотежу игре*, тј. може се рећи да постоји одређена *стабилност*, тако да први играч нема разлога да одступи од сопствене стратегије, под условом да се други играч стриктно придржава своје стратегије. Оваква равнотежа у теорији игара означава се као *Нешова равнотежа*. Прецизније речено, Нешова равнотежа представља такво стање у коме ниједан играч променом стратегије не може да побољша сопствену позицију, све док остали играчи не промене своје стратегије. Нешова равнотежа представља комбинацију стратегија које су *узајамно најбољи одговори*.<sup>602</sup> Другим речима, шта год да учини други играч, за првог је најбоље да призна кривицу, и обрнуто. Но, *да ли је Нешова равнотежа ефикасна у смислу Парета?*<sup>603</sup> Парето ефикасност јесте један од концепата ефикасности који се користи у евалуацији равнотежних стања. Да ли у случају затвореникове дилеме, равнотежа игре одражава ефикасност у смислу Парета, то јест, да ли постоји Паретово побољшање? Одговор је да постоји побољшање у смислу Парета, јер су оба играча (притвореника) могла да побољшају сопствене позиције да су, теоретски гледано, изабрала комбинацију стратегија *непризнања кривице*. Но, они нису могли да изаберу ову комбинацију стратегија због претпоставке о немогућности узајамне комуникације и стварања обострано прихватљивог споразума о непризнању кривице.<sup>604</sup> У сваком случају, овим се хтело рећи да Нешова равнотежа не представља *необходно* и равнотежу у смислу Парета.<sup>605</sup>

---

<sup>602</sup> Видети: Божо Стојановић, *op. cit.*, 2005, стр. 122.

<sup>603</sup> Генерано гледано, Парето ефикасност подразумева да је систем *оптималан*, ако се у његовом оквиру ресурси употребљавају тако да ниједна друга алокација ресурса не може повећати производњу било ког добра, односно побољшати положај било ког појединца у расподели, а да се не смањи производња неког другог добра, односно не погорша положај неког другог појединца у расподели. Стање у коме је могуће извршити алоцирање ресурса тако да се побољша нечији положај, а да се при том не погорша ничији положај, назива се *Парето побољшање*. Другим речима, *ако се пронађе начин да неким људима буде боље, а да при том нико други не прође горе, постоји Парето побољшање*. Ако неке алокације ресурса омогућавају Паретово побољшање, онда су оне *неефикасне у Паретовом смислу*. Видети: Vilfredo Pareto, *Manuel d'économie politique*, Paris, 1906.

<sup>604</sup> Питање је да ли би се оба играча придржавала претходно постигнутог споразума о непризнавању кривице.

<sup>605</sup> Затвореникова дилема и, у њеном оквиру, Нешова равнотежа, одражавају једну *парадоксалну ситуацију* – сваки играч понаша се рационално, тј. у свом најбољем интересу, али ипак долази до резултата који, за сваког појединачног играча, није оптималан у смислу Парета. Сваки играч могао је проћи боље него што је стварно прошао, иако се руководио рационалном логиком. Ради илустрације, можемо узети *пример са фудбалске утакмице*. Гледаоци са средине западне

Следеће важно питање јесте: *да ли претходно изведени закључци остају валидни уколико се игра затвореникове дилеме понавља?* Другим речима, да ли превођење претходне статичке форме игре у *динамичку форму* доводи до одређених промена? Одговор на ово питање зависи од тога да ли се игра затвореникове дилеме понавља *неограничен* или *ограничен број пута*.<sup>606</sup> Ако се игра понавља *неограничен број пута*,<sup>607</sup> оптималне стратегије играча јесу да играју *кооперативно*. Ако би један играч играо некооперативно, изложио би се опасности да у следећој поновљеној игри буде кажњен некооперативношћу другог играча. Зато је оптимална стратегија за сваког играча да се понаша кооперативно. Управо та кооперативност доводи до равнотеже игре у смислу Парета. Овај вид стратегије, када се играч понаша кооперативно у садашњој игри под условом да се други играч понашао кооперативно у претходној игри, означава се као стратегија *мило за драго* (енг. *tit-for-tat*).<sup>608</sup> Наравно, да би се остварила равнотежа у смислу Парета, претња кажњавањем мора да буде *кредибилна*, а и само обећање да ће се *pro futuro* играти кооперативно мора бити *кредибилно*.<sup>609</sup> Другим речима, ако би се играчи понашали некооперативно у неком *n-том* периоду, може се очекивати да ће се исто тако понашати и у претходном *n-1* периоду. Овакав резултат игре у теорији игара означава се као *парадокс повратне индукције*.<sup>610</sup>

---

трибине на почетку утакмице устају као би више изразили своје навијачке страсти. Но, за последицу, и гледаоци иза њих приморани су да устану како би уопште могли да виде шта се дешава на терену. Затим, и гледаоци иза тих гледалаца морају да устану и тако редом до краја трибине. Резултат је тај да сви гледаоци морају стајати и посматрати утакмицу на исти начин као да су седели. Према томе, њихова почетна позиција није побољшана (*исто виде*), али сада сви стоје. Седењем би сви навијачи имали исти ниво задовољства од гледања утакмице, што значи да постоји побољшање у смислу Парета, али је оно онемогућено услед отежане комуникације између њих. Логика оваквог понашања изражава се у томе што сваки гледалац размишља да не може утицати на коначно стање, те доноси одлуку да побољша бар сопствену позицију. Будући да сви гледаоци тако размишљају, парадоксално, *сви су, појединачно узев, на губитку*. Из овог примера јасно се види да затвореникова дилема није карактеристика само игре са два играча, већ напротив и игре *са више играча*.

<sup>606</sup> Овде је у питању ограничени или неограничени *временски хоризонт*.

<sup>607</sup> Неограничено временско играње затвореникове дилеме у теорији игара означава се као *Фолк теорема*. Више о томе: Божо Стојановић, *op. cit.*, 2005, стр. 418–420.

<sup>608</sup> Ову врсту стратегије развио је *Роберт Акселрод*, видети: Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, Basic Books, inc., Publishers, New York, 1984.

<sup>609</sup> Да би обећање било *трајно кредибилно*, услов је да садашња вредност добитка *кооперативне* стратегије мора бити већа или једнака садашњој вредности добитка *некооперативне* стратегије. Упоредивањем ове две садашње вредности различитих стратегија долази се до одређене вредности *дисконтног фактора*, који опредељује избор – *играти или не играти кооперативно*. Детаљније о томе: Божо Стојановић, *op. cit.*, 2005, стр. 418–420.

<sup>610</sup> Видети о парадоксу повратне индукције: *ibid.*, стр. 420–422. Но, ако би се вратили на пример са два осумњичена појединца, то би практично значило да уколико врше кривично дело

## 4. Теорија преговарања

### 4.1. Основне поставке теорије преговарања

С обзиром на то да су изложене неке од елементарних поставки теорије игара, сада се прелази на објашњење тзв. *теорије преговарања* (енг. *bargaining*<sup>611</sup> *theory*), која у суштини представља посебну врсту теорије игара. *Теорија преговарања* налази своју примену, између осталог, и у случају постојања *правног спора* између појединаца. С тим у вези, преговарање ћемо сместити у контекст парничног поступка, након подизања тужбе. Као што је познато, исход преговарања јесте *споразум о поравнању*, а да ли ће до њега доћи или не зависи од многих чинилаца, попут: комуникације између странака, висине новчаног износа око кога се преговара, очекиваног исхода суђења, итд. Ако би странке успешно окончале преговарање и *склопиле споразум о поравнању*, то би представљало *кооперативно решење*. С друге стране, некооперативно решење игре преговарања кореспондира са наставком парничног поступка и *одласком на суђење*. Питање које се намеће јесте како доћи *кооперативног решења* игре преговарања.

---

неограничен број пута, стратегија признавања кривице није оптимална за сваког понаособ. Напротив, *стратегија порицања кривице* показује се као оптимално решење у смислу Парета за *осумњиченог 1* и *осумњиченог 2*. Конкретније речено, ако се *осумњичени 2* држи стратегије *мило за драго*, тј. игра кооперативно у првој игри, а онда игра саобразно томе како је *осумњичени 1* одиграо у првој игри, за *осумњиченог 1* најбоље је да игра кооперативно, наравно, зависно од тога да ли је претња кажњавањем *осумњиченог 2* кредибилна, као и да ли одговарајућа вредност дисконтног фактора подстиче *осумњиченог 1* на трајну кооперативност. Но, поставља се питање да ли би се они понашали на овај начин, ако би број понављања игре ограничили на, рецимо, *седам пута*. Да би одговорили на ово питање треба посматрати њихово понашање у последњој, *седмој*, игри. Ако би у тој последњој игри, *осумњичени 1* признао кривицу, то јест, ако би се понашао некооперативно у последњој игри и тиме изиграо споразум о обостаном порицању кривице кога се стриктно подржавао у претходним стадијумима игре, *осумњичени 2* не би био у могућности да примени стратегију *мило за драго*, јер следеће, *осме*, игре нема. Последице таквог понашања јесу да *осумњичени 1* добија шест месеци затвора за признање кривице, а *осумњичени 2* добија седам година затвора за порицање кривице. Будући да *осумњичени 2*, као рационални играч, очекује такво понашање *осумњиченог 1*, он (*играч 2*) добија јак подстицај да *призна кривицу у последњој, седмој, игри*. Идентична логика понашања играча може се очекивати и у претпоследњој шестој игри, затим у петој игри, итд., тј. они ће *признати кривицу* у сваком стадијуму игре, под условом да се игра временски ограничи на одређен број понављања.

<sup>611</sup> *Bargain*, као именица, означава *погодбу*, добар посао. Као глагол, *bargain* значи цењкати се, погађати се. Ми ћемо *bargaining theory* превести слободније као *теорију преговарања*, а не буквално као *теорију погађања*, мада ни тај превод не би био нетачан.

Узмимо један једноставан пример из свакодневног живота са продавцем и купцем половног рачунара.<sup>612</sup> Рецимо да је продавац спреман да прода рачунар по цени од 300 еура, док је купац спреман да плати рачунар по цени од 350 еура. Јасно је да у овој ситуацији постоји простор за погодбу и он се креће у распону између ове две *граничне или резервационе цене*.<sup>613</sup> Тај распон између ове две *резервационе цене* јесте *кооперативни вишак* (енг. *cooperative surplus*), који, у суштини, представља новостворену вредност услед алокације ресурса од ниже ка вишој вредности. Како ће бити подељен кооперативни вишак зависи од стварне цене по којој ће бити продат рачунар.<sup>614</sup> Овај једноставан пример у вези с продајом рачунара показује да суштину процеса преговарања представља *деоба кооперативног вишка*. Подела кооперативног вишка појављује се као *централна тачка* и у процесу преговарања након покретања парничног поступка, с једном малом променом да очекивани исход суђења утиче на *кредибилност претње* сваког од играча. Наиме, речено је да наставак парничног поступка и одлазак на суђење рефлектују *некооперативно решење* игре преговарања у контексту парничног поступка (парнице). Појединачне исплате играча у случају некооперативног решења представљају *вредност њихових претњи* (енг. *credible threats*). У претходном примеру, ако купац и продавац не постигну договор око цене, купац може потрошити новац за куповину других ствари, а продавац може задржати рачунар. У том случају, исплате у случају некооперативног решења игре износе 300 еура за продавца и 350 еура за купца, тако да *укупна вредност некооперативног решења игре* износи 650 еура. Свака од ових појединачних исплата у случају некооперативног решења за купца и продавца представља *вредност њихових појединачних претњи*. С друге стране, ако претпоставимо да је рачунар продат по цени од 325 еура, тј. уколико је остварено кооперативно решење, *укупна вредност кооперативног решења игре* износила би: 350 еура (вредност рачунара од стране купца) + 25 еура (вредност која је остала купцу након куповине)<sup>615</sup> + 325 еура (вредност коју је продавац добио у размени) = 700 еура. Евидентно је да разлика између укупне вредности

---

<sup>612</sup> Ово је модификована верзија примера из: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, 1999, стр. 75–77.

<sup>613</sup> У даљем тексту користимо термин *резервациона цена*.

<sup>614</sup> Уколико је та цена 325 еура, доћи ће до *једнаке* поделе кооперативног вишка. У случају другачијих цена, ради се о *неједнакој* подели вишка.

<sup>615</sup> Претпоставка је да је он толико имао у кешу.

кооперативног и некооперативног решења игре износи 50 еура. У свакој добровољној размени да би се дошло до кооперативног решења игре, сваки играч мора да добије најмање вредност претње у случају некооперативног решења игре. Према томе, теорија преговарања имплицира да је разумно решење<sup>616</sup> преговарања такво да сваки играч добије најмање вредност претње плус једнаку вредност деобе кооперативног вишка, тј. продавац би требало да добије 325 еура, а купац 375 еура. Ово решење постиже се ако се рачунар прода по цени од 325 еура, тако да продавац, у коначном, има 325 еура, док купац има рачунар који је вредновао 350 еура и 25 еура који су му остали након плаћања стварне цене од 325 еура (укупно 375 еура).

#### 4.2. Фактори поделе кооперативног вишка и склапања поравнања

Вратимо се преговарању у правном смислу.<sup>617</sup> Речено је да очекивани исход суђења утиче на кредибилност претње сваког од играча. Да би смо ово разумели неопходно је дефинисати одређене варијабле. Прво, износ који тужилац очекује да добије на суђењу не зависи само од вредности конкретного спора,<sup>618</sup> већ и од индивидуалних напора<sup>619</sup> које улаже у парничном поступку. Аналогно, иста тврдња може се изнети за другу страну у спору, туженог. Те индивидуалне напоре обе стране можемо мерити на основу вредности парничних трошкова, које ћемо означити са  $p_1$  и  $p_2$ . На основу тога може се одредити функција субјективног очекиваног добитка од суђења за тужиоца:  $T_1(p_1, p_2)$ . Овај тужиочев очекивани новчани добитак од суђења заједно са нето

---

<sup>616</sup> Кутер и Јулин користе термин *разумно решење* насупрот *рационалном решењу*. Рационално решење било би такво да продавац, који зна да вредност кооперативног вишка износи 50 еура, не би пристао на цену која је нижа од 349 еура. Другим речима, он би покушао да извуче ту цену, остављајући купцу 1 еуро кооперативног вишка, а задржавајући за себе 49 еура тог вишка. Ово би представљало рационално решење, али не би разумно, јер како наводе Кутер и Јулин резултате емпиријског истраживања, већина људи не би прихватила овакву понуду око цене. Видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, стр. 77, 1999, фуснота бр. 5.

<sup>617</sup> Анализа која следи у вези с основним (и другим) факторима поделе кооперативног вишка и склапања поравнања базирана је на: Robert D. Cooter, Daniel L. Rubinfeld, *op. cit.*, 1989, стр. 1067–1097.

<sup>618</sup> Вредност конкретного спора зависи од тога како право третира конкретни спор, нпр. која су доказна средства потребна да би се извели докази, колики је опсег накнаде штете, итд. Вредност спора зависи и од чињеничних питања, попут нивоа пажње, поштовања уговора, итд. Наравно, странке могу имати различиту перцепцију ових важних чињеничних и правних питања и та перцепција не мора нужно бити тачна.

<sup>619</sup> Рационални тужилац ће потрошити новац на суђењу све док се гранична корист додатног напора не изједначи са граничним трошком тог напора.

износом његових парничних трошкова  $p_1$ , приказује се следећом изразом:  $T_1(p_1, p_2) - p_1$ . Аналогно, функција субјективног очекиваног губитка од суђења за туженог приказује се као:  $T_2(p_1, p_2)$ , док се тужеников очекивани новчани губитак од суђења, укључујући и његове парничне трошкове  $p_2$ , приказује на следећи начин:  $T_2(p_1, p_2) + p_2$ . Управо субјективни очекивани добитак, односно губитак од суђења представља субјективну вредност тужиоцеве, односно туженикове претње. При том, постоје фактори који утичу позитивно или негативно на субјективну вредност њихових претњи. Рецимо, аверзија према ризику показује се као фактор који може повећати или смањити вредност претњи за тужиоца или туженог. Ако је неки парничар више склон ризику, тј. ако има мању аверзију према ризику, подиже се вредност његове претње, чиме јача његова позиција у преговорима, што може резултирати повољним исходом у преговорима.<sup>620</sup> Даље, збир субјективних вредности претњи тужиоца и туженог представља укупну вредност некооперативног решења игре:  $(T_1 - p_1) - (T_2 + p_2)$ . Из ове једначине произилази:  $(T_1 - T_2) - (p_1 + p_2)$ . Но, сваки од играча суочава се са трансакционим трошковима преговарања и њих можемо означити са  $p_{1s}$  и  $p_{2s}$ . Укупна вредност кооперативног решења игре представља разлику између вредности стварне размене између тужиоца и туженог и трансакционих трошкова преговарања. Будући да се у преговорима врши размена економских добара између две стране, нето износ те размене једнак је нули. Сходно томе, укупна вредност кооперативног решења игре своди се на вредност трансакционих трошкова преговарања:  $-(p_{1s} + p_{2s})$ . Разлика између укупне вредности кооперативног и некооперативног решења игре представља кооперативни вишак:  $-(p_{1s} + p_{2s}) - \{(T_1 - T_2) - (p_1 + p_2)\} = -(p_{1s} + p_{2s}) + (T_2 - T_1) + (p_1 + p_2) = \{(p_1 + p_2) - (p_{1s} + p_{2s})\} + (T_2 - T_1)$ . Конкретније речено, ова једначина имплицира да збир разлике између парничних трошкова и трошкова преговарања (први део једначине у спиралној загради) и разлике између

<sup>620</sup> Гравел (Gravelle) је у свом економском моделу (у коме је посебно узео у обзир фактор аверзије према ризику) испитивао ефекте различитих правила алокације парничних трошкова на понуде за склапање поравнања након наступања штете, ниво пажње од стране туженог, вероватноћу наступања штете и очекивану корисност странака. Модел је показао да без детаљних информација о страначким преференцијама и нивоу пажње није могуће проценити ефикасност различитих правила алокације парничних трошкова (енглеског и америчког правила). Видети: Hugh S. E. Gravelle, *Accidents and the Allocation of Legal Costs with an Uninformed Court*, The Geneva Papers on Risk and Insurance, Vol. 14, No, 50, January 1989, стр. 11–25.

субјективних очекивања тужиоца и туженог у погледу очекиване вредности новчане накнаде на суђењу (други део једначине у обичној загради) представља *кооперативни вишак*. С обзиром на то да су трансакциони трошкови преговарања *нижи* од трансакционих (парничних) трошкова суђења, тј.  $(p_1 + p_2) - (p_{1s} + p_{2s}) > 0$ , претходна једначина може се модификовати. Ако би пошли од претпоставке да су трансакциони трошкови преговарања једнаки нули,<sup>621</sup> претходна једначина своди се на:  $(p_1 + p_2) + (T_2 - T_1) = (T_2 + p_2) - (T_1 - p_1)$ . Ова једначина имплицира да у случају кад су трансакциони трошкови преговарања једнаки нули, *кооперативни вишак зависи од очекивања странака у погледу исхода суђења*. Ако су странке *релативно песимистичне* у погледу исхода судског спора, тј. ако је тужиочева вероватноћа у погледу позитивног исхода спора  $P_1$  мања од туженикове вероватноће у том погледу  $P_2$ , односно ако је тужиочева вредност очекиване накнаде штете  $D_1$  *нижа* од туженикове вредности очекиване накнаде штете  $D_2$ , *тужилац ће очекивати нижи добитак него што тужени очекује да ће изгубити*. То практично значи да је тужиочева субјективна вредност очекиване накнаде штете на суђењу  $T_1$  *нижа* од туженикове субјективне вредности очекиване накнаде штете на суђењу  $T_2$ , односно  $T_1 < T_2$ .<sup>622</sup> Супротно, ако *тужилац очекује да ће добити више него што тужени очекује да ће изгубити*, онда је  $T_1 > T_2$ , и ако имају иста очекивања у погледу исхода спора, онда је  $T_1 = T_2$ . Сходно томе, вредност кооперативног вишка зависи од очекивања странака у погледу судског исхода. Ако су странке *песимистичне у погледу исхода суђења* ( $T_1 < T_2$ ), вредност кооперативног вишка *јесте позитивна* и обрнуто. У случају када је вредност кооперативног вишка позитивна, *следи да постоји простор за склапање поравнања*. Према томе, *ако су странке песимистичне у погледу исхода суђења, већа је (позитивна) вредност кооперативног вишка, што даље имплицира да се повећава вероватноћа склапања поравнања*. Исти закључак може се извести и када су *високи трансакциони (парнични) трошкови суђења* и у случају да су *ниски трансакциони трошкови преговарања*. Ове једначине важе под условом да су странке *неутралне према ризику*. Но, поставља се питање: *каква је вредност*

<sup>621</sup> Ово и није баш реална претпоставка.

<sup>622</sup> Из овог се види да је  $T_1 = P_1 \times D_1$ , односно да је  $T_2 = P_2 \times D_2$ .



кооперативног вишка ако странке имају аверзију према ризику и исте информације у погледу исхода суђења? Ако тужилац има аверзију према ризику, следи да је  $T_1 < P_1 \times D_1$ , тј. тужилац очекује да ће добити мање на суђењу. Ако тужени има аверзију према ризику, произилази да је  $T_2 > P_2 \times D_2$ , тј. тужени очекује да ће изгубити више на суђењу. То значи да се разликују субјективне вредности тужиоца и туженог у погледу очекиване новчане накнаде на суђењу, тј. у погледу исхода самог спора. Даља импликација претходно изнетог става јесте да се повећава вредност кооперативног вишка, а као што је речено, када се повећава вредност кооперативног вишка, повећава се и вероватноћа склапања поравнања.

На основу изложеног можемо извести генерални закључак у погледу карактера правне политике подстицања (склапања) поравнања. Наиме, уколико је циљ подстаћи склапање поравнања међу појединцима у друштву, правна политика која тежи том циљу мора бити базирана на следећим елементима: повећању трансакционих трошкова парнице, снижавању трансакционих трошкова преговарања и повећању релативног песимизма странака у погледу исхода суђења.

#### 4.3. Утицај других фактора на вредност кооперативног вишка

Претходну једначину, кооперативни вишак =  $\{(p_1 + p_2) - (p_{1s} + p_{2s})\} + (T_2 - T_1)$ , можемо преуредити и добити следећу једначину:  $(T_2 - T_1) = -\{(p_1 + p_2) - (p_{1s} + p_{2s})\}$ . Као што је речено, ова једначина имплицира да аутоматски долази до склапања поравнања уколико је вредност кооперативног вишка позитивна и обрнуто. Вредност кооперативног вишка, као што једначина указује, зависи од трансакционих трошкова парнице и преговарања, као и од очекивања у погледу исхода суђења од стране парничара.

Сада се разматра утицај појединих варијабли на варијабле из једначине и утврђују импликације у погледу вероватноће склапања поравнања. Рецимо да је, хипотетички гледано, дошло до повећања очекиване накнаде штете. У том случају, долази до промена у очекивањима странака у погледу исхода суђења. Другим речима, повећање очекиване накнаде штете условљава повећање

*оптимизма странака*, тј.  $(T_2 - T_1) < 0$ .<sup>623</sup> Даље, ако је појачана тенденција ка оптимизму странака, услед повећања очекиване накнаде штете, то значи да *расте вероватноћа одласка на суђење*. То је једна врста тенденције која постоји ако су странке *неутралне према ризику*. Но, ако странке имају *аверзију према ризику*, тенденција је другачија у случају повећања очекиване накнаде штете. Наиме, повећање очекиване накнаде штете доводи до тога да суђење постаје *ризичније*, из простог разлога јер је већи улог који странкама стоји на располагању. Ако је суђење ризичније, онда се мењају подстицаји странака које имају аверзију према ризику. Другим речима, у том случају долази до супротне тенденције у погледу очекивања судског исхода, тј. долази до *песимизма*, а који даље условљава *смањење вероватноће одласка на суђење*. Такође, повећањем очекиване накнаде штете, повећавају се индивидуални напори странака на суђењу, што за последицу има повећање вредности другог дела једначине,  $\{(p_1 + p_2) - (p_{1s} + p_{2s})\}$ .<sup>624</sup> Ако се повећава вредност другог дела једначине, тј. ако се повећава разлика између трансакционих трошкова суђења и преговарања, следи да се повећава и вредност кооперативног вишка који је том једначином исказан. Коначна импликација је очигледна – *повећање вероватноће склапања поравнања*. Према томе, повећање очекиване накнаде штете, с једне стране, доводи до *повећања вероватноће одласка на суђење* код странака које су неутралне према ризику. С друге стране, повећање очекиване накнаде штете условљава *смањење вероватноће одласка на суђење* код странака које имају аверзију према ризику. Такође, повећање очекиване накнаде штете доводи до повећања индивидуалних напора странака на суђењу, а самим тим и парничних трошкова. У овом последњем случају, у циљу избегавања *скупљег и ризичнијег суђења*, може се очекивати да ће се рационалне странке окренути склапању *споразума о поравнању*.

<sup>623</sup> Претпоставка јесте да је  $\{(p_1 + p_2) - (p_{1s} + p_{2s})\}$  *позитивна величина*, тј. да су већи парнични трошкови од трошкова преговарања. Сама чињеница да је  $\{(p_1 + p_2) - (p_{1s} + p_{2s})\}$  позитивна величина, из горње једначине  $(T_2 - T_1) = - \{(p_1 + p_2) - (p_{1s} + p_{2s})\}$  произилази да је  $(T_2 - T_1) < 0$ , тј. да је очекивање туженог у погледу губитка *ниже* у односу на очекивање тужиоца у погледу добитка на суђењу. Другим речима, постоји *релативни оптимизам*. То се може исказати следећом неједначином која имплицира да ће доћи до *суђења*:  $(T_2 - T_1) < - \{(p_1 + p_2) - (p_{1s} + p_{2s})\}$ . Аналогно, када постоји *релативни песимизам*, неједначина има следећи облик:  $(T_2 - T_1) > - \{(p_1 + p_2) - (p_{1s} + p_{2s})\}$  и она имплицира да ће доћи до *поравнања*.

<sup>624</sup> Конкретније речено, повећавају се *парнични трошкови странака* услед повећаних индивидуалних напора на суђењу.

## ГЛАВА 2

### СТРАТЕГИЈСКО ПОНАШАЊЕ У ПРЕГОВОРИМА

Претходна анализа указала је да до склапања вансудског поравнања долази ако је вредност кооперативног вишка *позитивна* и обратно. Но, *поставља се следеће питање: шта уколико се странке понашају стратегијски? Да ли заиста одмах долази до склапања вансудског поравнања у случају позитивне вредности кооперативног вишка, како се на први поглед може учинити?* Интуитиван одговор јесте негативан, али је неопходно јасно утврдити *факторе стратегијског понашања*, као и импликације које из таквог понашања произилазе по питању склапања поравнања. У ту сврху, приказаћемо различите *моделе стратегијског понашања у преговорима*, које је развила теорија економске анализе права.

#### **1. Пнгов модел стратегијског понашања странака у преговорима**

##### *1.1. Основне поставке Пнговог модела*

Укључивање *стратегијског понашања странака* у економски модел може довести до важних импликација по питању учесталости склапања вансудског поравнања. При том, важно је нагласити да у проучавању стратегијског аспекта преговарања постоје међусобно различити и сукобљени приступи. Један од њих, који представља *надградњу* већ изложене *Шавелове* економске анализе суђења и поравнања у случају различитих начина алокације парничних трошкова,<sup>625</sup> јесте *Пнгов (I. P'ng) приступ анализи стратегијског*

---

<sup>625</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1982а. У овом раду *Шавел* је моделирао понашање *једног парничара*, не узимајући у обзир *стратегијско понашање оба парничара у узајамној интеракцији*. Поред *Шавела*, постоје аутори који су следили сличан приступ, попут *Познера* или *Бодилија*. Видети Познерово новије издање књиге: Richard A. Posner, *op. cit.*, 1998, стр. 607–616.

понашања у парници.<sup>626</sup> Постоје неколико поставки по којима се *Пнгов* приступ разликује од *Шавеловог* приступа. Прво, *Шавел* је у свом моделу пошао од тога да парница има два стадијума – *први*, када тужилац подиже тужбу и покреће парнични поступак и *други*, који се надовезује на први, када се, *након утужења*, спор окончава склапањем поравнања или се поступак наставља одласком на суђење до доношења правоснажне пресуде. С друге стране, *Пнг* је у свој модел унео и трећу могућност да тужилац *повуче тужбу* након њеног подизања и тиме доведе до окончања поступка. Он је предвидео ову могућност будући да тужилац може подићи тужбу из *стратегијских разлога*, како би *извукао* поравнање од туженог. У супротном, ако тужени не би пристао на поравнање, тужилац би повукао тужбу. *Шавелов* модел није укључивао стратегијски аспект тужиоцевог понашања, што је *Пнг* својим моделом покушао да надомести. Друго, *Шавел* је пошао од основне претпоставке да ће тужилац покренути поступак ако је очекивана вредност од суђења *виша* од вредности очекиваних парничних трошкова. *Пнг* је и ову претпоставку модификовао, јер она не уважава чињеницу да постоје *тужбе негативне вредности*. Другим речима, тужилац би могао покренути поступак чак и у случају да је очекивана вредност од суђења *нижа* од вредности очекиваних парничних трошкова. Разлог је опет *стратегијске природе*. Конкретније речено, тужилац би могао да покрене поступак како би *извукао* поравнање од туженог, чак и у случају да он (тужилац) зна да је очекивана вредност од судске пресуде *нижа* од вредности очекиваних парничних трошкова. Ако у таквој ситуацији тужени не би пристао на склапање поравнања, тужилац би имао *излазну стратегију* – повлачење тужбе и окончање парничног поступка.

У свом раду, *Пнг* истиче<sup>627</sup> да, генерално гледано, анализа која почива на занемаривању стратегијских аспеката понашања тужиоца и туженог поседује *два* основна недостатка. Први недостатак огледа се у непрепознавању правне природе грађанског судског поступка у америчком праву, тј. конкретније речено, у непрепознавању *контрадикторног карактера* тог поступка. Управо такво обележје грађанског судског поступка утиче на одлуку парничара да се

---

Видети такође: Samuel E. Bodily, *When Should You Go to Court?*, Harvard Business Review, Vol. 59, Issue 3, May-June 1981, стр. 103–113.

<sup>626</sup> Видети: I. P. L. P'ng, *Strategic Behavior in Suit, Settlement, and Trial*, The Bell Journal of Economics, Vol. 14, No. 2, 1983, стр. 539–550.

<sup>627</sup> *Ibid.*, стр. 540.

понашају на стратегијски начин. Други недостатак огледа се у препознавању важности *информација* с којима странке располажу. И поред тога што је *Шавелов* модел узео у обзир разлику у процени тужиоца и туженог у погледу вероватноће позитивног исхода суђења у корист тужиоца, као и разлику у процени висине очекиване накнаде штете, питању *асиметрије информација* у том моделу није дат онакав значај какав оно заслужује. Важност асиметрије информација испољава се у стратегијском понашању тужиоца и туженог.

Када је реч о претпоставкама и карактеристикама *Пнговог* економског модела, важна разлика у односу на *Шавелов* економски модел постоји у погледу *понуде за склапање поравнања и самог поравнања*. Будући да је *Пнг* пошао од тога да понуду за склапање поравнања даје *тужени*, та понуда може бити последица *стратегијског промишљања туженог*. Но, *Пнг* није у свему одступио од *Шавела*, јер је прихватио *Шавелову*, иначе, веома рестриктивну претпоставку да је износ за склапање поравнања *егзогено одређен*, тј. да на њега странке не могу да утичу. Затим, следећа претпоставка у *Пнговом* моделу јесте да ниједна страна *неће сносити парничне трошкове* у случају да тужилац повуче тужбу, или у случају да дође до склапања поравнања. Даље, с обзиром на то да је модел базиран на *непотпуним информацијама*, тј. на томе да тужени зна да ли је прекршио одређену правну норму или не, а да тужилац није упознат с том чињеницом, *Пнг* је претпоставио да суд може у поступку да утврди која су лица стварно одговорна. Другим речима, суд може да утврди, и тиме идентификује, ко је од тужених заиста прекршио правну норму, при чему то може да учини, по претпоставци, *без грешке*. Ова претпоставка има одређене импликације на понашање оба парничара, будући да са стопроцентном вероватноћом очекују да ће суд донети пресуду у *корист тужиоца*, ако утврди да тужени није одговоран и супротно, у *корист туженог*, ако утврди да није било повреде правне норме. У вези с овим, оба парничара, по претпоставци, знају колико ће стварно износити у, новчаном изразу, накнада штете. Коначно, *Пнг* је претпоставио да су странке неутралне на ризик, као и да је у питању америчко правило о сношењу парничних трошкова.

## 1.2. Налази *Пнговог* модела

На основу претходно наведених претпоставки, даље се испитује *стратегијско понашање парничара*. Наиме, од више стратегија које тужиоцу и

туженом стоје на располагању, у зависности од изабране стратегије, резултат ће бити другачији. Рецимо, ако тужилац заузме стратегију која се, хипотетички гледано, може означити на следећи начин: *покрени поступак, затим прихвати поравнање ако га тужени понуди, у супротном, иди на суђење*, и тужени заузме стратегију која се, такође хипотетички, може означити на следећи начин: *понуди поравнање без обзира на то да ли си прекршилац норме или не*, резултат укрштања ове две стратегије биће *склапање поравнања*. Другим речима, у случају овог пара стратегија постоји *потенцијална Нешова равнотежа*, чији је резултат *споразум о поравнању*. У моделу, постоји *укупно шест потенцијалних Нешових равнотежа*,<sup>628</sup> чији резултати зависе од релативне вредности параметара, попут: парничних трошкова, износа поравнања и износа накнаде штете на основу пресуде. Генерално гледано, резултати равнотеже требало би да зависе и од тога да ли је тужени заиста прекршилац норме или не, али се у моделу испоставља да тај параметар нема утицаја. Тај параметар нема утицаја, јер тужени врши одабир својих стратегија понашања (потеза) независно од тога да ли је прекршилац норме или није. Конкретније речено, не може се на основу потеза туженог установити да ли је прекршилац норме или није. Даље, у *Нешовој равнотежи* тужени не стиче *никакву предност* над тужиоцем због чињенице да поседује информацију о томе да ли је прекршилац норме или није. Наиме, да је претпостављено да *понашање туженог* одређује да припада групи прекршилаца норми или не припада, тужилац би, у том случају, могао прецизно да установи којој групи *заиста* припада. Примера ради, ако би установио да тужени припада *групи прекршилаца норме*, на основу изнете претпоставке да ће суд утврдити одговорно лице без грешке, произилази да би имао јак подстицај да иде на суђење, на коме би сигурно добио новчану накнаду штете, и обратно. Будући да у моделу није претпостављено да тужилац може, *на основу понашања туженог*, да одреди да ли припада групи прекршилаца норми или не припада,

---

<sup>628</sup> Рецимо, још једна *потенцијална Нешова равнотежа* постоји у случају следећег пара стратегија: тужилац бира стратегију – *тужи, затим иди на суђење, ако тужени да понуду за поравнање, у супротном, повуци тужбу*, а тужени бира – *не нуди понуду за поравнање, без обзира на то да ли си прекршилац норме или не*. У овом случају, узимајући у обзир дату стратегију туженог, тужилац максимизира очекивани добитак бирајући своју стратегију. Подсетимо се да *Нешова равнотежа* постоји у случају када, узимајући у обзир стратегију једног играча (парничара), други играч (парничар) максимизира очекивани добитак бирајући једну од својих могућих стратегија. Свака друга стратегија не би омогућила повољнију исплату за њега.

следи да он (тужилац) у *Нешовој равнотежи* не стиче предност над туженим, нити, као што је речено, тужени стиче предност на тужиоцем због чињенице да поседује важну информацију.<sup>629</sup> Последица тога јесте да тужени бива подстакнут да *сакрије* ту информацију. Можда је то корисно за туженог, али за друштво, као целину, свакако није. Међутим, систем подстицаја је такав да се тужени понаша у правцу *сакривања* важне информације о томе да ли је или није прекршилац правне норме. Управо *Пнгов* економски модел сугерише овакав закључак. Поред тога, модел сугерише и да ће тужилац отићи на суђење ако је очекивани нето добитак од суђења *позитиван*. У супротном, може се очекивати да ће доћи до поравнања или до обуставе поступка.<sup>630</sup> Најзад, модел сугерише да ће доћи до поравнања ако и само ако износ поравнања није *нижи* од тужиоцевог очекиваног добитка на суђењу и није *виши* од туженикових парничних трошкова. Тиме се потврђује конвенционални став – ако је случај новчано вреднији, већа је вероватноћа да ће доћи до суђења. Разлог је крајње једноставан – *тужилац је подстакнут да тужи и иде на суђење*.

## **2. Бебчуков модел суђења и поравнања у случају асиметричних информација**

### *2.1. Основне поставке Бебчуковог модела*

Претходно изложени *Пнгов* економски модел стратегијског понашања у преговорима почивао је на једној рестриктивној претпоставци, коју је и *Шавел* користио, да је износ поравнања *егзогено одређен*. Другим речима, странке не могу преговарати око висине поравнања, већ морају прихватити неки, ван модела, одређени износ поравнања, у случају да је дошло до консензуса између њих. Међутим, *Бебчуков модел суђења и поравнања у случају асиметричних информација*<sup>631</sup> полази од другачије претпоставке – *странке могу преговарати*

---

<sup>629</sup> У *Нешовој равнотежи* парничари имају *разумна веровања* о међусобно изабраним стратегијама.

<sup>630</sup> Када је реч о *обустави поступка*, није увек изван овај резултат, будући да постоје и *тужбе негативне вредности*, на основу којих тужилац жели да издејствује поравнање од туженог, иако зна да га очекује негативан исход на суђењу.

<sup>631</sup> Овај модел сличан је *Мичелијевом економском моделу*, који је приказан у првом делу рада приликом разматрања асиметричних информација. Но, сада дубље улазимо у проблематику преговарања и склапања поравнања, тј. *анализирамо узроке који онемогућавају поделу кооперативног вишка*. Анализа која следи базирана на: Lucian Arye Bebchuk, *Litigation and*

око износа поравнања. Бебчук је износ поравнања инкорпорирао у свој економски модел, тј. прихватио је износ поравнања као *ендогену варијаблу*. Затим, за разлику од неких ранијих радова који су се бавили овом проблематиком,<sup>632</sup> Бебчук је питању информационе асиметрије дао посебан значај. Такође, речено је да је *Пнг* у свој модел укључио асиметрију информација, али с обзиром на измењену претпоставку да *странке могу преговарати око износа поравнања*, Бебчуков модел, ипак, представља проширење претходно изложеног *Пнговог* модела. Генерално узев, својим моделом Бебчук је хтео покаже да асиметрија информација између странака може имати за последицу *несклапање уговора о поравнању*.

У његовом економском моделу, базична претпоставка јесте да, *приликом увећања износа поравнања*, странка мора да балансира између две последице које наступају тим поводом. Једна последица је *позитивна*, у смислу да увећање износа поравнања доноси *корист* странци, под условом да та увећана понуда буде прихваћена од друге стране. Друга последица истог акта је *негативна*, тј. увећање износа поравнања доводи до смањења вероватноће да ће бити прихваћена од друге стране. Даље, следећа претпоставка јесте да *тужени* поседује одређену приватну информацију која није доступна тужиоцу. То може бити, рецимо, информација о *степену кривице* која битно опредељује коначан исход суђења. Другим речима, на основу те информације, тужени може проценити вероватноћу тужиочеве победе на суђењу. Но, тужилац не зна са којом вероватноћом тужени процењује његову победу на суђењу.<sup>633</sup> Ако тужени, на основу информације коју поседује, процењује *са ниском стопом* вероватноћу победе тужиоца на суђењу, у његовом је интересу да информациону асиметрију отклони. Но, у моделу се претпоставља да су трошкови отклањања те информационе асиметрије *веома високи*. У вези с овим, претпоставља се и да је очекивана вредност од суђења за тужиоца *позитивна*, чак иако тужени процењује његову победу са ниском вероватноћом. Ова претпоставка јесте битна, јер ако тужени одбије тужиочеву понуду за склапање

---

*Settlement under Imperfect Information*, Rand Journal of Economics, Vol. 15, No. 3, 1984, стр. 404–415.

<sup>632</sup> Видети: William M. Landes, *op. cit.*, 1971; John P. Gould, *op. cit.*, 1973; и Steven Shavell, *op. cit.*, 1982a.

<sup>633</sup> Тужилац зна само да је процена те вероватноће дистрибуирана са функцијом густине распореда вероватноће  $f(x)$  и кумулативном функцијом распореда  $F(x)$ .



поравнања, тужилац мора да одлучи да ли ће повући тужбу или ће отићи на суђење. Будући да је очекивана вредност од суђења за тужиоца *позитивна*, изабраће опцију одласка на суђење. Када је реч о процесу склапања поравнања, у моделу се пошло од тога да понуду за склапање поравнања први даје *тужилац*,<sup>634</sup> а да тужени може или да прихвати или да одбије ту понуду. Ако је прихвати, долази до поравнања, ако је, пак, одбије, долази до суђења. Најзад, *Бибчук* је претпоставио да су странке неутралне на ризик, као и да је реч о америчком правилу о сношењу парничних трошкова.

Будући да су изложене основне претпоставке на којима је изграђен *Бибчуков* економски модел асиметричних информација, можемо приказати *налазе* који произилазе из таквог модела.

## 2.2. *Налази Бибчуковог модела*

На основу наведених претпоставки, *Бибчук* је установио да ће тужени који процењује са *ниском стопом* победу тужиоца на суђењу, одбити тужиочеву понуду за склапање поравнања. Другим речима, будући да очекује да ће тужилац *изгубити* на суђењу, тужени ће одбити тужиочеву понуду за склапање поравнања, те последица која ће наступити јесте *наставак поступка* до окончања правноснажном судском пресудом. На основу тога произилази да је кључна ствар око склапања поравнања, у ствари, сам *износ поравнања* који нуди тужилац. Конкретније речено, постоји одређени *гранични износ* који опредељује туженог да прихвати или не прихвати понуду за склапање поравнања од стране тужиоца. Основна логика понашања туженог огледа се у томе да ће прихватити поравнање уколико је износ тужиочеве понуде за склапање поравнања *нижи* од његовог очекиваног губитка на суђењу. За њега је боље да плати *мање* на основу поравнања него на основу судске пресуде, укључујући и парничне трошкове. Према томе, тужилац треба да одреди *оптималан износ поравнања* који ће понудити туженом, при чему би, као што је приликом излагања основних поставки модела речено, морао да води рачуна да гранично повећање износа поравнања доноси одређену корист, али да истовремено то повећање

---

<sup>634</sup> Ово је супротна претпоставка у односу на *Пингов модел*, у којем *прво* тужени даје понуду за склапање поравнања.

подиже вероватноћу одласка на суђење. У сваком случају, оптималан износ поравнања постоји ако су гранични трошкови и гранична корист од увећаног износа поравнања *једнаки*. На основу полазне премисе да поседује одређену приватну информацију, следи да ће тужени *прихватити* тужиочеву понуду за склапање поравнања, под условом да та информација њему не иде у прилог и, супротно, *одбиће* понуду, ако је та информација за њега корисна. Рецимо, тужени зна да је *ниска вероватноћа тужиочеве победе на суђењу*, те, сходно томе, одбија тужиочеву понуду за склапање поравнања. Међутим, тужилац не зна приватну информацију која је доступна туженом, тако да ће његова *оптимална понуда* била она коју ће тужени (који процењује тужиочеву победу са ниском стопом) *одбити*. Хипотетички гледано, ако би тужилац *знао* садржину приватне информације, рецимо, *степен кривице туженог*, могао би да *сачини* такву понуду за склапање поравнања коју би друга страна прихватила. Но, с обзиром на то да тужилац не располаже том информацијом, наступиће гореописана последица – *одбијање понуде за склапање поравнања и одлазак на суђење*. Чак и ако би тужени покушао да убеди тужиоца да је његова вероватноћа победе на суђењу *ниска*, тужилац не би имао разлога да му верује. Разлог зашто тужилац не би прихватио ову информацију туженог лежи у чињеници да и онај тужени који зна да је вероватноћа победе тужиоца *висока* жели да се *представи* да је, у ствари, тужени који процењује да је вероватноћа тужиочеве победе *ниска*. *Управо из тих разлога постојећа асиметрија информација може довести до тога да се не склопи поравнање између тужиоца и туженог*.

У свом моделу, *Бибчук* је испитивао и утицај појединих варијабли, као што су висина накнаде штете и износ парничних трошкова, на оптималан износ поравнања и вероватноћу склапања поравнања. С тим у вези, доказао је да *повећање очекиване накнаде штете доводи до повећања тужиоцевог оптималног износа поравнања, као и до смањења вероватноће склапања поравнања*. Такође, доказано је да *повећање парничних трошкова, које тужилац очекује да ће платити, доводи до смањења оптималног износа поравнања, а да повећање парничних трошкова, које тужени очекује да ће платити, може довести до смањења, повећања, или ни до каквог ефекта на оптимални износ поравнања*. У вези с овим, утврђено је да *повећање парничних*

трошкова, које ће сносити било која странка, доводи до повећања вероватноће склапања поравнања. На основу претходних корелација, следи да пропорционално повећање очекиване накнаде штете и збира парничних трошкова обеју странака, неће имати никаквог ефекта на оптималан износ поравнања, нити на вероватноћу склапања поравнања, тј. оставиће ове две варијабле непромењеним. Даље, Бебчук је доказао да мало повећање обима дистрибуције случајне променљиве (процене вероватноће) у интервалу  $(a, b)$ ,<sup>635</sup> повећава оптималан износ поравнања и нема утицаја на вероватноћу склапања поравнања.<sup>636</sup> Објашњење прве корелације, да мало повећање обима дистрибуције процене вероватноће повећава оптималан износ поравнања, лежи у чињеници да повећање обима дистрибуције случајне променљиве (процене вероватноће) доводи до повећања очекиване вредности од суђења за тужиоца, што доводи до смањења његових очекиваних парничних трошкова, за дато повећање оптималног износа поравнања. Друга корелација, да мало повећање обима дистрибуције процене вероватноће нема утицаја вероватноћу склапања поравнања, објашњава се тиме да повећање обима дистрибуције случајне променљиве (процене вероватноће), и поред тога што повећава апсолутни ниво очекиване вредности од суђења за све тужиоце,<sup>637</sup> неће довести до промене релативног односа очекиване вредности од суђења за било која два тужиоца. Коначно, велико повећање обима дистрибуције случајне променљиве (процене вероватноће) у интервалу  $(a, b)$ ,<sup>638</sup> може повећати, смањити или немати утицаја на износ поравнања, и довести до смањења вероватноће склапања поравнања. Објашњење друге корелације, да велико повећање обима дистрибуције случајне променљиве (процене вероватноће) доводи до смањења

<sup>635</sup> Претпоставка је била да је процена вероватноће туженог да ће тужилац победити на суђењу дистрибуирана у неком интервалу  $(a, b)$ . Хипотетички гледано, постоје различити *типови тужених*, тј. тужени са различитим проценама. Тужилац не зна процену вероватноће туженог у погледу његове победе на суђењу, али зна да је она дистрибуирана у овом интервалу са функцијом густине распореда вероватноће  $f(x)$  и кумулативном функцијом распореда  $F(x)$ . Сада се претпоставља да је та процена вероватноће дистрибуирана у интервалу  $(a+e, b+e)$ .

<sup>636</sup> Рецимо, ако је процена вероватноће туженог да ће тужилац победити на суђењу дистрибуирана у неком интервалу  $(.3, .7)$ , повећање обима дистрибуције на интервал  $(.4, .8)$ , повећава оптималан износ поравнања и нема утицаја на вероватноћу склапања поравнања.

<sup>637</sup> Другим речима, тужиоце са различитим проценама вероватноће у погледу победе тужиоца на суђењу.

<sup>638</sup> Рецимо, ако је процена вероватноће туженог да ће тужилац победити на суђењу дистрибуирана у интервалу  $(.3, .7)$ , велико повећање обима дистрибуције било би на интервал  $(.25, .75)$ .

вероватноће склапања поравнања, лежи у чињеници да *ширење дистрибуције* повећава разлику између различитих *типова тужених*, тј. тужених са различитим проценама вероватноће, у погледу очекиваног исхода суђења са њима.

Затим, у свом моделу, *Бибчук* је компаративно испитивао утицај америчког и енглеског правила о сношењу парничних трошкова на вероватноћу склапања поравнања. Налаз до ког је дошао јесте следећи: *вероватноћа склапања поравнања је највећа под претпоставком важења америчког правила о сношењу парничних трошкова и најмања под претпоставком важења енглеског правила о сношењу парничних трошкова*. Објашњење овог налаза слично је последње наведеном објашњењу: што је *већи износ очекиване накнаде штете* који зависи коначног исхода суђења, *већа је разлика између било која два типа тужених*, тј. тужених са различитим проценама вероватноће, у погледу очекиваног исхода (резултата) суђења са њима, *те је већа и вероватноћа одласка на суђење*. Будући да је износ очекиване накнаде штете који зависи од исхода суђења, по дефиницији, *већи у случају енглеског правила у односу на америчко правило, следи да је вероватноћа одласка на суђење већа под претпоставком важења енглеског правила*.<sup>639</sup>

Коначно, *Бибчук* је испитао и утицај *правила које налаже странци да открије приватне информације другој странци* (енг. *discovery rules*). Инкорпорирајући и ово правило у свој модел, доказао је да присилно откривање информација смањује информациону асиметрију и, сходно томе, смањује обим дистрибуције процене вероватноће победе тужиоца, тј. *смањује дистрибуцију различитих типова тужених* (тужених са различитим проценама). На основу реченог произилази да *смањење дистрибуције различитих типова тужених доводи до повећања вероватноће склапања поравнања*. Према томе, *правило које налаже откривање информација, услед смањења дистрибуције различитих типова тужених, повећава вероватноћу склапања поравнања*. У вези с овим, *Бибчук* је упоредио и правило о одговорности за непажњу са правилом о објективној одговорности за накнаду штете, у погледу вероватноће склапања поравнања. Полазиште је следеће: правило које више отклања асиметрију информација повећава вероватноћу склапања поравнања. Будући да правило о одговорности за непажњу захтева *додатни напор* за тужиоца на суду да докаже

---

<sup>639</sup> Ово питање детаљно је разматрано у првом делу рада.

кривицу туженог, исход суђења ће зависити управо од те чињенице.<sup>640</sup> Управо та додатна чињеница доказивања кривице туженог на суђењу, у случају правила о одговорности за непажњу, *појачава информациону асиметрију између странака. Појачана информациона асиметрија смањује вероватноћу склапања поравнања, а то се дешава под претпоставком важења правила о одговорности за непажњу.* Још једном је потврђено да *информациона асиметрија представља једну од кључних детерминанти склапања поравнања.*

С обзиром на то да је политика склапања и промоције поравнања друштвено пожељна, креатори те политике требало би посебно да узму у обзир *питање информационе асиметрије.* Генерално гледано, правне норме, које регулишу поједина питања везана за преговарање и парницу, требало би за последицу да имају *отклањање информационе асиметрије између странака у спору.* Претходно изложени *Бибчуков* економски модел асиметричних информација, *али не само тај,* управо даје такву сугестију. Другим речима, постоје и други модели преговарања који су, такође, базирани на непотпуним информацијама. Један од модела полази од тога да тужилац зна *озбиљност нанете штете,* а да тужени немају ту информацију. При том, постоје *два типа тужилаца,* један тип којем је причињена велика штета, и други тип којем је причињена мала штета. Присуство тужилаца са малом штетом представља *негативну екстерналију* у односу на тужиоце са великом штетом, будући да тужени не могу да идентификују тужиоце са великом штетом, услед чега ће одбити њихове понуде за склапање поравнања, иако су те понуде, у суштини, разумне. Резултат такве информационе асиметрије јесте *повећање учесталости суђења.*<sup>641</sup>

### ***3. Преговарање у сенци права***

#### *3.1. Основне поставке Кутеровог, Марксовог и Мнукиновог модела*

Модел оптимизма, чије смо основне карактеристике приказали у првом делу, у основи, сугерише да ће *претерани оптимизам странака* условити

---

<sup>640</sup> Претпоставка јесте да се правило о објективној одговорности за накнаду штете разликује од правила о одговорности за непажњу само у погледу *чињенице доказивања кривице.*

<sup>641</sup> Детаљније о томе: Stephen W. Salant, *Litigation of Settlement Demands Questioned by Bayesian Defendants*, Social Science Working Paper No. 516, California Institute of Technology, California, 1984.

неуспешне преговоре и, консеквентно, одлазак на суђење. Но, поред претераног оптимизма, који неизбежно условљава суђење, постоје и друге детерминанте које могу довести до суђења. Поред наведеног *Пнговог модела*, који наглашава *стратегијско понашање* странака, и *Бибчуковог модела*, који акцентује *асиметрију информација* између странака, као факторе који утичу позитивно или негативно на вероватноћу склапања поравнања, постоји и модел који је питању дистрибуције кооперативног вишка пришао, на извешан начин, *студиозније*. Ради се о *Кутеровом (Cooter)*, *Марксовом (Marks)* и *Мнукиновом (Mnookin)* економском моделу,<sup>642</sup> који служи за тестирање стратегијског понашања странака у спору. У суштини, овај модел покушао је да одговори на следећа питања: *да ли је поравнање вероватније када су трансакциони трошкови преговарања нижи; да ли је поравнање вероватније када је преговарање ризичније; и да ли је поравнање вероватније у случају већег износа кооперативног вишка?* Модел није пружио другачија предвиђања у односу на модел оптимизма, али је студиозније пришао проблематици преговарања и отворио перспективе у разматрању различитих правних питања.<sup>643</sup>

Када је реч о самом моделу, споменути аутори направили су основну разлику између две врсте спорова, који су објашњени у уводним разматрањима о преговарању. Реч је о споровима који се решавају путем *дистрибутивних, односно интегративних преговора*. Код дистрибутивних преговора, постоји *чиста редистрибуција*, јер се решавањем тих спорова не ствара нова вредност, нити се угрожава постојећа вредност. Ови аутори наводе *покер* као пример некооперативне игре са *чистом редистрибуцијом*. С друге стране, код интегративних преговора, који се односе на *кооперативне игре*, постоји *чиста производња (продукција)*. Као једноставан пример кооперативне игре, аутори наводе *прекид телефонске комуникације*, у ком случају постоји проблем кооперације. Тада је потребно да неко од играча позове да би се поново успоставила комуникација, али до њеног успостављања неће доћи ако оба играча зову у исто време. Ако би играчи поново успоставили комуникацију, били би на добитку, а ако не би успоставили комуникацију, били би на губитку.

---

<sup>642</sup> Видети: Robert D. Cooter, Stephen Marks, Robert Mnookin, *Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior*, Journal of Legal Studies, Vol. 11, 1982, стр. 225–251.

<sup>643</sup> Различите перспективе у разматрању одређених правних питања биће приказане након приказа основних поставки модела.

Узимајући у обзир питање *дистрибуције* и *производње*, аутори су приступили анализи игре преговарања и подели кооперативног вишка. Успешно преговарање представља кључ за размену *удела* оба играча, чиме се остварује *кооперативни вишак*, тј. заједничка вредност за оба играча. Та новостворена заједничка вредност (кооперативни вишак) репрезентује *производњу*, а њена успешност зависи од договора око *дистрибуције*.<sup>644</sup>

Даље, *Кутер*, *Маркс* и *Мнукин* су питање успешног преговарања и поделе кооперативног вишка посматрали у *сенци права*. Поставља се питање зашто баш *преговарање у сенци права*? Генерално гледано, преговарање, као метод решавања спорова, користи се у свакодневним активностима и у различитим врстама конфликта. Но, овде је акценат стављен на спорове и то *правне спорове*.<sup>645</sup> Ако странке не успеју да се успешно договоре око начина решења спора, тј. поделе кооперативног вишка, на сцену ступа *принуда* и спор бива решен судским путем (*суд излази из сенке*, како наводе ови аутори). Питање јесте: *који је заједнички интерес који повезује две стране у спору да приступе мирном решавању спора у сенци права*? Прво, *заједнички удели или улози* странака у спору су одређени, а то могу бити трошкови несрећног случаја, заједничка својина супружника, итд. Друго, заједничка корист од кооперације јасно је дефинисана, рецимо, то могу бити судске таксе, хонорари адвоката, трошкови одлагања поступка, итд. Заједничка корист у виду избегавања споменутих трошкова може се реализовати ако странке нађу начин да поделе гореспоменуте уделе. Ако дистрибуција удела буде успешна, онда ће и *вишак* бити остварен (*производња*). Само преговарање (око поделе удела), аутори посматрају као *размену понуда и контрапонуда* за поделу удела између странака и то у *неколико етапа*. При том, до склапања поравнања долази ако тужиочева понуда (захтев) не прелази туженикову понуду у одређеној етапи (секвенци) преговарања. Преговарање се одиграва у одређеном временском хоризонту, чији крај представља почетак суђења. Ако суђење наступи, преговарање је било неуспешно, што даље имплицира да је део удела (кооперативни вишак)

---

<sup>644</sup> Видети пример са продавцем и купцем половног рачунара у одељку под називом *Теорија преговарања*.

<sup>645</sup> Видети дефиницију спора у првом делу рада, у одељку под називом *Разграничење појма конфликт и појма спор*.

уништен, те је остало да суд изврши принудну редистрибуцију над оним што је остало од удела.

На основу оваквих полазних премиса, аутори су приступили утврђивању *оптималног понашања странака*, што ће бити предмет посебног излагања у наставку текста.

### 3.2. Оптимална понуда за склапање поравнања и оптимална стратегија

Овим моделом дат је одговор на питање *која је то оптимална коначна понуда за склапање поравнања и која је то оптимална стратегија сваког играча*. Прво, оптимална коначна понуда за склапање поравнања зависи од тога колико једна странка у спору очекује да ће друга странка направити *уступак*. При том, ниједна странка *није сигурна* колики ће уступак учинити друга странка, тј. *неизвесност око међусобних уступака постоји*. У вези с тим, аутори су прихватили *концепт рационалних очекивања*, тј. конкретније речено, концепт по коме ће једна странка своја очекивања о понашању друге странке формирати на *рационалној основи*.<sup>646</sup> Пођимо од тога да постоји велики број бракоразводних парница сваке године у којима супружници треба да поделе имовину. При том, постоји одређена *објективна фреквенција* којом супружници, одређених сличних спољашњих карактеристика,<sup>647</sup> прихватају стратегију у поступку за развод брака.<sup>648</sup> Ако субјективна очекивања једне странке (супружника) кореспондирају са датом објективном фреквенцијом, тада су субјективна очекивања странке, у основи, *рационална*. Подразумева се да странке настоје да максимизирају *очекивану корисност* у условима, као што је горе речено, недостатака информација како ће се друга страна понашати, тј. какву ће стратегију заузети. Међутим, иако странке не знају како ће се друга

---

<sup>646</sup> *Концепт рационалних очекивања* јесте важан, будући да омогућава проучавање *равнотежних стања*. Када очекивања не би била рационална, тј. када би била подложна одређеним предрасудама и грешкама, странке би биле изненађене последицама својих избора. У том случају, оне би морале да ревидирају своја очекивања. То практично значи да је равнотежа нарушена, што даље имплицира да концепт *нерационалних очекивања* није погодан за проучавање равнотеже. Из тог разлога су аутори прихватили концепт *рационалних очекивања*.

<sup>647</sup> У питању су карактеристике које се могу *опазити*. Аутори овог модела сматрају да су важне карактеристике које се могу опазити оне које пружају *могућност објашњења* у датом економском моделу.

<sup>648</sup> Аутори модела јачину стратегије мере на одређеној (поједностављеној) *скали јачине стратегија* (енг. *the concept and scale of hardness*). Рецимо, супружничкова стратегија која доводи до суђења може се описати као *јача стратегија* у односу на ону која доводи до преговарања.



странка понашати, оне ипак *знају вероватноћу предузимања различитих стратегија друге стране*. Основна идеја у овој игри јесте да стратегија сваке странке представља *најбољи одговор* на дату стратегију друге странке. Али, стратегије могу бити различите, тј. могу припадати различитим *типовима стратегија*. Рецимо, постоји *тип меке* и *тип чврсте* стратегије које странке могу следити. Циљ је пронаћи *комбинацију стратегија странака која представља најбољи одговор и за једну и другу странку*. Другим речима, у моделу се испитује и тражи *Бајесовска–Нешова равнотежа*.<sup>649</sup> Равнотежа је *Бајесовска*, будући да свака странка бира оптималну стратегију на основу знања о дистрибуцији вероватноћа предузимања стратегија друге странке. С друге стране, равнотежа је *Нешова*, јер за дату стратегију друге странке, прва странка неће ревидирати своју стратегију. Затим, сам процес понуда и контрапонуда одвија се у секвенцама, као што је већ речено. Но, у моделу се посматрају само последње понуде, које су уједно и *коначне понуде* у преговорима, јер ако се странке не усагласе, прекида се преговарање и оне одлазе на суд. На основу датих полазних претпоставки, аутори су дали одговор на питање која је понуда оптимална, и која је стратегија оптимална. Рационални играч ће упутити коначну понуду на основу следећег резона: *гранична корист од малог повећања понуде мора бити изједначена са граничним трошком у виду увећаног ризика од прекида преговора и одласка на суђење*. Према томе, постоји *trade-off* између *малог повећања понуде* и *увеканог ризика од прекида преговора*. Рационални играч, било тужени било тужилац, балансира између ове две граничне величине – мало већег удела у *вишку*, и веће вероватноће одласка на суђење. Рецимо, супружници треба да поделе заједничку имовину у вредности од *1.000.000* динара. Заједничка имовина представља њихов *заједнички удео* који морају поделити. Са *x* се означава *удео тужиоца* (било супруге или супруга) у имовини коју деле. Ако тужилац захтева *x*, и тужени не захтева више од *I – x*, долази до склапања *поравнања*. Ако се са *P(I – x)* означи вероватноћа да тужени неће захтевати више од *I – x*, у том случају вероватноћа склапања поравнања јесте *P*, док је вероватноћа одласка на суђење *I – P*. Очекивана исплата за тужиоца означава се са *W*. Претпоставка је да је тужилац неутралан према ризику. Према

---

<sup>649</sup> Видети: John C. Harsanyi, *Games with Incomplete Information Played by "Bayesian" Players*, Management Science, Vol. 14, Issue 3, November 1967, стр. 159–182.

томе, проблем максимизације за тужиоца може се представити на следећи начин:

$$\max_x P(1-x)x + ((1-P(1-x))W$$

Речено је да је тужиочев удео у заједничкој имовини  $x$ . Међутим, он не зна да ли је то *оптимална понуда* коју ће упутити туженом. Да би утврдио да ли је то оптимална понуда,<sup>650</sup> тужилац ће повисити понуду  $x$  за једну јединицу, рецимо  $1$  динар. Вероватноћа да ће мало увећана понуда бити прихваћена од друге стране износи, као што је речено,  $P(1-x)$ , будући да, у том случају, тужени неће захтевати више од  $1-x$ . Но, повећање понуде за једну јединицу, подиже вероватноћу одласка на суђење на маргини, што се означава са  $p$ . Уколико би дошло до суђења, тужилац се суочава са губитком разлике између исплате на основу поравнања  $x$  и исплате на основу суђења  $W$ . С обзиром на то да је вероватноћа одласка на суђење означена са  $p$ , следи да ризик губитка разлике између исплате на основу поравнања  $x$  и исплате на основу суђења  $W$ , износи  $(x-W)p$ . Сходно томе, оптимална понуда постоји ако је очекивани добитак по основу малог повећања износа понуде,  $1 \text{дин.} P$ , изједначен са ризиком губитка претходне разлике,  $-(x-W)p$ . То се може записати као:  $0 = -(x-W)p + 1 \text{дин.} P$ . Да би тужилац могао да утврди да ли је  $x$  оптимална понуда, онда  $x$  мора да задовољи претходну једначину.

С друге стране, до *оптималне стратегије* долази се на идентичан начин као до оптималне коначне понуде за склапање поравнања.<sup>651</sup> Рецимо да постоје два типа стратегија, *чврста* и *мека*. Ако би рационални играч заузео чврсту стратегију, могао би очекивати већи удео у вишку, али би се изложио опасности прекида преговора и одласка на суђење. Ако би оба играча заузела чврсту стратегију, суђење је неизбежно. Према томе, и овде постоји *trade-off* између већег удела у *вишку* и ниже вероватноће склапања поравнања, те је неопходно да странке балансирају између ових граничних величина. Видимо да је оптимална стратегија једне странке базирана на очекивању коју ће стратегију

<sup>650</sup> По аналогији, овакав систем утврђивања оптималне понуде важи и за *туженог*.

<sup>651</sup> Математички гледано, оптимална стратегија се израчунава на исти начин као и оптимална понуда. Логично, једина разлика јесте у ознаци варијабле  $x$ , која је представљала *заједнички удео* који треба поделити (удео у имовини супружника), у случају оптималне понуде. У случају оптималне стратегије, варијабла  $x$  тумачи се као *индекс јачине стратегије*.

друга странка да предузме и обратно. Питање које се намеће јесте на који начин ће се оптималне стратегије тужиоца и туженог *поклопити истовремено*? Одговор јесте да је, у *првом кораку*, неопходно да странка изврши спецификацију очекивања о типовима стратегија друге странке, при чему ће се оправданост тих стратегија потврдити у *другом кораку*. С обзиром на то да су аутори прихватили *концепт рационалних очекивања*, потврђивање оправданости једне стратегије јесте могуће у наредном кораку. Примера ради, ако се занемари принципал–агент проблем, адвокат једне странке може ревидирати своја очекивања у погледу једне стратегије у следећем сличном случају, уколико се дата стратегија показала неуспешном. Другим речима, *процесом учења* странке, и нарочито њихови адвокати, могу своја погрешна субјективна очекивања уподобити са објективним очекивањима. Концепт рационалних очекивања управо омогућава да се субјективна очекивања уподобе са објективним, што даље имплицира да је могуће тражити равнотежу у случају *истовременог* одлучивања о коначним понудама странака у условима неизвесности и ризика.

### 3.3. Предвиђања Кутеровог, Марксовог и Мнукиновог модела

На основу датих претпоставки и усвојених концепата, аутори су дали своја *предвиђања* у вези с повећањем или смањењем вероватноће склапања поравнања, тако што су израчунали директне ефекте промене одређених варијабли на понуде странака. При том, важно је нагласити да је у овом моделу усвојен концепт по коме *директни ефекти одређених промена надмашују индиректне ефекте тих истих промена*. Овај концепт изведен је по аналогији са *теоријом цена*, када повећање цене доводи до смањења тражње, јер ефекат супституције надмашује ефекат дохотка.<sup>652</sup> Другим речима, ефекат дохотка је мали или има исти знак као и ефекат супституције, тако да је *a priori* могуће предвидети утицај промене цене на тражњу. *A posteriori*, ово важи за ефекте промене одређених варијабли (које се могу *посматрати*) на понуде странака, а

---

<sup>652</sup> Детаљније о односу ефекта супституције и ефекта дохотка у зависности од врсте преференција, видети: Хал Р. Варијан, *Микроекономија: модеран приступ*, Економски факултет у Београду, Београд, 2005, стр. 145–152, или Љубица Николић, *Основи економије*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2011, стр. 257–267.

тима и на вероватноћу склапања поравнања. Ми ћемо сумирати предвиђања која су *Кутер*, *Маркс* и *Мнукин* извели на основу економског модела:

- 1) Хитност решавања спора *повећава* вероватноћу склапања поравнања.<sup>653</sup>
- 2) Повећање вредности суђења за једног парничара *смањује* вероватноћу склапања поравнања.<sup>654</sup>
- 3) Повећање трансакционих трошкова преговарања *повећава* вероватноћу склапања поравнања.
- 4) Повећање трансакционих трошкова суђења *повећава* вероватноћу склапања поравнања.
- 5) Повећање зараде једног парничара по основу заједничког удела који треба поделити *смањује* вероватноћу склапања поравнања.<sup>655</sup>
- 6) Жеља да се другој страни науди или напакости *смањује* вероватноћу склапања поравнања.
- 7) Мања аверзија према ризику *смањује* вероватноћу склапања поравнања и обратно.
- 8) Ближи односи између парничара (мања неизвесност) *повећавају* вероватноћу склапања поравнања.

Вредност предвиђања приказаног економског модела у односу на класичан модел оптимизма огледа се у студиознијем приступу процесу преговарања. Такође, за разлику од модела оптимизма, у овом моделу *повећање вероватноће склапања поравнања може се посматрати као скраћење времена које је, у просеку, потребно за склапање поравнања*. Рецимо, жеља да се другој страни науди или напакости *смањује* вероватноћу склапања поравнања, тј. *продужава просечно време потребно за склапање поравнања*.

---

<sup>653</sup> Аутори наводе интересантан пример са супружницима, од којих један, због потребе поновног склапања брака, има *високу дисконтну стопу*, те је спреман да плати изнад номиналне вредности како би *што пре* склопио споразум о разводу важећег брака.

<sup>654</sup> Аутори наводе пример осигуравајуће компаније која високо вреднује будуће суђење, те је спремна да уложи доста средстава, јер очекује да ће позитиван исход тог суђења створити основу да и у будућим парницама оствари такав исход. Наравно овакав пример је валидан само када је реч о државама са *прецедентним правом*, попут *САД-а*.

<sup>655</sup> Овде аутори наводе пример једног супружника који већ живи у *кући* која је предмет њихове поделе у разводу. Он (она) може имати корист од живљења у тој кући или остваривати неки други доходак по основу власништва над кућом, услед чега може доћи до одуговлачења са склапањем поравнања најкасније до почетка суђења, што значи да се повећава вероватноћа одласка на суђење.

Посебно је интересно предвиђање да повећање трансакционих трошкова преговарања *повећава* вероватноћу склапања поравнања. Модел оптимизма даје потпуно другачије предвиђање: повећање трансакционих трошкова преговарања *смањује* вероватноћу склапања поравнања. У чему се огледа разлика? Модел, који је приказан у овом одељку, узима у обзир једну новину, тзв. *ефекат помирења*, а који није предвиђен у моделу оптимизма. С друге стране, модел оптимизма полази од стандардног резона да повећање трансакционих трошкова преговарања повећава вероватноћу одласка на суђење, *из простог разлога јер је преговарање скупље*. За разлику од модела оптимизма, *Кутеров, Марксов и Мнукинов* модел укључује и *временски хоризонт* у коме се преговарање одвија. Крај тог временског хоризонта представља *почетак суђења*, а почетак хоризонта чини тренутак када су странке приступиле преговорима. Према томе, у датом временском оквиру потребно је да странке склопе поравнање. Ако су већ приступиле преговорима, који се, као што је речено, одвијају у секвенцама, странке су подстакнуте да *што пре* склопе поравнање, јер тиме штеде трансакционе трошкове преговора, попут трошкова адвоката, трошкова уложеног времена, итд. Наравно, ови трошкови су већи што је дуже преговарање, тј. што се одвија у више етапа. Тај подстицај за уштеду трошкова испољава се у спремности странака да *снине понуде за склапање поравнања*, што се означава као *позитиван ефекат помирења*. Из тога следи да позитиван ефекат помирења *повећава вероватноћу склапања поравнања*. При том, овај модел не негира присуство ефекта, акцентованог у моделу оптимизма, а који, супротно претходном ефекту, *повећава вероватноћу одласка на суђење*. Ефекат из модела оптимизма означава се као *негативан ефекат преговарања*. Питање је само који ће ефекат превагнути – да ли *позитиван ефекат помирења* или *негативан ефекат преговарања*.

Да закључимо. За разлику од модела оптимизма, који наглашава значај само *негативног ефекта преговарања*, други модел акцентује, поред овог негативног ефекта, и *позитиван ефекат помирења*. Тиме овај модел пружа одговор на прво питање, постављено на почетку: *да ли је поравнање вероватније ако су трансакциони трошкови преговарања ниски и обратно?* Да одговор учинимо видљивијим: *поравнање ће бити вероватније, у случају да су трансакциони трошкови преговарања виши, ако позитиван ефекат помирења*

надвлада негативни ефекат преговарања. Одговор на друго питање – да ли је поравнање вероватније ако је преговарање ризичније, већ је дат, и гласи: повећање у варијацији стратегија повећава вероватноћу одласка на суђење. Другим речима, ако индиректни ефекти неке промене надвладају над директним ефектима те исте промене, онда је снижена вероватноћа склапања поравнања. Примера ради, ако у стандардном случају,<sup>656</sup> једна странка снизи понуду за склапање поравнања, јер јој је хитно потребан новац, онда ће директан ефекат те видљиве промене (потребе за новцем), услед снижења понуде, бити повећана вероватноћа склапања поравнања. Но, ако није могуће тачно предвидети да ли ће потреба за новцем довести до снижења или повишења понуде, тј. ако се повећа варијација у стратегији за склапање поравнања једне странке,<sup>657</sup> тада ће индиректан ефекат те промене бити снижена вероватноћа склапања поравнања. Једноставније речено, повећање варијације у предузимању стратегије једне странке смањује вероватноћу склапања поравнања. Дакле, када тај индиректан ефекат надвлада директни ефекат, смањује се вероватноћа склапања поравнања. Тиме је дат одговор на постављено питање у вези с ризиком преговарања: повећање варијације у стратегији странке, тј. повећање ризика и неизвесности око предузимања стратегије за склапање поравнања, смањује вероватноћу склапања поравнања. Овај одговор произилази и на основу гореспоменутог предвиђања из економског модела, да ближи односи између парничара повећавају вероватноћу склапања поравнања. Разлог томе лежи у чињеници да ближи односи између странака омогућавају да једна од њих предвиди стратегију друге странке, тако да је могућност погрешне процене стратегије друге странке снижена. Надаље, аутори су дали одговор и на треће питање: да ли је поравнање вероватније у случају већег износа кооперативног вишка? Кооперативни вишак јесте вредност створена кооперацијом две стране у спору. У примеру са супружницима који се разводе, део кооперативног вишка, поред износа њихових удела, јесу и трансакциони трошкови суђења (парнични трошкови на суђењу). Ако се странке договоре око склапања поравнања, уштедеће износ

---

<sup>656</sup> Стандардан случај односи се на ситуацију када је могуће предвидети да ће једна странка, услед потребе за новцем, снизити понуду. То може бити пример супружника који се добро познају, те узајамно могу да предвиде будућа понашања на рационалној основи.

<sup>657</sup> Аутори наводе пример *коцкара*, у чијем понашању постоји доста варијација, те није могуће прецизно предвидети његову стратегију за склапање поравнања.

парничних трошкова, који би платиле да су, у случају непостизања споразума, отишле на суђење. У случају непостизања споразума, износ удела, који чини кооперативни вишак, биће уништен и суд ће извршити принудну прераспodelу остатка удела. На основу реченог може се дати одговор на постављено питање, и то упоређивањем износа кооперативног вишка у случају постизања споразума и износа кооперативног вишка у супротном случају. Другим речима, ако се вредност добијена *споразумом*, тј. вредност кооперативног вишка, *не мења*, док се иста вредност кооперативног вишка уништена непостизањем споразума *повећава*, *следи да постизање споразума добија приоритет над непостизањем споразума*. То даље имплицира да се повећава вероватноћа склапања поравнања, будући да су странке подстакнуте на кооперацију и договор. Напослетку, дат је одговор и питање какав ће бити резултат игре ако се она *понавља*. Наиме, игра која се понавља односи се на странке (играче) који имају *интерес у будућој парници*. Рецимо, ако играч 1 има интерес у будућој парници, а играч 2, против кога игра, нема такав интерес, онда ће играч 1 у садашњости заузети *чвршћу стратегију*. Зашто? Из разлога јер ће чврста стратегија данас подстакнути противнике да *pro futuro* заузму *мекшу стратегију*. Уколико, с друге стране, играч 1 има интерес у будућој парници, али и играч 2, против кога игра, *такође* има такав интерес, може се очекивати да ће *склонити поравнање*, тј. да ће заузети мекше стратегије које доводе до поравнања.<sup>658</sup>

#### **4. Коузова теорема насупрот Хобсовој теореме**

Коузова теорема неутралности<sup>659</sup> гласи:

*Ефикасна алокација ресурса је независна од иницијалног распореда својинских права на ресурсима, уколико су својинска права јасно дефинисана, преносива и трансакциони трошкови једнаки нули, тј. ако се својинска права могу бесплатно пренети. Коузова теорема сугерише да ће појединци руковођени сопственим интересом ефикасно решити проблем накнаде штете*

---

<sup>658</sup> Аутори наводе пример *осигуравајуће компаније* која представља играча који поново учествује у игри, тј. има интерес у будућим парницама. Ако осигуравајућа компанија игра против *појединаца*, заузеће чвршћу стратегију данас. Супротно, ако игра против друге осигуравајуће компаније, заузеће мекшу стратегију данас.

<sup>659</sup> Видети: Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, Journal of Law and Economics, Vol. 3, October 1960, стр. 1–44.

путем преговора, независно од судске одлуке и правних правила о одговорности за штету, под одређеним претпоставкама. Прво, потребно је да су трансакциони трошкови једнаки нули, блиски нули или мањи од вредности саме трансакције,<sup>660</sup> као и да су јасно дефинисана и трансферабилна одговарајућа својинска (или друга) права. Једноставно речено, основна порука Коузове теореме јесте да ће појединци *приватним преговорима* решити проблем негативних екстерналија, ако преговарања не изискују високе трошкове. Из тога следи да би правна правила требало да подстичу приватне договоре између појединаца, тако што би снижавала трансакционе трошкове преговарања. Под трансакционим трошковима преговарања сматрају се: трошкови комуникације странака у спору, трошкови утрошеног времена у преговорима, трошкови имплементације постигнутог договора, итд.

Питање које овде желимо да апострофирамо јесте:<sup>661</sup> *да ли је Коузова теорема увек прихватљива, узимајући у обзир налазе претходног модела?*<sup>662</sup> Другим речима, *да ли се споразум нужно постиже уколико су трансакциони трошкови преговарања ниски?* Одмах се уочава да се предвиђање претходног модела у вези с трансакционим трошковима преговарања не подударе са поруком која произилази из Коузове теореме. Наиме, претходно изложени модел предвиђа супротно, *да ће високи трансакциони трошкови преговарања довести до бржег склапања споразума о поравнању, због позитивног ефекта помирења.* У суштини, питање које је истакнуто репрезентује два дијаметрално супротна погледа на проблем преговарања: један поглед јесте *оптимистички* и он се односи на *Коузову теорему*, а други поглед јесте *песимистички* и он се везује за тзв. *Хобсову теорему*. *У чему је разлика између ове две теореме и које су, генерално гледано, њихове импликације у односу на политику преговарања?* Пођимо прво од *песимистичког погледа*. Према овом гледишту, појединци нису у стању да самостално реше проблем дистрибуције у преговорима, чак и ако су трансакциони трошкови преговарања нулти. Речником теорије игара, игра преговарања увек има *некооперативан резултат*, чак и ако су трансакциони

<sup>660</sup> Видети: Richard A. Posner, *op. cit.*, 1998, стр. 57.

<sup>661</sup> Анализа која следи базирана је на Кутеровом раду: Robert Cooter, *The Cost of Coase*, Journal of Legal Studies, Vol. 11, 1982, стр. 1–33. У даљем тексту: Robert Cooter, 1982б. Иначе, претходно представљени модел, који је приказан у Кутеровом коауторском раду, садржи велики број идеја које су изложене у овом раду.

<sup>662</sup> Мисли се на Кутеров, Марксов и Мнукинов модел.



трошкови преговарања нулти. Практично гледано, појединци који се налазе у *ситуацији преговарања* због проблема екстерналија, суочавају се са препрекама које отежавају или онемогућавају успешно преговарање, попут трошкова комуникације, сачињавања уговора, договора око цене и сл. Наведене препреке, будући да онемогућавају или отежавају успешан исход преговора, уносе *несигурност* међу преговараче. То значи да *не постоји гаранција* да ће споразум бити постигнут. Полазећи од ових премиса, песимистичко гледиште наглашава потребу за *институционалним механизмом* ван преговарачке ситуације који би диктирао услове договора. Један од таквих институционалних механизма јесте неутрално треће лице коме би спор био поверен на решавање, као што је случај код *обавезне арбитраже*. Ово песимистичко становиште одраз је *Хобсовог става* да ће појединци у преговорима међусобно примењивати најгоре претње, као и да је неопходно присуство трећег лица (*левиатан*) које ће применити принуду над њима и тако осигурати постизање договора. С друге стране, *Коузова теорема* одражава *оптимистички став*, да ће појединци самостално решити спор у вези с негативним екстерним ефектима, под условом да су трансакциони трошкови преговарања ниски. При том, обе теореме имају одређене практичне импликације у односу на *носиоце јавне политике* (законодавце, судије). Наиме, *Коузова теорема* имплицира да би спорови због угрожавања или повреде својинских овлашћења требало да се решавају у сврху *максимизације* укупног друштвеног благостања, на основу *минимизирања* укупних друштвених трошкова проистеклих из насталог спора. Да би судови остварили овај циљ, требало би да терет одговорности за накнаду штете приписују страни у спору која штету може *избећи са најнижим трошковима* (енг. *best cost avoider*).<sup>663</sup> Пример несрећног случаја (рецимо, аутомобилске несреће) јесте погодан пример у коме би суд могао да примени приступ *best cost avoider*. С друге стране, *Хобсова теорема* имплицира да је, генерално узев, улога правних правила у минимизацији неефикасности узроковане неуспешним преговорима путем принудног отклањања узајамних претњи преговарача. С тим у вези, *Кутер* износи став<sup>664</sup> да је отклањање претње по аналогiji могуће у грађанскоправним споровима попут отклањања претњи у кривичноправним

<sup>663</sup> Детаљније о томе нпр. Hans-Bernd Schäfer, Claus Ott, *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2004, стр. 179–183.

<sup>664</sup> Видети: Robert Cooter, *op. cit.*, 1982б, стр. 19.

стварима (рецимо, отклањање претње насиљем *прописивањем казне*). У грађанскоправној области *претња* се може огледати у томе да појединац неће да предузме *неопходну пажњу* којом би спречио будућу штету. Претњу у виду непредузимања пажње, коју је лице на основу одређених правних норми дужно да предузме, требало би *строга санкционисати* у конкретном случају. Строгим санкционисањем непредузимања пажње стварају се подстицаји да починиоци штете убудуће предузимају пажњу на ефикасном нивоу.

Обе теореме пружају одређене, веома корисне, практичне поруке носиоцима јавне политике. Наиме, оптимална јавна политика по питању преговарања, као једног од метода решавања спорова, требало би да балансира између ова два екстремна гледишта – оптимистичког, које верује у *кооперацију*, и песимистичког, које верује у *принуду*. При том, ваљало би имати у виду да се недостатак *Коузове теореме* испољава у занемаривању *стратегијског карактера преговарања*, о чему је већ било речи. С друге стране, грешка која произилази из *Хобсове теореме* огледа се у пренаглашавању *непријатељског односа између појединаца*, и сходно томе, погрешној претпоставци да преговарачи увек испостављају понуде за склапање поравнања не водећи довољно рачуна о смањењу вероватноће склапања поравнања.

Чињеница јесте да постоје ситуације када појединци постижу успешан договор, иако су трошкови преговарања *високи*. У вези с тим, прихватамо став изложен у горенаведеном *Кутеровом*, *Марксовом* и *Мнукиновом* раду,<sup>665</sup> да постоји могућност да се, управо због високих трансакционих трошкова преговарања, убрза преговарачки процес и оконча постизањем споразума о поравнању. Но, с друге стране, чињеница је, такође, да је некад *принуда* потребна, јер појединци не могу успешно доћи до споразума, иако је он друштвено пожељан. У таквим ситуацијама, принуда се показује као једино и ефикасно решење, тј. принудом би требало отклонити најгоре претње које странке међусобно *упућују* једна другој. Овај став је валидан, чак и уколико постоји мали број преговарача.<sup>666</sup> Према томе, држава би, наравно, требало да *промовише политику преговарања између странака*, и у том циљу би правна правила, генерално гледано, требало да *снижавају трансакционе трошкове*

<sup>665</sup> Видети фусноту бр. 642.

<sup>666</sup> Познато је да *Коузова теорема* налази примену ако постоји мали број преговарача. Но, ни у том случају, споразум није загарантован.

*преговарања*. Но, правна правила треба да створе основу за *примену принуде* у ситуацији када не постоји могућност договора, а он се показује као друштвено пожељан. Примену принуде *нарочито* оправдава потреба за *превенцијом* будућих штетних понашања, као што горенаведени пример показује.

### **5. Неилбафов модел преговарања**

У претходним одељцима детаљно су изложени: *основни модел преговарања без стратегијског понашања странака*; *Пнгов модел стратегијског понашања странака у преговорима*; *Бибчуков модел суђења и поравнања у случају асиметричних информација*; и *Кутеров, Марксов и Мнукинов модел преговарања*. Но, ниједан од ових модела није озбиљно приступио питању *кредибилне претње* једне од странака (тужиоца), као и њеном утицају на вероватноћу склапања поравнања. Управо то питање потребно је апострофирати, јер тиме налази из претходних модела могу добити потпуно другачију димензију. Аутор који се бавио питањем кредибилне претње у моделу асиметричних информација јесте *Неилбаф (Nalebuff)*. У даљем тексту изложићемо основне налазе до којих је *Неилбаф* дошао у проучавању стратегијског понашања странака у преговорима, *базираног на кредибилности претње*, у присуству асиметричних информација.<sup>667</sup>

#### **5.1. Утицај кредибилне претње на вероватноћу склапања поравнања**

Основно питање које је *Неилбаф* истакао у свом раду јесте питање *кредибилне претње* тужиоца у преговорима са туженим. Подсетимо се да појединачне исплате играча у случају некооперативног решења игре представљају *вредност њихових претњи* (енг. *credible threats*). Некооперативно решење игре у контексту парничног поступка представљају *суђење и судска пресуда као исход суђења*, док је кооперативно решење репрезентовано у виду *поравнања као успешног исхода преговора*. У преговорима око склапања поравнања, свака странка мора да добије *најмање вредност претње* у случају некооперативног решења игре (суђења), како би преговори били успешни. Као

---

<sup>667</sup> Видети: Barry Nalebuff, *Credible Pretrial Negotiation*, The Rand Journal of Economics, Vol. 18, No. 2, 1987, стр. 198–210.

што је речено, субјективни очекивани добитак, односно губитак од суђења представља субјективну вредност тужиоцеве, односно туженикове претње. То је основна идеја од које полазе, махом, сви аутори који се баве проблематиком преговарања. Но, у стратегијском понашању у преговорима око склапања поравнања, једна странка (тужилац) може да *користи* претњу како би издејствовала повољнији износ поравнања од друге стране (туженог). Ако је вредност претње већа, онда је и сама претња *кредибилнија*. При том, претња може бити *остварива* или *неостварива*, тј. тужилац може заиста извршити претњу одласком на суђење или не, у зависности од очекиване вредности на суђењу. Ако је очекивана вредност од суђења *позитивна*, онда је претња *остварива*, и обрнуто. Проблем је што тужилац не зна да ли је очекивана вредност од суђења позитивна. У вези с тим, постоји могућност да тужилац *подрије* кредибилност своје претње, тако што би упутио *недовољну понуду* за склапање поравнања другој страни. Друга страна (тужени) може стратешки одговорити на ову понуду њеним *одбијањем*. Након одбијања понуде, тужилац је опет на потезу, у ком случају може *повући тужбу* или *наставити поступак*. Ако би повукао тужбу, резултат њихове интеракције био би *непостизање споразума о поравнању*. С друге стране, да би наставио поступак, тужилац мора да очекује позитиван исход на суђењу. Међутим, у овом моделу, као што је речено, *тужилац не зна какав ће бити исход суђења*, јер том информацијом располаже тужени. Будући да је у, првом кораку, тужени одбијањем понуде послао тужиоцу одређену количину *лоших информација* о вредности спора на суђењу, тужиоцу ништа друго не преостаје него да, *pro futuro*,<sup>668</sup> *повиси* своју понуду за склапање поравнања, чиме би учинио да његова претња остане кредибилна, тј. конкретније речено, *како би одржао кредибилност претње*.

Основна идеја коју је *Неилбаф* истакао јесте да кредибилност претње може озбиљно да утиче на *преговарачку снагу* странке у процесу преговарања, и тиме, индиректно, на сам исход преговора. Овим питањем бавили су се и *Розенберг* и *Шавел*, али у економском моделу *потпуних информација*.<sup>669</sup> У таквом моделу потпуних информација, прихватањем или одбијањем понуде за склапање поравнања, тужени не шаље никакве *сигнале* тужиоцу о вредности

---

<sup>668</sup> У будућим сличним споровима.

<sup>669</sup> Видети: D. Rosenberg, S. Shavell, *op. cit.*, 1985, стр. 3–13.

спора, самим тим и о његовој преговарачкој снази. С друге стране, *Неилбафов* економски модел полази од *непотпуних информација*, тако да се испитује преговарачка снага странака на основу *сигнала* које шаљу једна другој. Другим речима, на основу информација са којима располажу, тужени шаље сигнал тужиоцу о вредности спора, а тужилац шаље сигнал туженом о томе колико је спреман да иде на суђење. Прва информација (*од туженог ка тужиоцу*) преноси се *одбијањем понуде за склапање поравнања*, а друга информација (*од тужиоца ка туженом*) *висином понуде за склапање поравнања*. Рецимо, ако би тужени одбио тужиочеву понуду за склапање поравнања, при чему је та понуда *мање вредности*,<sup>670</sup> тужилац би морао да *преиспита* своја очекивања у вези са суђењем. Другим речима, *одбијање мале понуде за склапање поравнања* преноси тужиоцу *негативну информацију* о вредности спора на суђењу. На неки начин, тужилац може да *научи* на основу сигнала које му друга страна шаље колика је вредност његовог спора и шта може очекивати на суђењу. На основу процеса учења, који му сугерише да је ниском понудом угрозио кредибилност претње, тужилац би могао да *повиси* понуду за склапање поравнања. Другим речима, он би могао да повиси понуду за склапање поравнања како би *ограничио способност туженог да му шаље негативне сигнале о вредности спора на суђењу*. Ако би тако поступио, хипотетички гледано, изложио би се опасности да његова повишена понуда за склапање поравнања буде *одбијена* од стране туженог. Крајња последица оваквог понашања тужиоца и туженог огледала би се у *смањењу вероватноће склапања поравнања путем преговора*.

### 5.2. Утицај других варијабли на вероватноћу склапања поравнања

У економском моделу, *Неилбаф* је разматрао и утицај *парничних трошкова* на вероватноћу склапања поравнања. Његова основна теза јесте да вредност парничних трошкова мора бити *велика*, како би преговарање имало позитиван резултат. Да би доказао ову претпоставку, он је пошао од, хипотетички гледано, супротне ситуације у којој су парнични трошкови једнаки нули. У таквој ситуацији, *тужилац никада не би упутио понуду за склапање*

---

<sup>670</sup> Тиме тужилац шаље сигнале о његовој спремности да иде на суђење. У овом примеру, та спремност је мала.

поравнања коју би тужени прихватио. Зашто? Из простог разлога јер тужилац увек може очекивати *већи добитак на суђењу* него што би добио у преговорима око поравнања. Он ће остварити већи добитак на суђењу јер је, према претпоставци, нулта вредност парничних трошкова. Будући да тужилац зна ту чињеницу, његова претња суђењем увек ће бити *кредибилна*. Крајња последица ове теоретске могућности јесте да ће *сви спорови бити изнесени на суђење*. Но, ова теоријска конструкција, са нултим трансакционим трошковима суђења, указује на једну веома важну чињеницу да *парнични трошкови представљају тачку раздвајања онога што тужилац очекује да ће добити и онога што тужени очекује да ће платити на суђењу, а што има реперкусије на преговоре око склапања поравнања*. Из тога следи да парнични трошкови представљају један од *кључних фактора* који утиче на учесталост склапања поравнања. Други кључни фактор успешних преговора јесте *неизвесност око вредности спора* са којом се суочава тужилац. Да нема те неизвесности, тужилац би упутио понуду коју тужени не би могао да одбије. С обзиром на то да неизвесност око вредности спора увек постоји, и само склапање поравнања у преговорима неће увек имати извешан исход. Ова два кључна фактора успешних преговора, парнични трошкови и неизвесност око вредности спора, у суштини, указују да се питање *кредибилности претње* мора озбиљно узети у обзир у анализи стратегијског понашања преговарача. Тиме се долази до основног питања: *како кредибилност претње утиче на вероватноћу склапања поравнања?* Одговор на постављено питање зависи од тога да ли је претња *остварива или није*. Ако је претња *остварива*, тј. ако би тужилац *заиста* могао да реализује претњу одласком на суђење,<sup>671</sup> онда би ту поруку пренео туженом *повишењем* своје понуде за склапање поравнања. Повишена понуда јесте понуда коју тужени не би могао *стратешки* да одбије попут ниске понуде,<sup>672</sup> како би сигнализирао тужиоцу да је вредност спора за њега ниска. Другим речима, повишеном понудом тужилац ограничава способност туженог да шаље лоше информације о вредности спора, чиме његова претња постаје кредибилнија. Ако претња *није остварива*, дешава се супротно, тужилац не може да повиси понуду за склапање поравнања и да ојача кредибилност претње. Ако би пошли од ове друге

<sup>671</sup> Он то може да учини ако би очекивао позитиван исход на суђењу. Проблем је што тужилац не зна какав ће бити исход. Овде се разматрају само *хипотетичке ситуације*.

<sup>672</sup> У овом моделу, то је могао да учини са *нижом понудом*.

претпоставке, да претња није остварива, као и од претпоставке да се очекивана новчана накнада повећава, у том случају повећава се вероватноћа склапања поравнања. Зашто? Зато што повећање очекиване новчане накнаде повећава вредност спора за тужиоца, а ако је вредност спора за тужиоца већа, онда се, с једне стране, релаксира претпоставка да претња није остварива, док се, с друге стране, повећава понуда за склапање поравнања. Другим речима, ако је вредност спора за тужиоца већа, услед повећане новчане накнаде на суђењу, он може кредибилније у току преговора да прети туженом да ће отићи на суђење, ако не прихвати његову увећану понуду за склапање поравнања. Будући да тужени увиђа да је тужиочева претња кредибилна, он (тужени) ће пристати на ту увећану понуду за склапање поравнања. Овакво понашање преговарача имплицира да се повећава вероватноћа склапања поравнања, ако се повећа новчана накнада на суђењу, тј. ако се повећа очекивана вредност од суђења за тужиоца. Суштински разлог за постојање овакве корелације јесте кредибилност претње тужиоца, која добија на јачини, ако се повећа очекивана вредност од суђења. Овакав налаз потпуно је супротан Бебчуковом налазу по којем ће повећање очекиване вредности од суђења условити повећање вероватноће одласка на суђење. Као што је већ речено, према Бебчуку, повећање очекиване вредности од суђења утиче да се тужилац понаша агресивније у преговорима око поравнања, услед чега се може очекивати да ће заиста и отићи на суђење.<sup>673</sup>

### 5.3. Предвиђања Неилбафовог модела

На основу изложених основних налаза Неилбафовог модела – да повећање очекиване вредности од суђења повећава вероватноћу склапања поравнања, као и да повећање парничних трошкова, такође, повећава вероватноћу склапања поравнања, следи да се кредибилност претње издваја као један од кључних фактора успешних преговора. Но, кредибилност претње зависи од сваког конкретног спора. Једино се може, на основу налаза из модела, оправдано очекивати да ће понуде за склапање поравнања, у различитим споровима, бити нереално високе, у циљу одржања кредибилности претње.

---

<sup>673</sup> И у Кутеровом, Максоровом и Мнукиновом моделу, повећање вредности суђења за једног парничара смањује вероватноћу склапања поравнања (пример осигуравајуће компаније).

Такође, може се очекивати да у споровима са ниским парничним трошковима, као и у споровима у којима тужилац има ниску (позитивну) очекивану вредност од суђења, постоји ниска вероватноћа склапања поравнања. Из тога произилази да политика подстицања поравнања не може имати *једнозначне ефекте* на све спорове.

*Неилбафов модел* пружа објашњење због чега се *спорови ниске вредности ретко окончавају поравнањем*. Код тих спорова, тужиоци прете *високом понудом за склапање поравнања*, како би одржали своју претњу кредибилном. Будући да тужени у тим споровима не желе да пристану на тако увећане понуде, резултат ће бити учестали одласци на суђење. Наравно, једино ако *заиста* могу да изврше те претње, на основу претходног модела, може се очекивати повећање вероватноће склапања поравнања. С обзиром на то да тужиоци не могу да реализују претње, јер су у питању спорови ниске вредности, долази до учесталог одласка на суђење. То практично значи да од укупног броја спорова који се изнесу на суђење, велики број њих биће спорови ниске вредности, који се окончавају поразом тужилаца.

Једно истраживање антимонополских случајева од стране *Салона (Salop)* и *Вајта (White)*,<sup>674</sup> спроведено у периоду од 1973. године до 1983. године на узорку од *1959 случајева*, указује да је преко *70%* тих случајева окончано поравнањем. У преосталим случајевима који су завршили на суђењу, *11,3%* износила је учесталост тужиоачеве победе на суђењу, а *88,4%* учесталост туженикове победе на суђењу.<sup>675</sup> Зато *Неилбаф* поставља питање: да ли су стратегијско понашање тужиоца и боља информисаност туженог основне карактеристике антимонополских случајева? Ово питање поставља с обзиром на то да је у свом моделу доказао да тужиоачево стратегијско повећање понуде за склапање поравнања, ради одржања кредибилности претње, а које је условљено недостатком информација о вредности спора, доводи до повећања вероватноће одласка на суђење,<sup>676</sup> нарочито када је реч о споровима ниске вредности.

---

<sup>674</sup> Видети: Steven C. Salop, Lawrence J. White, *Economic Analysis of Private Antitrust Litigation*, Georgetown Law Journal, Vol. 74, 1986, стр. 1001–1064.

<sup>675</sup> У питању је *ужа* дефиниција поравнања, у ком случају су резултати такви да се смањује учесталост тужиоачеве победе (са *28,1%* на *11,3%*), а повећава учесталост туженикове победе (са *71,4%* на *88,4%*). Видети табелу бр. 8 и бр. 9 (стр. 1010 у наведеном раду), које садрже изнете податке. Но, и у једном и у другом случају (*уже* и *шире* дефиниције поравнања), учесталост туженикове победе *знатно је већа* од учесталости тужиоачеве победе, а то је оно што нас интересује, будући да ти подаци поткрепљују налазе *Неилбафовог модела*.

<sup>676</sup> Поновимо, ако претња није остварива.



Сваки од изложених економских модела има *одређену снагу предвиђања* у погледу смањења или повећања вероватноће склапања поравнања. Но, као што је истакнуто, некада су та предвиђања *дијаметрално супротна*, попут *Неибафовог* и *Бибчуковог* модела у вези с утицајем повећања очекиване новчане накнаде на вероватноћу склапања поравнања.<sup>677</sup> Предвиђања су различита из простог разлога јер су претпоставке на којима су модели изграђени различите. Стандардни модел запоставља стратегијско понашање, *Пингов* модел узима у обзир стратегијско понашање, *Бибчуков* модел полази од тога да тужилац увек има позитивну очекивану вредност од суђења, *Неибафов* модел релаксира ту претпоставку, итд. Остаје да емпиријска истраживања проблематике преговарања потврде или оповргну *различите налазе* економских модела.

## **6. Емпиријска истраживања проблематике преговарања**

У одељку у коме је разматран утицај других фактора на вредност кооперативног вишка, утврђено је да повећање очекиване накнаде штете, с једне стране, доводи до *повећања вероватноће* одласка на суђење код странака које су неутралне према ризику. С друге стране, повећање очекиване накнаде штете условљава *смањење вероватноће* одласка на суђење услед аверзије према ризику, као и повећање индивидуалних напора, а самим тим и трошкова, на суђењу. У овом другом случају, у циљу избегавања *скупљег и ризичнијег суђења*, може се очекивати да ће се странке окренути склапању *споразума о поравнању*. Према томе, питање које се намеће јесте: *да ли ће повећање очекиване накнаде штете условити повећање учесталости суђења или склапања поравнања?*

Једно емпиријско истраживање антимонополских случајева из 1987. године, које су спровели *Перлоф (J. Perloff)* и *Рубинфелд (D. Rubinfeld)*,<sup>678</sup> указује да смањење мултипликатора накнаде штете са постојећег нивоа три<sup>679</sup>

---

<sup>677</sup> Ова два модела другачије предвиђају и утицај повећања парничних трошкова на вероватноћу склапања поравнања. *Бибчуков* модел предвиђа да ће повећање парничних трошкова ослабити кредибилност претње тужиоца, те ће он *спустити* понуду за склапање поравнања. *Неибафов* модел не искључује ову могућност, али додаје да је могуће да ће због повећања парничних трошкова, тужилац, из стратегијских разлога, *повисити* понуду за склапање поравнања. Према томе, ово је још један пример другачијих предвиђања два модела.

<sup>678</sup> Детаљније о овом истраживању видети: Jeffrey M. Perloff, Daniel L. Rubinfeld, „Settlements in Private Antitrust Litigation“, у: L. White (ed.) *Private antitrust litigation*, MA: MIT Press, Cambridge, 1988, стр. 149–184.

<sup>679</sup> Реч је *казненој одштети* која може бити *три пута* виша од причињене штете. Овакво одмеравање накнаде штете постоји у америчкој судској пракси. Детаљније о казненој одштети у

доводи до значајног повећања броја случајева који ће завршити на суђењу, односно значајног смањења стопе поравнања. Такође, смањење мултипликатора накнаде штете доводи до смањења напора који ће једна странка, а могуће и обе странке, уложити на суђењу. Најзад, ово истраживање указује да ће вероватно учесталост туженикове победе на суђењу бити ниска, услед смањења овог мултипликатора.<sup>680</sup>

Друго истраживање учесталости поравнања странака у *случајевима несавесног лечења*,<sup>681</sup> доноси *потпуно другачије резултате* у односу на претходно истраживање учесталости поравнања странака у антимонополским случајевима. Ово истраживање пошло је од основне тезе да очекивани добитак тужиоца, односно очекивани губитак туженог на суђењу, садржи једну *систематску компоненту*, али и *случајно дистрибуирану грешку*. Такође, и парнични трошкови на суђењу састоје се од *систематске компоненте* и *случајно дистрибуиране грешке*. Ако негативна вредност случајно дистрибуиране грешке *надмашује* позитивну вредност систематске компоненте, постоји могућност да преговарање не уроди плодом. Аутори овог истраживања доказали су да се с повећањем накнаде штете, пропорционално повећава случајно дистрибуирана грешка. С друге стране, *систематска компонента парничних трошкова* не повећава се пропорционално с повећањем накнаде штете. Према томе, будући да се с повећањем накнаде штете систематска компонента парничних трошкова не повећава пропорционално као случајна грешка, значи да је утицај случајне грешке *јачи* од утицаја систематске компоненте. Импликација тога јесте да је вредност кооперативног вишка *негативна у већини случајева*, а то даље значи да ће *већина случајева несавесног лечења завршити на суђењу*. Према томе, већа очекивана вредност од суђења (већа очекивана накнада штете) условљава већи број суђења, што представља налаз који је дијаметрално супротан у односу на антимонополске случајеве.

---

америчком праву, видети: Александар Мојашевић, „Казнена одштета у америчком праву“, у: *Страни правни живот*, бр. 1, Институт за упоредно право, Београд, 2011, стр. 197–216.

<sup>680</sup> Мисли се на тужене са високом репутацијом. Иначе, репутација странака показује се као важна одлика антимонополских случајева.

<sup>681</sup> Детаљније о овом истраживању видети: Patricia M. Danzon, Lee A. Lillard, *Settlement Out of Court: The Disposition of Medical Malpractice Claims*, *Journal of Legal Studies*, Vol. 12, 1983, стр. 345–377.

## ГЛАВА 3

### ПОЛИТИКА ПОДСТИЦАЊА ПРЕГОВАРАЊА – ЗА И ПРОТИВ

#### *1. Преговарање насупрот парници*

##### *1.1. Уводна разматрања*

У првом делу рада, у одељку под насловом *Остали фактори дивергенције користи и трошкова од поравнања*, истакнуто је да је парница (суђење) друштвено пожељнија за *сиромашне странке* од преговарања и склапања поравнања, под условом да компоненту друштвеног благостања чини и *дистрибуција доходака*. При том, наведено је да сиромаштво странке представља један од разлога зашто се неки аутори<sup>682</sup> изјашњавају против политике подстицања поравнања, а у корист политике која у први план ставља *парницу*, као основни метод решавања спорова.

*Управо ово питање фаворизовања парнице, тј. судског пута решавања спорова, у односу на непосредно преговарање између странака у спору (без учешћа трећег лица) захтева посебну елаборацију. Другим речима, поставља се следеће питање: који су то фактори који се најчешће истичу у прилог парнице као пожељнијег инструмента јавне политике у односу на непосредно преговарање и поравнање као његов исход?*

Основни аргумент<sup>683</sup> у прилог подстицања и промоције преговарања и склапања споразума о поравнању од стране државе, огледа се у чињеници да се тиме *штеде трансакциони трошкови суђења, првенствено судски парнични трошкови*. Поред судских парничних трошкова, избегавају се дугачка суђења,

---

<sup>682</sup> Реч је првенствено о *Овену Фису*, али и другим ауторима (о којима ће бити речи у наставку текста), који *парницу* виде као пожељан друштвени инструмент и који се супротстављају идеји фаворизовања алтернативног решавања спорова над редовним решавањем спорова, и *АДР* интелектуалном покрету, генерално. Видети: Owen M. Fiss, *op. cit.*, 1984, стр. 1073–1090.

<sup>683</sup> Видети о основним аргументима у прилог одбране *АДР* метода, самим тим и непосредног преговарања, а који се излажу на овом месту у: *ibid.*, стр. 1075.

штеде трошкови адвоката, врши уштеда времена, итд. У сваком случају, поравнање је пожељније од судске пресуде, будући да почива на *аутономији воље странака*, а не на *принуди* која је карактеристика државног (судског) апарата који спроводи парнични поступак и доноси пресуду. Генерално гледано, ово су неки од стандардних аргумената на којима почива одбрана политике алтернативног решавања спорова, самим тим и политике преговарања и поравнања. Додајмо томе, да заступници *АДР* метода решавања спорова верују да су појединци у спору спремни да дођу до компромиса, упркос томе што су свесни постојања њихових поремећених узајамних односа. Руководјени рационалног логиком, тј. логиком избегавања високих трансакционих трошкова суђења, појединци у спору ће доћи до обострано прихватљивог споразума, *који претежно означава прекид њихових лоших односа, али не и истинско помирење.*

Но, поред ових (неспорних) аргумената у прилог преговарања, постоје и аргументи у корист *парнице*, као пожељнијег друштвеног инструмента. Ови аргументи, генерално узев, почивају на одређеним слабостима и недостацима преговарања: од могућности неизвршења закљученог споразума о поравнању, преко прекида преговарања због одсуства ауторитета трећег лица (судије), до постизања мира у међусобним односима странака, а што не подразумева нужно и правично решење, итд. Све споменуте аргументе у корист парнице, који се базирају на недостацима преговарања, *Овен Фис (Owen Fiss)* је у свом познатом раду<sup>684</sup> систематично разложио у четири целине: неравнотежа (дисбаланс) у снази (моћи) странака; одсуство ауторитативне сагласности; недостатак правне основе споразума о поравнању за наставак судског поступка; непостизање правичног решења.

У следећем одељку, обрадићемо основне *Фисове* аргументе, као и аргументе осталих теоретичара који *парницу* виде као најбољи (*да ли и најефикаснији?*) метод решавања грађанскоправних спорова.

## *1.2. Основни аргументи против политике преговарања и поравнања*

### *1.2.1. Неравнотежа моћи између странака*

*Неравнотежа моћи између странака*, између осталог, може бити последица њихових различитих *материјалних могућности*. Наиме, приказани

---

<sup>684</sup> *Ibid.*, стр. 1076–1087.

економски модели, као што је већ речено,<sup>685</sup> посматрају преговарање и поравнање у сенци права, тј. у сенци очекиваног суђења и судске пресуде као његовог исхода. При том, полази се од основне претпоставке да странке имају једнако богатство. Другим речима, питање различитих материјалних могућности странака не узима се у обзир. Иако богатство странака не мора нужно утицати на исход преговора, постоје случајеви у којима је оно пресудно. Фис наводи пример спора између радника и велике корпорације у случају повреде на раду или у вези с радом. У таквом спору дистрибуција богатства свакако може утицати на преговарачку моћ странака током преговора. Може се навести<sup>686</sup> и пример купца аутомобила који, због недостатка искуства у односу на продавца (дилера) аутомобила, може пристати на неповољан кредитни аранжман у случају куповине аутомобила. У овом примеру, позадина закљученог уговора о купопродаји јесте неједнака расподела преговарачке моћи, управо због недостатка искуства једне од странака. Неједнака расподела преговарачке моћи не мора, сама по себи, представљати нешто што има негативан предзнак. Но, с друге стране, може се поставити питање моралне прихватљивости оних споразума који су последица дисбаланса у преговарачкој снази, услед различитих фактора (најчешће неједнаког богатства). Управо је Фис истакао тај аспект моралне (не)прихватљивости споразума о поравнању. У вези с тим, он наводи три начина како неједнака расподела богатства може утицати на исход преговора.<sup>687</sup> Прво, богатија странка је спремнија да прикупи и обради информације које су јој неопходне за антиципирање исхода суђења. То практично значи да је богатија странка у предности над сиромашнијом странком у току преговора око склапања поравнања, будући да може прецизније да предвиди исход суђења као алтернативу преговорима. Друго, сиромашнија странка може прихватити нижи износ поравнања у односу на онај износ новца који би добила на основу судске пресуде, због хитне потребе за новцем или извршењем неке обавезе. То не мора нужно бити спорно, али ако богатија странка (као тужени) искористи ту хитну потребу за новцем сиромашније странке, како би издејствовала плаћање нижег износа поравнања, може се говорити о злоупотреби. Треће, богатија странка (у својству туженог) може

<sup>685</sup> Видети првенствено одељак у претходној глави *Преговарање у сенци права*.

<sup>686</sup> Видети: Jules Coleman, Charles Silver, *op. cit.*, 1986, стр. 109.

<sup>687</sup> Видети: Owen M. Fiss, *op. cit.*, 1984, стр. 1076.

искористити чињеницу да сиромашнија странка (у улози тужиоца) нема довољно средстава да изнесе ствар на суђење како би у преговорима снизила износ поравнања који ће платити. Једноставније речено, сиромашни тужилац може под притиском богатог туженог пристати на нижи износ поравнања, јер не би могао да плати парничне трошкове на суђењу. Знајући ову чињеницу, богати тужени може у току преговора снизити поравнање за износ парничних трошкова које тужилац не би могао да плати на суђењу.

Ово су ситуације када неједнака расподела богатства може утицати да исход преговора буде на штету сиромашне странке, а у корист богате странке. С тим у вези, може се поставити питање: *да ли сиромашна странка, у улози тужиоца, може финансирати своје очекиване парничне трошкове из новчаног износа пресуде донете у њену корист?* Ово питање добија на значају поготово кад је изглед на успех сиромашне странке на суђењу *већи*. Одговор на ово питање не може бити једнозначан, будући да искрсавају проблеми друге природе. Пре свега, адвокати често избегавају да уложе новац у одбрану сиромашне странке, а да потом наплате своје потраживање из новчаног износа судске пресуде. То свакако носи *ризик*, а и поред тога, адвокати могу настојати да наплате *што је могуће виши износ новца* на основу пресуде донете у корист њиховог клијента (сиромашног тужиоца). Зато *Фис* истиче<sup>688</sup> да наплата потраживања адвоката од сиромашне странке из новчаног износа судске пресуде не мора нужно да успостави једнакост у материјалној неравнотежи две странке. У вези с тим, *Фис* изражава резервисан став<sup>689</sup> по питању *правне помоћи сиромашној странци у виду финансирања њене одбране на суђењу*, будући да су државне субвенције такве намене у Америци веома *ограничене*, и с обзиром на то да изазивају *оштру борбу* између њених корисника.

Све ово говори у прилог томе да преговарање и поравнање не морају нужно представљати *бољу алтернативу* суђењу и судској пресуди. Штавише, *Фис* промовише суђење и парницу као метод решавања спорова, с обзиром на чињеницу да судија, као непристрасно треће лице, може отклонити последице дисбаланса у материјалним могућностима странака. Судија то може да учини тако што би, примера ради, додатним питањима допунио одбрану сиромашног

---

<sup>688</sup> *Ibid.*, стр. 1077.

<sup>689</sup> *Ibid.*

тужиоца, и тиме отклонио негативне последице које би, у погледу коначног исхода суђења, произишле из недовољне одбране тужиоца. Постоји низ других процесних механизма у америчком праву којима би судија могао да успостави равнотежу између две странке неједнаких материјалних могућности, као што је, рецимо, *позивање судских сведока*.

Када је реч о нашем грађанском судском поступку, у њему постоји могућност да странка оствари једнако право на правну заштиту путем процесне установе *потпуног или делимичног ослобођења од претходног плаћања парничних трошкова*.<sup>690</sup> Потпуно ослобађање од претходног сношења парничних трошкова признаје се оној странци која није у могућности да претходно сноси парничне трошкове, а да тиме не угрози сопствено нужно издржавање или издржавање своје породице. То *потпуно ослобађање од претходног сношења парничних трошкова* односи се на судске таксе, полагање предујма за извођење доказа (трошкови сведока, увиђаја, вештака и судских огласа), као и плаћање награде и издатака бесплатном пуномоћнику на кога странка има право.<sup>691</sup> С друге стране, *делимично ослобађање од претходног сношења парничних трошкова* односи се само на плаћање судских такси. Ако се странка ослобађа ових трошкова, намеће се питање ко их сноси? Ове трошкове поступка, у ствари, сноси *држава*, тј. порески обвезници, а њихово предујмљивање обезбеђује се из предрачунских средстава суда. Но, ако странка којој је признато ово тзв. *сиромашко право* изгуби у парници, она није ослобођена *коначног сношења парничних трошкова*. Конкретније речено, трошкови на име судских такси и предујма за извођење доказа падају на терет државе, али *парнични трошкови на име накнаде парничном противнику падају на терет странке којој је било признато право на ослобађање од претходног сношења трошкова*, с обзиром на чињеницу да је парницу изгубила. Ако странка којој је признато *сиромашко право* победи у парници у потпуности, сви признати трошкови наплаћују се од парничног противника који је изгубио у парници. Уколико, пак, ослобођена странка *делимично* успе у парници, онда јој припада само делимична накнада парничних трошкова, а парнични противник плаћа одређени проценат трошкова у корист државе сразмерно успеху у

---

<sup>690</sup> Видети: чл. 164. ЗПП.

<sup>691</sup> Видети: чл. 166. ЗПП.

парници. Даље, у случају да је ослобођена странка у парници успела на тај начин да је остварила одређену *имовину*, она је дужна да врати износ признатих средстава држави, под условом да друга странка нема довољно имовине да накнади те трошкове. Но, у сваком случају, парнични противник дугују ослобођеној странци накнаду трошкова, будући да је изгубио у парници.

### 1.2.2. Одсуство ауторитативне сагласности

Други аргумент у корист парнице односи се на добро познати *принципал–агент проблем*. Наиме, с обзиром на то да постоји могућност да адвокат (агент) не поступа у интересу свог клијента, већ у сопственом интересу, у току преговора око склапања поравнања, јасно је да склопљено поравнање може бити на штету клијента (принципала).<sup>692</sup> При том се овај проблем нарочито усложњава када су у питању одређене *организације или групе*. Управо се код организација или група може се поставити питање овлашћења за заступање чланова у преговорима око склапања поравнања са трећим лицима, као и питање сагласности са садржином склопљеног поравнања. Чак и уколико се зна ко је овлашћен да заступа одређену организацију, не значи да ће то лице (агент) поступати у најбољем интересу чланова организације приликом преговора око склапања поравнања са лицем ван организације. Примера ради,<sup>693</sup> менаџер акционарског друштва може склопити поравнање које је у његовом интересу, а не у интересу власника друштва. Подстицај којим се менаџер руководи јесте *прикривање одређених информација* везаних за политику коју је спроводио у име друштва, иако је *обелодањивање тих информација* у интересу власника друштва. На тај начин, *поравнање* представља механизам којим менаџер друштва штити своје личне интересе, а не интересе власника друштва. Овај пример јасно показује да у одређеној организацији, у којој је додуше прецизно

---

<sup>692</sup> Основни проблем јесте што принципал не може, или може ограничено, контролисати агента. И само плаћање агента од стране принципала зависи од степена контроле коју има над њим. Одређене студије показују да плаћање агента, који има аверзију према ризику, зависи од количине информација коју принципал има у погледу агентових напора у заступању. Информација о томе јесте увек вредна. Детаљније о томе: Steven Shavell, *Risk Sharing and Incentives in the Principal and Agent Relationship*, The Bell Journal of Economics, Vol. 10, No. 1, Spring 1979, стр. 55–73.

<sup>693</sup> Пример преузет из: Owen M. Fiss, *op. cit.*, 1984, стр. 1078.



прописано ко је заступа у преговорима око склапања поравнања са трећим лицем, може постојати *конфликт интереса принципала и агента*. Тај конфликт интереса нарушава равнотежу у односима принципала и агента и за последицу може имати закључење одређених споразума, у овом случају споразума о поравнању, који нису у интересу агента. С друге стране, као пример *неформалних група* којима недостају јасна правила о процедури која би прописала начин добијања ауторитативне сагласности на закључене споразуме са трећим лицима, *Фис* наводи<sup>694</sup> етничке или расне мањине, групе бивших осуђеника и друге групе. У питању су неформалне групе које морају имати свог *представника* који би заступао интересе чланова групе. Но, сама чињеница да чланови групе имају свог представника, не решава проблем добијања ауторитативне сагласности од свих чланова групе на већ закључене споразуме. С друге стране, проблем сагласности на закључене споразуме не постоји када је реч о судској пресуди. Судска пресуда базира се на материјалним и процесним правним нормама, а не на ауторитативној сагласности чланова групе, као што би требало да буде код споразума о поравнању. Сем тога, недостатак јасних и прецизних правила у вези с начином одобравања закључених споразума о поравнању испољава се и код тзв. *групних парница (class actions)*.<sup>695</sup> Наиме, код ових парница, суд је овлашћен да *одобри* закључене споразуме о поравнању по претходно прибављеној сагласности свих чланова групе. У пракси, прибављање ове сагласности веома је проблематично, скоро и немогуће, узимајући у обзир бројност групе и географску (територијалну) расутост чланова групе. Из тог разлога, америчке судије прибегавају *некој врсти компарације* споразума о поравнању са пресудом која би била донета у том случају. На бази упоређивања споразума о поравнању са (*замисљеном*) пресудом, *а не прибављањем сагласности чланова групе*, судије одлучују да ли да одобре споразум о поравнању или не. Према томе, и код групних парница испољава се проблем добијања сагласности ради обезбеђења пуноважности споразума о поравнању.<sup>696</sup>

---

<sup>694</sup> *Ibid.*, стр. 1079.

<sup>695</sup> Видети *правило 23 америчког Федералног закона о грађанској процедури*.

<sup>696</sup> Видети: Owen M. Fiss, *op. cit.*, 1984, стр. 1081–1082.

### 1.2.3. Недостатак правне основе споразума о поравнању за наставак судског поступка

У одређеним економским моделима<sup>697</sup> полази се од тога да поравнање представља замену за пресуду и обрнуто, без узимања у обзир чињенице да се пресудом у првом степену не окончава парнични поступак. Другим речима, доношењем пресуде од стране првостепеног суда не завршава се парнични поступак, будући да странке увек имају на располагању могућност подношења жалбе и покретања жалбеног поступка. Из тога произилази да поравнање у преговорима не може да представља, економски жаргоном речено, *савршени супститут* пресуди, јер коначан исход суђења не представља првостепена пресуда. Примери судских случајева који захтевају континуирану државну (судску) интервенцију су бројни.<sup>698</sup> Фис наводи пример *антимонополских случајева*, у којима и након доношења првостепене пресуде којом се налаже укидање монопола и поново успостављање конкуренције у одређеној грани индустрије, постоји потреба за континуираним праћењем наложених судских мера. Уколико се првобитно наложене судске мере не изврше, могу се појавити нови спорови и парнични поступци. Други пример јесу случајеви *бракоразводних парница*, у којима и након доношења првостепене пресуде о разводу и старатељству над децом, могу искрснути проблеми и неспоразуми између бивших супружника, најчешће, око чувања деце. Управо ти проблеми могу бити генератори нових спорова и судских поступака, тако да је континуирана судска интервенција неминовна. С друге стране, када је реч о склопљеним споразумима о поравнању, постоји могућност да се *околности промене након склапања споразума*.<sup>699</sup> Те измењене околности захтевају да суд, по поднетом захтеву за модификацију споразума, промени услове склопљеног споразума. Међутим, у већини случајева то је немогуће, јер нема довољно чињеничног и правног основа да суд процењује о нечему о чему претходно није одлучивао. Конкретније речено, суд би требало да реконструише ситуацију која

---

<sup>697</sup> Фис мисли на економске моделе приказане у следећим радовима: Richard A. Posner, *op. cit.*, 1973; George L. Priest, *Regulating the Contest and Volume of Litigation: An Economic Analysis*, Supreme Court Economic Review, Vol. 1, 1982, стр. 163–183; и Steven Shavell, *op. cit.*, 1982а.

<sup>698</sup> Примери који следе преузети из: Owen M. Fiss, *op. cit.*, 1984, стр. 1083–1084.

<sup>699</sup> *Ibid.*, стр. 1083.

је постојала у време када је споразум склопљен и на основу тога процени да ли су се услови споразума данас изменили, како би одбио или прихватио захтев за модификацију споразума. По природи ствари, у већини случајева то није могуће, или је знатно отежано. У вези с тим, амерички судови нерадо гледају на *принудно извршење склопљених споразума*, у случају да једна странка не жели добровољно да испуни уговорне обавезе, будући да *сама сагласност воља две стране* не представља довољну основу за принудно извршење.

Све у свему, ово су основни аргументи које *Фис* истиче у прилог одбране континуиране државне интервенције када је реч о судској пресуди, а која (интервенција) није омогућена, или је пак знатно отежана, када су у питању склопљени споразуми о поравнању.

#### *1.2.4. Непостизање правичног решења путем преговора*

*Фис* доследно стаје у одбрану *правде, а не мира*, тј. *правичног, а не мирног решења спора*. Полазећи од чињенице да заговорници *АДР* метода протежирају *поравнање*, будући да се њиме, *а не пресудом*, постиже мирно решење спора уз ниже укупне друштвене трошкове парнице, *Фис* истиче<sup>700</sup> да адјудикацију ваља посматрати у *ширем смислу*. Наиме, по његовом мишљењу, (вероватно и мишљењу већине правника), судије представљају јавне службенике који свој легитимитет црпе из воље представника народа, попут носилаца извршне и законодавне власти. Надлежност судија дефинисана је нормама јавног права, а не нормама приватног права, те су дужни да подстичу оне вредности које су прописане уставом и законима. *Фис* види парницу више као *јавноправну установу*, за разлику од *АДР* заступника који на парницу гледају као на *приватноправну установу*. Ти различити погледи на парницу управо чине *линију раздвајања* између *Фиса* и његових истомишљеника, с једне стране, и *АДР* заступника, с друге стране. Наиме, *АДР* заступници виде парницу само као један од *метода решавања спорова* и, сходно томе, ако би број парница био *изнад* друштвеног оптимума, то би указивало да овај метод није ефикасан. Из тог разлога, требало би прибећи другим методима решавања спорова, првенствено *преговарању*. С друге стране, заступници парнице придају

---

<sup>700</sup> *Ibid.*, стр. 1085.

адјудикацији шири смисао, који се огледа у томе да би стварност требало приближити одређеним идеалима, наравно, уз помоћ државне принуде. Није дужност судије, по мишљењу *Фиса*,<sup>701</sup> да максимизира циљеве (користи) појединачних странака, нити да осигурава мир међу странкама у спору. „Бити против поравнања [подвукао А. М.] сугерише једино да уколико се странке поравнају, друштво добија мање него што се чини, и у погледу цене, [друштво] не зна да за то [закључење споразума о поравнању] плаћа. Странке се могу поравнати, остављајући правду по страни. Поравнање у неком спору у школи може осигурати мир, али не и расну једнакост. [...], и иако таква мирна коегзистенција може бити нужан предуслов [за остварење] правде, [...], она није правда сама по себи. Поравнати се за нешто значи прихватити мање од неког идеала.“<sup>702</sup>

*Фис* не оспорава нужност растерећења судова и судија од превеликог броја предмета путем преговарања и склапања поравнања, али наглашава да избегавање парнице има своју цену и носи одређену опасност. Једноставно речено, овај аутор стаје у одбрану правде и, при том, не искључује нужност склапања поравнања у одређеним случајевима. Чињеница јесте да се остварењем ефикасности плаћа цена у виду жртвовања правичности, тј. у преговорима тужиоци остварују износ поравнања који може одступити мање или више од принципа потпуне накнаде штете, односно тужени плаћају износ поравнања мање или више него што би стварно требало да плате. Ово одступање, мање или веће, од принципа потпуне накнаде штете одсликава губитак правичности, полазећи од тога се тај принцип може увек остварити на суђењу.

Иако се и ова претпоставка остварења принципа потпуне накнаде штете у парничном поступку може довести у питање,<sup>703</sup> једно је сигурно да питање сакупљања и обраде информација игра веома важну улогу у остварењу правичности. Другим речима, питање је који поступак – поступак преговарања или парнични поступак, у већој мери обезбеђује сакупљање и обраду информација важних за одлучивање о тужиоцевом захтеву, како би правичност

---

<sup>701</sup> *Ibid.*, стр. 1085.

<sup>702</sup> Цитат преузет: *ibid.*, стр. 1085–1086.

<sup>703</sup> Судије могу погрешити приликом утврђивања висине штете или утврђивања одговорних лица.

била остварена. Такође, питање је који од ова два поступка обезбеђује сакупљање и обраду информација важних за одлучивање о неком захтеву, уз *нижи трошак*. Јасно је да се прикупљање и обрада информација важних за одлучивање о неком захтеву постиже уз нижи трошак у *поступку преговарања* него у парничном поступку. Следи и да политика која подстиче поравнања путем преговарања представља *ефикаснију* политику од политике која подстиче суђења, будући да омогућава да се те важне информације прикупе уз нижи трошак. С друге стране, ако се жели достићи правда у што је могуће већој мери, онда се *идеал правде* (да употребимо *Фисову* терминологију) може остварити ако се располаже са што је могуће више информација о штети, њеној висини, одговорности, итд. Неки аутори<sup>704</sup> наглашавају да се информације могу у већој мери прикупити на *суђењу*, а не у преговорима, као и да су информације утврђене на *суђењу поузданије*. Информације о чињеничним и правним питањима, утврђене на *суђењу*, поузданије су, узимајући у обзир *процедурални аспект суђења*. Наиме, суђења су најчешће јавна; на њима се спроводи доказни поступак; првостепена пресуда подложна је преиспитивању у жалбеном поступку, итд. Управо тај процедурални аспект суђења пружа одређене гаранције по питању пуноважности захтева о коме се одлучује. Супротно, у поступку преговарања пуноважност тужиоцевог захтева има другоразредну улогу. Код преговарања једино што је важно јесте да је закључен споразум о поравнању, који, попут сваког другог уговора, обавезује ако једна страна трансферише одређена права другој страни, која на то пристаје. У поступку преговарања не постоји утврђивање чињеничних и правних питања, као у парничном поступку (на *суђењу*). Према томе, ако се пође од тога да се, *из процедуралних разлога*, информације (чињенице) поузданије утврђују на *суђењу*, а не у преговорима, као и да већа количина информација пружа основу за *пуноважније* одлучивање о тужиоцевом захтеву, онда се може извући закључак о одређеном преимућству *суђења над преговарањем*. Сходно томе, теоретичари који више вреднују *правичност*,<sup>705</sup> у смислу пуноважности одлучивања о тужиоцевом захтеву, односно остварења принципа потпуне накнаде штете, стаће у одбрану горенаведених ставова. Они ће подржати тезу да

<sup>704</sup> Видети: Jules Coleman, Charles Silver, *op. cit.*, 1986, стр. 108, фуснота бр. 24, и на другим местима.

<sup>705</sup> Попут *Фиса, Колемана и Силвера*.

је потребно *жртвовати ефикасност за рачун правичности* и изнеће споменуте аргументе у одбрану својих ставова. С друге стране, чињеница јесте да добровољним склапањем споразума о поравнању појединци побољшавају сопствену позицију, тј. постижу *Парето ефикасност*, чак и по цену жртвовања правичности. Конкретније речено, странке ће се поравнати, јер очекују да ће их споразум о поравнању довести у бољу позицију него што би биле ако би отишле на суђење.<sup>706</sup> Најчешћи тужиочев подстицај у правцу склапања поравнања испољава се у *избегавању ризика суђења*,<sup>707</sup> или *остварењу накнаде штете што је могуће пре* у преговорима у односу на суђење које може трајати годинама. Уобичајени подстицај на страни туженог јесте *избегавање ризика утврђивања одговорности за накнаду штете*.<sup>708</sup> Додајмо томе да појединци, по правилу, *сагласношћу воља* пристају на услове за закључење споразума о поравнању. Ово су два кључна аргумента оних теоретичара који бране *ефикасност* на рачун правичности.<sup>709</sup> Ови теоретичари заступају (супротну) тезу да је потребно *жртвовати правичност на рачун ефикасности* и, на тој основи, стају у одбрану *АДР* метода решавања спорова, пре свега у одбрану *метода непосредног преговарања*.<sup>710</sup>

Истицањем важности *судова и парнице*, у суштини, *Фис* изражава своју вредносну оријентацију, која очито инклинира ка *правичности* и, при том, је супротставља *ефикасности*, тј. минимизирању укупних друштвених трошкова парничног поступка (парнице). Као потврду своје вредносне оријентације, *Фис* одговара и на (претпостављену) критику заступника *АДР* метода, тиме што истиче да случајеви које је навео, *иако нису типични*, свакако нису бројчано занемарљиви. Такође, овај аутор наглашава да је, поред квантитета, битан и *квалитет* случајева. Другим речима, не могу се, у квалитативном смислу, сви

---

<sup>706</sup> *Познер* упоређује преговарање са случајем *билатералног монопола*. Тужилац ће се поравнати са туженим и тужени са тужиоцем, јер су спремни да присвоје што је могуће више од вредности кооперативног вишка, који ће преговарање генерисати у односу на суђење. Видети: Richard A. Posner, *op. cit.*, 1998, стр. 608.

<sup>707</sup> *Ако тужилац има аверзију према ризику*.

<sup>708</sup> Такође, *ако тужени има аверзију према ризику*. Но, чак и да не постоји аверзија према ризику, виши трансакциони трошкови суђења у односу на трансакционе трошкове преговарања, могу подстакнути странке да се поравнају. О томе је већ било речи. Додајмо томе да и *судије* могу подстаћи странке на да се поравнају.

<sup>709</sup> Попут *Познера* и других теоретичара *ЕАП*, махом припадника чикашке *ЕАП*.

<sup>710</sup> Треба узети у обзир чињеницу да прикупљање и обрада информација у преговорима око поравнања такође носи одређене трошкове. Но, *нећемо доводити у питање претпоставку да су нижи трансакциони трошкови преговора у односу на трансакционе трошкове суђења*.

случајеви једнако третирати. Као пример квалитативног разликовања случајева, *Фис* наводи случај *расне сегрегације*, с једне стране, и *саобраћајне несреће*, с друге стране. Прва врста случаја свакако апсорбује већа материјална средства, може утицати на знатно већи број појединаца и представља знатно већи изазов за судску власт.<sup>711</sup> У односу на став заступника *АДР* метода у вези с истицањем *квантитативне димензије случајева*, *Фис* наводи<sup>712</sup> да се морају озбиљно разматрати и случајеви *расне сегрегације*, као и други, као их означава, „важни“ случајеви. Он сугерише<sup>713</sup> *АДР* заступницима да приликом разматрања механизма за успешно преговарање и склапање поравнање, укључе и ове, у квалитативном смислу, „важне случајеве“, јер ће у противном, њихова анализа бити сведена на тривијалне случајеве.

Коначно, *Фис* се противи и *селекцији случајева* на оне који су подобни за поравнање и оне који су подобни за суђење. Чињеница јесте да окончање многих случајева поравнањем води ка растерећењу судова, али они случајеви који би, у сваком случају, доспели на суд, апсорбују значајна материјална средства.<sup>714</sup> Проблем у вези са селекцијом случајева испољава се у *недостатку јасних критеријума* по којима би се извршила та селекција. У ствари, ти критеријуми постоје, али их је тешко идентификовати, попут богатства странака, или праћења даљег развоја односа између странака након доношења првостепене пресуде (случај *бракоразводне парнице*).

### *1.3. Још неки разлози против политике подстицања поравнања*

Поред наведених аргумената против поравнања, а у корист суђења, у теорији<sup>715</sup> се наводи још неколико разлога који доводе у питање политику која промовише преговарање и поравнање. На овом месту наводимо још три разлога: *повреда јавног поретка, утицај на лица ван склопљеног поравнања и производња позитивних екстерних ефеката путем судске пресуде*. Ови разлози биће предмет елаборације у наставку текста.

<sup>711</sup> Видети: Owen M. Fiss, *op. cit.*, 1984, стр. 1087.

<sup>712</sup> *Ibid.*

<sup>713</sup> *Ibid.*

<sup>714</sup> Мисли се на гореспоменуте случајеве *расне сегрегације*, као и антимонополске случајеве.

<sup>715</sup> Видети: Jules Coleman, Charles Silver, *op. cit.*, 1986, стр. 110–119.

### 1.3.1. Повреда јавног поретка путем поравнања

Први разлог против политике подстицања преговарања и поравнања односи се на *повреду јавног поретка* путем склопљеног поравнања. Наиме, постоји могућност да странке обостраном сагласношћу воља желе да изиграју јавни поредак *склапањем поравнања*. Уговори који доводе до тога да се две стране желе поравнати како би изиграле јавни поредак јесу уговори који омогућавају једној страни да тужи другу страну за штету коју је исплатила трећем оштећеном лицу, при чему је штета последица неког грађанског или кривичног деликта. Овакви уговори су у супротности са *јавним поретком*. Рецимо,<sup>716</sup> две стране уговориле су да ће, у случају наношења штете трећем лицу, једна страна уговорница<sup>717</sup> накнадити штету другој страни у случају исплате штете трећем лицу. При том, ако је у претходном поступку утврђена кривична или грађанска одговорност једне и друге уговорне стране,<sup>718</sup> онда би у поступку у коме би једна страна захтевала накнаду исплаћеног износа, суд могао да стави ван снаге такав уговор, позивајући се на то да је у супротности са јавним поретком. Међутим, ако претходни поступак није вођен, јер су се уговорне стране *поравнале* са трећим лицем, онда би накнада исплаћеног износа могла бити *de facto* извршена. Конкретније речено, у тој ситуацији једна страна уговорница била би овлашћена да тужи другу страну уговорницу и захтева накнаду исплаћеног износа, а суд не би могао да стави ван снаге такав уговор, будући да недостаје раније утврђена кривична или грађанска одговорност. Последице склапања оваквог поравнања јесу очигледне – *одговорност не би била утврђена и била би омогућена накнада исплаћеног износа која у редовном судском поступку не би била призната*. Но, чак и да је раније утврђена кривична или грађанска одговорност, две стране уговорнице могле би *вансудским поравнањем* да заобиђу редован судски поступак, а тиме и саму могућност да суд стави ван снаге такав уговор. То значи да би оне путем *поравнања* могле да

<sup>716</sup> Ово је модификована верзија случаја из америчке судске праксе (“Globus v. Law Research Service, Inc.”, *Federal Supplement*, vol. 287, Southern District of New York, 1968), преузетог из: Jules Coleman, Charles Silver, *op. cit.*, 1986, стр. 111–112.

<sup>717</sup> То може бити осигуравајућа компанија.

<sup>718</sup> Постоји могућност утврђивања и кривичне и грађанске одговорности. Оваква *двојака* одговорност може бити последица, примера ради, *преваре у вези с хартијама од вредности*.



остваре онај циљ чија је реализација путем уговора забрањена. Према томе, поравнање може послужити као *инструмент* којим се остварују појединачни интереси, али који нису у складу са јавним поретком. Из тог разлога политика подстицања поравнања није увек и нужно пожељна.

### 1.3.2. Утицај на лица ван склопљеног поравнања

Други разлог против политике подстицања преговарања и поравнања односи се на могућност да склопљено поравнање *има утицаја и на трећа лица која се налазе ван уговорног односа*.<sup>719</sup> Додуше, таква могућност постоји и у случају *судске пресуде*. Другим речима, судска пресуда може погодити интересе лица која нису учествовала у судском поступку. Но, чињеница је да треће лице може некад *интервенисати* ради заштите својих права у судском поступку, док је таква могућност ускраћена када је реч о поравнању. Рецимо, када је поравнање склопљено *пре* покретања судског поступка, треће лице не може интервенисати уколико су његови интереси погођени поравнањем.<sup>720</sup> Дотицање интереса трећих лица, само по себи, не мора нужно бити спорно, али постојање саме могућности да ти интереси могу бити *оштећени* или *занемарени*, доводи у питање установу поравнања, тј. прецизније речено, доводи у питање *правичност исхода оствареног поравнањем*.

Поравнање може, економским жаргоном речено, *генерисати негативне екстерне ефекте* на лица ван конкретног уговорног односа, те се поставља питање њихове *ефикасне интернализације*. Ово питање премашује оквире овог рада, те се њиме нећемо подробно бавити. Довољно је нагласити да поравнање, и нарочито јавна политика која га подстиче, може имати и *негативну димензију*, у виду производње негативних екстерналија. Управо на томе заговорници парнице, и генерално судског начина решавања спорова, граде своју аргументацију, али не само на томе, већ и на чињеници да *судска пресуда представља јавно добро*, тј. на чињеници да судска пресуда производи *позитивне екстерне ефекте*. Судска пресуда као јавно добро биће предмет посебног разматрања у наставку текста.

<sup>719</sup> Видети: Jules Coleman, Charles Silver, *op. cit.*, 1986, стр. 113–114.

<sup>720</sup> Као пример утицаја склопљеног поравнања на трећа лица наводи се случај *дискриминације мањег броја студената од стране факултета*, као јавне установе, у вези с коришћењем библиотеке. Склопљено поравнање између установе и мањег броја дискриминисаних студената може погодити интересе трећих лица, тј. *осталих студената*. Пример преузет из: *ibid.*, стр. 113.

### 1.3.3. Судска пресуда као јавно добро

Критика уперена ка политици преговарања и поравнања користи јој један аргумент који се базира на томе да судска пресуда представља, у неку руку, *позитивну екстерналију*.<sup>721</sup> Наиме, друштвена корист од суђења огледа се, између осталог, и у томе да трећа лица могу користити *информације* које пружају судске пресуде, у смислу *каналисања сопственог понашања*. Другим речима, пресуде садрже *образложења* која могу корисно послужити и лицима ван конкретног спора да одреде шта се сматра законитим, односно незаконитим понашањем. Такође, донете пресуде могу послужити адвокатима, правницима у предузећима и другим стручњацима, у обављању њиховог свакодневног посла. То практично значи да судска пресуда представља врсту *јавног добра* које генерише позитивне екстерне ефекте и које бесплатно могу користити трећа лица. С друге стране, ако је спор окончан поравнањем, ускраћена је могућност тумачења и имплементације вредности садржаних у правним актима од стране судова. *Следи да већи број склопљених поравнања смањује количину корисних информација, тј. смањује количину произведених јавних добара*. Управо се на томе заснива критика уперена ка политици промоције поравнања и, генерално гледано, политици промоције *АДР* метода решавања спорова.

У вези с тим, са економске тачке гледишта, поставља се питање *финансирања такве врсте јавних добара*. Наиме, чињеница је да грађани, као порески обвезници, покривају фиксне трошкове функционисања судског система, генерално узев, чиме се доводи у питање економска оправданост решавања спорова преговарањем. Другим речима, порески обвезници, који сnose трошкове судског апарата, с правом очекују присвајање користи од судских пресуда, у виду производње позитивних екстерних ефеката. Будући да решавање спорова алтернативним путем смањује производњу јавних добара, јасно је да корист од те производње не оправдава трошкове уложене у исту. Произилази да, економским жаргоном речено, таква *инвестиција* у судски апарат није исплатива, с обзиром на то да новац одлази на решавање спорова поравнањем, а не пресуђењем. Највећу корист од те *инвестиције* имају странке

---

<sup>721</sup> Анализа која следи базирана на: *ibid.*, стр. 114–119.

које окончавају спор поравнањем, а које не производи позитивне екстерне ефекте попут пресуде. Прецизније речено, *грађани финансирају приватно решавање спорова, а не производњу јавних добара*. Такође, производња пресуда, као јавних добара, *испод друштвеног оптимума*, тј. испод укупних друштвених трошкова, може генерисати још једну негативну последицу. Она се испољава у повећању *правне несигурности*. Овај аргумент нарочито важи за земље прецедентног права, јер нижа производња прецедената уноси правну несигурност међу странкама. У таквој ситуацији, странке не могу бити сигурне у исход покренутих поступака, јер недостају исте или сличне (*новије*) пресуде које би послужиле за адекватну процену судског исхода. Једна од могућих консеквенци постојања застарелих прецедената јесте повећање броја покренутих поступака и, генерално гледано, повећање парничења. Произилази да политика промоције поравнања, и смањења броја суђења, може бити *контрапродуктивна*, јер за последицу може имати супротан ефекат – *повећање учесталости суђења*.

Изнета аргументација против политике поравнања одраз је једног ширег погледа да се број парница може смањити на основу ефеката који делују *пре настанка самог спора*. Ти ефекти, који произилазе из донетих *судских пресуда*, требало би да повећају правну сигурност међу појединцима, те спорови уопште и не морају настати, или се пак смањује број потенцијалних спорова. С друге стране, протагонисти политике поравнања акценат стављају на *транзакционе трошкове парнице (суђења)*, као фактор који подстиче појединце да одустану од покретања судског поступка. Чињеница јесте да скупа парница може многе појединце одвратити од упуштања у исту. Такође, може се уважити општеприхваћен став да суђење може би непријатно многим парничарима не само у финансијском смислу, већ и у другом, рецимо, *психолошком погледу*. Финансијски и други аспекти парнице представљају основни аргумент у рукама оних који се залажу за примену *АДР* метода решавања спорова. Они полазе од тога да се повећањем, ионако, високих трошкова парнице може утицати на појединце да се окрену алтернативи, као пожељнијој варијанти. Коришћење *АДР* метода требало би допринесе мирном решењу већ насталих спорова, и да, генерално гледано, утиче на смањење парничења. Но, овакав поглед, као што је

већ речено, недвосмислено занемарује позитивне екстерне ефекте који произилазе из судских пресуда. Конкретније речено, занемарује се чињеница да судске пресуде уносе сигурност у међуљудске односе, чиме се превенирају будући спорови, као и будућа суђења. Међутим, *АДР* заступници на ову критику политике поравнања, одговарају критиком упућеној политици суђења да запоставља две битне ствари. Прво, производња јавних добара (пресуда) не мора нужно бити корисна. Постоји могућност да *превише произведених информација* путем пресуда негативно утиче на сигурност појединаца.<sup>722</sup> Друго, ако би се подстицањем поравнања повећала несигурност међу појединцима и, последично, учесталост суђења, тада би новопокренути судски поступци *произвели* додатне корисне информације, *чиме би се смањила почетна повећана несигурност*. Другим речима, већа несигурност међу појединцима доводи до повећане фреквенције суђења, а повећана фреквенција суђења генерише већу количину корисних информација на основу пресуда, које заузврат узрокују смањење почетне повећане несигурности међу појединцима.<sup>723</sup>

Према томе, *АДР* заступници претежирају коришћење *транзакционих трошкова суђења (парнице)* као инструмента којим би се обесхрабрили појединци да се упусте у парницу и, на тај начин, окренули преговарању и склапању поравнања. *За њих је смањење броја постојећих спорова пожељан циљ, који се остварује повећањем парничних трошкова*. Прецизније речено, акценат је на смањењу укупних друштвених трошкова парничног поступка (парнице) и коришћењу алтернативних метода решавања спорова ради остварења тог циља. С друге стране, критичари политике поравнања наглашавају негативне аспекте поравнања и позитивне аспекте суђења. *За њих је спречавање настанка спорова, повећањем правне и друге сигурности,*

---

<sup>722</sup> Став да превише информација, генерисаних прецедентима, може створити несигурност међу појединцима и учинити да трошкови производње прецедената буду *виши* од пратеће користи, заступа *Епитајн (Epstein)*. Детаљније о томе: Richard A. Epstein, *Settlement and Litigation: Of Vices Individual and Institutional*, University of Chicago Law School Record, Vol. 30, Spring 1984.

<sup>723</sup> Став да субоптималан ниво у производњи прецедената не може да опстане у дугом периоду, с обзиром на постојање повратне спреге између фактора несигурности и саме парнице, заступа *Познер*. Без обзира на чињеницу што не постоји тржиште прецедената, овај аутор сматра да ће производња прецедената *расти* ако се повећа њихова друштвена вредност, као последица повећане несигурности и обратно. Видети о производњи прецедената: Richard A. Posner, *op. cit.*, 1998, стр. 588–590.

*пожељан циљ*. Очито је да сукоб два мишљења постоји око *начина смањења спорова у друштву*. АДР заступници више се ослањају на *економске подстицаје* који произилазе из повећаних трансакционих трошкова парнице, као и на коришћење *алтернативне институције (поравнања)* која генерише ниже трошкове. Заступници суђења више се ослањају на *повећање правне сигурности*, које би за последицу требало да има превенцију настанка спорова међу појединцима. Заступници суђења изражавају бојазан да ће промоција политике поравнања довести до производње количине јавних добара (пресуда) *испод* нивоа који је пожељан с друштвеног аспекта.<sup>724</sup> Они стају у одбрану судског поступка, не само због корисних информација које произилазе из судских пресуда, већ и због промоције *принципа правичности*, коме очигледно дају приоритет у односу на принцип ефикасности. С друге стране, протагонисти политике поравнања спремни су да зарад остварења нижих укупних друштвених трошкова парничног поступка, жртвују, у одређеној мери, правичност.

У вези с овим истичемо да, поред неспорне тезе да одређене судске пресуде представљају неку врсту јавних добара, *снижење трошкова парничног поступка, посебно у земљама са неефикасним судским системом, свакако представља приоритетан циљ*. У том смислу, чини се да је аргументација заступника АДР метода *убедљивија*. У питању је, можемо слободно рећи, *економска аргументација* по којој остварење одређеног циља увек подразумева плаћање одређене *цене*, тј. нечега се морамо одрећи да би постигли одређени циљ. Штавише, они који стају у одбрану политике поравнања износе убедљиве ставове да и превисока производња корисних информација може бити штетна, као и да почетна повећана несигурност може бити уравнотежена додатном количином произведених информација. Као и свака теоријска дебата, тако и ова, мора бити разрешена *конкретним емпиријским истраживањима*. Конкретно истраживање мора показати да ли увећана количина информација на основу судских пресуда доводи до повећане несигурности међу појединцима *једнако* као и мала количина произведених информација. До тада, свако ће бранити

---

<sup>724</sup> Видети: Jules Coleman, Charles Silver, *op. cit.*, 1986, стр. 118.

своју теоријску позицију, тј. у зависности од вредносног расуђивања и инклинирања ка *правичности* или *ефикасности*, свако ће износити аргументе у прилог својој тези.

## 2. *Бронстиново гледиште на дуалитет између поравнања и суђења*

У теорији постоје аутори који не стоје *ултимативно* на страни оних који бескомпромисно *бране* политику поравнања (*АДР* метода решавања спорова), с једне стране, и оних који су безусловно *против* те политике, фаворизујући политику суђења, с друге стране. Један од таквих аутора јесте *Џон Бронстин* (*John Bronsteen*),<sup>725</sup> који, у основи, покушава да пронађе *заједничке црте* између два, на први поглед, дијаметрално супротна става. Конкретније речено, он стаје у одбрану горенаведене *Фисове* аргументације, али је при том интерпретира *економском терминологијом*. У вези с тим, поставља се питање: *да ли је могуће приближити различите аргументе који се односе на политику решавања спорова, тј. да ли је могуће приближити аргументацију поборника АДР метода решавања спорова и поборника парнице, као редовног метода решавања спорова?*

У настојању да одговори на постављено питање, *Бронстин* полази од *циља* који би, генерално гледано, требало да оствари политика решавања спорова. Наиме, на основу изнете *Фисове* аргументације, стриктно тумачећи, следи да је основни циљ политике решавања спорова остварење *правичности*. С друге стране, општепознато је да већина теоретичара *економске анализе права* промовише *ефикасност* као врхунско начело у решавању спорова. Но, *Бронстин* издваја ауторе који, *иако припадају корпусу теоретичара економске анализе права*, одбацују ефикасност, схваћену искључиво као максимизацију богатства, и при том придају једнаку важност *дистрибутивним последицама максимизације богатства*. У питању су теоретичари економске анализе права, *Л. Карлов* (*Louis Kaplow*) и *С. Шавел* (*Steven Shavell*), који у свом познатом делу под називом *Правичност насупрот богатству*<sup>726</sup> заступају тезу *да*

<sup>725</sup> Видети: John Bronsteen, *Some Thoughts about the Economics of Settlement*, Fordham Law Review, Vol. 78, 2009.

<sup>726</sup> Ови аутори заступају тезу да *концепт благостања појединаца (individuals' well-being)* треба схватити у најширем смислу, из чега следи да *правичност*, у смислу корективне правде или

максимизација богатства, генерално узев, не може бити једино руководно начело креатора јавне политике. Такође, Бронстин другачије тумачи Фисов став који се односи на *циљ* политике решавања спорова,<sup>727</sup> будући да оспорава Фисово тумачење по коме су вредности објективно дате, без узимања у обзир *последица* политике решавања спорова, као и појединачних избора и преференција у вези с креирањем те политике. При том, по мишљењу Бронстина, Фис не оспорава одређени утицај *избора и преференција појединаца* у погледу успостављања политике решавања спорова. Суштина овог тумачења огледа се у *покушају приближавања Фисових ставова ставовима појединих теоретичара ЕАП* – заступника максимизације благостања у вези с креирањем политике решавања спорова.

Даље, позивајући се на радове новијег датума<sup>728</sup> у којима се износе аргументи против политике преговарања (и поравнања), а који су претежно засновани на томе да овај метод решавања спорова, због информационе асиметрије, не може обезбедити *оптималну превенцију*, Бронстин *стаје у одбрану политике суђења*. Другим речима, Бронстин се позива на оне радове у којима се *економском аргументацијом* оспорава политика преговарања и поравнања. Поред тога, он наглашава Фисову аргументацију<sup>729</sup> да судови тумачењем и применом права могу смањити број потенцијалних спорова. У прилог томе, Бронстин сматра<sup>730</sup> да политика поравнања може бити *јефтинија од политике суђења за парничаре и грађанство у индивидуалним случајевима*. Но, онемогућавање интерпретације и тумачења права путем судских пресуда, доводи до тога да политика поравнања може више коштати у *дугом року*, будући

---

(заслужене) казне, не треба да буде посебан и изолован критеријум процене ефеката правне политике. Концепт благостања појединаца не односи се само на њихово материјално благостање, већ обухвата све чему они придају вредност. Штавише, појам благостања појединаца обухвата и *дистрибутивне ефекте* примене правне политике. Детаљније о томе: Louis Kaplow, Steven Shavell, *Fairness Versus Welfare*, Harvard Law Review, Vol. 114, 2001, стр. 961–1389.

<sup>727</sup> Видети: John Bronsteen, *op. cit.*, 2009, стр. 102–103.

<sup>728</sup> Видети: Ezra Friedman, Abraham L. Wickelgren, *No Free Lunch: How Settlement Can Reduce the Legal System's Ability to Induce Efficient Behavior*, SMU Law Review, Vol. 61, 2008, стр. 1355–1376. Основна теза ових аутора јесте да *не постоји бесплатан ручак* када је реч о политици преговарања и поравнања. Упркос томе што подстицање склапања поравнања доводи до снижења парничних трошкова и растерећења судова, цена тога испољава се у *смањењу подстицаја за превентивно понашање у великом броју случајева*. Зато би судијама требало дати овлашћење да не дозволе склапање поравнања, ако трошкови поравнања (снижена превенција) премашују пратеће користи (снижење парничних трошкова и друго).

<sup>729</sup> Видети: Owen M. Fiss, *op. cit.*, 1984, стр. 1085.

<sup>730</sup> Видети: John Bronsteen, *op. cit.*, 2009, стр. 107.

да за последицу може имати повећан број потенцијалних спорова. Повећан број потенцијалних спорова, као последица промоције политике поравнања и онемогућавања интерпретације и тумачења права, може генерисати веће трошкове и са индивидуалног и са друштвеног аспекта.

Коначно, *Бронстин* оспорава искључиво *приватни карактер* грађанског судског поступка, на коме инсистирају поједини теоретичари *ЕАП*.<sup>731</sup> Заступајући тезу<sup>732</sup> да парница није само и једино метод решавања *приватних* спорова, већ и инструмент за промоцију и потврду *друштвених вредности*, *Бронстин* акцентује друштвени (јавни) карактер парнице и парничног поступка. По његовом мишљењу,<sup>733</sup> парница има, сем приватног, и јавни карактер. Јавни карактер парничног поступка произилази из чињенице да се његово спровођење не финансира само средствима парничара, већ и средствима пореских обвезника. Затим, парничари се не суочавају само са *економским подстицајима* да се поравнају будући да је то, индивидуално гледано, јефтиније решење,<sup>734</sup> већ и са *неекономским подстицајима*, који могу водити ка чешћем одласку на суђење до доношења правоснажне пресуде. Према томе, парничари могу гледати на парницу као метод за остварење и других циљева, сем економских, попут *правичности*. То значи да парница није само метод максимизације богатства парничара, већ и метод максимизације других циљева. С тим у вези, долази се до питања да ли појединци, самим тим и парничари, доносе одлуке искључиво на *рационалној основи*. Другим речима, *да ли парничари бирају између опције поравнања и опције суђења руководећи се економском логиком, или постоје и други фактори који утичу на њихов избор*. Одговор на ово питање понудио је један нови правац, о коме је већ било речи,<sup>735</sup> а који се означава као *Бихејвиорално право и економија*.

---

<sup>731</sup> Видети нпр. Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, 1997.

<sup>732</sup> Видети: John Bronsteen, *op. cit.*, 2009, стр. 107–108.

<sup>733</sup> *Ibid.*, стр. 108.

<sup>734</sup> Теоретичари *ЕАП* фокусирају се искључиво на *економске подстицаје* којима су изложени парничари и, сходно томе, протежирају политику поравнања, будући да генерише ниже трошкове у односу на политику суђења.

<sup>735</sup> У одељку *Поглед на улогу адвоката из угла Бихејвиоралног права и економије*, изложене су поставке бихејвиориста о улози адвоката у доношењу одлука клијената, којом приликом је назначено да присуство адвоката доводи до повећаног процента поравнања у Америци, јер се они у већој мери руководе економском логиком у доношењу одлука. У даљем тексту биће више речи о *факторима доношења одлука од стране појединаца у улози парничара*.



### 3. Поглед на политику поравнања из угла Бихејвиоралног права и економије

#### 3.1. Теорија Канемана и Тверског и њене импликације на избор поравнања или суђења

Грубо говорећи, изложени економски модели сугеришу да ће *рационални парничари* пре отићи на поравнање, јер ће на тај начин бити у бољој позицији него што би били да су отишли на суђење. Та боља позиција огледа се у уштеди трансакционих трошкова парнице, првенствено трошкова адвокатских услуга, који су, бар када је реч о Америци, доста високи. Наравно, економски модели укључују одређене варијабле, попут: *различитих информација парничара о вероватном судском исходу*, или *стратегијско понашање парничара*, као и друге варијабле, а које ремете стандардну економску логику парничара у вези с избором између суђења и поравнања. Додавањем ових варијабли проширују се економски модели, чиме се врши њихово приближавање реалности. При том, сви економски модели полазе од тога да су парничари *рационални*, тј. да одлучују на основу очекиване вредности од суђења или поравнања. *Ниједан стандардни економски модел није довео у питање ову претпоставку рационалности*. Но, с друге стране, један нови правац у области друштвених наука, који се налази на граници између психологије и економије, довео је у питање, на основу експерименталних истраживања, стандардну претпоставку рационалности. Замах тим истраживањима дали су двојица познатих бихејвиориста, *Данијел Канеман (Daniel Kahneman)* и *Амос Тверски (Amos Tversky)*, истраживањем фактора који утичу на доношење одлука и развијањем једне нове теорије (енг. *prospect theory*).<sup>736</sup> У даљем тексту биће објашњене основне поставке ове теорије у контексту доношења одлуке о одласку на суђење или поравнање.

Генерално гледано, ова теорија, која је у основи дескриптивног карактера, описује избор између више опција које укључују *ризик*.<sup>737</sup> С тим у вези, психолошка литература<sup>738</sup> указује да у реалном свету постоји тенденција

<sup>736</sup> Видети: Daniel Kahneman, Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, *Econometrica*, Vol. 47, 1979.

<sup>737</sup> Ова теорија полази од тога да појединци знају вероватноћу наступања различитих исхода.

<sup>738</sup> Видети: Daniel Kahneman, Amos Tversky, *On the Psychology of Prediction*, *Psychological Review*, Vol. 80, No. 4, July 1973, стр. 237–251.

да се појединци ослањају на *једноставна правила*, настала као резултат еволутивног процеса или учења, која служе као *водич* у процесу доношења одлука. Тако се у теорији<sup>739</sup> спомиње тзв. *когнитивна хеуристика*, под којом се подразумева техника базирана на *искуству* и која се користи у циљу бржег налажења повољнијег исхода. Она служи појединцима да *рангирају* очекиване исходе с којима се суочавају. Конкретније речено, појединци рангирају очекиване исходе на основу тзв. *референтне тачке*,<sup>740</sup> која служи као линија раздвајања оних исхода који се процењују као повољни исходи (*добитак*) и оних који се процењују као неповољни исходи (*губитак*). То тзв. *кодирње* очекиваних исхода у виду *добитка* и *губитка* на основу референтне тачке, утиче на *понашање* појединаца у одређеном правцу, тј. у правцу избора одређене опције. Другим речима, референтна тачка служи за процену одређених опција и њихово раздвајање на повољне и неповољне опције, да би на основу такве процене појединци изабрали ону опцију која доноси већу вредност (корисност). При том, постоје одређене консеквенце које произилазе из процеса доношења одлука на основу референтне тачке. Прва консеквенца означава се као *аверзија према губитку*.<sup>741</sup> *Аверзија према губитку* значи да појединци показују тенденцију да негативније процењују губитак са референтне тачке. Ако би се то исказало новчаном јединицом, појединци би захтевали знатно већи износ новца за било шта што процењују као *губитак* у односу на нешто што процењују као *добитак*. Примера ради, власник стана био би спреман да прода стан по знатно вишој цени него што би био спреман да купи тај исти стан. У овом случају, продаја стана у власништву процењује се као *губитак*, док се куповина тог стана, над којим ће власништво тек бити стечено, процењује као *добитак*. Друга консеквенца доношења одлука на основу референтне тачке огледа се у томе да су појединци који показују *аверзију према ризику*, када су суочени са *могућношћу добитка*, спремни да преузму ризик, када су суочени са *могућношћу губитка*.<sup>742</sup> Другим речима, појединци су спремнији да преузму ризик како би избегли сигуран губитак, док би одбили да преузму такав ризик за остварење добитка идентичне величине. Примера ради, ако би бирали између

---

<sup>739</sup> Детаљније о томе: James Shanteau, *Cognitive Heuristics and Biases in Behavioral Auditing: Review, Comments and Observations*, у: *Accounting, Organizations and Society* 14(1/2), 1989, стр. 165–177, доступно на: <http://www.k-state.edu/psych/cws/pdf/aos89.PDF>

<sup>740</sup> Видети о улози референтне тачке у контексту преговарања: Daniel Kahneman, *Reference Points, Anchors, Norms and Mixed Feelings*, *Organizational Behavior & Human Decision Processes*, Vol. 51, Issue 2, March 1992, стр. 296–312.

<sup>741</sup> *Ibid.*, стр. 298.

<sup>742</sup> *Ibid.*, стр. 297–298.

сигурног добитка од 490 динара и 50% шансе да добију 1.000 динара, појединци би изабрали сигуран добитак од 490 динара, без обзира на чињеницу што друга опција има већу очекивану вредност (500 динара). Другим речима, већина људи није спремна на ризик (*да се коцка*), када бира између сигурног и несигурног добитка, чак и када несигуран добитак може донети већу корист. С друге стране, ако би бирали између сигурног губитка од 500 динара и 50% шансе да изгубе 1.000 динара, појединци би изабрали опцију преузимања ризика, независно од тога што обе опције имају идентичну очекивану вредност (500 динара). Једноставно речено, људи су више спремни да преузму ризик како би избегли сигуран губитак него што су спремни да преузму ризик како би остварили добитак. Према томе, појединци показују тенденцију *неконзистентног одлучивања* у различитим ситуацијама. Другим речима, појединци доносе различите одлуке – одлуку да преузму ризик или одлуку да учине супротно, у зависности од тога да ли је понуда опција *обликована* као добитак или губитак (енг. *framing effect*). У првом случају, одабир између две опције обликован је као добитак (енг. *positive framing effect*), док је у другом случају, обликован као губитак (енг. *negative framing effect*). У случају *добитка*, избегава се ризик, у случају *губитка*, ризик се преузима.

Ако би пошли од тога да понуда за склапање поравнања представља *сигуран добитак*, а износ који се очекује на основу судске пресуде *неизвестан добитак*, руководећи се претходно описаном логиком, појединци, *сада у улози парничара*, изабрали би сигуран добитак (*поравнање*). Ово важи под условом да парничари, са одређене референтне тачке, процењују да је поравнање *добитак*, а новчана вредност судске пресуде *губитак*. То значи да чак и уколико би суђење донело већу корист парничарима, они би, ипак, изабрали опцију склапања поравнања. Према томе, *обликовање различитих опција утиче на дате изборе*, из чега следи да *парничари не доносе нужно одлуке на основу трошкова и користи различитих опција, тј. на основу очекиване вредности од суђења и поравнања*.

### 3.2. *Остале импликације теорије Канемана и Тверског на емпиријска истраживања*

Даља импликација овог налаза *Канемана и Тверског* огледа се у томе да је за *тужиоце* поравнање прихватљивије у односу на *тужене*. Потврда ове тезе

дата је на основу истраживања<sup>743</sup> којима је доказано да тужиоци процењују исплату на основу поравнања као *добитак*, док тужени такву исплату процењују као *губитак*. На основу тога следи да тужиоци имају *већу аверзију према ризику*, те им је исплата на основу поравнања прихватљивија, док су тужени спремни да *прихвате ризик* и упусте се у парницу до доношења пресуде. Другим речима, за тужене је очекивана исплата на основу пресуде прихватљивија у односу на процењени сигуран губитак на основу поравнања. Оваква истраживања подривају стандардну претпоставку у економским моделима да се појединци увек понашају *рационално*. У вези с тим, постоје истраживања која не само да су довела у питање претпоставку рационалности, већ су отишла корак даље тиме што су доказала да појединци не само да не доносе економски рационалне одлуке, већ су те одлуке детерминисане и другим факторима, попут *правичности*. Тако, примера ради, у једном експерименту<sup>744</sup> појединци су радије прихватили износ поравнања који је прелазео износ стварне штете, *чак иако је вероватноћа победе на суђењу и износ добијен на основу пресуде остао непромењен (константан)*. Тиме је доведена у питање претпоставка да појединци теже *једино* максимизацији богатства. Другим речима, очито је да постоје и други фактори којима се појединци руководе у доношењу одлука.<sup>745</sup> Оваква истраживања навела су неке ауторе<sup>746</sup> да подрже *Фисов* принципијелни став у прилог правичности као основног циља политике решавања спорова, и да у *Фисовој* аргументацији виде претечу налаза тих емпиријских истраживања. Уважавајући чињеницу да се *Фис* залагао за правду као *јавно добро*, док бихејвиористи својим истраживањима доказују да *појединци* доносе одлуке не руководећи се само максимизацијом богатства, већ и другим вредностима, попут правичности, ови аутори истичу<sup>747</sup> да

---

<sup>743</sup> Истраживања се могу наћи у: Jeffrey J. Rachlinski, *Gains, Losses, and the Psychology of Litigation*, Southern California Law Review, Vol. 70, 1996, стр. 130–149 и на другим местима. Ова истраживања потврђују тезу о комплементарности стандардне теорије економске анализе права и бихејвиоралне теорије која се бави изучавањем процеса доношења одлука. Комплементарним приступом у изучавању људског понашања може се доћи до тачнијих сазнања у односу на постојећа сазнања која су резултат стандардног економског моделовања понашања парничара.

<sup>744</sup> Видети истраживање у: Russell Korobkin, Chris Guthrie, *Psychological Barriers to Litigation Settlement: An Experimental Approach*, Michigan Law Review, Vol. 93, 1994–1995, стр. 107–192.

<sup>745</sup> Ово истраживање, у основи, потврђује постојање *психолошких баријера* у доношењу одлука, самим тим и одлуке о избору суђења или поравнања. Појединци се не руководе само рационалном логиком, те уколико је, рецимо, понуда за склапање поравнања дата од лица које странка којој је упућена понуда процењује као *неморално*, може доћи до одбијања понуде, упркос економској неисплативости тог чина одбијања. Пример наведен у: *ibid.*, стр. 109–110.

<sup>746</sup> Један од таквих аутора јесте *Бронстин*, видети: John Bronsteen, *op. cit.*, 2009, стр. 110–111.

<sup>747</sup> *Ibid.*

апострофирање правде у јавној сфери од стране *Фиса*, или у приватној сфери од стране бихејвиориста, не нарушава тезу по којој је *Фис* антиципирао многа каснија открића *Бихејвиоралног права и економије*.

Коначно, и питање *других фактора* којима се парничари руководе у доношењу одлука у вези с избором суђења или поравнања захтева посебну елаборацију. Наиме, стандарди економски модели фокусирају се на *исходе*, тј. на новчани износ добијен на основу *поравнања* и новчани износ остварен на основу *судске пресуде*. Но, питање је да ли је благостање појединаца (парничара) детерминисано једино *новцем* оствареним поравнањем или судском пресудом. Рецимо, сем новца и други фактори могу утицати на благостање појединаца, као што је *могућност учествовања у судском поступку*. Могућност учествовања у судском поступку, сама по себи, представља *вредност* за многе парничаре. Парничари могу преферирати суђење јер им пружа могућност за реализацију одређених интереса који не морају бити економске природе, те подстицање од стране судија да иду на поравнање, могу доживети као нешто што угрожава њихове интересе. Додајмо томе, да политика којом се подстиче поравнање може бити оцењена од стране појединаца као *принуда* којом се ускраћује остварење основних вредности којима правосудни систем у основи служи, као што је, рецимо, *вера у ауторитет судске власти, непристрасно доношење судске пресуде*, итд.<sup>748</sup>

Сва ова емпиријска истраживања указују да појединци, у улози парничара, не максимизирају једино богатство, већ теже *максимизацији и других вредности*. То значи да се функција корисности парничара, осим богатства, мора проширити и другим детерминантама. Но, нагласимо да ова истраживања нису уперена на *рушење* налаза стандардних економских модела, већ на њихово додатно разјашњење и стварање основе да се модели допуне новим претпоставкама.

Стандардни економски модели имају своју неспорну вредност, а између осталог, дали су замах тим каснијим емпиријским истраживањима *Бихејвиоралног права и економије*. Да ли ће доћи до инкорпорирања тих налаза у

---

<sup>748</sup> Видети: *ibid.*, стр. 112, где је наведено према: Bruno S. Frey, Alois Stutzer, *Happiness and Economics: How the Economy and Institutions Affect Well-Being*, 2002, стр. 149–150. Генерално гледано, у овој књизи наглашава се позитиван утицај *слобода* – политичких, економских, личних, на индивидуално благостање појединаца. Већи степен демократије и децентрализације у једној земљи налазе се у позитивној корелацији са благостањем свих појединаца.

економске моделе, у неким ширим размерама, остаје да се види. Но, једно је сигурно да чврсто стајање на почетним (идеолошким) позицијама неће допринети даљем развоју и афирмацији *економске анализе права*, као модерне научне дисциплине.

## ТРЕЋИ ДЕО

### ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА МЕДИЈАЦИЈЕ

У трећем делу рада бавимо се питањем *економских импликација медијације*, као посебног *АДР* метода решавања спорова, на укупне друштвене трошкове парничног поступка (парнице). *Питање је да ли укључење медијације у економске моделе парничног поступка доприноси минимизацији тих трошкова?* У ту сврху биће обрађена медијација, с правног и економског аспекта, уз посебан осврт на *улогу медијатора у превазилажењу различитих препрека ефикасном решењу спора и методе које медијатор користи с тим у вези*. У том контексту, *питању ублажавања проблема негативне селекције и проблема моралног хазарда од стране медијатора* биће посвећена посебна пажња. При том, испитивање ових проблема отвара и питање *економске оправданости обавезне медијације*, те ће и оно бити предмет посебне елаборације, уз осврт на актуелну дебату у вези са законским уређењем обавезне медијације у нашој земљи. На крају ће бити изложени резултати познатих *емпиријских истраживања о ефективности медијације*, генерално узев, и у релацији са другим *АДР* методима.

# ГЛАВА 1

## ПОЈАМ, КАРАКТЕРИСТИКЕ И МОДЕЛИ МЕДИЈАЦИЈЕ

### 1. Правни појам медијације

У нашој литератури<sup>749</sup> може наћи оваква дефиниција појма медијације: „Медијација је један од алтернативних начина за мирно решавање спорова чија примена омогућава да стране у спору приступе конструктивном и пријатељском решавању спора са циљем да заједнички пронађу споразумно и обострано прихватљиво решење, које неће значити ни победу ни губитак једне стране, већ њихов обострани добитак“. Законска дефиниција посредовања (медијације) гласи: „Посредовање је сваки поступак, без обзира на његов назив у којем стране желе да спорни однос реше мирним путем уз помоћ једног или више посредника – медијатора који странама помажу да постигну споразум“.<sup>750</sup> Затим се у истом члану додаје: „Медијатор није овлашћен да странама намеће обавезујући споразум“.<sup>751</sup> У нашем *Закону о посредовању – медијацији*, јасно се види да је медијација дефинисана као *поступак*, а не као *процес*, што указује да законодавац није сагледао медијацију из различитих углова.<sup>752</sup> Наиме, медијација се може сагледати не само из правног угла, како је учињено у *Закону о посредовању – медијацији*, апострофирањем *процедуралних аспеката медијације*, већ и из психолошког, социолошког или економског угла. Медијација је много више од јасно утврђених правила за њено спровођење, она је *процес* у коме медијатор води разговоре са странама у спору као и оне међусобно, *процес* у коме стране узајамно, уз асистенцију медијатора, усклађују интересе.<sup>753</sup> Тај процес медијације обухвата не само правна питања, већ и психолошка, економска и друга питања.

<sup>749</sup> Видети: Невена Петрушић, „Медијација као метод решавања спорова“, у: *Темид*, Виктимолошко друштво Србије, Београд, год. 7, бр. 2, 2004, стр. 36.

<sup>750</sup> Видети: чл. 2. ст. 1. *Закона о посредовању – медијацији*, „Службени гласник РС“, бр. 18/2005.

<sup>751</sup> Видети: чл. 2. ст. 2. *Закона о посредовању – медијацији*.

<sup>752</sup> Видети: Гордана Михаиловић, „Шта смо добили а шта изгубили са законом о медијацији“, у: Тамара Цамоња Игњатовић, Невенка Жегарац, *Теоријске основе медијације: перспективе и доприноси*, Центар за примењену психологију, Београд, 2009, стр. 224.

<sup>753</sup> *Ibid.*



У страној литератури<sup>754</sup> постоји *шири појам медијације* под којим се подразумева интервенција трећег лица у процес решавања спора. Затим, постоји и дефиниција<sup>755</sup> медијације под којом се подразумева преговарање које је обављено уз асистенцију треће стране. Даље, медијација се дефинише<sup>756</sup> и као *процес* у коме непристрасна или неутрална трећа страна помаже странама у спору да се добровољно поравнају на основу споразума који ће дефинисати њихово будуће понашање. Коначно, постоје и дефиниције појма медијације које су *дескриптивног карактера*,<sup>757</sup> те се под медијацијом подразумева *екстензија* непосредног преговарања између страна у спору, тј. ситуација када стране у спору које нису успеле да се поравнају ангажују трећу страну како би им помогла да постигну споразум. Такође, постоје дескриптивне дефиниције појма медијације, али код којих је нагласак на *разлици* у односу на судски и арбитражни поступак. Тако се истиче<sup>758</sup> да медијација укључује трећу страну, али да медијатор није овлашћен да *наметне* решење странама у спору. Такву дистинкцију између медијације, као неадјудикативног метода решавања спорова, и адјудикативних метода решавања спорова (арбитраже и парнице), налазимо и у нашој литератури,<sup>759</sup> у којој се истиче да циљ медијације није *пресуда*, већ *помирење*, тј. *допринос помирењу од стране медијатора*.

Из мноштва дефиниција појма медијације у даљем тексту издвојићемо основне карактеристике овог посебног алтернативног метода решавања грађанскоправних спорова, уз осврт на спровођење овог поступка и моделе медијације. То ће нам послужити као увод у анализу медијације *са економског аспекта*. Наиме, *поставља се питање: зашто медијација, као облик посредног преговарања, може бити, у Парето смислу, ефикаснији метод од непосредног*

---

<sup>754</sup> Видети: John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, *Mediation and Other Non-Binding ADR Processes*, University Casebook Series, The Foundation Press, Westbury, New York, 1996, стр. 73. У даљем тексту: *John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, 1996*.

<sup>755</sup> Видети: Stephen B. Goldberg, Frank E. A. Sander, Nancy H. Rogers, *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*, third edition, Aspen Law & Business, Gaithersburg, New York, 1999, стр. 123.

<sup>756</sup> Видети: John W. Cooley, *Mediation Advocacy*, Nita Practical Guide Series, National Institute for Trial Advocacy, Indiana, 1996, стр. 2.

<sup>757</sup> Видети: Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 54.

<sup>758</sup> Видети: Robert H. Mnookin, *op. cit.*, 1998. Упореди са: Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 54, где се истиче да медијатор асистира странама у спору да имплементирају њихове вредности (осећај правичности, религиозна уверења, моралне норме, итд.) на чињенице и на тај начин дођу до обострано прихватљивог споразума.

<sup>759</sup> Видети: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 228.

преговарања страна у спору? Другим речима, који су то недостаци непосредног преговарања који доводе до примене медијације, и зашто медијација омогућава постизање споразума о поравнању са нижим трансакционим трошковима у односу на споразум о поравнању који је резултат непосредног преговарања?

## 2. Основне карактеристике медијације и начела поступка медијације

Из горенаведених дефиниција појма медијације могу се издвојити две основне карактеристике овог АДР метода.<sup>760</sup> Прва основна карактеристика медијације јесте *доброволност*, под којом се подразумева да страна у спору може да одустане од медијације, или да не прихвати исход медијације, без било каквих негативних последица.<sup>761</sup> Када је реч о добровољности, она је базирана на *принципу диспозиције*, који означава да поступак медијације *започиње* сагласношћу воља две стране у спору, тј. формалноправно гледано, прихватањем *предлога за медијацију*.<sup>762</sup> Стране иницирају поступак медијације, мада и суд може упутити стране у спору на овај поступак, уколико оцени да је то целисходно.<sup>763</sup> При том, стране у спору не само да иницирају поступак медијације, него утичу и на садржину и ток овог поступка, што све скупа одражава суштину принципа диспозиције.<sup>764</sup> Даље, будући да поступак медијације не *отпочиње* подизањем тужбе, него предлогом за медијацију, у њему не постоји активно легитимисани тужилац, нити пасивно легитимисани тужени.<sup>765</sup> Ово важи и онда када до покретања поступка медијације долази на

---

<sup>760</sup> Карактеристике медијације, односно начела поступка медијације која ћемо навести у даљем тексту предвиђена су *Директивом 2008/52/ЕО Европског парламента и Савета ЕУ о неким аспектима медијације у грађанским и трговинским стварима*. Директива доступна на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF>. Видети рад који се детаљније бави овом тематиком: Невена Петрушић, *Европски стандарди и принципи решавања спорова путем медијације*, [http://www.natef.net/downloads/Nevena\\_Petrusic.pdf](http://www.natef.net/downloads/Nevena_Petrusic.pdf), скинут августа 2011. године.

<sup>761</sup> Видети: John W. Cooley, *op. cit.*, 1996, стр. 2.

<sup>762</sup> Видети: чл. 8. ст. 1. нашег *Закона о посредовању – медијацији*. У ставу 2. истог члана *Закона* стоји да ако се страна која је примила предлог за спровођење поступка посредовања у року од 15 дана од дана пријема предлога или у року за одговор који је наведен у предлогу *не изјасни*, сматра се да је предлог за посредовање одбијен.

<sup>763</sup> Правило да суд може упутити стране у спору на поступак медијације постоји у многим америчким државама. Видети: Невена Петрушић, *op. cit.*, 2004, стр. 38, фуснота бр. 21.

<sup>764</sup> *Ibid.*

<sup>765</sup> Видети: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 227.

основу *споразума о посредовању*,<sup>766</sup> као облика самосталног уговора за решење насталог спора, или облика клаузуле у одређеном уговору у сврху решавања будућих спорова.<sup>767</sup> Иначе, добровољност, као карактеристика медијације,<sup>768</sup> у нашем *Закону о посредовању – медијацији* уздигнута је на ниво *начела поступка медијације*.<sup>769</sup>

Друга основна карактеристика медијације тиче се особина медијатора, од којих се издвајају *непристрасност и неутралност*.<sup>770</sup> Медијатор у процесу медијације мора да поступа *неутрално* између страна у спору, тј. медијатор не сме да намеће решење спора, нити да утврђује кривицу било које стране. Медијатор треба да својим вештинама посредовања,<sup>771</sup> а на основу начела посредовања, стране у спору доведе до обострано прихватљивог решења. У том циљу, неутралност и непристрасност јесу веома важне особине медијатора, чиме би и сам поступак медијације требало да добије карактеристику неутралности и непристрасности. Између осталог, и у нашем *Закону о посредовању – медијацији* истиче се<sup>772</sup> да медијатор мора бити *трећа неутрална особа*. У вези с тим, *Закон* предвиђа<sup>773</sup> да медијатори могу бити судије, адвокати и *други истакнути стручњаци из различитих области, у зависности од врсте спорног односа у коме се посредује*. Јасно је да медијацију не могу спроводити само стручњаци из правне области, већ је неопходно и учешће економиста, лекара, психолога, педагога и других, у зависности од природе спорног односа.

У претходном одељку истакнуто је да медијација представља *неадјудикативни поступак*, који се не окончава пресудом, тј. одлуком суда или арбитраже. С тим у вези, у нашем *Закону о посредовању – медијацији*<sup>774</sup> наведена су *три исхода* поступка медијације. Први исход јесте закључени

---

<sup>766</sup> Видети: Невена Петрушић, *op. cit.*, 2004, стр. 38, фуснота бр. 20.

<sup>767</sup> Видети: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 227.

<sup>768</sup> Добровољност је карактеристика не само поступка медијације, већ и осталих алтернативних метода решавања спорова (арбитраже, непосредног преговарања и других).

<sup>769</sup> Видети: чл. 3. *Закона о посредовању – медијацији*. Ово начело предвиђено је и у чл. 329. *ЗПП*.

<sup>770</sup> Детаљније о непристрасности и неутралности медијатора: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 229–230.

<sup>771</sup> Могу се издвојити следеће вештине доброг медијатора: фацитаторска вештина, тј. вештина олакшања комуникације између страна у спору, вештина активног слушања, креативност, аналитичност, флексибилност, уравнотеженост, итд. Видети о вештинама и врлинама доброг медијатора: Невена Петрушић, *op. cit.*, 2004, стр. 39.

<sup>772</sup> Видети: чл. 18. ст. 1. *Закона о посредовању – медијацији*.

<sup>773</sup> Видети: чл. 18. ст. 2. *Закона о посредовању – медијацији*.

<sup>774</sup> Видети: чл. 10. *Закона о посредовању – медијацији*.

*споразум о поравнању*, наравно, под условом да медијација успе. Други исход јесте *одлука о обустави поступка*, коју доноси медијатор након обављених консултација са странама у спору и у случају да наставак тог поступка није оправдан. Трећи исход поступка медијације јесте изјава стране у спору да *одустаје* од даљег поступка. Прва два исхода медијације, *споразум и одлука о обустави поступка*, базирана су на сагласности воља страна, по чему се медијација и разликује од адјудикативних метода решавања спорова. Наиме, код адјудикативних метода решавања спорова, судија или арбитар могу да *наметну* решење странама у спору, док код медијације то није случај. Трећи исход није заснован на сагласности воља обе стране у спору, јер једна страна одустаје од поступка медијације независно од воље друге стране. Но, и код овог исхода, медијатор не намеће одлуку страни која жели да одустане од даљег поступка. Тај трећи исход, иако није успешан, не генерише превелике материјалне трошкове, нити превелики утрошак времена.<sup>775</sup>

Следеће карактеристике медијације јесу *приватност и поверљивост*.<sup>776</sup> И у нашем *Закону о посредовању – медијацији* предвиђено је *начело приватности*, јер се каже да у поступку медијације могу учествовати стране, њихови законски заступници и пуномоћници, а са дозволом страна и трећа лица.<sup>777</sup> Такође, истиче се да сва ова лица морају да поштују начело приватности.<sup>778</sup> Затим, у нашем *Закону о посредовању – медијацији* предвиђено је и *начело поверљивости*,<sup>779</sup> будући да су све информације, изјаве и предлози који су везани за поступак медијације *тајни*.<sup>780</sup> Стране у поступку могу одступити од овог начела, тј. могу да изнесу неке информације у јавност, *али само уз изричиту и недвосмислену обострану сагласност*.<sup>781</sup> Додајмо овим начелима, и остала начела предвиђена овим *Законом*. Реч је о начелу *хитности*

<sup>775</sup> Видети: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 228.

<sup>776</sup> Видети: Robert H. Mpookin, *op. cit.*, 1998, у оквиру одељка о преговарању и медијацији (електронска верзија).

<sup>777</sup> Видети: чл. 5. ст. 2. *Закона о посредовању – медијацији*. Иначе, трећа лица могу бити лица која су везана за спор, или стручна лица која прате поступак медијације у сврху едукације. Уз сагласност страна и медији могу присуствовати поступку медијације.

<sup>778</sup> Видети: чл. 5. ст. 3. *Закона о посредовању – медијацији*.

<sup>779</sup> Начело поверљивости предвиђено је и у чл. 329. *ЗПП*.

<sup>780</sup> Видети: чл. 6. ст. 1. *Закона о посредовању – медијацији*.

<sup>781</sup> Примена начела поверљивости мора бити у складу са *јавним интересом*, тј. не сме се поверљивошћу овог поступка сакривати сазнање да је учињено кривично дело или да је извршена пореска утаја и томе слично. Детаљније о томе: Гордана Михаиловић, *op. cit.*, 2009, стр. 228.

поступка,<sup>782</sup> чија је сврха да стране у спору брже окончају свој спор, али и да се судови растерете. Наш Закон о парничном поступку (ЗПП) предвидео је рок од тридесет дана за окончање поступка медијације,<sup>783</sup> с тим да рок почиње да тече од тренутка када је медијатор преузео предмет у рад.<sup>784</sup> Исти рок од тридесет дана предвиђен је и у Закону о посредовању – медијацији, а који се из оправданих разлога може продужити на захтев страна у спору или медијатора.<sup>785</sup> Коначно, Закон о посредовању – медијацији предвидео је и начело једнакости и равноправности странака,<sup>786</sup> под којим се подразумева да су странке равноправне и да имају једнака права, али и да медијатор мора поступати независно и непристрасно.

### 3. Спровођење поступка медијације и модели медијације

За разлику од судског поступка који је формалног карактера, поступак медијације је неформалног карактера. Неформалност поступка медијације испољава се у томе што се стране у спору могу споразумети о начину његовог спровођења. Неформалност овог поступка нормирана је и нашим Законом о посредовању – медијацији, у коме се каже да се стране могу споразумети о начину на који ће се поступак посредовања спровести.<sup>787</sup> У истом члану Закона предвиђено је<sup>788</sup> и да је медијатор овлашћен да спроведе поступак медијације на начин који је према његовој оцени одговарајући и то онда када стране не постигну споразум о начину спровођења истог, имајући у виду околности спорног односа, интересе које стране желе да остваре, као и уз поштовање начела хитности. У вези с тим, ако је медијација успешно окончана, при чему није испоштована договорена процедура, или процедура коју је медијатор одредио, неће доћи до поништавања постигнутог споразума о поравнању. Другим речима, повреда поступка медијације неће довести до анулирања споразума о поравнању, како би, компаративно гледано, дошло до укидања

<sup>782</sup> Видети: чл. 7. Закона о посредовању – медијацији. Начело хитности предвиђено је и у чл. 329. ЗПП.

<sup>783</sup> Видети: чл. 328. ст. 4. ЗПП.

<sup>784</sup> Детаљније о томе: Гордана Михаиловић, *op. cit.*, 2009, стр. 229–230.

<sup>785</sup> Видети: чл. 13. Закона о посредовању – медијацији.

<sup>786</sup> Видети: чл. 4. Закона о посредовању – медијацији.

<sup>787</sup> Видети: чл. 9. ст. 1. Закона о посредовању – медијацији.

<sup>788</sup> Видети: чл. 9. ст. 2. Закона о посредовању – медијацији.

пресуде у судском поступку, због *битних повреда одредаба парничног поступка*. Затим, *Закон* предвиђа да медијатор може водити заједничке и одвојене разговоре са странама у спору.<sup>789</sup> Поједина питања или ставове које је сазнао у одвојеном разговору са једном од страна у спору, медијатор може пренети другој страни, али само ако добије *сагласност* да тако поступи.<sup>790</sup> Може се рећи да је *универзално правило* да медијатори не смеју *без сагласности* да преносе другој страни оно што су сазнали у поверљивом и одвојеном разговору. На тај начин се ствара *атмосфера поверења* између медијатора и страна у спору, која је од кључног значаја за успешно окончање поступка медијације. Управо овакав начин спровођења поступка медијације у одвојеним разговорима са странама у спору даје овом *АДР* методу обележје неформалности и поверљивости, за разлику од судског или арбитражног поступка, у којима је незамисливо да судија или арбитар спроводи поступак на овај начин. Такође, медијатор, за разлику од судије или арбитра, није овлашћен да предлаже решење насталог спора, јер је то питање у домену аутономије самих страна. Медијатор предлаже једино *начине за решавање спора*.<sup>791</sup>

У америчкој литератури<sup>792</sup> наводи се да пракса спровођења поступка медијације *није једнообразна*. Рецимо,<sup>793</sup> постоји могућност да медијатор подстиче *учешће адвоката* страна у спору, али и обрнута могућност да то не чини. Затим, медијатор може да се у поступку медијације фокусира на *правни положај* страна у спору, или да се концентрише на њихове *интересе и потребе*, без разматрања њихове правне позиције и правних питања. То је управо и довело до раздвајања медијације на два модела, *фацилитативни* и *евалутивни модел медијације*.<sup>794</sup> У *фацилитативној медијацији*, улога медијатора огледа се у олакшању комуникације између страна, при чему се медијатор првенствено фокусира на то да стране искажу своје интересе и потребе, како би, на основу тога, генерисале неко од *креативних* решења спора. У *евалутивној медијацији*, како сам назив сугерише, медијатор се упушта у *процену успеха* страна у

<sup>789</sup> Видети: чл. 9. ст. 3. *Закона о посредовању – медијацији*.

<sup>790</sup> Видети: чл. 9. ст. 3. *Закона о посредовању – медијацији*.

<sup>791</sup> Видети: чл. 9. ст. 4. *Закона о посредовању – медијацији*.

<sup>792</sup> Видети: Robert H. Mnookin, *op. cit.*, 1998, у оквиру одељка о преговарању и медијацији (електронска верзија).

<sup>793</sup> *Ibid.*

<sup>794</sup> Видети: Katherine V. W. Stone, *op. cit.*, 2000, стр. 33–34.

парничном поступку, тј. он евалуира правну позицију страна у спору у евентуалном парничном поступку.<sup>795</sup> Напоменимо да је евалутивна медијација *ређе* коришћени модел медијације у односу на фацилитативну медијацију. Но, поред фацилитативне и евалутивне медијације, постоји и *еклектички модел медијације*, са карактеристикама и једне и друге.<sup>796</sup> У *еклектичком моделу медијације*, медијатор предочава странама у спору очекивани ризик и могућности од упуштања у парницу, али испитује и интересе страна у спору, како би установио да ли постоји могућност за решење спора алтернативним путем. Иначе, постоје мишљења<sup>797</sup> да је претходно разликовање на фацилитативну и евалутивну медијацију *бесмислено*, јер у пракси често није могуће избећи преклапање карактеристика једног и другог модела медијације.

---

<sup>795</sup> Логично је да је *правничко образовање* у овом моделу медијације од великог значаја.

<sup>796</sup> Видети: Robert H. Mnookin, *op. cit.*, 1998, у оквиру одељка о преговарању и медијацији (електронска верзија).

<sup>797</sup> Видети: Katherine V. W. Stone, *op. cit.*, 2000, стр. 34.

## ГЛАВА 2

### УЛОГА МЕДИЈАТОРА У ЕФИКАСНОМ РЕШЕЊУ СПОРА

#### *1. Препреке Парето ефикасном решењу спора*

Од радова који се баве истраживањем препрека ефикасном решењу спора и улоге медијатора у превазилажењу тих препрека, издвајамо *Мнукинов* рад из 1993. године.<sup>798</sup> Наиме, овај аутор првенствено издваја спорове који су могли бити решени *ефикасним преговарањем страна у спору*, али до тога није дошло из различитих разлога. Конкретније речено, *Мнукин* ставља акценат на спорове који нису окончани (*а могли су*), или су пак окончани, али неефикасним методом и, при том, испитује *факторе* који су довели до таквог (*неефикасног*) резултата.

У гореспоменутом раду, *Мнукин* наводи пример *развода супружника и борбе око старатељства над дететом*. Уместо исцрпљујуће борбе око развода и старатељства над дететом у дуготрајној и скупој парници, стране у спору могле су да приступе преговарању око тих питања и исходују окончање спора с *нижим трошковима*. Другим речима, обе стране, укључујући наравно и дете, могле су да побољшају сопствену позицију (тзв. *Парето побољшање*) да су приступиле преговорима, али уместо тога спор се окончава на начин да су и супружници и дете на *губитку*. Тај губитак односи се на *експлицитне трошкове* адвоката и вештака, али и *имплицитне трошкове*, који су у тој врсти спорова, свакако, значајнији трошкови, попут: *наношења емоционалног бола детету, оштећења узајамних односа супружника, као и њиховог односа са дететом*.

Када је реч о баријерама ефикасном решењу спора, овај аутор првенствено наводи *стратегијско понашање страна у спору*, о чему је већ било речи у овом раду.<sup>799</sup> Друга препрека ефикасном решењу спора, по мишљењу

<sup>798</sup> Видети: Robert H. Mnookin, *Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict*, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 8, No. 2, 1993, стр. 235–249.

<sup>799</sup> Видети одељак *Фактори који утичу на покретање парничног поступка и вођење парнице*, као и одељак *Пингов модел стратегијског понашања странака у преговорима*.



Мнукина, може бити последица добро познатог *принципал–агент проблема* – питање које смо, такође, претходно елаборирали.<sup>800</sup> У вези с тим, јасно је да се различити подстицаји адвоката и клијента могу одразити на (не)успешност преговора, који, наравно, подразумевају присуство адвоката који (не)заступа интересе клијента. Као трећу препреку успешним преговорима, Мнукин издваја *когнитивне факторе*, идентификоване од стране *бихејвиориста*, који су већ објашњени у вези с питањем доношења одлуке о одласку на поравнање или суђење, у присуству адвоката,<sup>801</sup> или без присуства адвоката.<sup>802</sup> Коначно, последња препрека ефикасном решењу спора, коју овај аутор наводи, тиче се једне појаве истражене у оквиру социјалне психологије, првенствено од стране истраживача и професора психологије са *Стенфорда*, *Ли Роса* (*Lee Ross*).<sup>803</sup> У питању је појава која је означена као *реактивна девалвација* (енг. *reactive devaluation*).<sup>804</sup> Наиме, *реактивна девалвација*, како сам назив сугерише, односи се на ситуацију када једна страна у преговорима *умањује* актуелну вредност понуде или уступка друге стране, посебно ако између њих постоје *непријатељски односи*. Ова појава, генерално гледано, последица је преговарања као *друштвено интерактивног процеса између две стране у спору*, у коме оне често изводе одређене закључке о намерама, мотивима или интересима друге стране. Управо је то и разлог зашто су истраживачи социјалне психологије приступили проучавању појаве реактивне девалвације. Тако је у једном експерименту,<sup>805</sup> који је спроведен са студентима *Стенфорд* универзитета, доказана хипотеза да појединци *умањују* вредност актуелне понуде, преферирајући другу, *алтернативну понуду*, која није актуелизована, и обрнуто. Другим речима, доказано је да појединци, у избору између *понуђене* и

---

<sup>800</sup> Видети пододељак *Агенцијски проблем између адвоката и клијента* у оквиру шире целине о *Улози адвоката у економском моделу парничног поступка*, где су објашњени различити подстицаји адвоката и клијента у вези с питањем метода плаћања адвоката и утицаја на исход спора. Такође, видети одељак о *Основним аргументима против политике преговарања и поравнања*, где је указано да принципал–агент проблем може довести до неуспеха преговора око поравнања.

<sup>801</sup> Видети одељак *Поглед на улогу адвоката из угла Бихејвиоралног права и економије*.

<sup>802</sup> Видети одељак *Поглед на политику поравнања из угла Бихејвиоралног права и економије*.

<sup>803</sup> Видети: Lee Ross, *Reactive Devaluation in Negotiation and Conflict Resolution*, доступан на: [https://www.law.stanford.edu/program/centers/scicn/papers/reactive\\_devaluation.pdf](https://www.law.stanford.edu/program/centers/scicn/papers/reactive_devaluation.pdf)

<sup>804</sup> Будући да појава реактивне девалвације није обрађена у овом раду, у даљем тексту, а на основу наведеног *Росовог* рада, посветићемо пажњу овој препреци ефикасном решењу спора.

<sup>805</sup> Резултати експеримента, који је спроведен од стране *Роса* и других професора са *Стенфорда*, приказани су у гореспоменутом *Росовом* раду. Резултате истог експеримента навео је и *Мнукин* у свом раду из 1993. године и то у циљу проучавања *улоге медијатора у превазилажењу препрека ефикасном решењу спора*. О томе ће бити речи у даљем тексту.

*непонуђене опције*, преферирају ову другу. Ово истраживање, али и бројна друга истраживања,<sup>806</sup> указују да појединци у преговорима показују склоност ка веровању да је понуда друге стране *нереална* и, на основу такве процене, одбијају да учествују у размени са другом страном. Она страна која је упутила иницијалну понуду, процениће одбијање понуде од стране другог учесника у преговорима као *одраз непријатељства*, или као *одраз стратегијског понашања*.<sup>807</sup> Тиме се може створити *зачарани круг*, чији епилог може бити непостизање споразума о поравнању. Излаз из тог *зачараног круга* може се наћи у одласку на суђење, или у помоћи од стране трећег неутралног лица (*медијатора*).

## **2. Улога медијатора у превазилажењу препрека Парето ефикасном решењу спора**

Када је реч о *улози медијатора* у превазилажењу препрека ефикасном решењу спора, она је више него значајна.<sup>808</sup> Прво, када говоримо о *стратегијском понашању страна у спору*, објашњено је да суштину процеса преговарања представља *деоба кооперативног вишка*.<sup>809</sup> Том приликом назначено је да деоба кооперативног вишка на једнаке делове представља *разумно решење*.<sup>810</sup> Рецимо, ако је купац спреман да купи кућу по цени од 50.000 еура, док је продавац спреман да прода кућу по цени од 45.000 еура, јасно је да би подела кооперативног вишка од 5.000 еура на једнаке делове представљала разумно решење. Но, постоји могућност да продавац и купац уђу у исцрпљујућу борбу око поделе кооперативног вишка у циљу узимања већег дела колача. То би представљало *рационално понашање*, али је питање да ли би било разумно. Ово питање се поставља, имајући у виду чињеницу да епилог

---

<sup>806</sup> У електронској верзији *Росовог* рада приказани су резултати бројних емпиријских истраживања. За потребе нашег рада ограничавамо се на овај репрезентативни експеримент са студентима *Стенфорда*, који је довољан ради потврде основне тезе о постојању реакционе девалвације као препреке ефикасном решењу спора. Нагласак у даљем тексту биће на *улози медијатора* у превазилажењу те препреке.

<sup>807</sup> Преговарач може одбити понуду из *стратегијских разлога*, како би у даљем току преговора издејствовао још нижи износ понуде за склапање поравнања.

<sup>808</sup> Анализа која следи базирана је на Мнукиновом раду из 1993. Видети: Robert H. Mnookin, *op. cit.*, 1993.

<sup>809</sup> Видети одељак *Теорија преговарања* у оквиру шире целине о *Преговарању*, као посебном *ADR* методу.

<sup>810</sup> У питању је појам који користе *Кутер* и *Јулин*, а који прихватамо у овом раду. Видети фусноту бр. 616.

тактичке борбе између учесника преговора може бити непостизање споразумног решења око поделе кооперативног вишка. Наиме, ако би пошли од претпоставке да купац и продавац знају обостране резервационе цене, продавац може заузети стратегију продаје *не испод 49.999 еура*, а купац стратегију куповине *не изнад 45.001 еура*. У овом случају, свако жели да присвоји што је могуће вишу вредност кооперативног вишка у износу од *5.000 еура*. У питању су две *екстремне позиције* које се заузимају ради материјализације максималне вредности кооперативног вишка, а која зависи од вредности *кредибилне претње* једног и другог учесника у преговорима. Све у свему, ова стратегијска игра може довести до тога да се оба учесника у преговорима нађу у лошијој позицији, тј. да резултат преговора буде непостизање договора око поделе кооперативног вишка. Економски речено, *нето исход* може бити непотребно расипање ресурса (новца, времена) на неуспешне преговоре око поделе кооперативног вишка. У нашем примеру то би практично значило да купопродаја не би била реализована, што би представљало *некооперативно решење игре*. С тим у вези, намеће се питање: *да ли медијатор може довести до тога да се избегне некооперативно решење игре, узроковано стратегијским понашањем страна у сукобу (спору)?* Одговор је позитиван, али постоје одређени *услови* који морају да се испуне да би до тога дошло. Пре свега, медијатор би требало да стекне *поверење* оба преговарача. Само у атмосфери поверења постоји могућност да стране у спору *открију* своје праве потребе и интересе. Тек уколико је медијатор успео да *донде* до базичних потреба и интереса страна у спору, може се очекивати да ће им својим вештинама преговарања помоћи да увећају колач, али и да га поделе. У претходном примеру, медијатор би могао да *релаксира напету ситуацију* између продавца и купца и да подстакне њихово *нестратегијско понашање*. Рецимо, могао би да их подстакне да размишљају о *могућим користима од кооперативног решења игре*.

Друго, када је реч о *принципал–агент проблему*, медијатор, такође, може бити од велике користи у његовом превазилажењу. Иначе, принципал–агент проблем може се испољити у односу адвоката и клијента, али и у односима менаџера корпорације и власника, послодавца и радника, итд. Рецимо,<sup>811</sup>

---

<sup>811</sup> Видети пример из америчке судске праксе који потврђује постојање агенцијског проблема између менаџера и акционара предузећа: Robert H. Mnookin, Robert B. Wilson, *Rational*

менаџер корпорације може имати другачије интересе у односу власнике корпорације по питању решења неког спора. Менаџеру корпорације може бити у интересу да настави са *суђењем*, док власницима корпорације може бити у интересу *склапање поравнања*. Мотив због кога се менаџер понаша другачије у односу на власнике може бити крајње *личне природе*. Примера ради, то може бити избегавање личне одговорности, што се постиже *пролонгирањем* судског поступка.<sup>812</sup> Такво понашање менаџера може нанети огромну материјалну штету корпорацији и њеним власницима. *Питање је како медијатор може помоћи да се превазиђе принципал–агент проблем у односу менаџера и власника*. Рецимо,<sup>813</sup> медијатор би могао за преговарачки сто да доведе *представника друге компаније*, а који нема власништво у компанији у којој постоји колизија интереса менаџера и власника. Присуство представника друге компаније могло би да подстакне приближавање интереса менаџера и власника. Затим, слична колизија интереса може постојати између адвоката и њихових клијената.<sup>814</sup> Наиме, адвокати страна у спору могу бити снажно подстакнути да иду на *суђење*, што се често испољава у америчкој судској пракси, бар када је реч о адвокатима који су плаћени по сату радног времена. Тај њихов подстицај може бити појачан и аспирацијама њихових клијената, посебно ако су доброг имовног стања и ако су спремни *да иду до краја у судској борби*. Но, у овом случају, подстицај за избегавање суђења може бити у *високом износу парничних трошкова*. С обзиром на то да ће парничне трошкове сносити *клијенти*, постоји могућност да им *медијатор* за преговарачким столом помогне да увиде да је њихов заједнички интерес у *заобилажењу плаћања тих трошкова*, и то *окретањем преговарању и склапању поравнања са другом страном*. Једино медијатор то може учинити, јер се не може очекивати од адвоката, снажно подстакнутих одласком на суђење, да утичу на странке да се поравнају.

Треће, када је реч о *когнитивним баријерама*, идентификованим од стране бихејвиориста, задржаћемо се на *аверзији према губитку* и *ефекту обликовања*.<sup>815</sup> Подсетимо се да *аверзија према губитку* значи да појединци

---

*Bargaining and Market Efficiency: Understanding Pennzoil v. Texaco*, Virginia Law Review, Vol. 75, 1989, стр. 299 и на другим местима.

<sup>812</sup> Под тиме се мисли и на *улагање жалбе* на првостепену пресуду, а све у циљу избегавања суочавања са последицама.

<sup>813</sup> Пример преузет из: Robert H. Mnookin, *op. cit.*, 1993, стр. 248.

<sup>814</sup> *Ibid.*, стр. 242 и 248.

<sup>815</sup> Видети одељак са насловом *Поглед на политику поравнања из угла Бихејвиоралног права и економије*.

показују тенденцију да негативније процењују *губитак* са референтне тачке. Другим речима, већина људи није спремна на ризик (*да се коцка*), када бира између сигурног и несигурног добитка, чак и када несигуран добитак може донети већу корист. С друге стране, људи су више спремни да преузму ризик (*да се коцкају*) како би избегли *сигуран губитак* него што су спремни да преузму ризик како би остварили добитак, чак и ако је, у просеку, тај сигуран губитак *већи*. Једноставније речено, појединци се коцкају како би избегли сигуран губитак, али не желе да се коцкају ако имају сигуран добитак. У питању је когнитивна баријера које се означава као *избегавање губитка или аверзија према губитку*. Питање које се намеће гласи: *како ова когнитивна баријера може утицати на исход преговора?* Може утицати ако би једна страна у преговорима проценила да *уступак* који чини другој страни представља *сигуран губитак*. По логици бихејвиориста, та страна преузела би ризик да избегне сигуран губитак, тј. наставила би са преговорима, а који носе даљу неизвесност и ризик. Даље, када је реч о *ефекту обликовања*, то значи да појединци доносе различите одлуке – одлуку да преузму ризик или одлуку да учине супротно, у зависности од тога да ли је понуда опција *обликована* као добитак или губитак (енг. *framing effect*). Одабир између две опције може бити обликован као *добитак* (енг. *positive framing effect*), или може бити обликован као *губитак* (енг. *negative framing effect*). У случају *добитка*, избегава се ризик, у случају *губитка*, ризик се преузима. Према томе, аверзија према губитку и обликовање избора између више опција могу негативно утицати на исход преговора. Но, *која је улога медијатора с тим у вези?* Пре свега, медијатор би могао да *преобликује* изборе с којима се суочавају стране у спору, то јест, могао би да *ублажи* негативну перцепцију страна да је уступак који води ка поравнању сигуран губитак. То може учинити тако што би наглашавао *позитивне ефекте* решења спора путем поравнања. Другим речима, добро обучен медијатор могао би да помогне странама у спору да дате изборе виде из *другачије перспективе*, тј. из перспективе која води ка исходу који није толико негативан како оне процењују. Управо се на оваквим питањима испољава *фацитаторска способност* медијатора.

Коначно, уколико је реч о *реактивној девалвацији*, као појави да једна страна у преговорима *умањује* актуелну вредност понуде или уступка друге

стране, нарочито ако између њих постоје *непријатељски односи*, улога медијатора је више него корисна. Наиме, ако једна страна процењује уступак друге стране као одраз непријатељства, питање је да ли би та процена остала идентична, ако би предлог решења спора дошао од стране *трећег неутралног лица*. Медијатор може у одвојеним разговорима са странама у спору да установи и открије њихове интересе и потребе и, на бази тога, формулише предлог који би био прихватљив за обе стране. Предлог мора бити веома *пажљиво* сачињен, јер ако не садржи бар минимум прихватљивих елемената за обе стране, питање је да ли ће бити прихваћен. У сваком случају, на том плану испољавају се особине добро обученог медијатора.

### 3. Улога медијатора у ублажавању проблема негативне селекције

У овом одељку, на бази *Брауновог (J. G. Brown)* и *Ајресовог (I. Ayres)* рада из 1994. године,<sup>816</sup> посвећује се посебна пажња *улози медијатора у ублажавању проблема негативне селекције између страна у спору, као врсти информационог проблема*. Акцент се, при том, ставља на *одвојене разговоре* које медијатор води са странама у спору, а који представљају посебну технику за *побољшање преноса информација* између њих. Но, пре тога, потребно је одговорити на неколико питања: пре свега, шта се подразумева под *негативном селекцијом* и, нарочито, у којим случајевима она наступа, а затим је важно разграничити појам *најбоље алтернативе преговарачком споразуму (скр. БАТНА)* од појма *резервационе цене*, како би *улога медијатора у ублажавању проблема негативне селекције између страна у спору била у потпуности разумљива*.

#### 3.1. Појам негативне селекције

Као што је речено, пре проучавања улоге медијатора у ублажавању проблема негативне селекције, *поставља се питање шта означава појам негативне селекције?* Одговор на то питање најбоље се може илустровати *примером тржишта осигурања*.<sup>817</sup> Наиме, на тржишту осигурања, осигураници

<sup>816</sup> Видети: Jennifer Gerarda Brown, Ian Ayres, *Economic Rationales for Mediation*, Virginia Law Review, Vol. 80, No. 2, 1994, стр. 323–402.

<sup>817</sup> Видети фусноту бр. 218, у којој је већ објашњена појава неприродне (негативне) селекције осигураника на тржишту осигурања. Сада ћемо само укратко поновити тај пример, као увод у проблематику превазилажења проблема неприродне (негативне) селекције од стране медијатора.

су боље обавештени о наступајућим ризицима и осигуравајуће друштво не може да раздвоји високо ризичне од ниско ризичних група осигураника. Због тога су осигуравајућа друштва приморана да одреде цену по *просечној вероватноћи* наступања ризичног догађаја. У том случају, боље пролазе *високо ризични осигураници*, будући да плаћају премију за ризик која је *мања* од њиховог стварног ризика. Супротно, *ниско ризични осигураници* плаћају премију за ризик која је *већа* од њиховог стварног ризика. Логична последица таквог начина одређивања цене премије осигурања јесте *да полисе осигурања више купују високо ризични осигураници*. Таква појава на тржишту осигурања назива се *неприродна или негативна*<sup>818</sup> *селекција осигураника* (енг. *adverse selection*).<sup>819</sup>

Базични проблем због кога настаје негативна селекција огледа се у томе што једна уговорна страна *крије* информације о неким својим карактеристикама од друге уговорне стране и то пре закључења уговора. Управо овакав проблем може настати *и између преговарача у спору*. Другим речима, концепт негативне селекције може се применити и на ситуацију када стране у спору преговарају око споразумног решења спора, при чему једна или обе стране *крију* информације о неким својим карактеристикама,<sup>820</sup> пре закључења споразума о поравнању. Но, поставља се питање *природе информација* које стране крију једна од друге. У ту сврху, илустроваћемо пример између купца и продавца, који *крију своје резервационе цене*. Међутим, као што је наговештено, појам резервационе цене тесно је повезан са појмом *најбоље алтернативе преговарачком споразуму* (скр. *БАТНА*), те их је неопходно разграничити, како би економска анализа улоге медијатора у превазилажењу проблема негативне селекције била олакшана.

---

<sup>818</sup> У наставку рада, прихватамо термин *негативна селекција*.

<sup>819</sup> Поред тржишта осигурања, проблем неприродне селекције може се јавити и на *тржишту половних аутомобила*. Крајња последица постојања асиметричних информација о квалитету половних аутомобила између купаца и продавца може бити да се продају само аутомобили најлошијег квалитета, или да многи аутомобили остану непродати (што је реалнија опција). Проблем се може решити давањем *гаранција* од стране продавца квалитетних аутомобила да ће сносити трошкове поправке истих у првој години коришћења од стране купаца. Но, решавање проблема негативне селекције може генерисати *проблем моралног хазарда* – неодговорно (непажљиво) понашање купаца због чињенице да ће трошкове таквог понашања екстернализовати на продавца. Према томе, веома често решавање једног проблема доводи до настанка другог проблема, као што наведени пример показује. Осим тога, овај пример показује и да су проблем негативне селекције и проблем моралног хазарда *тесно повезани*. Видети: David D. Friedman, *Law's Order – What Economics Has To Do With Law And Why It Matters*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2000, стр. 69–71. О проблему моралног хазарда, и начинима за његово превазилажење од стране медијатора, биће речи у наставку текста.

<sup>820</sup> Под *карактеристикама страна у спору*, примера ради, мисли се на то како оне *вреднују предмет спора*.

### 3.2. Разлика између БАТНЕ и резервационе цене

У горенаведеном примеру са купцем и продавцем,<sup>821</sup> претпоставка је била да купац *зна* резервациону цену продавца и обрнуто. Та претпоставка је, генерално узев, послужила за разумевање стратегијског понашања преговарача у преговорима. Но, у стварности често се дешава да купац не зна колико износи резервациона цена продавца и обрнуто. То практично значи да свака страна има *приватне информације*, непознате другој страни, о вредности одређеног добра или услуге који могу бити предмет купопродаје. Управо присуство тих приватних информација о вредности добра или услуге може генерисати проблем негативне селекције. При том, проблем негативне селекције може настати, не само између купца и продавца који се погађају око цене, већ и у свим врстама спорова који доводе до тога да две стране ступају у преговоре ради споразумног решења спора.

Иначе, *резервациона цена*, која означава максималну цену по којој је купац спреман да купи одређено добро или услугу, односно минималну цену по којој је продавац спреман да прода одређено добро или услугу, у теорији се означава и као *најбоља алтернатива преговарачком споразуму*, или скраћено *БАТНА* (енг. *Best Alternative to a Negotiated Agreement*). Намеће се питање: *да ли постоји разлика између појма резервационе цене и појма БАТНЕ?* Наиме, *БАТНА* има више *квалитативно значење*, за разлику од резервационе цене која је *квантитативног израза*. *БАТНА* означава *садашњу очекивану вредност избора једне стране да не закључи споразум о поравнању с другом страном*.<sup>822</sup> Постоји могућност да најбољу алтернативу преговарачком споразуму представља *судска пресуда*. У том случају, потребно је израчунати очекивану вредност од суђења, тј. *очекивану вредност судске пресуде* и тако установити вредност најбоље алтернативе преговарачком споразуму. У примеру с купцем и продавцем, постоји могућност да је најбоља алтернатива за купца да изврши неку другу (алтернативну) куповину, или пак да не изврши никакву куповину. У

<sup>821</sup> Видети у овом делу пододелац 4.2. *Улога медијатора у превазилажењу препрека ефикасном решењу спора*, где је наведен пример.

<sup>822</sup> Дефиниција преузета из: John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, *op. cit.*, 1996а, стр. 202.



сваком случају, за разлику од резервационе цене, *вредност БАТНЕ једне стране у преговорима може пренети већу количину информација другој страни и обрнуто.*<sup>823</sup>

Узимајући у обзир, пре свега, да резервациона цена није исто што и БАТНА,<sup>824</sup> затим, чињеницу да преговарач не зна резервациону цену, односно БАТНУ друге стране, као и чињеницу да стране у преговорима могу имати *различиту преговарачку снагу,*<sup>825</sup> јасно је да успех преговора није унапред загарантован. То практично значи да би стране требало да приступе одређеној врсти, било индиректне било директне, *комуникације,* и то у смислу размене приватних информација. Само, макар и ограничена, *размена информација,* рецимо о резервационим ценама, може омогућити да стране увиде да ли постоји могућност остварења користи од размене. У оваквој ситуацији, сваки рационални преговарач ће имати подстицај да искористи постојећу асиметрију информација, како би остварио што је могуће вишу корист од размене. То се испољава у стратегијском понашању преговарача, у *смислу прикривања приватних информација,* или, пак, у *њиховом лажном представљању другој страни.* Управо се на тај начин испољава *проблем негативне селекције.* Рецимо, у нашем примеру, купац који је заиста спреман да плати добро или услугу по *вишој цени,* има подстицај да се *прикаже* као купац који је спреман то да учини *по нижој цени.* С друге стране, продавац који је заиста спреман да прода добро или услугу по *нижој цени,* подстакнут је да то учини по *вишој цени.* Овакав систем подстицаја, а који је узрокован асиметријом информација, може довести до непотребног расипања ресурса. Другим речима, могуће је да стране не закључе споразум о поравнању, иако корист од размене постоји, или супротно, да стране непотребно исцрпљују себе у дугачким преговорима, иако корист од размене реално не постоји. Тиме долазимо до кључног питања, а које гласи: *да*

---

<sup>823</sup> Видети: Roger Fisher, William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, Second Edition by Fisher, Ury and Patton, Random House Business Book, 2003, стр. 49–54. Доступно у електронској верзији на: <http://6thfloor.pp.fi/fgv/gettingtoyes.pdf>

<sup>824</sup> Будући да се бавимо *економском анализом алтернативног решавања спорова,* у даљем тексту претежно ћемо користити термин *резервациона цена,* свесни појмовне разлике у односу на БАТНУ. БАТНУ, као термин, користит ћемо само ако више одговара природи спора о којем је реч, рецимо, ако се ради о *разводу супружника.*

<sup>825</sup> Економски гледано, преговарачка снага или моћ одређена је *трошковима преговарања,* а под којима се подразумевају трошкови адвоката ангажованог да преговара, рецимо, по сату радног времена, или брзина којом стране желе да окончају преговоре. Уколико једна страна има *ниже* трошкове преговарања у односу на другу страну (*релативни трошкови преговарања*), она има *већу преговарачку моћ.*

ли медијатор може исправити неефикасност генерисану асиметријом информација између преговарача? Одговор је позитиван и споменути аутори<sup>826</sup> издвајају три начина како медијатор може превазићи проблем негативне селекције: *увећање трошкова стратегијског понашања подстицањем да се преговори прекину ако нема користи од размене; подстицањем да стране поделе презентовану корист од размене мање-више на једнаке делове; и омогућавањем да једна страна пренесе одређене сигнале другој страни о њеној резервационој цени.*

### 3.3. Прекид преговора и подела презентоване користи на једнаке делове

У горенаведеном примеру са купцем и продавцем доћи ће до реализације куповине само ако се понуде две стране око цене добра или услуге *поклопе* у оквиру распона њихових резервационих цена. Аналогно томе, преговарачи у неком спору могу закључити споразум о поравнању на обострану корист само уколико се њихове понуде за склапање поравнања *поклопе*. Практично гледано, ако би понуда за склапање поравнања једне стране износила *11.000 динара*,<sup>827</sup> док би друга страна била спремна да се поравна за износ не мањи од *10.000 динара*, и при том, не крије ту информацију, постојао би простор (*зона*) за склапање поравнања. Уколико би претпоставили да су се обе стране, без претераног ценкања, поравнале на износ од *10.500 динара*,<sup>828</sup> то би представљало *разумно решење*, до кога би дошле *без стратегијске калкулације*. Но, будући да ово није, баш, реална ситуација, поставља се питање: *да ли медијатор може помоћи странама у спору да се поравнају, ако једна страна крије информације о томе за колики је износ спремна да се поравна, или ако лажно презентује те информације?* Претпоставимо да купац крије информацију о својој резервационој цени, или приказује *нижу* резервациону цену него што заиста јесте, док би продавац требало да понуди своју цену у погледу продаје. Ако би пошли од тога да медијатор у одвојеном и поверљивом разговору сазнаје презентовану резервациону цену купца,<sup>829</sup> при чему та цена *не*

<sup>826</sup> Видети цитирани рад у фусноти бр. 816.

<sup>827</sup> То, наравно, не мора бити њена резервациона цена. Она може бити *виша* од датог износа.

<sup>828</sup> Свака страна је добила половину кооперативног вишка, тачније добиле су по *500 динара*.

<sup>829</sup> Која по претпоставци није истинита, јер рационални купац има подстицај да је учини таквом.

премашује презентовану резервациону цену продавца, медијатор би могао да подстакне обе стране да прекину преговоре. Због чега? Наиме, ако би купац и продавац били суочени са могућношћу прекида преговора од стране медијатора, добили би подстицај да *истинито* искажу своје резервационе цене. Другим речима, ако у одвојеном разговору са преговарачима,<sup>830</sup> на бази презентованих резервационих цена, установљава да не постоји могућност размене на обострану корист и, при том, објављује да ће доћи до прекида преговора, медијатор на тај начин ствара систем подстицаја да стране *истинито* искажу своје резервационе цене. Једноставно речено, медијатор *подиже цену лагања* објавом да ће доћи до прекида преговора, будући да сваки динар *лажног повећања* резервационе цене *продавца*, односно сваки динар *лажног смањења* резервационе цене *купца*, повећава вероватноћу да неће доћи до размене на обострану корист, тј. до договора око цене. На тај начин, рационални преговарачи бивају подстакнути да *верно* искажу своју спремност за продају, односно куповину. Овакво понашање медијатора, у крајњој инстанци, смањује и трошкове преговарања.<sup>831</sup>

### 3.3.1. Прекид преговора у игри узми или остави са медијацијом и без медијације

У игри у којој продавац треба да упути понуду коју купац може само да прихвати или само да одбије (*понуда узми или остави*), најбоље се може сагледати проблем негативне селекције и улоге медијатора у ублажавању истог. При том се та игра која укључује медијацију *упоређује* са идентичном игром у којој медијације *нема*. Прва полазна претпоставка јесте да *не постоји асиметрија информација*. У таквој игри са потпуним информацијама, продавац би упутио понуду која је *нешто мало нижа* од резервационе цене купца. С обзиром на то да продавац зна резервациону цену купца, рецимо од *10.000 динара*, упутиће понуду од *9.999 динара*, а коју купац не може да одбије. То значи да би у оваквој игри *увек* дошло до закључења споразума, полазећи, наравно, од базичне претпоставке да се споразум нужно постиже ако је резервациона цена продавца нижа од резервационе цене купца. Но, ако би

<sup>830</sup> У нашем случају са купцем и продавцем.

<sup>831</sup> Видети: Tracy R. Lewis, David E.M. Sappington, *Countervailing Incentives in Agency Problems*, Journal of Economic Theory, Vol. 49, Issue 2, December 1989, стр. 294–313.

пошли од реалније претпоставке да *постоји асиметрија информација*, купци који имају *вишу* резервациону цену добијају подстицај да је *држе у тајности*. Примера ради, купци са *вишом* резервационом ценом, од рецимо *11.000 динара*, прошли би горе у трансакцији са продавцем у односу на купце са *нижом* резервационом ценом, од рецимо *10.000 динара*, под претпоставком да продавац има информацију о ценама. Зато, у ситуацији када продавац нема информацију о резервационим ценама, тј. када постоји асиметрија информација,<sup>832</sup> купци са вишом резервационом ценом бивају подстакнути да *не исказују те цене*.<sup>833</sup> У таквој ситуацији, продавац има на располагању једину оптималну стратегију која се огледа у томе да понуди цену ( $P$ ) која одржава *просек* његових трошкова производње добра или услуге ( $p$ ) и максималне резервационе цене купца. Ако би пошли од тога да продавац једино зна да је резервациона цена купца дистрибуирана у интервалу од *0 до 10.000 динара*, тада би понуђена цена продавца била одређена према следећој формули:

$$P = \frac{p + 10.000}{2}.$$

Купци са резервационом ценом *изнад*  $P$  прихватили би понуђену цену, а купци са резервационом ценом *испод*  $P$  одбили би исту. Крајња последица ове игре јесте да одређивање цене од стране продавца *изнад* трошкова производње,<sup>834</sup> доводи до тога да само неки купци присвајају корист од размене, *али не и сви*. То значи да није остварена, у потпуности, друштвена корист од размене. Према томе, асиметрија информација, која за последицу има стратегијско понашање једне стране (купца), ствара проблем негативне селекције, а чија је крајња консеквенца *друштвена неефикасност*.

Вратимо се на основно питање: *како медијатор може помоћи да се избегне неефикасност генерисана негативном селекцијом и асиметријом информација између преговарача у претходно објашњеној игри?* Као што је већ наговештено, присуство медијатора у овој игри са асиметричним информацијама доводи до тога да стране *истинито* искажу своје резервационе

<sup>832</sup> У питању је друга полазна претпоставка.

<sup>833</sup> Идентична ситуација као на тржишту осигурања, када се високоризични купци осигурања претварају да су нискоризични купци осигурања, како би платили нижу премију осигурања. Видети у оквиру овог одељка, поделељак 5.1.1. Појам *негативне селекције*.

<sup>834</sup> У суштини, продавац не може да изврши *ценовну дискриминацију*, с обзиром на то да не може да раздвоји купце, те из тих разлога користи своју тржишну моћ да одреди *јединствену високу цену*.

цене, јер у противном затварају било коју могућност размене. Једино што медијатор треба да учини јесте да *објави странама да ће доћи до прекида преговора*, ако на основу презентованих резервационих цена установи да не постоји могућност размене. На тај начин стране добијају подстицај да истинито презентују своје резервационе цене и наставе са преговорима. Та способност медијатора да прекине преговоре, у суштини, доводи до успостављања равнотеже у презентовању резервационих цена у претходној игри. Примера ради, ако купац изнесе медијатору да је његова резервациона цена *100 динара*, а продавац презентује медијатору да је његова резервациона цена *110 динара*, медијатор може објавити странама да ће доћи до прекида преговора. Ако се медијатор не би ангажовао на преношењу сигнала странама да ће доћи до прекида преговора, до прекида би заиста и дошло. Овако, медијатор објавом да ће доћи до прекида преговора и слањем ценовних сигнала *подстиче* стране да истинито искажу резервационе цене и, на основу тога, увиде да ли има могућности за размену. Ако увиде да има, стране ће наставити да преговарају, чак и ако се медијација неуспешно заврши. Но, овде се крије једна *опасност*. Наиме, сама могућност да стране могу наставити да преговарају и ако медијација не успе, ствара подстицај да продавац још више повећа, односно купац смањи резервациону цену. Полазна теза била је да ће стране истинито исказати своје резервационе цене ако су суочене са могућношћу прекида преговора од стране медијатора. Сада, пошто се отвара могућност *наставка преговора након неуспешне медијације*, и полазећи од тога да учесници размене *знају* за ту могућност, ствара се систем подстицаја да продавац још више повећа, односно купац још више смањи презентовану резервациону цену.

### *3.3.2. Подела презентоване користи на једнаке делове у игри узми или остави са медијацијом или без медијације*

Друга корист од медијације у овој игри огледа се у томе што медијатор може ограничити способност продавца да користи своју тржишну моћ и одреди јединствену високу цену. Наиме, у игри без медијације, као што је речено, продавац, због присутне асиметрије информације, одређује јединствену високу цену која одговара класи купаца која *високо* вреднује добро или услугу, али не одговара другој класи купаца која *ниско* вреднује добро или услугу. Међутим,

ако би медијатор у овој игри пренео купцима само информације о понуди продавца којом се дели потенцијална корист од размене на мање-више једнаке делове, добили би подстицај да истинитије искажу своје резервационе цене. На тај начин, медијатор би спречио продавца да искористи своју тржишну моћ и одреди јединствену високу цену, с једне стране, док би, с друге стране, смањιο подстицаје купаца да крију своје резервационе цене.

На основу реченог следи да је медијација ефикаснији метод минимизације друштвене неефикасности преговарања, генерисане негативном селекцијом и асиметријом информација, у односу на метод преговарања базиран на принципу узми или остави, а који не укључује медијацију. Но, битно је истаћи да медијација не може у потпуности елиминисати проблем негативне селекције и асиметрије информација, јер ће увек постојати неки купци и продавци који неће остварити корист од трговине, без обзира на присуство медијатора. Зато је боље рећи да медијација може ублажити или умањити дати проблем, и то под одређеним претпоставкама. Пре свега, да би медијатор био успешан у претходној игри неопходно је да преговарачи буду рационални, и да увек теже ка максимизацији ефикасности (користи од размене). Друго, обе стране морају да кооперирају са медијатором, тј. да дозволе да медијатор може пренети другој страни вредност презентоване резервационе цене. Затим, медијатор мора имати пристанак обеју страна да ће трансакција бити извршена по цени која представља просек њихових резервационих цена, и то под претпоставком да је резервациона цена купца већа од резервационе цене продавца. Ако би презентовану резервациону цену купца означили са  $p_k$ , а презентовану резервациону цену продавца са  $p_p$ , онда би трансакција била извршена по цени  $P$ , а која представља просек ових цена, и то под условом да је резервациона цена купца  $p_k$  већа од резервационе цене продавца  $p_p$ :

$$P = \frac{p_s + p_k}{2}, p_k > p_s.$$

Без ових унапред утврђених уступака страна, медијатор у овој игри може једино да спречи даље покушаје да се оствари корист од размене. Но, као што је речено, и када медијатор добије ове уступке, игра са медијацијом генерише виши ниво друштвене користи од преговарања у односу на игру без медијације, али, свакако, не и апсолутни ниво.

Да закључимо да је улога медијатора од суштинске важности у *ублажавању* ефеката асиметрије информација између преговарача, а који се огледају у друштвеној неефикасности преговарања. Та улога медијатора испољава се у примени конкретних техника преговарања – *објави прекида преговора ако нема користи од размене, и објави поделе презентоване користи на мање-више једнаке делове.*

Но, постоје одређени проблеми у примени ових техника посредовања од стране медијатора. У даљем тексту, *на бази (већ цитираног) репрезентативног рада Брауна и Ајреса о економској рационалности медијације*, биће објашњени проблеми с којима се суочава медијатор приликом имплементације ових техника, као и методе за њихово премошћавање. Но, пре тога потребно је објаснити утицај *знања* преговарача на ефикасност медијације, будући да је ово питање само дотакнуто, и да његова елаборација отвара низ других важних питања, пре свега *питање обавезне медијације насупрот добровољној медијацији.*

#### 3.4. Утицај знања преговарача на ефикасност медијације

Анализа преговарања може почивати на различитим претпоставкама у погледу *знања* преговарача. Наиме, може се претпоставити да преговарачи још увек *не знају сопствене резервационе цене*. Затим, може се поћи од тога да преговарач зна своју резервациону цену, *али не и резервациону цену другог преговарача*. Најзад, може се претпоставити да сваки преговарач зна резервациону цену другог преговарача (*опште знање*). Претходна игра са асиметричним информацијама почивала је на претпоставци да продавац једино зна да је резервациона цена купца *дистрибуирана у неком интервалу*.<sup>835</sup> Улога медијатора била је у томе да, на основу одређених техника, подстакне стране да *открију* те резервационе цене и, на тај начин, створи могућност да дођу до обострано корисног договора. На основу приказаног модела изведен је закључак да је игра са медијацијом ефикаснија од игре без медијације, *али само у погледу ex ante очекиване користи од размене*. Другим речима, медијација повећава

---

<sup>835</sup> Произвољно је речено да је у питању интервал од 0 до 10.000 динара. Ова претпоставка може важити за *обе стране*, а не само за продавца.

друштвену корист од преговарања тако што креира подстицаје за максимизацију очекиване користи од размене, и то само ако *преговарачи не знају своју резервациону цену*. У питању је *ex ante процена ефикасности*, у којој игра са медијацијом доминира над игром без медијације. Ако би сада променили ову претпоставку у погледу знања преговарача, и пошли од тога да *преговарачи знају своје резервационе цене*, у том случају игра са медијацијом довела би до *смањења* очекиване користи од размене за неке купце и продавце. Наиме, игра са медијацијом повећава очекивану корист од размене за *случајне* парове купаца и продаваца, као што је претходна анализа показала, *али не и за јасно идентификоване парове*. Овде је реч о паровима купаца и продаваца који имају *високе* резервационе цене. Ти парови купаца и продаваца очекују већу зараду од игре без медијације, те могу показати *одбојност* према медијацији.<sup>836</sup> То практично значи да из овог *средњег временског хоризонта*<sup>837</sup> (када преговарач зна сопствену резервациону цену, али не и резервациону цену другог преговарача), игра са медијацијом *престаје* да доминира над игром без медијације, а не може се рећи ни да ова друга доминира над првом. Тиме се, из средње временске перспективе процене ефикасности, *отвара проблем избора метода преговарања*, будући да се не зна који је од њих ефикаснији. Према томе, *временски хоризонт процене ефикасности* игра важну улогу у избору метода преговарања (са медијацијом или без медијације). Посматрано из средњег временског хоризонта, не може се са сигурношћу рећи да је медијација нужно ефикаснији метод решавања спорова у односу на игру без медијације, тј. у односу на *узми или остави метод преговарања* који не укључује медијацију. Но, с друге стране, посматрано из *ex ante* временског хоризонта, медијација јесте ефикаснији метод у односу на игру без медијације. У прилог томе, у једној студији<sup>838</sup> доказано је да игра са медијацијом, у којој стране још увек нису спознале резервационе цене, генерише виши ниво очекиване друштвене користи

---

<sup>836</sup> Као доказ у прилог овој тврдњи видети графикон: Jennifer Gerarda Brown, Ian Ayres, *op. cit.*, 1994, стр. 347.

<sup>837</sup> У питању је *средњи временски хоризонт* у погледу процене ефикасности, а који полази од тога да преговарач зна своју резервациону цену, али не и резервациону цену другог преговарача. Поред тога, постоји и *ex ante* и *ex post* временски хоризонт, при чему први (*ex ante*) подразумева да преговарачи још увек не знају своје резервационе цене, а други (*ex post*) да постоји опште знање.

<sup>838</sup> Видети: Roger B. Myerson, Mark A. Satterthwaite, *Efficient Mechanisms for Bilateral Trading*, Journal of Economic Theory, Vol. 29, Issue 2, April 1983, стр. 265–281.



у односу на било коју игру у којој стране знају своје резервационе цене. *То даље значи да би било друштвено пожељно да стране прихвате медијацију док не сазнају своје резервационе цене*, будући да медијација, у том тренутку, генерише виши ниво друштвене користи у односу на методе преговарања који не укључују медијацију. Природна претпоставка, у овом случају, јесте да стране имају могућност да добровољно приступе преговорима око начина решења спора.<sup>839</sup> Но, оне често нису у могућности да приступе тој врсти преговора *све док не науче своје резервационе цене*.<sup>840</sup> Али, када их науче, прихватање медијације, као начина решења спора, *бива доведено у питање*. Зато се и разматра могућност *обавезивања страна да иду на медијацију*, будући да то добровољно неће учинити. Тиме се долази до још једног важног питања, које изазива доста контроверзи у теорији и пракси – *питања увођења обавезне медијације*. У даљем тексту елаборираћемо ово питање, са економског и правног аспекта.

### 3.5. Обавезна медијација насупрот добровољној медијацији – теоријски аспект

Претходно изложени економски модел пружио је јак аргумент у корист *обавезне медијације*.<sup>841</sup> Конкретније речено, доказано је да асиметрија информација између преговарача генерише проблем негативне селекције, а који даље доводи до непотребног расипања ресурса, тј. до друштвене неефикасности преговарања. Утврђено је, затим, да медијација, као посебан *АДР* метод, може *ублажити* проблем негативне селекције и делимично отклонити друштвену неефикасност преговарања. Наглашено је, при том, да медијација може бити ефикасна само из *ex ante* перспективе процене ефикасности, а која подразумева

---

<sup>839</sup> У питању је *договор око процедуре*. Наиме, игра преговарања одвија се на два нивоа: први ниво јесте договор око суштинског питања, а други ниво јесте договор око *процедуре*. Овај други ниво подразумева избор *начина преговарања*. То је *игра о самој игри* или *мета-игра*. Видети: Roger Fisher, William Ury, *op. cit.*, 2003, стр. 10 (електронска верзија).

<sup>840</sup> Другим речима, док не науче *којим типовима купаца, односно продаваца припадају*.

<sup>841</sup> Разматрање импликација овог економског аргумента на плану законодавне активности, у смислу нормирања обавезне медијације у правном систему неке земље, *уследиће након испитивања улоге медијатора у превазилажењу проблема моралног хазарда*. Разлог томе лежи у чињеници да је потребно направити *компарацију* улоге медијатора у превазилажењу проблема негативне селекције и проблема моралног хазарда. У даљем тексту биће изнети и други *pro et contra* аргументи у вези с увођењем неког вида обавезне медијације. Потреба за тим налази се у томе што је неопходно сагледати *већи број аргумената* који (не)оправдавају увођење обавезне медијације.

да стране још увек нису спознале своје резервационе цене.<sup>842</sup> Закључак јесте да је *друштвено пожељно ex ante обавезати стране да иду на медијацију*, како би се ублажио проблем негативне селекције. То је закључак који сугерише економска анализа преговарања и медијације.

Поред овог *економског аргумента* у прилог оправданости увођења неког вида обавезне медијације (енг. *mandatory mediation*),<sup>843</sup> у теорији<sup>844</sup> се истичу и *други аргументи* у том правцу. Када је реч о *обавезној медијацији, као обавезној фази у редовном поступку*, постоје следећи аргументи који оправдавају њену имплементацију:<sup>845</sup> медијација, генерално гледано, има високу стопу успешности; покушај увођења обавезне медијације не може да шкоди; успех медијације<sup>846</sup> не доводи се у питање чак и у случајевима када судија *наређује* странкама да иду на медијацију, итд. Један од аргумената<sup>847</sup> који судови најчешће користе као оправдање да странама у спору наложе медијацију огледа се у чињеници да многе странке које у *почетку* нису желеле да иду на медијацију, *на крају* окончају спор *поравнањем*. Конкретније речено, многе странке непотребно троше време и новац у редовном судском поступку, а који се на крају оконча *поравнањем*, уместо да су одмах отишле на медијацију. Затим, увођење обавезне медијације требало би да допринесе даљој *афирмацији* оних одлика медијације због којих је она и стекла популарност, као што су:

---

<sup>842</sup> Тада је најефикасније да стране прихвате медијацију. Но, проблем се јавља што оне могу *одбити* учешће медијатора *након* што спознају своје резервационе цене. О томе ће бити више речи у даљем тексту.

<sup>843</sup> Када је реч о видовима обавезне медијације, постоји *законски обавезна медијација, судски обавезна медијација* и *квазиобавезна медијација*. *Законски обавезна медијација* подразумева да стране у спору, по сили закона, у тачно предвиђеним случајевима морају ићи на поступак медијације. *Судски обавезна медијација* подразумева да судија, према процени ситуације, *наређује* странама у спору да иду на медијацију. *Квазиобавезна медијација* подразумева законску обавезу страна да иду на медијацију, коју оне не смеју игнорисати, али са могућношћу неиспуњења те обавезе без правних последица. Видети: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 233, где је цитирано према: Лепосава Карамарковић, *Поравнање и медијација*, Факултет за пословно право, Београд, 2004, стр. 349 и надаље.

<sup>844</sup> Видети: David Cornes, „Commercial Mediation: The Impact of the Courts“, у: *Arbitration*, Sweet and Maxwell Limited, London, Vol. 73, 2007, стр. 12–19.

<sup>845</sup> *Ibid.*, стр. 13.

<sup>846</sup> У питању је *субјективна* процена успешности медијације од стране медијатора. Но, одређена истраживања у Аустралији показују да је учесталост склапања поравнања у судски обавезној медијацији *приближно иста* као и учесталост склапања поравнања у добровољној медијацији. Тиме се пружају одређени докази да *присиљавање* странака да иду на медијацију не смањује фреквенцију склопљених поравнања. Видети: Court Referral to ADR: „Criteria and Research“, NADRAC, 2003.

<sup>847</sup> Видети: Will Hardy, *Mandatory Mediation*, 2008, стр. 8, доступно на сајту у пдф формату: <http://willhardy.com.au/legal-essays/mandatory-mediation/view/>

брзина решавања спорова, неформалност поступка, приватност, економичност, итд.<sup>848</sup> Додајмо<sup>849</sup> овим карактеристикама медијације и не мање важну предност медијације над редовним судским поступком у *психолошком погледу*, у виду смањења тензије, напетости и страха међу странкама.

С друге стране, један од основних аргумента *против* увођења обавезне медијације јесте да постоје случајеви који једноставно нису подобни за медијацију. Као пример наводе се односи између страна у спору који укључују *насиље*. Истиче се<sup>850</sup> да формално изузеће ових случајева из поступка медијације није довољно, будући да многи случајеви ове врсте остају у тајности (*породично насиље*). Затим, сматра се<sup>851</sup> да увођење обавезне медијације може поткопати темељни принцип на коме је она изграђена – *принцип добровољности*. Другим речима, обавезна медијација може бити спорна уколико су странке *приморане* да иду на поступак медијације, а оне то не желе. Даље, само увођење обавезне медијације у правни систем једне земље генерише *додатне трошкове*, а и у случајевима када медијација не уроди плодом, резултат тог неуспеха огледа се у *непотребном расипању ресурса*. Затим, у поступку медијације може доћи до *злоупотребе моћи једне стране*, у смислу наметања таквог решења које другој страни не одговара, нарочито ако медијацију води неискусан или недовољно обучен медијатор.<sup>852</sup> Најзад, истиче се<sup>853</sup> да, у екстремном смислу, стварање система базираног на доминацији медијације над редовним судским поступком, може угрозити *принципе правде* на којима почива тај поступак, пре свега: транспарентност, одговорност и јавност.

### 3.5.1. Нормативни аспект обавезне медијације са освртом на актуелну дебату у нашој земљи

Један вид обавезне медијације *који подразумева избор странака да не иду на медијацију само ако судија прихвати тај избор с образложењем да није у*

---

<sup>848</sup> *Ibid.*, стр. 5.

<sup>849</sup> *Ibid.*

<sup>850</sup> *Ibid.*, стр. 8.

<sup>851</sup> Видети: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 234.

<sup>852</sup> Ово питање већ је разматрано у одељку под називом *Основни аргументи против политике преговарања и поравнања*, у пододељку *Неравнотежа моћи између странака*.

<sup>853</sup> Видети: Will Hardy, *op. cit.*, 2008, стр. 9.

конкретном случају прикладно упутити странке на медијацију,<sup>854</sup> нормиран је у Аустралији и неким државама Америке.<sup>855</sup> Затим, постоје државе, попут Енглеске и Велса, које још увек нису законским путем предвиделе неки вид обавезне медијације и поред неких изузетака у судској пракси. Ови изузеци показују да се *ипак* дешавало да судови *нареде* странкама да иду на поступак медијације.<sup>856</sup> За ове државе се може рећи да су остале привржене *добровољној медијацији*,<sup>857</sup> али уз могућност да судија алоцира парничне трошкове на терет оне стране која је у судском поступку одбила медијацију из *неразумних мотива*.<sup>858</sup> Овде је реч о некој врсти *казне* према оном парничару који *неразумно* одбија медијацију.

Када је реч о нашој земљи, *Закон о посредовању – медијацији*<sup>859</sup> дао је приоритет *судској медијацији*, али није искључена могућност да се правила поступка медијације предвиђена овим *Законом* примене и на поступак медијације *који је покренут без упута суда или другог органа, пре или после покретања поступка за решавање спорног односа*. Ова законска норма имплицира да се правила поступка предвиђена овим *Законом* могу применити и на поступак *приватне медијације*, који се може покренути *пре и после судског поступка*. Из овога се види да је интенција законодавца била да остави широко подручје примене медијације, тј. да не анулира примену приватне медијације, као првобитног облика медијације. Међутим, искључење могућности вођења овог поступка у *радним споровима поводом отказа уговора о раду или исплате минималне зараде*,<sup>860</sup> указује на постојање бојазни законодавца да овај *Закон* не

---

<sup>854</sup> То могу бити већ спомињани случајеви *насиља*, или случајеви који су важни за стварање прецедента, наравно, када је реч о земљама прецедентног права.

<sup>855</sup> При федералним судовима великог броја америчких држава постоје *медијације припојене суду* (енг. *court-annexed mediation*), које су нормиране актима тих судова. Тексас, Минесота, Флорида, Северна Каролина јесу америчке државе у којима се у задње две деценије, са успехом, примењује обавезна медијација. Рецимо, 1995. године, у држави Флорида преко 75.000 предмета окончано је судском медијацијом. Податак преузет из: Љубица Милутиновић, *Медијација у Србији*, International Finance Corporation, Београд, 2006, стр. 11–12, фуснота број 15.

<sup>856</sup> Видети, на пример, судски случај из 1999. године *Kinstreet Ltd v Balmargo Corporation Ltd*, у коме је судија наредио странама у спору да иду на поступак медијације и поред њиховог неслагања са том наредбом. Наведено према: David Cornes, *op. cit.*, 2007, стр. 13.

<sup>857</sup> Подразумева се да судије могу да *подстакну или охрабре* странке да иду на поступак медијације, али не и да их *приморавају* да то чине.

<sup>858</sup> Видети, на пример, судски случај *Dunnett v Railtrack Plc* [2002] EWCA Civ 303; [2002] 1 W.L.R. 2434. Наведено према: David Cornes, *op. cit.*, 2007, стр. 14.

<sup>859</sup> Видети: чл. 1. *Закона о посредовању – медијацији*.

<sup>860</sup> Видети: чл. 1. *Закона о посредовању – медијацији*.

дође у колизију са другим законима. Конкретније речено, приликом усвајања овог *Закона* постојао је страх да подручје примене овог *Закона* не задре у подручје примене *Закона о мирном решавању радних спорова*,<sup>861</sup> који је предвидео друге алтернативне поступке решавања спорова ове врсте. Ради се о *арбитражном поступку* и *поступку мирења (концилијације)*. Но, поступак медијације је, по својој правној природи, свакако другачији од арбитражног поступка, у коме треће лице (арбитар) доноси одлуку,<sup>862</sup> као и од поступка мирења, у коме је миритељ (концилијатор) овлашћен да помири стране у спору, али није, *за разлику од медијатора*, овлашћен да предлаже начин разрешења спора.<sup>863</sup> Према томе, изузимање одредби *Закона о посредовању – медијацији* из подручја примене *Закона о мирном решавању радних спорова* није било потребно, јер нема потребе да странама у овој врсти спорова буде ускраћена могућност опредељења и за поступак медијације.

Најзад, у нашој земљи, током 2010. године, била је актуелна јавна дебата око усвајања новог *Закона о медијацији*,<sup>864</sup> у којој су учествовале две супротстављене стране са својим предлозима у погледу суштине *Закона*. Једну страну представљали су стручњаци *Центра за медијацију*, а другу страну чинио је стручни тим *Радне групе Министарства правде Републике Србије*. Не наводећи на овом месту све појединости супротстављених идеја двеју страна,<sup>865</sup> напоменимо да је *Радна група* заступала став о *упућивању на медијацију од стране суда*, док се *Центар за медијацију* залагао за *мандаторну медијацију у имовинским споровима*.<sup>866</sup> У прилог оправдања свог става, *Центар за медијацију* тврдио је да би мандаторна медијација требало да допринесе следећем: повећању броја медијација; смањењу прилива нових предмета у судове;

---

<sup>861</sup> Видети: *Закон о мирном решавању радних спорова*, „Службени гласник РС“, бр. 125/2004 и 104/2009.

<sup>862</sup> Видети: Гордана Михаиловић, *op. cit.*, 2009, стр. 223.

<sup>863</sup> Видети: Невена Петрушић, *op. cit.*, 2002, стр. 126.

<sup>864</sup> У предлогу нацрта *Закона о медијацији* (види даље), у самом називу *Закона*, изостављен је термин *посредовање*. Према томе, назив овог *Закона*, ако буде усвојен, биће *Закон о медијацији*, што се може тумачити разумним решењем, будући да је *медијација* термин који се одомаћио у нашој пракси, и који је уједно и популарнији.

<sup>865</sup> Анализа која следи базирана је на два незванична документа: *Образложење Предлога Закона о медијацији Центра за медијацију* и *Предлози Закона о медијацији – поређење*. До ових докумената аутор је дошао у одељењу Центра за медијацију при Основном суду у Нишу.

<sup>866</sup> Као узор за формулисање овог предлога *Центра за медијацију* послужио је *канадски модел медијације*, а који предвиђа мандаторну медијацију у којој постигнути споразум има снагу извршне исправе (видети у даљем тексту). Иначе, канадски модел медијације слови за један од најефикаснијих модела медијације (*95% случајева решава се медијацијом!*).

ажурнијем решавању већ процесуираних предмета; уштеди директних трошкова судова и трошкова учесника у спору, као и трошкова у државном буџету, ако је држава учесник спора. Као контрааргумент тези о упућивању на медијацију од стране суда, стручњаци *Центра за медијацију* истицали су да пракса земаља *Европске уније* и пракса *Центра за медијацију* није потврдила да је упућивање на медијацију дало значајне ефекте. Затим, у вези с претходно реченим, *Центар за медијацију* заступао је став и да би споразум постигнут у мандаторној медијацији требало да има *снагу извршне исправе*. То би требало да допринесе, такође, повећању броја медијација. Администрирање би, при том, вршио *Центар за медијацију*, односно *регистроване организације*, тако да би дошло до смањења административних послова у судовима. С друге стране, *Радна група* заступала је став да би споразум требало да има снагу *вансудског поравнања*.<sup>867</sup> Супротно, стручњаци *Центра за медијацију* сматрали су да би задржавање досадашње праксе, у којој је постигнути споразум имао снагу вансудског поравнања, допринело *смањењу ионако малог броја медијација у Србији*. Следећа тачка спорења две групе стручњака била је око *минималног услова потребног за акредитованог медијатора*. *Центар за медијацију* залагао се да тај услов буде минимум *висока стручна спрема*, док се *Радна група* залагала за *средњу стручну спрему*. Коначно, разлика у мишљењима постојала је и око *регулаторног и контролног тела*. С једне стране, постојао је предлог да контрола буде препуштена *Центру за медијацију*, који би се временом, кроз повећање броја медијација, финансијски потпуно осамосталио.<sup>868</sup> С друге стране, предлагало се оснивање новог органа, тзв. *Коморе медијатора*, који би био финансијски зависан од буџета Републике Србије. Оснивање овог органа свакако би изискивало додатне трошкове, у виду обезбеђења и опремања простора, плата запослених, итд.

Актуелни предлог нацрта *Закона о медијацији*<sup>869</sup> указује да *ниједан од претходно изложених предлога Центра за медијацију није усвојен*. Другим речима, није предвиђена мандаторна медијација; није предвиђена могућност да

---

<sup>867</sup> У случају да стране желе да њихов споразум има снагу *судског поравнања*, то би захтевало додатно ангажовање суда и додатне трошкове за њих.

<sup>868</sup> Заступање овог предлога *имплицитно* сугерише постојање одређеног *интереса Центра за медијацију*, као и запослених у њему.

<sup>869</sup> Доступан на: <http://www.mpravde.gov.rs/cr/articles/zakonodavna-aktivnost/>

постигнути споразум има снагу извршне исправе; и заобиђен је *Центар за медијацију*, као контролно и регулаторно тело. Каква ће бити коначна верзија *Закона о медијацији* остаје да се види.

### 3.6. Методи ефикасног окончања преговора путем медијације

У претходним одељцима закључено је да је улога медијатора од супстанцијалне важности у *ублажавању* ефеката асиметрије информација између преговарача, а који се огледају у друштвеној неефикасности преговарања. При том је речено да се улога медијатора испољава у примени конкретних техника преговарања – *објави прекида преговора ако нема користи од размене, и објави поделе презентоване користи на мање-више једнаке делове*. Сада се поставља не мање важно питање: *на који начин медијатор може користити ове технике на ефикасан начин?* Конкретније речено, када је реч о објави прекида преговора, *којим методима медијатор може саму објаву, као и прекид преговора, да учини кредибилним?*

#### 3.6.1. Кредибилност објаве прекида преговора

Познато је да је улога медијатора у томе да створи *помирљиву атмосферу* између страна у спору како би оне успешно привеле преговоре крају, или да *помогне* странама да постигну споразум.<sup>870</sup> Ово је класично виђење улоге медијатора, које се фокусира на *ex post* ефикасност. Другим речима, преговори су ефикасни ако *на крају* резултирају успешним исходом. Но, поставља се питање *трајања* тих преговора, трошкова које изискују и специфичне улоге медијатора да *прекине* преговоре. Такође се поставља питање: да ли ово континуирано преговарање, уз асистенцију медијатора, може довести до *дисторзије* почетних подстицаја преговарача да искажу стварне резервационе цене?

Ваља нагласити да је посебно отежано да медијатор прекине преговоре ако преговарачи и даље имају економске подстицаје да наставе преговоре, због потенцијалне користи од размене. Улога медијатора, која је истакнута у

---

<sup>870</sup> Видети: чл. 2. ст. 1. *Закона о посредовању – медијацији*.

економском моделу, управо се базира на томе да он мора да објави прекид преговора и тиме повећа ефикасност преговарања. С друге стране, класично виђење улоге медијатора запоставља чињеницу да медијатор *објавом прекида преговора* може заиста довести до повећања ефикасности преговарања у будућности. На први поглед делује *парадоксално* да прекид преговора од стране медијатора може довести до њиховог ефикасног завршетка у будућности, али ово је приступ медијацији који је базиран на *ex ante*, а не *ex post*, ефикасности, о чему је већ било речи.<sup>871</sup> Рецимо, медијатор може поставити *временски лимит* за окончање преговора, тј. ако се у тачно одређено време преговори не окончају, он ће објавити прекид преговора. Преговарачи и даље могу имати подстицаје да преговарају, јер није исцрпљена корист од размене. То значи да је, у *конкретном случају*, објава прекида преговора од стране медијатора *неефикасна* и у супротности је са класичном улогом медијатора, као особе која би требало да стране у спору доведе до споразума, а не до прекида истог. Но, ако би посматрали ову ситуацију из *ex ante* перспективе, тј. из перспективе да један случај може утицати да остале случајеве *pro futuro*, јасно се може увидети да *кредибилна* објава прекида преговора од стране медијатора, постављањем временског лимита, ствара подстицаје странама у спору у неким будућим случајевима да *раније и озбиљније* приступе преговорима. Тиме се постиже значајна уштеда ресурса (новца, времена и других) и остварује друштвена ефикасност, о којој је било речи. Једини услов за остварење те ефикасности јесте да објава прекида преговора од стране медијатора буде *кредибилна*, тј. да стране у спору заиста и очекују да ће до тога доћи. Додајмо томе да би медијатор, како сугерише економски модел, требало *увек* да прекине преговоре када открије, на основу презентованих резервационих цена, да нема користи од даљих преговора. Но, уколико има подстицаја да стране наставе преговоре због потенцијалне користи од размене и тада би медијатор морао ефикасно да оконча преговоре. То подразумева додатни напор медијатора и коришћење конкретних метода за остварење тог циља.

---

<sup>871</sup> Да поновимо, *ex ante* ефикасност подразумева да стране у спору још увек нису спознале своје резервационе цене, и да је тада друштвено пожељно да оне иду на медијацију, будући да је нижа вероватноћа да ће се оне стратегијски понашати. *Ex post* ефикасност подразумева да једна страна зна и своју и резервациону цену друге стране и обрнуто.



Поред постављања временског лимита, поставља се питање и *других метода* који медијатору стоје на располагању. С тим у вези, у теорији се истичу следећи методи успешног прекида непотребног континуираног преговарања.<sup>872</sup> Рецимо, стране се могу *уговором* унапред обавезати да ће прекинути преговоре, ако тако наложи медијатор. Такав уговор може бити обезбеђен и неком врстом *залогe*, тако да страна која се не придржава уговорних обавеза, тј. обавезе да не настави преговарање, губи право на имовину коју је заложила, а која иде у *руке* медијатора. Затим, медијатор може *одбити да открије резервационе цене преговарача*, чиме смањује подстицаје за даље преговарање. Ако медијатор држи резервациону цену у тајности и, при том, саопшти преговарачима да се те цене не поклапају, по природи ствари, преговарачи ће изгубити подстицај за даље преговарање. Коначно, постоји и једна не баш популарна стратегија коју може применити медијатор. Она се огледа у томе да медијатор *подстакне непријатељство* међу преговарачима. Подстицање непријатељства међу преговарачима утиче на смањење подстицаја за непосредно преговарање без помоћи трећег неутралног лица.

Сви ови методи ефикасног окончања континуираних преговора, а који, у основи, чине прекид преговора *кредибилним*, доводе до ублажавања негативне селекције и асиметрије информација између преговарача. Као што је речено, ови методи се користе у оквиру посебне *технике* коју користи медијатор – *технике објаве прекида преговора*. Поред објаве прекида преговора, постоји, као што је објашњено, и друга техника у виду *објаве поделе презентоване користи на мање-више једнаке делове*. Но, у литератури<sup>873</sup> се наводи *још једна* техника побољшања ефикасности преговарања од стране медијатора, у виду *непрецизног преношења информација од стране медијатора*. У даљем тексту биће речи о овој техници.

### 3.7. Непрецизно преношење информација од стране медијатора

Овај наслов сугерише нешто је, у основи, у колизији са класичним схватањем улоге медијатора, као особе која би требало да пренесе странама у

---

<sup>872</sup> Видети: Jennifer Gerarda Brown, Ian Ayres, *op. cit.*, 1994, стр. 351–355.

<sup>873</sup> Анализа базирана на: *ibid.*, стр. 356–371.

спору што је могуће *тачније и прецизније* информације до којих је дошла у одвојеним разговорима са њима. Према том схватању, а и на први поглед посматрано, такво понашање медијатора требало би да доведе до успешног окончања преговора. При том, овај поглед на улогу медијатора полази од претпоставке да се *не мења квантитет и квалитет информација које стране у спору открију медијатору*. Но, ова претпоставка је у основи проблематична. Наиме, информације које медијатор добије од страна у спору у одвојеним разговорима *не могу бити константна величина*. Ако се пође од реалније претпоставке да се квалитет и квантитет информација *мења*, онда је јасно да медијатор може *непрецизним преношењем добијених информација од једне стране* подстаћи другу страну да прецизније преноси информације. Једноставније речено, ако постоје два преговарача, преговарач *A* и преговарач *B*, медијатор у одвојеним разговорима са њима открива одређене информације и преноси другој страни. Класична претпоставка јесте да то треба да чини што прецизније и веродостојније. Но, ако би информације добијене од преговарача *A*, медијатор пренео *непрецизно* преговарачу *B*, тада би преговарач *B* био подстакнут да *прецизније* открива информације медијатору. Ово посебно долази до изражаја када је реч о *преговарачима неједнаке моћи*. Рецимо, ако медијатор пренесе продавцу *све* информације које је добио од купца, тада продавац може искористити своју тржишну моћ да, на бази добијених информација, присвоји сву корист од размене. Но, ако би медијатор пренео само *неке* информације добијене од купца, тј. *ако би непрецизно пренео информације*, била би ускраћена могућност продавцу да искористи своју тржишну моћ. Без оваквог ангажовања медијатора, преговарачи могу открити још *мање* информација. Конкретније речено, ако резервациона цена купца износи *900 динара*, медијатор не би требало да пренесе продавцу стварну цену од *900 динара*, већ да употреби *истиниту, али непрецизну изјаву* типа „резервациона цена купца износи нешто мање од *1.000 динара*“. Продавац и купац, с једне стране, имају интерес да не откривају своје резервационе цене, а с друге стране, заједнички интерес да избегну скупо преговарање, када не постоји простор за поравнање.<sup>874</sup> Слањем

---

<sup>874</sup> Већ је речено да медијатор може подстаћи стране да не наставе преговарање, одбијањем откривања добијених информација. Овакво понашање медијатора оправдано је ако је реч о резервационим ценама које се не поклапају, те не постоји потенцијална корист од размене.

оваквих непрецизних сигнала, медијатор, у суштини, балансира између ова два фундаментална интереса преговарача.

Суштина овакве технике медијатора најбоље се може сагледати компарацијом игре са медијацијом и игре без медијације. У игри без медијације, продавац не може да идентификује купце са нижом и купце са вишом резервационом ценом. Купци са вишом резервационом ценом имају подстицај да скривају информацију о тој цени. Штавише, и купци са нижом резервационом ценом имају подстицај да крију информацију о цени, будући да је продавац може искористити да присвоји сву корист од размене. То значи да продавац мора упутити *јединствену* понуду свим купцима.<sup>875</sup> Но, ако би сада пошли од тога да продавац сноси трансакциони трошак по понуди у износу од *100 динара*, доћи ће до смањења подстицаја продавца да упути понуду. То се посебно односи на продавце са *вишим* трошковима производње. У ствари, многи продавци неће упутити понуду, а и они који буду упутили понуду могу очекивати да ће бити одбијена.<sup>876</sup> Резултат таквог понашања купца и продавца у овој игри без медијације, а као последица асиметрије информација, јесте друштвена неефикасност преговарања. С друге стране, ако би у игру укључили *медијатора*, он би могао да упути продавцу *истиниту, али непрецизну информацију о резервационим ценама купца*. Рецимо, могао би да каже продавцу „резервациона цена купца износи *мање или више* од *1.000 динара*“. У том случају, ако је презентована резервациона цена купца *већа* од *1.000 динара*, медијатор би дозволио продавцу да упути своју *узми или остави* понуду. На тај начин се стварају подстицаји да купци *истинито* искажу своје резервационе цене, тј. да заузму стратегију истинитог исказивања цене. Купци са *нижом* резервационом ценом заузимају стратегију истинитог исказивања резервационе цене, јер продавац, који примењују стратегију *узми или остави*, никад неће упутити понуду која је мања од *1.000 динара*. Купци са *вишом* резервационом ценом заузимају исту стратегију, будући да том стратегијом *чувају* могућност размене са продавцем.<sup>877</sup> Но, ако би медијатор пренео продавцу да је

---

Прекид преговора од стране преговарача, у тој ситуацији, представља *ефикасно решење*, јер се избегава *скупо и непотребно преговарање*.

<sup>875</sup> О томе је већ било речи. Видети горе.

<sup>876</sup> Профит продавца у великој мери се смањује у игри без медијације због саме могућности да било која његова понуда буде упућена купцима са нижом резервационом ценом.

<sup>877</sup> У противном, ако би ћутали, ускратили би себи могућност било какве размене са продавцем.

презентована резервациона цена купца *већа од 1.000 динара*, тада би продавац одредио цену своје понуде на исти начин као у гореописаној игри без медијације:<sup>878</sup>

$$P = \frac{p + 10.000}{2}.$$

У овој игри са медијацијом, медијатор, слањем непрецизних сигнала, подстиче *већи број продавца* да упуте понуду него у игри без медијације, чиме се повећава простор за склапање потенцијалних споразума. Може се очекивати да ће већи број продавца упутити понуду из простог разлога што медијатор у комуникацији са продавцем преноси информацију о купцима који вреднују добро или услугу *изнад 1.000 динара*, тј. *врши идентификацију потенцијалних купаца у корист продавца*. Продавци са већим трошковима бивају подстакнути да упуте понуду, јер *медијатор смањује могућност неприхватања продавчеве упућене понуде*.

Све у свему, непрецизно преношење информација од стране медијатора представља веома корисну технику смањења асиметрије информација између преговарача, негативне селекције и резултирајуће друштвене неефикасности преговарања.

#### **4. Улога медијатора у ублажавању проблема моралног хазарда**

*Морални хазард*<sup>879</sup> представља *ризичније и неопрезније понашање* једне уговорне стране, а које настаје услед немогућности контроле или скупог надзора друге уговорне стране. Будући да једна од страна уговорнице не може, или не жели, да спроведе контролу, *најчешће због високих трошкова*, ствара се простор за ризичније понашање друге стране уговорнице. Морални хазард је редовни пратилац уговора на *тржишту осигурања*. Познато је да је осигураник, који је потпуно осигуран, склон ризичнијем и неопрезнијем понашању, *због саме чињенице да је осигуран*, тј. због чињенице да ће трошкове таквог понашања сносити неко други (осигуравач). Генерално узев, морални хазард

<sup>878</sup> Видети пододељак *Прекид преговора у игри узми или остави са медијацијом и без медијације*.

<sup>879</sup> Видети о појму моралног хазарда: Борис Беговић, Мирољуб Лабус и Александра Јовановић, *op. cit.*, 2008, стр. 381–386.

може настати на било ком тржишту на коме привредни субјекат не сноси последице свог понашања. Другим речима, уколико један привредни субјекат *екстернализује* последице својих одлука на друге субјекте, он ће се, по природи ствари, понашати ризичније.

*Поставља се питање: која је улога медијатора у ублажавању проблема моралног хазарда? Да ли је могуће да медијатор ублажи проблем моралног хазарда једне уговорне стране?*

#### 4.1. Борба полова – основне карактеристике

Да би смо пружили одговор на ово питање, неопходно је приказати једну игру, која се теорији игара означава као *борба полова* (енг. *The Battle of the Sexes*).<sup>880</sup> Ова игра описује један заљубљени пар који треба да донесе одлуку како ће провести вече. При том, младић преферира фудбалску утакмицу, а девојка одлазак у биоскоп. Полазна претпоставка јесте да обоје више воле да проведу вече заједно, а не одвојено. Но, проблем је како ускладити различите преференције. Девојка би волела да заједно проведу вече у *биоскопу*, а младић на *стадиону*. Матрицу исплате у овој игри можемо приказати на следећи начин: ако би заједно отишли у биоскоп, исплата за девојку износила би 5; ако би отишли заједно на фудбалски стадион, исплата за младића износила би 5; појединачне исплате за сваког у случају одвојеног изласка износили би 3; док би у случају да проведу вече заједно, али на местима које појединачно не преферирају, појединачна исплата била 4. Према томе, исплата игре у случају заједничког одласка у биоскоп била би (5,4), док би исплата игре у случају заједничког одласка на стадион била (4,5). Ако би вече провели *одвојено* на стадиону, односно биоскопу, исплата игре износила би (3,3). Произилази да уколико би младић и девојка заузели стратегију да се нађу *заједно*, али на месту које појединачно преферирају, не би дошло до реализације сусрета. Према томе, у овој игри јавља се проблем *како ускладити различите стратегије*, тј. проблем *координације стратегија*. Другим речима, да би младић и девојка избегли најнеповољнији резултат, *да проведу вече одвојено*, морали би на неки начин да координирају своје стратегије.

<sup>880</sup> Видети: Божо Стојановић, *op. cit.*, 2005, стр. 129–131.

Да би дали (коначан) одговор на проблем координације, неопходно је утврдити равнотежни резултат ове игре, тј. постојање *Нешове равнотеже*. На први поглед, може се уочити да у овој игри постоје две *Нешове равнотеже* у *чистим стратегијама*.<sup>881</sup> једна је исказана исплатом (5,4), а друга исплатом (4,5). Другим речима, ако би младић изабрао *фудбалску утакмицу*, најбољи одговор девојке јесте да се придружи младићу и заједно иду на стадион (*фудбал–фудбал*). Обрнуто, ако би девојка изабрала одлазак у биоскоп, за младића је најбољи одговор да се придружи својој девојци (*биоскоп–биоскоп*). Но, поставља се питање: *која је од ових Нешових равнотежа доминантнија – да ли (фудбал–фудбал) или (биоскоп–биоскоп)?* Како у овој конкретној игри *борбе полова* предвидети јединствен резултат игре?

Одговор на ово питање дат је од стране америчког економисте *Шелинга* (*Thomas Schelling*), који је у теорију игара увео појам *централне тачке* (енг. *focal point*).<sup>882</sup> *Централна тачка*, или како се још назива *Шелингова тачка*, представља решење које користе преговарачи у одсуству комуникације и које чини јединствени резултат игре мање неизвесним. Централна тачка, у ствари, представља избор на који се ослањају оба преговарача, јер је за њих тај избор *најзначајнији* или *најистакнутији* у одсуству других избора. То може бити, рецимо, *традиција*. Примера ради, традиција је да се људи *најчешће* састају на одређеном месту, те сваки од играча може очекивати да ће други играч направити баш тај избор. Према томе, централна тачка може послужити за предвиђање која је равнотежа доминантнија, када играчи бирају чисте стратегије. У претходном примеру, ваља испитати каква је организација излажења заљубљеног пара. Примера ради, ако једном месечно иду у биоскоп, па следећег месеца на стадион, потребно је у моменту испитивања установити *како су организовали излазак претходног месеца*. Ако су претходног месеца провели заједно на стадиону, може се предвидети да ће овог месеца ићи у биоскоп. Према томе, *биоскоп–биоскоп* представљао би јединствени равнотежни резултат ове игре. Но, ако се на овај начин не може утврдити организација

---

<sup>881</sup> *Чиста стратегија*, у теорији игара, представља избор једне стратегије са *сто процентном вероватноћом*. У случају чисте стратегије, може се очекивати да ће се играч *доследно* придржавати те стратегије.

<sup>882</sup> Видети: Thomas C. Schelling, *The Strategy of Conflict*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1960, стр. 57 и надаље.

излажења заљубљеног пара, *Шелинг* препоручује коришћење *централне тачке*. Рецимо, *традиција* у којој заљубљени пар живи налаже да мушкарци увек излазе у сусрет жељама својих партнерки.<sup>883</sup> У том случају, *биоскоп–биоскоп* опет би представљао јединствени равнотежни резултат ове игре са чистим стратегијама.

У претходној игри, играчи могу да користе и *мешовите стратегије*. Мешовите стратегије представљају стратегије које играчи играју са *одређеном вероватноћом*.<sup>884</sup> При том је услов да су играчи *индиферентни* у избору своје две чисте стратегије – изаћи на стадион, односно изаћи у биоскоп. Ако се са  $p$  означи вероватноћа да ће младић бирати биоскоп, а са  $q$  вероватноћа да ће девојка бирати биоскоп, под условом да младић игра своју мешовиту стратегију, очекивана исплата за *девојку*, уколико бира *биоскоп*, биће:  $5p + 3(1 - p)$ . Ако девојка бира *стадион*, очекивана исплата биће:  $3p + 4(1 - p)$ . Изједначавањем ове две једначине и решавањем по  $p$ , уз претходни услов индиферентности, добија се да  $p$  износи  $1/3$ . Значи, вероватноћа од  $1/3$  јесте вероватноћа избора *биоскопа* од стране *младића*, из чега следи да би његова вероватноћа избора *стадиона* требало да буде  $2/3$ , како би девојка била индиферентна у избору између биоскопа и стадиона. С друге стране, ако девојка игра своју мешовиту стратегију, очекивана исплата за *младића*, ако бира *биоскоп*, биће:  $4q + 3(1 - q)$ . Ако младић изабере *стадион*, његова очекивана исплата биће:  $3q + 5(1 - q)$ . Изједначавањем ове две једначине и решавањем по  $q$ , уз претходни услов индиферентности, добија се да  $q$  износи  $2/3$ . Значи, вероватноћа од  $2/3$  јесте вероватноћа избора биоскопа од стране *девојке*, из чега следи да би њена вероватноћа избора *стадиона* требало да буде  $1/3$ , како би младић био индиферентан у избору између биоскопа и стадиона, његових чистих стратегија.

Према томе, претходно показана игра може бити решена играњем чистих стратегија, а које подразумевају неки вид *координације*, или мешовитих стратегија, *без координације*. У игри без координације, вероватноћа од  $2/3$  јесте

---

<sup>883</sup> Наравно да је ово хипотетичка ситуација, јер у пракси обично се дешава супротно, да жене, као последица васпитања и социјализације, чешће излазе у сусрет и праве компромисе у партнерском односу, за разлику од мушкараца. Видети: Deborah Tannen, *You Just Don't Understand: Women and Men in Conversation*, Harper Paperbacks, 1 edition, 2001.

<sup>884</sup> Видети о мешовитим стратегијама у теорији игара, на пример, Sylvain Sorin, „Bluff and Reputation“, у: *Game Theory and Economic Analysis: A Quiet Revolution in Economics*, Routledge Advances in Game Theory, edited by Christian Schmidt, Routledge, London, New York, 2002, стр. 57–73.

вероватноћа избора *биоскопа* од стране *девојке*, док је вероватноћа од  $2/3$  вероватноћа избора *стадиона* од стране *младића*. Пар ових мешовитих стратегија ( $2/3$  и  $2/3$ ) представља једини равнотежни резултат у игри без координације. Међутим, ова равнотежа *није ефикасна*, будући да се младић и девојка одричу користи од заједничког изласка са вероватноћом од 55%.<sup>885</sup> Очекивана исплата за сваког играча у овој игри мешовитих стратегија, без комуникације, износи само *два* (2).<sup>886</sup> С друге стране, игра која подразумева координацију (*када обоје иду заједно или у биоскоп или на стадион*) свакако је доминантнија у *Парето* смислу над игром без координације. Уколико девојка направи *уступак* и удовољи своме момку у погледу заједничког изласка на стадион, њихове очекиване исплате, као што је речено, износиће (4,5) и обрнуто, ако момак *пусти*, очекиване исплате износиће (5,4). Ове очекиване исплате од 5, односно 4,<sup>887</sup> у *игри чистих стратегија*, свакако су супериорније у односу на очекивану исплату од 2 у игри *мешовитих стратегија* без координације.

#### 4.1.1. Проблем координације и улога медијатора у игри борбе полова

Сада долазимо до кључног питања: *који су то механизми који играчима стоје на располагању, а који могу бити искоришћени како би дошли до равнотежног резултата у игри чистих стратегија?* Једноставније речено, *на који начин играчи могу доћи до узајамних уступака и тиме већих очекиваних исплата?* Одговор на ово питање *делимично* је дат – то може бити неко *неформално правило (обичај)*, или пак неко *екстерно правило* које произилази из *традиције или културног миљеа неке средине*. Но, поред ових начина за превазилажење проблема координације, постоји још један, веома ефикасан начин – *ангажовање медијатора*.<sup>888</sup> Учешће медијатора у овој игри доприноси

<sup>885</sup> Девојка иде у *биоскоп*, односно младић иде на *стадион* са вероватноћом од  $4/9$ , ( $2/3 \times 2/3 = 4/9$ ), док девојка иде на *стадион*, односно младић иде у *биоскоп* са вероватноћом од  $1/9$  ( $1/3 \times 1/3 = 1/9$ ). Из тога следи,  $4/9 + 1/9 = 5/9$  или 0.55. Према томе, 55% је вероватноћа да неће заједно изаћи.

<sup>886</sup> Сваки играч добија исплату 5 са вероватноћом  $2/9$  ( $2/3 \times 1/3 = 2/9$ ), односно исплату 4 са вероватноћом  $2/9$  ( $2/3 \times 1/3 = 2/9$ ). Из тога следи,  $5 \times 2/9 + 4 \times 2/9 = 10/9 + 8/9 = 18/9 = 2$ . Према томе, очекивана исплата за девојку и момка у овој игри мешовитих стратегија без координације износи само 2.

<sup>887</sup> У зависности од тога ко чини уступак, младић или девојка.

<sup>888</sup> Није реално очекивати за ње заљубљени пар ангажовати медијатора, али то је само илустративан пример у циљу наглашавања проблема координације.



повећању очекиваних исплата за оба играча.<sup>889</sup> Повећани износ очекиваних исплата креира систем подстицаја да рационални играчи прихвате *медијацију*. Но, питање је коју *технику* би медијатор требало да користи како би ова игра резултирала успешним исходом. У том погледу, у литератури се наводи,<sup>890</sup> на први поглед, једноставна техника, али која може бити веома ефикасна. Реч је о техници *бацања новчића*, коју спроводи медијатор.<sup>891</sup> При том, уколико падне *глава*, медијатор би требало да препоручи играчима да изаберу једну опцију, у нашем примеру, *биоскоп*. С друге стране, ако падне *писмо*, медијатор би требало да препоручи играчима да изаберу другу расположиву опцију, која је у нашем примеру, *одлазак на стадион*. У овој игри, медијатор случајним одабиром шаље играчима један од два расположива сигнала, а чију садржину не мора ни да зна.<sup>892</sup> На тај начин медијатор помаже играчима да дођу до једног од два равнотежна исхода, чиме у ствари *поспешује координацију* између две стране. Требало би, при том, нагласити да учешће медијатора у игри, у неку руку, *заменjuje* уговор који би играчи могли сами да сачине. Но, с обзиром на то да они не могу, или нису способни, да уговором координирају своје акције, јавља се потреба за медијатором. Према томе, медијатор јача координацију између две уговорне стране и олакшава потенцијални проблем моралног хазарда у уговорним односима. Ваљало би нагласити, а што произилази из претходне елаборације, да медијатор не може да ублажи проблем моралног хазарда *једне уговорне стране* (случај осигураника на тржишту осигурања), већ само *морални хазард две или више уговорних страна*, када постоји потреба за координацијом уговорних обавеза. Ово је логична последица чињенице да медијатор *ступа на сцену* онда када постоје *две стране* са супротстављеним интересима. У *игри борбе полова*, улога медијатора је у томе да *промени веровања младића и девојке*. Речено речником теорије игара, медијатор мења веровање једног играча о томе како ће се понашати други играч. Ако медијатор најави *одлазак у биоскоп*, онај играч (младић) који преферира другу опцију (*фудбал*), бива

---

<sup>889</sup>  $50\% \times 5 + 50\% \times 4 = 2,5 + 2 = 4,5$ . Очекивана исплата за сваког играча у *игри чистих стратегија са медијацијом* износи 4,5, што је *више од два пута већи износ* у односу на износ очекиване исплате (2), у *игри мешовитих стратегија без медијације*.

<sup>890</sup> Видети: Jennifer Gerarda Brown, Ian Ayres, *op. cit.*, 1994, стр. 373–377. Игра са медијацијом у случају бацања новчића такође је приказана у: Roger B. Myerson, *Multistage Games with Communication*, *Econometrica*, Vol. 54, No. 2, 1986, стр. 323–358.

<sup>891</sup> Бацање новчића могли би да спроведу и сами играчи на темељу претходно закљученог уговора. У том случају, медијатор не би био потребан у овој игри.

<sup>892</sup> Довољно је да играчи знају садржину тих сигнала, тј. да је реч о одласку у биоскоп или одласку на стадион.

подстакнут да размишља о томе да је једини могући начин заједничког провода са другим играчем (девојком) да иде у биоскоп. Медијатор, као треће неутрално лице, управо *јача веровање* оном играчу који има дилему како да проведе вече, у вези с тим како ће се понашати други играч.

#### 4.2. Игра заједничког улагања – основне карактеристике

*Игра заједничког улагања* (енг. *Joint venture game*),<sup>893</sup> поред претходно описане *игре борбе полова*, може послужити за разумевање улоге медијатора у ублажавању *проблема моралног хазарда*. У овој игри заједничког улагања два предузећа требало би да уложе *заједнички напор* како би продала одређени производ. Иначе, сарадња (кооперација), у принципу, увек је оптимална у случају два предузећа једнаких инвестиционих могућности и са стабилним тржишним уделима. Но, уколико једно предузеће има, рецимо, технолошку предност над другим, доводи се у питање једнакост користи из заједничког улагања. Такође, велика предузећа имају јаче подстицаје да сарађују у односу на мала предузећа, будући да су боље позиционирана да присвоје користи од заједничког улагања.<sup>894</sup> Сходно томе, поставља се питање *једнакости заједничких напора два предузећа*. Другим речима, питање је да ли предузећа улажу подједнак напор у покушају продаје заједничког производа.<sup>895</sup> При том је, по природи ствари, отежана контрола активности једног предузећа на другим. Штавише, уколико би предузећа сачинила *уговор* који би регулисао питање једнакости напора, суд би имао тежак задатак процене тог питања.<sup>896</sup>

---

<sup>893</sup> Адаптирана верзија ове игре преузета из: Jennifer Gerarda Brown, Ian Ayres, *op. cit.*, 1994, стр. 377–383.

<sup>894</sup> Видети: John A. Aloysius, *Research joint ventures: A cooperative game for competitors*, European Journal of Operational Research, No. 136, 2002, стр. 591–602.

<sup>895</sup> У једној занимљивој студији случаја, која је испитивала стратегијску кооперацију у вези с ко-брендирањем између два популарна брэнда *Најк (Nike)* и *Епл-а (Apple)*, утврђено је да није дошло до једнаке дистрибуције користи на основу уговора о ко-брендирању. Наиме, појединачно гледано, *Епл* је имао већу корист у јачању свог имена у односу на *Најк*, иако је овај уговор генерисао неке друге обостране користи, попут: повећане продаје, повећаног тржишног удела, већег међународног препознавања заједничког брэнда, итд. Другим речима, дошло је до јачања репутације заједничког брэнда, под називом *Nike + iPod Sport Kit*, али није дошло до једнаког јачања репутације појединачних брэндова (*Nike, Apple*), упркос заједничким напорима у комуникацији, размени тржишта, технологије и иновација. Конкретније речено, вредност *Најк брэнда*, у посматраном периоду од 2006. године надаље, порасла је на годишњем нивоу, у просеку, по стопи од 8%, док је вредност *Епл брэнда* порасла, у просеку, по стопи од 22,5%. Видети: Flávio Rodrigues, Victória Souza, João Leitão, *Strategic Coopetition of Global Brands: A Game Theory Approach to „Nike + iPod Sport Kit“ Co-branding*, Center for Innovation, Technology and Policy Research, IN+, MPRA Paper, No. 16146, 2009.

<sup>896</sup> Постоје многе ситуације када је отежана *ex post* контрола извршених уговорних обавеза. Ово је стандардна поставка у теорији која се бави асиметријом информација. Детаљније о томе: Ian

Матрица исплате за два предузећа у овој игри заједничког улагања била би следећа: ако оба предузећа улажу *заједничке напоре* у продаји производа, очекивана исплата за свако предузеће биће 40; ако се једно предузеће *не труди*, исплата за то предузеће биће 50, а за предузеће које *се труди*, исплата ће бити 15;<sup>897</sup> коначно, ако оба предузећа *не улажу напор* у продаји производа, имаће нулту исплату. У овој игри, ако се оба предузећа *подједнако* труде да продају производ, *заједничка корист од улагања биће максимизирана*. Но, проблем може настати будући да једно предузеће има *подстицај да се не труди*, ако пође од тога да ће се друго предузеће трудити. Другим речима, свако предузеће у овој игри има подстицај да се *окористи* од другог предузећа.

Поставља се питање: *како ускладити заједничке напоре два предузећа у овој активности, узимајући у обзир претходно истакнуте претпоставке, посебно претпоставку о отежаној контроли (надзору) једног предузећа над другим?* Као и у игри борбе полова, проблем може бити решен увођењем медијатора и применом специфичних техника посредовања, о којима ће бити речи у наставку текста.

#### 4.2.1. Проблем координације и улога медијатора у игри заједничког улагања

Ову игру, као и *игру борбе полова*, можемо посматрати као игру *мешовитих стратегија*.<sup>898</sup> Сходно томе, ако би вероватноћу да ће се предузеће 2 *трудити* означили са  $p$ , тада би очекивана исплата за предузеће 1, *ако би се трудило*, износила:  $40 \times p + 15 \times (1-p)$ , док би очекивана исплата за предузеће 1, *ако се не би трудило*, износила:  $50 \times p + 0 \times (1-p)$ . Успостављањем једнакости ових израза, следи да *вероватноћа да ће се свако предузеће трудити*, у равнотежи, износи 60%,<sup>899</sup> и да *очекивана исплата за свако предузеће*, у равнотежи, износи 30.<sup>900</sup>

---

Ayres, Robert Gertner, *Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*, Yale Law Journal, Vol. 101, 1992, стр. 741 и на другим местима.

<sup>897</sup> Исплата за предузеће које се не труди биће већа из простог разлога јер штеди *трошкове напора*.

<sup>898</sup> Да би се у игри мешовитих стратегија дошло до *равнотеже*, вероватноћа да се једно предузеће неће трудити мора бити таква да је друго предузеће *индиферентно* између опције да се труди и опције да се не труди.

<sup>899</sup>  $40 \times p + 15 \times (1-p) = 50 \times p + 0 \times (1-p) \Rightarrow 25 \times p + 15 = 50 \times p \Rightarrow p = 15/25 = 0,6$  или 60%.

<sup>900</sup>  $0 \times (1-0,6) \times (1-0,6) + 15 \times (1-0,6) \times (0,6) + 50 \times (0,6) \times (1-0,6) + 40 \times (0,6) \times (0,6) = 30$ . До ове очекиване исплате од 30 за сваког играча дошло се множењем исплате од сваког посебног исхода са вероватноћом тог исхода.

Очекивана исплата од 30 резултат је игре *мешовитих стратегија* без узајамне координације између играча, или координације од стране трећег лица. Но, ако би у игру био укључен медијатор, који би применио *технику бацања новчића* као у игри борбе полова,<sup>901</sup> претходни резултат од 30 био би *виши*, тј. очекивана исплата за сваког играча износила би 32,5.<sup>902</sup> Даље, овај резултат од 32,5 може бити *још виши*, под условом да медијатор примени једну другачију технику посредовања. Ради се о *техници бацања коцке*, а која подразумева да медијатор баца коцку и, потом, без претходног упознавања са бројем који је пао, одлази до сваког предузећа и упућује индивидуалну препоруку. Рецимо, ако би пао *број један*, медијаторова препорука била би *труди се–не труди се*,<sup>903</sup> ако би пао *број два*, препорука била би, такође, *труди се–не труди се*; ако би пао *број три*, препорука имала би садржај *труди се–труди се*, док би *број четири* подразумевао, такође, *труди се–труди се*; и, на крају, *број пет* и *број шест*, носили би исти садржај, *не труди се–труди се*. Конкретније речено, ако медијатор баци, примера ради, *број шест*, упутиће играчу 1 препоруку да се *не труди*, а играчу 2 да *се труди*. Играч 1, на основу те медијаторове препоруке да се *не труди*, закључује да је играчу 2 речено да *се труди*, из чега даље извлачи закључак да је пао *број шест* или *број пет*. Но, ако падне, рецимо, *број два*, медијатор ће упутити играчу 1 препоруку да се *труди*. При том, то што је њему речено да се труди, није гаранција да је и другом играчу речено да се труди. Играч 1 може само претпоставити са вероватноћом од 50% да је другом играчу речено исто.<sup>904</sup> Другим речима, са 50% играч 1 може претпоставити да је пао број *три* или *четири* и да је препоручено играчу 2 да *се труди*, и са 50% може претпоставити да је пао број *један* или *два* и да је препоручено другом играчу да се *не труди*.

Овакав вид медијације помаже играчима (предузећима) да координирају своје активности, тј. да *се заједнички труде* и, на тај начин, остваре продају производа. То не значи да ће се играчи *увек* трудити, будући да претходна игра

---

<sup>901</sup> У овој игри, медијатор би препоручио да се предузеће 1 труди, а предузеће 2 не труди ако падне *глава* и, обрнуто, ако падне *писмо*.

<sup>902</sup>  $(15 + 50)/2 = 32,5$ .

<sup>903</sup> Први део поруке, *труди се*, односи се на играча (предузеће) 1, а други део поруке, *не труди се*, на играча (предузеће) 2.

<sup>904</sup> Играч 1 не може знати који је број пао, јер то могу бити бројеви од *један* до *четири*.

сугерише да вероватноћа постизања равнотежног резултата (*труди се–труди се*) износи 33,33%. Другим речима, оба играча ће се трудити са вероватноћом од 33,33%, а што представља виши резултат него у игри мешовитих стратегија без координације од стране медијатора.<sup>905</sup> Такође, ово је виши резултат него у игри са медијацијом која подразумева *бацање новчића*.<sup>906</sup>

#### 4.2.2. Подстицаји за придржавање медијаторових препорука

Вратимо се горенаведеном примеру са бацањем коцке, и претпоставимо да је пао број два. У том случају, медијатор ће упутити играчу 1 препоруку да се *труди*. То што је њему речено да се труди, није гаранција да је и другом играчу речено исто. Као што је речено, играч 1 може претпоставити са вероватноћом од 50% да је играчу 2 препоручено да се труди. Но, овде се намеће још једно важно питање, а које се односи на *подстицаје да се играчи придржавају датих препорука*. Другим речима, питање је: *да ли играч 1 има подстицај да се придржава препоруке дате од стране медијатора?* Ако пође од разумне претпоставке да ће играч 2 следити медијаторову препоруку, играч 1 има подстицај да учини исто, тј. да се *придржава* дате препоруке. Другим речима, играчу 1 речено је *да се труди*, те нема рационалног основа да поступи другачије, будући да је очекивана исплата, на основу матрице исплате, *већа* ако би се трудио, него у супротном случају.<sup>907</sup> Аналогно овоме, играч 1 нема подстицај да одступи од препоруке *да се не труди*, ако претпостави да ће се

---

<sup>905</sup> У игри мешовитих стратегија без координације (медијације), утврђено је да *вероватноћа да ће се свако предузеће трудити*, у равнотежи, износи 60%, што даље значи да ће се предузећа *заједнички* трудити са вероватноћом од 36%, тј.  $(0,6)^2$ . Овај проценат од 36% обостраног труда у игри без медијације већи је од 33,33% обостраног труда у игри са медијацијом. Али, овај виши резултат у игри без медијације може настати само ако се пође од претпоставке да је *висок проценат супротне стратегије – да се оба предузећа неће трудити*. У игри без медијације, вероватноћа да се предузећа неће обострано трудити износи 16%, тј.  $(0,4)^2$ , у ком случају је исплата нула. У игри са медијацијом, као што се види из примера игре заједничког улагања, не постоји могућност оваквог исхода, у чему се *управо и огледа предност ове игре над игром без медијације*.

<sup>906</sup> Подсетимо се да у тој игри, медијатор препоручује једном предузећу да се труди, а другом да се не труди и обрнуто. Према томе, у овој игри не *постоји могућност да се оба предузећа труде, будући да медијатор никад не даје препоруку тог садржаја, тј. да се оба предузећа труде*.

<sup>907</sup> *Ако би се трудио*, очекивана исплата за овог играча биће:  $0,5 \times 15 + 0,5 \times 40 = 27,5$ . *Ако се не би трудио*, очекивана исплата биће:  $0,5 \times 50 + 0,5 \times 0 = 25$ . На основу вредности ових исплата, може се рационално претпоставити да ће се трудити, тј. да неће одступити од добијене препоруке.

игrač 2 придржавати дате препоруке.<sup>908</sup> Према томе, у овој игри са овако структурираном матрицом исплате, *ствара се систем подстицаја да се оба играча придржавају препорука добијених од стране трећег лица (медијатора).*<sup>909</sup> Разлог таквог понашања играча лежи у *природи препорука* датих од стране медијатора. Наиме, медијатор упућује једном играчу *тачан, али вероватно непотпун сигнал (препоруку).*<sup>910</sup> Рецимо, ако падне број два, и медијатор препоручи играчу 1 *да се труди*, он у ствари упућује препоруку следеће садржине: „Препоручио сам играчу 2 да се не труди, али запамти да је вероватноћа да сам му то рекао 50%“. То значи да медијатор упућује *непрецизан сигнал,*<sup>911</sup> а који је довољан да подстакне играча 1 да поступи према препоруци. Сходно томе, у овој игри медијатор може навести оба играча да се *обострано труде са вероватноћом од 33,33%,*<sup>912</sup> а што генерише *повољнију очекивану исплату* у односу на игру без медијације, као и игру са медијацијом на бази бацања новчића.<sup>913</sup>

Најзад, истакнимо<sup>914</sup> још једну важну предност игре са медијацијом заснованој на бацању коцке у односу на друге игре. Ради се о томе да, у овој игри, медијатор може послужити као „жртвени јагње“ у случају да заједничко улагање два предузећа не буде *пропорционално*. Тада, управа предузећа може објаснити власницима предузећа да се доследно придржавала препорука медијатора, и да је прихватање учешћа медијатора и кординисана заједничка продаја била последица потребе да се избегну већи трошкови индивидуалне

<sup>908</sup> Ако би следио препоруку да се не труди, очекивана исплата биће 50. Ако би поступио другачије, тј. ако би одступио од дате препоруке, очекивана исплата биће 40. Исплата је у овом случају 40, с обзиром на то да он зна *са сигурношћу* да је другом играчу речено да се труди када је њему речено да се не труди (исплата је тада по 40 за сваког играча).

<sup>909</sup> У игри са бацањем новчића не постоји овакав систем подстицаја, будући да је игра тако структурирана да ако падне *глава* препоручује се играчу 1 да се труди, а играчу 2 да се не труди, и обрнуто ако падне *писмо*. Према томе, у овој игри са бацањем новчића *скоро је немогуће подстаћи оба играча да се обострано труде, ако се претпостави да ће се други играч трудити.*

<sup>910</sup> У овој игри информације теку од медијатора ка играчима. То значи да медијатор поседује *приватне информације*, чију трансмисију између играча управо он контролише.

<sup>911</sup> Медијатор не открива играчу 1 шта је препоручио играчу 2, те је у том смислу реч о *непрецизном сигналу (препоруци).*

<sup>912</sup> Ако се падну бројеви *три* или *четири*, а што се може десити са вероватноћом од 33%.

<sup>913</sup> Подсетимо се да очекивана исплата за сваког играча у равнотежи, у *случају игре без медијације* износи 30, док у *игри са медијацијом на бази бацања новчића* износи 32,5. Сада у *игри са медијацијом на основу бацања коцке*, очекивана исплата за сваког играча у равнотежи износи:  $15 \times 0,3 + 50 \times 0,3 + 40 \times 0,3 = 4,99 + 16,6 + 13,3 = \sim 35$ .

<sup>914</sup> Видети: Linda R. Singer, *Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System*, Westview Press, Boulder Colo., 1990, стр. 20.

продаје. На тај начин, управе оба предузећа чувају образ пред својим власницима.

#### 4.2.3. Импликације игре заједничког улагања на увођење обавезне медијације

Интересантно питање јесте и *питање добровољног или обавезног прихватања медијације у игри заједничког улагања*.<sup>915</sup> Наиме, укључење медијатора у игру, као што је речено, ствара јаке подстицаје да играчи *добровољно* прихвате медијацију, узимајући у обзир висину очекиване исплате. При том, играчи у овој игри не *поседују приватне информације*, које би потенцијално могле да угрозе успешан исход преговора. Будући да нема приватних информација, нема ни стратегијског понашања, а које, по дефиницији, доводи у питање успех преговора. *Управо се у томе и огледа једна од суштинских разлика између игре са медијацијом у случају моралног хазарда и игре са медијацијом у случају негативне селекције*. Конкретније речено, у игри са медијацијом у случају негативне селекције, играчи, услед присуства приватних информација, могу одбити учешће медијатора,<sup>916</sup> а који би генерисао виши ниво друштвене користи.<sup>917</sup> То је, као што је већ речено, *један од економских аргумената за увођење неког вида обавезне медијације*. Но, ваља истаћи<sup>918</sup> да овај економски аргумент представља важан, *али не и довољан разлог*, за увођење неког вида обавезне медијације. Пре свега, трошкови било ког вида државне интервенције, у овом случају законске интервенције у виду

<sup>915</sup> Видети: Jennifer Gerarda Brown, Ian Ayres, *op. cit.*, 1994, стр. 376–377.

<sup>916</sup> Због присуства приватних информација, играчи не само да могу да одбију медијацију, као ефикасан механизам решавања спора, већ и да на неефикасан начин реше спор у непосредним преговорима, или да га не реше уопште. Једноставније речено, приватне информације представљају *баријеру* ефикасном решењу спора.

<sup>917</sup> Подсетимо се да одређен број парова купаца и продаваца могу одбити учешће медијатора, будући да очекују већу исплату у игри без медијације, тј. у *игри узми или остави без медијације*. Конкретније речено, ради се о паровима купаца и продаваца који *имају веће резервационе цене*, и који очекују већу исплату у игри без медијације. У ствари, након што купци и продавци спознају вредности својих резервационих цена, тј. којим типовима купаца, односно продаваца заиста и припадају, постоји могућност да *одбију* учешће медијатора у игри, а који би генерисао виши ниво друштвене користи. Супротно, пре спознаје приватних информација (*ex ante*) постојала је могућност да *добровољно* прихвате ефикасан механизам решавања спора у виду медијације. Према томе, *приватне информације су од кључног значаја због чега стране у спору добровољно не прихватају медијацију, будући да присуство тих информација доводи до њиховог стратегијског понашања*. Видети: Jennifer Gerarda Brown, Ian Ayres, *op. cit.*, 1994, стр. 347–351 и на другим местима.

<sup>918</sup> Видети: *ibid.*, стр. 386.

имплементације обавезне медијације, могу премашити очекивану корист од те интервенције.<sup>919</sup> Затим, увођење обавезне медијације зависи и од *врсте спора* у питању.<sup>920</sup> Ако је реч о некој врсти спора који доводи до установљавања *вануговорне одговорности за накнаду штете*, рецимо, саобраћајни деликт, обавезна медијација има *смисла и оправдање*, будући да стране у спору нису могле да је унапред уговоре. Другим речима, не може се очекивати да ће починилац штете и оштећени у саобраћајној несрећи, а који имају приватне информације о висини штете или другим важним питањима, добровољно отићи на медијацију. У томе се и налази оправдање за увођење обавезне медијације у овој врсти спорова. С друге стране, ако је реч о уговорним странама које приступају преговорима ради уређења *будућих пословних односа*, може се очекивати да ће добровољно приступити медијацији. Увођење обавезне медијације у овој врсти спорова не би се могло оправдати. Ово је важна порука за законодавце приликом разматрања увођења обавезне медијације.

Поред ове препоруке, постоји још једна која се мора озбиљно узети у обзир. Ради се о томе да тренутна дебата *обавезна медијација насупрот добровољној медијацији* углавном има *екстремна полазишта*. Конкретније речено, с једне стране, *обавезна медијација* подразумева да стране не могу уговором изменити оно што има закон прописује. Другим речима, стране не могу у уговору, рецимо, у *уговору о градњи*, предвидети неки други механизам решења спора, ако закон прописује обавезну медијацију за спорове који су последица неизвршења уговорних обавеза, које произилазе из тог уговора о градњи. С друге стране, *добровољна медијација*, као што је познато, подразумева да су стране својом вољом изабрале треће неутрално лице да им помогне у решењу неког спора и о томе добровољно сачиниле уговор. Но, у теорији<sup>921</sup> се истиче и једно *средње решење*, а које полази од *законског*

---

<sup>919</sup> Видети: Harold Demsetz, *Information and Efficiency: Another Viewpoint*, Journal of Law and Economics, Vol. 12, No. 1, 1969, стр. 1–22.

<sup>920</sup> У ствари, увођење обавезне медијације зависи од тога да ли стране приступају преговорима око *установљавања неког односа* (енг. *Deal Making Negotiation*), или ради *одржања постојећег односа* (енг. *Dispute Settlement Negotiation*). Видети: Frank E. A. Sander, Jeffrey Z. Rubin, *The Janus Quality of Negotiation: Dealmaking and Dispute Settlement*, Negotiation Journal, Vol. 4, Issue 2, April 1988, стр. 109–113.

<sup>921</sup> У америчкој теорији уговорног права ово правило означава се као *условно правило* (енг. *default rule*), под којим се подразумева правило које важи, сем ако странке нису другачије уговориле. Ово правило *попуњава празнине у непотпуним уговорима*. Насупрот овом правилу, постоји правило које увек важи и које странке не могу уговором променити (енг. *immutable*



обавезивања страна да иду на медијацију, ако оне нису експлицитно, путем уговора, одустале од медијације. То би значило да су стране обавезне да иду на медијацију, ако нису уговором другачије предвиделе. Рецимо, приликом сачињавања уговора о градњи, ако уговорне стране нису експлицитно предвиделе неки други механизам решења спора, постоји законска претпоставка да су уговориле медијацију. Медијација ће се *имплицитно* сматрати делом тог уговора. На овом месту изражавамо слагање са овим средњим решењем, будући да оно задржава предности и мандаторне и добровољне медијације. С једне стране, стране могу добровољно оптирати за медијацију или одустати од ње, док, с друге стране, медијација постаје обавезна ако уговором није другачије предвиђено.

С друге стране, у игри са медијацијом у случају *моралног хазарда*, опасност одбијања медијације не постоји, јер нема приватних информација, а тиме ни стратегијског понашања. Према томе, *разматрање увођења обавезне медијације ради ублажавања проблема моралног хазарда није потребно, будући да играчи имају јаке подстицаје да на добровољној основи прихвате неки вид медијације.*

Да закључимо. Раздвајање проблема моралног хазарда од проблема негативне селекције, омогућило је да се упути снажан економски аргумент у прилог увођења обавезне медијације, ради минимизације друштвене неефикасности преговарања генерисане присуством приватних информација, *и то само у случају негативне селекције, али не и у случају моралног хазарда.*

### **5. Опште знање као препрека ефикасном решењу спора и улога медијатора**

Ради приказа<sup>922</sup> на који начин *опште знање* (енг. *common knowledge*) може бити препрека ефикасном решењу спора, и како *медијатор* може помоћи да се та препрека отклони, наводимо пример са *разводом супружника*. Но, пре

---

rule). Видети: Ian Ayres, Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, Yale Law Journal, Vol. 99, 1989, стр. 87 и на другим местима.

<sup>922</sup> Анализа која следи, са примером око развода супружника, базирана је на Ајресовом и Неилбафовом раду из 1997. године, видети: Ian Ayres, Barry J. Nalebuff, *Common Knowledge as a Barrier to Negotiation*, UCLA Law Review, Vol. 44, 1997, стр. 1631–1659. Овај рад, у основи, представља екстензију горенаведеног Брауновог и Ајресовог рада из 1994 године, видети: Jennifer Gerarda Brown, Ian Ayres, *op. cit.*, 1994, стр. 323–402.

тога неопходно је дефинисати *појам општег знања*.<sup>923</sup> Наиме, опште знање подразумева да је нека битна чињеница, рецимо, *резервациона цена*, позната обема странама у преговорима. Штавише, један преговарач зна да је ова чињеница позната другом преговарачу и, при том, зна да други преговарач зна да је њему (првом преговарачу) позната ова чињеница. Другачије речено, ако лице *A* каже лицу *B*, рецимо, да је име његовог брата *Алекса*, овај вид комуникације не подразумева само да је лицу *B* саопштена информација о имену брата. Поред те основне информације о имену, лице *B* је сазнало да лице *A* зна име свога брата, као и да лице *A* зна да лице *B* зна име његовог (њеног) брата.<sup>924</sup> То значи да овај вид директне комуникације не преноси само *основну информацију* (име брата), већ генерише и додатне информације, а које се називају *информацијама другог реда*. У нашем примеру, информације другог реда јесу да лице *A* зна да лице *B* зна (име брата), као и да лице *A* зна да лице *B* зна да лице *A* зна (име брата), итд. Аналогно томе, и лице *B* зна да лице *A* зна (име брата), као и да лице *A* зна да лице *B* зна (име брата), итд. Према томе, уколико комуникација између два лица доведе до тога да се изврши пренос не само основне информације, *већ и узајамна трансмисија информација вишег реда*, у том случају основна информација постаје *опште знање*.

Овај вид поједностављене комуникације послужио је као илустрација креирања информација вишег реда, а које у таквом облику комуникације, по природи ствари, немају велики значај. Но, у *преговорима* је ситуација дијаметрално супротна. Наиме, често је дешава да преговарачи узајамно шаљу основне информације, без намере креирања и учења информација вишег реда. Управо присуство тих информација вишег реда, које од основних информација стварају *опште знање*, отежава или прекида преговоре. Вратимо се примеру са разводом супружника. Преговори око развода представљају један вид *дистрибутивних преговора*. У тим преговорима, као што је познато, не ствара се нова вредност, већ се само утврђује да ли постоји могућност размене и како евентуалну корист од те размене *поделити*. Будући да је тако, свака страна има подстицај да убеди другу страну да је њена *резервациона цена нижа него што*

---

<sup>923</sup> Видети један од радова који се бавио *проблемом општег знања*: Adam Brandenburger, *Knowledge and Equilibrium in Games*, Journal of Economic Perspectives, Vol. 6, Issue 4, Fall 1992, стр. 83–101.

<sup>924</sup> Претпоставка јесте да је лице *B разумело* добијену поруку од лица *A*.

*она мисли*. И не само то, свака страна жели да друга страна верује да је њена резервациона цена нижа. Разлог томе лежи у чињеници да уколико друга страна сматра да је резервациона цена противне стране *нижа*, то ће у многоме утицати на спремност за договор те друге стране. У сваком случају, у интересу је оба преговарача да знају резервационе цене, јер се тиме олакшава размена. То подразумева да је извршена *кредибилна комуникација*, тј. кредибилан пренос информација, између преговарача о њиховим резервационим ценама. Но, ова комуникација може бити угрожена информацијама које су постале *опште знање*. Рецимо, претња разводом од стране супруга може додатно угрозити постојећи однос и, у крајњем, заиста довести до развода, иако је та претња била усмерена на *промену* постојећег односа. Разлог је што комуникација претњом развода брака преноси и информације вишег реда. Конкретније речено, након упућене претње, супруга зна да њен супруг размишља о разводу. Поред тога, супруг зна да његова супруга зна да он размишља о разводу. Са таквом информацијом вишег реда, супруга вероватно неће желети да унапреди однос са супругом, иако је то била његова базична намера. С друге стране, будући да супруг зна да она зна да он размишља о разводу, чак и уколико би она била спремна на одређени уступак, он не би био уверен да она заиста то и жели. С обзиром на такво његово веровање, ни он не би био спреман на уступак и унапређење односа у браку. Према томе, опште знање о базичној информацији (о претњи разводом) угрожава могућност унапређења односа у браку и, у крајњој инстанци, могућност очувања самог брака.

Основно питање јесте: *на који начин медијатор може помоћи да опште знање не доведе до отежања или прекида преговора?* Пре свега, медијатор би требало да помогне странама у спору да увиде да њихова *резервациона цена или БАТНА* није толико висока колико они мисле да јесте. У претходном примеру, медијатор би могао да, након поверљивог разговора са мужем, упита супругу да ли сагледава последице њене стратегије или понашања према њему. Форма тог питања могла би бити: „Шта мислите да ће се десити ако останете на тој позицији?“ Супруга може сматрати да је њена најбоља алтернатива да очува *статус кво*, не пристајући ни на какву промену. Управо медијатор може оваквим индиректним питањима, или нешто директнијим питањима,<sup>925</sup> да

---

<sup>925</sup> Ако претходно питање не уроди плодом, медијатор би могао да буде директнији: „Да ли мислите да се Ваш брак може неуспешно окончати уколико не промените нешто“?

подстакне супругу на размишљање да ли је њена постојећа *BATNA* заиста најбоља алтернатива. Наравно, супруга може мислити да се иза медијаторових питања *крије* мужевљева претња. Но, уколико добро обучен медијатор квалитетно обави свој посао, он ће, у суштини, пренети основну информацију супруги, *при чему ће задржати неизвесност код обе стране о информацијама вишег реда*. Поента је да медијатор пренесе само основну информацију (претња разводом), која олакшава договор, а *спречи* пренос информација вишег реда, које ометају преговоре, или *одржи неизвесност* код обе стране о тим информацијама. Та неизвесност може се одржати будући да се *повећава на вишем нивоу у ланцу веровања*. Рецимо, пођимо од тога да постоји 70% шансе да ће се пренети информација првог реда, 70% шансе да пошиљалац зна ту информацију, као и 70% шансе да прималац информације зна да је пошиљалац зна. У том случају, постоји 34,3% шансе да ће се пренети информација трећег реда.<sup>926</sup> Према томе, неизвесност је већа на вишем нивоу у ланцу веровања, тако да медијатор може утицати на обе стране у правцу одржања *веће* неизвесности око основне информације. Начин на који ће то учинити може бити постављањем питања као у наведеном примеру. Управо таква форма питања омогућава да друга страна не буде баш сигурна да прва страна зна основну информацију. У горенаведеном примеру то би значило да супруга не може бити баш сигурна да муж зна да јој је пренета основна информација, иако муж може претпоставити да ће медијатор пренети ту информацију супруги. Такође, још је мања вероватноћа да муж зна да жена зна да он зна да је пренета информација. Улога медијатора је од *кључне важности* за овакав исход, будући да свака страна жели да медијатор открије поверљиве информације другој страни, али истовремено да каже да их она (било која страна) није открила. Дакле, *медијаторова фиктивна поверљивост*<sup>927</sup> у одвојеним разговорима са обема странама помаже да се очува неизвесност око информација вишег реда.

---

<sup>926</sup>  $0,7 \times 0,7 \times 0,7 = 0,34$  или 34,3%.

<sup>927</sup> Видети: Ian Ayres, Barry J. Nalebuff, *op. cit.*, 1997, стр. 1636, фуснота бр. 12. Упореди са: Jennifer Gerarda Brown, Ian Ayres, *op. cit.*, 1994, стр. 327, где се заступа теза да медијатор мора бити отворенији у комуникацији са странама у спору, тј. да је некада неопходно да *индиректно* открије поверљиве информације другој страни како би *pro futuro* оне (стране у спору) биле отвореније. Ова теза супротставља се стандардној поставци, по којој медијатор мора *скрупулозно* да чува добијене информације и да их евентуално са допуштењем стране која их открива пренесе другој страни.

## 6. Оштра стратегија преговарања као препрека ефикасном решењу спора и улога медијатора

У одељку под називом *Улога медијатора у превазилажењу препрека Парето ефикасном решењу спора* речено је да *стратегичко понашање преговарача*, као једна од препрека ефикасном решењу спора, може отежати или прекинути преговоре. Том приликом наведен је пример са купцем и продавцем који улазе у исцрпљујућу борбу око присвајања већег дела кооперативног вишка. Сада се поставља питање *природе те тактичке борбе*, тј. *који су конкретни појавни облици тактичке борбе два преговарача*, а који могу довести до прекида преговора, или постизања субоптималног договора.<sup>928</sup> Питање од посебне важности с тим у вези јесте *улога медијатора у превазилажењу баријера ефикасном постизању договора*. При том, будући да се тактичка борба преговарача може испољити у мноштву појавних облика, о чему сведочи свакодневна пракса, на овом месту издвајамо *обликовање перцепције друге стране о алтернативним решењима*.<sup>929</sup>

У циљу илустрације овог вида тактичке борбе преговарача, може послужити пример са два потенцијална купца и једним продавцем куће. Овде је реч о *дистрибутивним преговорима*, којима се, као што је познато, утврђују могућности размене и деобе кооперативног вишка, а која подразумева *да више за једног значи мање за другог*. Пођимо од тога да је купац 1 спреман да купи кућу по цени од *пет милиона динара*, и да је упутио понуду продавцу, док купац 2 не зна да је купац 1 заинтересован за куповину. С друге стране, продавац зна да купац 2 разматра куповину код другог продавца, *али не зна колико он вреднује кућу другог продавца*. У ствари, купац 2 је спреман да купи кућу по цени од *седам милиона динара*. Под таквим претпоставкама, као што је речено, они улазе у исцрпљујућу борбу око присвајања већег дела кооперативног вишка, а који се креће у распону од *пет милиона динара до седам милиона динара*.<sup>930</sup> У овом случају, размена (купопродаја) могућа је, али није

<sup>928</sup> Под субоптималним договором подразумева се договор који је постигнут са вишим трошковима него што би био постигнут да су се преговарачи ефикасније понашали.

<sup>929</sup> Видети: David A. Lax, James K. Sebenius, *The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain*, The Free Press, New York, 1986, стр. 119–121. Видети у овој књизи (стр. 130–144) и друге тактике преговарања, попут: *снижавања нивоа очекивања друге стране, заузимања високе позиције у преговарању, везивања других питања за питање о коме се преговара, довођења у заблуду друге стране*.

<sup>930</sup> *Пет милиона динара* представља резервациону цену продавца, а која је формирана на бази алтернативне понуде за куповину од стране купца 1, са којом, као што је речено, купац 2 није

загарантована, узимајући у обзир стратегијску борбу два преговарача у циљу обликовања перцепције другог преговарача о алтернативама. Конкретније речено, купац 2 може покушати да предочи продавцу да је непостизање договора око цене за њега сасвим прихватљиво, или да је време на његовој страни, или да примени неку другу тактику. С друге стране, продавац може покушати да *блефира*, тако што ће представити купцу 2 да је понуда купца 1 висока,<sup>931</sup> или да прибегне перфиднијој техници налажења другог (лажног) купца који би званично упутио вишу понуду. Понашање продавца може се описати као покушај обликовања перцепције (веровања) купца 2 о његовој резервационој цени. Другим речима, продавац жели да *подигне на виши ниво веровање купца о минималној цени по којој је спреман да прода кућу*. Ако би купац заиста поверовао у вишу минималну цену, тиме би продавац себи осигурао бољу позицију у преговорима око продаје куће. Тактике којима се продавац може служити, поред убеђивања, јесу: наговарање, блефирање, претња, или промена алтернативних понуда. При том, продавац може утицати не само на своје алтернативе, него и на *алтернативе купца*. Примера ради, продавац може убеђивати купца да је његова алтернативна куповина лошија. Но, с друге стране, и купац може утицати на алтернативе продавца. Рецимо, купац може убеђивати продавца да је његова алтернативна продаја ризична или финансијски неисплатива. Овакво понашање купца очито је усмерено на *обарање* резервационе цене продавца, будући да то њему иде у прилог. Поред убеђивања, и купац може користити перфидније методе, попут *претње*, и томе слично.

Овај пример, између осталог, показује да се преговарачи суочавају са једном *дилемом* – да ли да открију информације са којима располажу или не.<sup>932</sup> Информације, свакако, могу бити различите, али се пажња фокусира на резервационе цене. Дакле, преговарачи имају подстицај да *открију* своје резервационе цене, будући да тиме могу постићи оптималан споразум, који ће бити максимално прилагођен различитим интересима преговарача. Но, преговарачи, као што претходни пример показује, имају и јак подстицај да *сакрију информације* о резервационим ценама, не бирајући средства за

---

упознат. С друге стране, резервациона цена купца 2 износи *седам милиона динара*, али са том вредношћу продавац куће није упознат.

<sup>931</sup> Та понуда износи *пет милиона динара*, али продавац може покушати да је представи као вишу, рецимо, као понуду од *шест милиона динара*.

<sup>932</sup> У теорији ова дилема означава се као *преговарачева дилема*, видети: David A. Lax, James K. Sebenius, *op. cit.*, 1986, стр. 29–45.

остварење тог циља. Према томе, *оштра (или чврста) стратегија преговарања* (енг. *hard bargaining tactic*),<sup>933</sup> која подразумева коришћење лажи, претње, обмане и слично, може се показати као корисна стратегија у преговорима. Одабир ове стратегије јесте по принципу *циљ оправдава средство*. Но, које су последице заузимања овакве стратегије? Пре свега, преговори могу бити *заустављени*, тј. доспети до *мртве тачке* из које нема помака. Даље, преговори се могу *продонирати*, а што изискује додатне и, свакако, непотребне трошкове. Затим, преговори могу резултирати неким видом споразума, али који није *најефикаснији у Парето смислу*. Најзад, одабир оштре стратегије може довести и до *још веће ескалације конфликта*.

Све у свему, различите тактике преговарања, у циљу навођења друге стране да прихвати услове договора који јој не иду у прилог, у основи, имају за последицу *дисторзију размене информација*. Ова дисторзија даље доводи до нарушавања могућности за постизање ефикасног договора или договора уопште. Према томе, бројне негативне последице одабира оштре стратегије преговарања указују да је преговарачима потребна помоћ *трећег неутралног лица*. У мери у којој медијатор може помоћи странама у спору да *кооперативно* приступе решењу проблема, и у мери у којој медијатор може *смањити или ублажити стратегијску борбу* између њих, може се очекивати *смањење трансакционих трошкова преговарања*. Но, поред смањења трансакционих трошкова преговарања, може се очекивати и изналажење *нових могућности* да преговарачи реше спор на ефикаснији начин. Услов изналажења нових могућности размене јесте да медијатор *открије информације* од преговарача у одвојеним разговорима, и да потом, изврши трансмисију истих на начин који неће угрозити принцип поверљивости.<sup>934</sup>

### **7. Различита очекивања странака као препрека ефикасном решењу спора и улога медијатора**

Модел различитих перцепција (модел оптимизма) показао је да простор за поравнање постоји све док перцепција страна у спору око вероватноће

---

<sup>933</sup> Овај појам често се среће у литератури, видети, на пример: Kenneth J. Arrow, Robert H. Mnookin, Lee Ross, Amos Tversky, Robert Wilson, *Barriers to Conflict Resolution*, W. W. Norton & Company, New York, London, 1994, стр. 7–9.

<sup>934</sup> Некада је неопходно да медијатор, макар индиректно, открије информације мимо знања и одобрења преговарача, како би издејствовао ефикасан договор. Видети горенаведену *игру борбе полова* и *игру заједничког улагања*.

судског исхода није у великом раскораку. Другим речима, *простор за поравнање постоји све док тужиоцев очекивани добитак од суђења не прелази тужеников очекивани губитак од суђења за износ који је већи од збира њихових парничних трошкова*. У случају да овај услов не буде испуњен, може се очекивати да ће рационални парничари отићи на суђење. У суштини, модел оптимизма сугерише да *дивергенција у очекивањима страна у спору по питању исхода суђења* може довести до тога да њихов избор не буде преговарање и, евентуално, склапање поравнања.<sup>935</sup> Сходно томе, питање које се, по природи ствари, намеће јесте: *да ли, и на који начин, медијатор, као неутрално треће лице, може утицати да се смањи дивергенција у очекивањима страна у спору у оним ситуацијама када оне саме не могу то да учине, или када то могу да учине, али са знатно вишим трансакционим трошковима?*

Добро обучен медијатор може *ојачати конвергенцију* у очекивањима страна у спору у вези са судским исходом на различите начине.<sup>936</sup> Прво и основно, медијатор може да *побољша проток информација* између страна у спору. Наиме, претерани оптимизам тужиоца по питању судског исхода, а који управо доводи до отпочињања суђења, има корена у *асиметрији доступних информација*. Другим речима, појединац, у овом случају у улози тужиоца, може показивати склоност ка томе да се концентрише само на сопствене *компаративне предности* у односу на туженог, и да занемари оне факторе који слабе његову позицију. Аналогно томе, оваква тенденција важи и за појединце који ће се наћи у улози *туженог*, тј. и они могу фокусирати пажњу пре на своје *предности* него на своје *слабости*. Конкретније речено, појединци могу пропустити да *надоместе празнине (недостатке) у сопственом знању*, будући да занемарују циљеве, планове и остале карактеристике друге стране. Концентришући се само на своје циљеве, аспирације, планове и сл., појединци могу формирати нереалну слику о будућем исходу на суђењу, тј. могу проценити тај исход са превеликим оптимизмом. Примера ради, тужилац може проценити да има великих изгледа на успех на суђењу, с обзиром на то да није

---

<sup>935</sup> Наравно да одлазак на суђење може бити последица и других фактора, а не само дивергенције у очекивањима, попут већ објашњеног стратегијског понашања у преговорима, или разних когнитивних баријера, о чему је било речи.

<sup>936</sup> Видети: Kenneth J. Arrow, Robert H. Mnookin, Lee Ross, Amos Tversky, Robert Wilson, *op. cit.*, 1994, стр. 17–18, стр. 23, као и на другим местима.



узео у обзир раније сличне случајеве у којима успех тужилаца није био стопроцентан. Према томе, још једном се потврђује да *асиметрија информација*, која генерише превелики оптимизам, чини срж неуспелих преговора и, последично, основ за одлазак на суђење. Управо медијатор може помоћи тужиоцу (или туженом) да сагледа случај из перспективе друге стране, као и да разуме интересе, циљеве, или аспирације друге стране. Затим, уколико је претерани оптимизам последица недостатка адекватних информација, медијатор може да допринесе попуњавању тих празнина у знању. Примера ради, ако тужилац процењује да има великих изгледа на успех на суђењу, будући да није узео у обзир расположиве *статистичке податке* у вези са сличним случајевима, а који се односе на износ парничних трошкова или фреквенцију успеха тужилаца, медијатор може да му предочи те податке. Суочавајући тужиоца са конкретним подацима о износу очекиваних парничних трошкова, или стопом успеха тужилаца у истим или сличним случајевима, медијатор може допринети снижавању његових очекивања у погледу успеха на суђењу.

Према томе, медијатор може помоћи странама у спору да *приближе* своја очекивања по питању судског исхода и, да на темељу реалније процене тог исхода, приступе решењу спора. Но, овде се поставља питање: *зашто не би стране у спору саме размениле есенцијалне информације и, на тај начин, отклониле све информационе дисторзије које доводе до одласка на суђење*. Подстицај за такво понашање свакако лежи у избегавању суђења које генерише високе трансакционе трошкове, али и медијације, као метода који, такође, изискује одређене трошкове. Овим питањем нарочито се бавио *Шавел* у свом раду из 1995. године.<sup>937</sup> У даљем тексту, у посебној глави, изложићемо основне аргументе *Шавела* у вези с истакнутим питањем и, након тога, изнети коментаре на те аргументе.

---

<sup>937</sup> Видети: Steven Shavell, *Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis*, Journal of Legal Studies, Vol. 24, 1995, стр. 1–22.

## ГЛАВА 3

### ШАВЕЛОВ ЕКОНОМСКИ МОДЕЛ АЛТЕРНАТИВНОГ РЕШАВАЊА СПОРОВА

У циљу развијања свог економског модела алтернативног решавања спорова, *Шавел* је раздвојио *ex ante* споразум о коришћењу неког *АДР* метода од *ex post* споразума о употреби *АДР* метода. Другим речима, *Шавел* је раздвојио две ситуације – једну, када су стране у могућности да *пре настанка спора* закључе споразум о примени неког *АДР* метода, и другу, када стране прибегавају решењу *већ насталог спора* на основу неког алтернативног метода. При том, у овом моделу, полази се од тога да стране у спору бирају *неки од постојећих АДР метода*, што значи да је *Шавел* све алтернативне методе, попут арбитраже, медијације, и других, означио јединственим именом *АДР методи решавања спорова*.<sup>938</sup> Будући да се у овом делу рада бавимо *економском анализом медијације*, сви закључци које је *Шавел*, генерално узев, извео за *АДР* методе, односе се, по природи ствари, и на *медијацију*.

Прво се разматра економски модел *добровољног* алтернативног решавања спорова, а затим се прелази на економски модел *обавезног* алтернативног решавања спорова.

#### ***1. Шавелов економски модел добровољног алтернативног решавања спорова***

##### ***1.1. Ex ante споразум о коришћењу АДР метода***

Када је реч о *ex ante* споразуму о коришћењу неког *АДР* метода, овај аутор издваја неколико *фактора* због којих би стране у спору требало да

---

<sup>938</sup> Наравно, *Шавел* је свестан разлика између различитих *АДР* метода, али је свој модел поједноставио тиме што их је све означио као *АДР* методе, ради испитивања економских импликација алтернативних метода решавања спорова у односу на парницу као основни метод решавања спорова.

приступе његовом закључењу.<sup>939</sup> Прво и основно, закључење *ex ante* споразума о коришћењу неког *АДР* метода може допринети *смањењу укупних трошкова које генерише решавање једног спора и смањењу ризика одласка на суђење*. Ово смањење ризика одласка на суђење односи се само на странке које имају *аверзију према ризику*, те би у том случају било у њиховом заједничком интересу да избегну суђење. Но, будући да стране у спору могу остварити ове предности коришћења *АДР* метода (смањење трошкова и смањење ризика) закључујући споразум и *након* што је спор настао (*ex post*), аутор закључује да ови фактори нису посебност само *ex ante* споразума о коришћењу *АДР* метода. Друго, *ex ante* споразум о коришћењу *АДР* метода може бити користан за обе стране с обзиром на то да може пружити *подстицаје ка њиховом ефикаснијем понашању*, а које генерише већу заједничку корист. Рецимо, извршење уговорних обавеза може бити у складу са уговореним стандардима или испод тих стандарда. Уколико су уговорне стране предвиделе у основном уговору да ће неутрално треће лице са одговарајућим стручним квалификацијама (*арбитар*) проценити да ли су уговорне обавезе извршене у складу са одређеним уговореним стандардима, стварају се подстицаји ка ефикаснијем понашању. Овакви подстицаји се креирају будући да *очекивана новчана накнада штете изречена од стране арбитра* утиче на то да уговорне стране извршавају своје обавезе према одређеним стандардима. Према томе, јасно је да *ex ante* уговарање *АДР* метода може побољшати подстицаје уговорних страна у погледу ефикаснијег извршавања уговорних обавеза. Наравно, да би претходни аргумент остао валидан морају се испунити две претпоставке. Прва претпоставка јесте да је *арбитар* у могућности да *боље процени* неизвршење уговорних обавеза у односу на судију у редовном судском поступку. Друга претпоставка јесте да се у претходној анализи *занемаре трошкови решавања спора алтернативним или редовним путем*. Под таквим претпоставкама може се извући закључак да *ex ante* уговорена арбитража пружа ефикасније подстицаје за стварање веће заједничке користи уговорних страна у односу на судски пут решавања спора. У вези са *ex ante* уговореном *арбитражом*, по аналогiji, може се извући закључак и да *уговорена ex ante медијација* побољшава подстицаје странака у погледу ефикаснијег понашања. У претходним одељцима<sup>940</sup> јасно је показано да странке

<sup>939</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1995, стр. 5–9.

<sup>940</sup> Видети одељке са насловима *Улога медијатора у ублажавању проблема негативне селекције* и *Улога медијатора у ублажавању проблема моралног хазарда*.

имају јак подстицај да доборовољно уговоре медијацију ради редукције друштвене неефикасности генерисане *моралним хазардом*.<sup>941</sup> Другим речима, медијација може, такође, *побољшати подстицаје странака ка ефикаснијем понашању* и генерисати вишу обострану корист.<sup>942</sup>

Трећи Шавелов аргумент у прилог *ex ante* АДР споразума огледа се у томе да његово склапање може *смањити учесталост самих спорова*. Наиме, ако су парнични трошкови *нижи* од очекиване користи од суђења, у *одсутству ex ante* АДР метода решавања спорова, може се, са друштвеног аспекта гледано, јавити проблем *превеликог броја покренутих поступака*. Тужиоци ће бити подстакнути да покрећу поступке, будући да антиципирају *ниже* трошкове од користи на суђењу. Но, друга последица одсуства АДР метода решавања спорова може бити *неоптималан број спорова*, посматрано са друштвеног аспекта. Питање је како избалансирати између ове две последице које наступају *под претпоставком непостојања АДР метода у економском моделу*. Ако укључимо АДР методе у економски модел, тј. ако странке могу да *ex ante* закључе споразум о примени АДР метода, и под претпоставком да су парнични трошкови *нижи* од очекиване користи на суђењу, последице могу бити другачије. Рецимо, да би *смањиле фреквенцију спорова*, странке могу унапред у уговору да предвиде примену АДР метода. Оне могу предвидети да је у случају спора обавезна примена *арбитраже*, и да је искључена могућност покретања судског поступка. Тиме се стварају подстицаји за превенцију потенцијалне штете и, последично, настанка спора и његовог решавања. Ако би уговорне стране чекале да спор настане и тек онда разматрале примену АДР метода, оштећена странка била би подстакнута да покрене судски поступак, те би проблем смањења штета и спорова остао нерешен. Све у свему, основна теза овог аутора јесте да уговарање *ex ante* АДР метода може довести *број спорова на друштвено оптималан (ефикасан) ниво*.

Претходна аргументација подразумева да стране које унапред уговарају коришћење АДР метода имају *потпуне информације* о битним чињеницама,

---

<sup>941</sup> Да поновимо, због присуства приватних информација стране у спору вероватно неће прихватити медијацију, када је реч о *негативној селекцији*. То је један од разлога зашто се разматра увођење *обавезне медијације*. Но, такав проблем не постоји када се ради о *проблему моралног хазарда*.

<sup>942</sup> Игра заједничког улагања јасно је показала да *медијатор* може допринети побољшању координације између уговорних страна, чиме доприноси већој исплати за играче, тј. већој заједничкој користи у односу на ситуацију када није уговорена медијација.

рецимо, о карактеристикама *АДР* метода. Међутим, јасно је да стране нису увек потпуно информисане о битним чињеницама, чега је и *Шавел* свестан. Осим тога, претходна аргументација подразумева да стране које унапред уговарају коришћење *АДР* метода не стварају тим споразумом *негативне екстерне ефекте*. Другим речима, све користи и трошкови који произилазе из закљученог споразума тичу се само уговорних страна, а не и трећих лица, што је прилично рестриктивна претпоставка. Према томе, само ако се занемари постојање асиметричних информација и негативних екстерних ефеката, генерално гледано, може се рећи да би требало *подстицати* унапред уговорене *АДР* методе. Под тиме се мисли да би судови требало активније да се старају о примени оваквих приватних аранжмана.

### *1.2. Ex post споразум о коришћењу АДР метода*

Када је реч о *ex post* избору *АДР* метода, тј. о закључењу споразума о коришћењу *АДР* метода *након* што је спор настао, *Шавел* идентификује неколико *фактора* који могу оправдати такав избор. У том циљу, он развија *економски модел ex post добровољног алтернативног решавања спорова*, тако што стандардном моделу парнице *додаје могућност избора АДР метода*.<sup>943</sup> При том, из аналитичких разлога, *Шавел* раздваја *АДР метод са одлуком која обавезује* (енг. *binding ADR*) од *АДР метода са одлуком која не обавезује* (енг. *nonbinding ADR*). У свом економском моделу, овај аутор *прво* полази од тога да стране бирају *АДР са одлуком која не обавезује*,<sup>944</sup> а затим у модел укључује и могућност избора *АДР-а са одлуком која обавезује*.<sup>945</sup> Као што је у уводу наговештено, *прво* се разматра *добровољни ex post АДР метод*, тј. метод чија примена зависи од *воље странака*, а затим се у анализу укључује и *обавезни ex post АДР*. Базична претпоставка јесте да алтернативно решавање спорова генерише *ниже* трошкове у односу на парницу, као редован метод решавања спорова, то јест, конкретније речено, у односу на *суђење*.

<sup>943</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1995, стр. 9–16.

<sup>944</sup> Након избора *АДР* метода са *одлуком која не обавезује*, странке могу ићи на суђење или се поравнати. Према томе, ова одлука *није коначна*.

<sup>945</sup> Реч је о одлуци која је *коначна*, те не постоји могућност одласка на суђење или могућност да се странке поравнају након што је одлука донета. У даљем тексту користићемо термин *алтернативна одлука*, тј. одлука донета од стране арбитра, медијатора и сл.

У економском моделу алтернативног решавања спорова, под претпоставком да су странке *неутралне на ризик*, тужилац ће покренути поступак ако је очекивана вредност од пресуде *већа* од његових очекиваних парничних трошкова. Уочава се да је подстицај за покретање поступка у овом економском моделу *идентичан* као и у стандардном моделу *без АДР-а*. Сходно томе, могућност избора *АДР* метода решавања спора не мења подстицај тужиоца да покрене поступак. Тужени може увек одбити *АДР* метод, будући да је слободан у том избору (*добровољни АДР метод*), али то не мења подстицај тужиоца у погледу покретања поступка, под условом да је *спреман да иде на суђење*.

Даље, ради једноставности, *Шавел* раздваја следеће случајеве: оне у којима *алтернативна одлука има стопроцентно предиктибилну снагу*,<sup>946</sup> оне у којима *алтернативна одлука нема предиктибилну моћ*; и оне у којима *алтернативна одлука има одређену, али не стопроцентну, предиктибилну снагу*. Питање које се поставља гласи: *који је исход највероватнији – одлазак на суђење, склапање поравнања, АДР са одлуком која обавезује, или АДР са одлуком која не обавезује?*

### 1.2.1. Алтернативна одлука има у потпуности предиктибилну моћ

У првом случају, када алтернативна одлука има *потпуно* предиктибилну моћ, странке неће отићи на суђење, *већ ће изабрати АДР са одлуком која обавезује*. Разлог зашто ће странке изабрати *АДР* са одлуком која обавезује јесте економске природе – тај избор изискује ниже трошкове.<sup>947</sup> Наиме, на основу алтернативне одлуке странке могу да предвиде судску пресуду, и с обзиром на то да је, по претпоставци, алтернативни начин решења спора јефтинији, изабраће управо *АДР*.<sup>948</sup> С друге стране, ако се задржи иста претпоставка у погледу предиктибилности алтернативне одлуке, али се у модел укључи *АДР са*

<sup>946</sup> Овде је реч о томе да је алтернативна одлука идентична судској пресуди у погледу *новчаног износа накнаде штете*. У том погледу, странке немају никакву сумњу (поједностављена претпоставка), док неизвесност постоји једино око тога ко ће претрпети пораз, односно однети победу.

<sup>947</sup> Подсетимо се да је основна претпоставка да је *АДР* метод јефтинији од парнице (суђења).

<sup>948</sup> Коначна исплата по основу алтернативне одлуке и судске пресуде је иста, само су *нижи* трошкови *АДР* метода са одлуком која обавезује. Логично је да ће странке изабрати *АДР* метод са одлуком која обавезује, будући да након те одлуке, странке немају могућност избора поравнања или суђења.

одлуком која не обавезује, у том случају, странке ће се поравнати. Наиме, ако је алтернативна одлука донета на штету тужиоца,<sup>949</sup> таква ће, по претпоставци, бити и судска пресуда и, у том случају, тужилац неће имати подстицај да иде на суђење.<sup>950</sup> Он ће имати подстицај да се поравна са туженим, у економском смислу, за нула динара.<sup>951</sup> Супротно, ако је алтернативна одлука донета у корист тужиоца,<sup>952</sup> таква ће, по претпоставци, бити и судска пресуда и, у том случају, тужилац ће се поравнати са туженим.<sup>953</sup> Према томе, према економским импликацијама, на основу усвојених претпоставки, АДР са одлуком која обавезује не разликује се од АДР-а са одлуком која не обавезује. И у случају АДР-а са одлуком која обавезује и АДР-а са одлуком која не обавезује, ако тужилац претрпи пораз у тим поступцима, не добија ништа у економском смислу. Но, уколико тужилац однесе победу у тим алтернативним поступцима, он добија новчану накнаду по основу поравнања, у случају АДР са одлуком која не обавезује, или новчану накнаду по основу саме алтернативне одлуке, у случају АДР са одлуком која обавезује.

Претходна анализа показује једну важну ствар, а то је да странке неће одмах отићи на суђење, ако се у модел укључи могућност избора и АДР-а. Као што је модел показао, оне су изабрале или АДР са одлуком која обавезује или АДР са одлуком која не обавезује (и након тога поравнање). У вези с тим, поставља се питање избора између поравнања и АДР-а. Наиме, модел оптимизма сугерише да простор за поравнање постоји све док тужиочев очекивани добитак од суђења не прелази тужеников очекивани губитак од суђења за износ који је већи од збира њихових парничних трошкова. По аналогiji са суђењем, може се изнети став да простор за поравнање постоји све док тужиочев очекивани добитак од суђења не прелази тужеников очекивани губитак од суђења за износ који је већи од збира њихових АДР трошкова. Према томе, странке ће преферирати поравнање у односу на АДР са одлуком која

---

<sup>949</sup> Другим речима, у случају да тужилац изгуби од туженог.

<sup>950</sup> Тужени, такође, неће имати подстицај да иде на суђење, јер ће и он базирати своје веровање у погледу судског исхода на алтернативној одлуци која је донета на штету тужиоца, те ће му (туженом) одговарати да се поравна минимум за новчани износ на колико гласи та одлука.

<sup>951</sup> У овом случају, коначна исплата по основу алтернативне одлуке и судске пресуде је идентична, само што ће сада странке, у избору поравнања или суђења, изабрати поравнање.

<sup>952</sup> Другим речима, у случају да тужилац победи туженог.

<sup>953</sup> И тужени има подстицај да се поравна, будући да базира своје веровање у погледу дефититивног исхода на суђењу на алтернативној одлуци, а која је донета у корист тужиоца.

обавезује и *АДР* са одлуком која не обавезује, уколико је испуњен претходни услов. Будући да су, према базичној претпоставци, *АДР* трошкови *нижи* од трошкова суђења, и ако странке преферирају поравнање у односу на *АДР*, следи да ће странке преферирати и поравнање у односу на *суђење*. Међутим, ако странке преферирају поравнање у односу на *суђење*, то не значи нужно да ће преферирати и поравнање у односу на *АДР*, будући да могу преферирати *АДР* у односу на поравнање. Пођимо од следећих претпоставки: збир парничних трошкова износи *3.000 динара*; збир *АДР* трошкова износи *1.000 динара*; тужилац верује да ће добити на суђењу *10.000 динара* са вероватноћом од *70%*; и тужени верује да ће изгубити на суђењу и платити тај износ од *10.000 динара* са вероватноћом од *65%*. Следи да је:  $70\% \times 10.000 \text{ дин.} - 65\% \times 10.000 \text{ дин.} = 500 \text{ дин.}$  Овај износ нижи је од збира парничних трошкова ( $500 \text{ дин.} < 3.000 \text{ дин.}$ ), што значи да ће се странке *поравнати*. Ако би променили претходну претпоставку у погледу туженикове вероватноће, и пошли од тога да износи *55%*, следи да је:  $70\% \times 10.000 \text{ дин.} - 55\% \times 10.000 \text{ дин.} = 1.500 \text{ дин.}$  Овај износ од *1.500 динара* нижи је од збира парничних трошкова ( $1.500 \text{ дин.} < 3.000 \text{ дин.}$ ), што значи да ће се странке *поравнати*. Но, оне ће се поравнати ако модел *не укључује АДР*, али се *неће поравнати у супротном случају*. Претходни пример управо то показује: износ од *1.500 динара виши* је од збира *АДР трошкова* ( $1.000 \text{ дин.}$ ), што значи да се странке *неће поравнати, већ ће изабрати АДР*.

Све у свему, претходни модел алтернативног решавања спорова показује да, под претпоставком да на основу алтернативне одлуке могу у *потпуности* предвидети судску пресуду у погледу новчаног износа накнаде штете, *странке никада неће изабрати суђење*. С обзиром на то да никада неће изабрати суђење, *учесталост суђења износиће 0%*. С друге стране, када је реч о *учесталости поравнања*, поравнања ће се *нешто мање склапати у овом моделу*,<sup>954</sup> будући да ће странке, а као што претходни пример показује, понекада изабрати *АДР*, а не поравнање.

### 1.2.2. Алтернативна одлука нема предиктибилну моћ

У другом случају, када алтернативна одлука *нема предиктибилну моћ*, странке никада неће изабрати *АДР са одлуком која не обавезује*. Одлука у овом

---

<sup>954</sup> У односу на модел без *АДР-а*.



алтернативном поступку *неће променити њихова веровања* у погледу судског исхода, јер, према претпоставци, та одлука нема предиктибилну снагу. Веровања која су странке имале у погледу судског исхода *пре* започињања алтернативног поступка, остаће иста и *након* завршетка истог. С друге стране, када је реч о *АДР*-у са одлуком која обавезује, упркос томе што та одлука нема предиктибилну моћ, постоји могућност да ће странке изабрати *АДР*, а не суђење. Разлог избора *АДР*-а крије се у *трошковима алтернативног поступка*, који су свакако *нижи* у односу на редован судски поступак. Такође, и дивергенција у погледу исхода алтернативног поступка може бити *већа* него дивергенција у погледу судског исхода, чиме се повећава вероватноћа избора *АДР*-а.<sup>955</sup> Затим, када је реч о *избору између поравнања и суђења*, странке ће преферирати *поравнање*, под стандардним условом да тужиочев очекивани добитак од суђења *не прелази* тужеников очекивани губитак од суђења за износ који је *већи* од збира њихових парничних трошкова. Када је реч о *избору између поравнања и АДР*-а са одлуком која обавезује, странке ће преферирати *поравнање*, ако тужиочев очекивани добитак од суђења *не прелази* тужеников очекивани губитак од суђења за износ који је *већи* од збира њихових *АДР* трошкова.

Све у свему, претходни модел алтернативног решавања спорова показује, да под претпоставком да на основу алтернативне одлуке *не могу* предвидети судску пресуду у погледу новчаног износа накнаде штете, *странке никада неће изабрати АДР са одлуком која не обавезује, док сви други избори долазе у обзир*. Када је реч о *учесталости суђења*, будући да постоји могућност наступања истих у овом моделу, она (суђења) ће, ипак, бити *мање учестала* у односу на модел који не укључује *АДР*. Иста тврдња може се изнети и када се постави питање *учесталости поравнања. АДР са одлуком која обавезује*, у одређеном проценту, биће изабран уместо суђења или поравнања, али, као што је речено, никада неће бити изабран *АДР са одлуком које не обавезује* (због непредиктибилности алтернативне одлуке).

### 1.2.3. Алтернативна одлука има одређену предиктибилну моћ

Када алтернативна одлука има *одређену* предиктибилну снагу, *Шавелов* модел алтернативног решавања спорова показује да је избор суђења, поравнања и

---

<sup>955</sup> Подсетимо се да што је већа дивергенција између две стране у погледу неког исхода већа је вероватноћа наступања тог исхода.

*АДР-а* са одлуком која обавезује *идентичан* као у претходна два случаја (када алтернативна одлука има стопроцентну предиктибилну моћ и када нема никакву предиктибилну моћ). Примера ради, странке могу преферирати *АДР са одлуком која обавезује* у односу на суђење, с обзиром на то да су нижи *АДР* трошкови од трошкова суђења. Но, када је реч о избору *АДР-а са одлуком која не обавезује*, постоји могућност да се странке поравнају након завршетка тог алтернативног поступка, *независно од тога ко је однео победу у АДР-у (тужилац или тужени)*, некада само ако је *тужилац* победио, или само ако је *тужени* победио. Такође, постоји могућност да се *никада* не поравнају након завршетка тог поступка. Разлог оваквих *различитих исхода* лежи у чињеници да исход *АДР* поступка (алтернативна одлука) *може различито утицати на веровања странака*. Тај различити утицај на веровања странака последица је усвојене претпоставке да алтернативна одлука има само *одређену* предиктибилну моћ у погледу судског исхода.

## **2. Шавелов економски модел обавезног алтернативног решавања спорова**

Претходно изложени економски модел *АДР-а*, *Шавел* модификује тиме што претпоставља да постоји *обавеза да странке учествују у АДР-у са одлуком која не обавезује, пре одласка на суђење*. Другим речима, странке морају ићи на алтернативни поступак у коме донета одлука није обавезна, што даље значи, да се странке *након тога* могу поравнати или ићи на суђење.

Ако би упоредили са економским моделом *добровољног* алтернативног решавања спорова, странке су у моделу *обавезног АДР-а*, након покретања поступка од стране тужиоца, суочене са следећим изборима: *да се одмах поравнају; или да изаберу учешће у АДР-у са одлуком која обавезује уместо АДР-а са одлуком која не обавезује, а који представља обавезну фазу у поступку пре суђења*. Будући да сада суђењу претходи *АДР* са одлуком која не обавезује, тужилац ће покренути поступак ако је очекивани добитак од учешћа у том *АДР-у* већи од очекиваних трошкова.

И у моделу обавезног *АДР-а*, *Шавел* раздваја следеће случајеве: оне у којима *алтернативна одлука има стопроцентно предиктибилну снагу*; оне у којима алтернативна одлука *нема предиктибилну моћ*; и оне у којима

алтернативна одлука има *одређену, али не стопроцентну, предиктибилну снагу*. Његове налазе можемо сумирати у три тачке:<sup>956</sup>

1. *Алтернативна одлука има стопроцентно предиктибилну снагу*. У овом случају, странке ће преферирати *поравнање*, под стандардним условом да тужиочев очекивани добитак од суђења *не прелази* тужеников очекивани губитак од суђења за износ који је *већи* од збира њихових парничних трошкова. Другим речима, ако је претходни услов испуњен, странке ће се *одмах поравнати*. У противном, ако претходни услов није испуњен, странке ће изабрати или *АДР* са одлуком која обавезује или *АДР* са одлуком која не обавезује. Између ова два избора странке су *индиферентне*, с обзиром на то да алтернативна одлука има *стопроцентно предиктибилну снагу*. Према томе, избори су *идентични* као у моделу добровољног *АДР-а*, са претходно усвојеном претпоставком. Чињеница да странке морају учествовати у *АДР-у са одлуком која не обавезује*, не мења ништа у описаном понашању у претходно изложеном моделу добровољног *АДР-а*.

Када је реч о учесталости покретања поступака и, консеквентно, суђења, очито је да ће тужиоци *чешће* покретати поступке, будући да је њихов очекивани нето добитак у овом моделу *већи* него у моделу добровољног *АДР-а*. Зашто? Наиме, ако тужиоци учествују у *АДР-у са одлуком која не обавезује*, и под претпоставком да је алтернативна одлука донета у *њихову корист*, они ће се *поравнати* за износ који је идентичан износу на колико ће пресуда гласити на потенцијалном суђењу. Они знају на колики ће износ пресуда гласити, будући да алтернативна одлука која је донета у њихову корист, према претпоставци, савршено предвиђа тај износ. Сходно томе, очекивани нето добитак *већи* је у овом случају него у случају добровољног *АДР-а*, у коме тужилац иде одмах на суђење, без обавезе претходног учествовања у *АДР-у*. Очекивани нето добитак је *већи*, јер су, према базичној претпоставци, *нижи АДР трошкови од трошкова суђења*. Узимајући у обзир да је очекивани нето добитак *већи* у моделу обавезног *АДР-а* у односу на модел добровољног *АДР-а*, *следи да ће и фреквенција покретања поступака бити већа*. Једноставније речено, ако постоји обавеза да странке учествују у алтернативном поступку, онда ће тужиоци у већој мери покретати парничне поступке у односу на ситуацију када таква обавеза не постоји.

---

<sup>956</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1995, стр. 16–19.

2. *Алтернативна одлука нема предиктибилну моћ.* У моделу добровољног *АДР-а*, под овом претпоставком, утврђено је да странке никада неће изабрати *АДР са одлуком која не обавезује*. Но, странке могу изабрати и ову солуцију, ако би биле спречене да одмах иду на суђење, тј. ако би морале да учествују у *АДР-у* пре суђења.<sup>957</sup> Ако би то заиста учиниле, трошкови би се повећали, будући да би сносиле и трошкове *АДР-а* и трошкове самог суђења. То практично значи да избор суђења у моделу обавезног *АДР-а* кошта знатно више. При том, странке ће бити подстакнуте да учине такав избор ако постоји висока дивергенција веровања у погледу судског исхода. У супротном, странке би изабрале, или да се одмах поравнају, или да учествују у *АДР-у* са одлуком која обавезује.

Када је реч о учесталости покретања поступака, сада ће тужиоци у мањој мери покренути поступке, управо због увећаних трошкова. Наиме, тужилац ће покренути поступак ако би очекивани добитак од суђења био већи од *трошкова суђења, али и трошкова АДР-а*. С друге стране, у моделу у коме се не захтева обавезно учешће у *АДР-у* са одлуком која не обавезује, тужилац ће покренути поступак ако би очекивани добитак од суђења био већи од *трошкова суђења*. Јасно је да ће у моделу добровољног *АДР-а* бити већа фреквенција покретања поступака него у моделу обавезног *АДР-а*.

3. *Алтернативна одлука има одређену, али не стопроцентну, предиктибилну снагу.* Под овом претпоставком, у моделу добровољног *АДР-а* странке су могле одмах да изаберу да иду на суђење или не. С обзиром на усвојену претпоставку у погледу предиктибилности алтернативне одлуке, исходи су *различити* у том моделу, као што је већ објашњено. Сада, ако постоји *обавеза учешћа у АДР-у са одлуком која не обавезује пре суђења*, коначан исход зависи од тога да ли би странке изабрале да иду одмах на суђење или не. Може се рећи да уколико постоји *велика дивергенција у веровањима у погледу судског исхода између парничара, и ако се на основу алтернативне одлуке може слабо предвидети судска пресуда*,<sup>958</sup> странке би изабрале да одмах иду на суђење.

---

<sup>957</sup> Странке су спречене да одмах иду на суђење у моделу обавезног *АДР-а*.

<sup>958</sup> Супротно, у случају да се на основу алтернативне одлуке може у *већој мери* предвидети исход суђења, тада би странке, по окончању алтернативног поступка, преферирале *поравнање* уместо суђења.

Када је реч о учесталости покретања поступака у моделу обавезног *АДР-а*, тужиоци ће у *већој мери* покретати поступке, ако се на бази алтернативне одлуке у *већој мери* може предвидети судска пресуда, и сходно томе, ако се учесталије склапају поравнања. У супротном, ако *АДР* одлука у *мањој мери* предвиђа судску пресуду и не води, последично, ка поравнању, *фреквенција покретања поступака ће се смањити*.

### **3. Промена претпоставки у Шавеловом економском моделу *АДР-а***

Најважнији налаз *Шавеловог модела* алтернативног решавања спорова (добровољног и обавезног) јесте да ће, генерално узев, *фреквенција покретања поступака бити већа ако постоји обавеза странака да учествују у АДР-у са одлуком која не обавезује пре суђења у односу на ситуацију када таква обавеза не постоји*.<sup>959</sup> Да би претходна констатација остала валидна, потребно је да се испуни још један услов: *да је након окончања алтернативног поступка вероватно да ће се странке поравнати*. До тога ће доћи, као што је речено, *ако се на основу алтернативне одлуке може предвидети судска пресуда*.

Додајмо да је у претходно изложеном моделу базична претпоставка била да су странке *неутралне на ризик*. Промена ове претпоставке битно мења налазе из модела.<sup>960</sup> Наиме, ако једна од странака, или обе, имају *аверзију према ризику*, избор *поравнања* постаје најатрактивнији. Разлог је једноставан, јер ако се странке одмах поравнају, *избећи ће ризик* који носи суђење, или учествовање у *АДР-у*. При том, учествовање у *АДР-у* са одлуком која обавезује, по природи ствари, носи *већи ризик* у односу на *АДР* са одлуком која не обавезује. Но, и *АДР* са одлуком која не обавезује подразумева *сношење ризика*, будући да износ склопљеног поравнања након окончања алтернативног поступка зависи од тога на колики износ гласи алтернативна одлука. Консеквентно, склапање поравнања *одмах* свакако је пожељније за странке у односу на склапање поравнања *након* окончања алтернативног поступка са одлуком која не обавезује.

Затим, у претходном моделу, основна претпоставка била је *да су странке сигурне у погледу износа накнаде штете*, тј. да се на бази алтернативне одлуке

<sup>959</sup> Као што је речено, фреквенција покретања поступака ће бити *иста* у случају добровољног *АДР-а* и у случају када не постоји могућност учествовања у *АДР-у*.

<sup>960</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1995, стр. 19–20.

може у потпуности, или не може, или може у одређеној мери, предвидети судска пресуда у погледу *износа накнаде штете*. Сам износ накнаде штете није доведен у питање. Промена ове претпоставке, такође, битно мења налазе из претходно изложеног економског модела.<sup>961</sup> Наиме, ако се пође од претпоставке да је износ накнаде штете мање подложен варијацијама у алтернативном поступку него на суђењу, *избор АДР са одлуком која обавезује ће смањити ризик*. Сходно томе, *странке, које имају аверзију према ризику, изабраће АДР са одлуком која обавезује уместо суђења*. Друга последица јесте да ће *странке, које имају аверзију према ризику, након окончања алтернативног поступка, радије бирати поравнање у односу на суђење*.

Све ово показује да промена претпоставке у погледу *сигурности странака у износ накнаде штете*, и промена претпоставке у погледу *неутралности странака ка ризику, мења саме изборе странака у економском моделу*. И не само то, јер другачији избори странака утичу и на *фреквенцију покретања поступака*. Наиме, *аверзија према ризику и несигурност у погледу износа накнаде штете доводе до тога да су поравнање и АДР са одлуком која обавезује пожељнији избори за странке у односу на суђење*, као што је већ речено. Ако би ти избори заиста били учињени, *смањила би се фреквенција суђења*.

#### **4. Политика у вези са *ex ante* и *ex post* споразумом о коришћењу АДР-а**

Када је реч о *ex ante* споразуму о коришћењу АДР-а, речено је да само ако се занемари постојање асиметричних информација и негативних екстерних ефеката, генерално гледано, *требало би подстицати примену унапред уговорених АДР метода*. Рационални основ подстицања примене *ex ante* споразума о коришћењу АДР-а од стране државе (судова) лежи у повећању благостања обеју страна уговорница.<sup>962</sup> Но, када се ради о *ex post* споразуму о коришћењу АДР-а, Шавел ставља под знаком питања могућност да споразуми закључени након настанка спора могу повећати благостање странака.<sup>963</sup> Наиме,

<sup>961</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1995, стр. 20.

<sup>962</sup> Као што је речено, закључење *ex ante* споразума о коришћењу неког АДР метода може допринети *смањењу укупних трошкова које генерише решавање једног спора, смањењу ризика одласка на суђење, као и смањењу фреквенције суђења*.

<sup>963</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1995, стр. 20–21.

као што то обично бива, алтернативна одлука након настанка спора може *смањити* износ накнаде штете који тужени плаћа тужиоцу. Ако је накнада штете нижа него што би уобичајено износила (*без АДР-а*), смањују се туженикови подстицаји ка ефикасном понашању у будућности. Он ће бити *мање пажљив* ако антиципира нижи износ накнаде штете у односу на износ који би платио у ситуацији да није донета алтернативна одлука. Последица таквог неефикасног понашања туженог огледа се у *смањењу благостања тужиоца*. Према томе, не може се са сигурношћу изнети тврдња да ће *ex post споразум о коришћењу АДР-а* смањити или увећати благостање странака. Из тог разлога, када је реч о политици подстицања примене *ex post споразума о коришћењу АДР-а*, Шавел не износи једнако категоричну тврдњу, као у случају *ex ante споразума о коришћењу АДР-а*. То даље значи да се из, економског угла гледано, не може *a priori* подржати став о увођењу *АДР-а* са одлуком која не обавезује, као *обавезне фазе пре суђења*. Разлог за неподржавање увођења *АДР-а пре суђења Шавел* налази не само у могућем негативном утицају на понашање странака, тј. у неефикасним подстицајима у погледу превенције штете, већ и у оквиру економског модела објашњеном негативном утицају на парничне трошкове<sup>964</sup> и фреквенцију суђења.<sup>965</sup> Према томе, *неефикасни подстицаји у погледу превенције штете, увећање парничних трошкова и неоптимална фреквенција суђења, представљају разлоге због којих Шавел износи сумњу у погледу рационалности увођења АДР-а пре суђења*.<sup>966</sup>

### 5. Коментар на Шавелов економски модел АДР-а

Једно од битних питања које је Шавел истакао у свом познатом раду из 1995. године јесте и питање *размене информација*.<sup>967</sup> Ово питање чини срж и суштину његовог модела, будући да укључење *АДР-а* у стандардни модел парнице подразумева да неутрално треће лице (арбитар или медијатор) пружа странкама нове информације које могу допринети разрешењу актуелног спора.

<sup>964</sup> Да се подсетимо, трошкови ће бити увећани ако је *АДР* са одлуком која не обавезује обавезан пре суђења, у ситуацији када алтернативна одлука уопште не предвиђа судску пресуду.

<sup>965</sup> Да поновимо, фреквенција суђења ће бити *већа* него што је друштвено пожељно, ако алтернативна одлука савршено предвиђа судску пресуду, или ће бити *нижа* него што је друштвено пожељно, ако алтернативна одлука уопште не предвиђа судску пресуду у погледу износа накнаде штете.

<sup>966</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1995, стр. 21.

<sup>967</sup> *Ibid.*

Другим речима, будући да неутрално треће лице мења веровања странака у погледу судског исхода, на тај начин што им предочава све предности поравнања, то значи да странке уче додатне чињенице (информације) којима не би располагале у одсуству неутралног трећег лица. У вези с тим, *Шавел* поставља крајње разумно питање: *због чега странке не би саме научиле те додатне информације без ангажовања арбитра или медијатора?* *Шавел*, при том, има у виду могућност *добровољне размене информација* између парничара, или могућност, која постоји према америчком праву, *принудне размене информација* између парничара. Другим речима, *Шавел* поставља питање зашто странке не би покушале *саме* да прибаве додатне информације, без ангажовања арбитра или медијатора, на основу *унапред* дефинисане уговорне обавезе (*ex ante*) или путем уговора закљученим *након* настанка спора (*ex post*).

Даље, *Шавел* доводи у сумњу и *оправданост политике која подржава и промовише алтернативно решавање спорова*.<sup>968</sup> Наиме, он не доводи у питање општепознату ствар да је *АДР* решавање спорова *јефтиније* у односу на редовно решавање спорова, путем парнице. То је, између осталог, и један од основних разлога зашто је алтернативно решавање спорова стекло толику популарност. Ту чињеницу *Шавел* не доводи у питање. Но, овај аутор само сугерише<sup>969</sup> да у оцени значаја *АДР-а*, ваља узети у обзир и чињеницу да алтернативно решавање спорова може повећати укупне друштвене трошкове парничног поступка, с једне стране, као и чињеницу да странке имају снажан подстицај да учествују у *АДР-у по сопственој вољи и нахођењу*, те да законско (принудно) увођење *АДР-а*, као фазе поступка пре суђења, захтева посебне аргументе који би то оправдали, с друге стране.

Не доводећи у питање значај *Шавелових* налаза на основу економског модела алтернативног решавања спорова (добровољног и обавезног), на овом месту, ипак, постављамо следеће питање: *да ли би налази из економског модела остали идентични ако би се занемарила претпоставка рационалности парничних странака?* Такође, у вези с претходним, ставља се под знаком питања и *Шавелов* став *да би странке могле саме, без ангажовања неутралног трећег лица, да размене и науче нове информације, битне за решење насталог*

---

<sup>968</sup> *Ibid.*

<sup>969</sup> *Ibid.*



спора. Иако је, теоретски гледано, могуће да странке саме размене информације које су важне за разрешење спора, будући да имају јак подстицај да то учине, ова аргументација запоставља нешто што је већ истакнуто у овом раду, а то је *стратегијско понашање странака*.<sup>970</sup> Наиме, странке могу ући у беспоштедну борбу око присвајања кооперативног вишка, услед чега резултат може бити непостизање споразума. Управо стратегијско понашање странака може онемогућити да странке *саме* размене информације, те је неопходно укључење трећег лица, арбитра или медијатора. Арбитар или медијатор може да помогне странама у спору да ефектније изврше трансмисију информација, услед чега се може очекивати да ће њихова очекивања у погледу судског исхода бити у већој мери усаглашенија. Према томе, *стратегијска интеракција између страна у спору, а која није узета у обзир у Шавеловом економском моделу, доводи у питање његову сугестију да стране у спору могу саме, без асистенције са стране, да размене информације*. Стратегијска интеракција између страна у спору представља снажан аргумент у прилог промоције алтернативног решавања спорова, поред општепознате чињенице да *АДР* методи генеришу ниже укупне друштвене трошкове парничног поступка.

Осим тога, *Шавелова* стандардна претпоставка рационалности парничара, не може се *a priori* прихватити, с обзиром на налазе *Бихејвиоралног права и економије*, а који доводе у питање, низом емпиријских истраживања, полазиште по коме су појединци *увек* рационални.<sup>971</sup> Наравно да појединци (парничари) нису увек и нужно рационални, те би налазе *Шавеловог* економског модела требало прихватити са одређеним *опрезом*, без довођења у питање генералне оцене да алтернативна одлука може послужити као основа за предвиђање судске пресуде, или оцене да су *ex ante* споразуми о коришћењу *АДР-а* ефикасни, с обзиром на то да побољшавају благостање странака, а да се таква тврдња не може изнети када је реч о *ex post* споразумима о ангажовању трећег неутралног лица, као и низ других оцена.

Када је реч о политици коју би држава требало да спроводи у вези са алтернативним решавањем спорова, *Шавел*, као што је речено, препоручује

---

<sup>970</sup> Стратегијско понашање јесте последица *асиметрије информација*, која генерише већ истакнути проблем негативне селекције и моралног хазарда. Видети: Jennifer Gerarda Brown, Ian Ayres, *op. cit.*, 1994.

<sup>971</sup> Видети одељак *Поглед на политику поравнања из угла Бихејвиоралног права и економије*.

политику која би *подстицала ex ante* споразуме о коришћењу *АДР*, али не и *ex post* споразуме о ангажовању трећег неутралног лица. При том, под политиком подстицања *ex ante* споразума о коришћењу *АДР-а*, *Шавел* подразумева, у ствари, да би *држава (суд) требало, без резерве, да штити приватне споразуме те врсте*. Но, *Шавел* не налази оправдање да држава, на било који начин, *субвенционисне* и једне и друге споразуме о коришћењу *АДР-а*. *Шавел*, с правом, примећује<sup>972</sup> да државне субвенције у алтернативне поступке, поред већ субвенционисаних редовних поступака, могу довести само до *претераног ангажовања странака и у једном и у другом поступку*. Такво решење, свакако, није пожељно са друштвеног аспекта.

---

<sup>972</sup> Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 1995, стр. 8.

## ГЛАВА 4

# ЕМПИРИЈСКА ИСТРАЖИВАЊА ЕФЕКТИВНОСТИ МЕДИЈАЦИЈЕ

### *1. Фактори ефективне медијације*

На питање да ли је медијација, генерално гледано, *ефективан*<sup>973</sup> *метод решавања спорова*, истраживања,<sup>974</sup> *упркос одређеним методолошким проблемима*, указују следеће: да медијатор у великој мери може допринети постизању споразума између страна у спору; да су странке најчешће задовољне постигнутим споразумом; да медијатор може обезбедити висок степен сагласности страна у спору, итд. Но, истраживачко питање – да ли је медијација *ефективан метод решавања спорова*, превише је *широко постављено*, због чега се истраживачки напори усмеравају на ужа питања, попут: *под којим условима и у којим случајевима је медијација ефективна у решавању спорова?*

Када је реч о овом конкретнијем питању о ефективности медијације, бројна истраживања<sup>975</sup> указују да је медијација ефективна у следећим случајевима: када су у питању *спорови умереног интензитета*, али не и када је реч о споровима *јаког интензитета*;<sup>976</sup> када су странке *високо мотивисане* да

---

<sup>973</sup> У овој глави посматрамо *ефективност медијације*, а не *ефикасност медијације*. Иако је реч о два повезана и блиска појма, ефективност медијације односи се на *степен остварења циљева медијације*, од којих је један од најважнијих *постизање споразума* између странака. Ефикасност медијације односи се на остварење циља медијације (рецимо, постизање споразума) са што је могуће мањом количином ресурса (времена, новца, напора). Медијација може бити ефективна, али не и ефикасна, што значи да је циљ медијације остварен, али не ефикасном употребом ресурса.

<sup>974</sup> Видети: Kenneth Kressel, Dean G. Pruitt, *Themes in the Mediation of Social Conflict*, Journal of Social Issues, Vol. 41, Issue 2, 1985, стр. 179–198.

<sup>975</sup> Резултати ових и других појединачних истраживања по питању ефективности медијације могу се наћи у: Peter J. D. Carnevale, Dean G. Pruitt, *Negotiation and Mediation*, Annual Reviews Psychology, 1992, стр. 562–563.

<sup>976</sup> Када су и питању спорови *слабог интензитета*, *активна стратегија медијатора*, као приступ у решењу спора, показује се као неделотворна, и обрнуто, она је делотворна, када је реч о споровима *јаког интензитета*. Видети: W. A. Donohue, „Communicative Competence in Mediators“, у: K. Kressel, D. G. Pruitt, eds., *Mediation Research*, Jossey-Bass, San Francisco, 1989, стр. 322–343.

дођу до обострано прихватљивог решења и ако постоји *висока посвећеност* странака да спор реше медијацијом; уколико стране у спору имају *довољно материјалних средстава* да спор реше медијацијом; ако су приближно *једнаке преговарачке моћи*, итд. Затим, ефективност медијације зависи и од *степенa поверења странака у медијатора*. У том смислу, понашање медијатора према странкама од кључне је важности за стицање тог поверења. Медијатор може користити различите *тактике* у процесу медијације, од којих се тзв. *рефлексивне тактике* показују као веома делотворне.<sup>977</sup> Под рефлексивном тактиком, генерално гледано, подразумева се да медијатор *припрема терен, изграђивањем и стицањем поверења код страна у спору*, како би касније, на тој основи, примењивао своје преговарачке вештине.<sup>978</sup> Даље, ефективност медијације зависи и од *комуникације између страна у спору*, као што је у раду више пута истицано. Успешан медијатор јесте онај који успева да *контролише* комуникацију између страна, тј. да обезбеди пренос информација које могу повећати вероватноћу склапања поравнања. У вези с тим, истраживања колективног преговарања између радника и послодаваца у Енглеској указују на постојање *позитивне корелације* између напора медијатора у преговарачком процесу да побољша комуникацију између радника и послодаваца, најчешће путем *одвојених разговора са њима*, и склапања поравнања.<sup>979</sup> Коначно, будући да медијатор у поступку медијације открива интересе, аспирације, планове и друге карактеристике страна у спору, у могућности је да допринесе постизању најефикаснијег решења, тако што ће приступити, на *аналитички начин*, обради предмета спора.<sup>980</sup> Конкретније речено, с обзиром на то да има приступ питањима око којих се стране не слажу, медијатор прво *анализира* сва спорна питања, а потом их издваја и класификује по приоритету, и тиме помаже

---

<sup>977</sup> Видети о рефлексивним тактикама медијатора: Kenneth Kressel, *Labor Mediation: An Exploratory Survey*, Association Labor Mediation Agencies, Albany, New York, 1972, стр. 13.

<sup>978</sup> Тактике којима се служи медијатор у преговарачком процесу представљају засебно поље истраживања, које захтева посебну елаборацију, а која би превазишла оквире овог рада. Упућујемо на следећу литературу: Christopher W. Moore, *The Mediation Process – Practical Strategies for Resolving Conflicts*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, London, 1986.

<sup>979</sup> Видети: Jean Marie Hiltrop, *Mediator Behavior and the Settlement of Collective Bargaining Disputes in Britain*, Journal of Social Issues, Vol. 41, Issue 2, Summer 1985, стр. 83–99.

<sup>980</sup> Видети, на пример, Howard Raiffa, *The Art and Science of Negotiation*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1982.

странама да *рационално* приступе решењу спора. С тим у вези, једно истраживање<sup>981</sup> показује да, независно од природе предмета спора, постоји *позитивна корелација* између напора медијатора у контролисању и утврђивању приоритета у спорним питањима, с једне стране, и постизања споразума, с друге стране. Додајмо томе и једно истраживање<sup>982</sup> којим је доказано да висок ниво конфликта има позитиван утицај на сарадњу између страна у спору, *под условом да није антиципирана могућност интервенције од стране медијатора*, и обрнуто, низак ниво конфликта налази се у позитивној корелацији са кооперацијом између страна у спору, *ако су преговарачи антиципирали интервенцију од стране медијатора*. С друге стране, утврђено је да постоји позитивна корелација између високог нивоа конфликта и кооперације између страна у спору, *ако је медијатор заиста интервенисао*, и обрнуто, у споровима ниског нивоа конфликта, стране у спору биле су ближе постизању споразума, *под условом да медијатор заиста није интервенисао*. Ово истраживање указује да *антиципирана и стварна интервенција медијатора* имају различити утицај на ниво сарадње између страна у спору и, консеквентно, на могућност склапања споразума. Према томе, из резултата овог истраживања следи да би, у споровима ниског интензитета, потенцијални медијатор требало да креира очекивања код страна у спору да ће уследити *оштра интервенција*. С друге стране, у споровима високог интензитета, потенцијални медијатор требало би да поступи *супротно* у односу на претходно описану ситуацију. Но, када посредовање *почне*, у споровима високог интензитета, требало би да *заиста* уследи интервенција од стране медијатора, док у споровима ниског интензитета, не би требало да уследи интервенција од стране медијатора, осим ако ситуација не налаже супротно, рецимо, ако се комуникација између страна у спору одвија лоше.

Све у свему, постоје *бројни фактори* од којих зависи ефективност медијације. Навођење свих фактора (не)успешне медијације премашило би оквире овог рада. У даљем тексту, приказаћемо резултате једног истраживања о

---

<sup>981</sup> Видети: Rodney G. Lim, Peter. J. D. Carnevale, *Contingencies in the Mediation of Disputes*, Journal of Personality and Social Psychology, Vol. 58, Issue 2, February 1990, стр. 259–272.

<sup>982</sup> Видети: Jean M. Hiltrop, Jeffrey. Z. Rubin, *Effects of Intervention Conflict of Interest on Dispute Resolution*, Journal of Personality and Social Psychology, Vol. 42, Issue 4, April 1982, стр. 665–672.

ефективности стандардне медијације у односу на форму познату под називом *медијација-арбитража*, или скр. *мед-арб*.

## **2. Емпиријско истраживање ефективности медијације у односу на мед-арб**

У једном занимљивом истраживању,<sup>983</sup> доказано је да медијација показује висок ниво ефективности, али само ако након њеног неуспелог окончања следи *арбитража*, као наставак претходног поступка. Наиме, у том истраживању испитивана је ефективност *стандардне медијације* у односу на *стандардну форму медијације-арбитраже*, када након неуспеле медијације, медијатор преузима улогу арбитра, који као треће неутрално лице, доноси одлуку којом се спор окончава, као и у односу на *једну другачију форму медијације-арбитраже*, у којој, након неуспеле медијације, четврто лице, које није учествовало у поступку медијације, у улози арбитра, бива уведено у поступак решења спора. Конкретније речено, овим истраживањем упоређивана је ефективност медијације у односу на форму медијације-арбитраже, *када треће лице арбитраира*,<sup>984</sup> и у односу на форму медијације-арбитраже, *када четврто лице арбитраира*.<sup>985</sup> Ваља нагласити да је вероватноћа склапања поравнања била иста у сва три случаја – у случају медијације, једне и друге форме *медијације-арбитраже*. Резултати овог истраживања показују да између страна у спору постоји нижи степен непријатељства, као и да су стране биле у већој мери ангажоване на решавању спора у *случају стандардне форме медијације-арбитраже у односу на стандардну медијацију*. Такође, истраживање показује да се *форма медијације-арбитраже* (када четврто лице арбитраира), налази између стандардне медијације и стандардне форме *медијације-арбитраже* (када треће лице арбитраира), када је реч о мерењу претходних варијабли (степен (не)пријатељства и ниво ангажовања у решавању спора). Но, ова последња компарација, како истраживање показује, није статистички значајна, те се резултат, као последица тог поређења, мора узети *са опрезом*. Једино по чему се

<sup>983</sup> Видети: Neil B. McGillicuddy, Gary L. Welton, Dean G. Pruitt, *Third-Party Intervention: A Field Experiment Comparing Three Different Models*, Journal of Personality and Social Psychology, Vol. 58, Issue 1, 1987, стр. 104–112.

<sup>984</sup> У овом случају, медијатор преузима улогу арбитра.

<sup>985</sup> Лице које арбитраира није уједно и медијатор који је претходно водио поступак, те се зато користи термин *четврто лице*.

форма *медијације-арбитраже*, у којој четврто лице арбитра, сигурно разликује од преостале две јесте у *мотивацији медијатора* да саслуша стране у спору, као и у *степену интервенције* медијатора у решење истог. Наиме, у случају форме медијације-арбитраже, када четврто лице арбитра, мотивација, односно интервенција медијатора, јесте *нижа*. Објашњење нижег нивоа мотивације, односно нижег нивоа интервенције медијатора, према ауторима овог истраживања, налази у следећим факторима: нижем степену *одговорности медијатора*; његовој *деморализацији* због каснијег учешћа арбитра у поступку; и у чињеници да га стране у спору виде као *слабију фигуру* у односу на арбитра.

Све у свему, *ово истраживање показује да је медијација ефективнија уколико након ње следи арбитража, у којој медијатор преузима улогу арбитра, у односу на стандардну форму медијације*. Резултати овог истраживања свакако имају значајне практичне импликације, будући да указују *каква процедура решавања спора* ствара јаку *мотивацију* код страна у спору да исти реше споразумом и да оставе добар утисак на медијатора. Оваква јака мотивација, према ауторима овог истраживања, објашњава се тиме што странке имају *страх да ће изгубити контролу над сопственим очекивањима* у погледу решења спора, у случају да се медијација *преобрати* у арбитражу. Такође, странке, по природи ствари, желе да спор реше *самостално*, у смислу да самостално доносе одлуке које могу утицати на њихово благостање.

Као што се може уочити, ови резултати односе се искључиво на *мотивацију страна у спору* да приступе решењу истог, као и на *мотивацију медијатора*. То практично значи да ефективност медијације, према овом истраживању, зависи искључиво од *психолошких фактора*, који, свакако, могу бити значајни за (не)успешно решење спора.

### ***3. Погрешне процене медијатора***

У одељку под називом *Поглед на политику поравнања из угла Бихејвиоралног права и економије*, изложене су основне поставке једне нове теорије (енг. *prospect theory*), развијене од стране *Канемана* и *Тверског*. Том приликом је речено да ова дескриптивна теорија описује избор између више опција које укључују *ризик*. У вези с тим, истакнуто је постојање *аверзије према*

губитку, а под којом се подразумева да појединци показују тенденцију да негативније процењују губитак са одређене референтне тачке. Другим речима, појединци би захтевали знатно већи износ новца за било шта што процењују као губитак у односу на нешто што процењују као добитак. То би даље значило да су појединци спремнији да преузму ризик како би избегли сигуран губитак, док би одбили да преузму такав ризик за остварење добитка идентичне величине. Све то указује да појединци доносе одлуку да преузму ризик или одлуку да не преузму ризик, у зависности од тога да ли је избор опција обликован као добитак или губитак (енг. *framing effect*).

Сада се поставља питање: да ли се претходно описана теорија може искористити за објашњење понашања медијатора? Конкретније речено, да ли медијатор показује аверзију према губитку, и да ли обликовање избора са којима се суочава може утицати на његову одлуку да преузме ризик?

На овом месту наводимо једно истраживање<sup>986</sup> примене теорије проспекта (изгледа) на понашање медијатора. Наиме, у једној ситуацији, медијаторима је обећано да ће добити одређену количину новца, ако се посредовање оконча на позитиван начин, тј. ако се закључи споразум о поравнању између страна у спору. У другој ситуацији, медијаторима је речено да ће изгубити идентичну количину новца, ако се посредовање не оконча на позитиван начин, тј. ако се не закључи обострано прихватљив споразум о поравнању. У првој ситуацији, одабир између више могућих стратегија преговарања обликован је као добитак (енг. *positive framing effect*), док је у другом случају, обликован као губитак (енг. *negative framing effect*). Поставља се питање: како се медијатор понашао, тј. да ли је применио идентичну стратегију преговарања у обе ситуације? Одговор је негативан, а што је у складу са налазима теорије Канемана и Тверског. Наиме, у првој ситуацији, медијатор није применио тако снажну стратегију преговарања, као у другој ситуацији. У тој другој ситуацији, будући да је очекивао да ће изгубити одређену количину новца, донео је одлуку о избору јаче стратегије преговарања, како би избегао тај губитак. Супротно, у првој ситуацији, будући

---

<sup>986</sup> Видети: Peter J. D. Carnevale, Dean G. Pruitt, *op. cit.*, 1992, стр. 568, где је цитиран рад у коме су презентовани резултати овог истраживања: Peter J. D. Carnevale, A. Mead, *Decision Frame in the Mediation of Disputes*, presented at Annual Meeting Judgement Decision Society, New Orleans, 1990.



да није очекивао губитак, већ *добитак*, његова стратегија преговарања није била тако јака. Очито је да понашање медијатора *није било идентично*, иако је количина новца коју је могао да заради у једној и другој ситуацији била *иста*. Према томе, медијатори су подложни *погрешним проценама* под утицајем одређених фактора, као што ово истраживање показује.

Додајмо резултате још једног истраживања,<sup>987</sup> којим је потврђено да медијатори показују *претерани оптимизам* по питању вероватноће решавања спора између преговарача. То се објашњава, како ово истраживање указује, чињеницом да су медијатори склони да *потцене* интересе или аспирације учесника у преговарачком процесу. С обзиром на то да медијатори потцењују интересе или аспирације страна у спору, *формираће нереалну слику* у погледу исхода тог процеса. Тачније речено, *формираће искувише позитивну слику* о исходу преговарачког процеса, што ће се вероватно у току тог процеса показати као погрешно веровање.

Ово истраживање указује на још једну чињеницу, да претераном оптимизму нису склоне само стране у спору, због чега често и заврше на суђењу, већ и медијатори у преговарачком процесу. Будући да је у раду истакнуто<sup>988</sup> да је једна од многобројних улога медијатора управо у *снижавању дивергенције у очекивањима* страна у спору у погледу судског исхода, и с обзиром на то да резултати овог истраживања указују да су и *медијатори подложни разним погрешним проценама*, између осталог, и претераном оптимизму у погледу исхода медијације, *то указује да је улога медијатора у исправљању нечега чему је и сам подложен*. Због тога улогу медијатора у преговарачком процесу ваља сагледати *реалније и избегавати доношење олакш судова да су медијатори у могућности да отклоне све баријере у постизању ефикасног решења*.

Но, одређена истраживања указују и да *пристрасан медијатор* може бити од користи у преговарачком процесу,<sup>989</sup> и да је некада странама у спору *пријемчивији* пристрасан медијатор, под условом да се понаша на отворено

---

<sup>987</sup> Видети: Peter J. D. Carnevale, Richard Peggnetter, *The Selection of Mediation Tactics in Public Sector Disputes: A Contingency Analysis*, Journal of Social Issues, Vol. 41, Issue 2, Summer 1985, стр. 65–81.

<sup>988</sup> Видети одељак: *Различита очекивања странака као препрека ефикасном решењу спора и улога медијатора*.

<sup>989</sup> Видети: William P. Smith, *Effectiveness of the Biased Mediator*, Negotiation Journal, Vol. 1, Issue 4, October 1985, стр. 363–372.

непристрасан начин.<sup>990</sup> Но, ова истраживања не могу оспорити *општу тезу* да су *непристрасни и неутрални медијатори*, тј. медијатори који нису склони предрасудама, од суштинске важности за ефективност медијације, као и за пријемчивост страна у спору у погледу избора медијатора. Пре би се могло рећи да ова истраживања само указују да *некада, не увек*, и пристрасан медијатор може бити од користи за успех преговарачког процеса.

Најзад, ваљало би истаћи<sup>991</sup> да медијатор, али и свако ко се нађе у улози посредника, рецимо, менаџер компаније који покушава да посредује у спору између радника, може искористити подложност странака когнитивним грешкама да оствари такав исход који ће обе стране довести у бољу позицију. Примера ради, обликовањем преговарачког процеса из позитивне перспективе, или предочавањем потенцијалних губитака странкама у наставку преговора, медијатор (менаџер) може подстаћи странке (раднике) да се споразумеју. Према томе, манипулација преговарачког процеса може бити корисна за странке, ако се на тај начин побољшава њихова позиција. Ово указује да погрешне процене странака, као и горенаведене погрешне процене медијатора, не треба *eo ipso* посматрати као нешто што је лоше, будући да, *некада*, исход (постизање споразума) може оправдати исте.

---

<sup>990</sup> Другим речима, преговарачи *на чијој страни је био медијатор* нису се уздржавали од чињења уступака, док су преговарачи *којима је медијатор упутио отворену подршку* били склонији уздржавању од давања уступака. Детаљније о томе: Jerry M. Wittmer, Peter J. D. Carnevale, Michael E. Walker, *General Alignment and Overt Support in Biased Mediation*, *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 35, No. 4, December 1991, стр. 594–610.

<sup>991</sup> Видети: Margaret A. Neale, Max H. Bazerman, „Negotiating Rationally: The Power and Impact of the Negotiator’s Frame“, у: Roy J. Lewicki, David M. Saunders, John W. Minton, *Negotiation: Readings, Exercises and Cases*, third edition, Irwin McGraw-Hill Companies, Inc., 1999, стр. 149–159.

## ЧЕТВРТИ ДЕО

### ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА АРБИТРАЖЕ

Генерално гледано, у овом делу, акценат се ставља на *економске импликације арбитраже*, као посебног *АДР* метода, њене предности и недостатке у односу на државну адјудикацију, али и у односу на остале *АДР* методе решавања спорова.

Свесни чињенице да је арбитража, пре свега, *правна установа*, као и да постоји обиље *правне* (уџбеничке и уско стручне) литературе на тему арбитраже,<sup>992</sup> ми ћемо ући у дубљу анализу арбитраже користећи се *економском методологијом*, уз елаборацију правних аспеката арбитраже само у мери у којој је то неопходно за остварење већ истакнутог основног циља истраживања – испитивање економских импликација арбитраже у односу на парницу, и у односу на остале *АДР* методе (медијацију, хибридне методе). Основно питање гласи: *да ли и под којим условима је арбитража ефикаснији метод од редовног метода (парнице) и осталих алтернативних метода?* Теоријска елаборација овог питања, с обзиром на изабрану методологију, подразумева ослањање на *литературу економске анализе права*, која је развијена првенствено у САД-у. Но, пре елаборације ефикасности арбитраже, ваљало би одговорити на једно претходно питање, које гласи: *који су, генерално узев, разлози за проучавање арбитраже из угла економске анализе права (ЕАП)?*

---

<sup>992</sup> Видети у нашој литератури: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, или Гордана Станковић, Боривој Старовић, Ранко Кеча, Невена Петрушић, *Арбитражно процесно право*, Удружење за грађанско и процесно право и ГИП „Vona Fides“, Ниш, 2002, или Дејан Јанићијевић, *Арбитража*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2011. Видети у страниј литератури, примера ради, John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, *Arbitration*, University Casebook Series, The Foundation Press, Westbury, New York, 1996.

## ГЛАВА 1

### ПОЈАМ, КАРАКТЕРИСТИКЕ И ЕФИКАСНОСТ АРБИТРАЖЕ

#### *1. Разлози за проучавање арбитраже из угла ЕАП*

*Због чега је арбитража, као типична правна установа, закупила пажњу и интересовање теоретичара ЕАП?* Бројни су разлози који оправдавају ово интересовање, а од њих издвајамо неколико репрезентативних.

Прво, постоје бројне *сличности и разлике* између парничног и арбитражног поступка, чије проучавање може пружити додатна знања о природи ових поступака. С тим у вези, често се у литератури ЕАП<sup>993</sup> истиче да арбитар, као *стручњак* у одређеној области, за разлику од судије, може донети одлуку на основу *мање количине информација трансферисаних од странака*, што даље имплицира и *ниже трансакционе трошкове*. Такође, с обзиром на стручно знање арбитра, *нижа је вероватноћа чињења грешака у доношењу одлука у односу на судију*. Ово су два фактора која доприносе повећању ефикасности арбитражног поступка и, самим тим, пружају компаративну предност арбитраже у односу парницу. Осим тога, у литератури<sup>994</sup> истакнута је још једна предност арбитраже у односу на парницу. Она се огледа у стварању подстицаја за *конкурентно понашање арбитра*, што за последицу има доношење *непристрасних и стручних одлука*. Наиме, будући да странке бирају арбитра (врше селекцију арбитра), они бивају подстакнути да развијају експертизе и доносе стручније одлуке у односу на одлуке у прошлости. Другима

<sup>993</sup> Видети: Bruce L. Benson, „Arbitration”, у: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 722 p. ISBN 1 85898 988 4, стр. 162.

<sup>994</sup> Видети: Orley Ashenfelter, *Arbitrator Behavior*, *The American Economic Review*, Vol. 77, No. 2, May 1987, стр. 342–343.

речима, стварају се подстицаји да арбитраи доносе *стручне и непристрасне одлуке*, како би избегли могућност да их *pro futuro* странке не бирају. Ова чињеница представља довољан разлог за фаворизовање арбитраже у односу на парницу, у оквиру које не постоји конкуренција између судија да на бази свог стручног знања доносе одлуке које могу побољшати прошле одлуке, као што то арбитраи, у оквиру арбитражног поступка, чине.<sup>995</sup>

Друго, област економске анализе права<sup>996</sup> која се бави *уговорним правом* не може пружити комплетна знања о предмету истраживања *без разумевања арбитраже*, која је довела до *денационализације* решавања спорова у међународним пословним односима.<sup>997</sup> При том, ваљало би истаћи да земље у развоју показују одређени отпор према међународној арбитражи по питању решавања спорова проистеклих из међународних пословних уговора. Као најчешћи разлог таквог отпора истиче се *наклоност развијених земаља правилима која регулишу арбитражни поступак*.<sup>998</sup> Упркос отпору појединих земаља, општи правни акти многих држава не могу се више сматрати ексклузивним извором права, будући да арбитраи у међународним пословним арбитражама претежно доносе одлуке базиране на међународним пословним обичајима и уговорној пракси у међународној трговини.<sup>999</sup> С тим у вези, често се истиче<sup>1000</sup> да је пословна арбитража *примарни метод решавања спорова*, и да

---

<sup>995</sup> Они арбитраи који заузимају *екстремну позицију* у односу на своје колеге, ризикују да их једна или обе странке убудуће не бирају. Зато је успешна стратегија арбитра она која не одскаче превише од стратегија других арбитра. На тај начин одлуке арбитра, самим тим и грешке у одлучивању, постају *предвидиве*, због чега и арбитража задобија предност над парницом. Видети: *ibid.*, стр. 343.

<sup>996</sup> Постоји област економске анализе права, под називом *компаративно право и економија*, која применом економског инструментарија проучава различите правне системе. Када је реч о *међународној арбитражи*, често се истиче да методологија ове дисциплине може значајно олакшати посао арбитрау, будући да се може наћи у ситуацији да мора да донесе одлуку на бази компарације *различитих правних решења* која произилазе из закона појединих земаља. Да би његова одлука била објективна, *критеријум ефикасности*, у сврху компарације тих различитих решења, може бити од велике користи. Видети: Ugo Mattei, *op. cit.*, стр. 96–97.

<sup>997</sup> Видети: Julian D. M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, New York, 1978, стр. 582–583.

<sup>998</sup> Видети о томе: Joseph Lookofsky, Ketilbjørn Hertz, *Transnational Litigation and Commercial Arbitration: An Analysis of American, European, and International Law*, Second Edition, Juris Publishing, DJØF Publications Copenhagen, 2004, стр. 757.

<sup>999</sup> Видети: Harold J. Berman, Felix J. Dasser, „The ‘New’ Law Merchant and the ‘Old’: Sources, Content, and Legitimacy”, у: Thomas E. Carbonneau (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*, Transnational Juris Publication, Dobbs Ferry, New York, 1990, стр. 33.

<sup>1000</sup> Видети: William C. Wooldridge, *Uncle Sam, The Monopoly Man*, Arlington House, New York, New Rochelle, 1970, стр. 101.

парница, не само да постаје секундарни метод решавања спорова, већ и да ишчезава њена употреба у многим областима. Примера ради, унутар неких трговинских асоцијација и трговинских група, арбитража представља основни начин решавања спорова, и арбитри доносе одлуке на основу *интерних правила* тих асоцијација и група, а не на бази општих правних аката (првенствено закона) појединих држава. Све ово говори у прилог стварања другачијег система (приватног) права, у коме арбитража има посебну улогу, као основни метод решавања спорова. Штавише, нова правила проистекла из уговорне праксе у пословним односима бивају прихваћена од стране судова, тако да се не може више говорити о једностраном утицају судских одлука на уговорну праксу. О таквом једностраном утицају не може се говорити и због тога што уговорне стране често третирају судску пресуду, не као одлуку којом се дефинитивно и коначно детерминишу њихова права, већ као одлуку која је само *елемент* њихових пословних односа који се даље развијају. С тим у вези, пракса потврђује да странке често настављају са преговарањем у току трајања судског поступка, које се окончава склапањем поравнања и *пре* изрицања судске пресуде.<sup>1001</sup> Сходно реченом, арбитража се не може посматрати искључиво као *алтернативни поступак* у односу на парницу (као редован поступак), већ као *алтернативни механизам којим се искључује примена општих правних аката (закона), и последично, доношење судских одлука.*<sup>1002</sup> При том се избор између ових (равноправних) алтернатива базира на следећем принципу: док трошкови судске заштите уговора<sup>1003</sup> превазилазе пратеће користи, уговорне стране остаће привржене приватним методама решавања спорова, посебно арбитражи.<sup>1004</sup> Но, упркос томе што се арбитража, посебно *међународна арбитража*, перципира од

---

<sup>1001</sup> Видети о обостраном утицају судске и уговорне праксе: Edward L. Rubin, *The Nonjudicial Life of Contract: Beyond the Shadow of the Law*, Northwestern University Law Review, Vol. 90, 1995, стр. 124 и на другим местима.

<sup>1002</sup> У ствари, овај аутор истиче да се приватни домен не може посматрати изоловано од судског домена решавања спорова и да након настанка спора странке *подједнако* размишљају о избору између судских и приватних метода решавања спорова на бази тога шта је у њиховом интересу. Дакле, реч о *равноправним методама решавања спорова*, а не о парници као редовном методу и арбитражи као њеној алтернативи. Видети: *ibid.*, стр. 123–124.

<sup>1003</sup> Под овим трошковима подразумевају се: *директни трошкови*, рецимо, судски трошкови и трошкови адвоката; затим, *трошкови услед неизвесности* у погледу карактера судске одлуке; и *трошкови који се тичу односа између пословних субјеката* у смислу њиховог погоршања или унапређења услед насталог спора. У теорији ЕАП ови трошкови означавају се као *транзакциони трошкови судске заштите уговора*. Видети: *ibid.*, стр. 119–122.

<sup>1004</sup> *Ibid.*, стр. 122.

стране пословних субјеката као јефтинији, бржи, поверљивији и флексибилнији метод решавања спорова у односу на парницу, ваљало би истаћи<sup>1005</sup> да и овај приватни метод изискује значајне трошкове (рецимо, у погледу хонорара арбитра), затим да се не одвија увек великом брзином, као и да одлуке арбитра нису подложне потпуној изолацији од очију јавности, чиме се доводи у питање принцип апсолутне поверљивости арбитражног поступка.

Ово су неки од разлога који се најчешће издвајају у литератури ЕАП у прилог проучавања арбитраже, као посебне правне установе. Но, поставља се питање: које су то основне *карактеристике арбитраже* по којима се она издваја од парнице, али и других алтернативних метода, и које од тих карактеристика чине арбитражу *ефикасним методом решавања грађанскоправних спорова*? Будући да ефикасност арбитраже завређује посебну пажњу, у даљем тексту покушаћемо да дамо одговор на постављено питање.

## **2. Правни појам и основне карактеристике арбитраже**

У страној литератури,<sup>1006</sup> *арбитража* се дефинише као *процес* у коме неутрално треће лице, изабрано од страна у спору, доноси обавезујућу одлуку о питањима која су предмет спора. У нашој литератури<sup>1007</sup> може се наћи *шира* дефиниција појма арбитраже, која је постављена на *базичним принципима* на којима почива овај посебан метод решавања спорова. По том критеријуму, *арбитража је алтернативни и приватни поступак решавања спорова, који отпочиње и одвија се вољом страна у спору, и чији је исход коначна и обавезујућа одлука, са ефектима сличним судској пресуди*. Ова дефиниција појма арбитраже указује да је арбитража, попут медијације, *алтернатива државном суђењу*, будући да је арбитар, најчешће *приватно лице*, изабран од страна у спору да исти реши без ангажовања, по дефиницији, скупог државног апарата. У вези с тим, нагласимо да је суђење *јавни процес* и да је судија јавни (државни) службеник, те се и у тој карактеристици одсликава *контраст* у

<sup>1005</sup> Видети: Joseph Lookofsky, Ketilbjørn Hertz, *op. cit.*, 2004, стр. 756.

<sup>1006</sup> Видети: Sarah Rudolph Cole, Kristen M. Blankey, „Arbitration“, у: Michael L. Moffitt, Robert C. Bordone, *The Handbook of Dispute Resolution*, First edition, Jossey-Bass A Wiley Imprint, San Francisco, United States of America, 2005, стр. 318.

<sup>1007</sup> Видети: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 17.

односу на арбитражу, која подразумева избор *приватног лица*, најчешће *стручњака*, ради разматрања одређених питања која су предмет спора и, на тој основи, доношења обавезујуће одлуке којом се спор решава. Иначе, у приватном карактеру арбитраже оцртава се и *поверљивост* овог поступка, што указује на сличност са поступком медијације. Друга заједничка одлика арбитраже и медијације огледа се у томе да се чињенице изнете у оквиру ових поступака не могу користити као *доказ* у редовном поступку. Додајмо и оно што је добро познато да арбитража и медијација *изискују ниже трошкове* (материјални ресурси, време) у односу на парницу. Но, арбитража има и одређених *сличности* са парницом, с обзиром на то да арбитар, *попут судије у редовном поступку*, сноси одговорност за одвијање поступка арбитраже и за доношење одлуке којом се спор окончава. Ипак, на арбитражну одлуку, *за разлику од судске пресуде*, по правилу, не може се уложити жалба, чиме поступак арбитраже постаје *бржи и јефтинији* у односу на судски поступак.<sup>1008</sup>

Следећа карактеристика арбитраже јесте да арбитража „настаје“ *вољом страна у спору*,<sup>1009</sup> у смислу да од странака зависи да ли ће доћи до отпочињања поступка арбитраже, али и какав ће бити ток и начин одвијања поступка. Другим речима, стране у спору могу *слободно* уговорити: место арбитраже; број арбитра; правне норме које ће применити; заступнике; стандарде доказивања; да ли ће арбитар бити правник или стручњак другачије провенијенције; као и друге важне чињенице битне за одвијање поступка арбитраже. Све ово указује<sup>1010</sup> да је арбитража, за разлику од редовног поступка, *флексибилан* поступак решавања спорова. Уколико, пак, странке нису одредиле процесни оквир арбитраже, то ће учинити арбитар (арбитри).<sup>1011</sup>

Нагласимо<sup>1012</sup> да стране могу уговорити арбитражу *унапред (ex ante)*, тј. пре настанка самог спора, или *ex post*, тј. *након* што је спор настао. *Ex ante арбитража* настаје на основу *арбитражне или компромисне клаузуле*, која је саставни део неког основног уговора, рецимо, уговора о купопродаји или уговора о заједничком улагању. *Ex post арбитража или арбитражни*

<sup>1008</sup> О компарацији арбитраже са другим методама решавања спорова (медијацијом и парницом) видети: Sarah Rudolph Cole, Kristen M. Blankey, *op. cit.*, 2005, стр. 319.

<sup>1009</sup> Да поновимо, *добровољност* је одлика и поступка медијације.

<sup>1010</sup> Видети: Sarah Rudolph Cole, Kristen M. Blankey, *op. cit.*, 2005, стр. 318–319.

<sup>1011</sup> Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 20.

<sup>1012</sup> Детаљније о врстама арбитражних споразума, видети: *ibid.*, стр. 45–47.



*компромис*, настаје као последица успешних преговора страна *након* настанка спора. Будући да арбитража настаје на основу уговора (*ex ante* или *ex post*), значи да је она *добровољни* поступак решавања спорова, по чему се и разликује од државне адјудикације. Но, чињеница да суд обезбеђује имплементацију уговорних одредби арбитражног споразума и мимо воље странака, *тима што би одбио да пресуђује у спору за који је већ уговорена надлежност арбитраже*, указује на постојање и *принудних (недобровољних) елемената арбитраже*.<sup>1013</sup>

Коначно, последња, и не мање важна, карактеристика арбитраже подразумева да је *арбитражна одлука коначна и обавезујућа* за стране у поступку. У обавезности и коначности оцртава се *сличност* арбитражне одлуке са судском пресудом, али и *разлика* у односу на одлуке које представљају исходиште неких других алтернативних поступака решавања спорова, рецимо, медијације. Но, као што је већ речено, странке, по правилу, не могу побијати арбитражну одлуку жалећи се некој вишој инстанци. То је основна разлика у односу на судску пресуду на коју се могу улагати правни лекови.<sup>1014</sup>

Поред *арбитраже на бази уговора* (било *ex post* или *ex ante*), у теорији<sup>1015</sup> се истичу и друге форме арбитраже. Тако постоје и тзв. *судски анексирани арбитраже* (енг. *court-annexed, court-ordered arbitration*), у којима стране у спору могу, или чак морају, да партиципирају. Затим, у контексту колективног преговарања између синдиката и послодаваца, постоје тзв. *арбитраже за решавање радних спорова* (енг. *labor arbitration*), које имају својих специфичности с обзиром на природу спора између радника и послодаваца.

У вези са формама арбитраже, у даљем тексту фокус наше пажње биће *уговорна арбитража*, уз спомињање и елаборацију других форми арбитраже само у мери у којој је то нужно и потребно у сврху испитивања *економских ефеката* овог посебног алтернативног метода решавања спорова.

### **3. Ефикасност уговорне арбитраже у односу на друге методе решавања спорова**

Изложене карактеристике арбитраже, генерално узев, послужиле су за увиђање одређених *предности* овог *АДР* метода у односу на друге методе

<sup>1013</sup> Видети: Robert H. Mnookin, *op. cit.*, 1998, у оквиру одељка о арбитражи и суђењу (електронска верзија).

<sup>1014</sup> Видети: Sarah Rudolph Cole, Kristen M. Blankey, *op. cit.*, 2005, стр. 319.

<sup>1015</sup> *Ibid.*, стр. 318.

решавања спорова. У вези с тим, у даљем тексту, *са економског аспекта*, акценат ће бити стављен на предности (уговорне) арбитраже у односу на редован метод решавања спорова (парницу), али и у односу на друге алтернативне методе решавања спорова. Но, пре тога, потребно је укратко изложити *историјски развој арбитраже*, с обзиром на чињеницу да су *разлози ефикасности* одредили настанак и развој овог посебног *АДР* метода.

### 3.1. Историјски развој арбитраже

Историјски гледано,<sup>1016</sup> арбитража је настала ради решавања спорова у *трговачким односима*, будући да редован судски поступак, због превелике формалности и комплексности, није могао да одговори потребама трговаца за брзим и ефикасним решавањем спорова. Поред потребе за брзим решавањем трговачких спорова, и потребе трговаца за *олакшањем пословних односа* одредиле су настанак арбитраже, као алтернативе редовном поступку. Додајмо томе<sup>1017</sup> и *повећане парничне трошкове*, узроковане одлагањем расправа и пренатрпаношћу судова бројним судским предметима, као фактор који је утицао на повећање популарности арбитраже у Америци.<sup>1018</sup> Ови повећани парнични трошкови утицали су на пословне партнере да *уговором* регулишу питање решавања спорова, као и да формирају *организације* који би се старале о спровођењу арбитражног поступка.<sup>1019</sup> При том су *тржишни разлози*, попут очувања дуготрајних пословних односа и репутације у одређеној индустрији, утицали да се странке повинују одлукама арбитра-стручњака. Другим речима, странке су имале снажан подстицај да склопе уговор о арбитражи, као и да прихвате одлуке арбитра. Но, ипак се касније показало да је одређен вид судске интервенције у домену уговорне арбитраже неопходан, будући да су странке, првенствено оне у чију корист није донета арбитражна одлука, одбијале да се

---

<sup>1016</sup> Видети о *историјском развоју арбитраже*, на коме је, иначе, базиран овај пододељак: Sarah Rudolph Cole, Kristen M. Blankey, *op. cit.*, 2005, стр. 320–321.

<sup>1017</sup> Видети: Bruce L. Benson, *op. cit.*, 2000, стр. 167.

<sup>1018</sup> До краја Првог светског рата, арбитража је била доминантан метод решавања трговачких спорова у Америци. Видети: William C. Wooldridge, *op. cit.*, 1970, стр. 101.

<sup>1019</sup> Једна од најпознатијих и најстаријих приватних арбитражних организација у Америци јесте *Америчка арбитражна асоцијација* (скр. ААА), основана 1926. године у Њујорку, са надлежношћу за решавање спорова на територији Америке, али и ван америчког подручја, преко *Међународног центра за решавање спорова*, као њеног организационог дела, који је почео са радом 1996. године. Видети: <http://www.adr.org>

повинују арбитражној одлуци. Доношењем америчког *Федералног закона о арбитражи* (енг. *Federal Arbitration Act*) 1925. године, извршена је институционализација судске интервенције у домену уговорне арбитраже. Конкретније речено, *уговор о арбитражи*, посебно уколико се *учестало* склапао између странака, изједначен је са другим уговорима, чиме је стекао пуни легитимитет. Практично гледано, овај *Закон* је омогућио *принудно извршење арбитражних одлука*, у случају недобровољног пристанка на њихово извршење.

Осим овог федералног америчког *Закона*, у другој деценији 20. века донети су закони и на нивоу појединих америчких држава (Њујорк, Калифорнија, Орегон и друге државе), који су омогућили судовима да обезбеде пуну примену одредаба арбитражних споразума. С тим у вези, истиче се<sup>1020</sup> да *пре* усвајања ових закона, арбитражне клаузуле, као део основног уговора, нису биле обавезујуће за странке и суд најчешће није интервенисао у случају њиховог непоштовања.<sup>1021</sup> Такође, судија је могао слободно да *поништи* арбитражну одлуку у случају да је једна од странака одлучила да се обрати суду.<sup>1022</sup> Усвајање ових закона повећало је број *жалби* на арбитражне одлуке, чиме се судска интервенција у питања која су претходно расправљана у арбитражном поступку *драматично* интензивирала. На овој историјској чињеници гради се теза<sup>1023</sup> да арбитражни споразуми *нису учестало* склапани у Америци пре усвајања ових закона, као и да арбитража *није често* коришћена

---

<sup>1020</sup> Видети: John R. Allison, *The Context, Properties, and Constitutionality of Nonconsensual Arbitration: A Study of Four Systems*, Journal of Dispute Resolution, Vol. 1990, No. 1, 1990, стр. 11.

<sup>1021</sup> Дијаметрално супротна пракса постојала је у *земљама евро-континенталног правног подручја*, у којима није забележена систематска одбојност судија у погледу заштите арбитражних клаузула. Видети: *ibid.*

<sup>1022</sup> Поништење арбитражних одлука често се дешавало у пракси услед *анимозитета* који су судије испољавале према арбитражним одлукама и арбитрама. Но, постојање таквог анимозитета, према *Бенсоновом* мишљењу базираном на историјским подацима, није утицало на то да пословни субјекти не користе арбитражу као метод решавања спорова. Напротив, они су је *обилато* користили, а санкције за непоштовање арбитражних клаузула и арбитражних одлука долазиле су од *неформалног система заштите*, у виду репутације и других механизма. Историјски подаци, као и конкретни судски случајеви, могу се наћи у: Bruce L. Benson, *An Exploration of the Impact of Modern Arbitration Statutes on the Development of Arbitration in the United States*, Journal of Law, Economics, and Organization, Vol. 11, 1995, стр. 497–501. Иначе, о неформалном систему заштите арбитражних одлука и споразума биће речи у наставку текста.

<sup>1023</sup> Примера ради, ову тезу заступа амерички судија *Лукас (Lukas)*, истичући да је тек доношење *федералног Закона о арбитражи* 1925. године узроковало експанзију коришћења арбитраже и то не само у пословној сфери, него и у областима које су под регулацијом државе, као и у споровима око накнаде штете. Када је реч о радним споровима, арбитража, према мишљењу Лукуса, има дугу традицију у Америци. Видети: Malcolm M. Lukas, *The Future of Arbitration*, Arbitration Journal, Vol. 42, Issue 2, June 1987, стр. 55.

као метод решавања трговачких спорова. Овој тези супротставио се Бенсон (*B. Benson*) тврдњом<sup>1024</sup> да пре 1920. године бројне арбитражне одлуке нису биле изложене преиспитивању у жалбеном поступку, те не постоје прецизни *судски записи* о броју арбитражних одлука и поступака, као и да је усвајање ових закона повећало склоност странака ка подношењу жалби на арбитражне одлуке, из чега се не може извући закључак о повећаној тенденцији ка коришћењу арбитраже. Једноставније речено, судска интервенција и контрола арбитражних одлука, која је омогућена овим законима, није повећала број арбитражних поступака у трговачким споровима. Арбитражних поступака у овим споровима било је и *пре* усвајања ових закона, о чему сведоче записи организација за пружање арбитражних услуга, попут њујоршке Привредне коморе (*New York Chamber of Commerce*), као и бројни други записи (новински чланци, пословна писма итд).<sup>1025</sup> Према мишљењу Бенсона,<sup>1026</sup> арбитража је *постепено еволуирала* у Америци упркос бројним препрекама, од којих се поништавање арбитражних одлука од стране судија, услед испољеног *непријатељства* према арбитрама у ситуацијама када се једна од странака обраћала суду, издваја по својој учесталости.

### 3.2. Предности арбитраже у односу на парницу – општи осврт

Уобичајен је став у страној правној теорији<sup>1027</sup> да је арбитража *ефикаснији* метод решавања спорова у поређењу са парницом, будући да изискује *ниже трошкове*, и с обзиром на то да се *брже одвија* (споменуто једностепеност поступка). С тим у вези, у америчкој теорији истиче се<sup>1028</sup> да једностепеност арбитражног поступка свакако доводи до бржег окончања тог поступка, али да се тиме угрожава право странке која је изгубила у арбитражи на уобичајену заштиту њених права путем *жалбе* (као у редовном поступку). Поред једноступености одлучивања, арбитражни поступак одликује и *поједностављена процедура достављања*, као и постављање *временских лимита*

<sup>1024</sup> Видети: Bruce L. Benson, *op. cit.*, 2000, стр. 166.

<sup>1025</sup> Видети: George S. Odiorne, *Arbitration under Early New Jersey Law*, *Arbitration Journal*, Vol. 8, 1953, стр. 117–125.

<sup>1026</sup> Видети: Bruce L. Benson, *op. cit.*, 1995, стр. 481–485.

<sup>1027</sup> Видети: Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 124.

<sup>1028</sup> Видети: Robert H. Mnookin, *op. cit.*, 1998, у оквиру одељка о арбитражи и суђењу (електронска верзија).

у којима се арбитража мора окончати.<sup>1029</sup> У прилог временских лимита за окончање арбитраже може се навести Правилник о Спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Србије (*Правилник СТА*), којим је предвиђено да се поступак арбитраже, по правилу, мора окончати у року од годину дана од конституисања арбитражног већа или именовања арбитра појединца.<sup>1030</sup> Осим тога, по природи ствари, и истакнута *неформалност и флексибилност арбитраже* утиче на брже одвијање овог поступка у односу на редован судски поступак. Затим, арбитар, најчешће *стручњак* у одређеној области, може ефикасније и квалитетније изнети неки *специфичан случај*, рецимо, у софтверској индустрији, у односу на судију који, по дефиницији, поседује опште знање, без специфичног знања и претходног искуства. И сама одлука арбитра, која је због његове стручности базирана на *поузданијим информацијама*, биће у већој мери *предвидива* у односу на судску пресуду. Таква предвидива и поузданија одлука генерише *ниже трансакционе трошкове арбитражног поступка*.<sup>1031</sup> Додајмо овоме оно што је већ истакнуто у уводу<sup>1032</sup> да је арбитразу потребна *мања количина (трансферисаних) информација од странака* да би донео одлуку којом се спор решава. Мања количина информација аутоматски имплицира и *ниже трансакционе трошкове арбитражног поступка* у односу на редован парнични поступак. Коначно, и *одлагање* расправа у оквиру парничног поступка може бити *погубно* за редовно обављање делатности привредних субјеката.<sup>1033</sup> Овај проблем може бити заобиђен избором арбитраже уместо парнице, а што представља још један разлог за фаворизовање арбитраже.

Поред наведених разлога у прилог ефикасности арбитраже, у литератури се истичу и други, не мање значајни, разлози.<sup>1034</sup> Прво, арбитража, генерално гледано, подразумева нижи степен *антагонистичког односа између странака* у односу на парницу. Ова карактеристика чини је погодним методом решавања спорова, посебно између странака које се већ налазе у *дугорочним пословним односима*, а при том *желе да те односе одрже и даље развијају*. Даље,

<sup>1029</sup> Видети: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 21, стр. 116.

<sup>1030</sup> Видети: чл. 44. ст. 1. *Правилника СТА*, „Службени гласник РС“, бр. 52/07.

<sup>1031</sup> Видети: Robert H. Mnookin, *op. cit.*, 1998, у оквиру одељка о арбитражи и суђењу (електронска верзија).

<sup>1032</sup> Видети одељак *Разлози за проучавање арбитраже из угла ЕАП*.

<sup>1033</sup> Видети: Bruce L. Benson, *op. cit.*, 2000, стр. 164.

<sup>1034</sup> *Ibid.*

погодност овог метода произилази из чињенице да странке могу изабрати *правила* (обичаји, пословна пракса) по којима ће спор бити решен од стране арбитра или већа арбитра, чиме се, сагласношћу воља странака, заобилази примена општих правних аката (закона). Затим, као што је већ речено, у приватном карактеру арбитраже оцртава се и *поверљивост* овог поступка, што представља још једну компаративну предност арбитраже у односу на парницу, уколико је странкама битно да спор реше *мимо јавности*.

Не доводећи у питање истакнуте предности арбитраже у односу на парницу, намеће се следеће питање: *да ли је заиста избор арбитраже, као алтернативног метода решавања спорова, независан у односу на избор парнице, као редовног метода решавања спорова?* Ово питање долази до изражаја ако се узме у обзир чињеница да једна страна може увек *одбити* учествовање у арбитражном начину решавања спорова. Ако би се десило, условно речено, да *тужени* одбије арбитражу, долази се до питања у вези с *кредибилношћу претње оне стране која жели да учествује у арбитражи (тужиоца) упућеној туженом*. Та кредибилна претња, по мишљењу неких аутора,<sup>1035</sup> последица је *спремности тужиоца да иде на суђење*. Ако је он спреман да иде на суђење, може свакако подстакнути туженог да прихвати учешће у арбитражи. Из тога произилази постојање *нужне међузависности између арбитраже и парнице*, тј. *следи да парница чини потпору кредибилности тужичеве претње за покретање арбитражног поступка*. Оваквом мишљењу супротставио се амерички теоретичар *Чарни (Charny)*, који је истакао<sup>1036</sup> значај *неформалних санкција*,<sup>1037</sup> које појачавају кредибилност

---

<sup>1035</sup> Видети, на пример, Steven Shavell, *op. cit.*, 1995, стр. 3.

<sup>1036</sup> Чарнијев рад из 1990. године садржи систематску анализу значаја неформалних санкција у уговорним односима. Његова основна теза јесте да се уговорне стране у већој мери рационално ослањају на *неформалне санкције*, као што је репутација или одржање профитабилних пословних односа, а које их подстичу да се придржавају својих уговорних обавеза. Тиме је он истакао значај и улогу неформалних санкција у компарацији са *формалним санкцијама*, које често могу нанети штету уговарачима у пословним односима. Детаљније о томе: David Charny, *Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships*, Harvard Law Review, Vol. 104, No. 2, December 1990, стр. 373–467. У наставку текста, *акцент се ставља на подстицаје које неформалне санкције креирају на понашање уговарача у пословним односима по питању избора арбитра и повиновања његовим одлукама*.

<sup>1037</sup> Неформалне санкције, у основи, представљају *приватни систем подстицаја*, за разлику од формалних санкција које репрезентују *државни (јавни) систем подстицаја*. *Приватни систем подстицаја насупрот државном систему подстицаја* предмет је интересовања многих теоретичара економске провенијенције. Попис литературе која се бави овом темом може се наћи у: Oliver E. Williamson, *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, The American

арбитраже и чине је (савршеним) супститутом парнице. У даљем тексту, елаборираћемо питање *кредибилности арбитраже у односу на парницу*, уз ослањање на *Чарнијеву* идеју о значају неформалних санкција.

### 3.2.1. *Кредибилност арбитраже у односу на парницу и улога неформалних санкција*

*Чарни* заступа тезу<sup>1038</sup> да ће странке у пословним (уговорним) односима радије изабрати *арбитра* (као *ауторитативног неформалног доносиоца одлука*) и алтернативан начин решавања спора него судију и редован начин решавања спора, као и да ће *неформалне санкције*, попут: репутације, одржања профитабилних пословних односа, притиска савести и томе слично, утицати на њих да прихвате арбитражу и да се повинују одлукама арбитра. Затим, овај амерички аутор износи ставове у прилог избора арбитраже у пословним односима.<sup>1039</sup> Први и добропознати разлог односи се на *стручност арбитра* и на ефикаснији начин *прибављања информација* у арбитражном поступку. Присуство квалификованог арбитра у уговорним односима олакшава закључење уговора и уговарање таквих одредби које, иначе, не би биле предвиђене. Овај аутор наводи пример *продаваца дијаманта*,<sup>1040</sup> који не могу испоручити дијамант специфичног квалитета без верификације квалитета од стране трећег лица (арбитра), у ситуацији када је настао спор око тог питања. Да нема арбитра у овој ситуацији, уговарање и извршење оваквих уговорних одредби било би доведено у питање. Када је реч о прибављању информација, *Чарни* истиче<sup>1041</sup> да је оно свакако мање ефикасно у редовном судском поступку него у арбитражном поступку, узимајући нарочито у обзир чињеницу да арбитар може боље познавати *обичајна правила трговине*. Њихово боље познавање од стране арбитра олакшава трансмисију (пренос) информација о релевантним правним

---

Economic Review, Vol. 73, No. 4, September 1983, стр. 520. Иначе, у овом раду, *Вилијамсон* истиче позитивну улогу *приватних (тржишних) средстава обезбеђења уговорних обавеза*, које пружају ефикасне подстицаје за кредибилно извршење истих, на супрот подстицајима који настају у случају да *држава (суд)* пружа обезбеђење извршења уговорних обавеза. Видети на исту тему, такође, Benjamin Klein, Keith B. Leffler, *The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance*, Journal of Political Economy, Vol. 89, No. 4, August 1981, стр. 615–641.

<sup>1038</sup> Видети: David Charny, *op. cit.*, 1990, стр. 409.

<sup>1039</sup> Видети о разлозима ефикасности арбитраже у односу на парницу: *ibid.*, стр. 409–410.

<sup>1040</sup> *Ibid.*, стр. 409, фуснота бр. 120.

<sup>1041</sup> *Ibid.*

нормама, за разлику од судског поступка у коме би странке морале да поднесу значајне *трошкове преноса информација судији* о тим правним питањима. Друго,<sup>1042</sup> арбитража омогућава уштеду значајних ресурса утрошених у парници попут: хонорара адвоката, трошкова прибављања и презентовања доказа, утрошеног времена и других. Томе овај аутор додаје<sup>1043</sup> и већу *предвидивост* арбитражне одлуке у односу на судску одлуку, чиме се повећава вероватноћа склапања поравнања и значајно штеде парнични трошкови.

Ови разлози који, у смислу ефикасности, фаворизују арбитражу у односу на парницу добро су познати у страном и домаћој литератури. Но, ефикасност арбитраже зависи и од *примене арбитражне одлуке*. Примена арбитражне одлуке може бити загарантована *формалним санкцијама*, тј. извршењем судским путем, ако су странке у уговору тако предвиделе. Поред формалних санкција, *и неформалне санкције могу повећати ефикасност извршења арбитражне одлуке и, самим тим, ефикасност арбитраже*.<sup>1044</sup> Једна од тих неформалних санкција, која утиче на то да се странке повинују донетој арбитражној одлуци, јесте *репутација у пословним односима*. Наиме, страх од губитка репутације,<sup>1045</sup> уколико се добровољно не поступи према арбитражној одлуци, наводи странке да се повинују донетој одлуци, чиме се повећава ефикасност овог *АДР* метода решавања спорова. Даље, присуство неформалних санкција (рецимо, репутације) *снижава трансакционе трошкове сачињавања уговора*. Другим речима, уговор не мора садржати *све уговорне одредбе* које би иначе обухватио да нема неформалних санкција. Он је у сваком случају применљив, те се не морају у њему нужно спецификовати све уговорне одредбе. Затим, арбитражни поступак са неформалним санкцијама генерише *ниже административне трошкове* у односу на судски поступак са формалним санкцијама. Пре свега, као што је познато, избором арбитраже уместо парнице штеде се значајни ресурси у вези с ангажовањем судског апарата.<sup>1046</sup> Сем тога,

---

<sup>1042</sup> *Ibid.*, стр. 410.

<sup>1043</sup> *Ibid.*

<sup>1044</sup> Управо је ово питање апострофирао *Чарни*. Видети о разлозима ефикасности арбитражног поступка (са неформалним санкцијама) у односу на парнични судски поступак (са формалним санкцијама): *ibid.*, стр. 410–412.

<sup>1045</sup> Губитак репутације за последицу може имати *искључење* са одређеног тржишта и, последично, губитак профита.

<sup>1046</sup> У принципу, ресурси се штеде и у случају избора арбитраже и судског извршења арбитражне одлуке уместо класичне судске процедуре решења спора и извршења судске одлуке.



извршење арбитражне одлуке путем неформалних санкција, као што је губитак репутације, одвија се *брже и јефтиније* него извршење судске одлуке или арбитражне одлуке судским путем. Но, чињеница је да оштећена странка бива лишена *компензације* у оваквом неформалном систему,<sup>1047</sup> али се овај проблем ублажава из неколико разлога. Прво, страх од губитка репутације ефикасно утиче на странке да се *pro futuro* повинују арбитражној одлуци којом је наложена компензација, услед чега се може претпоставити да ће прекршилац *ретко* одбити плаћање компензације и довести до тога да друга страна остане необештећена. Другим речима, неформални систем санкција обезбеђује ефикасну превенцију потенцијалног неизвршења арбитражне одлуке. Друго, будући да је губитак компензације везан за појединачну уговорну трансакцију, странке су, гледано из угла њиховог целокупног посла (бизниса), *индиферентне према ризику губитка компензације* услед неповиновања одлуци арбитра.

Најзад, судски систем са формалним санкцијама може креирати неефикасне подстицаје по питању извршења судске или арбитражне одлуке, будући да прекршилац уговора може *сакрити имовину* из које би била наплаћена компензација оштећеним странкама. Друга могућност јесте да прекршилац уговора (починилац штете) *нема довољно имовине* за наплату штете.<sup>1048</sup> Све то генерише *неефикасност* овог формалног система, која, на добро организованом тржишту, може бити надомештена подстицајима које пружају неформалне санкције. Једноставно речено, могућност искључења са тржишта, услед губитка репутације, креира ефикасне подстицаје да се странке повинују одлуци арбитра. Тиме се, генерално гледано, значајно повећава ефикасност извршења арбитражних одлука.

---

<sup>1047</sup> Губитком репутације не надокнађује се штета оштећеној странци, тј. она остаје без адекватне компензације. Рецимо, ако би произвођач ствари са недостатком изгубио репутацију, тиме оштећени купци не би били компензовани за претрпљену штету. Но, антиципирајући губитак компензације за претрпљену штету, под условом ниских трансакционих трошкова сачињавања и примене уговора, рационални купци могли би унапред да захтевају *нижу цену производа*, чиме би *de facto* били компензовани. Следи да овај неформални систем санкција не помера *ризик* од оштећених странака ка прекршиоцима уговора, већ само снижава информационе трошкове (трансакционе трошкове) и доводи до оптималног понашања *ex post*. Наравно, *ex post* компензација може бити извршена и путем институције *осигурања*, која је доступна купцима. Видети, на пример, А. М. Polinsky, *Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies*, *Journal of Legal Studies*, Vol. 12, 1893, стр. 427–444.

<sup>1048</sup> Детаљније о проблему утврђивања накнаде штете која је *већа* од имовине починиоца штете и начинима за ублажавање тог проблема: Steven Shavell, *The Judgment-Proof Problem*, *International Review of Law and Economics*, Vol. 6, 1986, стр. 45–58.

Све ово говори у прилог ефикасности арбитраже са неформалним санкцијама заштите, чиме се њена кредибилност подиже на висок ниво и због чега се може сматрати савршеним супститутом парнице. У пракси се ова кредибилност арбитраже са неформалним санкцијама потврђује у малим, специфичним групама, које су професионално, или на етичкој основи, повезане, попут *јеврејских трговаца дијамантима*. Наиме, ова специфична група трговаца често користи арбитражу, између осталог, као би њихове пословне тајне остале неоткривене, чиме они, у основи, исказују аверзију према парници и парничењу. Поред арбитра, у кога имају поверења, и *репутација* игра огромну улогу по питању ефикасности донетих одлука.<sup>1049</sup>

### 3.2.2. *Кредибилност арбитраже у односу на парницу и улога кооперације*

У претходном одељку објашњена је улога неформалних санкција које креирају (ефикасне) подстицаје да странке изаберу неформалног доносиоца одлуке (арбитра) и да се повинују његовим одлукама. При том је *губитак репутације уговарача* издвојен као репрезентативан пример *негативне претње* која подстиче уговараче на описано понашање. Но, поред негативних претњи, уговарачи могу да изаберу арбитра и да се придржавају његових одлука и услед разних *позитивних подстицаја*. Да би објаснили улогу позитивних подстицаја којима су странке изложене, и због којих, између осталог, бирају арбитражу, у анализу укључујемо *теорију кооперације*, која је систематски разрађена у познатом раду *Роберта Акселрода (Robert Axelrod)*, под називом *Еволуција кооперације* (енг. *The Evolution of Cooperation*).<sup>1050</sup>

Полазна *Акселродова* теза јесте да се појединци у свом понашању руководе претежно *сопственим интересом*, без интервенције или помоћи било ког централног ауторитета у правцу подстицања на узајамну *сарадњу (кооперацију)*. При том, појединачни интерес може подразумевати не само бригу о свом, *већ и о туђем благостању*, при чему то не значи да не постоји

---

<sup>1049</sup> Детаљније о томе: L. Bernstein, *The Choice Between Public and Private Law: The Diamond Industry's Preference for Extra-Legal Contracts and a Private Law System of Dispute Resolution*, Harvard Law School Program in Law and Economics, Discussion Paper No. 72, 1990, публикувано као: L. Bernstein, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, Journal of Legal Studies, Vol. 21, No. 1, January 1992, стр. 115–158.

<sup>1050</sup> Видети: Robert Axelrod, *op. cit.*, 1984.

простор за конфликт или сукоб. Акселрод наводи пример<sup>1051</sup> сестре која има интерес да брине о брату и његовом благостању, али то не значи да сестринска брига *a priori* искључује могућност настанка конфликта између њих. Но, проблем настаје када појединци, руковођени сопственим интересом, узајамном интеракцијом постижу резултат који је *гори* него да су обострано сарађивали. Овај проблем је исказан добропознатом *Затворениковом дилемом*,<sup>1052</sup> када људска рационалност води ка, појединачно гледано, лошијем резултату у односу на резултат који је објективно могућ да је дошло до сарадње. Једноставније речено, сарадња између играча генерисала би појединачно веће исплате у односу на несарадњу, која реално доводи до појединачно нижих исплата. При том је обострана несарадња последица тога што појединци одлучују о ономе шта је у њиховом (појединачном) интересу најбоље. Иначе, *некооперација*, као исход људске рационалности, извесна је, ако је реч о игри са *ограниченим бројем интеракција*. Један играч увек ће антиципирати да у *задњем потезу* други играч неће сарађивати и, ако би се то заиста и десило, не би постојала могућност да у наредном потезу, будући да је то у његовом интересу, и он (први играч) учини исто. Следи да ограничен број интеракција креира подстицаје да појединци *не сарађују*, тј. да се ослањају само на појединачни интерес. Но, ако би променили ово полазиште и пошли од реалније претпоставке да постоји *неограничен број интеракција*, исход би се променио у корену.<sup>1053</sup> Наиме, ако појединци не знају када ће уследити последња интеракција, бивају подстакнути на *кооперацију*. Неограничен број интеракција ствара подстицаје ка сарадњи, с обзиром на то да увек постоји могућност да један играч поступи као други у наредном потезу. Рецимо, ако *играч 2* вара, *играч 1* може у наредном потезу учинити исто (*вратити мило за драго*). Сходно томе, за појединца је најбоље да *сарађује*, уколико ће та сарадња убудуће, у *поновљеним интеракцијама*, бити награђена кооперативним понашањем другог појединца. У противном, ако очекује да будуће понашање другог појединца

---

<sup>1051</sup> Видети: *ibid.*, стр. 7.

<sup>1052</sup> Видети одељак *Теорија игара и преговарање – уводна разматрања*.

<sup>1053</sup> Претпоставка је да се интеракције између два играча, или једног и више њих, одвијају *истовремено*. Такође, играчи *памте* претходне потезе и према њима подешавају своје стратегије.

неће бити подложно утицају његовог (претходног) кооперативног понашања, боље је да *не сарађује*. Другим речима, први играч требало би да *први потез* заснива на сарадњи, а у случају да у наставку игре други играч не сарађује, најбоље је да примени стратегију *мило за драго* (енг. *tit-for-tat*).

Без улажења у детаљнију анализу проблема кооперације, упркос многим значајним аспектима тог проблема,<sup>1054</sup> намеће се питање: *у чему се огледају позитивни подстицаји да странке у поновљеним интеракцијама прихвате арбитра и повинују се његовим одлукама?* Наиме, ако би применили гореописану логику понашања, следи да би уговарачи могли да се *не повинују арбитражној одлуци* или *да се повинују истој*. У првом случају, уговарачи би ризиковали да *изгубе пословног партнера* у дуготрајним пословним односима. У другом случају, један од потенцијалних дугорочних добитака огледа се у *реципрочном обавезивању* уговорних партнера да прихвате арбитражу, *као јефттинији метод решења спора у односу на парницу*, као и да се повинују другим одлукама арбитра у било ком будућем спору. Очито је да је такво понашање у интересу *оба уговарача* у дуготрајним пословним односима. Према томе, поштовање одлука арбитра базирано на *реципроцитету*, ствара снажне подстицаје у погледу будућег понашања странака ка сарадњи и кооперацији. Следи да било који вид државне интервенције у приватноправне односе странака није *неопходно* потребан, као што се уобичајено сматра.

Да закључимо. Већ истакнута *негативна претња неформалним санкцијама*, попут *губитка репутације*, као и *присуство (позитивних) подстицаја ка сарадњи између странака*, у смислу прихватања, често и неповољних, одлука арбитра у дуготрајним пословним односима, стварају

---

<sup>1054</sup> Нагласимо да Бенсон заступа тезу о *спонтаној еволуцији модерног трговинског права*, тј. тезу да трговина представља процес који укључује интеракције и реципроцитет између тржишних актера, при чему је тај процес олакшан системом трговинског права, али се истовремено еволутивно развија ка том систему. Овде је реч о имплементацији *Хајекове идеје о спонтаном поретку*, у смислу да су обичаји и уговорна пракса еволутивним путем досегли до система модерног трговинског права. У том систему, *арбитража*, као приватна установа, има посебну улогу, узимајући нарочито у обзир чињеницу да арбитражне одлуке представљају део обичајног права. При том, тржишни актери имају јаке *приватне подстицаје* у правцу придржавања донетих арбитражних одлука и арбитражних споразума, те је улога државе у заштити истих непотребна. Детаљније о томе: Bruce L. Benson, *The Spontaneous Evolution of Commercial Law*, Southern Economic Journal, Vol. 55, Issue 3, January 1989, стр. 644–661.

*приватни систем подстицаја*, који ефикасно замењује државни (јавни) систем подстицаја базиран на претњи формалним санкцијама.<sup>1055</sup>

### 3.2.3. Кредибилност арбитраже у односу на парницу и улога адвоката

У литератури<sup>1056</sup> која се бави проучавањем арбитраже и посебно питањем специфичног односа овог *АДР* метода и парнице, као редовног метода, одавно је примећено да присуство *адвоката* даје специфичну тежину овом проблему. У вези с тим, поставља се питање: *каква је улога адвоката у арбитражном поступку, и да ли је њихово присуство у позитивној или негативној корелацији са укупним друштвеним трошковима парничног поступка?*

Пре свега, да би разумели улогу адвоката у арбитражном поступку, посматраћемо два периода у Америци, период *након* доношења закона у појединим државама који је омогућио судску контролу арбитражних одлука (*период након 1920. године*), и период *пре* тога, када су адвокати *ретко* ангажовани у арбитражном поступку. С тим у вези, у литератури<sup>1057</sup> је истакнуто да су *адвокатске коморе у Америци* (енг. *Bar Associations*), у ствари, одиграле пресудну улогу по питању усвајања ових закона. Наиме, амерички адвокати су препознали *арбитражу* као све већу претњу њиховом послу, те су приступили (веома успешном) *лобирању* у правцу усвајања закона који би регулисали ову правну установу у њиховом интересу. Другим речима, адвокати су настојали да законске норме по питању арбитражног поступка буду такве да њихова улога у том, али и парничном поступку, не буде угрожена. У том смислу, законско омогућавање судске контроле арбитражних одлука може се тумачити као напор адвоката да обезбеде свој *интерес за профитом*. Као потврда ове тезе, у литератури<sup>1058</sup> давно је истакнута *тенденција повећања броја адвоката у арбитражном поступку*. Наиме, будући да је примарни интерес адвоката усмерен на клијента, а не на арбитражу као установу, постоји

<sup>1055</sup> Видети: Bruce L. Benson, *op. cit.*, 2000, стр. 165.

<sup>1056</sup> *Ibid.*, стр. 168–170, где је наведен списак литературе на ову тему. Неке од тих радова користићемо у даљој елаборацији специфичног односа арбитраже и парнице и *улоге адвоката* с тим у вези.

<sup>1057</sup> Видети: Bruce L. Benson, *op. cit.*, 1995.

<sup>1058</sup> Видети: Bernard F. Ashe, *Arbitration Finality: Myth or Reality?*, *Arbitration Journal*, Vol. 38, Issue 4, 1983, стр. 42–51.

тенденција да адвокати, који су изгубили у арбитражном поступку, *избегну* извршење арбитражне одлуке.<sup>1059</sup> Једини начин да то учине јесте улагање жалбе на арбитражну одлуку, чиме се пролонгира *окончање овог поступка*. Из тог разлога се истиче<sup>1060</sup> да прихватање карактеристика парничног поступка у арбитражном поступку доводи до умањења свих базичних користи по којима је овај *АДР* метод постао препознатљив. Конкретније речено, не само да се доводи у питање *економичност арбитражног поступка* (увећани трошкови, изгубљено време), већ се ствара такав систем у коме ће арбитража бити само једна од *фаза* дугог и скупог парничног поступка. Овај аутор је, у суштини, приметио да постоји *принципал–агент проблем* у односу адвоката и клијента, а који за последицу има повећање броја адвоката у арбитражном поступку. Једноставније речено, странка, *која без ангажованог адвоката*, претрпи неуспех у арбитражном поступку, показује *веће поверење у арбитражу као установу* у односу на *адвоката* те исте странке који је подстакнут претежно интересом за профитом. Тај интерес њега наводи да, у случају да изгуби у арбитражном поступку, настави са одуговлачењем истог, а што му је омогућено законским нормирањем у том правцу.<sup>1061</sup> Према томе, судска контрола арбитражних одлука, иако на први поглед делује да је у интересу странака, омогућава адвокатима да остваре свој интерес, што и није проблематично са аспекта максимизације њихове појединачне користи, али је дискутабилно са друштвеног аспекта. Наиме, из друштвеног угла посматрано, оваквим нормирањем подрива се арбитража као засебна установа и посебан поступак, и прети да постане (из угла судија гледано) само једна од *фаза* парничног поступка.

Даље, добро је познато да одредбе уговора морају бити сачињене са таквом *прецизношћу* и *јасноћом* како би биле применљиве од стране судова. И за странке је интересу да уговор буде сачињен на такав начин, будући да се тиме подиже ниво поверења између њих, јасно се зна начин извршења уговорних обавеза, када је наступила повреда истих, и друго. Но, и по питању сачињавања уговора и јасноће уговорних одредби, постоји разлика између неформалног (приватног) и формалног (државног) система.<sup>1062</sup> Наиме, није исто када *суд*

---

<sup>1059</sup> *Ibid.*, стр. 42.

<sup>1060</sup> *Ibid.*

<sup>1061</sup> Као што је речено, овакво нормирање последица је активности *адвокатских лоби група*.

<sup>1062</sup> Видети: David Charny, *op. cit.*, 1990, стр. 403–405.

обезбеђује примену уговорних одредаба и када то чини неки неформални доносилац одлука, попут *арбитра*. По овом питању постоји значајна дистинкција која се испољава у томе да је *стручном арбитра* потребно *мање информација* како би протумачио уговорне одредбе, независно од њихове јасноће и прецизности. За суд се не може изрећи таква тврдња, с обзиром на то да странке морају поднети значајне трошкове *едукације судије*, тј. преноса информација судији о питањима значајним за решење спора у вези с извршењем уговорних обавеза. Све ово утиче на то да уговор мора бити јасно спецификован и формализован, како би судија могао да обезбеди његову ефикасну примену у случају спора. Но, тиме се значајно *повећавају трансакциони трошкови сачињавања уговора и расте потреба странака да ангажују (стручног) адвоката*. Према томе, државна интервенција ради обезбеђења извршења уговорних обавеза има за последицу већу формализацију уговора, која даље доводи до *значајнијег ангажовања адвоката у арбитражном поступку*. И у литератури,<sup>1063</sup> која се детаљније бави проучавањем *арбитраже у споровима између трговаца дијамантима*, истакнут је пораст адвоката у арбитражном поступку.

Све у свему, државна интервенција у виду формалних санкција за непоштовање уговорних одредби, самим тим, и одредби арбитражног споразума, за последицу може имати *дисторзију подстицаја за повиновање донетој арбитражној одлуци*. Да нема те државне интервенције, уговорне стране биле би више подстакнуте у правцу поштовања донете арбитражне одлуке, као и у правцу јачања, на бази узајамног поверења, својих пословних односа. Приватни систем са неформалним санкцијама, с друге стране, оснажује подстицаје за извршавање уговорних обавеза и развитак поверења између пословних партнера у дуготрајним пословним односима. Зато подржавамо *Бенсонов став (B. Benson)*<sup>1064</sup> да државна интервенција, иако може донети одређене користи *неким* странкама које су суочене са неизвесношћу у обостраном извршењу уговорних обавеза и којима неформалне санкције не пружају довољну заштиту, у *коначном исходу може бити некорисна*, с обзиром

<sup>1063</sup> Видети: Lisa Bernstein, *op. cit.*, 1992, стр. 156.

<sup>1064</sup> Видети: Bruce L. Benson, *op. cit.*, 2000, стр. 170.

на то да може нанети штету *осталим странкама* којима приватни систем са неформалним санкцијама пружа кредибилитет у извршењу уговорних обавеза.

### 3.3. *Ex ante* или *ex post* арбитража?

У свом познатом раду из 1995. године,<sup>1065</sup> Шавел је систематично обрадио питање подстицаја које пружају *ex ante* и *ex post* АДР методи решавања спорова. Та анализа, и закључци који из ње следе, првенствено се односе на *арбитражу*, као посебан АДР метод.<sup>1066</sup> У вези с тим, речено је<sup>1067</sup> да Шавел преферира *ex ante* споразуме о арбитражи, будући да генеришу ниже трошкове у односу на *ex post* споразуме о арбитражи и, сходно томе, предлаже усвајање и промовисање политике која би подстицала закључење *ex ante* споразума. Но, будући да многи спорови настају на бази постојећег уговора у пословним односима, поставља се питање у вези с накнадним (*ex post*) закључењем споразума о арбитражи. Тачније речено, *да ли закључење ex post споразума о арбитражи има оправдање са становишта минимизације трошкова решавања спорова?* Упркос истицању *ex ante* споразума о арбитражи, Шавел, ипак, сматра<sup>1068</sup> да и *ex post* споразуми о арбитражи могу бити корисни, будући да смањују трошкове решавања спорова. Додајмо томе и остале предности које пружа арбитража, а које су наведене у овом раду, попут: нижег степена непријатељства између странака; смањења или елиминације могућности настанка судијске грешке; коришћења алтернативних правила (рецимо, обичаја); вишег нивоа стручности арбитра, итд. Све ове предности арбитраже утичу на то да и *ex post* споразуми о арбитражи буду прихватљиви, чак и када њихову примену и извршење обезбеђује суд са формалним санкцијама заштите. Но, с тим у вези, истиче се<sup>1069</sup> да и *ex post* споразуми о арбитражи не морају *необходно* бити заштићени државним (судским) путем. Наиме, забележена је растућа тенденција настанка *приватних судова*, који функционишу на

<sup>1065</sup> Видети: Steven Shavell, *op cit.*, 1995.

<sup>1066</sup> Као што је речено, Шавелова *економска анализа АДР метода*, по природи ствари, обухвата и *медијацију*, због чега је тој анализи посвећена пажња у целој глави у делу који се односи на *економску анализу медијације*.

<sup>1067</sup> Видети трећу главу у трећем делу рада, под називом *Шавелов економски модел алтернативног решавања спорова*.

<sup>1068</sup> Видети: Steven Shavell, *op cit.*, 1995, стр. 9.

<sup>1069</sup> Видети, примера ради, Richard Phalon, *Privatizing Justice*, Forbes, 1992, стр. 126–127.



профитабилној основи, и који, поред осталих спорова (рецимо, спорова супружника око развода), решавају и спорове у *пословним односима*. Присуство приватних судова указује на то да странке имају могућност да након настанка спора закључе споразум којим би ангажовали арбитра да исти реши, и да пуну заштиту том споразуму, као и извршењу арбитражне одлуке, *гарантује институција која није државног карактера*. Осим приватних судова, наглашавамо да се и у оквиру одређених трговачких организација, рецимо, организације трговаца дијамантима,<sup>1070</sup> захтева закључење *ex post* споразума о арбитражи, у случају настанка спора између чланова организације и лица која нису чланови организације. Другим речима, да би арбитражи у оквиру ових организација приступили решавању спора, који је накнадно настао на бази постојећег уговорног односа, неопходно је закључење *ex post* споразума о арбитражи, чиме се заобилази решавање спора судским путем.

Све ово говори у прилог чињеници да арбитража може бити атрактивна *и пре и после* настанка спора у пословним односима. Сем тога, претходна анализа сугерише да је *приватни систем подстицаја*, базиран на неформалним санкцијама и реципроцитету у поштовању одлука неформалног доносиоца одлуке (арбитра), довољан да странке приступе оваквом виду решавања спорова. У оваквом систему нема места, нити потребе, за државном интервенцијом у приватноправне односе странака. Странке су саме подстакнуте да бирају арбитра, будући да је такав избор у њиховом заједничком интересу.

Као доказ<sup>1071</sup> претходне тврдње могу послужити *уговори у међународним трговачким односима*, који често садрже одредбе које предвиђају искључење редовног начина решавања спора и поверавање истог арбитра или већу арбитра. У међународним трговачким односима, данас је *арбитража* доминантан метод решавања спорова. С тим у вези, *међународна трговачка арбитража* је стекла пуни кредибилитет и еволуирала у самосталну институцију, претежно захваљујући *странкама и њиховим потребама*. Наиме, потребе пословних партнера за једним флексибилним, јефтиним и брзим начином решавања спора, определиле су настанак, развој и доминацију арбитраже у међународним пословним односима. Можемо слободно рећи да је

<sup>1070</sup> Видети: Lisa Bernstein, *op. cit.*, 1992, стр. 115–157.

<sup>1071</sup> Видети: Tibor Várady, *The Standing of Arbitration within the Legal System, Law & Reality: Essays on National and International Procedural Law*, 351–352, Mathilde Sumampouw et al. eds., 1995, у: Tibor Várady, John J. Barceló III, Arthur T. von Mehren, *op. cit.*, 2003, стр. 41–42.

*тржиште* детерминисало еволутивни развитак и супремацију арбитраже у односу на парницу.

#### 3.4. Државна интервенција у заштити арбитражних споразума – за и против

Претходна елаборација указује да су приватни систем подстицаја и реципроцитет у поштовању арбитражних одлука фактори који утичу да странке изаберу арбитра и повинују се његовим одлукама. Једноставно речено, гледано из угла странака, у њиховом је интересу да оптирају за овај вид алтернативног решавања спорова, узимајући у обзир *све* наведене предности арбитраже, а нарочито *уштеду трошкова* које пружа арбитража. Но, поставља се питање: *каква је улога државе у вези с применом арбитражних споразума и извршењем арбитражних одлука, и да ли се ова државна интервенција заиста може у потпуности искључити?*

С тим у вези, истичемо једно становиште,<sup>1072</sup> по коме странке могу *слободно бирати* механизме којима ће обезбедити примену закључених споразума, али је неопходан и *одређени вид* државне (судске) интервенције у ове приватноправне односе. Наиме, по овом становишту, суд може *олакшати* странкама коришћење ових механизма, тако што би се старао о примени *арбитражних клаузула*, уколико би биле предвиђене у основном уговору. Овим ставом се, у основи, *оправдава* државна (судска) интервенција по питању примене арбитражних споразума и одбија гледиште да је приватни систем подстицаја довољан за ефикасну примену истих.

Слично гледиште заступа и *Шавел*,<sup>1073</sup> када истиче да би *ex ante* споразуме о арбитражи требало да примењује држава (суд), будући да ови споразуми *повећавају благостање странака*. У ствари, *Шавел* се залаже, на основу економске аргументације, за законско нормирање *ex ante* споразума о арбитражи, у правцу њихове заштите од стране *судова*. При том, као што је већ у раду истакнуто, *Шавел* се супротставља било ком виду државног

<sup>1072</sup> Видети: Paul H. Rubin, *Growing a Legal System in the Post-Communist Economies*, Cornell International Law Journal, Vol. 27, 1994, стр. 4.

<sup>1073</sup> Видети: Steven Shavell, *op cit.*, 1995, стр. 3.

субвенционисања, или другог вида државне помоћи странкама, по питању примене *ex ante* споразума о арбитражи.

Ни ово средње становиште по питању улоге државе (судова) у заштити арбитражних споразума није поштеђено критике. Наиме, овом гледишту замера се<sup>1074</sup> запостављање чињенице да су приватни систем подстицаја и реципроцитет у уговорним односима често *довољни* да осигурају ефикасну примену арбитражних споразума и извршење арбитражних одлука. Уколико би, у том случају, државна интервенција у ове приватноправне односе дошла до изражаја, постојала би могућност *повећања трансакционих трошкова*. На крају се може испоставити да је државна интервенција била *непотребна*, са аспекта минимизације трансакционих трошкова. Тако *Чарни* наводи<sup>1075</sup> аргументе који поткрепљују претходно изложену тезу. Наиме, уколико су странке изабрале *неформалне санкције* како би обезбедиле ефикасно извршење уговорних обавеза, истовремена примена формалних санкција за последицу може имати *наметање парничних трошкова странкама*, као и *излагање ризику погрешне процене значења ових обавеза од стране судије*. Затим, примена формалних санкција може имати негативне реперкусије на понашање странака у будућности, у смислу да странке могу бити подстакнуте да *избегавају примену неформалних санкција*, јер ће у сваком случају формалне санкције бити примењене. С тим у вези, једна од могућих негативних последица јесте и превенција *изнад* оптимума, која генерише *губитак благостања*. Другим речима, уколико би једна странка, која не испуни неку уговорну обавезу, морала да плати *и* накнаду штете (формална санкција), *и* казну у виду (потенцијалне) неформалне санкције, попут:<sup>1076</sup> *нарушавања пословног угледа (репутације), губитка залогe, или претрпљене психичке штете (губитак самопоштовања, осећај кривице и сл.)*, то би довело до *смањења њеног благостања*. Такође, ако би се формална санкција применила *ретроактивно* на уговараче који су *већ* предвидели примену неформалне санкције (рецимо, залогe), губитак благостања био би очигледан.

Даље, *Чарни* поставља питање у вези с понашањем странака уколико би биле изложене оваквом *систему двоструког кажњавања – и формалном и*

<sup>1074</sup> Видети: Bruce L. Benson, *op. cit.*, 2000, стр. 169.

<sup>1075</sup> Видети: David Charny, *op. cit.*, 1990, стр. 426–429.

<sup>1076</sup> Ово су *три* уобичајене неформалне санкције које користе уговарачи у пословним односима и које представљају *губитак нечег вредног што припада странци која је начинила повреду* (енг. *bond*). Видети: David Charny, *op. cit.*, 1990, стр. 392–397.

*неформалном санкцијом* и, при том, износи одређену аргументацију.<sup>1077</sup> Пре свега, уколико би странке, као рационалне индивидуе, антиципирале двоструку казну, постојала би могућност да *оне не би извршиле своје уговорне обавезе*. Другим речима, суочене с толиким трошковима неиспуњавања обавеза, можда *уопште* не би испуниле (своје) уговорне обавезе, што би за последицу имало  *ремећење уобичајеног тока размене информација*. Овим се потврђује полазна теза да државна интервенција, у виду формалних санкција, може довести до  *повећања трансакционих трошкова*, без пратеће користи. Овај аутор додаје<sup>1078</sup> и да државна интервенција за последицу може имати, између осталог, и  *дисторзију подстицаја за развитак поверења између странака*. Наиме, с једне стране, услед примене формалних санкција, странка  *губи подстицај да прикупља информације о репутацији друге странке*, док, с друге стране,  *губи прилику да демонстрира своје поверење*, с обзиром на то да ће позитивни ефекти уредног извршавања обавеза бити приписани примени формалних санкција.

Све у свему, претходно изложена становишта која подржавају и оправдавају државну интервенцију ради олакшања извршења уговорних обавеза, између осталог и обавеза из уговора о арбитражи,  *често занемарују трошкове те интервенције*. Трошкови државне интервенције, као што је наведено, огледају се у ремећењу размене информација, или ремећењу развитка поверења између уговарача, те (потенцијални) добитак, због кога је интервенција и уведена, бива доведен у питање. На овом месту,  *принципијелно подржавамо становишта која дају предност (приватном) систему неформалних санкција и реципроцитету у извршењу уговорних обавеза*. У ситуацијама када овај приватни систем пружа кредибилитет уредном извршењу уговорних обавеза, било који вид државне интервенције само може повећати трансакционе трошкове и довести у питање реализацију саме трансакције.

#### **4. Арбитражна одлука као јавно добро**

Познато је да судска пресуда генерише одређене  *позитивне екстерналије*, посебно у систему прецедентног права. Те позитивне

---

<sup>1077</sup> *Ibid.*, стр. 427–428.

<sup>1078</sup> *Ibid.*, стр. 428.

екстерналије првенствено се огледају у томе да судска пресуда у једном случају може послужити као *поуздана основа* за доношење пресуде у истим или сличним случајевима. Такође, од једне судске пресуде немају користи само странке које су непосредно инволвиране у спорни случај, већ и *друге странке*. Управо на *позитивним екстерним ефектима судских пресуда*, неки аутори<sup>1079</sup> заснивају став о *преимућству* парничног поступка над *АДР* поступцима, нарочито над арбитражним поступком. С друге стране, *поверљивост* арбитражног поступка представља препреку за „производњу“ позитивних екстерних ефеката. Другим речима, донета арбитражна одлука тиче се *само* странака, али *не* и лица ван конкретног спорног случаја изнетог на решавање пред арбитра(е). Чак и уколико би арбитражни поступак „производио“ позитивне екстерналије, њихова количина била би *испод оптимума* који обезбеђује парнични поступак, тј. донете судске пресуде. Све у свему, арбитражном начину решавања спорова приговара се<sup>1080</sup> да не обезбеђује у довољној мери *екстерне користи*, а које су гарантоване парничним поступком.

Ставу да поверљивост арбитражног поступка спречава стварање позитивних екстерних ефеката (користи), супротставља се *Бенсон*. „Странке у спору ће сигурно узети у обзир резултате арбитражног поступка [арбитражну одлуку] у будућим пословима под сличним околностима,[...], и вероватно морати да их објасне [резултате] пословним партнерима.“<sup>1081</sup> Затим, овај аутор заступа тезу<sup>1082</sup> да трговинске асоцијације и организације настају ради *интернализованња* екстерних користи генерисаних арбитражним одлукама. Као пример<sup>1083</sup> овај аутор наводи арбитраже који се, у оквиру одређених трговинских

---

<sup>1079</sup> Видети: Edward Brunet, *Questioning the Quality of Alternate Dispute Resolution*, Tulane Law Review, Vol. 62, No. 1, November 1987, стр. 1–56.

<sup>1080</sup> Видети, такође, William M. Landes, Richard A. Posner, *Adjudication as a Private Good*, Journal of Legal Studies, Vol. 8, 1979, стр. 235–284.

<sup>1081</sup> Видети: Bruce L. Benson, *op. cit.*, 2000, стр. 171, где је наведено према: Lisa Bernstein, *op. cit.*, 1992. У овом раду заступа се теза да се у оквиру трговинских асоцијација (мисли се на асоцијације трговаца дијамантима), *информације о донетим арбитражним одлукама понекад шире веома брзо у неформалним контактима*, чиме позитивни екстерни ефекти бивају остварени. Супротно, ако није у великој мери заступљено неформално ширење информација, привредни субјекат, који није члан асоцијације, и при том зна да ће донета арбитражна одлука бити на његову штету, може искористити арбитражу као *инструмент минимизације трошкова генерисаних губитком репутације*, будући да арбитражна одлука остаје *тајна* ако брзо приступи извршењу обавезе на основу те одлуке (рецимо, брзо изврши неко плаћање). Другим речима, привредни субјекат (који није члан асоцијације) може искористити арбитражу да прикрије информације о смањењу репутације услед негативне арбитражне одлуке, које би се десило да је на други начин решен спор, рецимо класичним судским путем. Видети: Lisa Bernstein, *op. cit.*, 1992, стр. 126.

<sup>1082</sup> Видети: Bruce L. Benson, *op. cit.*, 2000, стр. 172.

<sup>1083</sup> *Ibid.*

асоцијација, такмиче да, за уговорену надокнаду, реше *све* спорове између чланова асоцијације, у одређеном временском периоду. Уговорни аранжман између асоцијације и изабраног арбитра може бити такав да креира подстицаје у правцу ефикасног решавања спорова, и њиховог свођења на занемарљив ниво, *на бази јасних и прецизно донетих одлука*. У ствари, овим примером Бенсон износи контрааргумент Ландесовом (*Landes*) и Познеровом (*Posner*) ставу<sup>1084</sup> да арбитар примењује *нејасне стандарде* који дају могућност свакој странци да однесе победу у поступку, за разлику од судског поступка, у коме судија јасно формулише аргументе странака и јасно и прецизно износи *објашњење* у пресуди. Овакве пресуде у систему прецедентног права шаљу *јасне сигнале* потенцијалним странкама у погледу очекиваног исхода на суђењу.

С обзиром на то да донета арбитражна одлука постаје *позната* у оквиру одређене трговинске организације, арбитар је подстакнут да *пажљиво* приступи утврђивању чињеница у поступку, као и формулисању своје одлуке. Да би остварио овај циљ, арбитар се може ослонити на *развијену трговинску праксу, обичаје и арбитражне одлуке које су раније донете у оквиру исте трговинске организације*. Уколико би се, пак, ранија одлука, обичај или пракса показали неадекватним за примену у новом случају, арбитар би могао формулисати *потпуно другачију одлуку*, која би имала снагу новог прецедента.<sup>1085</sup>

Све у свему, претходна елаборација указује да арбитражна одлука представља *јавно добро*, као и судска пресуда. Додуше, арбитражна одлука неће имати толики *одјек* као судска пресуда, тј. неће постати позната широј јавности, већ само члановима одређене организације, али то не значи да она неће имати снагу прецедента. У једном динамичном окружењу, *претходно донете арбитражне одлуке биће унапређене и иновирани новим одлукама*, тј. биће јасније формулисане, тако да се не може тврдити да арбитража, због поверљивог карактера процедуре, не ствара позитивне екстерне ефекте. Такође, питање је<sup>1086</sup> да ли је један универзалан систем права супериорнији у односу на *полицентрични систем права*, у коме се често различите јурисдикције преклапају и конкуришу једна другој.

<sup>1084</sup> Видети: William M. Landes, Richard A. Posner, *op. cit.*, 1979, стр. 239–240.

<sup>1085</sup> Видети: Bruce L. Benson, *op. cit.*, 2000, стр. 173.

<sup>1086</sup> Детаљније о томе: Bruce L. Benson, *Customary Law with Private Means of Resolving Disputes and Dispensing Justice: A Description of a Modern System of Law and Order Without State Coercion*, Journal of Libertarian Studies, 1990, стр. 25–42.

## ГЛАВА 2

### ЕФИКАСНОСТ РАЗЛИЧИТИХ МОДЕЛА АРБИТРАЖЕ

#### 1. Арбитража у радним споровима

Све истакнуте предности арбитраже долазе до изражаја у *индивидуалним и колективним радним споровима између послодаваца и радника (синдиката)*. Стална и интензивна интеракција између синдиката и послодаваца у процесу колективног преговарања, представља добру основу за примену *добровољне арбитраже*, као метода решавања радних спорова.<sup>1087</sup> Наиме, као што је већ речено, *поновљене интеракције* између два субјекта креирају подстицаје у погледу поштовања уговорних одредби, самим тим, и одредби арбитражних споразума (или уговора који садрже арбитражне клаузуле). Будући да две стране, у овом случају *послодавац и синдикат*, имају „живу“ интеракцију ради решавања разних питања (плате, радно време, и слично), у теорији<sup>1088</sup> се истиче да су оне подстакнуте у правцу ангажовања *арбитра* и повиновања његовим одлукама. С тим у вези, поставља се питање: *у чему се огледају подстицаји ових субјеката за обраћање арбитра и повиновање његовим одлукама?* Пре свега, *синдикалне вође* имају избор између покретања *парничног поступка* ради заштите интереса радника које заступају и обраћања *арбитра* и поверавања спора њему на одлучивање. Гледано из економског угла, покретање арбитражног поступка показује се као логичан избор, узимајући у обзир трошкове парничног поступка који би пали на терет синдиката (као целине) и

---

<sup>1087</sup> Овде је реч о *добровољној арбитражи у приватном сектору*. Ова арбитража се најчешће покреће ради решавања спорова због *повреде или тумачења постојећег уговора између две стране* (енг. „rights“, *grievance arbitration*). Одлука арбитра, у том случају, односи се на *значање* уговорних одредби и услова уговора. Видети: Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 130. У даљем тексту биће испитани подстицаји које креира *добровољна арбитража у компарацији са обавезном арбитражом у јавном сектору*.

<sup>1088</sup> Елаборација која следи заснована је на *Бенсоновим ставовима*, видети: Bruce L. Benson, *op. cit.*, 2000, стр. 174.

чланова синдиката. Будући да од гласова чланова синдиката синдикалном лидеру зависи позиција, сва је прилика да ће овај антагонистички однос бити разрешен обраћањем *арбитра* ради решавања спорних питања. Дакле, између парнице и арбитраже, алтернативни метод решавања спора показује се као разуман избор. При том, ако би томе додали и могућност *штрајка*, који, по природи ствари, генерише огромне трошкове и предузећу и синдикату, онда претходни избор бива још више подстакнут. Према томе, могућност покретања и вођења арбитражног поступка може утицати на смањење вероватноће покретања штрајка, парничног поступка и поступка непосредног преговарања између синдиката и послодаваца. Све ове три опције (штрајк, парница и преговарање) подразумевају ангажовање *огромних ресурса*, а што се може избећи обраћањем *арбитра* и поверавањем спора њему на одлучивање.

## 2. Арбитража у јавном и приватном сектору

Обавезна арбитража је, у принципу, резервисана за решавање радних спорова у *јавном (државном) сектору*, када је реч о *америчком правном систему*.<sup>1089</sup> И у *нашем правном систему*,<sup>1090</sup> предвиђена је законска обавеза (дужност) да стране у спору<sup>1091</sup> (послодавац, синдикат или представник запослених) приступе мирном решавању колективног спора, *када је реч о спору у делатностима од општег интереса*. При том, у року од *три дана* од дана настанка спора, стране у спору дужне су да поднесу предлог за покретање поступка мирења *Републичкој агенцији за мирно решавање радних спорова (Агенцији)*, у складу са овим *Законом*. Уколико то не учине, *директор Агенције*, по службеној дужности, покренуће поступак мирења и одредиће *миритеља*.<sup>1092</sup> Даље, када је реч о *индивидуалном радном спору*, тј. спору поводом дискриминације и злостављања на раду, отказа уговора о раду, уговарања и исплате минималне зараде, накнаде трошкова за исхрану, исплате јубиларне

---

<sup>1089</sup> Постоје изузеци када је реч, примера ради, о *спортској арбитражи* (бејзбол), Видети: *ibid.*, стр. 175.

<sup>1090</sup> Видети: чл. 18. *Закона о мирном решавању радних спорова*.

<sup>1091</sup> Ради се о колективном спору који се тиче: закључивања, измена и допуна или примене колективног уговора; остваривања права на синдикално организовање; и остваривања права на штрајк. Видети: чл. 2. ст. 1. тач. 1, 3. и 4. *Закона о мирном решавању радних спорова*.

<sup>1092</sup> Видети: чл. 19. *Закона о мирном решавању радних спорова*.



награде, итд., покреће се *поступак арбитраже*.<sup>1093</sup> Арбитар је дужан да закаже расправу у року од *три дана* од дана пријема предлога и документације о предмету спора,<sup>1094</sup> као и да донесе решење у року од *30 дана* од дана отварања расправе.<sup>1095</sup> Ови *кратки рокови*, очито, говоре у прилог бржег и ефикаснијег мирног (*вансудског*) решавања спорова у односу на *судско* решавање спорова. Затим, видимо да се *поступак мирења* покреће за решавање *колективних радних спорова*, а *поступак арбитраже* за решавање *индивидуалних радних спорова*.<sup>1096</sup> При том, *начело добровољности* представља основни принцип решавања радних спорова,<sup>1097</sup> *с тим да код делатности од општег интереса постоји обавеза покретања поступка мирења (законски обавезна концилијација)*. Основни циљ оваквог нормирања јесте обезбеђење минимума процеса рада у случају штрајка, те уколико једна странка иницира поступак мирења, *друга би морала да учествује у њему*.

Основно питање, које заокупља нашу пажњу, односи се на подстицаје у погледу понашања послодаваца и синдиката које ствара систем (обавезне) арбитраже у државном сектору.<sup>1098</sup> *Да ли су ти подстицаји исти, слични, или се разликују у односу на подстицаје којима су изложени послодавци и синдикати у систему (добровољне) арбитраже у приватном сектору?* Ваља одмах нагласити да се подстицаји којима су изложени субјекти унутар различитих институционалних аранжмана, по природи ствари, разликују и креирају различито понашање тих субјеката. У теорији<sup>1099</sup> је истакнут, пре свега, *принципал–агент проблем* у случају преговарања синдиката и послодавца у приватном и јавном сектору. Наиме, у јавном сектору послодавац није *контролисан* на исти начин као у приватном сектору. Јасно је да су послодавци изложени *јачем (не и перфектном) мониторингу* у приватном сектору. Једноставно речено, постоје слабији подстицаји за контролу понашања

---

<sup>1093</sup> Видети: чл. 3, 4. и чл. 30. *Закона о мирном решавању радних спорова*.

<sup>1094</sup> Видети: чл. 31. ст. 1. *Закона о мирном решавању радних спорова*.

<sup>1095</sup> Видети: чл. 36. *Закона о мирном решавању радних спорова*.

<sup>1096</sup> Видети: чл. 4. *Закона о мирном решавању радних спорова*.

<sup>1097</sup> Видети: чл. 5. *Закона о мирном решавању радних спорова*.

<sup>1098</sup> Сви закључци који ће бити изведени у вези с подстицајима које пружа обавезна арбитража у америчком праву, могу се у одређеној мери, по аналогији, применити и на законски обавезну концилијацију у нашем правном систему.

<sup>1099</sup> Видети: Bruce L. Benson, *Understanding Bureaucratic Behavior: Implications from the Public Choice Literature*, *Journal of Public Finance and Public Choice*, Vol. 8, 1995, стр. 89–117.

послодаваца у државном сектору, а *што се рефлектује и на процес колективног преговарања између њих и синдиката*. Аналогно томе, ни подстицаји за контролу синдикалних вођа нису идентични у државном и приватном сектору. Очито је да су они *слабији* у државном сектору. Према томе, с обзиром на *јаче* присуство принципа–агент проблема у јавном сектору, понашање послодаваца и синдиката у правцу поштовања узајамних обавеза на бази реципроцитета и утицаја неформалних санкција (рецимо, губитка репутације), биће у великој мери *ограничено*. Другим речима, ови субјекти јавног сектора, у случају радног спора, неће имати снажне подстицаје да добровољно прихвате арбитра и повинују се његовим (често и неповољним) одлукама, као што би то чинили у приватном сектору (у коме је принципал–агент проблем *мање изражен*). Управо је законско нормирање (предвиђање) обавезне арбитраже у *приватном сектору* у Америци, поред државног сектора, потврдило став да је дошло до *промене (дисторзије) гореописаних подстицаја* у погледу добровољног прихватања арбитраже и повиновања одлукама арбитра.<sup>1100</sup>

### 3. Однос обавезне арбитраже и непосредног преговарања

Следеће питање које се намеће гласи: *какве подстицаје ствара обавезна арбитража у погледу добровољног закључења споразума између послодавца и синдиката?* Тачније речено, *какав је однос између обавезне арбитраже, с једне стране, и добровољно закљученог споразума око неког спорног питања између ових субјеката, у процесу непосредног преговарања, с друге стране?*

Када говоримо о овом питању, у литератури<sup>1101</sup> давно је наговештена могућност да обавезна арбитража може бити искоришћена као *инструмент* за закључење споразума између послодавца и синдиката. Наиме, будући да арбитража намеће одређене *трошкове* овим субјектима,<sup>1102</sup> и с обзиром на то да је *обавезно учешће* у овом поступку, једна страна може искористити такву могућност да *наведе* другу страну да преговара. Конкретније речено, једна

<sup>1100</sup> Видети: Bruce L. Benson, *op. cit.*, 2000, стр. 175.

<sup>1101</sup> Видети: Carl M. Stevens, *Is Compulsory Arbitration Compatible with Bargaining?*, Industrial Relations, Vol. 5, Issue 2, February 1966, стр. 38–52.

<sup>1102</sup> У нашем правном систему, свака страна у спору, у поступку мирног решавања радног спора, сноси своје трошкове, осим трошкова миритеља, односно арбитра. Видети: чл. 14. Закона о мирном решавању радних спорова.

страна располаже *кредибилном претњом* (скупом обавезном арбитражом) којом наводи другу страну да преговара са њом. Но, ту се отвара (нормативно) питање односа *споразума који је последица претње арбитражом и доборовољног закљученог споразума који представља исход непосредног преговарања*, тј. који је од ових споразума пожељнији и по ком критеријуму то проценити? Пре свега, постоје мишљења<sup>1103</sup> да је доборовољно закључени споразум између послодавца и синдиката пожељнији, из простог разлога, јер у поступку мирног решења спора пред *арбитром*<sup>1104</sup> постоји јак подстицај за *повећањем захтева (понуда)*, уз очекивање да арбитар нађе *средње решење* између ових екстремних позиција, а што није нимало једноставан задатак. Зато је споразум који је последица непосредног преговарања између послодавца и синдиката (*без учешића арбитра*) *супериорнији* у односу на споразум који је закључен у присуству трећег лица (*арбитра*). Но, постоји и супротно становиште<sup>1105</sup> по коме странке у поступку решења спора пред арбитром, у ствари, не заузимају екстремне позиције, *већ да само обликују своје преговарачке позиције у складу са очекиваном арбитражном одлуком и да, сходно томе, циљ арбитра није извршење механичке поделе између екстремно постављених понуда*. Једноставније речено, *и страначке понуде су под утицајем очекиване арбитражне одлуке*, те није понашање арбитра детерминисано *искључиво* (екстремним) понудама странака. Такође, неки аутори<sup>1106</sup> упозоравају да постоје *бројне варијабле* које утичу на доношење арбитражне одлуке, *осим* механичке тежње арбитра да нађе компромис између коначних понуда странака. Услед тога, тезу о механичкој подели између екстремних захтева не би ваљало интерполирати на сваки *појединачни случај*. С тим у вези, емпиријска истраживања<sup>1107</sup> указују да арбитражи не доносе одлуке само на бази испостављених коначних понуда, већ и

---

<sup>1103</sup> Видети: Carl M. Stevens, *op. cit.*, 1966, стр. 44–45.

<sup>1104</sup> Овај став се односи на арбитражу поводом *спора око услова закључења уговора између странака* (енг. *interests arbitration*). Овај вид арбитраже најчешће се јавља у споровима између послодавца и синдиката у *јавном сектору*. Видети: Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 130.

<sup>1105</sup> Видети: Henry S. Farber, *Splitting-the-Difference in Interest Arbitration*, *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 35, 1981, стр. 70–77.

<sup>1106</sup> Видети: David E. Bloom, *Empirical Models of Arbitrator Behavior under Conventional Arbitration*, *Review of Economics and Statistics*, Vol. 68, 1986, стр. 578–585.

<sup>1107</sup> Видети: Max H. Bazerman, Henry S. Farber, *Arbitrator Decision Making: When are Final Offers Important?*, *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 39, 1985, стр. 76–89.

на основу чињеница на којима се случај заснива, а што може бити од посебног значаја када се понуде, у својој висини, знатно разликују.

Када је реч о односу споразума, који је последица претње арбитражом, и добровољно закљученог споразума у непосредном преговарању, поставља се још једно питање: *да ли је оправдано претходно истакнуто становиште да повећање трошкова арбитраже може послужити као средство за подстицање странака да непосредно преговарају, или пак постоје други начини да се то учини?* С тим у вези, постоје разне могућности за снижење трошкова преговарања, а једна од њих јесте и увођење поступка мирења (концилијације) пре покретања поступка за решење спора путем арбитраже. Поступак обавезног мирења пре покретања арбитражног поступка показао се као више него користан и ефикасан метод решавања спорова у индустрији дијаманата.<sup>1108</sup> Но, овај пример (са индустријом дијаманата), у суштини, показује и да непосредно преговарање не мора *необходно* бити ефикаснији метод решавања спорова у односу на друге методе, будући да и тај метод генерише одређене трошкове и да је потребно наћи инструмент за њихово снижење. Сходно томе, полазна претпоставка, по којој је споразум као исход непосредног преговарања пожељан резултат и да скупа и обавезна арбитража може послужити остварењу таквог резултата, у основи је погрешна. Наиме, погрешно је *a priori* тврдити да је један исход пожељнији од другог, а да не постоји јасан критеријум на основу кога је изнета таква тврдња. Према томе, једино процена различитих метода решавања спорова на основу тога који од њих генерише *ниже трошкове*, може послужити као добра основа за нормативно претежирање једног од њих. Конкретније речено, и *арбитража*, као алтернативни метод решавања спорова, може генерисати *ниже* трошкове у односу на непосредно преговарање, те њено *ex ante* искључивање као непожељног метода решавања спорова може бити веома проблематично. На овом месту истичемо и прихватамо Познеров став<sup>1109</sup> да је пожељан друштвени циљ минимизација укупних трошкова споразумног решавања спорова, било путем добровољног и

<sup>1108</sup> Видети: Lisa Bernstein, *op. cit.*, 1992, стр. 124.

<sup>1109</sup> Видети: Richard A. Posner, *The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations*, University of Chicago Law Review, Vol. 53, 1986, стр. 388 и на другим местима. У овом раду, Познер прихвата критеријум минимизације укупних трошкова споразумног решавања спорова приликом испитивања односа *стопа споразума*, као исхода поротног суђења по скраћеној процедури (реч је о посебном АДР методу о коме ће бити речи у петом делу рада) и *стопа суђења* (парничења). Ми прихватамо и примењујемо овај Познеров критеријум у елаборацији односа арбитраже и непосредног преговарања у погледу подстицаја за закључење споразума.

непосредног преговарања било путем решавања спора уз учешће трећег лица (арбитра), а не максимизација стопе закључених споразума. Ако би пошли од тога да друштвени циљ представља максимизација стопе закључених споразума у непосредном преговарању, онда је унапред прихваћена теза да арбитража служи том циљу, а што је, као што смо истакли, погрешна теза.

Да закључимо. Обавезна арбитража може представљати *ефикасан метод решавања радних спорова*, ако генерише ниже трошкове у односу на друге алтернативе. Она то свакако може, ако се узме у обзир *стручност арбитра* и његова улога у *прикупљању и преносу информација* између странака у спору. Добро обучен арбитар, у поступку арбитража, може одиграти веома значајну улогу у трансмисији информација између послодавца и синдиката, за разлику од непосредног преговарања, када странке, услед стратегијског понашања, могу „закочити“ постизање споразума. Додајмо томе да и споразум који је издејствовао синдикат може бити на штету појединих чланова синдиката (или може бити тако перципиран), а што може утицати на преговарачку позицију синдикалних представника, или лица која су изабрана да преговарају у њихово име. Тиме се повећавају трансакциони трошкови преговарања, у смислу повећања неизвесности по питању последица тог споразума на однос синдикалног представника и радника, а што се може заобићи, по мишљењу Бенсона,<sup>1110</sup> омогућавањем оштећеним странкама (радницима), а не синдикалним представницима, да бирају преговарача. Ово је један од начина за снижење трошкова преговарања, поред, као што смо истакли, ангажовања трећег лица (арбитра или концилијатора), у случају кад су трансакциони трошкови непосредног преговарања високи.

#### **4. Арбитража коначних понуда странака**

##### **4.1. Уводна разматрања**

У америчкој правној теорији<sup>1111</sup> често се истиче улога тзв. *арбитраже засноване на коначним понудама странака* (енг. *Final offer arbitration*) у превазилажењу недостатака традиционалног модела арбитраже. Наиме, традиционалан модел арбитраже, чије су економске импликације до сада

<sup>1110</sup> Видети: Bruce L. Benson, *op. cit.*, 2000, стр. 176–177.

<sup>1111</sup> Видети: Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 130–131.

испитиване, базира се на принципу добровољности, када странке унапред, или након настанка спора, уговоре учешће арбитра ради помоћи у решењу истог, и чија би одлука требало да замени судску пресуду. Предности овог традиционалног модела арбитраже над парницом већ су апострофиране, те их нећемо понављати. Но, поставља се питање на који начин *друге форме арбитраже* могу послужити у превазилажењу одређених недостатака традиционалне арбитраже. У даљем тексту, из угла економске анализе права, фокусираћемо пажњу на гореспоменућу *арбитражу коначних понуда странака*.

#### 4.2. *Арбитража коначних понуда странака насупрот традиционалној арбитражи*

*Арбитража коначних понуда странака*, генерално гледано, пружа предности у ситуацији када, у оквиру традиционалног модела арбитраже, арбитра не могу да донесу одлуку која би била прихватљива за обе странке. Наиме, *постизање компромиса* између супротстављених странака није увек једноставан задатак, те арбитар може имати потешкоћа с тим у вези. Међутим, арбитража коначних понуда странака може превазићи ову препреку, *будући да стране у спору упућују „коначне понуде“ арбитра, од којих он може изабрати само једну*. На тај начин се знатно олакшава доношење арбитражне одлуке. Сем тога, странке бивају подстакнуте да упуте *разумне понуде*, тј. избегавају упућивање неразумно високих понуда, како би минимизирале ризик прихватања понуде друге стране. Будући да се често дешава, у оквиру традиционалне арбитраже, да странке упућују неразумне понуде, овај иновативни модел арбитраже показује се као више него ефикасан. Иначе, у пракси, овај модел арбитраже користи се ради решавања *спорова око висине плате спортиста* (бејзбол играча), као и *радних спорова у јавном сектору*.<sup>1112</sup>

Но, вратимо се *питању подстицаја* које пружа традиционална арбитража и гореистакнутом ставу<sup>1113</sup> да је споразум који је последица непосредног преговарања између послодавца и синдиката (*без учешћа арбитра*), *супериорнији* у односу на споразум који је закључен у присуству трећег лица (*арбитра*). Та аргументација, као што је речено, базира се на томе да

<sup>1112</sup> *Ibid.*

<sup>1113</sup> Видети претходни одељак *Однос обавезне арбитраже и непосредног преговарања*.

традиционална арбитража, у којој се тражи *компромис* између странака, *слаби њихове подстицаје* да самостално приступе преговарању и закључењу споразума. Другим речима, странке ће бити подстакнуте да погрешно презентују (увећају) своје захтеве (понуде), очекујући од арбитра да нађе компромис у таквој ситуацији. Због овог недостатка традиционалне арбитраже засноване на компромису, као што смо апострофирали, фаворизује се споразум који би био постигнут у непосредном преговарању, а не споразум који би био последица претње арбитражом. С друге стране, арбитража заснована на коначним понудама странака креира *другачије подстицаје* по питању преговарања. Наиме, антиципирајући упућивање разумних понуда у поступку арбитраже, *странке ће бити подстакнуте да пре покретања тог поступка учине исто (упуте разумне понуде)*. На тај начин се повећава вероватноћа склапања споразума у *непосредним преговорима*.

Сходно изложеном, на први поглед делује да је арбитража коначних понуда странака *ефикасан инструмент* подстицања непосредног преговарања и склапања споразума. Но, у наставку текста, указаћемо на постојање различитих ставова по питању *ефикасности* арбитраже коначних понуда странака.

#### *4.2.1. Ефикасност различитих модела арбитраже – различита становишта*

По мишљењу одређених теоретичара,<sup>1114</sup> очигледна је *разлика* у систему подстицаја које ствара традиционална арбитража и арбитража коначних понуда странака, *фаворизујући ову другу*. Но, теоретичари не деле идентична становишта када је реч о подстицајима које стварају ове две установе. Пре свега, Крафорд (*Crawford*) је одавно истакао<sup>1115</sup> да резултат у игри нулте суме може

---

<sup>1114</sup> *Стивенс* заступа тезу да арбитража коначних понуда странака креира јак систем подстицаја у правцу преговарања и склапања поравнања. При том, овај аутор издваја *два типа* овог модела арбитраже, с том разликом што други тип арбитраже укључује *саслушање странака од стране арбитра*. Затим, други тип представља *трипартитну арбитражу*, тј. арбитражу сачињену од представника странака и неутралних чланова који су мањина. Ови неутрални чланови имају важну улогу будући да могу контролисати коначан исход арбитраже. Контрола коначног исхода произилази из њиховог права да гласају за једну или другу страну, чиме могу утицати на странке да *приближе* своје понуде и дођу до обострано прихватљивог решења. Очито је да ови неутрални чланови арбитраже имају *улогу медијатора*, те се за овај модел арбитраже коначних понуда може рећи да има карактеристике *и арбитраже и медијације*. Детаљније о томе: Carl M. Stevens, *op. cit.*, 1966, стр. 45–47.

<sup>1115</sup> Анализа која следи базирана на: Vincent P. Crawford, *On Compulsory Arbitration Schemes*, *Journal of Political Economy*, Vol. 87, Issue 1, February 1979, стр. 131–160.

бити *идентичан*, независно од тога којој врсти арбитраже су странке приступиле. Услов за претходну тврдњу јесте да странке *знају* арбитраве преференције какав би споразум требало да буде.<sup>1116</sup> Ако странке знају очекивани резултат у оквиру традиционалне арбитраже, оне не би *самостално* закључиле споразум који би се разликовао од пређашњег. Сходно томе, резултат ће бити *исти*, независно од тога да ли је у питању арбитража или непосредно преговарање. С друге стране, када је реч о арбитражи коначних понуда, с обзиром на могућност избора понуде, арбитар може увек изабрати ону понуду која је најприближнија њему преферираном споразуму. С обзиром на то да странке, према претпоставци, знају арбитраве преференције по питању коначног споразума, једна од странака може увек побољшати понуду и упутити ону која је идентична арбитравом преферираном споразуму. Из овога следи да коначан споразум неће бити плод страначких преференција, *већ арбитравих преференција*. Сходно томе, странке имају могућност да склопе споразум и *пре* покретања поступка арбитраже, будући да ће исход бити идентичан. Према томе, и један и други вид арбитраже креирају *идентичне подстицаје по питању закључења споразума*, под претходно истакнутом базичном претпоставком. Узимајући то у обзир, као и чињеницу да би арбитража коначних понуда наметнула странкама (*непотребне*) *трошкове*,<sup>1117</sup> овај аутор закључује да ова форма арбитраже не би била *коришћена уопште*.<sup>1118</sup> Но, Крафорд испушта испушта из вида чињеницу да би странке могле једноставно да се договоре и остваре оно што би арбитар својом одлуком у сваком случају одредио, *ради уштеде трошкова арбитраже*. Из тога следи да је у овом моделу арбитража, а не преговарање, одлучујућа детерминанта понашања странака.<sup>1119</sup> Стога, критика упућена арбитражи коначних понуда да детерминише исходе свих споразума, и да зато неће бити коришћена, не стоји. Арбитража, у ствари, подстиче странке на постизање споразума, тако да је њено присуство веома битно.

---

<sup>1116</sup> Другим речима, полази се од базичне претпоставке да арбитар *егзогено* одређује шта се подразумева под споразумом и да странке знају ову чињеницу.

<sup>1117</sup> Трошкови су непотребни, будући да се идентичан исход може постићи пре покретања поступка арбитраже.

<sup>1118</sup> Видети: Vincent P. Crawford, *op. cit.*, 1979.

<sup>1119</sup> Видети: Orley Ashenfelter, David E. Bloom, *Models of Arbitrator Behavior: Theory and Evidence*, American Economic Review, Vol. 74, March 1984, стр. 112.



Затим, *Крафорд* додаје<sup>1120</sup> могућност да арбитража коначних понуда може генерисати и *тзв. затвореникову дилему*, тј. могућност постизања некооперативног решења, на чему, између осталог, заснива своју тезу да ова форма арбитраже *не повећава вероватноћу склапања споразума између супротстављених страна*. Даље, овај аутор с правом је истакао чињеницу да и арбитража коначних понуда, попут традиционалне арбитраже, генерише *одређене трошкове*. Другим речима, уколико преговарање, које је подстакнуто овом формом арбитраже, не би уродило плодом, били би утрошени непотребни ресурси. Такође, *Крафорд* је добро приметио да би, у случају спора око већег броја питања, странке могле у својим коначним понудама да предложе *већи број неефикасних решења*. Будући да је арбитар везан избором једне од понуда, *неефикасан резултат је очигледан*. Овакав резултат могао би се избећи када би странке прибегле *традиционалној арбитражи*, у којој арбитар није везан никаквим понудама странака, већ има потпуну слободу одлучивања. Осим традиционалне арбитраже, *Крафорд* подржава увођење и *мултипликоване арбитраже коначних понуда*, тј. такве арбитраже у којој би странке имале могућност да упуте *већи број понуда*.<sup>1121</sup>

Постоје и другачије критике упућене на рачун арбитраже коначних понуда. Једна од таквих је да арбитража коначних понуда омогућава *фаворизовање једне стране*. С тим у вези, у једном емпиријском истраживању тестирана је хипотеза да арбитри, *из разлога пристрасности*, у већој мери прихватају понуде синдиката у односу на понуде послодаваца. Истраживање је показало да су арбитри у већој мери прихватили понуде синдиката јер су те понуде биле веома *конзервативне* у односу на централну тенденцију арбитравих преферираних одлука. Конзервативност ових понуда произилази из конзервативног погледа синдиката на то шта ће арбитри прихватити, или из већег страха од преузимања ризика неприхватања понуде од стране арбитра. Значи, арбитри нису третирали понуде послодаваца на другачији начин у односу на понуде синдиката, већ су прихватили понуде синдиката у већој мери будући да је фреквенција конзервативних понуда синдиката била знатно већа у односу на фреквенцију „дарежљивих“ понуда послодаваца. Из тога следи да интегритет система арбитраже не може бити доведен у питање, као и да олако

---

<sup>1120</sup> Видети: Vincent P. Crawford, *op. cit.*, 1979, стр. 152.

<sup>1121</sup> Детаљније о томе: *ibid.*, 143–150, стр. 152.

упућене критике арбитражи коначних понуда да фаворизује једну страну немају оправдања.<sup>1122</sup>

Постоје и *другачија* објашњења понашања странака, услед подстицаја које креирају ови модели арбитраже. Наиме, *Крафордова* базична претпоставка била је да странке знају какав ће бити споразум као исход арбитраже, будући да знају арбитраве преференције (*егзогено постављена претпоставка*). Мора се признати да је ово прилично нереална претпоставка. С друге стране, постоје аутори<sup>1123</sup> који усвајају реалнију претпоставку да странке *нису сигурне какве су арбитраве преференције*. Будући да их не познају, странке формирају одређена очекивања о томе каква ће бити арбитражна одлука и то на бази сопствено преферираног ризика. Рецимо, ако странке имају *различита очекивања о томе каква ће бити арбитражна одлука*, јасно је да се смањује могућност постизања споразума у непосредним преговорима. Такође, ако је једна странка *склона ризику*, повећава се вероватноћа одласка на арбитражу. Према томе, ове варијабле, *очекивања у вези с исходом арбитраже, и склоност или аверзија странака према ризику*, детерминишу избор између арбитраже (*традиционалне и арбитраже коначних понуда*) и преговарања.

Даље, када је реч о *ризик*у, поједини аутори<sup>1124</sup> истичу да је арбитража коначних понуда *ризичнија* од традиционалне арбитраже. Наиме, ако странке не постигну споразум у преговорима, поднеће значајне трошкове, из чега се изводи закључак да арбитража коначних понуда, а која подстиче странке на преговарање, *генерише већи ризик за странке*. Такође, у случају арбитраже коначних понуда, очекивана арбитражна одлука исказује се вероватноћом мереном као *просек две тачке (понуде)*, док, у случају стандардне арбитраже, очекивана арбитражна одлука исказује се вероватноћом мереном према *просеку дистрибуције већег броја потенцијалних одлука*. Све ово говори у прилог томе да је *арбитража коначних понуда ризичнија за странке*. Међутим, постоје

---

<sup>1122</sup> Детаљније о томе: Orley Ashenfelter, David E. Bloom, *The Pitfalls in Judging Arbitrator Impartiality by Win-Loss Tallies Under Final-Offer Arbitration*, Labor Law Journal, Vol. 34, Issue 8, August 1983, стр. 534–539.

<sup>1123</sup> Видети: Henry S. Farber, Harry C. Katz, *Interest Arbitration, Outcomes, and the Incentives to Bargain*, Industrial and Labor Relations Review, Vol. 33, 1979, стр. 55–63.

<sup>1124</sup> Видети: Bruce L. Benson, *op. cit.*, 2000, стр. 180, где је цитирано према: Thomas A. Kochan, „Collective Bargaining and Organizational Behavior Research“, in: B. Staw, L. Cummings (eds), *Research in Organizational Behavior*, Vol. 2, Greenwich, CT, JAI, Press, 1980.

аутори<sup>1125</sup> који не прихватају овај став и који су конкретним истраживањима доказали да арбитража коначних понуда *смањује ризик за странке, али и да постоји већи простор за склапање споразума у случају стандардне арбитраже*. Сходно томе, *ако већи простор за склапање споразума значи и већу вероватноћу склапања истог, преговарање ће бити учесталије у случају стандардне арбитраже*. Оваквим тумачењем резултата овог истраживања долази се до закључка који је *дијаметрално супротан* у односу на гореистакнути – да *арбитража коначних понуда у већој мери подстиче преговарање и склапање споразума*. Ипак, овако изведеном закључку може се приговорити стандардним аргументом<sup>1126</sup> да већи простор за склапање споразума не води *нежно* до повећања вероватноће склапања истог. Овај аргумент заснива се на истицању постојања *транзакционих трошкова преговарања и неизвесности око исхода преговарања*, у ситуацији када постоји већи простор (*већи број алтернатива*) за склапање споразума. Тиме се доводи у питање и само тумачење резултата истраживања – да стандардна арбитража у *већој мери* подстиче склапање споразума. Према томе, чини се да је веродостојнија претпоставка да арбитража коначних понуда *учесталије* подстиче склапање поравнања. Потврда ове тезе може се наћи, такође, у претходно наведеном истраживању,<sup>1127</sup> које је показало да су последње понуде упућене арбитражу (базиране на максимизацији очекиване користи), *ближе једна другој* у случају арбитраже коначних понуда, него у случају конвенционалне арбитраже. Ако су понуде ближе једна другој, по природи ствари, већа је вероватноћа склапања споразума, *чиме се смањују трошкови арбитраже*, а то управо омогућава овај иновативни модел арбитраже. Но, релативно новија истраживања<sup>1128</sup> указују на супротно, да арбитража коначних понуда, ипак, *генерише увећане трошкове*, чиме се смањује њена атрактивност. Конкретније речено, истраживање показује да арбитражне одлуке *знатно одударају* од

---

<sup>1125</sup> Видети: Henry S. Farber, Max H. Bazerman, *Divergent Expectations as a Cause of Disagreement in Bargaining: Evidence from a Comparison of Arbitration Schemes*, Quarterly Journal of Economics, Vol. 104, Issue 1, February 1989, стр. 99–120.

<sup>1126</sup> Видети: Bruce L. Benson, *op. cit.*, 2000, стр. 180–181. Истичемо да је ово, по нашем мишљењу, кредибилна аргументација.

<sup>1127</sup> Видети: Henry S. Farber, Max H. Bazerman, *op. cit.*, 1989.

<sup>1128</sup> Видети: Paul L. Burgess, Daniel R. Marburger, *Do Negotiated and Arbitrated Salaries Differ under Final-Offer Arbitration?*, Industrial and Labor Relations Review, Vol. 46, 1993, стр. 548–559.

(компаративно проучаваних) споразума који су склопљени у споровима око висине плате бејзбол играча у Америци. То што се одлуке арбитра разликују од споразума који су странке склопиле у непосредним преговорима, указује на њихов „низак квалитет“ и смањење атрактивности арбитраже коначних понуда странака.

Све у свему, не може се изнети *генерални суд* по питању супериорности арбитраже коначних понуда над стандардним моделом арбитраже, будући да истраживања, бар када су у питању спорови у одређеним областима (спорт), указују на супротно. Осим тога, одређена истраживања<sup>1129</sup> указују да не постоји, систематски гледано, различито понашање арбитра у погледу доношења одлуке, под претпоставком постојања различитих режима арбитраже (конвенционалне или иновативне арбитраже). Тиме се оповргава, а и низом других већ наведених истраживања,<sup>1130</sup> горенаведена хипотеза да арбитар, у оквиру конвенционалне арбитраже, механички тражи компромис између испостављених коначних понуда странака. Шире посматрано, ово указује да *можда* и не постоји толико значајна разлика између конвенционалне арбитраже и арбитраже коначних понуда странака, *бар када је у питању доношење арбитражних одлука*. Но, да ли се то може рећи када је у питању *утицај конвенционалне арбитраже на учесталост склапања споразума*? Ово питање ће бити предмет разматрања у наставку текста, са акцентом на емпиријска истраживања овог проблема.

#### 4.2.2. Различити модели арбитраже и учесталост склапања споразума

Једна од горенаведених хипотеза јесте да конвенционална арбитража<sup>1131</sup> креира подстицаје да странке избегавају преговоре и закључење споразума тим путем. У питању је такозвани „ефекат хлађења“ (енг. *chilling effect*), под којим се подразумева да режим конвенционалне арбитраже *хлади подстицаје странака за преговарањем*. Поставља се питање који су то *фактори* који стоје иза овог ефекта? Одговор на постављено питање може се наћи у постојећим емпиријским истраживањима.

<sup>1129</sup> Видети: Henry S. Farber, Max H. Bazerman, *The General Basis of Arbitration Behavior: An Empirical Analysis of Conventional and Final-Offer Arbitration*, *Econometrica*, Vol. 54, 1986, стр. 819–844.

<sup>1130</sup> Видети фусноте бр. 1105, 1106.

<sup>1131</sup> Овде је реч о *обавезној арбитражи*.

Једно од репрезентативних истраживања,<sup>1132</sup> објављено 1989. године, указује да странке, у присуству трећег лица (арбитра), исказују *већи степен поверења* у решење спора тим путем, него да су саме приступиле решењу истог. Другим речима, арбитар уноси странкама *сигурност*, услед чега оне радије поверавају спор њему на одлучивање него да самостално покушају да нађу решење. Према ауторима овог истраживања, овде је реч о тзв. *наркотичком ефекту* (енг. *narcotic effect*), који се објашњава на следећи начин. Наиме, они преговарачи који су ангажовали арбитра у *претходној етапи преговарања*, исказали су бар за 10% веће интересовање за коришћење арбитраже у *садашњој етапи преговарања* у односу на оне преговараче који претходно нису имали сусрет са арбитром. То указује да уколико се странке једном сусретну са арбитром, исказују *потребу* за коришћењем његових услуга у будућим споровима (*наркотички ефекат*). Странке једноставно увиђају да је корист од арбитраже *већа* него што су претходно веровале да јесте, и ако су високи трошкови преговарања, већа је вероватноћа да ће се, у избору између арбитраже и преговарања, определити за арбитражу. Но, и поред тога што је доказано *постојање* овог ефекта, није понуђено *објашњење* за његово постојање. Наиме, истраживање је показало да је укупан број арбитража у претходним годинама<sup>1133</sup> имао *више негативан него позитиван ефекат* на вероватноћу да ће преговарачи користити арбитражу. Такође, истраживање је показало да се стандардним факторима, попут: аверзије или склоности ка ризику; различитих очекивања странака по питању арбитражне одлуке; различитог степена неизвесности у вези с арбитражном одлуком и других, не може објаснити овај ефекат, будући да ови фактори немају значајан утицај на вероватноћу коришћења арбитраже. Но, упркос недостатку утврђених фактора, *доказано је постојање овог ефекта*, а што је од значаја за објашњење *нижег степена коришћења* метода преговарања у односу на арбитражу. С тим у вези, једно од (алтернативних) објашњења<sup>1134</sup> већег степена коришћења арбитраже у односу на преговарање јесте да је арбитража *јефтинији избор*. Овим се хоће рећи да

---

<sup>1132</sup> Видети: Janet Currie, *Who Uses Interest Arbitration? The Case of British Columbia's Teachers, 1947–1981*, *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 42, 1989, стр. 363–379.

<sup>1133</sup> Реч је о временском периоду од 35 година у коме су проучавани ефекти *обавезне арбитраже* и у којој су суделовали *амерички професори*.

<sup>1134</sup> Видети: David E. Bloom, *Is Arbitration Really Compatible with Bargaining?*, *Industrial Relations*, Vol. 20, 1981, стр. 233–244.

странке имају перцепцију да (обавезна) арбитража *мање кошта* у односу на (непосредно) преговарање у циљу обезбеђења испуњења услова уговора око којих је спор настао. Овакво објашњење посматра однос арбитраже и преговарања из чисто *економске перспективе*, те уколико је оно веродостојно, можемо га прихватити.

Напоследку, износимо резултате истраживања<sup>1135</sup> којим је испитивана учесталост преговарања под претпоставком постојања два режима арбитраже (конвенционалног и иновативног). Ово истраживање показало је да *арбитража коначних понуда странака (иновативни модел) повећава вероватноћу преговарања и склапања споразума, будући да утиче на то да странке приближе понуде једна другој*. Резултат овог истраживања (а и само интуитивно размишљање) указује да арбитража коначних понуда странака креира систем подстицаја да странке крену путем непосредног преговарања и закључења споразума. Но, тиме се враћамо питању, постављеном на почетку, у вези с избором између споразума као исхода преговарања и споразума као исхода арбитраже. Тачније речено, *да ли је арбитража коначних понуда странака пожељан институционални аранжман, с обзиром на то да подстиче преговарање?* Поновимо да је једини поуздан критеријум за процену пожељности једног или другог институционалног аранжмана *економски критеријум*. Другим речима, *у зависности од процене висине трансакционих трошкова преговарања и арбитраже, може се изнети суд о преимућству једног или другог аранжмана у сваком конкретном случају*. Када је реч о трансакционим трошковима арбитраже, они умногоме зависе од *понашања арбитра*, а за које је низом наведених истраживања доказано да нема онаквих карактеристика како се то уобичајено сматра. Пре свега, овде се мисли на стандардну хипотезу да арбитар *механички* тежи да нађе компромис између екстремно постављених захтева (понуда) у оквиру традиционалне арбитраже. Као што је речено, доказано је да то не одговара истини у низу случајева. Такође, *у погледу доношења арбитражне одлуке*, не постоји значајна разлика у понашању арбитра, под претпоставком постојања два режима арбитраже. Међутим, суд о преимућству арбитраже над преговарањем зависи и од *избора (селекције) арбитра* – питања коме је посвећена велика пажња у литератури, и које ће заокупити нашу пажњу у наставку текста.

---

<sup>1135</sup> Видети: Henry S. Farber, Max H. Bazerman, *op. cit.*, 1989, стр. 99–120.

## ГЛАВА 3

### ИЗБОР АРБИТАРА И ЕФИКАСНОСТ АРБИТРАЖЕ

#### 1. Критике арбитраже и избора арбитра

У литератури могу се срести *оштре критике* упућене АДР методима решавања спорова генерално и, сходно томе, арбитрама и арбитражном начину решавања спорова. Критике<sup>1136</sup> полазе од тога да су арбитраи подложни *корупцији и подмићивању*, те је овај вид алтернативног решавања спорова у интересу имућнијих странака. Критичке примедбе<sup>1137</sup> даље се развијају у погледу *фаворизовања тужилаца* због постојања конкуренције између државних и приватних метода решавања спорова (арбитраже, медијације и др.), као и између самих државних метода (судова), ако постоји истовремена јурисдикција. Будући да *тужиоци* одлучују који ће од метода решавања спорова користити, следи да је таква конкуренција *у интересу тужилаца, а не обеју страна у спору*. У таквом (хипотетичком) конкурентском окружењу, арбитражне установе и државни судови подстакнути су да понуде сет правила и процедура који би били најпријемчивији онима који их бирају (*тужиоцима*). Сходно томе, ове установе нису подстакнуте да понудом правила и процедура *оптимизирају* решење спора, већ да *придобију* тужиоце, како би максимизирале сопствени интерес за профитом.<sup>1138</sup> Решење овог проблема јесте у *договору странака* око избора установе пред којом ће решити спор. При том је, свакако, најпријемчивији *ex ante* избор установе у самом уговору између страна уговорница. С друге стране, *тужени* би могао одбити избор неке установе (претежно из страха од доношења непристрасне одлуке), под претпоставком

---

<sup>1136</sup> Видети: Bruce L. Benson, *op. cit.*, 2000, стр. 180, где је цитирано према: Rodney H. Marby at al., *An Economic Investigation of State and Local Judiciary Services*, Washington, DC, National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, Law Enforcement Assistance Administration, 1977, стр. 83.

<sup>1137</sup> Видети: William M. Landes, Richard A. Posner, *op. cit.*, 1979, стр. 254–259.

<sup>1138</sup> Претпоставка је да судије добијају накнаду из трошкова које носе странке у поступку. Такав систем плаћања вековима је постојао у Енглеској. Видети: *ibid.*, стр. 255.

постојања могућности давања сагласности на тај избор *након* настанка спора (*ex post избор*). Из тог разлога *ex post избор* није пријемчив.

Затим, ови аутори наглашавају<sup>1139</sup> да судска контрола арбитражних одлука и старање о примени арбитражних споразума могу довести до *нарушавања конкуренције*. Рецимо, ако би судови одбили извршење арбитражне одлуке, *смањили* би конкурентни притисак од стране арбитражних трибунала и, на тај начин, максимизирали сопствени интерес за профитом. Ови аутори пружају и историјске податке<sup>1140</sup> који поткрепљују *тезу о непријатељству судова према арбитражи у common law систему*. Све у свему, *Ландес* и *Познер* заступају став да, иако је конкуренција између различитих метода (државних и приватних) у основи пожељна, она ипак може довести, као што историјски подаци показују, до претходно описаних дисторзија конкуренције.

Даље, *Брунет (Brunet)* упућује критику *АДР* методима генерално, истичући<sup>1141</sup> да је *АДР* процедура *мањкава*, будући да не садржи *ефикасан поступак откривања информација*. Ова ауторка, на основу компарације *АДР* метода и парнице, изводи закључак<sup>1142</sup> да алтернативни поступци не садрже *довољан и детаљан сет правила и процедура* какав постоји у парничном поступку по питању уређења поступка откривања информација. С тим у вези, она даље истиче<sup>1143</sup> да се *АДР* поступци одвијају *брзо*, услед чега се занемарује процес прикупљања информација, а који је предуслов за доношење *одлуке која је у потпуности заснована на чињеницама*. Тиме, у ствари, она доводи<sup>1144</sup> у питање *квалитет АДР* метода у поређењу са парницом, у којој се (додуше, са високим трошковима) једино може донети *квалитетна одлука*. *Одлука која је базирана на тачно утврђеним чињеницама*, по мишљењу ове ауторке,<sup>1145</sup> *једино је правична*. Томе додаје<sup>1146</sup> да недостатак норми које би регулисале размену информација у *АДР* поступцима за последицу има *наношење штетних ефеката*

---

<sup>1139</sup> *Ibid.*, стр. 255, *et seq.*

<sup>1140</sup> Енглеске судије, које су биле плаћене из парничних трошкова, одбијале су извршење одлука арбитра, претежно због непријатељског става према њима. Рецимо, арбитражни поступак могао је да се покрене због повреде уговорних одредби, али накнада штете није могла да се оствари у том поступку, већ само у парничном. Видети: *ibid.*, стр. 255–256, фуснога бр. 54.

<sup>1141</sup> Видети: Edward Brunet, *op. cit.*, 1987, стр. 31.

<sup>1142</sup> *Ibid.*, стр. 33.

<sup>1143</sup> *Ibid.*

<sup>1144</sup> *Ibid.*, стр. 34, *et seq.*

<sup>1145</sup> *Ibid.*, где је цитирано према: J. Rawls, *A Theory of Justice*, 1971, стр. 237–239.

<sup>1146</sup> *Ibid.*, стр. 38.



трећим лицима. Супротно, размена информација у парничном поступку, а која је доступна јавности, може имати широку употребу у друштву, тј. користити и лицима ван конкретног спорног односа. Та шира употреба, конкретније речено, односи се на едукативну функцију парнице и, у њеном оквиру, поступка откривања, као и на функцију учвршћивања морала у друштву.<sup>1147</sup> Последично, овакав став не може се изнети за АДР поступке, који су засновани на начелу поверљивости, и у којима информације немају ширу употребу.<sup>1148</sup> Даље, када је реч о конкуренцији приватних и државних метода решавања спорова, Брунет заступа тезу<sup>1149</sup> да је, теоријски гледано, ова конкуренција пожељна, али да, у суштини, ови методи и нису конкурентни, узимајући у обзир јединствене „производе“ које генеришу. Наиме, „производ“ парничног поступка јесте судска пресуда која генерише позитивне екстерналије у друштву, док је исход АДР метода брзо окончање спора између странака и промовисање лојалности и привржености између њих. С обзиром на „јединствене производе“ које стварају, не може се говорити о правој конкуренцији између парнице и АДР метода.

Генерално узев, ова ауторка истиче<sup>1150</sup> одређене недостатке АДР метода (највише, процедуралне природе) и супротставља се тенденцији решавања свих спорова алтернативним путем, тј. супституцији државне адјудикације приватном. При том, она не оспорава значај АДР метода у погледу брзог и ефикасног решења спора, нарочито у мањим организацијама (рецимо, трговачким), али истиче регулаторну улогу које (материјално) право има у друштву. Она се, у основи, залаже<sup>1151</sup> да процедурална реформа решавања спорова иде у таквом правцу да АДР процедура остане субординисана материјалном праву. И не само то, већ и да постојећа АДР процедура буде ревидирана на начин да се побољша процес прикупљања информација, као једино релевантан за доношење квалитетне (правичне) одлуке.<sup>1152</sup>

Ова (убедљива) аргументација занемарује одређене аспекте избора арбитра, који указују да АДР методи решавања спорова, а пре свега арбитража, немају баш толико недостатака колико се на први поглед може

---

<sup>1147</sup> *Ibid.*

<sup>1148</sup> *Ibid.*, стр. 38–39.

<sup>1149</sup> *Ibid.*, стр. 48.

<sup>1150</sup> *Ibid.*, стр. 54–56.

<sup>1151</sup> *Ibid.*, стр. 55.

<sup>1152</sup> *Ibid.*

учинити да имају. С тим у вези, у наставку текста изложићемо аргументе у корист арбитраже и избора арбитра, а који се знатно разликују од претходно изложених аргумената и, на том основу, изнети сопствени суд у погледу ефикасности арбитраже.

## 2. *Оправдање ефикасности арбитраже и избора арбитра*

Арбитража има предност над парницом у могућности *креирања начина селекције (избора) арбитра*. С обзиром на флексибилност арбитраже, избор арбитра може се извршити на *начин* који је најефикаснији, чиме се претходно истакнути недостаци овог *АДР* метода могу надоместити. Рецимо,<sup>1153</sup> у индустрији дијаманата арбитраи се бирају од стране чланова ове трговачке организације на период од *две године*. Будући да се бирају на ограничен временски период, арбитраи унапред пролазе кроз *процес селекције* од стране чланова организације. Овај процес селекције подстиче *конкурентно понашање потенцијалних арбитра*.

У теорији<sup>1154</sup> се спомињу и *други методи избора арбитра*, попут *претходног одобрења листе арбитра од стране трговинске организације или страна уговорница*. У случају настанка спора, арбитар се бира са те листе на основу различитих механизма, као што су: *случајна селекција, замена на ротирајућој основи*, или *избор арбитра од стране трећег лица*. Затим, постоје и системи избора арбитра који *уважавају преференције странака*.<sup>1155</sup> Први је *систем двоструке селекције арбитра*, који се огледа у томе да организација врши прву селекцију арбитра (*проширена листа која садржи три или више арбитра*), а потом се та листа предаје странкама у спору да, узастопним избацивањем арбитра, сведу избор на *једног арбитра*. У овом случају, једна селекција је на нивоу *организације*, а друга на нивоу *странака у спору*, чиме сам избор арбитра добија на квалитету. Други систем јесте онај у коме странке добију листу од *седам арбитра*, при чему су дужне да ставе вето на избор *три арбитра*, а да преостала *четири* изрангирају (енг. *rank-four/veto-three system*).

<sup>1153</sup> Видети: Lisa Bernstein, *op. cit.*, 1992, стр. 124–125.

<sup>1154</sup> Видети: Bruce L. Benson, *op. cit.*, 2000, стр. 184–185.

<sup>1155</sup> Видети: David E. Bloom, Christopher L. Cavanagh, *An Analysis of the Selection of Arbitrators*, *American Economic Review*, Vol. 76, No. 3, 1986, стр. 409.

При том ће бити изабран онај *арбитар* који није избачен са листе (*није му дат veto*) и који је изрангиран највишом оценом.

На основу реченог следи да се сви системи избора арбитра могу грубо класификовати *на оне који уважавају преференције странака у спору и оне који то не чине*. При том, у оквиру система који уважавају преференције странака, странке врше и *претходну проверу потенцијалних арбитра*, чиме сам избор арбитра постаје *легитиман*, а његова очекивана одлука добија на значају у *очима странака*. Но, овакви системи селекције арбитра могу довести до *одуговлачења самог арбитражног поступка*. Зато се и може поставити фундаментално питање: *да ли је потребно избор арбитра препустити у потпуности странкама, или пак неком трећем (трговинској организацији односно држави)?* С тим у вези, извршено је емпиријско истраживање<sup>1156</sup> спорова између радника и послодавца у јавном сектору у Њу Џерсију, с циљем провере да ли странке бирају арбитра по стручности, непристрасности и другим, теоријски гледано, пожељним карактеристикама, или је тај избор прожет неким другим факторима.<sup>1157</sup> Истраживање овог проблема даје одговор на горенаведено питање, будући да од *критеријума* по којима странке бирају арбитра зависи и квалитет целокупног система (базираног на уважавању преференција странака). Резултати овог истраживања могу се сумирати у неколико тачака.<sup>1158</sup> Прво, послодавци и синдикати *различито преферирају* неке арбитра у односу на друге. Друго, послодавци и синдикати показују *умерено сличне преференције* по питању избора арбитра. Треће, послодавци преферирају арбитра *економске струке*, док синдикати преферирају арбитра *правничког образовања*. Објашњење овог резултата вероватно лежи у чињеници да економисти више респектују *начело ефикасности*, као и оне факторе који подржавају ефикасност (конкуренија, мобилност радника, итд.), што више одговора послодавцима, док правници у већој мери истичу *начело правичности и једнакости*, што, по природи ствари, више одговара синдикатима (радницима). Четврто, и једни и други преферирају арбитра *са више искуства* у односу на оне *са мање искуства* (варијабле непристрасности, тренинга и

---

<sup>1156</sup> *Ibid.*

<sup>1157</sup> У основи, овим истраживањем испитан је квалитет система *рангирај четири, избаци три арбитра (rank-four/veto-three system)*.

<sup>1158</sup> Видети: David E. Bloom, *op. cit.*, 1986, стр. 421.

вероватно експертизе арбитра). Пето, преференције странака обликоване су претходним понашањем арбитра, том у смислу да су они арбитри који су претходно показивали тенденцију фаворизовања радника, добијали ниске оцене од послодаваца и, обратно, добијали високе оцене од синдиката. Овај резултат показује да странке не преферирају оне арбитре за које имају перцепцију да су против њих. Коначно, не постоје докази за стратегијско понашање странака приликом селекције арбитра.

Све у свему, ово истраживање показује да систем избора арбитра који уважава преференције странака функционише задовољавајуће. Странке са пуно сензибилности бирају арбитре и немају никаквих проблема у откривању својих преференција. Оно што је најважније, овакав систем избора арбитра повећава благостање странака у односу на системе који користе друге механизме, попут замене арбитра на ротирајућој основи. Но, уколико би ове резултате упоредили са претходно истакнутим аргументима у прилог коришћења скупе арбитраже у циљу промоције непосредног преговарања и добровољног склапања споразума, извели би закључак да страначки избор арбитра није пожељан. Другим речима, страначки избор арбитра није пожељан, из простог разлога, јер снижава трошкове арбитраже, чиме је чини пожељнијим методом решавања спорова у односу на преговарање. Но, овај негативни фактор ваљало би одвагати са позитивним карактеристикама страначког избора арбитра, попут легитимности коју овај избор црпи из страначких преференција. Коначно, ово истраживање доводи у питање уврежено мишљење да модел колективног преговарања синдиката и послодаваца не функционише кооперативно, чиме се отвара простор за будућа истраживања интеракција између синдиката и послодаваца.<sup>1159</sup>

### 3. Да ли је арбитража заиста ефикаснија од парнице?

У уводним разматрањима о арбитражи,<sup>1160</sup> истакнута је предност арбитраже у односу на парницу која се огледа у доношењу непристрасних и стручних одлука арбитра. Ово питање захтева додатну пажњу. Наиме, странке

---

<sup>1159</sup> *Ibid.*

<sup>1160</sup> Видети одељак: Разлози за проучавање арбитраже из угла ЕАП.

могу увек испољити своје преференције у процесу селекције арбитра. По природи ствари, странке *неће поново* изабрати оне арбитра који су у прошлости доносили одлуке на њихову штету. С друге стране, они арбитра који би заузели *екстремну позицију* у односу на друге арбитра, ризиковали би да не буду поново изабрани. Сходно томе, како би осигурали *трајну позицију*, једина стратегија која арбитрама стоји на располагању огледа се у *доношењу одлука које би биле предвидиве на основу одлука које би други арбитра доносили у сличним ситуацијама*. Уколико би арбитра следили овакву стратегију, њихове *погрешне одлуке* могле би да се предвиде. И не само то, *конкуренција* између стручних и искусних арбитра креирала би подстицаје ка *смањењу грешака* које су биле присутне у доношењу прошлих одлука. Све ово говори у прилог томе да су арбитра подстакнути да доносе *квалитетније одлуке* у односу на одлуке које су други арбитра у прошлости доносили (енг. *exchangeability of expert arbitrators' decisions*).<sup>1161</sup> Ова чињеница представља довољан разлог за *фаворизовање арбитраже у односу на парницу*. С друге стране, када је реч судском поступку, не може се говорити о *конкуренцији између судија* која их подстиче да, на бази свог стручног знања (*попут арбитра*), доносе одлуке које могу побољшати прошле одлуке. Управо се „*разменљивост*“ *арбитражних одлука* издваја као фундаментална карактеристика арбитраже која доприноси ефикасности овог метода решавања спорова.

Хипотеза „*разменљивости*“ *арбитражних одлука* тестирана је низом већ наведених емпиријских истраживања.<sup>1162</sup> Додајмо још једно истраживање спорова око висине плате бејзбол играча у Америци,<sup>1163</sup> којим је тестирана хипотеза *да ће арбитар доносити одлуку према истом критеријуму као остали арбитра, како би избегао могућност да га странке не изаберу*. Истраживање је

---

<sup>1161</sup> У питању је статистички појам, који се означава као *разменљиви низ случајних варијабли*. Под њим се подразумева низ у коме се будући узорци понашају као прошли узорци, у смислу *да је било који низ коначног броја узорака једнако вероватан*. Наиме, арбитражна одлука садржи непредвидиву компоненту која се може оценити на основу *функције густине распореда вероватноће*. Уколико је за неки скуп варијабли,  $Y_1, \dots, Y_n$ , заједничка дистрибуција вероватноће пермутованог низа  $Y_{\sigma(1)}, \dots, Y_{\sigma(n)}$  иста као и заједничка дистрибуција вероватноће оригиналног низа, у питању је *разменљиви низ случајних варијабли*. Видети: Orley Ashenfelter, *op. cit.*, 1987, стр. 342–343, фуснота бр. 1.

<sup>1162</sup> Видети, примера ради, Max H. Bazerman, Henry S. Farber, *op. cit.*, 1985; Henry S. Farber, Max H. Bazerman, *op. cit.*, 1986.

<sup>1163</sup> Видети: David J. Faurot, Stephen McAllister, *Salary Arbitration and Pre-Arbitration Negotiation in Major League Baseball*, *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 45, 1992, стр. 697–710.

показало да арбитри доносе одлуке на основу *низа чињеница* спецификованих у основном уговору, попут: учинка играча у претходној години, успеха у каријери, учинка у претходном клубу, претходне висине плате, итд. Према томе, арбитри су подстакнути да доносе одлуке на *чврстој чињеничној подлози* из страха да не изгубе посао, узимајући у обзир јаку конкуренцију између њих. Хипотеза „разменљивости“ арбитражних одлука индиректно је потврђена и споменути *Асхенфелтеровим (Ashenfelter)* истраживањем,<sup>1164</sup> којим је доказано да је диспропорционално *већи* број победа синдиката у односу на број победа послодаваца у арбитражном поступку последица *преговарачке позиције, а не нестручности или пристрасности арбитра*. Конкретније речено, синдикати су, у просеку, упућивали *разумније понуде*, због чега је и њихов успех био *већи* у односу на послодавце, чиме је хипотеза „разменљивости“ арбитражних одлука још једном потврђена.

Све у свему, *конкуренција арбитра* представља кључни фактор за доношење *стручних и непристрасних одлука*. Ако би поред тога, узели у обзир и остале позитивне карактеристике арбитраже, попут: флексибилности, нижег степена антагонистичког односа између станака, брзине одвијања поступка и других, може се, генерално гледано, *извући закључак да је арбитража заиста ефикаснији метод решавања спорова у односу на парницу*. Уосталом, *широка употреба арбитраже* ради решавања радних и трговачких спорова говори у прилог ефикасности овог *АДР* метода. Шире гледано, уколико је *понуда метода решавања спорова било које врсте већа*, од тога корист могу имати само странке. При том, када се узме у обзир и *стручно знање* с којим располажу арбитри ради решавања конкретних спорова, онда критике арбитраже, попут оне да не генерише позитивне екстерне ефекте као парница, или да повећава трансакционе трошкове преговарања, *губе на значају*.

#### **4. Судски анексирана арбитража**

Имплементација *судски анексиране арбитраже (или судске арбитраже)* у оквиру судских система појединих америчких држава диктирана је *разлозима*

---

<sup>1164</sup> Видети: Orley Ashenfelter, *op. cit.*, 1987.

ефикасности.<sup>1165</sup> Судови појединих америчких држава прихватили су *судску арбитражу* управо ради смањења трошкова редовног парничног поступка и због редукције одлагања тог поступка. При том, ваља нагласити<sup>1166</sup> да је судска арбитража настала из другачијих *разлога* у односу на остале *АДР* методе. Док је понуда<sup>1167</sup> осталих (приватних) *АДР* метода решавања спорова детерминисана *тражњом појединаца и група* за специфичном врстом услуга,<sup>1168</sup> дотле је понуда судске арбитраже одређена *тражњом судија* за таквом врстом решавања спорова. Наиме, будући да су судије изложене константном притиску брзог решавања спорова, тј. решавања спорова без суђења, у Америци се појавио један *покрет* у оквиру судова који пропагира *АДР* методе решавања спорова. Реч је о судијама који заступају став да је парница *лош метод*, те је унутар судова потребно развијати *АДР* методе, артикулишући на тај начин тражњу за *судском арбитражом*, која би представљала *јавну*, а не приватну установу. У ствари, у овом случају може се говорити о некој врсти *супституције* тражње странака од стране судија, тј. о јавном залагању судија, у *име и за рачун странака*, за увођење судски анексиране арбитраже, која би се финансирала новцем пореских обвезника. Међутим, одређени подаци указују да *не постоји повећано интересовање странака за алтернативним решавањем спорова*, самим тим, и судском арбитражом. Конкретније речено, ниво тражње је *сличан*, када је реч о *АДР* методима решавања трговачких спорова, с једне стране, и парници, као конвенционалном методу, с друге стране.<sup>1169</sup>

Надаље, постоје два вида судске арбитраже, један као *обавезан* и други као *опциони*. Другим речима, постоји систем у коме су прописани случајеви у

---

<sup>1165</sup> Видети о судској арбитражи: Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 127–129.

<sup>1166</sup> Видети: Edward Brunet, *op. cit.*, 1987, стр. 48–54.

<sup>1167</sup> Понуда метода решавања спорова *није монолитна*, будући да различите организације, групе и предузећа нуде услуге решавања различитих врста спорова. Следи да постоји *оштра конкуренција* на страни понуде метода решавања спорова, бар када је реч о Америци. У литератури се говори о „растућој индустрији“ развоја *АДР* метода решавања спорова. Видети: A. Leo Levin, Denise D. Colliers, *Containing the Cost of Litigation*, Rutgers Law Review, Vol. 37, 1985, стр. 248.

<sup>1168</sup> Под специфичном врстом услуга подразумева се потреба за брзим, јефтиним и стручним решавањем спорова. Наравно, потребе странака за експертизом значајно се разликују, што условљава и развој *специфичних* метода решавања спорова, попут мини-парнице или медијације у радним споровима. О томе ће бити више речи приликом разматрања *осталих АДР метода решавања спорова*.

<sup>1169</sup> Видети: William M. Landes, Richard A. Posner, *op. cit.*, 1979, стр. 250–251. Наглашавамо да су неопходна даља емпиријска истраживања повећане тражње за *АДР* методима, тако да резултате претходног истраживања прихватамо са резервом.

којима странке морају учествовати у судској арбитражи, чиме она добија обресе *обавезности*, односно систем у коме је учествовање у судској арбитражи питање *избора странака*. Но, имплементација судски обавезне арбитраже, с једне стране, довела је у питање *приватност и добровољност* – традиционалне карактеристике арбитражног поступка и, с друге стране, *право на суђење у редовном поступку*. У америчкој судској пракси уобичајено се сматра<sup>1170</sup> да све користи које произилазе из судске арбитраже (снижење трошкова, убрзање поступка и друге) надмашују потенцијално угрожавање фундаменталног права странака на суђење у редовном поступку. У вези с тим, сматра се<sup>1171</sup> да обавезна судска арбитража, која је прописана за одређене случајеве, ствара *ex ante* подстицаје странкама да приступе преговорима и склапању поравнања *pre* отпочињања усмене расправе и да донета арбитражна одлука креира *ex post* подстицаје да странке приступе преговорима око спорних питања.

Ипак, одређени аутори<sup>1172</sup> упозоравају да *растућа формализација* судске арбитраже може угрозити ефикасност овог поступка. Други аутори,<sup>1173</sup> такође, истичу да *приближавање* арбитражног поступка редовном парничном поступку за последицу може имати повећање трошкова и дужине самог поступка, као и да *поједностављење поступка откривања* (енг. *discovery process*) у оквиру арбитражног поступка једино може гарантовати ефикасност арбитраже у односу на парницу.<sup>1174</sup> Но, елиминисање или минимизација откривања информација свакако може угрозити корист коју странка добија чином обелодањивања информација које су у поседу друге странке.<sup>1175</sup> То значи да поједностављивање поступка откривања у оквиру арбитражног поступка, диктирано разлогом ефикасности, мора бити у *равнотежи* са коришћу коју странке добијају откривањем информација.

---

<sup>1170</sup> Видети: Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 128.

<sup>1171</sup> *Ibid.*, стр. 127.

<sup>1172</sup> *Ibid.*, стр. 129.

<sup>1173</sup> Видети: Stephen J. Ware, *Paying the Prices of Process: Judicial Regulation of Consumer Arbitration Agreements*, *Journal of Dispute Resolution*, 2001, стр. 89–100.

<sup>1174</sup> Арбитража има предност над парницом и зато што уговарање арбитражних клаузула за последицу има уштеду трошкова решавања спорова привредним субјектима, услед чега и купци имају користи у виду *снижавања цена производа и услуга*. Зато се у теорији упозорава да свака промена арбитражног поступка мора бити одвагана према *економским последицама*, у смислу ко плаћа за ту промену и по којој цени. Видети: *ibid.*, стр. 89, стр. 99–100 и на другим местима.

<sup>1175</sup> Видети: Robert H. Mnookin, *op. cit.*, 1998, у оквиру одељка о арбитражи и суђењу (електронска верзија).



## 5. Арбитража као јавна или приватна установа?

Примена (судске) арбитраже у појединим судовима у Америци покренула је значајно питање *препуштања арбитраже држави или странкама?* Другим речима, *поставило се питање ефикасности, самим тим, и оправданости „подржављења“ ове, у основи, приватне установе?* Тиме је покренута шири расправа око идеје да би држава требало да преузме монопол у понуди свих АДР услуга. У прилог томе, истиче се<sup>1176</sup> како јединствена понуда АДР услуга од стране државе (судова) доводи до *смањења трошкова потраживања тих услуга*, будући да их корисници могу добити *на једном месту*. Другим речима, због веома разнолике понуде АДР услуга, повећавају се информациони трошкови странака, тако да монополизована (државна) понуда тих услуга ствара мање конфузије и доводи до *смањења трансакционих (информационих) трошкова странака*. С друге стране, постоје аргументи<sup>1177</sup> против идеје о „подржављењу“ приватних АДР метода решавања спорова. Пре свега, било који вид државне интервенције на тржишту одређених услуга може довести до *смањења продуктивности*. Такође, упркос (бар на теоретском нивоу) одређеним предностима *интеграције* различитих метода у јединствени државни сервис, пре свега у виду *економије скале*, ваљало би истаћи да је решавање спорова *радно интензивна делатност*, у којој истакнуте предности економије скале не морају доћи до изражаја. Надаље, јединствени државни сервис услуга решавања спорова нужно би имао за последицу *елиминисање подстицаја за процедуралне иновације*, који би постојали (*који заиста и постоје*) на приватном тржишту АДР услуга.

Но, ради побољшања квалитета постојеће судски анексиране арбитраже у Америци, Брунет предлаже<sup>1178</sup> одређене реформе ове установе, пре свега у домену *арбитражне процедуре*. Свесна да државно (судско) мешање у АДР решавање спорова може бити контрапродуктивно, ова ауторка истиче да је реформу потребно спровести *опрезно и у зависности од врсте случаја*. Конкретније речено, она сматра да је судска интервенција неопходна ради

<sup>1176</sup> Видети: Edward Brunet, *op. cit.*, 1987, стр. 52.

<sup>1177</sup> *Ibid.*

<sup>1178</sup> *Ibid.*, стр. 53–54.

побољшања поступка откривања информација и ради унапређења административних процедура. При том, судска интервенција није нужна код свих врста спорова, тј. *присуство судије није неопходно у свим споровима ради откривања битних информација*, већ само када је реч, примера ради, о *комплексним споровима*. Но, присуство судије у овом алтернативном поступку може угрозити саму суштину арбитраже, која је иначе настала као приватна установа, првенствено ради убрзања поступка и снижења трошкова – чега је ова ауторка, свакако, свесна.

Све у свему, искуство у примени судски анексиране арбитраже у оквиру америчких судова може бити корисно за нашу земљу. Све претходно истакнуте мане и предности судске арбитраже могу корисно послужити оним земљама које немају тако високо развијен систем *АДР* метода решавања спорова, било као приватних установа било под окриљем државе (судова). Но, свакако би ваљало нагласити да претерана интервенција државе на тржишту приватних услуга генерално, па и *АДР* услуга, може бити веома штетна. Арбитража је, изворно гледано, *творевина странака*, која је настала на основу понуде и тражње за специфичном врстом метода решавања спорова. Пословна пракса је наметнула настанак и развитак нових метода решавања спорова и створила подстицаје за разне процедуралне иновације којима се убрзава и поједностављује сам поступак решавања спорова. Тржиште је институција у оквиру које се најбоље верификују потребе странака за разним услугама. Тржиште је показало да су, сем парнице, потребни и други методи решавања спорова. Будући да је парница, као јавно добро, у надлежности *државе*, њено претерано уплитање у функционисање приватних установа не може бити оправдано. С тим у вези, прихватамо горенаведене аргументе да државна интервенција може довести до *смањења продуктивности и смањења подстицаја за процедуралне иновације*, када је реч о алтернативним методама решавања грађанскоправних спорова.

## ПЕТИ ДЕО

### ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ОСТАЛИХ АДР МЕТОДА

У овом делу рада изложићемо *остале алтернативне методе решавања грађанскоправних спорова*. Фокус наше пажње биће појам, карактеристике, врсте и, нарочито, *ефикасност ових метода*. Пре свега, *неопходно је испитати да ли и у којој мери су остали АДР методи ефикаснији од парнице, као редовног метода*. Но, будући да појам *остали АДР методи* обухвата различите специфичне методе решавања спорова, попут: мини-парнице, мед-арба, ране неутралне евалуације и других, ваљало би у *компарацији једних (метода) са другима* проучити њихову ефикасност и, на тој основи, извести одређене закључке и препоруке.

Редослед излагања *осталих АДР метода*, који се често називају и *хибридним методима*, резултат је слободног избора аутора, при чему ће се акценат посебно ставити на оне методе који налазе, или могу наћи, примену у нашем систему. Они методи који су карактеристика америчког правног система, и једино у његовом оквиру могу да функционишу, биће приказани једино илустрације ради.

## ГЛАВА 1

### МЕД-АРБ

#### *1. Појам и форме мед-арба*

Једно занимљиво истраживање, наведено у овом раду,<sup>1179</sup> показује да је медијација ефективнија уколико након ње следи *арбитража* (у којој медијатор преузима улогу арбитра), у односу на *стандардну форму медијације*. У питању је *мед-арб*, који се може сврстати у *остале методе решавања грађанскоправних спорова*. С тим у вези, намеће се потреба за детаљнијим објашњењем *мед-арба*, као и за испитивањем његове ефикасности у односу на парницу и остале *АДР* методе.

*Мед-арб* представља специфичан метод решавања спорова који, као што назив сугерише, садржи елементе *и медијације и арбитраже*. Процесно гледано,<sup>1180</sup> *мед-арб* је двофазни поступак решавања спорова, који отпочиње као медијација, у првој фази, а затим прераста у арбитражу, у другој фази. Уколико се поступак пред медијатором оконча неуспехом, трансформише се у арбитражни поступак. При том, улога медијатора и арбитра припада *истом лицу*. Присуство трећег лица, који у другој фази доноси *обавезајућу одлуку* за странке, подстиче странке на преговарање и склапање поравнања.

Осим овог стандардног *мед-арба*, постоји и једна форма *мед-арба* у којој медијатор наступа као *арбитар-саветник*. Наиме, медијатор саветује (информише) странке о томе каква би арбитражна одлука могла да буде, услед чега се стварају јаки подстицаји да се странке поравнају на добровољној основи.<sup>1181</sup> Затим, постоји<sup>1182</sup> и форма *мед-арба* која има за циљ да обезбеди

---

<sup>1179</sup> Видети одељак под називом *Емпиријско истраживање ефективности медијације у односу на мед-арб*.

<sup>1180</sup> Видети: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 242.

<sup>1181</sup> Видети: Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 201.

<sup>1182</sup> Видети: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 242–243.

*извршење* споразума склопљеног у поступку медијације. Наиме, будући да је исход успешне медијације уговор о вансудском поравнању, потребно је осигурати његово извршење. Управо се то чини трансформацијом поступка медијације у арбитражни поступак, када се назире закључење тог споразума. Закључење споразума у арбитражном поступку омогућава арбитрама да израде одлуку (*award made by consent*), која ће имати снагу извршне исправе и која ће моћи да се принудно изврши. У овоме се огледа ефикасност мед-арба, јер омогућава *успешно окончање успешне медијације*.

## 2. (Не)ефикасност мед-арба

Мед-арб се сматра *ефикасним методом решавања спорова* из простог разлога јер, у случају неуспеха у поступку медијације, странке неће морати *изнова* да износе случај пред *новим лицем*. Уколико су оне изузеле спор из надлежности суда и споразумно га повериле *истом лицу* у улози медијатора и арбитра, моћи ће успешно да окончају спор у оквиру једног, додуше, хибридног поступка. Тиме овај поступак добија на *брзини* и *економичности* (уштеда новца, времена и других ресурса).

Одређене студије<sup>1183</sup> показују да странке показују већу склоност ка преговарању и склапању поравнања у оквиру овог *хибридног поступка* него у оквиру класичног поступка медијације. Ова предност мед-арба над медијацијом објашњава се страхом странака од губитка контроле уколико би спор био поверен *арбитру*, или страхом од приклањања *ауторитету* који би одлучивао о њиховој позицији. Из овога се даље може закључити да *мед-арб* и *медијација* имају предност над *арбитражом*, управо због осећаја странака да имају контролу над коначним исходом. Тај осећај странака, као одређена истраживања указују,<sup>1184</sup> доприноси да оне оцењују поступак, као и сам исход поступка, *правичнијим*, што је веома битно за побољшање њихових односа и превенцију нових спорова.

Но, у теорији<sup>1185</sup> се истичу одређене *слабости* овог поступка. Наиме, критике се упућују у погледу доношења *(не)правичне одлуке* у арбитражном

<sup>1183</sup> Видети: Neil B. McGillicuddy, Gary L. Welton, Dean G. Pruitt, *op. cit.*, 1987.

<sup>1184</sup> Видети, на пример, Donald E. Conlon, William H. Ross, *Influence of Movement Toward Agreement and Third Party Intervention on Negotiator Fairness Judgments*, The International Journal of Conflict Management, Vol. 3, Issue 3, 1992, стр. 207–221.

<sup>1185</sup> Видети: Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 201.

поступку, будући да неутрално лице (арбитар) долази у посед *поверљивих информација* у поступку медијације (у коме је претходно имао улогу медијатора). Уколико неутрално треће лице (арбитар) *већ* зна поверљиве информације *пре* доношења обавезне одлуке, поставља се питање правичности донете одлуке. Ако он, рецимо, зна да је тужилац био спреман да се поравна за *1.000.000 динара*, а поступак медијације се оконча неуспехом, у наставку поступка може донети одлуку на бази те поверљиве информације, тј. да досуди *1.000.000 динара* у корист тужиоца. На тај начин се доводи у питање правичност донете одлуке од стране арбитра. Надаље, постоји могућност да се странке *стратегички* понашају у фази медијације, будући да се отворена размена информација може негативно одразити на њихову позицију у фази арбитраже. Такво стратегијско понашање може *смањити вероватноћу склапања поравнања* у фази медијације, услед чега стандардна медијација задобија предност над мед-арбом.<sup>1186</sup>

Затим, из ових карактеристика хибридног поступка, закључујемо да и сам поступак медијације има предност над арбитражом, јер су у поступку медијације странке окренуте ка *заједничком решавању проблема*, за разлику од арбитраже где су окренуте ка *убеђивању арбитра у исправност својих ставова*. Управо оваква позиција странака у арбитражном поступку условљава *стратегичку контролу информација*, што за последицу може имати *отежани положај арбитра* (за разлику од медијатора) у *трансмисији информација*, као предуслова ефикасног решења спора. Једноставније речено, *проток информација* је отежан у арбитражном поступку, што омета ефикасно решење спора.

Напоследку, у теорији<sup>1187</sup> се истиче и недостатак мед-арба који се огледа у тзв. *конфузији улога*. Наиме, одвојено посматрано, понашање арбитра и понашање медијатора није, и не може бити, идентично, будући да свако има своје дистинктивне надлежности. Грубо посматрано, надлежност арбитра, уколико је уговором прописана, јесте у доношењу *одлуке којом спор решава и*

---

<sup>1186</sup> Видети: W. H. Ross, D. E. Conlon, *Hybrid Forms of Third-Party Dispute Resolution: Theoretical Implications of Combining Mediation and Arbitration*, The Academy of Management Review, Vol. 25, No. 2, April 2000, стр. 416–427.

<sup>1187</sup> Видети: John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, *op. cit.*, 1996а, стр. 745–749, где је парафразиран рад: Lon Fuller, *Collective Bargaining and the Arbitrator*, Proceedings, Fifteenth Annual Meeting, National Academy of Arbitrators 8, 1962, стр. 29–33, стр. 37–48.

која најчешће обавезује странке. У арбитражном поступку, странке имају могућност да презентују арбитра *доказе* ради доношења одлуке у њихову корист. С друге стране, надлежност медијатора јесте да *посредује* између страна у спору ради закључења обострано прихватљивог споразума. У поступку медијације, процедура је „подешена“ у смеру откривања одређеног *образца обостраног прилагођавања странака*, а који би задовољио интересе обеју странака. Видимо да ови различити методи решавања спорова имају *различите сврхе* – сврха арбитраже јесте доношење одлуке којом се спор решава, док је сврха медијације постизање оптималног споразума између странака. Поред разлике у самој сврси ових поступака, која се између осталог испољава у различитим процедурама, постоје и друге разлике – пре свега, у погледу самих *чињеница* које се утврђују у овим поступцима, као и *третмана* арбитра, односно медијатора према њима. Наиме, будући да је циљ медијације споразум, а циљ арбитраже одлука, и третман чињеница од стране медијатора, односно арбитра мора бити другачији. Узимајући то у обзир, након неуспеле медијације, арбитар мора да сагледа чињенице у *потпуно другачијем светлу*, што није нимало лако и једноставно. Уколико је арбитар претходно поступао као медијатор – као неко ко је испитивао интересе странака ради њиховог усклађивања и закључења обострано прихватљивог споразума, поставља се питање да ли он може, у другој фази, да донесе одлуку без икакве сумње у његову непристрасност. Једноставно речено, није једноставно, иако је то некад неопходно, да исто лице игра *двоструку улогу* – улогу медијатора и улогу арбитра. Но, у неким споровима, пре свега радним споровима, трансформација арбитра у медијатора може бити, као што пракса показује, веома корисна. Рецимо, ако је потребно избалансирати плате свим радницима у некој организацији, технике медијатора су и више него корисне. Тиме се постиже узајамно усклађивање различитих интереса радника. Арбитар, у улози медијатора, може предложити *привремени споразум*, уз уважавање различитих аргумената радника. Након успешно спроведеног поступка медијације, арбитар може коначни споразум да *преточи* у своју одлуку. Према томе, и поред очите *конфузије улога*, некада је потребно и корисно да арбитар, нарочито ако је искусан у свом послу, примени технике медијатора, као што овај пример и показује.

### 3. Мед-арб у пракси

*Мед-арб* се првобитно користио као метод решавања *радних спорова* у колективном преговарању између синдиката и послодаваца. И данас се најчешће користи ради решавања спорова око услова за закључење уговора између радника (синдиката) и послодаваца у *јавном сектору*. Поједина истраживања<sup>1188</sup> указују да арбитри у овим радним споровима у 30% до 40% *случајева* прво покушавају да спор реше *медијативним техникама*, а тек онда стандардним арбитражним техникама. Временом је овај метод проширио подручје примене, тако да се данас користи и ради решавања *трговачких спорова*. Осим тога, у Америци се мед-арб користи не само као приватна установа, већ и као *јавна установа* у оквиру појединих судова. Другим речима, дошло је припајања (анексије) овог хибридног метода од стране судова.<sup>1189</sup>

У појединим америчким државама (рецимо, у држави *Мичиген*) примењује се *мед-арб* у јавном сектору.<sup>1190</sup> Наиме, у овој држави се користи *арбитража коначних понуда странака* ради решавања радних спорова у јавном сектору. При том, странке могу да преиспитају и ревидирају своје понуде у току самог арбитражног поступка. Надаље, након што странке презентују доказе у посебном поступку (енг. *hearing*),<sup>1191</sup> и пре него што прихвате једну од понуда странака, арбитри могу да упуте странке на *даље преговарање*. У току овог посебног поступка, арбитри могу исказати „наклоност“ према једној странци, што за последицу може имати преиспитивање позиције друге странке. Очито је да арбитри у овом поступку *сугеришу* странкама да се поравнају у непосредним преговорима, преузимајући улогу *медијатора*.

Закони неких других америчких држава (рецимо, државе *Њу Џерси*) су *институционализовали* мед-арб у појединим деловима јавног сектора (полиција и ватрогасне службе).<sup>1192</sup> Наиме, у овој држави *експлицитно* је прописана

---

<sup>1188</sup> Видети: John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, *op. cit.*, 1996а, стр. 744, где је цитирано према: James L. Stern at al., *Final-Offer Arbitration: The Effects on Public Safety Employee Bargaining*, Lexington, Mass.: Lexington Books, 1975, стр. 140.

<sup>1189</sup> Видети: Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 200.

<sup>1190</sup> Видети: John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, *op. cit.*, 1996а, стр. 744.

<sup>1191</sup> Овај поступак се спроводи *пре* одласка на суђење. У њему се примењују једноставнији стандарди процедуре и доказивања. Користи се и у грађанским и у кривичним предметима. Видети: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/hearing>

<sup>1192</sup> Видети: John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, *op. cit.*, 1996а, стр. 745.



надлежност арбитра да покушају са медијацијом у споровима у којима учествују полицајци и ватрогасци. У пракси се најчешће дешава да арбитражи у овим споровима наступају *веома оштро*, са циљем да заплаше странке и *приморају* их на закључење споразума. Може се уочити да фаза медијације у оквиру мед-арба искаче из *традиционалних калупа*, будући да треће неутрално лице не наступа као *посредник* – као неко ће посебним техникама посредовања (по дефиницији, *мирољубивим*) довести до обострано прихватљивог споразума. Можда се одређено оправдање за такво поступање може наћи у *природи посла* којим се баве полицајци и ватрогасци.

## ГЛАВА 2

### МИНИ-ПАРНИЦА

#### *1. Појам мини-парнице*

На први поглед, *мини-парница* (енг. *Mini-Trial*) асоцира на парницу, као редован метод решавања спорова, али заправо је реч о посебном *АДР* методу мирног решавања спорова. У суштини, мини-парница јесте *процес*, чија је сврха закључење уговора о поравнању између супротстављених страна, и који садржи елементе *преговарања*, *медијације* и *парнице* (нарочито у погледу презентације доказа). Сам назив „мини-парница“ јесте кованица новинара Њујорк Тајмса (*New York Times*), који је овај термин употребио како би описао успешне преговоре у вишемилионском случају повреде патента (*TRC Inc. vs. Telecredit, Inc.*).<sup>1193</sup>

Мини-парница се може разумети тројако.<sup>1194</sup> Прво, мини-парница представља *приватни метод решавања спорова*, који не укључује државну интервенцију. Као приватни метод, мини-парница је настала 1977. године, ради решавања спора поводом повреде патента, али је касније проширила подручје примене на пословне односе и спорове са државним агенцијама. Приватна мини-парница јесте искључиво „продукт“ странака и у њој странке имају високу аутономију да креирају правила по свом нахођењу.<sup>1195</sup> Друго значење мини-парнице односи се на *технику решавања спорова у оквиру државног (судског) система*. У том значењу, мини-парница представља „унапређену технику преговарања“ или „убрзану парницу“.<sup>1196</sup> Ваља нагласити да у овој тзв. *судској мини-парници*, *судија*, као председавајући, активно учествују у избору

<sup>1193</sup> Видети: Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 191–192.

<sup>1194</sup> Видети: *Civil Litigation: The Judicial Mini-Trial*, Dispute Resolution–Special Series, Alberta Law Reform Institute, Discussion paper No. 1, August 1993, стр. 1–5.

<sup>1195</sup> Видети даље структуру мини-парнице и посебно избор „саветника“ који зависи искључиво од воље странака.

<sup>1196</sup> Видети: *Civil Litigation: The Judicial Mini-Trial*, стр. 5–6.

процедуре и даје мишљење о вероватном исходу на суђењу. Она је еволуирала из приватне мини-парнице и добила ширу употребу у оквиру појединих судова.<sup>1197</sup> Треће значење односи се на то да мини-парница представља *одвојени део парничног поступка*, тј. одвојену фазу парничног поступка у којој се решава неко питање које је део шире целине питања која се решавају иницијално у парници.

Мини-парница представља посебан метод мирног решавања спорова у пословним односима *правних лица* (трговачких друштава). Мини-парница се може покренути<sup>1198</sup> на основу *добровољно* закљученог писаног споразума пословних партнера, којим они именују *представнике* са мандатом да закључе уговор о мирном решењу спора. Овај уговор, уколико се закључи, *обавезује* пословне partnере, због чега се посебна пажња посвећује *избору представника* од стране управе трговачких друштава.<sup>1199</sup>

## 2. Структура мини-парнице

Мини-парница, структурално гледано, састоји се од три фазе.<sup>1200</sup> У првој, уводној, фази (енг. *discovery phase*), странке имају прилику да се упознају са *кључним тачкама случаја*. Ова фаза је кратка, али мора бити довољна за уводну размену информација, која се најчешће одвија разменом писаних поднесака и копија докумената, а које странке намеравају да презентују у следећој фази поступка. У другој фази (енг. *hearing*), која такође има за циљ размену информација, правни заступници странака (адвокати) презентују случај представницима управе трговачких друштава. У овој фази, акценат се ставља на презентацију саме суштине (вредности) случаја.<sup>1201</sup> При том, ваљало би нагласити да представници управе трговачких друштава имају овлашћење да закључе уговор о мирном решењу спора. Конкретније речено, у овој фази се одвија „жива“ и отворена унакрсна расправа, у којој може учествовати (*ако се*

---

<sup>1197</sup> Рецимо, Врховни суд Британске Колумбије (Канада) користи мини-парницу за решавање спорова из своје надлежности.

<sup>1198</sup> Мини-парница се, у ствари, иницира *писаним или усменим захтевом* једне странке, али се, у крајњем, неће покренути док друга страна не пристане на овај вид решавања спора.

<sup>1199</sup> Видети: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 249.

<sup>1200</sup> Видети: Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 192–195.

<sup>1201</sup> Странке, најчешће, у писаном споразуму, унапред, одређују евентуална ограничења обима презентације доказа.

странке сагласе) у својству „саветника“ и пензионисани судија или професор правних наука.<sup>1202</sup> Улога „саветника“ исцрпљује се искључиво у давању савета, коментарисању изложених аргумената, или постављању питања сведоцима или адвокатима. Он може, такође, на захтев странака, да изврши *евалуацију случаја* и, на тој основи, да своје мишљење у погледу *очекиваног исхода на суђењу*.<sup>1203</sup> Ако странке затраже, „саветник“ може да одигра и улогу *медијатора* у спорном случају.<sup>1204</sup> Улога неутралног саветника јесте битна, будући да помаже представницима управе трговачких друштава да *оцене слабости и предности своје позиције у спору*. У сваком случају, са или без „саветника“ (у ком случају адвокати странака имају важну улогу), циљ ове фазе јесте подстицање странака на мирно решење спора. Нарочито давање саветодавног мишљења у погледу очекиваног исхода на суђењу може подстакнути странке на поравнање. Наглашавамо да учешће *искусног* (пензионисаног) *судије*, може, свакако, допринети овом циљу. Тиме долазимо и до *последње фазе* мини-парнице (енг. *settlement discussions*), у којој претходна размена информација представља солидну основу за почетак преговора (који могу трајати недељама) око закључења уговора о поравнању. У овим непосредним преговорима не учествују странке, или њихови адвокати, већ представници управе трговачких друштава, који, као што је речено, имају овлашћење да закључе уговор о поравнању. Они имају *на столу* кључне тачке спора и будући да нису *активно* учествовали у претходним фазама мини-парнице могу реалније да сагледају предмет спора, чиме је већа вероватноћа његовог успешног окончања. Ако се евентуално ова последња фаза не оконча успешно, ни после саветодавног мишљења у погледу очекиваног исхода на суђењу,<sup>1205</sup> ни после пружених

---

<sup>1202</sup> У Америци, *Америчка арбитражна асоцијација* (скр. *AAA*), обезбеђује листу „саветника“ са које странке могу извршити избор. Ако се не сагласе око избора, сама асоцијација може, на захтев странака, да постави „саветника“. Трошкове „саветника“ сnose странке на једнаке делове, осим ако писаним споразумом није другачије одређено. Видети правила R11, R12 и R13 трговинске арбитраже, прописана од стране *AAA*: <http://www.adr.org/sp.asp?id=22440>

<sup>1203</sup> Евалуација од стране „саветника“ најчешће се тражи у последњој фази, уколико представници странака нису успели да закључе уговор о мирном решењу спора.

<sup>1204</sup> Захтев за посредничким услугама од стране „саветника“ подноси се у последњој фази мини-парнице.

<sup>1205</sup> Након давања саветодавног мишљења, представници странака се састају поново ради покушаја склапања уговора о поравнању. Ако у томе не успеју, могу упутити *писане понуде* „саветнику“, на основу којих ће он дати *препоруку* у погледу поравнања. Ако ни после препоруке „саветника“ поравнање не буде склопљено, странке морају потражити другачија средства за окончање спора.

посредничких услуга саветника, мини-парница и даље задржава карактеристике *ефикасног АДР метода*, јер целокупна кореспонденција (размена информација) може бити искоришћена на евентуалном суђењу.

### **3. Ефикасност мини-парнице и примена у пракси**

Узимајући у обзир да се (приватна) мини-парница не одвија пред судијом, да је процедура знатно упрошћена, да се поступак брзо одвија<sup>1206</sup> и да поравнање закључују лица која имају менаџерске вештине и која су упућена у суштину спора,<sup>1207</sup> може се извући закључак да је овај АДР метод *ефикасан*. У прилог ефикасности овог метода говоре и следеће његове карактеристике.<sup>1208</sup> Прво, не постоји притисак да странке (правна лица) учествују у овом поступку, те се може очекивати да ће закључити уговор о поравнању, ако су већ *добровољно* пристала на овај начин решавања спора (*принцип добровољности*). Друго, као што је речено, будући да постоји *временски лимит* за презентацију доказа у току поступка, јасно је да то доприноси *убрзању* овог поступка. Но, поред уштеде у времену,<sup>1209</sup> мини-парница доприноси уштеди трошкова и на друге начине. Пре свега, приликом презентације доказа, адвокати странака морају се фокусирати на *кључне тачке*, будући да имају ограничено време излагања. То значи да се количина потребног доказног материјала знатно редукује. Штавише, и *број сведока* мора се свести на разумну меру, управо због тог временског ограничења. Затим, због дуготрајности и формалности

---

<sup>1206</sup> Узимајући у обзир пренатрпаност судова предметима, дужину доказног поступка, честа одлагања расправа и друго, јасно је да мини-парница задобија предност на парницом по питању временског оквира за окончање спора.

<sup>1207</sup> Будући да представници (менаџери) трговачких друштава имају овлашћење за закључење поравнања, то доприноси *очувању пословних односа* страна у спору. Конкретније речено, они најбоље знају како, и у којој мери, интереси страна у спору *конвергирају*, те су у могућности да пронађу неко *креативно решење* које ће учинити да се обе стране осећају победницима (енг. *win-win solution*). Супротно, судска одлука често за последицу може имати да се једна страна осећа као победник, а друга као губитник, што свакако не доприноси очувању добрих пословних односа страна у спору. Ово је једна од предности мини-парнице над парницом.

<sup>1208</sup> Анализа базирана на информацијама из: Lester Edelman, Frank Carr, James L. Creighton, *The Mini-Trial*, Alternative Dispute Resolution Series, Pamphlet 1, US Army Corps of Engineers, April 1989.

<sup>1209</sup> Уштеда времена веома је битна и за ефикасан рад менаџера. Очито је да би парница њима одузела знатно више времена за обављање основне делатности него мини-парница. Следи да су опортунитетни трошкови мини-парнице знатно *нижи* од опортунитетних трошкова парнице. Штавише, менаџери се сами договарају (како њима одговара) око *датума и сатнице расправе* у фази склапања уговора о поравнању, док је у парничном поступку *судија* надлежан да одређује време заказивања наредног рочишта.

парничног поступка, свакако да су трошкови адвоката, сведока и вештака знатно *виши* него у мини-парници. Треће, с обзиром на то да странке саме одлучују о процедури, о томе да ли ће ангажовати „саветника“ и коју ће улогу имати, као и о којим питањима ће дискутовати, следи да је овај поступак у великој мери *неформалан*. Додуше, чињеница је да постоји одређена структура овог поступка, али је она доста *флексибилна*. Управо *неформалност* и *флексибилност* поступка указују да је реч о ефикасном методу решавања спорова.

Но, постоје и одређени, условно речено, *недостаји* мини-парнице. Прво, мини-парница захтева више времена, напора и пажње адвоката и представника трговачких друштава у кратком периоду. Затим, припрема адвоката за мини-парницу може конзумирати знатне трошкове, с обзиром на то да овај једноставнији и краћи поступак захтева од њих квалитетнију припрему. Ипак, сама припрема за мини-парницу и трошкови које изискује, могу се правдати чињеницом да би се адвокати, у сваком случају, морали спремати за парницу, која би се водила поводом конкретног спора који је настао. То практично значи да трошкови мини-парнице *смањују* трошкове парнице, која би се евентуално водила. Штавише, мини-парница доприноси „кристализацији“ случаја, јер ставља акценат на кључне сегменте случаја, што може бити од велике користи у будућој парници. Адвокати су у ситуацији да у мини-парници тестирају своје аргументе и увиде који су од њих заиста убедљиви. Надаље, брже и јефтиније решење спора у мини-парници може покренути питање у трговачком друштву да ли су менаџери *пропустили прилику* да пред судом остваре повољнији резултат. Покретање овог питања може имати негативне реперкусије на односе појединаца у самом друштву. Затим, брига у вези с мини-парницом изражава се по питању (намерне) погрешне презентације доказа и давања лажних изјава, с обзиром на то да мини-парницом не руководи судија, као *морални ауторитет*, као и да странке не полажу *заклетву* да ће говорити истину. Но, питање је да ли је овај недостатак ексклузивитет мини-парнице, будући да се идентичан проблем може јавити и у самој парници.

Ефикасност мини-парнице доказана је њеном применом у пракси.<sup>1210</sup> Рецимо, *Америчка војна инжењерија* (енг. *US Army Corps of Engineers*)

---

<sup>1210</sup> Видети: Lester Edelman, Frank Carr, James L. Creighton, *op. cit.*, April 1989, стр. 7.

стандардно користи овај *АДР* метод решавања спорова. На пример, спор са једним предузећем (*Industrial Contractors, Inc.*), ова државна агенција решила је за *мање од три дана* и за износ који је скоро *упола нижи* од првобитно испостављеног захтева. И друге америчке државне агенције користе мини-парницу за решавање спорова, попут *Одсека америчке ратне морнарице*. Исто се може рећи и за познате америчке компаније, као што су: *AT&T, Shell Oil, Texaco, Control Data* и друге.

Када је реч о *врсти спорова* који су погодни за мини-парницу, поред горенаведених, издвајамо следеће:<sup>1211</sup> повреда патената, спорови поводом штете од ствари са недостацима, антимонополски случајеви и други.

---

<sup>1211</sup> Видети: Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 195.

## ГЛАВА 3

### ПРИВАТНО СУЂЕЊЕ

#### *1. Појам и карактеристике приватног суђења*

Посебан вид алтернативног решавања спорова у Америци, доста неуобичајен за нашу праксу, представља тзв. *приватно суђење* (енг. *private judging*). Како сам назив каже, реч је о суђењу којим руководи појединац, најчешће *пензионисани судија*, који је ангажован од странака у спору да исти реши. Будући да се његове услуге *изнајмљују*, у теорији<sup>1212</sup> се користи и термин „изнајмљени судија“ или „изнајмљено суђење“. За овај вид *изнајмљивања* потребна је, свакако, *сагласност* страна у спору. Но, одмах се намеће питање ко се све може наћи у улози *приватног судије*. Теоретски гледано, испада да странке могу ангажовати било које лице, *правника или лаика*, да пресуди њихов спор. Ипак, може се уочити да странкама уопште није у интересу да препусте спор на решавање било ком појединцу. У пракси се, као што је речено, најчешће ангажује пензионисани судија, чиме се, у ствари, потврђује теза да странке желе *искусног правника* са добрим правничким вештинама. Ангажовање искусног (пензионисаног) судије, свакако, даје кредибилитет овом *АДР* методу.<sup>1213</sup>

Према законима неких америчких држава, одлука коју приватни судија доноси има снагу *судске пресуде*. Тако, рецимо, према прописима америчке државе *Калифорнија*,<sup>1214</sup> суд може нерешен случај да *унути* изабраном приватном судији.<sup>1215</sup> Суд може то исто да учини и на основу *претходно закљученог писаног уговора*, којим се предвиђа надлежност приватног судије у

<sup>1212</sup> Видети: John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, *op. cit.*, 1996а, стр. 752.

<sup>1213</sup> Видети: Jill S. Robbins, *The Private Judge: California Anomaly or Wave of the Future?*, доступно на: [http://www.iaml.org/cms\\_media/files/the\\_private\\_judge.pdf](http://www.iaml.org/cms_media/files/the_private_judge.pdf), стр. 2.

<sup>1214</sup> Видети: Cal.Code Civ.Pro. §§ 643, 644.

<sup>1215</sup> У ствари, суд *поставља* изабраног појединца за приватног судију, који се означава као „привремени судија“ (*Judge Pro Tempore*). Пре постављања, приватни судија полаже и *заклетву*. Детаљније о избору, постављању и полагању заклетве приватног судије, према прописима америчке државе Калифорнија, видети у: Jill S. Robbins, *op. cit.*, стр. 6–7.



случају спора између страна уговорница. Одлука приватног судије, према закону ове државе, изједначена је са судском пресудом. У сваком случају, закони скоро свих америчких држава предвиђају могућност ангажовања приватног судије. Но, одређене разлике, ипак, постоје по питању ефеката које одлука производи, степена државног мешања у овај процес, надлежности приватног судије, итд.<sup>1216</sup>

Када је реч о *времени и месту* одржавања приватног суђења,<sup>1217</sup> странке располажу потпуном слободом да та питања регулишу. То свакако доноси низ предности и за странке и за њихове адвокате. Рецимо, адвокати могу подесити рочишта по (временском) распореду који њима одговара. Договарање времена и места приватног суђења користи и странкама, с обзиром на то да избегавају непотребна одлагања рочишта, која су уобичајена појава у парничном поступку. Даље, у поступку пред приватним судијом примењују се *процесна правила* класичног парничног поступка.<sup>1218</sup> Из тога следи да се и одлука коју доноси приватни судија може *извршити* као судска одлука, а такође, на њу се може уложити и *жалба*.

С обзиром на то да приватни судија доноси одлуку која *обавезује* странке и узимајући у обзир да од *воље странака* зависи да ли ће његове услуге бити *изнајмљене*, приватно суђење има сличности са *арбитражом*. Затим, приватни судија, *попут арбитра*, мора поседовати одређена *стручна знања* како би са успехом решио спор. У ствари, *специфичност одређених спорова* захтева ангажовање стручних лица, због чега се приватни судија, са искуством у одређеној материји, показује као прави избор за странке. Тако су, примера ради, у породичном праву потребна *додатна стручна знања*, која се односе на: малолетничку зависност, методологију плаћања, банкрот, и друго. Управо ангажовање приватног судије са потребним квалификација доприноси да се странке и адвокати осећају сигурно по питању решавања спора. Но, за разлику од арбитражне одлуке, одлука приватног судије може се *увек* побијати жалбом.<sup>1219</sup>

<sup>1216</sup> Видети: Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 199.

<sup>1217</sup> Видети: John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, *op. cit.*, 1996а, стр. 752–753.

<sup>1218</sup> Странке могу, сагласношћу воља, да модификују стандардну процедуру и правила, али виши суд увек задржава право контроле (супервизије) тог споразума.

<sup>1219</sup> Видети о сличностима приватног суђења са арбитражом: Jill S. Robbins, *op. cit.*, стр. 3; и Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 199–200.

Посебно питање представља *избор приватног судије*.<sup>1220</sup> Странке бирају приватног судију, по правилу, према *препоруци* својих адвоката. Но, ту може искрснути низ проблема, попут *размимолажења исхода приватног суђења и дате препоруке*. Другим речима, приватни судија може донети одлуку која је *неповољна за странку*, упркос томе што је она од свог адвоката добила препоруку за ангажовање тог судије. Овај проблем се заобилази потписивањем изјаве адвоката да исход приватног суђења не мора нужно бити у корист његове (њене) странке. Но, посебан проблем представља могућност да приватни судија *балансира у доношењу одлуке*, како не би у будућности остао без посла. Наиме, дешава се да су приватни судија и адвокат једне од странака у „добрим односима“, макар колегијалним, што за последицу може имати стварање сумње код друге странке да је судија пристрасан. Основни разлог због кога би приватни судија могао бити пристрасан лежи у *економским подстицајима да обезбеди будући посао* од стране адвоката са којим „гаји“ добре односе. Међутим, можда ова сумња у непристрасност приватног судије и није толико оправдана, будући да сваки приватни судија има и други подстицај – *да изгради репутацију квалитетног судије*. У сваком случају, последице „сукоба“ ова два подстицаја – за зарадом на основу пристрасности и зарадом на основу репутације, није једноставно проценити. Једина могућност која, свакако, стоји на располагању оној странци која изражава сумњу у непристрасност приватног судије, јесте да се не сагласи са његовим избором.

## **2. Ефикасност приватног суђења**

Основни разлог за ангажовање приватног судије лежи у *брзини одвијања и окончања поступка приватног суђења*. Довољно је узети у обзир систематске недостатке класичног парничног поступка, попут чекања на почетак суђења и заказана рочишта, или превеликог формализма поступка, и увидети све предности приватног суђења. Но, поред ових добро познатих недостатака, ваљало би истаћи да странке и адвокати губе огромно *време* због честог одлагања рочишта у оквиру парничног поступка. Тако се може десити да се суђење од *неколико дана* окончава у року од *шест и више месеци*. При том се и

---

<sup>1220</sup> Видети: Jill S. Robbins, *op. cit.*, стр. 3–5.

странкама *повећавају трошкове* на име пружених адвокатских услуга. Алтернативно, странке могу ангажовати приватног судију, чиме избегавају губитак времена и непотребне трошкове. У том случају, адвокати странака морали би да изврше припрему случаја *само једном*, а не неколико пута као у парничном поступку.<sup>1221</sup>

Може се уочити<sup>1222</sup> да адвокати имају економски подстицај да *препоруче* странкама класично, а не приватно суђење, будући да могу зарадити више новца због честог одлагања рочишта. С друге стране, адвокати који, генерално гледано, пружају такве услуге које ће задовољити странке – у овом случају, адвокати који препоручују приватног судију на бази уштеде трошкова за клијента, *могу зарадити и више новца* него да су препоручили класично суђење. Разлог је што ће задовољна странка уредно платити адвоката и вероватно га препоручити другим људима. Овакав однос адвоката према клијенту пружа могућност за већом зарадом у *дугом року*, с обзиром на то да гради добру репутацију и стиче кредибилитет.

Посебно питање односи се на доступност приватног суђења странкама с обзиром на њихово *материјално благостање*.<sup>1223</sup> Наиме, одмах се уочава да су приватна суђења доступнија имућнијим слојевима становништва. По природи ствари, они могу себи да приуште приватно суђење које је брже, економичније, неформалније и над којим имају већу контролу. Тиме се отвара питање *једнаке заштите грађана пред законом*. Такође, истиче се<sup>1224</sup> да присуство приватних судова може створити такве подстицаје да судије из државног сектора (посебно квалитетне судије) прелазе у приватни сектор, у потрази за већим зарадама. Но, ове критике не могу се сматрати оправданим. Пре свега, ако се узме у обзир пренатрпаност државних судова огромном количином предмета, јасно је да присуство *АДР* метода, самим тим и приватних судова, доводи до растерећења. Такође, могућност одлагања рочишта у парничном поступку ствара основу за *стратегијско понашање странака*. Рецимо,<sup>1225</sup> родитељ који је покренуо парнични поступак да би добио једнако старатељство над дететом, може се

---

<sup>1221</sup> Видети: Jill S. Robbins, *op. cit.*, стр. 13–14.

<sup>1222</sup> *Ibid.*, стр. 14.

<sup>1223</sup> Видети: Jill S. Robbins, *op. cit.*, стр. 15, и Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 200.

<sup>1224</sup> Видети: Jacqueline M. Nolan-Haley, *op. cit.*, 1991, стр. 200.

<sup>1225</sup> Пример преузет: Jill S. Robbins, *op. cit.*, стр. 16.

изложити *ризик* стратегијског одлагања и одуговлачења поступка од стране другог родитеља који већ има пуно старатељство.<sup>1226</sup> Даље, то што богатији појединци могу себи да приуште квалитетнију услугу приватних судова, по нашем мишљењу, и не представља проблем. Државни судови су, с друге стране, увек доступни широј јавности, између осталог, и сиромашнијем слоју становништва. Најзад, чињеница да државне судије прелазе у приватни сектор не мора нужно да представља проблем, јер *конкуренција државног и приватног сектора*, макар у услугама суђења, не може да штети никоме.

---

<sup>1226</sup> Овакво понашање родитеља никако не може бити у интересу детета око чијег старатељства се боре.

## ГЛАВА 4

### РАНА НЕУТРАЛНА ЕВАЛУАЦИЈА

#### *1. Појам, значај и подручје примене ране неутралне евалуације*

*Рана неутрална евалуација* (енг. *Early Neutral Evaluation*) представља посебан АДР метод, који се *почео* користити у оквиру судског система америчке државе *Калифорнија*. Временом је стекао признање и ширу употребу, те се данас користи, као посебан програм, у оквиру судова *многих других америчких држава*, па и под окриљем *федералних судова*.<sup>1227</sup>

Рана неутрална евалуација јесте форма судски анексиране медијације, у којој треће неутрално лице, најчешће респектабилни правник са експертизом у датој области (*у даљем тексту евалуатор*), пружа непристрасну оцену изгледа странака на суђењу. Евалуатор оцењује предности и слабости позиција (аргумената и контрааргумената) обеју страна у спору, што може бити од велике користи за ефикасно решење спора.<sup>1228</sup>

Када је реч о самом *поступку* ране неутралне евалуације,<sup>1229</sup> он се одвија тако што се евалуатор *састаје* са странкама (и њиховим адвокатима) након подизања тужбе<sup>1230</sup> и, том приликом, даје *реалну* процену њиховог случаја. Странке, у почетку без помоћи адвоката, износе аргументе пред евалуатором, након чега евалуатор поставља питања. Присуство евалуатора може бити од помоћи да странке идентификују оне тачке у спору око којих се *не* споре. Уколико успеју у томе, евалуатор их подстиче да закључе *неформалан споразум*. На тај начин евалуатор одваја тачке спорења од тачака око којих се

<sup>1227</sup> Видети: John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, *op. cit.*, 1996б, стр. 219.

<sup>1228</sup> Видети: Robert H. Mnookin, *op. cit.*, 1998, у оквиру одељка о *хибридним методима* (електронска верзија).

<sup>1229</sup> Видети: John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, *op. cit.*, 1996б, стр. 219, где је цитирано према: *Lawyers Get Tips on Using Early Neutral Evaluation*, 4 ADR Rep. 124, April 1990, стр. 124–125.

<sup>1230</sup> Овај састанак не траје дуже од два сата.

странке слажу. Након дискусије, евалуатор напушта просторију у којој се одвијао поступак и приступа изради *неутралне евалуације случаја*. Конкретно, ова евалуација обухвата, ако је то могуће, и процену потенцијалне одговорности за накнаду штете, као и опсег очекиване накнаде штете. Евалуатор, свакако, мора да изнесе *разумне аргументе* који поткрепљују његову процену. Но, пре него што прикаже евалуацију странкама, евалуатор пита странке да ли желе да закључе уговор о поравнању.<sup>1231</sup> Ако не желе, евалуатор приказује и објашњава процену случаја странкама. Та евалуација обухвата и процену очекиваних парничних трошкова на суђењу. Евалуатор, затим, *скицира* план развоја случаја, идентификујући кључне тачке спорења између странака и, потом, предлаже странкама ефикасан начин размене информација. Са тим планом развоја случаја, странке могу да се сложе, а и не морају. У сваком случају, евалуатор је обавези да изради тај план.

Уочава се да рана неутрална евалуација има сличности са *медијацијом*, будући да евалуатор *помаже* странкама да пронађу споразумно решење. Евалуатор, попут медијатора, не може принудити странке да закључе уговор о поравнању. Такође, поступак евалуације одвија се са пуном *поверљивошћу* за странке, а и сам исход тог поступка (процена случаја) није *обавезан* за њих. Једноставно речено, евалуатор може помоћи странкама да *реалније* сагледају своје изгледе на суђењу и трошкове које би поднеле, услед чега се може очекивати (*не засигурно*) да ће склопити поравнање. Оне не морају да прихвате ту процену, али ако је њу сачинио искусан правник са експертизом, повећавају се шансе за склапањем поравнања. Зато се, у ствари, каже<sup>1232</sup> да је рана неутрална евалуација један од *инструмената* за склапање поравнања.

Рана неутрална евалуација је метод подесан за примену у скоро свим грађанскоправним споровима. Посебно они случајеви у којима се странке, или њихови адвокати, разилазе по питању процене вредности случаја, представљају *погодно тло* за рад евалуатора. Исто се може рећи и за случајеве који обухватају специјализована, или одређена техничка питања, те је потребна експертиза стручног лица.

Евалуатори су најчешће *волонтери*, који припрему евалуације, као и првих неколико сати у поступку, раде *бесплатно*. Касније, ако странке желе да

---

<sup>1231</sup> Сваки четврти случај заврши се поравнањем у овој фази. Иначе, евалуатор води *одвојене разговоре* са странкама и помаже им да пронађу споразумно решење.

<sup>1232</sup> Видети: John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, *op. cit.*, 1996б, стр. 220.

задрже евалуатора, морају да сnose додатне трошкове и то на једнаке делове.<sup>1233</sup> Свакако да волонтирање нарушава кредибилитет овог *АДР* метода, будући да временом може *опаст* број потребних евалуатора. Оно што пружа кредибилитет сваком *АДР* методу јесу високо квалификовани, *али и добро плаћени*, експерти. Вероватно је комбинација сношења трошкова ране неутралне евалуације од стране *државе* (судова) и *странака* најприхватљивије решење. Уосталом, такво решење је прихваћено када је реч о судски анексираној медијацији,<sup>1234</sup> са којом, као што је речено, рана неутрална евалуација има великих сличности.

---

<sup>1233</sup> Видети: <http://www.adr.cand.uscourts.gov/adr/adrdocs.nsf/60a53dc732cdb24d88256a8c005e3f12/c721a136da682c8c882564e600603882?OpenDocument>, скинуто дана 11. 6. 2011.

<sup>1234</sup> Видети: John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, *op. cit.*, 1996, стр. 220.

## ГЛАВА 5

### МИРЕЊЕ (КОНЦИЛИЈАЦИЈА)

#### *1. Појам мирeња и подручје примене*

*Мирeње* представља посебан *АДР* метод решавања спорова између супротстављених страна уз учешће и асистенцију трећег неутралног лица (*миритеља* или *концилијатора*). Сврха мирeња огледа се у проналажењу обострано прихватљивог решења, због чега је успостављање *успешне комуникације* између странака од посебне важности. Мирeње нема за циљ само решавање *актуелног спора* између супротстављених странака, већ *превентивно* делује на настанак и развитак будућих спорова. Улога миритеља јесте од пресудног значаја за изналагање могућих решења спора, због чега он одржава низ заједничких или одвојених састанака са странкама. Конкретније речено, миритељ помаже странкама да увиде њихов положај, предности и недостатке њихових позиција, њихове интересе, испитује алтернативне правце решења спора, итд.<sup>1235</sup>

Мирeње, наравно, није погодно за решавање свих врста спорова.<sup>1236</sup> Мирeње најчешће има успеха у следећим споровима: трговинским споровима, грађевинским споровима, случајевима повреде ауторског и патентног права и другим споровима. Затим, због поверљивости и осетљивости актера у спору (*првенствено деце*), мирeње је погодно и за *породичне и брачне спорове*. Најзад, мирeње представља уобичајен метод решавања *индивидуалних и колективних радних спорова*.

Овој последњој врсти спорова посветићемо посебну пажњу у наставку текста, са посебним освртом на домаћу регулативу. Но, пре тога потребно је

---

<sup>1235</sup> Видети: Srđan Štimac, *Mirenje – alternativni način rješavanja sporova*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište Rijeka (1991), v. 27, br. 1, 2006, стр. 612–613.

<sup>1236</sup> Видети: Srđan Štimac, *op. cit.*, 2006, стр. 622.



извршити компарацију мирeња са осталим *АДР* методима, пре свега са медијацијом и арбитражом, јер се на тај начин стиче увид у њене *особене карактеристике*.

## 2. Разлика између мирeња и других *АДР* метода (медијације и арбитраже)

Мирење има заједничких карактеристика са медијацијом,<sup>1237</sup> али је ипак реч о *посебном АДР методу*. У прилог томе, у теорији се истиче<sup>1238</sup> да се поступак медијације, по својој правној природи, разликује од поступка мирeња, у коме је миритељ (концилијатор) овлашћен да помири стране у спору, *али није*, за разлику од медијатора, *овлашћен да предлаже начин решења спора*. Но, према нашем *Закону о мирном решавању радних спорова из 2004. године*, миритељ је овлашћен да странама у колективном спору даје *препоруку о начину решавања спора*.<sup>1239</sup> Очит је *заокрет* домаћег законодавца, *бар када је реч о радним споровима*, у односу на претходна решења у домаћој радноправној теорији, што даље имплицира да се миритељ, суштински гледано, не разликује од медијатора у погледу давања препорука за решење спора. Једноставније речено, и један и други то могу да чине.

Затим се у теорији<sup>1240</sup> истичу и друге карактеристике мирeња по којима се овај метод *разликује* од медијације. Пре свега, истиче се да је медијација *облик* концилијације; да је мирeње *старији* метод решавања спорова од медијације; да медијација има *већи степен самосталности* у односу на мирeње, које се често јавља као претходна фаза арбитражног поступка и друго. Можда се разлика између мирeња и медијације најбоље оцртава у томе што се медијација (посредовање) фокусира на *садржај решења спора*, а концилијација (мирeње) на *социјално-психолошки оквир спора*.<sup>1241</sup> У прилог томе, улога миритеља јесте

---

<sup>1237</sup> Термин „медијација“ и термин „концилијација“ често се користе као *синоними*. У наставку текста ћемо видети да је реч о два, и поред огромних сличности, *различита метода*, из чега следи да и значење термина мора бити различито.

<sup>1238</sup> Видети: Невена Петрушић, *op. cit.*, 2002, стр. 126, где је цитирано према: Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова*, Правни живот, 11/95, III том, 1995, стр. 600–601.

<sup>1239</sup> Видети чл. 4. *Закона о мирном решавању радних спорова*.

<sup>1240</sup> Видети о сличностима и разликама између мирeња и медијације, са позивом на референтну литературу у: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 244–245.

<sup>1241</sup> Видети: Srđan Štimac, *op. cit.*, 2006, стр. 613, фуснота бр. 7, где је цитирано према: N. M. Doukoff, *ARS v Nemčiji s poudarkom na medijaciji*, Pravna praksa, št. 1-2/2002, стр. IX.

да усмерава своју пажњу на поновно успостављање прекинуте комуникације између странака, тј. на *емоције* и *поремећене односе* који стоје у позадини самог спора и сукоба. При том, од техника преговарања, миритељ најчешће користи тзв. *харвардску методу*,<sup>1242</sup> која, у суштини, подразумева вођење преговора на *темељу интереса, а не на темељу права*. Управо се у овој чињеници испољава разлика између мирења, као *АДР* метода, и *парнице*, као редовног метода решавања спора. Сем тога, у поступку мирења, странке имају много *више слободе у испољавању својих ставова и захтева*, будући да, за разлику од парничног поступка, нису њима везане и не могу сносити било какве (позитивне или негативне) консеквенце по том основу. С друге стране, када је реч о парничном поступку, чак и у случају да судија покушава да помогне странкама да склопе *судско поравнање*, постоји суштинска разлика.<sup>1243</sup> Она се испољава у томе: што судија одређује садржај поравнања и што је, по правилу, стриктно везан *правним ставовима* у трагању са могућим решењем; што странке полазе од својих *правних позиција*, а не од својих интереса; што судија има овлашћење да донесе *одлуку* ако странке не успеју са склапањем поравнања, а што за последицу има недостатак слободе и уздржаност странака у испољавању сопствених ставова и захтева, итд.

И на домаћем нормативном терену,<sup>1244</sup> често се не прави јасна разлика између медијације и концилијације. Такође, ни страна правна теорија и пракса не могу се *подичити* прецизним разграничењем ова два метода.<sup>1245</sup> Све у свему, и поред очигледних сличности мирења и медијације, реч је о два (посебна) *АДР* метода, те их тако треба и третирати.

Природа мирења, као посебног метода решавања спорова, може се боље разумети и на основу компарације са *арбитражом*. Наводимо<sup>1246</sup> неколико дистинктивних карактеристика мирења у односу арбитражу. Прво, начелно гледано, поступак мирења се покреће *предлогом за мирење*, за разлику од

---

<sup>1242</sup> Видети: *ibid.*, стр. 616, фуснота бр. 16.

<sup>1243</sup> Детаљније о разлици између склапања поравнања у поступку мирења и склапања поравнања у парничном поступку, видети: *ibid.*, стр. 616–618.

<sup>1244</sup> Видети примере нејасног разграничења медијације и мирења у текстовима одређених домаћих правних аката: Невена Петрушић, *op. cit.*, 2002, стр. 125. Слични примери наведени су у: Невена Петрушић, *op. cit.*, 2004, стр. 41–42.

<sup>1245</sup> Видети: Невена Петрушић, *op. cit.*, 2002, стр. 125–126, фуснота бр. 35.

<sup>1246</sup> Видети: *ibid.*, стр. 245.

арбитражног поступка који се покреће *тужбом*.<sup>1247</sup> Друго, правила која се примењују у поступку мирења у вези са саслушањем и извођењем доказа, *флексибилнија* су у односу на правила која важе у арбитражном поступку. Треће, утицај странака на арбитражни поступак исцрпљује се већ код самог избора арбитра, док код мирења странке имају *активнију улогу* током целог поступка.<sup>1248</sup> Четврто, за разлику од арбитражног поступка, поступак мирења окончава се *помирењем*,<sup>1249</sup> које нема снагу обавезности као арбитражна одлука. Изузетак од последње наведене дистинктивне карактеристике<sup>1250</sup> представља ситуација када се поступак мирења *трансформише* у арбитражни поступак, тј. када се миритељ *преобраћа* у арбитра, у ком случају споразум о помирењу добија снагу *обавезујуће и извршне одлуке*. Тада се у арбитражном поступку доноси *одлука* на бази (успешне) концилијације, или се, пак, закључује *поравнање* које садржински одговара претходно закљученом споразуму о помирењу.

### 3. Мирење у радним споровима – домаћа нормативна решења

*Домаћи Закон о мирном решавању радних спорова*<sup>1251</sup> предвиђа два алтернативна поступка за решавања радних спорова. Ради се о *арбитражном поступку* и *поступку мирења (концилијације)*. Пре свега, овим *Законом*<sup>1252</sup> предвиђена је *обавеза* да стране у спору (послодавац, синдикат, запослени или представник запослених) приступе мирном решавању *колективног спора*,<sup>1253</sup> *када је реч о делатностима од општег интереса*. У року од *три дана* од дана настанка спора, стране у спору дужне су да поднесу предлог за покретање поступка мирења *Републичкој агенцији за мирно решавање радних спорова (Агенцији)*, у складу са овим *Законом*, а уколико то не учине, *директор Агенције*,

<sup>1247</sup> Разлика постоји ако се покреће арбитражни поступак, у коме је мирење претходна, обавезна, фаза.

<sup>1248</sup> Видети: Srđan Štimac, *op. cit.*, 2006, стр. 618.

<sup>1249</sup> Помирење представља *уговор материјалног права*.

<sup>1250</sup> Видети: Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *op. cit.*, 2009, стр. 246.

<sup>1251</sup> Видети: *Закон о мирном решавању радних спорова*.

<sup>1252</sup> Видети: чл. 18. *Закон о мирном решавању радних спорова*.

<sup>1253</sup> Ради се о колективном спору који се тиче: закључивања, измена и допуна или примене колективног уговора; остваривања права на синдикално организовање; и остваривања права на штрајк. Видети: чл. 2. ст. 1. тач. 1, 3. и 4. *Закон о мирном решавању радних спорова*.

по службеној дужности, покренуће поступак мирења и одредиће *миритеља*.<sup>1254</sup> Поступак мирења у колективном спору води се пред *Одбором за мирење*, кога чине по један представник страна у спору и миритељ.<sup>1255</sup> У року од три дана од дана пријема предлога и документације о предмету спора, миритељ је дужан да *закаже расправу* и о томе обавести стране у спору.<sup>1256</sup> Ако стране у спору не одреде представнике до дана заказане расправе, миритељ ће водити поступак у *непосредном контакту* са странама у спору. На самој расправи, којом руководи миритељ, стране у спору могу изнети своје ставове и предлоге.<sup>1257</sup> По окончању поступка мирења, миритељ закључује расправу и са члановима *Одбора* доноси (*необавезујућу*) *препоруку о начину решења спора*.<sup>1258</sup> Уколико стране у спору прихвате препоруку, закључују *споразум о решењу спора*, који постаје саставни део колективног уговора.<sup>1259</sup> Ако предмет спора није колективни уговор, споразум о решењу спора има снагу *извршне исправе*.<sup>1260</sup> Рок у коме се мора окончати поступак мирења јесте *30 дана* од отварања расправе, мада се може *наставити* и након истека овог рока, али само у непосредним контактима миритеља и страна у спору.<sup>1261</sup>

С друге стране, када је реч о *индивидуалном радном спору*, тј. спору поводом дискриминације и злостављања на раду, отказа уговора о раду, уговарања и исплате минималне зараде, накнаде трошкова за исхрану, итд., покреће се *поступак арбитраже*.<sup>1262</sup> Поступак се покреће подношењем *појединачног или заједничког предлога*.<sup>1263</sup> Арбитар је дужан да *закаже расправу* у року од *три дана* од дана пријема предлога и документације о предмету спора.<sup>1264</sup> *Јавна расправа*,<sup>1265</sup> којом руководи арбитар,<sup>1266</sup> одржава се у

---

<sup>1254</sup> Видети: чл. 19. Закона о мирном решавању радних спорова.

<sup>1255</sup> Видети: чл. 20. Закона о мирном решавању радних спорова.

<sup>1256</sup> Видети: чл. 21. Закона о мирном решавању радних спорова.

<sup>1257</sup> Видети: чл. 22. Закона о мирном решавању радних спорова.

<sup>1258</sup> Видети: чл. 24. Закона о мирном решавању радних спорова.

<sup>1259</sup> Видети: чл. 26. Закона о мирном решавању радних спорова.

<sup>1260</sup> Видети: чл. 26. ст. 3. Закона о мирном решавању радних спорова.

<sup>1261</sup> Видети: чл. 29. Закона о мирном решавању радних спорова.

<sup>1262</sup> Видети: чл. 3, 4. и 30. Закона о мирном решавању радних спорова.

<sup>1263</sup> Видети: чл. 10. ст. 1. Закона о мирном решавању радних спорова.

<sup>1264</sup> Видети: чл. 31. ст. 1. Закона о мирном решавању радних спорова.

<sup>1265</sup> Искључење јавности могуће је на захтев страна у спору, само ако за то постоје *оправдани разлози*. Видети: чл. 32. ст. 2. Закона о мирном решавању радних спорова

<sup>1266</sup> Видети: чл. 33. ст. 1. Закона о мирном решавању радних спорова.

присуству арбитра и страна у спору.<sup>1267</sup> Поред руковођења расправом, арбитар узима изјаве од страна у спору и других лица у поступку, изводи доказе, и стара се о томе да се утврде све чињенице релевантне за одлучивање. Арбитар је дужан да донесе решење у року од 30 дана од дана отварања расправе.<sup>1268</sup>

Ови *кратки рокови* очигледно говоре у прилог бржег и ефикаснијег мирног (*вансудског*) решавања спорова у односу на *судско* решавање спорова. Затим, увиђа се да се *поступак мирења* покреће за решавање *колективних радних спорова*, а *поступак арбитраже* за решавање *индивидуалних радних спорова*.<sup>1269</sup> Уочава се, такође, да *начело добровољности* представља основни принцип решавања радних спорова,<sup>1270</sup> *с тим да код делатности од општег интереса постоји обавеза покретања поступка мирења* (законски обавезна *концилијација*). Основни циљ оваквог нормирања јесте обезбеђење минимума процеса рада у случају штрајка, те уколико једна странка иницира поступак мирења, *друга би морала да учествује у њему*. Поред овог начела, предвиђено је и *начело трипартизма*, тј. обавезног учешћа *страна у спору и миритеља, односно арбитра* у поступку мирног решавања радног спора, као и *начело непристасности* у раду миритеља, односно арбитра.<sup>1271</sup>

---

<sup>1267</sup> Видети: чл. 31. ст. 2. Закона о мирном решавању радних спорова.

<sup>1268</sup> Видети: чл. 36. Закона о мирном решавању радних спорова.

<sup>1269</sup> Видети: чл. 4. Закона о мирном решавању радних спорова.

<sup>1270</sup> Видети: чл. 5. Закона о мирном решавању радних спорова.

<sup>1271</sup> Видети: чл. 6. Закона о мирном решавању радних спорова.

## ГЛАВА 6

### ПОРОТНО СУЂЕЊЕ ПО УПРОШЋЕНОЈ ПРОЦЕДУРИ

#### *1. Појам и карактеристике поротног суђења по упрошћеној процедури*

Још један метод алтернативног решавања спорова, који чини тековину америчког правног и судског система, оличен је у тзв. *поротном суђењу по упрошћеној процедури* (енг. *Summary Jury Trial*).<sup>1272</sup> Како сам назив сугерише, под овом врстом суђења подразумева се *суђење пред поротом*, које има два појавна облика. С једне стране, ради се о *лажном или симулираном суђењу пред поротом*, које има за циљ доношење одлуке на основу које странке могу оценити своју правну позицију. Но, поред овог лажног суђења, *које странке уговарају у сопственој режији*, постоји и *стварно поротно суђење по упрошћеној процедури, под покровитељством државе (судова)*.

Сврха овог АДР метода огледа се у *подстицању* странака да закључе поравнање и тиме остваре низ уштеда у своју корист, али и у корист државе (судова), пре свега у виду растерећења судских предмета. Тај подстицај се остварује тиме што странке имају могућност да склопе поравнање *по нижој (субвенционисаној) цени* у односу на поравнање које би добровољно склопиле на тржишту.

Када је реч о самом *процесу*, суд одређује *датум* одржања суђења пред поротом и обавештава странке о томе. Суд ће то учинити ако у покренутом парничном поступку оцени да странке имају *нереалну процену вредности самог случаја*. *И једна од странака* може иницирати ово суђење, са циљем да друга странка преиспита свој став о вредности самог случаја. Наглашавамо да ово суђење *није добровољно*, већ представља *обавезну фазу пре суђења*. Најчешће се дешава да поротници, којих има укупно *шест*, не знају своју праву улогу на суђењу, тј. не знају да је њихова пресуда *саветодавног карактера* и да *не обавезује* странке. На самом суђењу, адвокати странака презентују доказе, без

---

<sup>1272</sup> Анализа која следи базирана на: Richard A. Posner, *op. cit.*, 1986, стр. 366–393; и Arthur S. Spiegel, *Summary Jury Trials*, Cincinnati Law Review, Vol. 54, 1985–1986, стр. 828–837.

извођења сведока, при чему то могу бити *стварни докази* који би били искоришћени на суђењу, или само *симулирани докази*.

Ово суђење пред поротом може бити веома *корисно* за странке у следећем: процени предности и недостатака њихових позиција; затим, у спознаји висине парничних трошкова на суђењу (укључујући и изгубљено време); у процени вероватноће (не)успеха на суђењу, итд. Једноставно речено, странке, на симулираном суђењу, постају *свесне* свих ових чињеница, те могу бити подстакнуте на преговарање и склапање поравнања.

Економска рационалност налаже да се смањи број (постојећих) предмета од стране судова, генерално гледано. Поротно суђење по скраћеној процедури представља један од погодних метода који може послужити тој сврси. Управо, по мишљењу неких аутора,<sup>1273</sup> америчка судска пракса потврђује да се растерећење судија од превеликог броја предмета може постићи увођењем нових метода, међу којима се и поротно суђење показало као подесно. При том, суђење пред поротом иде у прилог оним заговорницима парнице<sup>1274</sup> који се противе коришћењу класичних (приватних) *АДР* метода и *АДР* покрету генерално, будући да се овај поступак спроводи под окриљем државног органа (суда) и у једној формалној процедури пред поротом. Такође, истиче се<sup>1275</sup> да пресуда пороте у већој мери рефлектује став *шире јавности* у односу на, рецимо, одлуку арбитра. То су неки од аргумената који оправдавају поротно суђење у виду *алтернативног метода под патронатом државе*, тј. у виду нестандардног *АДР* метода. Но, да ли је заиста поротно суђење оправдано, гледано из угла минимизације укупних друштвених трошкова решавања спорова? Ово питање подробно је анализирао *Познер*, те ћемо у наставку текста, на бази његовог (већ цитираног) рада,<sup>1276</sup> изложити аргументе у том правцу.

## **2. Ефикасност поротног суђења по скраћеној процедури**

Речено је да поротно суђење по упрошћеној процедури пружа *низ уштеда странкама и судијама*.<sup>1277</sup> Пре свега, огромна уштеда постиже се у

---

<sup>1273</sup> Пренатрпаност судија предметима у америчким судовима често се исказује следећом изјавом: „Одложена правда је неостварена правда“ (слободан превод). Видети: Arthur S. Spiegel, *op. cit.*, 1985–1986, стр. 832.

<sup>1274</sup> Међу заговорницима парнице и противника *АДР* метода решавања спорова спада већ спомињани *Овен Фис* (*O. Fiss*). Видети: Owen M. Fiss, *op. cit.*, 1984, стр. 1073–1090.

<sup>1275</sup> Видети: Arthur S. Spiegel, *op. cit.*, 1985–1986, стр. 834.

<sup>1276</sup> Видети фусноту бр. 1272.

<sup>1277</sup> Детаљније о томе: Arthur S. Spiegel, *op. cit.*, стр. 834–837.

*времену*, тј. у драстично бржем одвијању и окончању суђења. У том случају, судије могу посветити *више времена* осталим предметима и парничарима, док су странке, поготово оне које су склопиле поравнање у току поступка пред поротом, избегле класично суђење, а тиме *уштеделе време, високе парничне трошкове и друге ресурсе*. Чак и оне странке које нису склопиле поравнање пред поротом, биће *боље припремљене* за надлазеће суђење. Таква тврдња може се изнети и за *судије*, ако се узме у обзир да су имале прилику да се упознају са одређеним доказним материјалом.

Наравно, ни само поротно суђење не може проћи без одговарајућих трошкова. Пре свега, ово суђење захтева *додатно ангажовање*, у првом реду, адвоката странака. Затим, постоји опасност да адвокати странака у току поступка *открију своју стратегију* и тиме пруже могућност другој страни да се упозна са њом. Надаље, и поротно суђење конзумира *време* као значајан ресурс, но, свакако, не као класично суђење. Најзад, поротно суђење може *отежати* склапање поравнања, нарочито ако је донета пресуда у корист тужене стране. Но, овај проблем се превазилази на тај начин што порота доноси *три* врсте одлука: о одговорности за накнаду штете, о висини накнаде штете и о томе ко добија и колико добија. На тај начин се странкама пружају *додатне информације* на бази којих могу склопити поравнање, јер у противном, да је донета пресуда у корист тужене стране (*без ових додатних информација*), једина шанса која би тужиоцу стајала на располагању јесте да настави са парничним поступком, тј. да иде на суђење. Како *Познер* истиче,<sup>1278</sup> поротно суђење *смањује раскорак* између страначких перципираних вероватноћа исхода на суђењу, на тај начин што (странке) добијају *додатне информације*, чије сазнање, у ствари, узрокује узајамно прилагођавање тих перцепција. Такође, ово суђење може помоћи странкама да приближе сопствене процене по питању висине очекиване накнаде штете.<sup>1279</sup> Напослетку, поставља се питање шта ако се пресуда на суђењу разликује од пресуде у поступку пред поротом – да ли то може имати негативне реперкусије за странке? Овим питањем се, у ствари, апострофира да пресуда на поротном суђењу може пренети само *ограничену количину информација* у погледу исхода стварног суђења, што значи да ће се раскорак између страначких перцепција смањити *незнатно*.

<sup>1278</sup> Видети: Richard A. Posner, *op. cit.*, 1986, стр. 371.

<sup>1279</sup> Ако је тужилац нереално оптимистичан у погледу исхода на суђењу, поротно суђење може смањити овај оптимизам и свести га на разуман ниво.



Све у свему, и поред изложених (могућих) недостатака поротног суђења, сама чињеница да се њиме растеређују судије од прекобројних предмета, да адвокати ослобађају своје време за друге предмете и да странке имају могућност да склопе поравнање (које је, по дефиницији, пожељније од судске пресуде), јасно произилази да је овај метод решавања спорова, у погледу уштеде ресурса, пожељан. То би даље значило, према мишљењу *Познера*,<sup>1280</sup> да *субвенционисање* поротног суђења можда има оправдања, будући да поравнање, као могући исход овог суђења, генерише *позитивне екстерналије* на друге кориснике услуга судског апарата, који се суочавају са растеређеним судовима и мање ангажованим судијама.<sup>1281</sup>

Но, мора се имати у виду чињеница да смањење раскорака између страначких перцепција у погледу исхода суђења није једина детерминанта могуће повећане стопе склопљених поравнања. Наиме, поротно суђење може за последицу имати *промену односа парничних трошкова и трошкова преговарања и склапања поравнања*. Ако би, рецимо, пошли од тога да поротно суђење смањује износ обеју врста трошкова,<sup>1282</sup> и то у *истом проценту*, апсолутни однос између тих трошкова би се *сузио*. На пример,<sup>1283</sup> ако се парнични трошкови смање за 25%, са 100.000 динара на 75.000 динара, и трошкови преговарања и поравнања са 60.000 динара на 45.000 динара (значи, *исто за 25%*), разлика између парничних трошкова и трошкова поравнања ће се смањити са 40.000 динара на 30.000 динара. Када се смањи разлика између ових двеју врста трошкова, *повећава се вероватноћа одласка на суђење*. Према томе, претходна елаборација указује да се морају одвагати различите детерминанте одласка на суђење или поравнање и, на тај начин, проценити да ли поротно суђење повећава стопу поравнања или не. Но, *Познер*, поред ових детерминанти, издваја<sup>1284</sup> још један (можда и кључан) фактор, а то је да странке,

---

<sup>1280</sup> Видети: Richard A. Posner, *op. cit.*, 1986, стр. 372.

<sup>1281</sup> Чак и да поротно суђење генерише *веће* приватне трошкове у односу приватне користи, ови (приватни) трошкови могу бити нижи од *друштвене користи* од овог суђења, чиме се оправдава чињеница да је поротно суђење *обавезно*, а не *добровољно* за странке. Видети: *ibid.*, стр. 372, фуснога бр. 14.

<sup>1282</sup> Претпоставка је реална, будући да поротно суђење, с једне стране, *смањује парничне трошкове*, јер странке, на терет трошкова државе, могу да „пробају“ да учествују на суђењу (које је замена за припрему стварног суђења), док, с друге стране, *смањује трошкове преговарања и склапања поравнања*, јер странке имају могућност да преговарају, опет на терет трошкова државе.

<sup>1283</sup> Адаптирана верзија примера преузета из: Richard A. Posner, *op. cit.*, 1986, стр. 373.

<sup>1284</sup> Видети: *ibid.*, стр. 373–374.

пре отпочињања поротног суђења, трошкове истог калкулишу као парничне трошкове, а не као трошкове преговарања и поравнања. Ово је логично, будући да учествовање у поротном суђењу представља наставак покренутог парничног поступка. Сходно томе, оваква калкулација странака повећава парничне трошкове, а то значи да се повећава вероватноћа склапања поравнања, а не одласка на суђење. Све у свему, смањење раскорака у страначким перцепцијама исхода суђења и повишење парничних трошкова иде у прилог чињеници да поротно суђење повећава вероватноћу склапања поравнања.

Међутим, емпиријско истраживање, које је спровео овај аутор,<sup>1285</sup> не потврђује тезу да поротно суђење повећава ефикасност суђења. С друге стране, овим истраживањем, није потврђена теза да је поротно суђење грешка у систему, али је апострофирана неизвесност коју генерише увођење нових метода решавања спорова у судски систем, посебно ако та промена није евалуирана на бази научних метода, који једино могу гарантовати објективну оцену.

Познер, такође, поставља питање<sup>1286</sup> да ли је овај метод решавања спорова користан за друштво као целину (а не само за странке), при чему полази од тога да је основни критеријум евалуације минимизација укупних друштвених трошкова решавања спора, а не максимизација стопе поравнања. С тог аспекта гледано, повећање стопе поравнања ће смањити директне трошкове у кратком року, будући да је парница, начелно, скупља од преговарања и поравнања. Но, у дугом року могу настати одређене негативне последице. Које? Пре свега, ако се смањи број пресуђених случајева (случајева окончаних пресудом), странке не могу да евалуирају исходе суђења, тј. не могу да предвиде како ће судови да пресуђују њихове случајеве. Последица је очигледна – повећање раскорака у перцепцији странака у погледу исхода суђења, што повлачи за собом повећање стопе одласка на суђење. С друге стране, повећање стопе поравнања може имати за консеквенцу повећање покренутих поступака, будући да се смањују очекивани трошкови парничења. Према томе, укупни друштвени трошкови решавања спорова могу расти, упркос томе што се просечни трошкови смањују услед веће стопе склопљених поравнања.

---

<sup>1285</sup> Видети: *ibid.*, стр. 374–385.

<sup>1286</sup> Видети: *ibid.*, стр. 387–389.

Затим, поставља се питање да ли поротно суђење, и поред тога што повећава вероватноћу склапања поравнања, *заиста* и доводи до већег броја склопљених поравнања. *Познер*, уводи нове факторе, попут притиска којима су судије изложене услед превеликог броја предмета, што за последицу може имати пребацивање одговорности на странке да се поравнају, или одлагање расправа, и томе слично. У случају постојања (пре)великог броја предмета, ако се неколико случаја, који би се иначе окончали суђењем, окончају поравнањем пред поротом, остали случајеви ће *доћи на њихово место*, или ће, пак, судија заузети *стратегију мањег притиска на странке да се поравнају*. Једноставно речено, судија мора да балансира између нових предмета који пристижу и оних које објективно може да оконча (у једној години). То значи да се *укупан број предмета неће променити*, тј. да поротно суђење неће смањити број предмета, како на први поглед изгледа. Зато, по мишљењу *Познера*,<sup>1287</sup> поротно суђење није супститут за стварна суђења, веће за друге *АДР* методе решавања спорова, и то не баш јефтин метод.

На крају, овај аутор проширује<sup>1288</sup> своје закључке о неефикасности поротног суђења на остале судски-анексиране програме, првенствено на *судски-анексирану арбитражу*. Он стаје у „одбрану“ приватних начина решавања спорова од стране приватних форми и оправдава њихово субвенционисање од стране државе, само ако *екстерне користи од склопљених поравнања превазилазе трошкове субвенције*.

---

<sup>1287</sup> Видети: *ibid.*, стр. 389.

<sup>1288</sup> Видети: *ibid.*, стр. 389–391.

## ГЛАВА 7

### ЈОШ НЕКИ АДР МЕТОДИ

#### 1. АДР метод утврђивања чињеница

Посебан АДР метод, који значајно може допринети побољшању процеса комуникације у случаја настанка конфликта (касније и спора), представља *метод утврђивања чињеница* (енг. *Fact-Finding*).<sup>1289</sup> Под овим методом подразумева се да неутрални експерт, или група експерата, решава спор утврђивањем одређених чињеница. Експерт може доћи до потребних информација трансмисијом од странака инволвираних у конфликт, или на основу самосталног прикупљања, независно од странака. Наравно, *стручни извештај*, који се на крају подноси, *није обавезујући за странке*, већ им може послужити само као *помоћ* у процесу преговарања око решење неког спора.<sup>1290</sup>

Генерално гледано, може се рећи да *утврђивање чињеница* представља важан аспект решавања одређених врста конфликта. Пре свега, утврђивање чињеница може обухватити одређена *техничка питања*, попут количине новца коју предузеће може исплатити својим радницима, или ризика по здравље људи који генерише отварање фабрике на одређеној локацији, као и низ других питања. Такође, утврђивање чињеница може се односити на одређена *правна питања*, попут питања везана за повреду уговора или одређена својинска питања. У свим овим случајевима може настати *конфликт* између појединаца, који се може даље трансформисати у (*судски*) спор, те утврђивање чињеница може помоћи странкама да разазнају ко је у праву и са колико изгледа може рачунати на успех на суђењу.

Наравно, некада је немогуће утврдити *све* чињенице, као што није могуће утврдити чињенице са *апсолутном тачношћу*, нити је то потребно, те странке

<sup>1289</sup> Видети, на пример, <http://www.colorado.edu/conflict/peace/problem/factfinding.htm>

<sup>1290</sup> Видети: Katherine V. W. Stone, *Alternative Dispute Resolution*, Encyclopedia of Legal History, University of California, Los Angeles, School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, No. 04-30, стр. 1–2.

морају рачунати на одређени степен неизвесности у погледу решења спора. Затим, само утврђивање чињеница може или ојачати или ослабити позиције странака, услед чега бивају подстакнуте да *манипулишу* овим процесом и то у правцу јачања сопствене позиције. Могућност манипулације овим процесом отвара *питање кредибилности* самог метода утврђивања чињеница. Зато је, по природи ствари, важно да стручно лице које утврђује чињенице задобије *поверење странака* и обрнуто да странке задобију његово поверење, чиме се подиже кредибилност овог метода. Надаље, може се десити да је стручна анализа урађена од стране *већег броја експерата*, који су дали различита мишљења. У том случају, потребно је да експерти изврше *узајамна прилагођавања својих ставова (где је то могуће)* и да странкама презентују тачке слабања и тачке око којих се не слажу, као и аргументе који стоје иза тога. Затим, некада је неопходно да експерти пруже *додатна објашњења* својих стручних анализа, или да странкама *помогну у интерпретацији и оцени техничких питања* (како би разумели значење чињеница), или да процене вероватноћу сваког могућег решења (онда када проблем подразумева већи број могућих решења), итд. Посебан проблем настаје када спор укључује *велики број лица*, или када подразумева *одређена комплексна питања*, у ком случају стручна лица морају да раде *заједнички* на решавању проблема. Рецимо, *техничка анализа ризика* (нпр. ризика који генерише нуклеарна фабрика) обухвата бројне проблеме, а који се могу превазићи само *кооперацијом експерата* укључених у анализу. Такође, ако спор укључује већи број лица, ваљало би пронаћи ефикасне стратегије за решавање проблема, што није нимало једноставно. Прво и основно, очекивати да се овакви спорови реше у целости јесте нереално, али стручњаци би морали да проникну у суштину спора, евентуално да идентификују оне проблеме који могу имати најнегативније ефекте, као и да развију методе ограничавања тих ефеката.

Чињенице некада имају *круцијалну улогу* у решавању конфликта.<sup>1291</sup> На пример, ако нека земља покушава да развије оружје за масовно уништење, тада је утврђивање *чињенице да ли је то тачно или не* од пресудне важности за разрешење конфликта између земље која, наводно, производи оружје за масовно уништење и оних земаља које је, с правом или не, оптужују да то чини. С друге

---

<sup>1291</sup> Видети: <http://www.beyondintractability.org/essay/fact-finding/>

стране, некада није довољно утврдити одређене чињенице да би спор био решен. Рецимо, ако би се утврдило чија је, историјски гледано, територија око које се споре Израел и Палестина, то, дакако, не би било довољно да конфликт између ових земаља буде стављен *ад акта*. Напросто, постоји и низ других питања која су инволвирана у овај конфликт, попут религијских питања, културних питања, итд.

Све у свему, метод утврђивања чињеница може бити веома ефикасан за решавање појединачних и групних спорова (рецимо, тзв. *класних спорова*), чак и спорова на нивоу колективитета (рецимо, држава). Подробна анализа овог метода превазилази оквире овог рада, те ћемо се, у сврху илустрације различитих *АДР* метода решавања спорова, задржати само на *основним карактеристикама* метода утврђивања чињеница.

## **2. Појам и карактеристике судске конференције за склапање поравнања**

Посебан *АДР* метод, развијен у Америци, представља тзв. *конференција за склапање поравнања* (енг. *Settlement Conference*).<sup>1292</sup> Овај метод је у почетку коришћен од стране америчких судија без изричитог законског основа. Временом је, ипак, дошло до озакоњења овог *АДР* метода на федералном нивоу,<sup>1293</sup> чиме је судски активизам у склапању поравнања добио пуни замах. Управо због такве врсте судског активизма, овај метод се може назвати и *судском конференцијом за склапање поравнања* (енг. *Judicial Settlement Conference*).

У суштини, конференција за склапање поравнања јесте *новији АДР* метод, у коме судија има *активну улогу* у процесу склапања поравнања. Судија, наиме, има законско овлашћење да *пре* почетка суђења одржи састанак (конференцију) са странкама и њиховим адвокатима, како би их подстакао на склапање поравнања. Састанак је *неформалног карактера*, у коме судија преузима улогу неутралног трећег лица, услед чега се може рећи да овај метод има сличности са *преговарањем и медијацијом*. Судија најчешће користи *фацилитативне* технике преговарања, али и технику евалуације случаја, ако за

<sup>1292</sup> Видети: John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, *op. cit.*, 1996а, стр. 438–439.

<sup>1293</sup> Видети: Fed.R.Civ.P. 16(c)(7) (1983).

тим има потребе. Но, специфичност овог метода јесте у томе што *судија* обавља посредничку функцију. Одмах се намеће питање у вези с *конфузијом улога*, тј. да ли судија може истовремено успешно да обавља функцију судије и оног који посредује у склапању поравнања. Како би се предупредили евентуални проблеми са конфузијом улога, постоје предлози<sup>1294</sup> да се у судовима одреде *посебне судије* које би обављале посредничку улогу између странака и руководиле самом конференцијом.

Овај *АДР* метод решавања спорова представља *особеност* америчког правног и судског система. Саме судије су на добитку уколико се конференција за склапање поравнања успешно оконча. У суштини, успешно коришћење овог метода *растеређује судије*, будући да се смањује број предмета, а што је, између осталог, и основни циљ његове имплементације унутар судског система Америке. Иначе, овај метод је погодан за *све* врсте грађанскоправних спорова, а нарочито за оне у којима нису испитане *све* могућности склапања поравнања.

---

<sup>1294</sup> Видети: John S. Murray, Alan S. Rau, Edward F. Sherman, *op. cit.*, 1996а, стр. 439.

## ШЕСТИ ДЕО

### СТУДИЈА СЛУЧАЈА: ЕФИКАСНОСТ МЕДИЈАЦИЈЕ У ОДЕЉЕЊУ ЦЕНТРА ЗА МЕДИЈАЦИЈУ У НИШУ

Овај део рада односи се на *студију случаја* (енг. *case study*) о *ефикасности медијације која је спроведена у Одељењу центра за медијацију Основног суда у Нишу*. С тим у вези, прво ћемо дати *уводна разматрања о ефикасности медијације у Србији*. Уводна разматрања послужиће као основа за обликовање *методолошког приступа* нашег истраживања. Основне поставке методолошког приступа, тј. проблем, предмет, врсту, значај, циљеве, хипотезе, варијабле, начин спровођења истраживања и опис узорка, инструменте истраживања и план статистичке обраде података, приказаћемо у наредној глави. Након излагања основних поставки методолошког приступа, по природи ствари, уследиће приказ резултата *квантитативног истраживања* спроведеног на основу расположивих података Одељења центра за медијацију у Нишу и Основног суда у Нишу. Потом ће уследити представљање резултата *квалитативног истраживања*, спроведеног (унакрсним) испитивањем ставова (анкетирањем) на узорку судија–медијатора и адвоката. Овај квалитативни део истраживања обухватиће и *интервјуе* са координатором Одељења центра за медијацију Основног суда у Нишу и Директорком републичког центра за медијацију, са седиштем у Београду. На крају, и квантитативни и квалитативни део истраживања биће праћен *дискусијом* добијених резултата.



# ГЛАВА 1

## УВОДНА РАЗМАТРАЊА

На почетку, постављамо једно шире питање: *да је ли могуће упоређивати ефикасност различитих правних система и појединих правних института у њиховом оквиру, и на основу којих критеријума извршити евалуацију ефикасности?* Позитиван одговор на ово питање можемо наћи у литератури, у којој се истиче значај тзв. *инпут-аутпут анализе* (енг. *input-output analysis*). Овом анализом врши се компарација *индикатора улагања у правосуђе са индикаторима који показују резултат функционисања правосуђа*. Први свеобухватни покушај овакве анализе на европском нивоу, спровела је *Европска комисија за ефикасност правосуђа (ЦЕПЕЈ)*.<sup>1295</sup> У оквиру овог компаративног проучавања ефикасности правосуђа на европском тлу, посебно место нашли су и *АДР методи*, и нарочито *медијација*. При том, нагласак је стављен на *ефикасности* медијације и других *АДР* метода и њиховом доприносу квалитетнијем функционисању правосуђа.

У овом уводном делу, ограничавајући се на тему нашег истраживања, приказаћемо доступне компаративне податке о ефикасности медијације у Србији и другим европским државама, првенствено према последњем *Извештају Европске комисије за ефикасност правосуђа из 2010. године*.<sup>1296</sup> Акцент стављамо на *компарацији* ефикасности медијације у Србији и Хрватској, као и другим бившим југословенским републикама. Затим ћемо приказати *досадашње резултате у примени медијације у Србији*, према расположивим подацима Центра за медијацију у Београду. На крају, даћемо илустрацију трошкова у неколико парница, као и компарацију истих са

<sup>1295</sup> Детаљније о томе: Alan Uzelac, *Efikasnost pravosuđa u europskom kontekstu: usporedba funkcioniranja europskih pravosudnih sustava*, <http://alanuzelac.from.hr/pubs/B21efikasnost.pdf>. Рад скинут са Интернета 16.2.2012. године.

<sup>1296</sup> Видети: *European judicial systems, Edition 2010 (data 2008): Efficiency and quality of justice*, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Council of Europe, Strasbourg, October 2010, стр. 107–116 (у даљем тексту *Извештај из 2010. године*).

трошковима у поступку медијације. Наглашавамо да је ова илустрација послужила као идеја водила за спровођење нашег квантитативног дела истраживања, базираног на компарацији трошкова, али и других варијабли (дужине трајања, броја рочишта и других) у парничном поступку и поступку медијације.

### ***1. Подаци о ефикасности медијације у Србији према ЦЕПЕЈ-у***

*Медијација* је најзаступљенија форма *АДР* метода у европским земљама, будући да се користи за мирно решавање спорова у *39 европских држава (или ентитета)*,<sup>1297</sup> у које спада и Србија. На друго место долази *арбитража (33 државе)*; затим, *концилијација (17 држава)*; и *други методи (14 држава)*. Само у *седам држава* не постоји неки од познатих алтернативних метода, а то су: Албанија, Јерменија, Азербејџан, Кипар, Естонија, Грузија и Сан Марино.

Када је реч о *институцијама (или појединцима)* одговорним за спровођење поступка медијације, према последњем Извештају из 2010. године, за Србију недостају подаци, будући да нису достављени. Но, према *Извештају из 2008. године*,<sup>1298</sup> у Србији, медијатор може бити *судија* или *тужилац*. Интересантно је да, на пример, у Хрватској постоје следеће форме медијације: приватна медијација према упуту суда или судски анексирана медијација; приватна медијација; државне несудске институције које спроводе поступак медијације; судска медијација (када је медијатор судија или судско особље); медијација у кривичној материји коју спроводи јавни тужилац;<sup>1299</sup> и друге форме. Поред ових различитих форми медијације, у Хрватској постоје и друге форме *АДР* метода, а првенствено *арбитража* и *концилијација*. Наравно, ове форме *АДР-а* постоје и у Србији и то за решавање у индивидуалним, односно колективним радним споровима. Затим, Хрватска има релативно висок број акредитованих медијатора, *преко 20 на 100.000 становника*.<sup>1300</sup> Србија,

---

<sup>1297</sup> Да би избегли непотребно понављање, у наставку текста користићемо само именицу *држава(е)*.

<sup>1298</sup> Видети: *European judicial systems, Edition 2008 (data 2006): Efficiency and quality of justice*, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Council of Europe, Strasbourg, October 2008, стр. 102–103 (у даљем тексту, *Извештај из 2008. године*).

<sup>1299</sup> У *Хрватској* јавни тужилац може управљати поступком медијације и у неким грађанским споровима. Оваква могућност постоји и у *Руској федерацији*.

<sup>1300</sup> *Холандија* и *Аустрија*, такође, имају преко 20 медијатора на 100.000 становника, те се сврставају у ред земаља са највећим бројем акредитованих медијатора.

нажалост, није доставила податке о броју акредитованих медијатора, те их не можемо наћи у *Извештају из 2010. године*.

*Приватна медијација* постоји у 29 европских држава и она представља најзаступљенију форму медијације у Европи. Приватни медијатори могу бити: посебно обучени професионалци; сертификовани правници; или други стручњаци унајмљени од странака. Затим, *приватна медијација према упуту суда или судски анексирана медијација* постоји у 26 држава. На треће место долази *медијација коју спроводе државне несудске институције* (23 државе).

У *грађанским и трговинским споровима*, у 27 европских држава медијацију спроводи *приватни медијатор*. *Приватна медијација према упуту суда или судски анексирана медијација* користи се за решавање спорова у грађанској и трговинској материји у 23 државе. У *породичним споровима*, као и у *радним споровима у случају отпуштања радника*, најзаступљенија је *приватна медијација*<sup>1301</sup> (26 држава); затим, *приватна медијација према упуту суда или судски анексирана медијација* (22 државе). У мањем броју држава, тачније у 18, користи се медијација у *управним споровима*, при чему опет доминира *приватна медијација* (девет држава). У *кривичној материји*, медијација постоји у 23 државе и најзаступљеније су следеће форме: *приватна медијација*; *приватна медијација према упуту суда или судски анексирана медијација*; и *медијација коју спроводе државне несудске институције*.

Наша земља није доставила податке о томе које се форме медијације користе у различитим врстама спорова, те их не можемо наћи у *Извештају из 2010. године*. Међутим, према *Извештају из 2008. године*,<sup>1302</sup> у нашој земљи примењује се *судска медијација (када је судија медијатор)* у свим споровима. Према *Извештају из 2010. године*, компаративно гледано, рецимо, Хрватска примењује судску медијацију у свим горенаведеним споровима, осим у *управним споровима*. У Црној Гори примењује се судска медијација у свим споровима, осим у *управним споровима и радним споровима у случају отпуштања радника*. Затим, у *Словенији* примењује се судска медијација у свим споровима и то као *обавезна фаза пре покретања поступка*.<sup>1303</sup>

<sup>1301</sup> Приватну медијацију може спровести приватни медијатор када се странке директно обраћају њему. С друге стране, и судија може упутити странке на приватну медијацију.

<sup>1302</sup> Видети: *Извештај из 2008. године*, стр. 101–102.

<sup>1303</sup> И на *Исланду* иста је ситуација као у *Словенији*.

Укупан број медијација у Црној Гори, у 2008. години, износио је 433, од тога 356 у породичним споровима, 13 у грађанским споровима, 64 у кривичним споровима. Иначе, Црна Гора има 73 акредитована медијатора, те просечан број случајева према медијатору износи 5,93. Затим, у Босни и Херцеговини, укупан број медијација, у 2008. години, износио је 82, од тога 75 у грађанским споровима, и *седам* у радним споровима. Број акредитованих медијатора у овој земљи износио је 53, а просечан број случајева према медијатору 1,55. За Србију недостају подаци у Извештају из 2010. године, будући да нису достављени. Недостављање података о укупном броју медијација и броју акредитованих медијатора, може се (делимично) правдати чињеницом да је само *десет европских држава* доставило потпуне податке. Но, према *Извештају из 2008. године*,<sup>1304</sup> а на основу података из 2006 године, у Србији је било 2,7 акредитованих медијатора на 100.000 становника. Компаративно гледано, Хрватска је тада имала 15,1 акредитованих медијатора на 100.000 становника, Црна Гора 5,3, Словенија 5,7. Укупан број медијатора у Србији, према Извештају из 2008 године, износио је 202, а у Хрватској 672 (*3,3 пута више!*). Затим, укупан број судских медијација у Србији према подацима из 2006 године, у грађанским споровима, износио је 1.075; *једна* медијација у породичним споровима; 48 медијација у радним споровима (у случају отпуштања радника); и *пет* медијација у кривичној материји. Хрватска није доставила податке о броју спроведених медијација.

Коначно, Србија се налази у најбројнијој групи од 25 европских држава које пружају правну помоћ (енг. *legal aid*) у случају медијације. Црна Гора, такође, пружа правну помоћ за спровођење, иначе високог броја медијација на 100.000 становника (70). Интересантно је да Ирска не пружа правну помоћ у случају медијације, иако има релативно висок број медијација на 100.000 становника (34). Следи да не постоји *нужно* корелација између пружања правне помоћи и броја медијација. Но, ово питање, ипак, захтева верификацију у будућим истраживањима.

На крају, наведимо и један занимљив податак на основу *Извештаја из 2010. године* да су неке европске државе приступиле промени својих закона, као би побољшале ефикасност *АДР* метода, и нарочито медијације. Међу тим

---

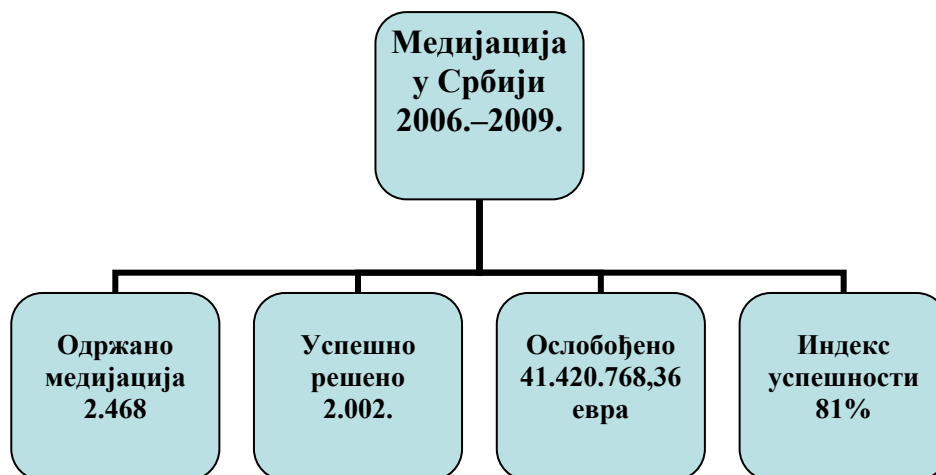
<sup>1304</sup> Видети: *Извештај из 2008. године*, стр. 104–105.

земљама је и Словенија. Затим, од 2011. године у Италији, медијација је постала *обавезна* у грађанским споровима, и очекује се да та промена генерише око *милион решених случајева годишње!*

## **2. Резултати ефикасности медијације у Србији према подацима Центра за медијацију**

Према јавно доступним подацима<sup>1305</sup> републичког Центра за медијацију, са седиштем у Београду, у периоду од 2006. године до 2009. године, у нашој земљи укупно је одржано *2.468 медијација*, од чега је *2.002 медијација* окончано успешно (закључењем споразума). Укупна ослобођена вредност у овим медијацијама, у споменутом периоду, износила је *41.420.768,36 евра*. Индекс успешности доста је висок и износи *81%*. Само је *19%* медијација окончано неуспешно.

На жалост, податке о примени медијације у Србији за 2010. и 2011. годину нисмо могли да добијемо, упркос нашој жељи и намери да прикупимо податке за целокупан период од доношења и почетка примене *Закона 2006.* године до данас.



## **3. Илустрација трошкова парничног поступка и поступка медијације**

Ради илустрације, дајемо преглед трошкова у три парнична поступка: *поступак развода брака уз деобу брачне тековине*; затим, *породични спор без деобе брачне тековине*; и *поступак накнаде материјалне штете проистекле из*

<sup>1305</sup> Доступно на: <http://www.medijacija.rs/img/rezultati2009.pdf>

саобраћајне несреће. Потом, наводимо илустративни пример компарације цене коштања судског поступка и поступка медијације.<sup>1306</sup>

**ПРЕГЛЕД ТРОШКОВА ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА ЗА ТУЖИЛАЧКУ СТРАНУ  
У ПОСТУПКУ РАЗВОДА БРАКА УЗ ДЕОБУ БРАЧНЕ ТЕКОВИНЕ**

ПРЕДМЕТ СПОРА	ПОСТУПАК ЗА РАЗВОД БРАКА УЗ ДЕОБУ БРАЧНЕ ТЕКОВИНЕ
ПРОСЕЧНА ВРЕДНОСТ СПОРА	501.000 ДИНАРА
БРОЈ РОЧИШТА ЗА ГЛАВНУ РАСПРАВУ	осам одржаних и четири неодржана рочишта <sup>1307</sup> 77.000 РСД
БРОЈ ПОДНЕСАКА ТУЖИЛАЧКЕ СТРАНЕ	Тужба, шест образложених поднесака и жалба на првостепену пресуду <sup>1308</sup> 77.500 РСД
ВЕШТАЧЕЊЕ	Један налаз и мишљење вештака грађевинске струке; Један налаз и мишљење вештака економско-финансијске струке 50.000 РСД <sup>1309</sup>
ТАКСА НА ТУЖБУ	25.620 РСД
ТАКСА НА ПРВОСТЕПЕНУ ПРЕСУДУ	25.620 РСД
ТАКСА НА ЖАЛБУ	25.620 РСД
ТАКСА НА ДРУГОСТЕПЕНУ ОДЛУКУ	25.620 РСД
УКУПНИ ТРОШКОВИ ПОСТУПКА	256.980 РСД

*Напомена:*

- 1) У табели се обрађују трошкови које има тужилачка страна, које је заступана од стране адвоката.
- 2) Износи трошкова поступка утврђени су према одредбама таксене тарифе Закона о судским таксама и Тарифе о наградама и накнадама за рад адвоката и судских вештака.

**ПРЕГЛЕД ТРОШКОВА ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА ЗА ТУЖИЛАЧКУ СТРАНУ У ПОРОДИЧНОМ  
СПОРУ БЕЗ ДЕОБЕ БРАЧНЕ ТЕКОВИНЕ**

ПРЕДМЕТ СПОРА	ПОРОДИЧНИ СПОР
ПРОСЕЧНА ВРЕДНОСТ СПОРА	до 10.000 РСД
БРОЈ РОЧИШТА ЗА ГЛАВНУ РАСПРАВУ	четири одржана и три неодржана рочишта <sup>1310</sup> 46.750 РСД
БРОЈ ПОДНЕСАКА ТУЖИЛАЧКЕ СТРАНЕ	Тужба, два образложена поднеска и жалба на првостепену пресуду <sup>1311</sup> 37.500 РСД
ТАКСА НА ТУЖБУ	1.900 РСД
ТАКСА НА ПРВОСТЕПЕНУ ПРЕСУДУ	1.900 РСД
ТАКСА НА ЖАЛБУ	1.900 РСД
ТАКСА НА ДРУГОСТЕПЕНУ ОДЛУКУ	1.900 РСД
УКУПНИ ТРОШКОВИ ПОСТУПКА	91.850 РСД

*Напомена:*

- 1) У табели се обрађују трошкови које има тужилачка страна, уколико је заступана од стране адвоката, при чему су и трошкови тужене стране незнатно различити, уколико је такође заступана од стране адвоката.
- 2) Износи трошкова поступка утврђени су према одредбама таксене тарифе Закона о судским таксама и Тарифе о наградама и накнадама за рад адвоката и судских вештака.

<sup>1306</sup> Податке смо добили од Директорке Центра за медијацију у Београду и Професорке грађанско-процесног права Правног факултета у Нишу.

<sup>1307</sup> Просек одржаних и неодржаних рочишта за главну расправу у поступку развода брака уз деобу брачне тековине:  $(8 \times 7.500) + (4 \times 4.250) = 60.000 + 17.000 = 77.000$  динара.

<sup>1308</sup> Просек броја поднесака тужиоца у поступку:  $7 \times 7.500 = 52.500 + 15.000$  (жалба) = 77.500 динара.

<sup>1309</sup>  $2 \times 25.000$  динара.

<sup>1310</sup> Просек одржаних и неодржаних рочишта за главну расправу у породичним споровима без деобе брачне тековине:  $(4 \times 8.500) + (3 \times 4.250) = 34.000 + 12.750 = 46.750$  динара.

<sup>1311</sup> Просек броја поднесака тужиоца у поступку.  $3 \times 7.500 = 22.500 + 15.000$  (жалба) = 37.500 динара.

**ПРЕГЛЕД ТРОШКОВА ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА ЗА ТУЖИЛАЧКУ СТРАНУ У ПОСТУПКУ ПОВОДОМ НАКНАДЕ МАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ ПРОИСТЕКЛЕ ИЗ САОБРАЋАЈНЕ НЕЗГОДЕ**

ПРЕДМЕТ СПОРА	НАКНАДА МАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ ПРОИСТЕКЛЕ ИЗ САОБРАЋАЈНЕ НЕЗГОДЕ
ПРОСЕЧНА ВРЕДНОСТ СПОРА	100.000 ДИНАРА
БРОЈ РОЧИШТА ЗА ГЛАВНУ РАСПРАВУ	Четири одржана и три неодржана рочишта <sup>1312</sup> 48.400 РСД
БРОЈ ПОДНЕСАКА ТУЖИЛАЧКЕ СТРАНЕ	Тужба, два образложена поднеска, жалба на првостепену пресуду <sup>1313</sup> 44.000 РСД
ВЕШТАЧЕЊЕ	Један налаз и мишљење вештака саобраћајне струке; Један налаз и мишљење економско-финансијске струке 24.000 РСД <sup>1314</sup>
ТАКСА НА ТУЖБУ	2.000 РСД
ТАКСА НА ПРВОСТЕПЕНУ ПРЕСУДУ	2.000 РСД
ТАКСА НА ЖАЛБУ	2.000 РСД
ТАКСА НА ДРУГОСТЕПЕНУ ОДЛУКУ	2.000 РСД
ТАКСА НА ОДГОВОР НА ЖАЛБУ	2.000 РСД
УКУПНИ ТРОШКОВИ ПОСТУПКА	126.400 РСД

*Напомена:*

- 1) У табели се обрађују трошкови које има тужилачка страна, будући да се као заступник на страни туженог (по правилу) друштва за осигурање, налазе (по правилу) дипл. правници са положеним правосудним испитом који су у радном односу код овог друштва за осигурање, због чега немају право на награду (јер примају зараду за овај рад).
- 2) Износи трошкова поступка утврђени су према одредбама таксене тарифе Закона о судским таксама и тарифа о наградама и накнадама за рад адвоката и судских вештака.
- 3) Евентуални простор за примену поступка медијације могао би да се пронађе у чињеници да проценитељи осигуравајућег друштва процењују штету у износу који је 10-15% мањи од вредности штете коју процени судски вештак током судског поступка.
- 4) Поступак за накнаду материјалне штете у случају саобраћајне незгоде у просеку траје годину и по дана.
- 5) Укупне трошкове је у обавези да плати она страна која изгуби спор.

**ПРЕГЛЕД ТРОШКОВА ПОСТУПКА МЕДИЈАЦИЈЕ И СУДСКОГ ПОСТУПКА<sup>1315</sup>**

<i>Врсте трошкова у судском поступку</i>	Износ
Разматрање списка	150 евра
Састављање тужбе од стране адвоката	300 евра
Такса за тужбу	360 евра
Трошак адвоката за две године (само по један започети сат, за укупно десет рочишта – по рочишту 90 евра)	900 евра
Једно вештачење	150 евра
Три образложена адвокатска поднеска	450 евра
Такса на првостепену судску одлуку	360 евра
Такса на жалбу на првостепену судску одлуку	360 евра
Награда адвокату за састављање жалбе	600 евра
Такса на другостепену одлуку	360 евра
Паушал адвокату	450 евра
Укупно	4 450 евра

<i>Трошкови у поступку медијације</i>	Износ
Такса	405 евра (странке плаћају по пола: 202,5)

<i>Време трајања поступка медијације</i>	<i>Претпостављено време трајања судског поступка</i>
30 дана	две године

<sup>1312</sup> Просек одржаних и неодржаних рочишта за главну расправу у парницама поводом накнаде материјалне штете:  $(4 \times 8.800) + (3 \times 4.400) = 35.200 + 13.200 = 48.400$  динара.

<sup>1313</sup> Просек броја поднесака тужиоца у поступку:  $3 \times 8.800 = 26.400 + 17.600$  (жалба) = 44.000 динара.

<sup>1314</sup>  $2 \times 12.000$  динара.

<sup>1315</sup> Претпостављена вредност предмета спора јесте 850.000 динара.

На основу компарације ових података, следи да судски поступак изискује десет пута више трошкова од поступка медијације. Судски поступак траје 23 месеци дуже од поступка медијације.



## ГЛАВА 2

### МЕТОДОЛОШКИ ПРИСТУП

#### 1. ПРОБЛЕМ ИСТРАЖИВАЊА

Према нашем сазнању, у нашој средини постоји мали број истраживања ефикасности *АДР* метода, и нарочито *медијације*.<sup>1316</sup> Разлози постојања малог броја истраживања могу бити бројни, почев од чињенице да је медијација законски нормирана у нашој земљи 2006. године, што значи да је релативно скоро почела да се примењује на један институционални и уређен начин, преко тога да у нашој земљи не постоји традиција решавања спорова алтернативним методима, и евентуално до недостатка истраживачке инвентивности и радозналости за проучавање медијације са економског аспекта. Управо руковођени интересовањем и жељом да проникнемо у суштину медијације, и пре свега да установимо факторе који доприносе, или могу допринети, њеној (не)ефикасности, приступили смо истраживању ове правне установе. Проблем који нас је заинтригирао и заокупио нашу пажњу односи се на чињеницу да се овај *АДР* метод решавања спорова *ефикасно* примењује у развијеним западним земљама, пре свега у Америци, и да значајно доприноси растерећењу судова од

---

<sup>1316</sup> У другим земљама, нарочито у Америци, постоје опсежна истраживања о ефикасности *АДР* метода. Видети, на пример, истраживање *судског и АДР система*, из угла неоинституционалне анализе: Roger E. Hartley, *Alternative Dispute Resolution in Civil Justice Systems*, LFB Scholarly Publishing LLC, New York, 2002. Постоји и једно занимљиво истраживање које указује да различити актери – професионалци (адвокати, медијатори) и странке (лаици), нарочито у зависности од тога да ли су мушког или женског пола, имају *различиту перцепцију* парничног поступка и поступка медијације, тј. различито разумеју ове процесе и улоге које имају у њима. Из тог разлога, неопходно је извршити (корените) промене у правничком образовању, у смислу реалнијег сагледавања улоге парничних странака, адвоката и судија (медијатора), узимањем у обзир и *психолошких импликација правног система на споменуте актере*, генерално гледано, као и њихових унутрашних потреба и мотивација, које не могу бити изједначене са материјалним интересом (потребом за новцем). Неопходно је ставити акценат и на *побољшање комуникације* између странака у спору и њихових адвоката, узимањем у обзир њихових различитих потреба. Видети о томе: Tamara Relis, *Perceptions in Litigation and Mediation – Lawyers, Defendants, Plaintiffs, and Gendered Parties*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, 2009.

прекобројних предмета, док је у нашој земљи дијаметрално различита ситуација. Управо нас је то подстакло да проучимо, на *компаративној основи*, ефикасност медијације, али и других *АДР* метода, у Америци и Србији. Теоријска елаборација у нашем раду имала је тај циљ. Но, с друге стране, интересовало нас је какво је тренутно стање у погледу имплементације медијације у нашој земљи, након *пет година* од законског нормирања ове правне установе. Свесни чињенице да је то кратак период за давање генералних и коначних оцена у погледу примене било које правне установе, самим тим и медијације, приступили смо истраживању с намером стицања увида у тренутно стање у погледу примене медијације у Србији и, нарочито, да сазнамо какви су ефекти законског нормирања медијације, и да, на бази тога, изнесемо одређене закључке у вези с начином уређења медијације, а што може бити од користи законодавцу приликом будућих измена и допуна закона који уређује ову материју. Конкретније речено, полазећи од важећих законских решења, пре свега од усвојеног концепта *упућивања на медијацију од стране судије*, затим од тога да *споразум у медијацији има снагу вансудског поравнања*, као и да *не постоји контролно и регулаторно тело у домену решавања спорова медијацијом*,<sup>1317</sup> желели смо да испитамо да ли су ова решења уродила плодом и дала конкретне ефекте, првенствено, у виду растерећења судова и смањења броја предмета и, ако нису, која су то алтернативна (законска) решења која би могла допринети остварењу тог циља.

## **2. ПРЕДМЕТ ИСТРАЖИВАЊА**

Предмет овог истраживања представља *медијација* и, пре свега, *ефикасност* ове правне установе. У основи, циљ је проучити медијацију, односно њене *економске импликације*, као посебног *АДР* метода. Да ли је медијација, као нова правна установа, генерисала уштеду ресурса за странке у поступку, као и за државу, представља срж овог истраживања. Конкретније

---

<sup>1317</sup> *Центар за медијацију* данас, свакако, нема улогу контролног и регулаторног тела у правом смислу те речи, али исказује интерес да у будућем законском уређењу медијације преузме ту улогу. С друге стране, постоји предлог да се уведе *Комора медијатора*, попут Адвокатске коморе, као контролно и регулаторно тело. О томе је било речи у теоријском делу дисертације, видети одељак 3.5.1. *Нормативни аспект обавезне медијације са освртом на актуелну дебату у нашој земљи*, у глави 2 трећег дела под називом *Економска анализа медијације*.

речено, питање је да ли је медијација генерисала минимизацију трошкова за странке и државу, а пре свега: уштеду парничних и судских трошкова (који имају новчани израз); времена, као важног ресурса; и смањење броја предмета, што је од посебне важности за ефикасан рад судија, као представника државе. Уштеда ових трошкова, с једне стране, свакако може допринети *задовољству странака*, под претпоставком њихове рационалности, док с друге стране, може *растеретити државни буџет*, што даље значи да корист може имати и држава, односно, прецизније речено, порески обвезници.

Овако дефинисан предмет истраживања нужно подразумева испитивање и *економских импликација парнице*, будући да се ефикасност медијације може процењивати једино у компарацији са редовним методом решавања спорова. И не само то, већ и сама чињеница да је код нас прихваћен концепт *судски–анексиране медијације*, говори у прилог томе да је медијација уведена у наш правни систем под окриљем и патронатом државе, како би се побољшала ефикасност *парнице*. Сама чињеница да је медијација *анексирана (припојена) суду*, открива праву суштину оваквог концепта, а који се огледа у томе да је парница *доминантан* метод решавања спорова, а да медијација једино *служи* побољшању ефикасности редовног метода. Према томе, пошто је медијација припојена суду, односно парници, *не може се говорити о два равноправна метода решавања спорова*. Медијација је, у ствари, једна *полуга* у рукама државе, која треба да *подупре* други основни инструмент државе (парницу). Но, формално-правно гледано, наш *Закон* је отворио врата и *приватној медијацији*, али, према нашем сазнању, она није заживела у Србији, те остаје нада да ће тржиште одиграти улогу у задовољењу потреба за решавањем спорова, односно да ће се развити *тржиште приватних услуга за решавање спорова*, какво већ постоји у развијеним земљама, пре свега у Америци.

### **3. ВРСТА ИСТРАЖИВАЊА**

Ово је *експлоративно истраживање, квалитативног и квантитативног типа*, оријентисано на испитивање *ефикасности медијације*, односно установљење стварног доприноса медијације у минимизацији парничних и судских трошкова, растерећењу судова од прекобројних предмета и других фактора.

Ово истраживање требало би да омогући проверу постојећих чињеница, али и откривање нових сазнања, односно проширење сазнања везаних за медијацију.

#### **4. ЗНАЧАЈ ИСТРАЖИВАЊА**

*Теоријски значај истраживања* састоји се у унапређењу сазнања о медијацији, као правној установи и, нарочито, о *економској димензији* ове правне установе, као инструмента минимизације укупних друштвених трошкова парничног поступка.

*Практични значај добијених налаза* односи се на примену сазнања о медијацији на плану квалитетнијег и, нарочито, *ефикаснијег* законског уређења ове правне установе.

#### **5. ЦИЉЕВИ ИСТРАЖИВАЊА**

*Основни циљ истраживања јесте утврдити факторе (не)ефикасности нашег система решавања грађанскоправних спорова медијацијом.* Истраживање је базирано на расположивим подацима који су прикупљени, а који се првенствено односе на учесталост решавања грађанскоправних спорова парницом и медијацијом.

*Специфичан циљ истраживања огледа се у утврђивању ефеката законских норми на плану примене медијације и, консеквентно, на плану смањења укупних друштвених трошкова парничног поступка.*

Узимајући у обзир чињеницу да је у нашој земљи 2006. године ступио на снагу *Закон о посредовању – медијацији*, наметнуло се следеће питање: *да ли, и у којој мери, је примена овог Закона утицала на ефикасност решавања грађанскоправних спорова, то јест, на минимизацију укупних друштвених трошкова парничног поступка?* Компаративна статистичка анализа расположивих података о учесталости решавања спорова парницом и медијацијом, послужила је остварењу овог специфичног циља истраживања. Овај део истраживања обухватио је и компаративну анализу једног броја судских случајева у којима није коришћена медијација и једног броја судских случајева у којима су странке изабрале медијацију. Да би одговорили на овај

специфичан, али и основни циљ истраживања, поред квантитативног истраживања, спровели смо и *квалитативно истраживање*, са циљем испитивања *ставова медијатора (судија) и адвоката* о ефикасности медијације и парнице и другим повезаним питањима.

## **6. ВАРИЈАБЛЕ ИСТРАЖИВАЊА**

У квантитативном делу истраживања, идентификоване су две *независне варијабле: парница (парнични поступак) и медијација (поступак медијације)*. Прва зависна варијабла коју смо испитивали у односу на независне варијабле *јесте учесталост решавања спорова једним, односно другим методом*. Затим, упоређивали смо и *број поравнања у медијацији са бројем пресуда у парници, по годинама, од доношења и почетка примене Закона до данас*. Даље, пратили смо промене на следећим зависним варијаблама, попут: *трошкова поступка, броја рочишта у поступку и трајања поступка*.

У квантитативном делу истраживања, идентификоване су још две *независне варијабле: парнице без медијације и парнице са (успешном) медијацијом*. С друге стране, као *зависне варијабле*, које смо испитивали у односу на независне варијабле, издвојене су: *трошкови парничног поступка, број рочишта у парничном поступку, трајање парничног поступка, период од доношења до правноснажности, односно извршности пресуде (поравнања)*. У овом делу истраживања, упоређивали смо и *парнице са успешном и парнице са неуспешном медијацијом* у погледу наведених зависних варијабли.

У квалитативном делу истраживања, *групу медијатора (судија)* третирали смо као једну *независну варијаблу*, а *групу адвоката*, као другу *независну варијаблу*. Као *зависне варијабле* издвојили смо *њихове ставове о ефикасности медијације и другим повезаним питањима*.

## **7. ХИПОТЕЗЕ ИСТРАЖИВАЊА**

Из основног циља истраживања, проистекла је *полазна хипотеза*, која гласи:

- ✓ *Решавање грађанскоправних спорова у поступку медијације не доприноси у значајној мери побољшању ефикасности парничног поступка у нашој земљи.*

На бази специфичног циља истраживања, формулисане су следеће посебне хипотезе:

- ✓ *Поступак медијације је бржи, краћи и јефтинији од парничног поступка.*
- ✓ *Парнични поступак са медијацијом конзумира ниже трошкове, мање времена и других ресурса парничних субјеката у односу на парнични поступак без медијације.*
- ✓ *У појединачним успешно окончаним споровима, медијација је значајно допринела смањењу трошкова парничног поступка.*
- ✓ *Постоји статистички значајно повећање броја медијација, од доношења Закона о посредовању – медијацији 2006. године до данас, праћено по годинама.*

## **8. НАЧИН СПРОВОЂЕЊА ИСТРАЖИВАЊА И ОПИС УЗОРКА**

Истраживање је спроведено на једном броју случајева који су били предмет парничног поступка у *Основном суду у Нишу* и предмет медијације при *Одељењу центра за медијацију Основног суда у Нишу*.

*Временско трајање истраживања* било је омеђено од *септембра 2011. године до јануара 2012. године*, и у том оквиру је и спроведено.

*Квантитативни део истраживања*, који се састоји од компаративне статистичке анализе доступних података о учесталости решавања спорова парницом и медијацијом, као и компаративне анализе једног броја случајева у којима је коришћена медијација и једног броја случајева без медијације, спроведен је прикупљањем података у Основном суду у Нишу и Одељењу центра за медијацију при Основном суду у Нишу. Начин на који је спроведена компаративна статистичка анализа случајева са медијацијом и случајева без медијације, јесте *непосредан увид у судске списе и евиденцију (књигу) о медијацији*, којим смо остварили идентификацију оних фактора који могу бити предмет компарације, као што су: дужина трајања поступка, висина парничних трошкова, број одржаних рочишта и други.

Поред квантитативног, спроведено је и *квалитативно истраживање*, са циљем испитивања *ставова медијатора (судија)* о ефикасности медијације и парнице, ефектима примене *Закона*, проблемима са којима се суочавају у пракси, разлозима (не)ефикасне примене медијације и низом других повезаних питања. Такође, испитани су и *ставови адвоката* о гореспоменутим питањима. Руководили смо се тиме да укрштањем ставова двеју релевантних група (судија и адвоката), дођемо до важних сазнања о ефикасности медијације.

Будући да је Ниш трећи град по величини у Србији, и центар Нишавске области,<sup>1318</sup> случајеви који су изнети на парницу и медијацију у Основном суду у Нишу<sup>1319</sup> могу послужити као *солидна основа* за испитивање ефеката примене *Закона о посредовању – медијацији* у Србији, као и у сврху долажења до одређених сазнања по питању ефикасности медијације. Определили смо се за Ниш, будући да јавно доступни подаци јасно указују да медијација није заживела у обласним центрима попут Крушевца, Краљева и других мањих градова у Србији.<sup>1320</sup> У ствари, реч је о поражавајућим подацима у погледу примене медијације.<sup>1321</sup>

---

<sup>1318</sup> Према првим резултатима последњег пописа становништва у Србији из 2011. године, укупан број становника *Нишавске области* износи 373.404, а укупан број становника *града Ниша* износи 257.867. Будући да укупан број становника *Јужнобачке области* износи 607.835, а *града Новог Сада* 335.701, јасно се види да је Ниш *трећи град* по величини у Србији. Видети: *Попис становништва, домаћинства и станова у Републици Србији 2011.: први резултати*, Републички завод за статистику, Београд, 2011.

<sup>1319</sup> Сходно одредби чл. 3. ст. 1. тач. 18. *Закона о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштва* („Службени гласник РС“ бр. 116/08), утврђено је да Основни суд у Нишу врши надлежност за територију општина Алексинац, Гаџин Хан, Дољевац, Ражањ, Сврљиг и за град Ниш, док је чл.13. ст.1. тач.8. истог закона утврђено да предмете Општинског суда у Приштини преузима Основни суд у Нишу.

<sup>1320</sup> Одељења *републичког Центра за медијацију* налазе се у следећим градовима: Београд, Суботица, Ниш, Краљево, Шабац, Бачка Паланка, Нови Сад, Зрењанин, Јагодина, Крушевац, Лесковац, Зајечар, Панчево, Нови Пазар и Пирот. Подаци преузети са сајта: <http://www.medijacija.rs/struktura.html>

<sup>1321</sup> У уводном делу извештаја о ефикасности медијације у *Краљеву*, јасно се види да су од оснивања Одељења центра за медијацију у Краљеву до 2009. године, када је и спроведено истраживање, процесуиране укупно *три медијације!* Ако је за утеху, *све три медијације биле су успешне*. Детаљније о томе: Партнери за демократске промене Србија, Пројекат: Подршка Центру за медијацију у Краљеву, *Анализа Програма медијације у Краљеву*, у оквиру Канада-Србија пројекта реформе правосуђа (*ЦС-ЈПП*), Август, 2009. Затим, обавили смо и информативни разговор са крушевачким адвокатима, који су нагласили да у *Крушевцу* постоји Центар за медијацију, али да, по њиховом сазнању, „тамо нико не иде“. Даље, у телефонском разговору, обављеним са представником *Привредне коморе Зајечара*, дошли смо до сличних резултата по питању учесталости решавања спорова медијацијом у Зајечару. Коначно, у опсежном интервјуу, обављеном телефонским путем са *Директорком Центра за медијацију у Београду*, дошли смо до сазнања да је учесталост решавања спорова медијацијом *врло ниска* у *Лесковцу* и *Пироту*, док је ситуација боља у *Београду* и *Војводини*.

## **9. ИНСТРУМЕНТИ ИСТРАЖИВАЊА И ПЛАН СТАТИСТИЧКЕ ОБРАДЕ ПОДАТАКА**

У сврху спровођења квалитативног истраживања, користили смо стандардне технике научне методологије за прикупљање података – *интервју* и *анкетне упитнике*.

*Интервју* је обављен са *Координатором Одељења центра за медијацију Основног суда у Нишу*, кога смо препознали као најкомпетентнију личност која нам може пружити реалан увид у функционисање Одељења центра за медијацију, не само у Нишу, већ и у другим градовима, као и да нам да објашњење узрока (не)ефикасне примене медијације. Такође, интервју је обављен са *Директорком републичког Центра за медијацију*, са седиштем у Београду, која нам је пружила веома корисне информације и податке о (не)ефикасности медијације у Србији, и функционисању правосуђа, генерално.

*Упитник* је састављен у сврху спровођења истраживања и састоји се од 35 питања за *судије (медијаторе)*, и 35 питања за *адвокате*, а која се односе на испитивање ставова о ефикасности медијације и узроцима (не)ефикасне примене медијације. У прилогу рада налази се упитник.

За статистичку обраду прикупљених података користили смо програм *SPSS*, верзију 19. Такође, у релевантној страниј литератури пронашли смо смернице и упутства за састављање упитника и спровођење истраживања, генерално узев.<sup>1322</sup>

## **10. ОСНОВНИ ПОДАЦИ О ОДЕЉЕЊУ ЦЕНТРА ЗА МЕДИЈАЦИЈУ У НИШУ И МЕДИЈАТОРИМА**

*Одељење центра за медијацију у Нишу* почело је са радом 22.12.2006. године. Одељење је смештено у потковном делу зграде Истражног центра Основног суда у Нишу. Располаже површином од 100 m<sup>2</sup>. Финансијску потпору у оснивању и раду Одељења пружили су *Министарство правде Републике Србије*, које је финансирало извођење грађевинских и других радова са приближно 4.000.000 динара, и *Међународна финансијска организација – IFC*

---

<sup>1322</sup> Видети: Julie Pallant, *SPSS, приручник за преживљавање*, превод четвртог издања, Allen & Unwin, Микро књига, Београд, 2011.



*World Bank Group*, која је финансирала опремање Одељења потребном канцеларијском и рачунарском опремом, са укупно 1.600.000 динара.

У списак посредника, а који је био подложен променама,<sup>1323</sup> према *Извештају о раду Одељења за период 2006.–2009. године*, била су уписана двадесетчетири медијатора, од којих су тринаест судије Основног суда у Нишу. Напомињемо да су све медијације од 2006. године до 2011. године спровеле судије Основног суда у Нишу, од којих су сада неке судије Апелационог суда у Нишу, или су у пензији. Адвоката, и стручњака других образовних профила (психолога, економиста, педагога и других), међу медијаторима који су спроводили медијације, једноставно нема.

---

<sup>1323</sup> Према претходном *Извештају о раду Одељења*, за период 2006.–2008. године, у списак посредника било је уписано шеснаест медијатора, од чега једанаест судија Основног суда у Нишу. Податке о укупном броју уписаних медијатора за 2010. и 2011. годину, нисмо могли да установимо, јер у *Извештајима о раду Одељења* за те године не постоје подаци о томе.

## ГЛАВА 3

### РЕЗУЛТАТИ КВАНТИТАТИВНОГ ИСТРАЖИВАЊА

#### *1. Уводне напомене о истраживању и квантитативни подаци о медијацији*

У оквиру квантитативног дела истраживања, желели смо да упоредимо случајеве у којима је спроведена медијација са случајевима у којима није било медијације. Наша жеља да спроведемо свеобухватно истраживање, тј. истраживање које би обухватило велики број различитих врста случајева *са и без* медијације, била је спутана чињеницом да у Основном суду у Нишу, а вероватно и у другим судовима у Србији, не постоји прецизна класификација предмета према одређеним *ширим и ужим* правним областима, већ се предмети *грубо* разврставају на парнице (са ознаком *II*) и радне спорове (са ознаком *III*). Из тог разлога нисмо могли у оквиру парница да брзо и једноставно пронађемо предмете који су класификовани према јасним критеријумима, рецимо на предмете везане за повреду уговора, или повреду својине, или накнаду штете, или у оквиру накнаде штете, на предмете из саобраћајних несрећа, осигурања, итд. У ствари, једино је на *корицама предмета* било назначено да је реч о одређеној врсти спора генералног значења (уговор, својина, накнада штете), али у оквиру јединствене (електронске) евиденције о предметима, није се могло доћи до прецизног податка о томе који су предмети везани за повреду својине, уговора, накнаду штете, већ су сви скупа разврстани у *парнице*. Стога, како би пронашли одговарајући предмет из парничног поступка који би био компатибилан за компарацију са одговарајућим предметом из поступка медијације, морали смо да приступимо *ручном тражењу предмета у архиви суда*. Знали смо да је предмет који тражимо разврстан у парнице (са ознаком *II*), али је било потешкоћа наћи *конкретан предмет*, рецимо, предмет који се односи на накнаду штете у саобраћајној несрећи, или накнаду нематеријалне

штете. Уколико смо желели да пронађемо предмете из других области, рецимо из области *уговора*, методологија тражења била је идентична. Штавише, приметили смо да постоји и *недоследно означавање предмета*, тако да се једни предмети означавају општим појмом *испуњење уговора*, док се други предмети конкретизују и означавају као *раскид уговора о доживотном издржавању*. Такође, установили смо да постоји непрецизно означавање *истих* предмета у парничном поступку и поступку медијације. Рецимо, у *Књизи захтева за медијацију* стоји *утврђење и поништај уговора*, у *Записнику о спроведеној медијацији* стоји *поништење уговора о поклону куће*, а у *парничним списима* стоји *утврђење права својине и поништај уговора*. Овакво непрецизно означавање предмета навело нас је на погрешан пут приликом тражења предмета за компарацију (предмета *са* и *без* медијације), будући да смо из *Књиге захтева* установили да се ради о повреди уговора, тј. о предмету из *области уговора*, да би се касније, читањем парничних списа и упознавањем са суштином предмета, испоставило да је реч, у ствари, о предмету из *области својине*. Све је ово представљао ограничавајуће факторе нашег истраживања, због чега апелујемо да *класификација и означавање предмета у судовима мора бити на вишем нивоу, уз много више прецизности и уредности!* Од тога корист могу имати не само истраживачи, већ и судије и други учесници у поступку.

С друге стране, Основни суд у Нишу не може се подичити ни квалитетно уређеном евиденцијом о спроведеним медијацијама. Наиме, нешто побољшана евиденција о спроведеним медијацијама почела је да се примењује тек од 2009. године, а за предмете процесуиране у поступку медијације од 2006. године до 2009. године, постоји само *Списак предмета Општинског суда у Нишу у којима су странке упућене на поступак посредовања, медијације, нагодбе*. Из овог *Списка* једино се могу видети: ознака списа, ко је био медијатор, датум упућивања на медијацију, рок за решавање спора посредовања (*нише увек 30 дана*), начин окончања поступка посредовања и примедбе. Списак не пружа *детаљније* податке о самом поступку медијације, о томе колико је трајао, колико је било рочишта, ко су били учесници, да ли су странке имале адвокате и друго. Конкретније речено, *не постоје записници о спроведеним медијацијама*. Ова чињеница недвосмислено указује на две ствари. Прво, одговорност лица задужених за спровођење медијације није била на високом нивоу, и друго,

недостатак одговорности може се правдати чињеницом да је *Закон* ступио на снагу 2006. године, а да његова примена није била праћена одговарајућим стручним, техничким и другим условима, из чега извлачимо закључак да *припрема* за спровођење поступка медијације Одељења у Нишу није била адекватно спроведена. Све у свему, наше истраживање морало је да се фокусира на предмете из поступка медијације о којима постоји *записник*, а којих има укупно *тринаест*, и који се односе на *2009.*, *2010.*, *2011.*, и *делимично за 2008. годину (само за два од укупно 19 поступака медијације)*. Од ових *тринаест* поступака медијације, *седам* поступака окончано је успешно, што значи склапањем споразума, а *шест* поступака неуспешно, тј. обуставом поступка медијације. По годинама, *2011. године*, спроведена су укупно *три* поступка медијације, од тога *два* поступка успешно, склапањем и извршењем споразума, а *један* неуспешно. Поступке је спровело *троје* различитих судија–медијатора (двојица мушкараца и једна жена). Од два успешна поступка медијације, један се односи на *брачну тековину*, а други на *накнаду штете*. Неуспешан поступак медијације односи се на *брачну тековину*. *2010. године*, спроведена су *два* поступка медијације – *оба неуспешно*. Један се односи на *потраживање*, а други на *поништај уговора о поклону*. *2009. године*, спроведено је *шест* поступака медијације, од тога *три* успешно и *три* неуспешно. Три успешна поступка односе се на: *утврђење права својине и поништење уговора, уговор о поклону и накнаду штете из радног односа*. Три неуспешна поступка односе се на: *ванбрачну тековину, редуцију тестаментa (наслеђе), уређење и коришћење стана (својина)*. Укупна ослобођена вредност за ову годину (2009.), али закључно са *7.4.2009. године*, износи само *10.000 евра*.<sup>1324</sup> *2008. године*, од укупно *деветнаест* поступака, постоје записници за *два* поступка медијације, при чему су оба окончана споразумом. Један се односи на *наслеђе*, а други на исплату накнаде за ангажовање (*накнаду штете*). Иначе, од укупно деветнаест поступака упућених на медијацију за ову годину, *четири* поступка окончана су успешно, а *четрнаест* неуспешно.<sup>1325</sup> Укупна ослобођена вредност за ову

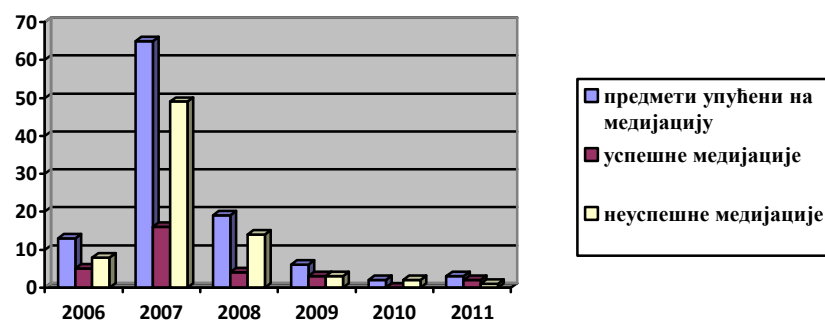
<sup>1324</sup> Ова новчана вредност односи се само на *два успешна* поступка медијације, од укупно *три успешна* поступка, колико их је заиста било у овој години.

<sup>1325</sup> Претпостављамо да је један случај који недостаје упућен на медијацију, али да не постоји евиденција да ли је отпочео поступак и како се окончао, будући да за 2008. годину постоји евиденција закључно са *11.11.2008.*

годину (2008.) износи *146.600 евра*. **2007. година** била је најуспешнија у погледу медијације. Наиме, од укупно 65 упућених предмета на поступак медијације, 16 је окончано успешно, а 49 неуспешно. Ова година је најуспешнија, и када је реч о броју упућених предмета на медијацију, и када је реч о броју успешно окончаних предмета у односу на друге године. Укупна ослобођена вредност за ову годину (2007.) износи *648.450 евра*. Коначно, за **2006. годину**, и то од 12.9.2006. године до 26.12.2006. године, од укупно 13 упућених предмета на поступак медијације, пет је успешно окончано, а осам неуспешно. Укупна ослобођена вредност за ову годину (2006.) износи *387.000 евра*. У збиру, за период од 2006. године до 2009. године, мада недостају подаци за све спроведене медијације, укупна ослобођена вредност износи око *1.192.050 евра*.

Табеларни приказ броја медијација по годинама

	Укупно предмета упућених на медијацију	Укупно успешних медијација	Укупно неуспешних медијација	Укупна ослобођена вредност
2006. (12.9.–26.12.)	13	5	8	387.000 евра
2007.	65	16	49	648.450 евра
2008. (до 11.11.)	19	4	14	146.600 евра
2009.	6	3	3	10.000 евра <sup>1326</sup>
2010.	2	/	2	/
2011.	3	2	1	/
Укупно	<b>108</b>	<b>30</b>	<b>77</b>	<b>1.192.050 евра</b>



Графички приказ кретања броја медијација по годинама

<sup>1326</sup> Овај податак односи се на два успешна рочишта.

Табеларни приказ броја медијација према врсти спора за 2008.–2011.

2008.–2011.	Брачна тековина	Накнада штете	Потраживање	Уговори	Својина	Наслеђе	Радни однос	Укупно
Успешно	1	2	/	1	1	1	1	7
Неуспешно	2	/	1	1	1	1	/	6

**2. Учесталост решавања спорова медијацијом и парницом**

У периоду од **1.1.2011. године до 24.10.2011. године**, у Основном суду у Нишу, примљено је укупно **8.376 парничних предмета**, а од тога **7.886 нових парничних предмета**. Нерешених парничних предмета на почетку године било је укупно **5.785**, од чега старих предмета **644**. **Укупно у раду, било је 14.159 парничних предмета**. Од ових предмета, мериторно је решено **5.237**, на други начин **2.523** (укупно **7.760 парничних предмета**). Од старих парничних предмета решена су **483**. Остало је у раду као нерешено **6.399 парничних предмета**, а од тога старих предмета **472**. Савладавање прилива предмета износило је **92,65%**, а проценат решених **54,81%**. Од укупно **1.805** разматраних пресуда по жалби, потврђено је **1.352 (74,9%)**, преиначено **111 (6,15%)**, укинута **242 (13,41%)**, и делимично преиначено, односно укинута **100 предмета (5,54%)**.

Ако се узме у обзир податак да су 2011. године укупно упућена на поступак медијације **три предмета** (сва три предмета из 2010. године), од чега су **два предмета успешно решена**, а **један неуспешно**, *потпуно је очигледно да медијација, као посебан АДР поступак, уопште није утицала на смањење броја парничних предмета*. У ствари, излишно је говорити о ефикасности медијације у Основном суду у Нишу, у смислу растерећења судова од прекобројних предмета.

У периоду од **1.1.2010. године до 31.12.2010. године**, у Основном суду у Нишу, укупно је примљено **9.457 парничних предмета**, а од тога **9.397 нових парничних предмета**. Нерешених парничних предмета на почетку године било је укупно **5.665**, а од тога старих **786**. **Укупно у раду, била су 15.124 парнична предмета**. Од ових предмета, мериторно су решена **4.924**, на други начин **4.406** (укупно **9.330 предмета**). Од старих парничних предмета решена су **633 предмета**. Остало је у раду као нерешено **5.785 парничних предмета**, а од тога старих предмета **640**. Савладавање прилива предмета износило је **98,66%**, а проценат решених **61,69%**. Од укупно **873** разматраних пресуда по жалби,

потврђено је 774 (88,66%), преиначено 30 (3,44%), укинута 68 (7,79%), и делимично преиначена, односно укинута *једна* (0,11%).

Ако се узме у обзир податак да су 2010. године укупно упућена на поступак медијације *два* предмета (оба из 2010. године), при чему су оба неуспешно решена, *потпуно је јасно да медијација, у овој години, уопште није утицала на смањење броја парничних предмета.*

У периоду од **1.1.2009. године до 31.12.2009. године**,<sup>1327</sup> у Основном суду у Нишу, примљено је укупно *10.158 парничних предмета*, а од тога *9.038 нових парничних предмета*. Нерешених парничних предмета на почетку године било је укупно *3.119*, а од тога старих *700*. **Укупно у раду, била су 13.454 парнична предмета.** Од ових предмета, мериторно је решено *6.149*, на други начин *2.414*, што значи укупно *8.563 парнична предмета*. Од старих парничних предмета решено је *1.159*. Затим, *4.891* парнични предмет остао је у раду као нерешен, а од тога *661* спада у групу старих предмета. Савладавање прилива предмета износило је *117,3%*. Укупно израђених одлука до 30 дана било је у *5.800 предмета*, до 60 дана у *187 предмета*, преко 60 дана у *77 предмета*. Ажурност судија износила је *5,78*. Од укупно *2.405* разматраних пресуда по жалби, потврђено је *1.978 (73,7%)*, преиначено *218 (8,1%)*, и укинута *487 (18,2%)*.

Ако се узме у обзир податак да је 2009. године укупно упућено на поступак медијације *шест* предмета (два предмета из 2006. године, два предмета из 2008. године, један предмет из 2009. године и за један недостаје податак), при чему су *три* предмета успешно решена, а *три* неуспешно, *потпуно је јасно да медијација, ни у 2009. години, није утицала на смањење броја парничних предмета и растерећење судија.*

У периоду од **1.1.2008. године до 31.12.2008. године**,<sup>1328</sup> у Основном суду у Нишу, примљена су укупно *8.182 парнична предмета*, а од тога *7.501 нових парничних предмета*. Нерешених парничних предмета на почетку године било је укупно *3.815*, а од тога старих *990*. **Укупно у раду, било је 11.997 парничних предмета.** Од ових предмета, мериторно је решено *5.895*, на други начин *2.806* (укупно *8.701*). Од старих парничних предмета решено је *1.220*. Остало је у раду

<sup>1327</sup> Овај Извештај о раду судија Парничног одељења Основног суда у Нишу за период јануар–децембар 2009. године обухвата укупно 25 судија.

<sup>1328</sup> Овај Извештај о раду судија Парничног одељења Основног суда у Нишу за период јануар–децембар 2008. обухвата укупно 26 судија.

као нерешено 3.296 парничних предмета, а од тога старих 419. *Остварена норма* износила је 108,3%. Укупно израђених одлука до 30 дана било је у 5.626 предмета, до 60 дана у 205 предмета, преко 60 дана у 64 предмета. Ажурност судија износила је 4,83. Од укупно 2.338 разматраних пресуда по жалби, потврђено је 1.816 (68,3%), преиначено 236 (8,9%), и укинуто 607 (22,8%).

Ако се узме у обзир податак да је 2008. године (до 11.11.2008.) укупно упућено на поступак медијације 19 предмета, од којих су четири предмета успешно решена, а 14 предмета неуспешно, и упореди са наведеним подацима о броју парничних предмета за ову годину, *потпуно је јасно да медијација, ни у 2008. години, није утицала на смањење броја парничних предмета и растерећење судија.*

У периоду од **1.1.2007. године до 31.12.2007. године**,<sup>1329</sup> у Основном суду у Нишу, примљено је укупно 8.627 парничних предмета, а од тога 7.923 нових. Нерешених парничних предмета на почетку године било је укупно 4.545, а од тога старих 1.266. **Укупно у раду, била су 13.172 парнична предмета.** Од ових предмета, мериторно је решено 6.135, на други начин 3.222 (укупно 9.357). Од старих парничних предмета, решена су 1.564 предмета. Остало је у раду као нерешено 3.815 парничних предмета, а од тога старих 406. *Остварена норма* износила је 110,9%. Укупно израђених одлука до 30 дана било је у 5.942 предмета, до 60 дана у 182 предмета, преко 60 дана у 108 предмета. Ажурност судија износила је 5,31. Од укупно 2.507 разматраних пресуда по жалби, потврђено је 1.961 (72,9%), преиначено 163 (5,4%), и укинуто 642 (21,7%).

Ако се узме у обзир податак да је 2007. године укупно упућено на поступак медијације 65 предмета, од којих је 16 предмета успешно решено, а 49 предмета неуспешно, и упореди са горенаведеним подацима о броју парничних предмета за ову годину, *потпуно је јасно да медијација, ни у 2007. години, није утицала на смањење броја парничних предмета и растерећење судија, упркос томе што је број медијација највиши у овој години у односу на друге године.*

У периоду од **1.1.2006. године до 31.12.2006. године**, у Основном суду у Нишу, примљено је укупно 8.066 парничних предмета, а од тога 7.046 нових

---

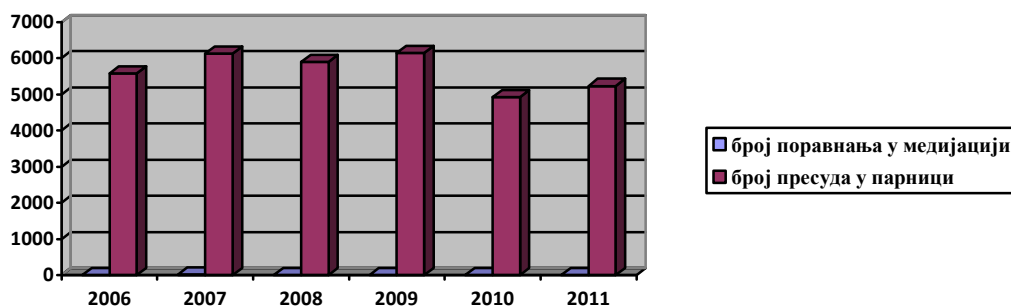
<sup>1329</sup> Овај Извештај о раду судија Парничног одељења Основног суда у Нишу за период јануар–децембар 2007. године обухвата укупно 27 судија.



*парничних предмета*. Нерешених парничних предмета на почетку године било је укупно 5.590, а од тога старих 1445. **Укупно у раду било је 13.656 парничних предмета**. Од ових предмета, мериторно је решено 5.590, на други начин 3.444, што значи укупно 9.027 *парничних предмета*. Од старих парничних предмета решено је 1.847. Остало је у раду као нерешено 4.545 парничних предмета, а од тога старих 542. Процент испуњености норме износио је 112,9%. Укупно израђених одлука до 30 дана било је у 5.135 *предмета*, до 60 дана у 380 *предмета*, преко 60 дана у 574 *предмета*. Укупан број радних дана износио је 5.450. Ажурност судија износила је 5,63. Од укупно 2.289 разматраних пресуда по *жалби*, потврђено је 1.781 (71,4%), преиначено 139 (5,6%) и укинута 576 (23,1%).

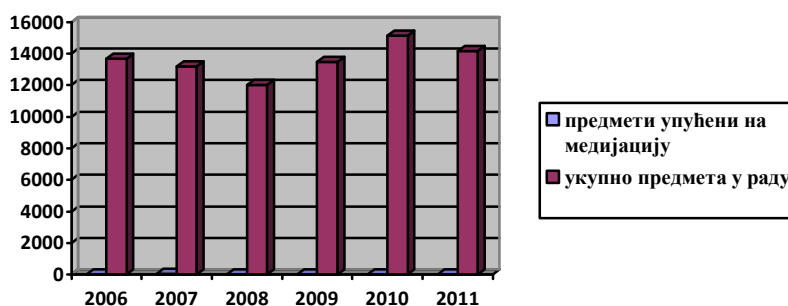
Ако се узме у обзир податак да је 2006. године (од 12.9.2006. до 26.12.2006.) укупно упућено на поступак медијације 13 *предмета*, од којих је осам неуспешно решено, а пет успешно, и упореди са наведеним подацима о броју парничних предмета за ову годину, *следи да медијација, ни у 2006. години, није утицала на смањење броја парничних предмета и растерећење судија*.

Ако поредимо две варијабле, *број решених предмета у поступку медијације и број мериторно решених предмета у парничном поступку*, по годинама (од 2006. године до 2011. године), у оквиру Парничног одељења Основног суда у Нишу, јасно је да је огроман број предмета решен у парници, односно веома мали број предмета у поступку медијације. То можемо и графички приказати:



Графички приказ односа броја поравнања у медијацији и броја пресуда у парници

Ако поредимо број предмета упућених на медијацију са укупним бројем предмета у раду Парничног одељења Основног суда у Нишу, по годинама, добијамо следећи однос:



Графички приказ односа предмета упућених на медијацију и укупног броја предмета у раду

Из графикана јасно се види да предмети упућени на поступак медијације нису могли значајно да утичу на смањење броја предмета у раду, у целом посматраном периоду (2006.–2011.).

### 3. Компарација поступака са и без медијације

Прво ћемо извршити компарацију радног спора са медијацијом и радних спорова без медијације. Потом ћемо у анализу укључити и *друге спорове са медијацијом*, и направити компарацију тих спорова са радним спором са медијацијом, како би установили да ли радни спор са медијацијом има неких специфичности. Затим ћемо извршити *општу компарацију* спорова са медијацијом и спорова без медијације. Но, осим компарације поступака *са и без* медијације, упоредићемо и парнични поступак са поступком медијације (у радним и другим споровима).

#### 3.1. Основни подаци о радном спору са медијацијом (M<sub>1</sub>)

Тужба за разлику у заради између зараде коју је остварио код Националне службе и оне коју би остварио код туженика, подигнута је 21.1.2009. године.<sup>1330</sup> На рочишту, 23.6.2009. године, суд је предложио

<sup>1330</sup> Случај је класификован као *радни спор*, под ознаком ПП – 280/09.

странкама поступак медијације и оне су сагласно прихватиле тај предлог. Пре тога, тачније 27.4.2009. године, одржано је једно рочиште. При том, иако су странке прихватиле предлог за медијацију усмено на рочишту, формално су поднеле захтев за покретање поступка медијације тек 9.10.2009. године. Накнаду за поступак медијације уплатиле су 16.7.2009. године, односно 20.8.2009. године.

Овај случај, везан за *накнаду штете из радног односа*, конзумирао је следеће ресурсе: *плаћање накнаде за поступак медијације* (плаћање таксе за медијацију) у износу од 10.716 динара, а који је ишао на терет обе странке на пола; *трајање поступка медијације* који је окончан истог дана на *једном рочишту* (29.10.2009. године); *плаћање таксе за покретање ванпарничног поступка*,<sup>1331</sup> како би се вансудско поравнање преточило у судско поравнање, а који је окончан *истог дана, на једном рочишту, у трајању од шест минута* (17.11.2009. године).

Из ових података следи да је од покретања парничног поступка (21.1.2009. године) до окончања парничног поступка, а који се сматра окончаним закључењем судског поравнања (17.11.2009. године), протекло *око 300 дана*. Затим, од закључења споразума у поступку медијације (29.10.2009. године) до покретања и окончања ванпарничног поступка (17.11.2009. године) протекло је *19 дана*. Коначно, од покретања поступка медијације, а који почиње прихватањем предлога за покретање поступка (23.6.2009. године), до окончања поступка медијације, који се сматра окончаним закључењем споразума (29.10.2009. године), протекло је *128 дана*.

У овом парничном поступку странке су имале и друге трошкове, попут таксе за подизање тужбе и трошкова адвоката, а које је, на основу споразума закљученог у медијацији, платио *тужени*, и то у износу од 40.000 динара. Истим споразумом тужени се обавезао да другој страни надокнади и трошкове медијације. Тужени је исплатио и 516.309 динара по основу тужбеног захтева, а *тужилац* се, заузврат, одрекао потраживања камата, права враћања на рад и права на друга потраживања по основу рада, и прихватио обавезу да повуче предлог за извршење.

---

<sup>1331</sup> Ова такса јесте прилично *ниска*, али из списка предмета нисмо могли да установимо колико тачно износи.

У овом поступку, тужилац је *физичко лице*, а тужени *правно лице*, са ангажованим адвокатима. Накнада за рад медијатора износила је *80 евра*, а исплаћена је из накнаде за покретање поступка медијације.

Табеларни приказ (M<sub>1</sub>)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Радни спор; 516.309 динара
Парничне странке	Тужилац физичко лице; тужени правно лице
Заступници странака	Странке имају адвокате
Укупан број рочишта у парничном поступку	Два
Укупан број рочишта у поступку медијације	Једно
Укупан број рочишта у ванпарничном поступку	Једно
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до закључења судског поравнања)	300 дана
Трајање поступка медијације (од упућивања на медијацију до закључења вансудског поравнања)	128 дана
Трајање поступка медијације (од формалног подношења захтева за покретање поступка до закључења вансудског поравнања)	20 дана
Трајање ванпарничног поступка	Једно рочиште (шест минута)
Трошкови парничног поступка	29.284 динара
Трошкови медијације на име накнаде	10.716 динара
Трошкови ванпарничног поступка	/
Период од закључења вансудског до судског поравнања	19 дана
Остале карактеристике спора	/

### 3.2. Основни подаци о радним споровима без медијације

#### **Предмет 1**

Парнични поступак је покренут *1.9.2009. године*, подизањем тужбе којом је тражена исплата разлике зараде.<sup>1332</sup> У овом поступку, укупно је било *пет рочишта* (*21.1.2010., 26.3.2010., 16.4.2010., 25.6.2010., 8.7.2010.*). Пресуда је донета *8.7.2010. године*, а постала правоснажна и извршна *23.7.2010. године*, што значи да је поступак трајао око *325 дана*. У поступку је ангажован вештак финансијске струке, чије вештачење је коштало *8.000 динара*. Такса за тужбу износила је *5.500 динара*, а такса за пресуду, такође, *5.500 динара*. Састављање тужбе и поднесака коштало је по *3.000 динара*. Заступање на одржаним расправама коштало је *4.000 динара*, а одлагање расправа *50%* од овог износа (*2.000 динара*). Следи да су укупни трошкови износили *39.000 динара*: састављање тужбе и један поднесак  $2 \times 3.000 \text{ динара} = 6.000 \text{ динара}$ ; за одржане расправе  $2 \times 4.000 \text{ динара} = 8.000 \text{ динара}$ ; за неодржане расправе  $3 \times 2.000$

<sup>1332</sup> Случај је класификован као *радни спор*, под ознаком *2П1 – 351/10*.

динара = 6.000 динара; вештачење 8.000 динара; такса за тужбу 5.500 динара; и такса за пресуду 5.500 динара.

У овом парничном поступку, тужилац је *физичко лице (радник)*, а тужени *правно лице (предузеће)*. Обе странке имају *адвокате*. Усвојен је тужбени захтев на укупан износ од 89.927 динара.

Табеларни приказ (предмет 1)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Радни спор; 89.927 динара
Парничне странке	Тужилац физичко лице; тужени правно лице
Заступници странака	Странке имају адвокате
Укупан број рочишта у парничном поступку	Два одржана, три неодржана (укупно пет)
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до доношења правоснажне пресуде)	325 дана
Трошкови парничног поступка	39.000 динара
Период од доношења пресуде до њене правоснажности и извршности	15 дана
Остале карактеристике спора	/

### **Предмет 2**

Парнични поступак је покренут подизањем тужбе за исплату минималне зараде и уплату доприноса за обавезно социјално осигурање 9.6.2009. године.<sup>1333</sup> Одговор на тужбу је поднет 10.7.2009. године. У овом поступку, укупно је било *седам рочишта* (19.10.2009., 15.1.2010., 5.3.2010., 11.5.2010., 13.7.2010., 15.10.2010., 15.10.2010.). Пресуда је донета 15.10.2010. године, а постала правоснажна 29.10.2010. године, односно извршна 8.11.2010. године, што значи да је поступак трајао око 507 дана. Укупни трошкови поступка износили су 37.500 динара, према следећој калкулацији: састављање тужбе и једног поднеска по 5.000 динара, укупно 10.000 динара; укупно шест заступања од стране адвоката, и то за две одржане расправе (2 x 6.250 динара = 12.500 динара) и четири неодржане расправе (4 x 3.750 динара = 15.000 динара).

У овом поступку, тужилац је *физичко лице (радник)*, а тужени *правно лице (предузеће)*. Обе странке су ангажовале *адвокате*. Усвојен је тужбени захтев на укупан износ од 77.203,63 динара.

Табеларни приказ (предмет 2)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Радни спор; 77.203,63 динара
Парничне странке	Тужилац физичко лице; тужени правно лице
Заступници странака	Странке имају адвокате

<sup>1333</sup> Случај је класификован као *радни спор*, под ознаком ЗПП – 27/10.

Укупан број рочишта у парничном поступку	Два одржана, пет неодржаних <sup>1334</sup> (укупно седам)
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до доношења правоснажне пресуде)	507 дана
Трошкови парничног поступка	37.500 динара
Период од доношења пресуде до њене правоснажности и извршности	14 дана, односно 24 дана
Остале карактеристике спора	/

### **Предмет 3**

Парнични поступак је покренут *10.11.2008. године*, подизањем тужбе којом је тражена исплата разлике зараде између минималне зараде и исплаћене зараде.<sup>1335</sup> Одговор на тужбу је поднет *12.12.2008. године*. У овом поступку, укупно је било *десет рочишта* (*5.2.2009., 25.2.2009., 9.4.2009., 19.5.2009., 9.7.2009., 21.9.2009., 27.10.2009., 19.1.2010., 11.3.2010., 14.5.2010.*).<sup>1336</sup> Пресуда је донета *14.5.2010. године*, а постала правоснажна *1.12.2010. године*, односно извршна *2.2.2011. године*, што значи да је поступак трајао око *751 дан*, тј. нешто више од *две године*. Укупни трошкови поступка износили су *200.500 динара*, према следећој калкулацији: састављање тужбе у износу од *18.000 динара*, и два поднеска по *18.000 динара* (*18.000 динара + 2 x 18.000 динара = 54.000 динара*); заступање на *три* одржана рочишта по *21.000 динара* (*3 x 21.000 = 63.000 динара*) и *седам* неодржаних рочишта по *10.500 динара* (*7 x 10.500 динара = 73.500 динара*); вештачење *10.000 динара* и таксе.

У овом поступку било је укупно *пет тужилаца (радника)*, док је тужени *правно лице* (предузеће). Странке су имале адвокате. Усвојен је тужбени захтев на износе наведене у пресуди, на коју је уложена жалба *10.8.2010. године*, а која је одбијена као неоснована, пресудом апелационог суда од *1.12.2010. године*.

### Табеларни приказ (предмет 3)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Радни спор
Парничне странке	Тужиоци физичка лица; тужени правно лице
Заступници странака	Странке имају адвокате
Укупан број рочишта у парничном поступку	Три одржана, седам неодржаних (укупно десет)
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до доношења правоснажне пресуде)	751 дан

<sup>1334</sup> Једно рочиште није одржано због спречености чланова већа, будући да нису положили заклетву поводом реизбора. То је *joш једно* неодржано рочиште, поред наведена *четири*.

<sup>1335</sup> Случај је класификован као *радни спор*, под ознаком *8ПП – 158/10*.

<sup>1336</sup> Бизарност овог случаја огледа се у томе што је неколико расправа одлагано јер *вештак није вратио списе предмета*, то је значајно утицало на успоравање поступка.

Трошкови парничног поступка	200.500 динара
Период од доношења пресуде до њене правноснажности и извршности	201 дан, односно 264 дана
Остале карактеристике спора	Одбијена жалба

#### **Предмет 4**

Парнични поступак је покренут 6.6.2008. године, подизањем тужбе којом је тражена исплата разлике зараде.<sup>1337</sup> Укупно је било *четрнаест рочишта* (6.10.2008., 12.11.2008., 26.1.2009., 6.3.2009., 16.4.2009., 26.6.2009., 22.9.2009., 2.12.2009., 18.1.2010., 12.3.2010., 12.5.2010., 12.7.2010., 6.10.2010., 6.10.2010.). Пресуда је донета 6.10.2010. године, а постала правноснажна 19.11.2010. године, односно извршна 27.11.2010. године. Парнични поступак је трајао око 896 дана, то јест, *скоро две и по године*. Укупни трошкови поступка износили су 81.000 динара, према следећој калкулацији: састављање тужбе 5.000 динара, и два образложена поднеска по 5.000 динара (5.000 динара + 2 x 5.000 динара = 15.000 динара); заступање на пет одржаних рочишта по 6.250 динара (5 x 6.250 динара = 31.250 динара) и пет неодржаних по 3.750 динара (5 x 3.750 динара = 18.750 динара); вештачење 5.000 динара; и такса за тужбу и одлуку по 5.500 динара (укупно 11.000 динара).

Тужилац је *физичко лице (радник)*, а тужени *правно лице (предузеће)*, и имају адвокате. Усвојен је тужбени захтев на име неисплаћене разлике зараде у износу од 84.271 динара, накнаде за прековремени рад 8.525 динара и накнаде за рад у дане викенда 4.089 динара (укупно 96.885 динара).

#### Табеларни приказ (предмет 4)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Радни спор; 96.885 динара
Парничне странке	Тужилац физичко лице; тужени правно лице
Заступници странака	Странке имају адвокате
Укупан број рочишта у парничном поступку	Пет одржаних, девет неодржаних (укупно 14) <sup>1338</sup>
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до доношења правноснажне пресуде)	896 дана
Трошкови парничног поступка	81.000 динара
Период од доношења пресуде до њене правноснажности и извршности	44 дана, односно 52 дана
Остале карактеристике спора	/

<sup>1337</sup> Случај је класификован као *радни спор*, под ознаком 9ПП – 89/10.

<sup>1338</sup> Укупно је било *четрнаест заказаних рочишта* (што се види према наведеним датумима), али су адвокати тражили накнаду трошкова за *десет рочишта (пет одржаних и пет неодржаних)*.

### **Предмет 5**

Парнични поступак је покренут 28.8.2009. године, подизањем тужбе којом је тражена исплата ПИО доприноса.<sup>1339</sup> Одговор на тужбу је поднет 19.10.2009. године. Одржана су укупно два рочишта (20.1.2010. године, 15.3.2010. године). Пресуда је донета 15.3.2010. године, а постала правноснажна 22.9.2010. године, односно извршна 30.11.2010. године. Парнични поступак је трајао око 389 дана, то јест, нешто више од годину дана. Укупни трошкови поступка износили су 10.000 динара: писање тужбе у износу од 2.000 динара; писање једног образложеног поднеска у износу од 2.000 динара; и заступање на два одржана рочишта по 3.000 динара.

Тужилац је физичко лице (радник), а тужени правно лице (предузеће), са ангажованим адвокатима. У овом поступку, усвојен је тужбени захтев у износу и по стопама који су били утврђени као обавезни на дан уплате за утврђени период. На донету пресуду била је поднета жалба 30.3.2010. године, услед чега је дошло до укидања првостепене пресуде и одбацивања тужбе 22.9.2010. године.

Табеларни приказ (предмет 5)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Радни спор
Парничне странке	Тужилац физичко лице; тужени правно лице
Заступници странака	Странке имају адвокате
Укупан број рочишта у парничном поступку	Два
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до доношења правноснажне пресуде)	389 дана
Трошкови парничног поступка	10.000 динара
Период од доношења пресуде до њене правноснажности и извршности	191 дан, односно 260 дана
Остале карактеристике спора	Усвојена жалба и укинута првостепена пресуда

### **Предмет 6**

Парнични поступак је покренут 28.8.2009. године, подизањем тужбе којом је тражена исплата ПИО доприноса.<sup>1340</sup> Одговор на тужбу је поднет 10.10.2009. године. Одржана су укупно два рочишта (15.1.2010., 26.3.2010.). Пресуда је донета 26.3.2010. године. Пресуда је постала правноснажна и

<sup>1339</sup> Случај је класификован као *радни спор*, под ознаком ПП1 – 288/10.

<sup>1340</sup> Случај је класификован као *радни спор*, под ознаком 2П1 – 57/10.



извршна 21.7.2010. године. Поступак је трајао 327 дана. Укупни трошкови поступка износили су 8.500 динара, према следећој рачуници: састављање тужбе 2.000 динара; састављање једног образложеног поднеска 2.000 динара; једно заступање на једној одржаној расправи 3.000 динара; и једно заступање на једној неодржаној расправи 1.500 динара.

Тужилац је физичко лице (радник), а тужени правно лице (предузеће) и имају пуномоћнике. Усвојен је тужбени захтев у износу и по стопама који су утврђени као обавезни на дан уплате за утврђени период.

Табеларни приказ (предмет 6)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Радни спор
Парничне странке	Тужилац физичко лице; тужени правно лице
Заступници странака	Странке имају адвокате
Укупан број рочишта у парничном поступку	Једно одржано, једно неодржано (укупно два)
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до доношења правноснажне пресуде)	327 дана
Трошкови парничног поступка	8.500 динара
Период од доношења пресуде до њене правноснажности и извршности	117 дана
Остале карактеристике спора	/

### **Предмет 7**

Парнични поступак је покренут 7.5.2009. године, подизањем тужбе којом је тражена исплата зараде.<sup>1341</sup> Одржана су укупно два рочишта (18.1.2010., 10.3.2010.). Пресуда је донета 10.3.2010. године, а постала правноснажна 29.5.2010. године, односно извршна 6.6.2010. године. Поступак је трајао око 387 дана. Укупни трошкови износили су 17.000 динара: састављање тужбе и два образложена поднеска по 3.000 динара (3.000 динара + 2 x 3.000 динара = 9.000 динара); заступање на две одржане расправе по 4.000 динара, укупно 8.000 динара.

Тужилац је физичко лице (радник), а тужени правно лице (предузеће) и имају пуномоћнике. Усвојен је тужбени захтев на име накнаде неисплаћене зараде због привремене спречености за рад услед болести, и то од јануара до јуна 2007. године, у следећим износима: 10.120 динара, 8.800 динара, 9.680 динара, 9.240 динара, 10.120 динара, 9.240 динара.

<sup>1341</sup> Случај је класификован као радни спор, под ознаком III – 74/10.

Табеларни приказ (предмет 7)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Радни спор, 57.200 динара
Парничне странке	Тужилац физичко лице; тужени правно лице
Заступници странака	Странке имају адвокате
Укупан број рочишта у парничном поступку	Два одржана рочишта
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до доношења правноснажне пресуде)	387 дана
Трошкови парничног поступка	17.000 динара
Период од доношења пресуде до њене правноснажности и извршности	80 дана, односно 88 дана
Остале карактеристике спора	/

**Предмет 8**

Парнични поступак је покренут *31.12.2009. године*, подизањем тужбе којом је тражена исплата регреса.<sup>1342</sup> Одговор на тужбу је поднет *22.2.2010. године*. Одржано је *једно* рочиште, *19.5.2010. године*. Пресуда је донета *19.5.2010. године*, а постала правноснажна *7.9.2010. године*, односно извршна *6.11.2010. године*. Поступак је трајао *250 дана*. Укупни трошкови поступка износили су *12.480 динара* и то: тужба и *један* поднесак по *2.000 динара*, укупно *4.000 динара*; *једно* одржано рочиште *3.000 динара*; такса за тужбу и одлуку у укупном износу од *5.480 динара*.

Тужилац је *физичко лице (радник)*, а тужени *правно лице (предузеће)* и имају пуномоћнике. Усвојен је тужбени захтев на име накнаде регреса у износу од *21.458,14 динара* са законском затезном каматом од *4.000 динара*. Уложена је жалба *17.6.2010. године*, али је одбијена и потврђена пресуда *7.9.2010. године*.

Табеларни приказ (предмет 8)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Радни спор, 25.458,14 динара
Парничне странке	Тужилац физичко лице; тужени правно лице
Заступници странака	Странке имају адвокате
Укупан број рочишта у парничном поступку	Једно одржано рочиште
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до доношења правноснажне пресуде)	250 дана
Трошкови парничног поступка	12.480 динара
Период од доношења пресуде до њене правноснажности и извршности	111 дана, односно 171 дан
Остале карактеристике спора	Одбијена жалба

<sup>1342</sup> Случај је класификован у *радне спорове*, под ознаком *ИП1 – 251/10*.

### *3.3. Резултати компарације радног спора са медијацијом и радних спорова без медијације*

Приказали смо укупно *осам* типичних радних спорова без медијације. Зависне варијабле које смо испитивали у односу на независне варијабле (*парница са и без медијације*) јесу: *трошкови поступка, трајање поступка, број рочишта и период од доношења пресуде (закључења поравнања) до правноснажности, односно извршности пресуде (поравнања)*.

Просечно гледано, поступак поводом радног спора без медијације трајао је око **479 дана**, тј. *око годину дана и четири месеца*. Просечно гледано, трошкови поступка износили су око **50.747,5 динара**. Просечно гледано, број рочишта у радним споровима без медијације износио је **5,38** по поступку. Просечно гледано, временски период од доношења пресуде до њене правноснажности, односно извршности, износио је **96,6 дана**, односно око **124 дана**.

Приликом сагледавања последње варијабле, мора се узети у обзир да је у *три* од укупно *осам* поступака, поднета *жалба* на пресуду у првом степену. При том, *две* жалбе су одбијене, а *једна* усвојена, што је довело до укидања првостепене пресуде. Улагање жалбе, свакако, доприноси продужењу периода од доношења до правноснажности, односно извршности пресуде, али с обзиром на то да могућност улагања жалбе постоји у свим споровима, рачунат је *просек* временског периода од доношења до правноснажности, односно извршности пресуде, *за све поступке (са жалбом и без жалбе)*.

С друге стране, када је реч о *радном спору са медијацијом*, парнични поступак, од подизања тужбе до закључења судског поравнања, трајао је **300 дана**. Сходно томе, када се упореде просечан радни спор *без медијације* и радни спор *са медијацијом*, *следи да је поступак са медијацијом трајао краће (300 дана према 479 дана)*. Затим, укупан број рочишта у поступку са медијацијом износио је **четири**, и то: *два* рочишта у парничном поступку, *једно* рочиште у поступку медијације и *једно* рочиште у ванпарничном поступку. С друге стране, као што смо рекли, просечно гледано, број рочишта у радним споровима без медијације износио је **5,38** по поступку. ***Очито је да је број рочишта у поступку са медијацијом нешто нижи у односу на поступак без медијације (4 према 5,38)***. Даље, укупни трошкови поступка *са медијацијом* износили су

**40.000 динара**, а од тога су **29.285 динара** трошкови парничног поступка и **10.715 динара** трошкови медијације.<sup>1343</sup> С друге стране, као што је речено, просечно гледано, трошкови поступка *без* медијације, износили су око **50.747,5 динара**. Дакле, **трошкови поступка са медијацијом нижи су од трошкова поступка без медијације (40.000 динара према 50.747,5 динара)**. Надаље, установљено је да је поступак медијације, од прихватања предлога за медијацију до закључења вансудског поравнања, трајао **128 дана**, и да је од закључења вансудског поравнања до закључења судског поравнања (правноснажности и извршности споразума) протекло **19 дана**. Ако би овај период од **19 дана**, од закључења вансудског поравнања до правноснажности и извршности споразума у поступку *са* медијацијом, упоредили са просечним периодом од доношења пресуде до њене правноснажности и извршности у поступку *без* медијације, а који износи, као што је речено **96,6** односно **124 дана**, **следи да је у поступку са медијацијом краћи период (19 дана према 96,6 односно 124 дана)**.

Табеларни приказ (М<sub>1</sub>, П<sub>1</sub>–8)

Компарација	Број рочишта	Трајање парничног поступка	Трошкови поступка	Закључење ВСП (доношење П) – правноснажност, извршност СП (П)
Радни спор са медијацијом (М <sub>1</sub> )	4	300 дана	40.000 динара	19
Радни спорови без медијације (П <sub>1</sub> –8)	5,38	479 дана	50.747,5 динара	96,6; 124

#### *3.4. Резултати компарације поступка медијације и парничног поступка (радни спор)*

Можемо извршити и компарацију *одређених варијабли у поступку медијације са варијаблама у парничном поступку, у чијем оквиру је и спроведена медијација*. Прво, видимо да период од прихватања предлога за медијацију на усменој расправи у поступку до закључења судског поравнања износи **147 дана (128 +19)**. Управо је за тај временски период (за толики број дана), медијација, формално гледано, продужила парнични поступак. С тим у вези, **временско трајање поступка медијације доста је краће у односу на временско трајање**

<sup>1343</sup> Нисмо могли да установимо трошак ванпарничног поступка из списка предмета, али смо упознати са чињеницом да такса за покретање овог поступка *није висока*. Укључивање износа ове таксе у анализу не би *значајно* утицало на резултате.

*парничног поступка (128 дана према 300 дана).* Друго, у погледу укупних трошкова, *поступак медијације јефтенији је 2,7 пута у односу на парнични поступак (10.716 динара према 29.285 динара).* Треће, у поступку медијације одржано је *једно* рочиште, а касније, у ванпарничном поступку још *једно* рочиште. Иначе, овог другог рочишта не би било да није било успешно окончаног поступка медијације. *Значи укупно је било два рочишта, иницираних могућношћу решења спора медијацијом, што је идентичан број у односу на број рочишта у парничном поступку (два).* Но, питање је колико би било рочишта у наставку парничног поступка, да није било поступка медијације. Коначно, период од закључења вансудског до судског поравнања износи *19 дана.* Питање је колико би износио овај период да је у наставку парничног поступка донета пресуда, а која би касније постала правноснажна и извршна.

Табеларни приказ компарације парничног поступка и поступка медијације (M<sub>1</sub>)

Компарација (M <sub>1</sub> )	Број рочишта у поступку	Трајање поступка	Трошкови поступка
Парнични поступак	2	300 дана	29.285 динара
Поступак медијације	2	128 дана	10.716 динара

#### **4. Успешно окончани поступци медијације у другим споровима**

У наставку приказаћемо доступне податке о *успешно окончаним поступцима са медијацијом у другим споровима.* Након тога, извршићемо компарацију ових спорова и успешно окончаног радног спора са медијацијом.

##### **4.1. Основни подаци о поступку накнаде штете са медијацијом (M<sub>2</sub>)<sup>1344</sup>**

Поступак је инициран *7.6.2010. године,* када су тужени поднели противтужбу (*противтужиоци*). Била су укупно *три* рочишта (*19.10.2010., 9.12.2010., 8.2.2011.*). На рочишту одржаном *8.2.2011. године,* странке су

<sup>1344</sup> Предмет је разврстан у *парнице*, под ознаком 20П – 8819/10. У књизи медијације, предмет се води под ознаком *Мни 02/11.*

прихватила предлог суда да спор реше у поступку медијације. 9.5.2011. године на једном рочишту у поступку медијације, странке су закључиле споразум са снагом вансудског поравнања. Вансудско поравнање преточено је у судско поравнање 10.6.2011. године на једном рочишту у ванпарничном поступку. Према склопљеном споразуму, туженичка страна обавезала се да плати таксу за тужбу у износу од 11.960 динара, као и таксу за поравнање у износу од 5.980 динара. Остале трошкове, према споразуму, свака страна обавезала се да сноси самостално. Тужилачка страна обавезала се на повлачење тужбе у делу накнаде противвредности. Споразум је предвидео и физичку деобу непокретности, постављањем преградног зида, и уступање дела непокретности. У парничном поступку, будући да је спроведен и увиђај 22.10.2010. године, трошкове увиђаја, у износу од 1.829 динара, као и трошкове превоза,<sup>1345</sup> платила је тужилачка страна. Такса за медијацију износила је 115 евра (око 11.000 динара), и странке су поделиле овај износ. Странке су имале адвокате, који нису тражили од суда накнаду трошкова.

#### Табеларни приказ (M<sub>2</sub>)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Накнада штете и измакле користи; 108.000 динара
Парничне странке	Тужиоци физичка лица; тужени физичка лица
Заступници странака	Обе странке имају адвокате
Укупан број рочишта у парничном поступку	Три усмена рочишта, увиђај на лицу места
Укупан број рочишта у поступку медијације	Једно
Укупан број рочишта у ванпарничном поступку	Једно
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до закључења судског поравнања)	368 дана
Трајање поступка медијације (од упућивања на медијацију до закључења вансудског поравнања)	91 дан
Трајање поступка медијације (од формалног подношења захтева за покретање поступка до закључења вансудског поравнања)	28 дана
Трајање ванпарничног поступка	Једно рочиште
Трошкови парничног поступка	13.789 динара <sup>1346</sup>

<sup>1345</sup> У списима предмета недостаје податак колико износе трошкови превоза.

<sup>1346</sup> Ово су трошкови који су могли бити идентификовани из судских списа. Било је, наравно, и других трошкова у поступку, будући да су идентификовани трошкови, у ствари, трошкови које су странке и њихови адвокати пријавили суду, те се њихов износ може јасно утврдити из списка предмета. Но, ми нећемо претпостављати износе тих „недостајућих“ трошкова, како би избегли ризик погрешне процене, с обзиром на то да је адвокат можда радио бесплатно, или по нижој цени за клијента. У конкретном спору, трошкови, чије износе не можемо идентификовати, јесу: трошкови састављања тужбе, трошкови заступања на рочиштима, трошкови образложених поднесака и, као што смо рекли, трошкови превоза судије ради обављања увиђаја на лицу места.

Трошкови медијације на име накнаде за покретање поступка (такса)	~ 11.000 динара
Трошкови ванпарничног поступка	5.980 динара
Период од закључења вансудског до судског поравнања	32 дана
Остале карактеристике спора	/

#### 4.2. Основни подаци о поступку утврђења својине са медијацијом (M<sub>3</sub>)<sup>1347</sup>

Поступак је покренут 8.2.2006. године, а одговор на тужбу поднет 10.3.2006. године. Укупно је било 22 рочишта (5.4.2006., 29.5.2006., 3.7.2006., 25.9.2006., 17.11.2006., 11.1.2007., 23.2.2007., 13.3.2007., 15.5.2007., 5.7.2007., 27.9.2007., 7.11.2007., 15.1.2008., 3.3.2008., 9.4.2008., 23.4.2008., 25.8.2008., 15.9.2008., 21.10.2008., 11.11.2008., 5.12.2008., 15.1.2009.). На рочишту одржаном 15.1.2009. године, суд је предложио странкама медијацију, и оне су прихватиле тај предлог. Странке су формално, сагласношћу воља, покренуле поступак медијације и одредиле медијатора 3.2.2009. године. Поступак медијације је спроведен 5.2.2009. године, када је и закључен споразум. Странке су споразумом утврдиле својинске односе на непокретности и установиле да је уговор о поклону исте без правне важности. Према споразуму, свака страна се обавезала да самостално сноси трошкове парничног поступка, с тим да таксу за тужбу, у износу од 10.500 динара, плати тужилац, а таксу за поравнање, у износу од 5.250 динара, плати тужени. Вансудско поравнање преточено је у судско поравнање 5.2.2009. године на једном рочишту у ванпарничном поступку. Такса за медијацију износила је 115 евра (око 11.000 динара), и странке су поделиле овај износ. Странке су имале адвокате, који нису тражили од суда накнаду трошкова.

#### Табеларни приказ (M<sub>3</sub>)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Утврђење својине и поништај уговора
Парничне странке	Тужилац физичко лице; тужени физичко лице
Заступници странака	Обе странке имају адвокате
Укупан број рочишта у парничном поступку	22 рочишта
Укупан број рочишта у поступку медијације	Једно
Укупан број рочишта у ванпарничном поступку	Једно
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до закључења судског поравнања)	1.092 дана

<sup>1347</sup> Предмет је разврстан у *парнице*, под ознаком П – 693/06. У књизи медијације, предмет се води под ознаком *Мни 1/09*.

Трајање поступка медијације (од упућивања на медијацију до закључења вансудског поравнања)	21 дан
Трајање поступка медијације (од формалног подношења захтева за покретање поступка до закључења вансудског поравнања)	Два дана
Трајање ванпарничног поступка	Једно рочиште
Трошкови парничног поступка	10.500 динара <sup>1348</sup>
Трошкови медијације на име накнаде за покретање поступка (такса)	~ 11.000 динара
Трошкови ванпарничног поступка	5.250 динара
Период од закључења вансудског до судског поравнања	Истог дана
Остале карактеристике спора	/

#### 4.3. Основни подаци о поступку брачне тековине са медијацијом (M<sub>4</sub>)

Поступак је покренут 18.11.2010. године, а одговор на тужбу поднет 27.12.2010. године.<sup>1349</sup> Одржано је једно рочиште у поступку, на којем су странке упућене на медијацију од стране суда 24.2.2011. године. 17.5.2011. године одржана је медијација и постигнут споразум о утврђивању права својине. 30.5.2011. године споразум је преточен у судско поравнање, на једном рочишту у ванпарничном поступку. Поравнање је постало правноснажно 24.10.2011. године, односно извршно 8.11.2011. године. Према споразуму, свака страна се обавезала да сноси своје трошкове, с тим да таксу за тужбу, у износу од 1.900 динара, и таксу за поравнање, у износу од 950 динара, плати тужилац. Такса за медијацију износила је 115 евра (око 11.000 динара), и странке су поделиле овај износ. Странке су имале адвокате, који нису тражили од суда накнаду трошкова.

#### Табеларни приказ (M<sub>4</sub>)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Брачна тековина
Парничне странке	Тужилац физичко лице; тужени физичко лице
Заступници странака	Обе странке имају адвокате
Укупан број рочишта у парничном поступку	Једно рочиште
Укупан број рочишта у поступку медијације	Једно рочиште
Укупан број рочишта у ванпарничном поступку	Једно рочиште
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до закључења судског поравнања)	193 дана

<sup>1348</sup> Трошкови, чији се износ не може идентификовати из списка предмета, јесу: трошкови састављања тужбе, трошкови заступања на рочиштима, трошкови састављања поднесака и други. Износе ових трошкова нећемо претпостављати, како би избегли ризик погрешне процене.

<sup>1349</sup> Предмет је разврстан у парнице, под ознаком 11П – 13751/10. У књизи медијације, предмет се води под ознаком Мни 03/11.



Трајање поступка медијације (од упућивања на медијацију до закључења вансудског поравнања)	83 дана
Трајање поступка медијације (од формалног подношења захтева за покретање поступка до закључења вансудског поравнања)	/
Трајање ванпарничног поступка	Једно рочиште
Трошкови парничног поступка	1.900 динара <sup>1350</sup>
Трошкови медијације на име накнаде за покретање поступка (такса)	~ 11.000 динара
Трошкови ванпарничног поступка	950 динара
Период од закључења вансудског до судског поравнања	13 дана
Остале карактеристике спора	Правноснажност и извршност нису наступиле истог дана када је закључено судско поравнање

#### 4.4. Основни подаци о поступку брачне тековине са медијацијом (M<sub>5</sub>)

Поступак је покренут 8.2.2008. године.<sup>1351</sup> Укупно је одржано *тринаест рочишта* (19.3.2008., 5.5.2008., 29.5.2008., 19.6.2008., 17.7.2008., 25.8.2008., 29.9.2008., 15.10.2008., 19.11.2008., 25.12.2008., 27.1.2009., 3.3.2009., 27.3.2009.). На рочишту одржаном 27.3.2009. године, странке су упућене на медијацију од стране суда. Странке су сагласно покренуле поступак медијације 8.5.2009. године. 23.10.2009. године одржана је медијација, када је закључен споразум којим су уређени својински односи. Према споразуму, свака страна се обавезала да сноси своје трошкове, с тим да тужилац плати таксу за тужбу, у износу од 1.300 динара, а тужени таксу за поравнање, у износу од 800 динара. 28.10.2009. споразум је добио снагу судског поравнања. Такса за медијацију износила је 115 евра (око 11.000 динара), и странке су поделиле овај износ. Тужилац има адвоката.

#### Табеларни приказ (M<sub>5</sub>)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Брачна тековина
Парничне странке	Тужилац физичко лице; тужени физичко лице
Заступници странака	Тужилац има адвоката
Укупан број рочишта у парничном поступку	13 рочишта
Укупан број рочишта у поступку медијације	Једно
Укупан број рочишта у ванпарничном поступку	Једно

<sup>1350</sup> Видети *фусноту бр. 1346*.

<sup>1351</sup> Предмет је разврстан у *парнице*, под ознаком П – 789/08. У књизи медијације, предмет се води под ознаком *Мни 05/09*.

Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до закључења судског поравнања)	628 дана
Трајање поступка медијације (од упућивања на медијацију до закључења вансудског поравнања)	210 дана
Трајање поступка медијације (од формалног подношења захтева за покретање поступка до закључења вансудског поравнања)	163 дана
Трајање ванпарничног поступка	Једно рочиште
Трошкови парничног поступка	1.300 динара <sup>1352</sup>
Трошкови медијације на име накнаде за покретање поступка (такса)	~ 11.000 динара
Трошкови ванпарничног поступка	800 динара
Период од закључења вансудског до судског поравнања	15 дана
Остале карактеристике спора	/

### **5. Резултати компарације радног спора са медијацијом и других спорова са медијацијом**

Као што је установљено, када је реч о *радном спору са медијацијом (M<sub>1</sub>)*, парнични поступак, од подизања тужбе до закључења судског поравнања, трајао је **300 дана**. Затим, укупан број рочишта у овом поступку са медијацијом износио је **четири**, и то: два рочишта у парничном поступку, једно рочиште у поступку медијације и једно рочиште у ванпарничном поступку. Даље, укупни трошкови овог поступка са медијацијом износили су **40.000 динара**, од тога су **29.285 динара** трошкови парничног поступка, а **10.715 динара** трошкови медијације. Надаље, установљено је да је поступак медијације, од прихватања предлога за медијацију до закључења вансудског поравнања, трајао **128 дана**, и да је од закључења вансудског поравнања до закључења судског поравнања (правноснажности и извршности споразума) протекло **19 дана**.

С друге стране, број рочишта у поступцима са медијацијом, у *другим споровима (M<sub>2</sub>, M<sub>3</sub>, M<sub>4</sub> и M<sub>5</sub>)*, просечно гледано, износи **11,75** по поступку. **Видимо да је број рочишта поступку са медијацијом у радном спору 2,9 пута нижи у односу на број рочишта у поступцима са медијацијом у другим споровима (4 према 11,75)**. Затим, просечно гледано, поступак са медијацијом у *другим споровима* трајао је око **570 дана**. **У односу на трајање поступка са медијацијом у радном спору од 300 дана, то је 1,9 пута дужије (570 дана према 300 дана)**. Када је реч о трошковима поступка са медијацијом у *другим*

<sup>1352</sup> Видети фусноту бр. 1346.

споровима, просечно гледано, износили су **21.116 динара**. *Када се ови трошкови упореде са трошковима поступка са медијацијом у радном спору, следи да су скоро 1,9 пута нижи (21.116 динара према 40.000 динара)*. При том, уколико се сагледа структура трошкова, следи да су *трошкови поступка медијације скоро идентични*, када се упоређују ове две независне варијабле – радни спор са медијацијом и други спорови са медијацијом (**10.716 динара према 11.000 динара**).<sup>1353</sup> Но, значајна разлика постоји када се упореде трошкови парничног поступка код ових двеју варијабли (**29.285 динара према, просечно гледано, 6.872 динара**). Даље, поступак медијације у *другим споровима*, просечно гледано, трајао је **101 дан**. *Када се овај податак упореди са трајањем поступка медијације у радном спору (128 дана), видимо да је разлика 27 дана, тј. медијација у радном спору трајала је 27 дана дужи у односу на медијацију у осталим споровима*. Надаље, период од закључења вансудског поравнања до закључења судског поравнања, у поступцима са медијацијом у *другим споровима*, просечно гледано, износи **15 дана**. Када се упореди са истом зависном варијаблом у радном спору (**19 дана**), следи да је разлика **4 дана**. При том, правноснажност и извршност судског поравнања, у предмету  $M_3$ , наступиле су *касније* у односу на датум закључења судског поравнања.<sup>1354</sup> У радном спору ( $M_1$ ) претпоставили смо да су правноснажност и извршност наступиле истог дана када је закључено судско поравнање. Будући да ово, можда, није поуздан податак, јер у списима предмета нисмо могли да установимо прецизан датум правноснажности и извршности поравнања, ове варијабле нећемо упоређивати.

Табеларни приказ компарације радног спора и других спорова са медијацијом ( $M_1, M_2, M_3, M_4, M_5$ )

Компарација	Број рочишта	Трајање парничног поступка	Трајање поступка медијације	Трошкови поступка (П + М + ВП)
Радни спор ( $M_1$ )	4	300 дана	128 дана	40.000 динара (29.285 + 10.716)
Други спорови ( $M_2, M_3, M_4, M_5$ )	11.75	570 дана	101 дан	21.116 дин. (6.872 + 11.000 + 3.245)

<sup>1353</sup> Реч је о идентичном износу од *115 евра*, али је *курс евра* према динару био различит, те зато постоји одступање када се износи упореде у динарима.

<sup>1354</sup> Код других предмета ( $M_2$  и  $M_4$  и  $M_5$ ), претпоставили смо да су правноснажност и извршност поравнања наступиле истог дана када је закључено судско поравнање. Из списка предмета нисмо могли прецизно да установимо овај податак.

## **6. Резултати компарације поступка медијације и парничног поступка (остали спорови)**

Као код радног спора са медијацијом ( $M_1$ ), можемо и код других спорова са медијацијом ( $M_2, M_3, M_4, M_5$ ), извршити компарацију *одређених варијабли у поступку медијације са одговарајућим варијаблама у парничном поступку, у чијем оквиру је и спроведена медијација*. Као и до сада, свака од ових компарација биће приказана табеларно.

### **6.1. Резултати компарације поступка медијације и парничног поступка (накнада штете ( $M_2$ ))**

Период од упућивања на медијацију до закључења судског поравнања, износи **119 дана (91 + 28)**. Управо је за тај временски период (за толики број дана) медијација, формално гледано, продужила парнични поступак. Затим, **временско трајање поступка медијације доста је краће у односу на временско трајање парничног поступка (91 дан према 368 дана)**. Даље, у погледу укупних трошкова, **поступак медијације кошта нешто мање у односу на парнични поступак (10.716 динара према 13.789 динара)**. Надаље, у поступку медијације одржано је *једно* рочиште, а касније, у ванпарничном поступку, још *једно* рочиште. Иначе, овог другог рочишта не би било да није било успешно окончаног поступка медијације. Значи, **укупно је било два рочишта, иницираних могућношћу решења спора медијацијом, што је нижи број у односу на број рочишта у парничном поступку (три рочишта плус увиђај)**. Коначно, период од закључења вансудског поравнања до закључења судског поравнања износио је **32 дана**. Будући да прецизан податак недостаје, можемо претпоставити да је закључењем судског поравнања наступила правноснажност и извршност истог. Но, с друге стране, поставља питање колико би износио период од хипотетичког доношења пресуде (да није било медијације) до правноснажности и извршности пресуде.

Табеларни приказ компарације парничног поступка и поступка медијације (M<sub>2</sub>)

Компарација (M <sub>2</sub> )	Број рочишта у поступку	Трајање поступка	Трошкови поступка
Парнични поступак	три + увиђај	368 дана	13.789 динара
Поступак медијације	два	91 дан	10.716 динара

6.2. Резултати компарације поступка медијације и парничног поступка (утврђење својине и поништај уговора (M<sub>3</sub>))

Период од упућивања на медијацију до закључења судског поравнања, износи **23 дана (21 + 2)**. Управо је за тај временски период (за толики број дана) медијација, формално гледано, продужила парнични поступак. Затим, **временско трајање медијације драстично је краће (52 пута краће!) у односу на временско трајање парничног поступка (21 дан према 1.092 дана)**. Даље, у погледу укупних трошкова, **поступак медијације кошта скоро идентично у односу на парнични поступак (11.000 динара према 10.500 динара)**. Надаље, у поступку медијације одржано је *једно* рочиште, а касније, у ванпарничном поступку, још *једно* рочиште. **Значи укупно је било два рочишта, иницираних могућношћу решења спора медијацијом, што је знатно нижи број (11 пута) у односу на број рочишта у парничном поступку (22)**. Коначно, период од закључења вансудског поравнања до закључења судског поравнања износио је **0 дана (истог дана су закључени)**. Као код накнаде штете, ако претпоставимо да је закључењем судског поравнања, наступила правноснажност и извршност поравнања, будући да прецизан податак о томе недостаје, питање је колико би износио период од хипотетичког доношења пресуде (да није било медијације) до правноснажности и извршности пресуде.

Табеларни приказ компарације парничног поступка и поступка медијације (M<sub>3</sub>)

Компарација (M <sub>3</sub> )	Број рочишта у поступку	Трајање поступка	Трошкови поступка
Парнични поступак	22	1.092 дана	10.500 динара
Поступак медијације	два	21 дан	11.000 динара

*6.3. Резултати компарације поступка медијације и парничног поступка (утврђивање имовине стечене у браку (M<sub>4</sub>))*

Период од упућивања на медијацију до закључења судског поравнања, износи **96 дана (83 + 13)**. Управо је за тај временски период (за толики број дана) медијација, формално гледано, продужила парнични поступак. Затим, **временско трајање медијације 2,3 пута је краће у односу на временско трајање парничног поступка (83 дана према 193 дана)**. Даље, у погледу укупних трошкова, **поступак медијације кошта више у односу на парнични поступак (11.000 динара према 1.900 динара)**. Ако би овим трошковима медијације додали трошкове ванпарничног поступка, у износу од **950 динара**, у збиру ови трошкови били би још виши у односу на трошкове парничног поступка. Надаље, у поступку медијације одржано је **једно** рочиште, а касније, у ванпарничном поступку, још **једно** рочиште. **Значи укупно је било два рочишта, иницираних могућношћу решења спора медијацијом, што је виши број у односу на број рочишта у парничном поступку (1)**. Коначно, период од закључења вансудског поравнања до закључења судског поравнања износио је **13 дана**. У овом спору, правноснажност и извршност поравнања наступиле су **касније** у односу на датум закључења поравнања, али, ипак, остаје питање колико би износио период од хипотетичког доношења пресуде (да није било медијације) до правноснажности и извршности пресуде. Самим тим, изостаје и резултат компарације.

Табеларни приказ компарације парничног поступка и поступка медијације (M<sub>4</sub>)

Компарација (M <sub>4</sub> )	Број рочишта у поступку	Трајање поступка	Трошкови поступка
Парнични поступак	једно	193 дана	1.900 динара
Поступак медијације	два	83 дан	11.000 динара

*6.4. Резултати компарације поступка медијације и парничног поступка (утврђивање имовине стечене у браку (M<sub>5</sub>))*

Период од упућивања на медијацију до закључења судског поравнања, износи **225 дана (210 + 15)**. Управо је за тај временски период (за толики број

дана) медијација, формално гледано, продужила парнични поступак. Затим, **временско трајање медијације скоро три пута је краће у односу на временско трајање парничног поступка (210 дана према 628 дана)**. Даље, у погледу укупних трошкова, **поступак медијације кошта више у односу на парнични поступак (11.000 динара према 1.300 динара)**. Ако би овим трошковима медијације, додали трошкове ванпарничног поступка, у износу од *800 динара*, у збиру ови трошкови били би још виши у односу на трошкове парничног поступка. Надаље, у поступку медијације одржано је *једно* рочиште, а касније, у ванпарничном поступку, још *једно* рочиште. **Значи укупно је било два рочишта, иницираних могућношћу решења спора медијацијом, што је знатно нижи број у односу на број рочишта у парничном поступку (13)**. При том, питање је колико би *још* било рочишта у наставку парничног поступка, да није било поступка медијације. Коначно, период од закључења вансудског поравнања до закључења судског поравнања износио је **15 дана**. И у погледу ове варијабле, постављамо исто питање као код претходних случајева.

Табеларни приказ компарације парничног поступка и поступка медијације (M<sub>5</sub>)

Компарација (M <sub>5</sub> )	Број рочишта у поступку	Трајање поступка	Трошкови поступка
Парнични поступак	13	628 дана	1.300 динара
Поступак медијације	два	210 дан	11.000 динара

## 7. Основни подаци о другим споровима без медијације

### **Предмет 9: брачна тековина**

Поступак је покренут *8.12.1999. године*.<sup>1355</sup> Укупно је одржано *тринаест* рочишта. Закључено је поравнање *8.3.2011. године* (истог дана постало правноснажно и извршно). Странке поделиле трошкове за тужбу у износу од *3.900 динара*, а остале трошкове самостално носе. Тужилац има пуномоћника, а тужени нема.

<sup>1355</sup> Ознака предмета је *9П1122/11*.

Табеларни приказ (предмет 9)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Брачна тековина
Парничне странке	Обе странке физичка лица
Заступници странака	Тужилац има адвоката
Укупан број рочишта у парничном поступку	13 одржаних рочишта
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до доношења правоснажне пресуде, односно поравнања)	4.077 дана
Трошкови парничног поступка	3.900 динара
Период од доношења пресуде (поравнања) до правоснажности, односно извршности пресуде (поравнања)	Истог дана
Остале карактеристике спора	/

**Предмет 10: брачна тековина**

Поступак је покренут *18.10.2010. године*, а одговор на тужбу је поднет *2.11.2010. године*.<sup>1356</sup> Није било рочишта. *24.2.2011. године* донета је пресуда на основу признања туженог, а постала правоснажна *13.3.2011. године*, односно извршна *28.4.2011. године*. Свака страна сноси своје трошкове.

Табеларни приказ (предмет 10)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Брачна тековина
Парничне странке	Обе странке физичка лица
Заступници странака	/
Укупан број рочишта у парничном поступку	Ниједно рочиште
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до доношења правоснажне пресуде)	147 дана
Трошкови парничног поступка	/
Период од доношења пресуде до правоснажности, односно извршности пресуде	17 дана, односно 63 дана
Остале карактеристике спора	/

**Предмет 11: брачна тековина**

Поступак је покренут *6.8.2010. године*.<sup>1357</sup> Одржана су два рочишта. *15.11.2010. године* донета је пресуда на основу признања туженог, а постала правоснажна, односно извршна *2.1.2011. године*. Свака страна сноси своје трошкове.

<sup>1356</sup> Ознака предмета *П12907/10*.

<sup>1357</sup> Ознака предмета *П10702/10*.



Табеларни приказ (предмет 11)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Брачна тековина
Парничне странке	Обе странке физичка лица
Заступници странака	/
Укупан број рочишта у парничном поступку	Два рочишта
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до доношења правноснажне пресуде)	149 дана
Трошкови парничног поступка	/
Период од доношења пресуде до правноснажности, односно извршности пресуде	48 дана
Остале карактеристике спора	/

**Предмет 12: поништај тестаментa**

Поступак је покренут 11.6.2009. године.<sup>1358</sup> Одговор на тужбу поднет је 13.7.2009. године. Укупно је заказано осам рочишта. Пресуда је донета 30.9.2010. године, а постала правноснажна 29.10.2010. године, односно извршна 15.11.2010. године. Укупни трошкови поступка износили су 80.600 динара: састављање тужбе 5.000 динара; шест одржаних рочишта по 6.250 динара (6 x 6.250 динара = 37.500 динара) и два неодржана по 3.750 динара (2 x 3.750 динара = 7.500 динара); 10.000 динара вештачење; такса за тужбу и одлуку по 12.800 динара (2 x 12.800 динара = 25.600 динара). Обе странке (физичка лица) имају адвокате. Усвојен је тужбени захтев.

Табеларни приказ (предмет 12)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Поништај тестаментa
Парничне странке	Обе странке физичка лица
Заступници странака	Обе странке имају адвоката
Укупан број рочишта у парничном поступку	Шест одржаних рочишта, два неодржана (укупно осам рочишта)
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до доношења правноснажне пресуде)	510 дана
Трошкови парничног поступка	80.600 динара
Период од доношења пресуде до правноснажности, односно извршности пресуде	29 дана, односно 46 дана
Остале карактеристике спора	/

**Предмет 13: испуњење уговора о професионалном ангажовању спортиста**

Поступак је покренут 7.5.2010. године.<sup>1359</sup> Донета је пресуда због изостанка и усвојен је тужбени захтев у целости 9.7.2010. године. Пресуда је постала правноснажна 9.9.2010. године, односно извршна 18.9.2010. године.

<sup>1358</sup> Ознака предмета 18П1476/10.

<sup>1359</sup> Ознака предмета је П8156/10.

Укупни трошкови *15.850 динара*: састав тужбе *3.000 динара*; заступање на једном одржаном рочишту *4.000 динара*; такса за тужбу *5.900 динара*; такса за одлуку *2.950 динара*. Тужилац има адвоката.

Табеларни приказ (предмет 13)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Испуњење уговора
Парничне странке	Обе странке физичка лица
Заступници странака	Тужилац има адвоката
Укупан број рочишта у парничном поступку	Једно рочиште
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до доношења правоснажне пресуде)	125 дана
Трошкови парничног поступка	15.850 динара
Период од доношења пресуде до правоснажности, односно извршности пресуде	62 дана, односно 71 дан
Остале карактеристике спора	/

**Предмет 14: уговор о доживотном издржавању**

Тужба је поднета *28.5.2010. године*, а одговор на тужбу *29.6.2010. године*.<sup>1360</sup> *21.9.2010. године* одржано је једно рочиште, када је донета пресуда којом се одбија тужбени захтев као неоснован, јер тужени нису били пасивно легитимисани. Пресуда је постала правоснажна, односно извршна *22.10.2010. године*. Укупни трошкови износили су *20.625 динара*, према следећој рачуници: састав образложеног поднеска (одговора на тужбу) *7.500 динара*; заступање на једном одржаном рочишту *8.750 динара* и за друготуженог *4.375 динара*. Странке имају адвокате.

Табеларни приказ (предмет 14)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Испуњење уговора
Парничне странке	Странке физичка лица
Заступници странака	Странке имају адвоката
Укупан број рочишта у парничном поступку	Једно рочиште
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до доношења правоснажне пресуде)	147 дана
Трошкови парничног поступка	20.625 динара
Период од доношења пресуде до правоснажности, односно извршности пресуде	31 дан
Остале карактеристике спора	/

**Предмет 15: накнада штете поводом саобраћајне несреће**

Поступак је покренут *2.2.2009. године*, а одговор на тужбу поднет *23.2.2009. године*.<sup>1361</sup> Укупно је заказано *шест* рочишта (*5+1*). *25.2.2010. године* донета је пресуда којом се усваја тужбени захтев. *30.6.2010. године* пресуда је

<sup>1360</sup> П8640/10.

<sup>1361</sup> Ознака предмета је 21П 5045/10.

постала правноснажна. Пресуда је постала извршна 9.7.2010. године. Укупни трошкови износили су 65.264 динара: такса за тужбу 12.632 динара; такса за пресуду 12.632 динара; вештачење 12.000 динара; заступање на пет одржаних рочишта по 4.000 динара и једном неодржаном рочишту 2.000 динара; састав тужбе и једног поднеска по 3.000 динара. Усвојен је тужбени захтев на износ од 141.629,91 динара са законском затезном каматом, почев од 23.9.2009. године (од дана вештачења до исплате). Тужилац је физичко лице, а тужени правно лице (осигуравајућа компанија). Имају адвокате.

#### Табеларни приказ (предмет 15)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Накнада штете; 141.629,91 динар
Парничне странке	Тужилац физичко лице; тужени правно лице
Заступници странака	Странке имају адвокате
Укупан број рочишта у парничном поступку	Шест одржаних рочишта (5+1)
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до доношења правноснажне пресуде)	514 дана
Трошкови парничног поступка	65.264 динара
Период од доношења пресуде до правноснажности, односно извршности пресуде	125 дана, односно 134 дана
Остале карактеристике спора	/

#### **Предмет 16: накнада нематеријалне штете**

Поступак је покренут 24.2.2009. године.<sup>1362</sup> Укупно је заказано десет рочишта. Пресуда је донета 23.9.2010. године, а постала правноснажна 10.11.2010. године, односно извршна 29.11.2010. године. Укупни трошкови износе 143.725 динара: састав тужбе 7.500 динара; четири одржана рочишта по 9.375 динара и пет неодржаних по 5.625 динара; такса за тужбу 35.300 динара; такса за одлуку 35.300 динара. Странке имају адвокате.

#### Табеларни приказ (предмет 16)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Накнада штете
Парничне странке	Странке физичка лица
Заступници странака	Странке имају адвокате
Укупан број рочишта у парничном поступку	10 рочишта
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до доношења правноснажне пресуде)	624 дана
Трошкови парничног поступка	143.725 динара
Период од доношења пресуде до правноснажности, односно извршности пресуде	48 дана, односно 67 дана
Остале карактеристике спора	/

<sup>1362</sup> 15П/155/10.

### ***Предмет 17: утврђење својине***

Тужба је поднета 8.10.2009. године.<sup>1363</sup> Одржана су два рочишта. Пресуда је донета 16.2.2010. године, а 20.3.2010. године постала правноснажна, односно извршна. Свака страна сноси своје трошкове. Тужилац има адвоката.

Табеларни приказ (предмет 17)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Утврђење својине
Парничне странке	Странке физичка лица
Заступници странака	Тужилац има адвоката
Укупан број рочишта у парничном поступку	Два рочишта
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до доношења правноснажне пресуде)	163 дана
Трошкови парничног поступка	/
Период од доношења пресуде до правноснажности, односно извршности пресуде	32 дана
Остале карактеристике спора	/

### ***Предмет 18: утврђење својине***

Тужба је поднета 15.4.2010. године, а одговор на тужбу је поднет 27.4.2010. године.<sup>1364</sup> Одржано је једно рочиште. Пресуда је донета 7.7.2010. године, а 19.11.2010. године постала правноснажна, односно извршна. Свака страна сноси своје трошкове.

Табеларни приказ (предмет 18)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Утврђење својине
Парничне странке	Странке физичка лица
Заступници странака	/
Укупан број рочишта у парничном поступку	Једно рочиште
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до доношења правноснажне пресуде)	218 дана
Трошкови парничног поступка	/
Период од доношења пресуде до правноснажности, односно извршности пресуде	104 дана
Остале карактеристике спора	/

## ***8. Резултати опште компарације поступака са и без медијације***

Узимајући у обзир расположиве податке, истраживањем смо обухватили пет поступака успешно окончаних медијацијом и осамнаест поступака без

<sup>1363</sup> 14П2803/10.

<sup>1364</sup> П7695/10.

медијације. Сада ћемо извршити *општу компарацију поступака са и без медијације*. Резултате приказујемо у табели:

Табеларни приказ опште компарације поступака са и без медијације

Општа компарација	Број рочишта	Трајање поступка	Трошкови поступка	Закључење ВСП (доношење П) – правноснажност, извршност СП (П)
Поступци са медијацијом (М <sub>1</sub> , М <sub>2</sub> , М <sub>3</sub> , М <sub>4</sub> , М <sub>5</sub> )	10	516,2 дана	24.894 динара	15,8
Поступци без медијације (Предмети 1–18)	4,83	583,6 дана	40.886 динара	70,5; 88,2

### **9. Поступци са неуспешном медијацијом**

На крају приказујемо неколико поступака са неуспешном медијацијом, како би, првенствено, установили *укупну дужину трајања парничног поступка, трошкове парничног поступка, као и дужину трајања поступка и број рочишта након неуспешне медијације*.

#### *9.1. Основни подаци о поступку уређења и коришћења непокретности (М<sub>6</sub>)*

Поступак је покренут 30.12.2008. године, подизањем тужбе ради чинидбе.<sup>1365</sup> Одговор на тужбу је поднет 2.1.2009. године. Странке су *физичка лица*. Одржана су рочишта у следећим терминима: 18.2.2009. године (*одложено*); 12.3.2009. године (*одложено*); 14.4.2009. године (*одложено*); 12.5.2009. године (*покренут поступак медијације*); 7.7.2009. године (*записник о медијацији и обавештење да медијација није успела*); 14.9.2009. године (*одложено*); 26.10.2009. године (*одложено*); 8.12.2009. године (*одржано саслушање странака*); 18.2.2010. године (*није одржано*); 1.4.2010. године (*донета пресуда којом се усваја тужбени захтев*). Тужени је обавезан да тужиоцу на име трошкова поступка исплати *52.280 динара*, и то: такса за тужбу *3.340 динара*; такса за пресуду *3.940 динара*; састав тужбе од стране адвоката *3.000 динара*; састав четири поднеска по *3.000 динара*; заступање на *седам*

<sup>1365</sup> Ознака парничног поступка *ЗП4603/10*. Ознака поступка медијације *Мни 04/09*.

одржаних рочишта по 4.000 динара и на једном неодржаном 2.000 динара. Затим, уложена је жалба 4.5.2010. године, а одговор на жалбу 2.7.2010. године. Апелациони суд у Нишу донео је пресуду 9.11.2010. године, којом је одбијена жалба. Пресуда је постала правноснажна 9.11.2010. године, односно извршна 15.12.2010. године.

Поступак медијације је покренут сагласношћу воља обеју странака. Такође, странке су сагласно изабрале медијатора и одредиле датум прве сесије. Једна странка је уплатила накнаду за покретање поступка медијације у износу од 115 евра. Медијација је одржана 12.5.2009. године. Окончана је обуставом поступка, јер није било сагласности странака.

Табеларни приказ (М<sub>6</sub>)

Предмет спора и вредност тужбеног захтева	Уређење и коришћење непокретности
Парничне странке	Странке физичка лица
Заступници странака	Једна странка има адвоката
Укупан број рочишта у парничном поступку	10 рочишта
Укупан број рочишта у поступку медијације	Једно
<b>Укупан број рочишта након поступка медијације</b>	<b>Шест</b>
Трајање парничног поступка (од подизања тужбе до правноснажности пресуде)	679 дана
Трајање поступка медијације (од упућивања на медијацију до обуставе истог)	Један дан
<b>Трајање поступка од датума одржане медијације до правноснажности пресуде</b>	<b>553 дана</b>
Трошкови парничног поступка	52.280 динара
Трошкови медијације на име накнаде за покретање поступка (такса)	~ 11.000 динара (115 евра)
Период од доношења до правноснажности и извршности пресуде	224 дана, односно 259 дана
Остале карактеристике спора	Одбијена жалба

## 9.2. Основни подаци о поступку неоснованог обogaћења (М<sub>7</sub>)

Поступак је покренут 8.6.2005. године, тужбом ради неоснованог обogaћења.<sup>1366</sup> Одржана су рочишта у следећим терминима: 7.9.2005. године (неодржано); 3.11.2005. године (одржано); 19.1.2006. године (покушај мирeња); **17.3.2006. године (прекид због медијације, неуспешна медијација)**; 9.10.2008. године (наставак поступка – одржано рочиште); 10.11.2008. године (противтужба ради стицања без основа и накнаде за пружене услуге,

<sup>1366</sup> Ознака парничног поступка 12П 1694/10. Ознака поступка медијације Мни 01/10.

вредност спора 501.000 динара); 17.11.2008. године (одложено); 19.1.2009. године (одржано); 5.3.2009. године (одложено); 15.4.2009. године (одложено); **9.6.2009. године** (одложено, поново покушај мирења у медијацији); 17.9.2009. године (одложено); 15.10.2009. године (одложено); 17.11.2009. године (одложено); 9.2.2010. године (одложено); **16.7.2010. године** (записник о медијацији, није успела медијација); 13.10.2010. године (одложено); **3.12.2010. године** (одложено, поново покушај мирења у медијацији); 28.1.2011. године (одржано саслушање странака, наставак поступка); 25.3.2011. године (наставак доказног поступка); 18.5.2011. године (наставак доказног поступка); 27.6.2011. године (наставак доказног поступка); 21.9.2011. године (одржано); 16.11.2011. године (одложено); 23.1.2012. године (захтев за изузеће судије, предмет упућен председнику суда).

У овом поступку, парничне странке су *физичка лица*. Поступак још увек траје (покренут је 8.6.2005. године!), те не можемо приказати укупне трошкове поступка и његово трајање. До сада је одржано **25 рочишта** и **неколико безуспешних покушаја мирења у поступку медијације**. Постоји само један записник о одржаној медијацији (16.7.2010. године). Накнада за покретање поступка медијације износила је *115 евра* (око 11.500 динара).

### 9.3. Основни подаци о поступку брачне тековине (M<sub>8</sub>)

Поступак је покренут 22.10.2008. године.<sup>1367</sup> Одговор на тужбу је поднет 31.12.2008. године. Одржана су следећа рочишта: 19.2.2009. године (одложено); 3.4.2009. године (одржано саслушање странака); 11.5.2009. године (одложено); 9.6.2009. године (одложено); 7.9.2009. године (одложено); 29.9.2009. године (одложено); 3.11.2009. године (одложено); 27.1.2010. године (одложено); 23.3.2010. године (одржано); 20.4.2010. године (одржано); 29.6.2010. године (одложено); 28.9.2010. године (одложено); 5.11.2010. године (неодржано, покушај мирења у медијацији); **17.3.2011. године** (записник о медијацији, неуспешна медијација); 19.4.2011. године (одложено); 23.5.2011. године (неодржано); 7.7.2011. године (одложено); 27.9.2011. године (одржано); 27.10.2011. године (одржано); 2.12.2011. године (одржано); 19.1.2012. године (одложено); *донето је решење о прекиду поступка, јер су поново у току преговори у поступку медијације.*

<sup>1367</sup> Ознака парничног поступка 11П 1124/10. Ознака поступка медијације Мни 01/11.

У овом поступку, парничне странке су *физичка лица* и имају адвокате. Поступак још увек траје (покренут је 22.10.2008. године!), те не можемо приказати укупне трошкове поступка и његово трајање. До сада су одржана **22 рочишта** и **један безуспешан покушај мирења у поступку медијације**. Постоји један записник о одржаној медијацији (17.3.2011. године). Накнада за покретање поступка медијације износила је *115 евра*.

#### *9.4. Основни подаци о поступку поништаја тестаментa (M<sub>9</sub>)*

Тужба ради поништаја тестаментa је поднета 21.6.2006. године.<sup>1368</sup> Странке су физичка лица и имају адвокате. Одржана су следећа рочишта: 1.12.2006. године (одложено); 10.1.2007. године (одложено); 22.3.2007. године (одржано); 20.4.2007. године (одложено); 24.5.2007. године (одржано); 12.7.2007. године (одложено); 24.10.2007. године (одложено); 14.4.2009. године (одложено); 8.6.2009. године (*застаје се са поступком, покушај решења спора медијацијом*); **1.7.2009. године** (*одржана медијација, неуспешно*); 20.7.2009. године (одложено); 10.11.2009. године (одложено); 16.12.2009. године (одложено); 24.2.2010. године (одржано); 1.4.2010. године (одржано); 25.5.2010. године (одложено); 15.7.2010. године (одржано); 5.11.2010. године (одложено); 1.2.2011. године (неодржано); 1.3.2011. године (одржано); 11.7.2011. године (одржано); 31.8.2011. године (одложено); 10.10.2011. године (одложено); 16.11.2011. године (одложено); 26.12.2011. године (одложено за 6.2.2012. године).

Укупно гледано, у поступку су била **24 рочишта**, с тим да парнични поступак није окончан. Након одржаног рочишта у поступку медијације (1.7.2009. године), одржано је још **14 рочишта** (15 рочиште заказано је за 6.2.2012. године). Накнада за покретање поступка медијације износила је *115 евра* и странке су поделиле овај износ.

---

<sup>1368</sup> Стари број предмета је *Пбр.3517/06*, а нови број *П4756/10*. У поступку медијације, ознака предмета је *Мни 06/09*.



## ГЛАВА 4

### ДИСКУСИЈА РЕЗУЛТАТА КВАНТИТАТИВНОГ ИСТРАЖИВАЊА

#### *1. Радни спор (M<sub>1</sub>)*

Када је реч о односу радног спора са медијацијом и радних спорова без медијације, резултати компарације показали су да је, просечно гледано, *поступак без медијације трајао дуже у односу на поступак са медијацијом*. Овакав резултат у складу је са очекиваним, будући да парнични поступци без медијације, генерално гледано, конзумирају знатно више времена у односу на поступке који укључују медијацију. Један од разлога зашто се, између осталог, медијација *припаја* суду (парници) јесте скраћење трајања парничног поступка. Компарација радних спорова са и без медијације управо је то показала – парнични поступак са медијацијом трајао је краће.

Када је реч о *трошковима поступка*, резултат компарације такође је у складу са очекиваним. Окончање радних спорова без медијације, просечно гледано, изискивало је *више трошкова* парничних субјеката у односу на радни спор са медијацијом. Овакав резултат потврђује општепознату тезу да медијација појефтињује парнични поступак, будући да скраћује време његовог окончања, а самим тим и број рочишта. Ако је број рочишта мањи, мањи је и број заступања адвоката, састављања поднесака и других радњи у поступку, што све заједно снижава укупне трошкове парничног поступка.

Затим, временски период од закључења вансудског поравнања (*ВСП*) до правноснажности и извршности судског поравнања (*СП*) у поступку *са* медијацијом, *знатно је краћи* у односу на временски период од доношења пресуде (*П*) до њене правноснажности, односно извршности у поступку *без* медијације. Овим резултатом потврђена је предност поступка са медијацијом у односу на поступак без медијације у погледу трајања поступка.

Коначно, наша анализа показала је да је број рочишта у поступку са медијацијом *нешто нижи* у односу на број рочишта у поступку без медијације, што је у складу са очекивањима.

Када је реч о радном спору, извршили смо и упоређивање варијабли унутар парничног поступка и поступка медијације. Пре свега, у погледу *трајања поступка*, поступак медијације, по природи ствари, трајао је *знатно краће* у односу на парнични поступак. При том, питање је колико би трајао парнични поступак да није било медијације (вероватно и дуже, нарочито ако се узме у обзир могућност улагања жалбе у парничном поступку). Такође, поступак медијације изискивао је *знатно ниже трошкове* у односу на парнични поступак, што је у складу са очекивањима. Једини трошак у поступку медијације јесте накнада за покретање истог. Коначно, *број рочишта* у поступку медијације и парничном поступку је *идентичан*, што само указује да су странке *раније* отишле на медијацију и успешно закључиле споразум. Њихов ранији одлазак на медијацију утицао је на смањење броја рочишта у парничном поступку.

Када је реч о *компарацији радног спора са медијацијом и других спорова са медијацијом*, добили смо интересантне резултате. Пре свега, у поступцима код *других спорова* приметан је скоро *три пута већи број рочишта*. Овај резултат, у погледу компарације са радним спором, ваља прихватити са резервом, будући да су недостајали подаци о *другим радним споровима са медијацијом*, због истакнутог проблема са записницима. Да смо, којим случајем, могли да нађемо податке о *већем броју радних спорова са медијацијом*, и установимо просек броја рочишта, резултат би био веродостојнији, а самим тим, и погоднији за компарацију. Затим, установљено је да је код радног спора, парнични поступак са медијацијом *трајао краће* у односу на просек трајања парничног поступка код других спорова. Овај податак, као и претходни у вези с бројем рочишта, указује да су странке у радном спору *раније* отишле на поступак медијације и тиме скратиле дужину трајања парничног поступка, као и укупан број рочишта. Иначе, поступак медијације код радног спора трајао је *нешто дуже* у односу на друге спорове, али та разлика није толико значајна. Коначно, укупни трошкови поступка код радног спора *нешто су виши* у односу

на трошкове поступка код других спорова. С тим у вези, поступак медијације коштао је *идентично* код радног и других спорова, али значајна разлика постоји у погледу трошкова парничног поступка. Ово се објашњава тиме што је код *других спорова* структура трошкова непотпуна. Она је непотпуна с обзиром на то да су у обрачун трошкова једино могли да се узму у обзир трошкови који су *назначени* у списима предмета. Ради се о трошковима које странке *обелодањују* приликом склапања споразума. Наиме, након успешно окончаног поступка медијације, у потпуно другачијој атмосфери, странке *споразумом* регулишу накнаду *појединих* трошкова, најчешће таксе за тужбу или таксе за покретање ванпарничног поступка, док накнаду других трошкова, пре свега, трошкова на име пружених услуга адвоката, регулишу *интерним споразумом са адвокатима*. Зато износи тих трошкова нису могли јасно да се идентификују, што је нашу анализу учинило отежаном. Но, ова непотпуна структура трошкова указује и на то да споразум (вансудско поравнање) има другачије ефекте у погледу трошкова у односу на пресуду. У парничном поступку, одлуком о накнади трошкова, суд, у ствари, врши *принудну алокацију трошкова између победника и побеђеног*. Приликом склапања споразума у поступку медијације, не постоје *победник* и *побеђени*, услед чега изостаје принудна алокација трошкова. Странке *добровољно* врше алокацију трошкова, што може утицати на смањење укупних трошкова парничног поступка. Најчешће се једна страна одриче неког права, рецимо, на накнаду штете, а друга прихвата да сноси све трошкове поступка, или, пак, деле износе трошкова. Како наведени примери (предмети) показују, та подела подразумева да *свака странка исплати свог адвоката*, а да адвокати не исказују своја потраживања пред судом. Према томе, предмет компарације јесу, у ствари, трошкови које странке *пријављују* суду. У случају радног спора, у структури трошкова су и *трошкови адвоката*, што није случај код друге независне варијабле. *Зато овај налаз по питању трошкова треба узети са опрезом*, будући да је, објективно гледано, поступак код других спорова коштао *више*. С друге стране, код радног спора, недостајали су подаци о *трошковима ванпарничног поступка*, што није случај са другом независном варијаблом (другим споровима). Но, овај трошак, генерално узев, није висок, те није могао значајно да утиче на резултате компарације.

## **2. Накнада штете (M<sub>2</sub>)**

Када је реч *накнади штете*, извршено је упоређивање варијабли унутар парничног поступка и поступка медијације. Пре свега, у погледу *трајања поступка*, поступак медијације трајао је *знатно краће* у односу на парнични поступак. Но, као и код радног спора, питање је колико би парнични поступак трајао да није било медијације (вероватно и дуже, нарочито ако се узме у обзир могућност улагања жалбе у парничном поступку). Такође, поступак медијације изискивао је *ниже трошкове* у односу на парнични поступак, што је у складу са очекивањима. Једини трошак у поступку медијације јесте накнада за покретање истог. С друге стране, трошкови парничног поступка били би и *виши*, да је могла да се изврши њихова идентификација. Према томе, *овај налаз није у потпуности тачан*. Реално гледано, парнични поступак *доста је скупљи* у односу на поступак медијације. Коначно, *број рочишта* у поступку медијације *незнатно је нижи* од броја рочишта у парничном поступку, што је очекивано. Ваља узети у обзир и *увиђај* у парничном поступку, а који је генерисао додатне трошкове. При том, питање је колико би било *још* рочишта у наставку парничног поступка, да поступак медијације није спроведен.

## **3. Утврђење својине (M<sub>3</sub>)**

Овај предмет веома је интересантан, будући да јасно показује кључне *слабости* парничног поступка. Наиме, подаци указују да су у парничном поступку одржана *22 рочишта* и да је поступак трајао *1.092 дана!* С друге стране, у поступку медијације одржано је *једно* рочиште и касније *још једно* рочиште у ванпарничном поступку. Но, као код радног спора и спора поводом накнаде штете, питање је колико би поступак трајао да није било медијације (вероватно и дуже, нарочито ако се узме у обзир могућност улагања жалбе у парничном поступку). Такође, питање је колико би *још* било рочишта у наставку парничног поступка, да није било поступка медијације. Затим, када је реч о компарацији трошкова, ако би трошковима медијације, додали и трошкове ванпарничног поступка, у збиру ови трошкови били би *још* виши у односу на трошкове парничног поступка. Но, питање је колико би парнични поступак

генерисао трошкове у наставку (да није било медијације). Такође, истичемо да је, као код накнаде штете, поступак медијације, реално гледано, мање коштао у односу на парнични поступак. Налаз је другачији због непотпуне структуре трошкова парничног поступка. Све у свему, подаци показују *колико једна парница може непотребно дуго да траје* и да медијација може, као што није у овом поступку, скратити трајање парничног поступка и број рочишта.

#### **4. Брачна тековина ( $M_4$ )**

У овом предмету брачне тековине, парнични поступак *уобичајено је трајао дуже* од поступка медијације. Но, као код  $M_1$ ,  $M_2$  и  $M_3$ , поступак би трајао вероватно и дуже да није било медијације. Даље, чињеница да је број рочишта у парничном поступку нижи од броја рочишта у поступку медијације указује да су странке *раније* отишле на медијацију и успешно закључиле споразум. При том, питање је колико би *joш* било рочишта у наставку парничног поступка, да није било поступка медијације. Такође, реално гледано, поступак медијације не може да буде оволико скупљи у односу на парнични поступак. Налаз је другачији због непотпуне структуре трошкова парничног поступка.

#### **5. Брачна тековина ( $M_5$ )**

У овом предмету брачне тековине, парнични поступак *уобичајено је трајао дуже* од поступка медијације. Но, као код  $M_1$ ,  $M_2$ ,  $M_3$  и  $M_4$ , питање је колико би поступак трајао да није било медијације. Даље, број рочишта у поступку медијације уобичајено је нижи у односу на број рочишта у парничном поступку, а та сразмера била би другачија да су странке *раније* отишле на медијацију. При том, питање је колико би *joш* било рочишта у наставку парничног поступка, да није било поступка медијације. Такође, реално гледано, поступак медијације не може да буде оволико скупљи у односу на парнични поступак. Налаз је другачији, и одступа од стандардне тезе, због непотпуне структуре трошкова парничног поступка.

## **6. Дискусија опште компарације поступака са и без медијације**

Када се ради о општој компарацији поступака са и без медијације, *три* резултата су очекивана. Прво, поступак *са* медијацијом, просечно гледано, трајао је *нешто краће* у односу на поступак *без* медијације. У вези с тим, ваља истаћи да увођење медијације, то јест, припајање медијације суду (парници), управо има за циљ скраћење трајања парничног поступка. Следи да је (први) резултат по питању трајања поступка у складу с тим прокламованим циљем. Друго, трошкови поступка *са* медијацијом *нижи су*, у просеку, у односу на трошкове поступка *без* медијације. Будући да се циљ увођења медијације, између осталог, огледа у снижењу укупних трошкова парничног поступка, произилази да (други) резултат у погледу трошкова поступка кореспондира с тим циљем. Треће, временски период од закључења вансудског поравнања до закључења, правноснажности и извршности судског поравнања *доста је краћи* у односу на период од доношења пресуде до правноснажности, односно извршности исте. Овај (трећи) резултат указује на предност поступка *са* медијацијом у односу на поступак *без* медијације, јер је и тај део поступка у великој мери, временски гледано, *краћи*. Но, у просеку гледано, број рочишта *је већи* у поступку *са* медијацијом у односу на поступак *без* медијације. Овај резултат може се објаснити једино чињеницом да су странке *касније* у току парничног поступка отишле на поступак медијације. Да су, којим случајем, *раније* у току парничног поступка отишле на медијацију, број рочишта био би *нижи*. Овај резултат има важне импликације у погледу *момента* када би странке требало обавезати да покушају да спор реше медијацијом. О тим импликацијама расправљаћемо у *закључку рада*, којом приликом ћемо изнети наш став.

## **7. Дискусија компарације поступака са неуспешном и успешном медијацијом**

Наша анализа обухватила је и поступке са неуспешном медијацијом. Пре свега, циљ је био установити број рочишта и временски период трајања парничног поступка *након неуспешне медијације*. Одговор на ово питање требало је да истакне предности поступака са успешном медијацијом у погледу

наведених варијабли (трајање поступка и број рочишта) у односу на поступак са неуспешном медијацијом.

Први предмет (*M<sub>6</sub>*) јасно показује да је након неуспешне медијације одржано *шест* рочишта од укупно *десет* у поступку. Поступак је могао да се окончана споразумом, али до тога није дошло, те је у наставку поступка одржано *још шест рочишта*, што значи још трошкова за заступање адвоката, евентуално трошкова за састављање поднесака и других трошкова. Затим, податак о *трајању парничног поступка* још убедљивије осветљава неефикасност парничног поступка. Наиме, парнични поступак је трајао *679 дана* од подизања тужбе до правноснажности пресуде. При том, од датума одржане медијације до правноснажности пресуде протекло је *553 дана*. Парнични поступак могао је да се оконча споразумом између странака у поступку медијације, али то се није десило, већ је поступак настављен и трајао *још 553 дана*. Уместо да се оконча за *126 дана*, поступак је укупно трајао *679 дана*. *Можемо слободно рећи да су резултати у погледу ове зависне варијабле очекивани и потврђују тезу о ефикасности поступака са успешном медијацијом.*

Затим, ако се упореди просечно трајање парничног поступка са *успешном медијацијом* (које износи 516,2 дана) и *неуспешном медијацијом*, види се да је овај други поступак трајао дуже за око *163 дана*. Овај податак недвосмислено указује на одређену предност поступка са успешном медијацијом, што је у складу са нашим очекивањима. Даље, број рочишта је *идентичан* код ових независних варијабли (*десет*). Резултат се може објаснити тиме што су странке отишле на медијацију *касније* у току парничног поступка, и успешно га окончале споразумом. Но, каснији одлазак на медијацију *баца светло* и на *нерационалност у понашању странака*, јер ако су већ окончале спор споразумом након утрошеног новца на име услуга адвоката и других радњи у поступку, зар нису могле да постигну такав исход *раније*, уз много мање утрошених средстава. Такође, исти став може се изнети и у погледу поступка са неуспешном медијацијом. Странке су спор окончале пресудом, а могле су споразумом. Утрошак средстава био би много нижи. Надаље, и поређење трошкова поступка са неуспешном медијацијом са просечним трошковима поступка са успешном медијацијом указује на одређену предност друге

независне варијабле. Но, овај резултат ваља прихватити са резервом, због већ истакнуте непотпуне структуре трошкова. Најзад, податак о временском периоду од доношења пресуде до њене правноснажности односно извршности (224, односно 259) показује колико је непотребно времена утрошено само на то да пресуда постане правноснажна, односно извршна. Код поступка са успешном медијацијом, просечан период од закључења вансудског поравнања до правноснажности, односно извршности судског поравнања, износио је 15,8 дана. И у погледу ове зависне варијабле, види се предност поступка са успешном медијацијом у односу на поступак са неуспешном медијацијом.

Анализа предмета  $M_7$  још убедљивије осветљава неефикасност парничног поступка са неуспешном медијацијом. Наиме, овај поступак још увек траје, а покренут је 8.6.2005. године (*око 6 и по година!*), због чега нисмо могли да прикажемо укупне трошкове поступка и његово трајање. Будући да је до сада одржано 25 рочишта и неколико безуспешних покушаја мирења у поступку медијације, јасно је колико је нерационалност у понашању странака утицала на неефикасно расипање ресурса.

Иста аргументација може се изнети и за предмет  $M_8$ , који још није окончан (*покренут је 22.10.2008. године!*). Будући да још увек траје, и за овај поступак нисмо могли да прикажемо укупне трошкове поступка и његово трајање. Оно што смо могли да установимо јесте да су до сада одржана 22 рочишта и један безуспешан покушај мирења у поступку медијације (*17.3.2011. године*). Интересантно је да су странке покушале да спор реше медијацијом, тек након *три и по године* од покретања поступка.

Најзад, и анализа предмета  $M_9$  указује на нерационалност у понашању парничних странака. Укупно гледано, у поступку су одржана 24 рочишта, с тим да парнични поступак није окончан. *Након рочишта у поступку медијације (1.7.2009. године), који је неуспешно окончан, одржано је још 14 рочишта у парничном поступку (15 рочиште заказано је за 6.2.2012. године, и питање је колико ће их још бити)*. Као и код претходног предмета, интересантно је да су странке покушале да спор реше медијацијом тек након *три године* од покретања поступка (*21.6.2006. године*).



## ГЛАВА 5

### РЕЗУЛТАТИ КВАЛИТАТИВНОГ ИСТРАЖИВАЊА

#### *1. Анкетирање судија и адвоката*

Представљање резултата испитивања ставова судија (медијатора) и адвоката биће организовано у *две целине*. Прво ће бити приказане дистрибуције одговора на питања која су *унакрсно* постављена судијама и адвокатима. Затим ће бити приказане дистрибуције одговора на питања у оквиру *подузорка адвоката*. Но, пре тога приказаћемо *узорак* на којем је спроведено ово квалитативно истраживање.

#### *1.1 Узорак*

Укупним узорком обухваћени су судије и адвокати различите полне и старосне структуре. Испитано је 19 судија, пет мушкараца и 14 жена. Просечна старост укупног узорка судија је 45.79 година (сд = 9.863).<sup>1369</sup> Суткиње су просечне старости 46.64 године (сд = 9.771), а судија 43.40 (сд = 10.854). Као судије раде на укупном узорку просечно 12.26 година (сд = 10.847), а као медијатори 4.71 годину (сд = 0.994). Суткиње просечно дуже раде као судије, 13.5 година (сд = 10.339), док су судије на тој функцији просечно 8.8 година (сд = 12.761). Као медијатори, суткиње су просечно радиле 4.9 година (сд = 0.994), док су судије као медијатори радили 4.25 година (сд = 0.957).

Узорак адвоката (Н = 45) је сачињавало 27 мушкараца и 18 жена. Укупна просечна старост била је 43.11 година (сд = 9.705). Просечна старост код мушкараца адвоката је 43.52 године (сд = 10.105), а жена адвоката 42.5 (сд = 9.326). Као адвокати, мушкарци просечно раде 9.83 године (сд = 7.559), а жене 10.17 година (сд = 6.724).

---

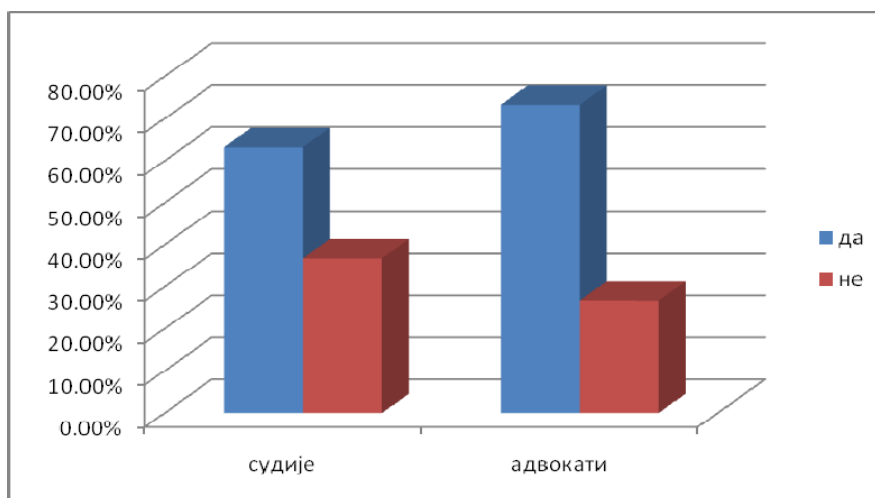
<sup>1369</sup> Сд јесте ознака за стандардну девијацију. Стандардна девијација узорка јесте позитиван квадратни корен из варијансе узорка. Дефиниција преузета из: Вера Ђорђевић, *Статистика у економији*, четврто измењено издање, Економски факултет, Ниш, 2009, стр. 86.

## 1.2. Приказ резултата анкетања судија и адвоката

- Генерално гледано, да ли парницу видите као ефикасан метод решавања грађанскоправних спорова?

Табела 1: парница као ефикасан метод

	судије	адвокати
да	63.2%	73.3%
не	36.8%	26.7%



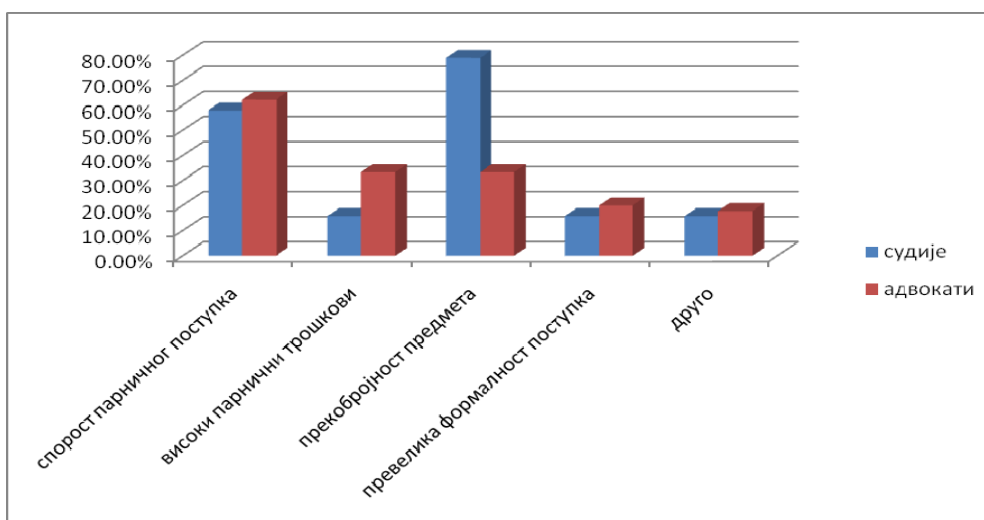
Слика 1: парница као ефикасан метод

Већина судија и адвоката види парницу као ефикасан метод решавања грађанскоправних спорова.

- Према Вашем мишљењу, који су основни недостаци судског решавања грађанскоправних спорова у Основном суду у Нишу?

Табела 2: недостаци судског решавања спорова

	судије	адвокати
спорост парничног поступка	57.9%	62.2%
високи парнични трошкови	15.8%	33.3%
прекобројност предмета	78.9%	33.3%
превелика формалност поступка	15.8%	20.0%
друго	15.8%	17.8%



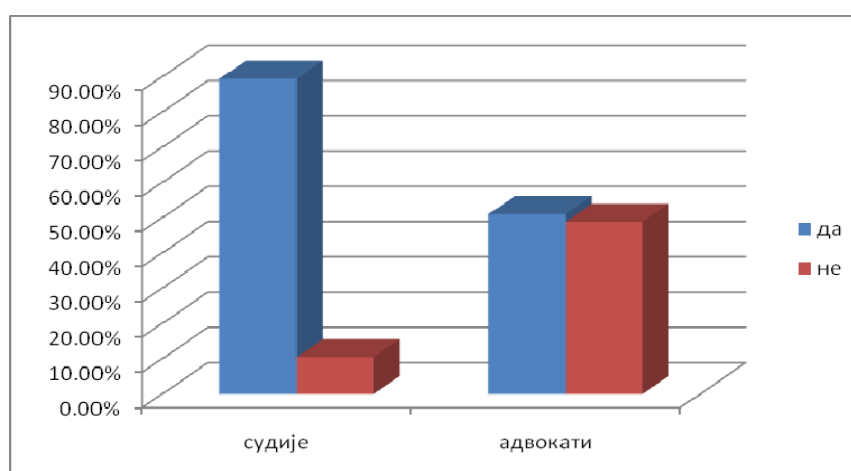
Слика 2: недостаци судског решавања спорова

Највећи проценат судија сматра да је *прекобројност предмета* основни недостатак судског решавања грађанскоправних спорова у Основном суду у Нишу, док адвокати као главни разлог наводе *спорост парничног поступка*.

- Генерално гледано, да ли медијацију видите као ефикасан метод решавања грађанскоправних спорова?

Табела 3: ефикасност медијације

	судије	адвокати
да	89.5%	51.1%
не	10.5%	48.9%



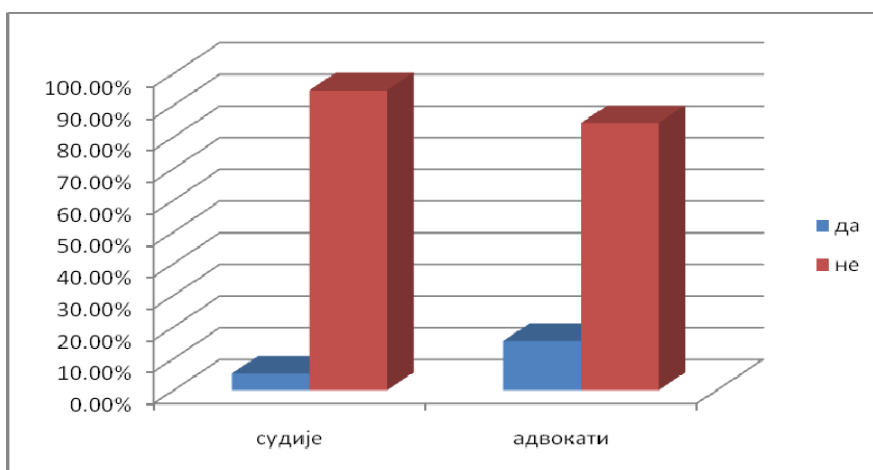
Слика 3: ефикасност медијације

Скоро 90% судија сматра да је медијација ефикасан метод решавања грађанскоправних спорова, док је таквог мишљења половина испитаних адвоката.

- *Да ли сматрате да је степен примене медијације у Одељењу центра за медијацију у Нишу задовољавајући?*

Табела 4: задовољавајућа примена медијације

	судије	адвокати
да	5.3%	15.6%
не	94.7%	84.4%



Слика 4: задовољавајућа примена медијације

Велика већина свих испитаника (судија и адвоката) сматра да примена медијације у Одељењу центра за медијацију Основног суда у Нишу није задовољавајућа.

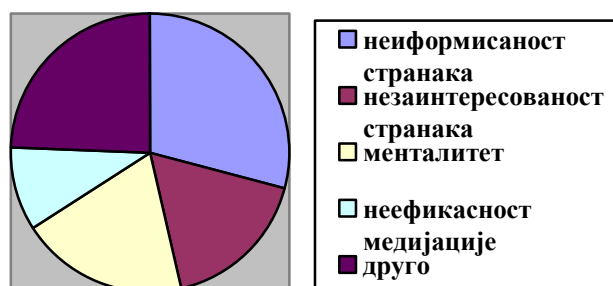
На питање *зашто примена медијације није задовољавајућа*, судије, односно адвокати дали су следеће одговоре:

*Разлози које судије наводе у прилог незадовољавајуће примене медијације:*



Већина судија (56,25%) истиче као главни разлог незадовољавајуће примене медијације у Одељењу центра за медијацију Основног суда у Нишу *неинформисаност странака (слабу едукацију странака)*. Око трећине испитаних судија (31,25%) истиче *мали степен заинтересованости странака*, као разлог незадовољавајуће примене медијације. Мали проценат судија (6,25%) издваја *отпор адвоката и неупућивање на поступак медијације од стране судија* као разлоге незадовољавајуће примене.

*Разлози које адвокати наводе у прилог незадовољавајуће примене медијације:*



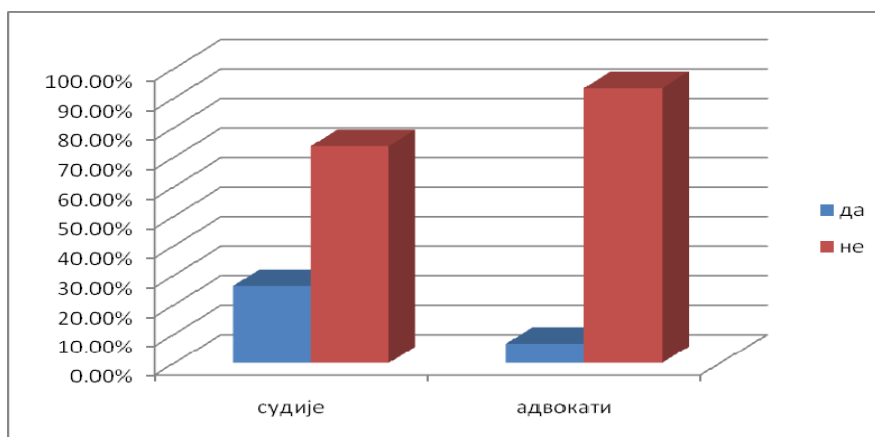
Адвокати наводе следеће разлоге незадовољавајуће примене медијације: *неинформисаност странака (29,2%), менталитет странака (19,5%), незаинтересованост странака (17%), неефикасност медијације (9,7%) и друге (24,3%) – неупућивање од стране судија, неподстицање медијације, трошкове медијације, недостатак поверења у овај поступак, неорганизованост судова и стање у држави.*

Од 15,6% адвоката који сматрају да је примена медијације *задовољавајућа*, као најчешће разлоге наводе: *труд и залагање судија, ефикасност медијације, смањење оптерећења судија, брзо решавање спорова.*

- *Да ли је медијација допринела смањењу укупног броја судских предмета у Основном суду у Нишу?*

Табела 5: допринос медијације смањењу предмета

	судије	адвокати
да	26.3%	6.7%
не	73.7%	93.3%



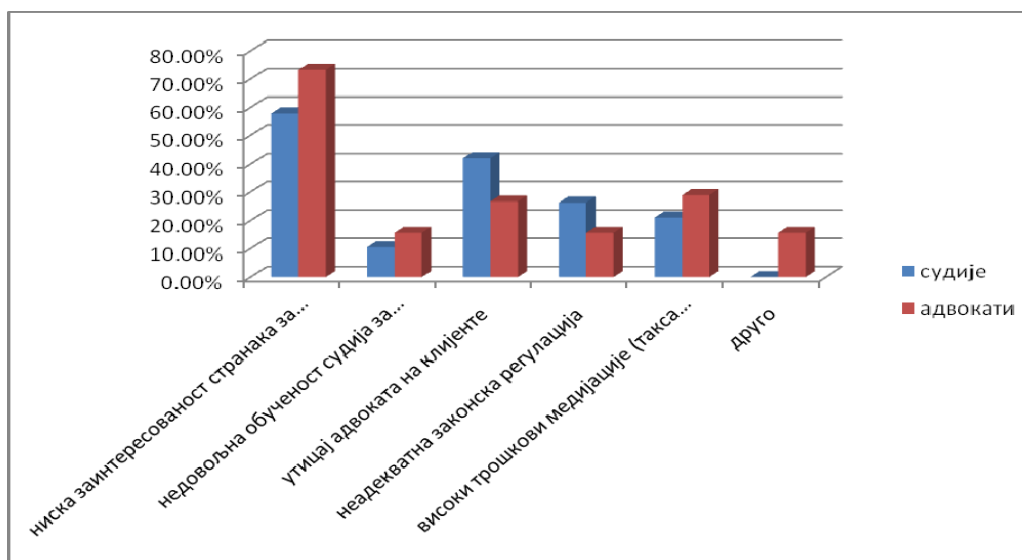
Слика 5: допринос медијације смањењу предмета

Три четвртине судија сматра да медијација није допринела смањењу укупног броја судских предмета у Основном суду у Нишу, док, готово, сви адвокати деле то мишљење.

- Ако није, који су узроци?

Табела 6: узроци неефикасности медијације у смањењу предмета

	судије	адвокати
ниска заинтересованост странака за медијацију	57.9%	73.3%
недовољна обученост судија за медијацију	10.5%	15.6%
утицај адвоката на клијенте	42.1%	26.7%
неадекватна законска регулатива	26.3%	15.6%
високи трошкови медијације (такса за покретање поступка медијације)	21.1%	28.9%
друго	.0%	15.6%



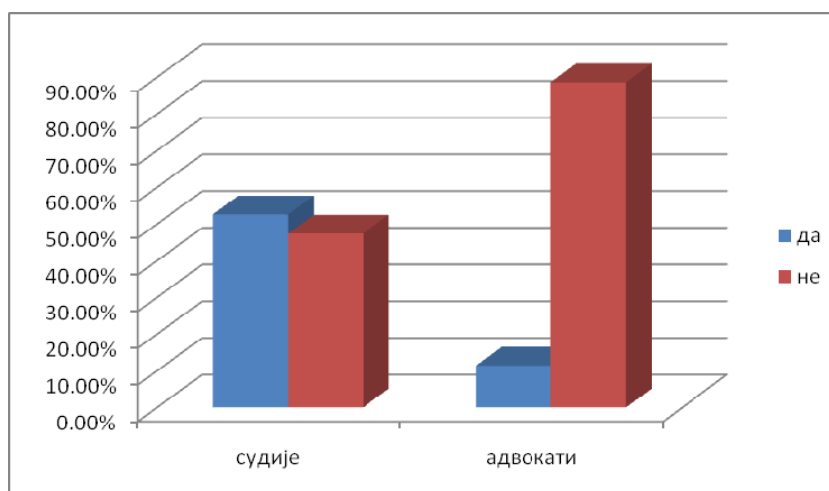
Слика 6: узроци неефикасности медијације у смањењу предмета

Већина судија и адвоката сматра да неефикасност медијације у смањењу парничних предмета лежи у *незаинтересованости странака* за такав начин решавања спорова. Нешто мање од половине судија (42,1%) препознаје (*негативан*) утицај адвоката на клијенте као разлог због чега медијација не доприноси смањењу броја парничних предмета.

- Према Вашем мишљењу, да ли већина судија/адвоката медијацију види као начин за побољшање ефикасности свог рада?

Табела 7: мишљење о медијацији као начину за повећање ефикасности рада

	судије	адвокати
да	52.6%	11.4%
не	47.4%	88.6%



Слика 7: мишљење о медијацији као начину за повећање ефикасности рада

Половина судија медијацију види као начин за побољшање ефикасности свог рада, док скоро сви адвокати мисле да медијација *није* начин за побољшање ефикасности њиховог рада.

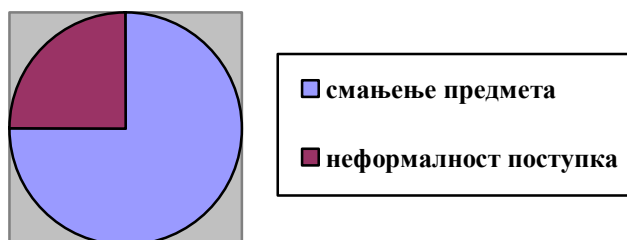
На питање упућено судијама *зашто* медијацију виде, односно не виде, као начин за побољшање ефикасности у раду, добили смо следеће одговоре:

*Разлози зашто медијација не побољшава ефикасност у раду судија:*



Од судија који *не* виде медијацију као начин за повећање ефикасности у раду, *неинформисаност о предностима медијације* издваја се као кључни разлог (62,5%). У друге разлоге спадају: *незаинтересованост судија* (12,5%), *чињеница да споразум у медијацији нема извршни наслов* (12,5%), *незаинтересованост странака* (12,5%).

*Разлози зашто медијација побољшава ефикасност у раду судија:*



Од судија који *виде* медијацију као начин за повећање ефикасности свог рада, *смањење предмета (брзо решавање спорова)* издваја се као кључни разлог (75%). 25% испитаних судија истиче *неформалност поступка медијације* као разлог за побољшање ефикасности рада.

На питање упућено адвокатима *зашто* медијацију виде, односно не виде, као начин за побољшање ефикасности у раду, добили смо следеће одговоре:

*Разлози зашто медијација не побољшава ефикасност у раду адвоката:*



Од *адвоката* који *не* препознају медијацију као метод за повећање ефикасности у раду, више од *половине* њих издваја као разлог *смањење зараде (посла)*. Затим, на друго место долази *слаба заинтересованост странака за медијацију*, а у друге разлоге спадају: *недостатак поверења странака у медијацију*; *навика заступања у парници*; *ниска свест о медијацији*; *неинформисаност странака*; *медијација служи повећању ефикасности у раду судија, а не адвоката*; *непознавање права од стране адвоката*; *постојећа могућност закључења поравнања у парници (без медијације)*; *непотребно трошење времена на медијацију*.



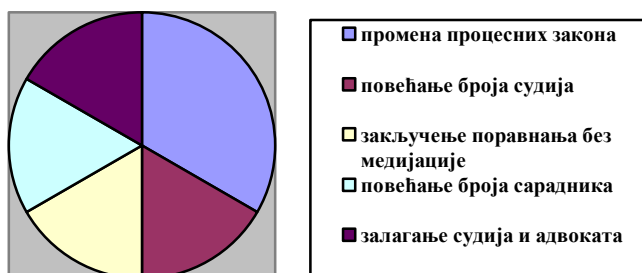
Разлози зашто медијација побољшава ефикасност у раду адвоката:



Од адвоката који препознају медијацију као метод за повећање ефикасности у раду, више од половине њих (60%) издваја као разлог брзо окончање спора. Затим, адвокати издвајају грађење поверења у односу са клијентом и већи степен професионализације.

- Наведите друге начине, осим медијације, за побољшање ефикасности рада судија?

Други начини за повећање ефикасности у раду судија:

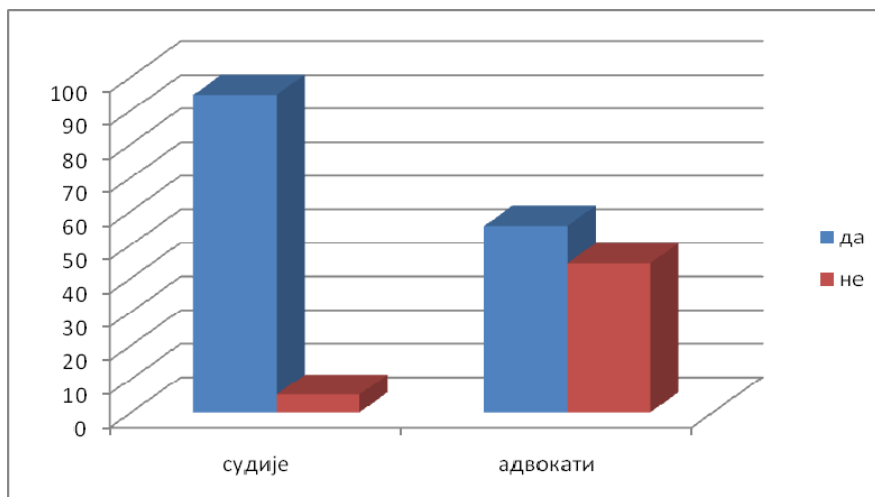


У друге начине за побољшање ефикасности у раду, судије наводе: промену процесних закона (33,33%); повећање броја судија (16,6%); повећање броја сарадника и приправника (16,6%); закључење поравнања у парници, без медијације (16,6%); и залагање судија и адвоката (16,6%).

- Према Вашем искуству, да ли је медијација, у појединачним успешно окончаним споровима, значајно допринела уштеди трошкова парничног поступка?

Табела 8: допринос медијације уштеди судских трошкова

	судије	адвокати
да	94.7	55.6
не	5.3	44.4



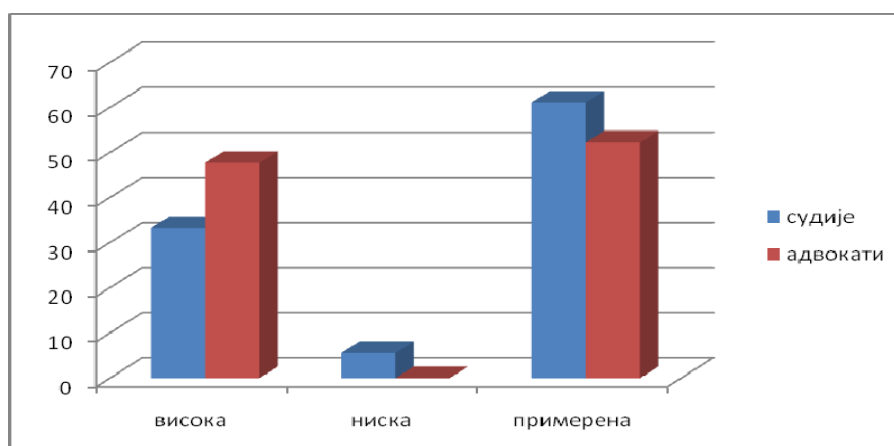
Слика 8: допринос медијације уштеди судских трошкова

Скоро све судије и половина адвоката мисле да је медијација, у појединачним успешно окончаним споровима, значајно допринела смањењу трошкова парничног поступка.

- *Како би сте оценили висину постојеће таксе за покретање поступка медијације?*

Табела 9: оцена висине таксе за покретање поступка медијације

	судије	адвокати
висока	33.3	47.7
ниска	5.6	0
примерена	61.1	52.3



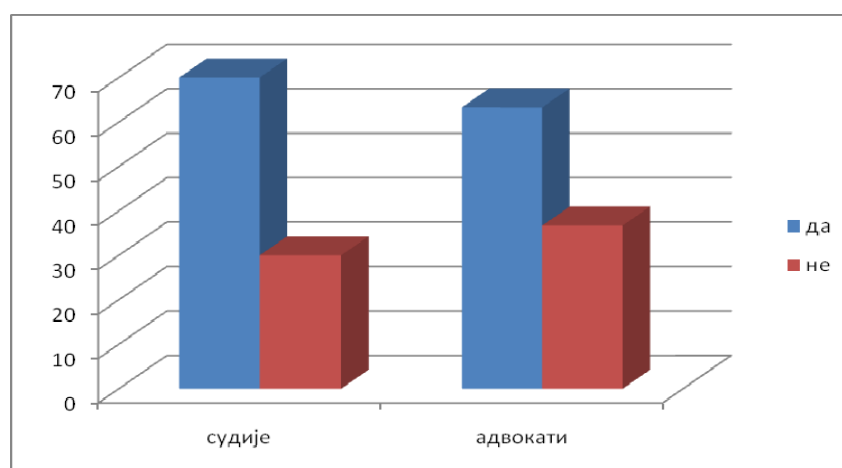
Слика 9: оцена висине таксе за покретање медијације

Адвокати су подељеног мишљења да је такса за покретање поступка медијације висока и примерена, док већина судија сматра да је такса примереног износа.

- *Да ли таксу видите као фактор одвраћања странака од покретања поступка медијације?*

Табела 10: висока такса као узрок одвраћања клијената од медијације

	судије	адвокати
да	70.0	63.3
не	30.0	36.7



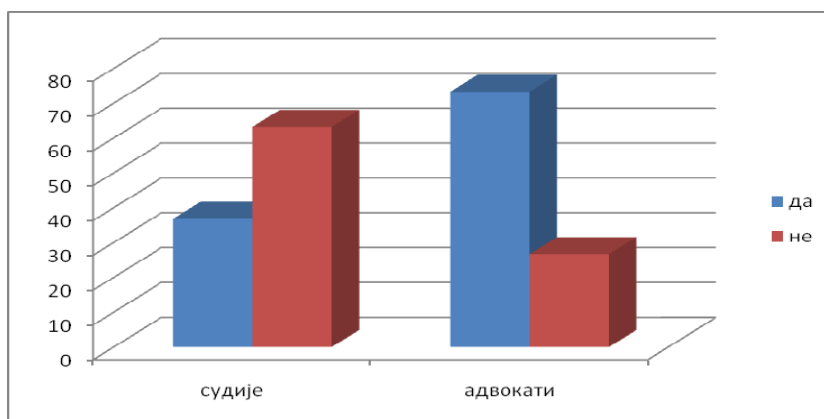
Слика 10: висока такса као узрок одвраћања клијената од медијације

Обе испитане професије мисле да је висока такса узрок због кога странке не бирају медијацију.

- *Да ли би сте подржали увођење бесплатне медијације за странке?*

Табела 11: подршка увођењу бесплатне медијације за странке

	судије	адвокати
да	36.8	73.3
не	63.2	26.7



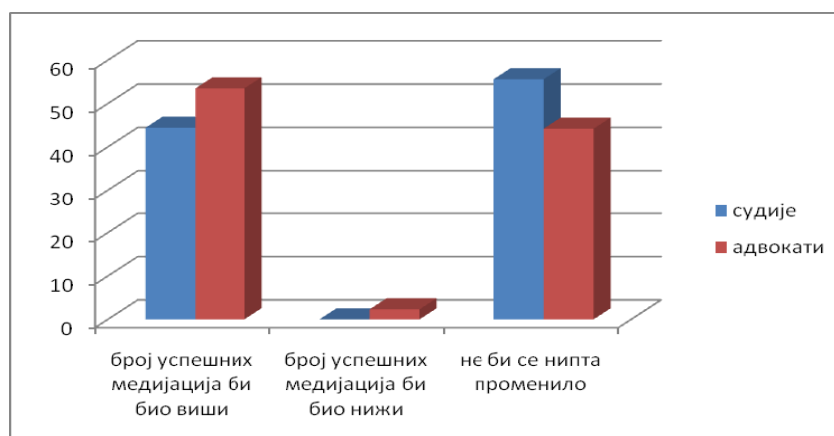
Слика 11: подршка увођењу бесплатне медијације за странке

Већина судија не би подржала увођење бесплатне медијације, за разлику од три четвртине адвоката који су за увођење бесплатне медијације.

- Да ли би, према Вашем мишљењу, увођење бесплатне медијације за странке допринело повећању броја успешно решених медијација?

Табела 12: позитиван исход ако би медијација била бесплатна

	судије	адвокати
број успешних медијација био би виши	44.4	53.5
број успешних медијација био би нижи	0	2.3
не би се ништа променило	55.6	44.2

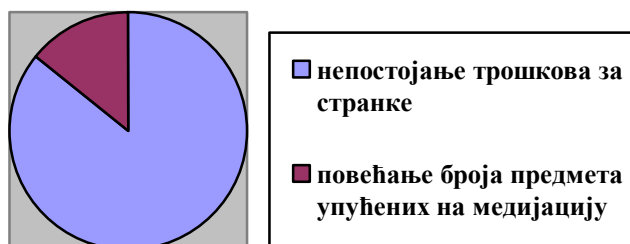


Слика 12: позитиван исход ако би медијација била бесплатна

И судије и адвокати су подељеног мишљења да би бесплатна медијација имала позитиван исход.

На питање зашто би број успешних медијација био виши, нижи, или остао на садашњем нивоу, судије су дале следеће одговоре:

*Број успешних медијација био би виши:*



Од судија који су одговорили да би број успешних медијација био виши, 85,7% њих навело је као разлог *непостојање трошкова за странке*. 14,3% судија навело је као разлог *повећање броја предмета упућених на медијацију*.

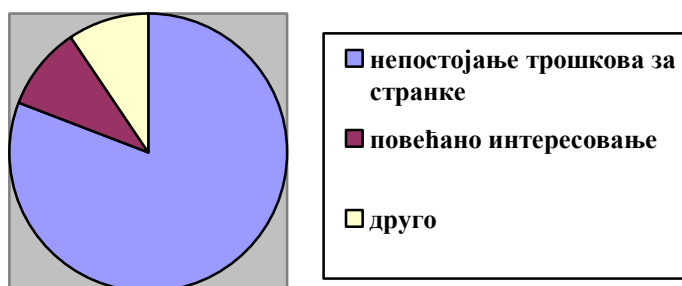
*Број успешних медијација остао би на садашњем нивоу:*



Од судија који су одговорили да би број успешних медијација остао на садашњем нивоу, трећина је навела као разлог *неинформисаност (неупућеност) странака*, нешто мање од четвртине навело је да *трошкови медијације немају утицаја на успешност медијације*, док су остали наводили следеће разлоге: *„оно што је бесплатно није добро“*, *традиционална схватања странака да „суд треба да пресуди“*, *негативан утицај адвоката на странке*, *смањење ангажовања медијатора због страха од губитка зараде*.

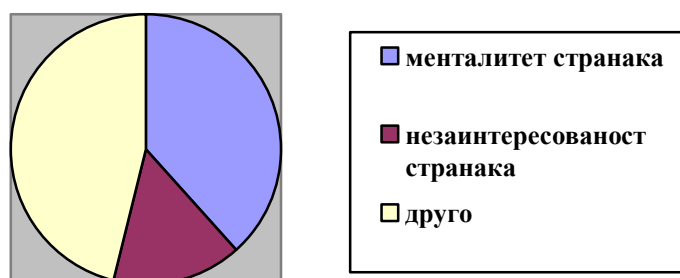
На питање зашто би број успешних медијација био виши, нижи, или остао на садашњем нивоу, *адвокати* су дали следеће одговоре:

*Број успешних медијација био би виши:*



Од адвоката који су одговорили да би број успешних медијација био виши, 80,95% њих навело је као разлог *непостојање трошкова за странке*, 9,5% навело је *повећано интересовање странака за медијацију*, а 9,4% навели су *друге разлоге*.

*Број успешних медијација остао би на садашњем нивоу:*



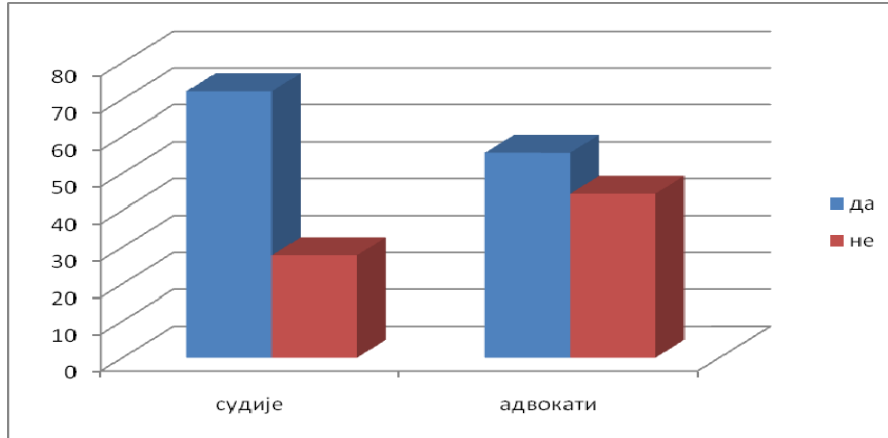
Од адвоката који су одговорили да би број успешних медијација остао на садашњем нивоу, више од трећине њих наводи као разлог *менталитет странака*, док шестина њих наводи *незаинтересованост странака*. У друге навођене разлоге спадају: *необученост судија за медијацију*, *мали број медијатора који не би одговорио већем броју медијација*, *неинформисаност странака*, „*дуплирање*“ *постојећих института*, и *друге разлоге*.

Један мањи број адвоката сматра да би се увођењем бесплатне медијације смањило број успешних медијација, јер би бесплатна медијација привукла неозбиљне клијенте или оне који су склони злоупотреби.

- *Да ли сматрате да би лица других образовних профила (психолози, педагози, економисти и други) допринели побољшању ефикасности медијације?*

Табела 13: укључивање психолога, педагога, економиста утицало би на ефикасност медијације

	судије	адвокати
да	72.2	55.6
не	27.8	44.4



Слика 13: укључивање психолога, педагога, економиста утицало би на ефикасност медијације

Судије сматрају да би укључивање неких релевантних професија утицало на ефикасност медијације, док то мишљење дели половина адвоката.

- *Како оцењујете ефекте примене постојећег Закона о посредовању–медијацији?*

Табела 14: ефекти Закона о посредовању–медијацији

	судије	адвокати
задовољавајући	21.1	22.2
без очекиваних ефеката	78.9	77.8
у потпуности испунио очекивања	0	22.2

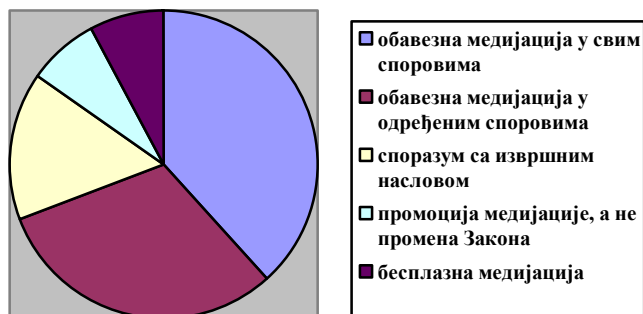


Слика 14: ефекти Закона о посредовању–медијацији

Обе испитане групе мишљења су да *Закон о посредовању–медијацији* није испунио очекивања.

На питање шта би требало променити у Закону о посредовању–медијацији, добили смо следеће одговоре од стране *судија*:

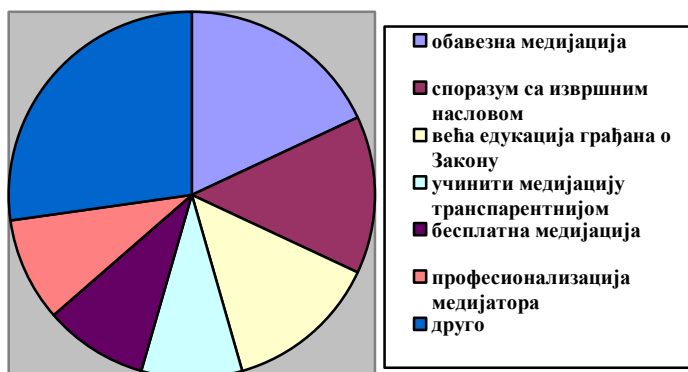
*Мишљење судија о томе шта би требало променити у Закону о посредовању–медијацији:*



Највећи број судија сматра да би требало увести *обавезну медијацију у свим споровима*; нешто мањи број сматра да би то требало учинити у *одређеним споровима*; још мањи број да би требало *дати извршни наслов споразуму у медијацији*; док најмањи број истиче *увођење бесплатне медијације и промоцију медијације, а не Закона*.

На питање шта би требало променити у Закону о посредовању–медијацији, добили смо следеће одговоре од стране *адвоката*:

*Мишљење адвоката о томе шта би требало променити у Закону о посредовању–медијацији:*



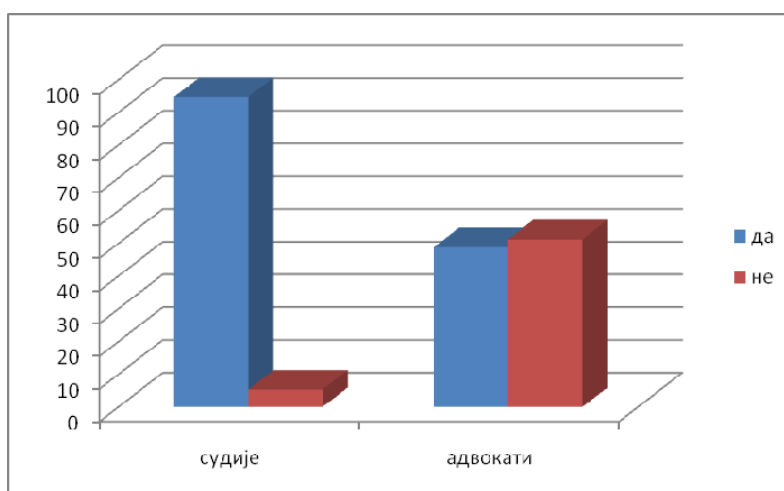


Највећи број адвоката навео је: *увођење обавезне медијације, давање извршног наслова споразуму у медијацији и већу едукацију грађана о Закону.* Мањи број адвоката истакао је да *медијацију треба учинити транспарентнијом, бесплатном и да треба побољшати стручност медијатора и извршити професионализацију медијатора.* У друге разлоге спадају: *поједностављење поступка медијације; обавезно прописивање учешћа психолога и педагога у поступку медијације; прецизније одређење положаја суда у поступку медијације; уношење одредбе о побољшању ефикасности медијације и омогућавању боље едукације јавности о медијацији; прописивање активније улоге странака у поступку медијације; прописивање смањења трошкова медијације.*

- *Да ли би подржали увођење обавезне (мандаторне) медијације у неким споровима?*

Табела 15: подршка увођењу мандаторне медијације

	судије	адвокати
да	94.7	48.8
не	5.3	51.2

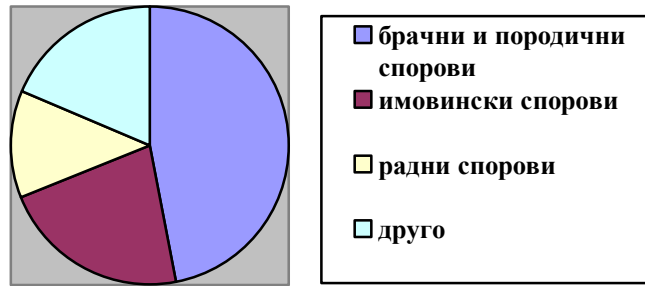


Слика 15: подршка увођењу мандаторне медијације

Судије су мишљења да треба увести обавезну медијацију. Исто мишљење има нешто мање од половине адвоката.

На питање у којим споровима би подржали увођење обавезне медијације, *судије* су навеле:

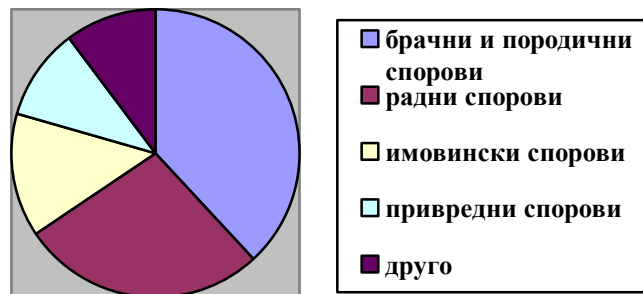
*Мишљење судија о увођењу обавезне медијације:*



Скоро половина судија подржала би увођење обавезне медијације у *брачним и породичним споровима*; око петина судија изнела је такав став када је реч о *имовинским споровима (споровима са имовинскоправним захтевом)*. Мањи број судија изјаснио се за увођење обавезне медијације у *радним споровима*, а најмањи број за увођење обавезне медијације у *привредним споровима и споровима мале вредности*.

На питање у којим споровима би подржали увођење обавезне медијације, *адвокати* су навели:

*Мишљење адвоката о увођењу обавезне медијације:*

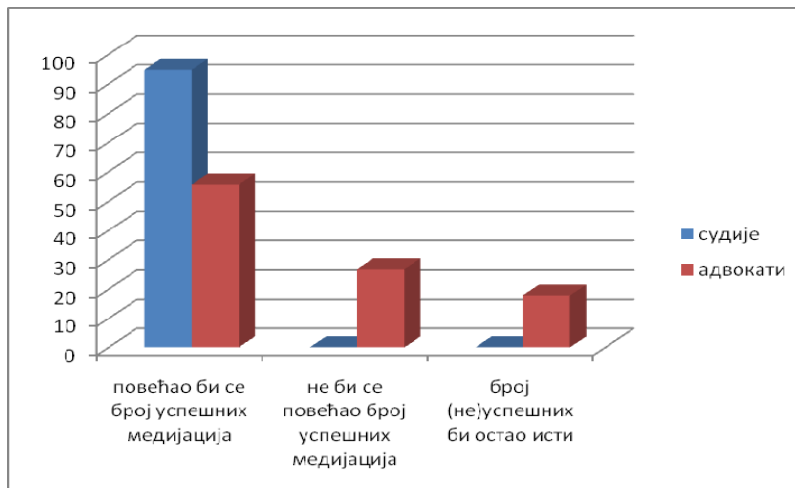


Највећи број адвоката (37,9%) навео је да би подржао увођење обавезне медијације у *брачним и породичним споровима*; мањи број (27,5%) у *радним споровима*; затим у *имовинским споровима* (13,7%); *привредним споровима* (10,3%); и *другим споровима (управним споровима, споровима мале вредности)* (10,3%).

- *Да ли би, према Вашем мишљењу, увођење обавезне медијације повећало број успешно решених медијација?*

Табела 16: увођење мандаторне медијације утицало би на успешност поступка

	судије	адвокати
повећао би се број успешних медијација	100.0	55.6
не би се повећао број успешних медијација	0	26.7
број (не)успешних би остао исти	0	17.8



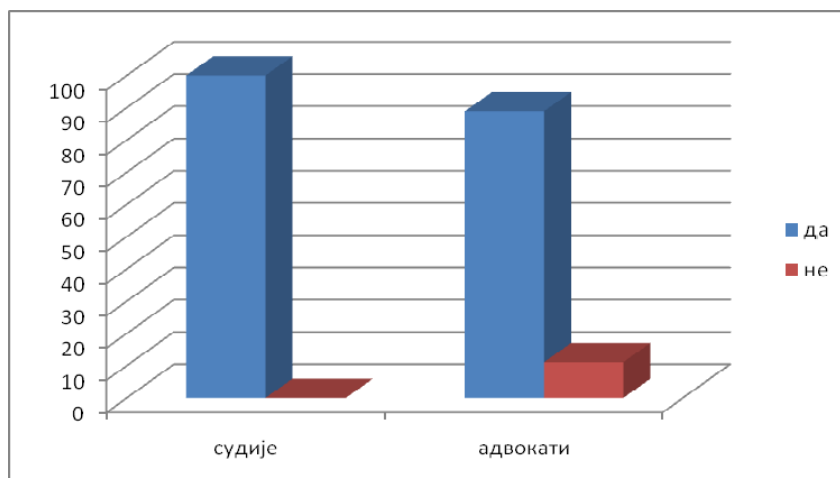
Слика 16: увођење мандаторне медијације утицало би на успешност поступка

Све судије и половина адвоката сматрају да би увођење мандаторне медијације утицало на успешност поступка.

- Да ли сматрате да споразум закључен у поступку медијације треба да има извршни наслов?

Табела 17: давање извршног наслова споразуму у медијацији

	судије	адвокати
да	100.0	88.9
не	0	11.1



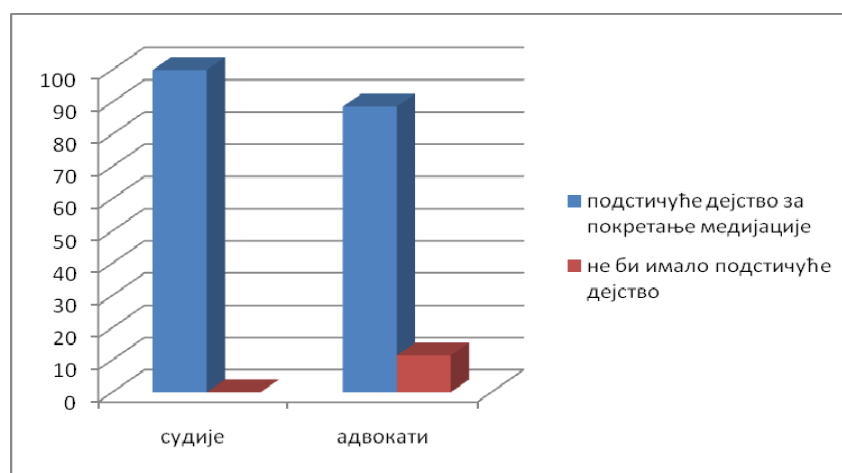
Слика 17: давање извршног наслова споразуму у медијацији

Испитаници су мишљења да споразум у медијацији треба да има извршни наслов.

- Уколико би споразум закључен у поступку медијације имао извршни наслов, на који начин би то утицало на странке у поступку?

Табела 18: утицај извршног наслова споразума на странке

	судије	адвокати
подстичуће дејство за покретање медијације	100.0	88.6
не би имало подстичуће дејство	0	11.4



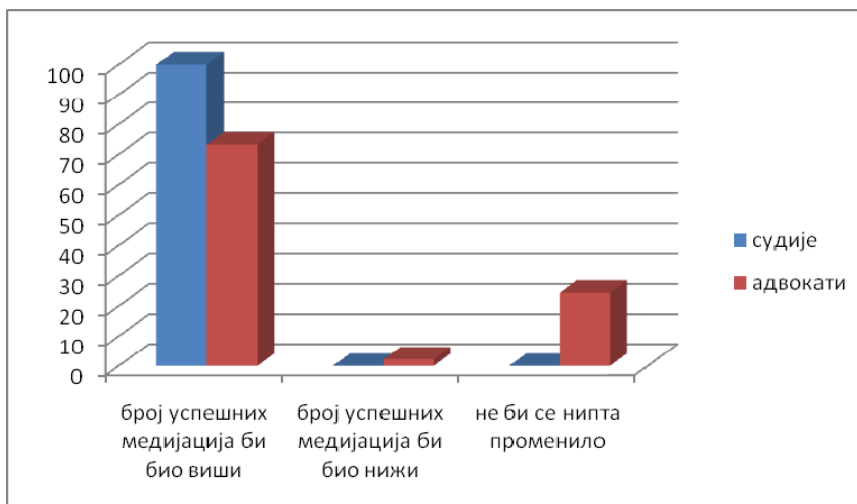
Слика 18: утицај извршног наслова споразума у медијацији на странке

Испитаници сматрају да би давање извршног наслова споразуму *имало подстичуће дејство за покретање поступка медијације*.

- Уколико би споразум закључен у поступку медијације имао извршни наслов, на који начин би то утицало на број успешних медијација?

Табела 19: утицај извршног наслова на успешност медијације

	судије	адвокати
број успешних медијација би био виши	100.0	73.3
број успешних медијација би био нижи	0	2.2
не би се ништа променило	0	24.4



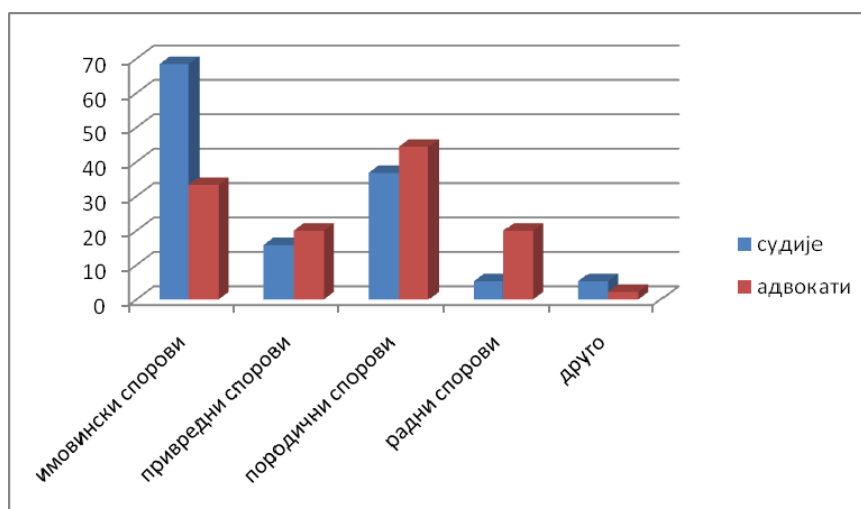
Слика 19: утицај извршног наслова на успешност медијације

Испитаници сматрају да би давање извршног наслова споразуму имало за последицу *већи број успешних медијација*.

- *Из Вашег искуства, у којој врсти спорова је медијација била најуспешнија?*

Табела 20: успех медијације према врсти спора

	судије	адвокати
имовински спорови	68.4	33.3
привредни спорови	15.8	20.0
породични спорови	36.8	44.4
радни спорови	5.3	20.0
друго	5.3	2.2



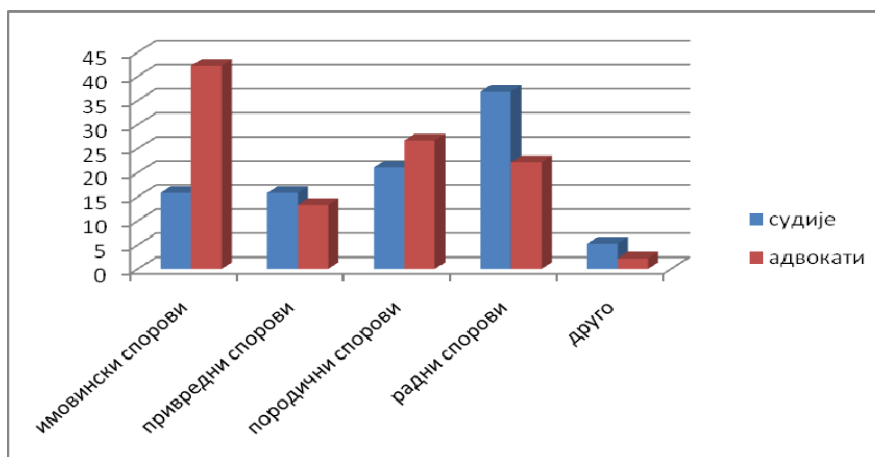
Слика 20: успех медијације према врсти спора

Судије су мишљења да је медијација успешна у *имовинским* и *породичним споровима*, а адвокати мисле да је углавном успешна у *породичним споровима*.

- *Из Вашег искуства, у којој врсти спорова је медијација била најмање успешна?*

Табела 21: неуспех медијације према врсти спора

	судије	адвокати
имовински спорови	15.8	42.2
привредни спорови	15.8	13.3
породични спорови	21.1	26.7
радни спорови	36.8	22.2
друго	5.3	2.2



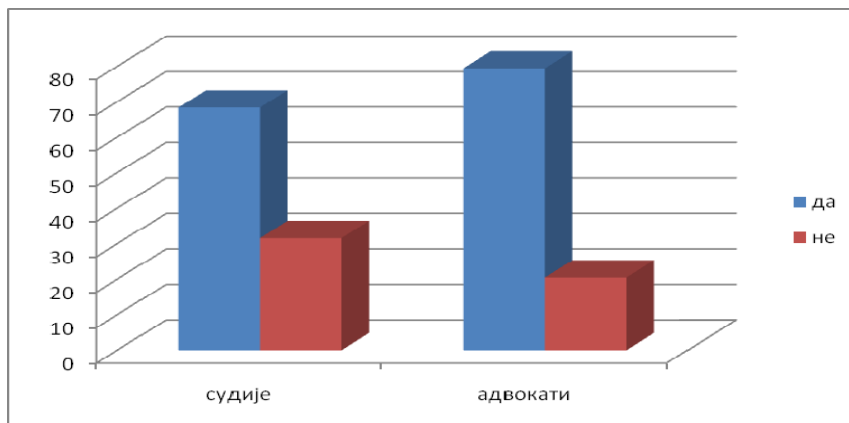
Слика 21: неуспех медијације према врсти спора

Судије су мишљења да је медијација најмање успешна у *радним споровима*, док адвокати мисле да је неуспешна у *имовинским споровима*.

- *Да ли сматрате да се странке, генерално узев, учестало понашају ирационално у парничном поступку?*

Табела 22: ирационално понашање странака у парници

	судије	адвокати
да	68.4	79.5
не	31.6	20.5



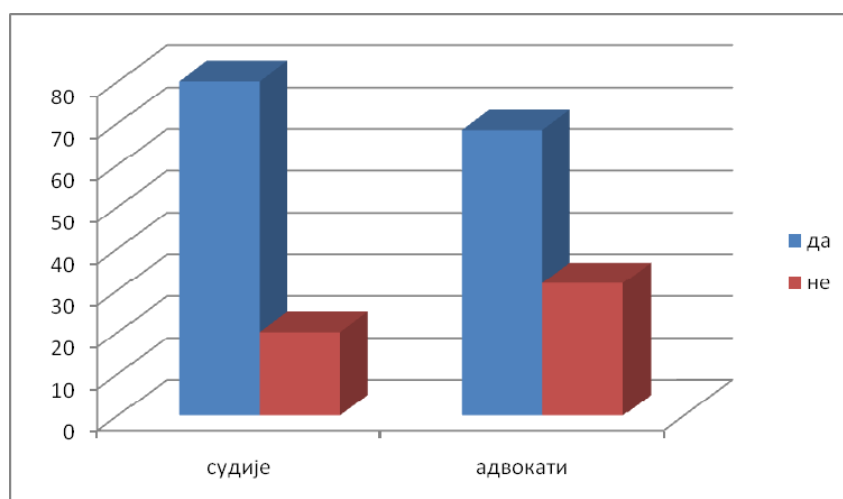
Слика 22: ирационално понашање странака у парници

Адвокати и судије мишљења су да се странке, генерално узев, *ирационално понашају у парничном поступку*.

- *Ако сматрате да се странке учестало понашају ирационално, да ли и у томе видите препреку за одлазак на медијацију и неуспешно окончање медијације?*

Табела 23: ирационално понашање као препрека

	судије	адвокати
да	80.0	68.3
не	20.0	31.7



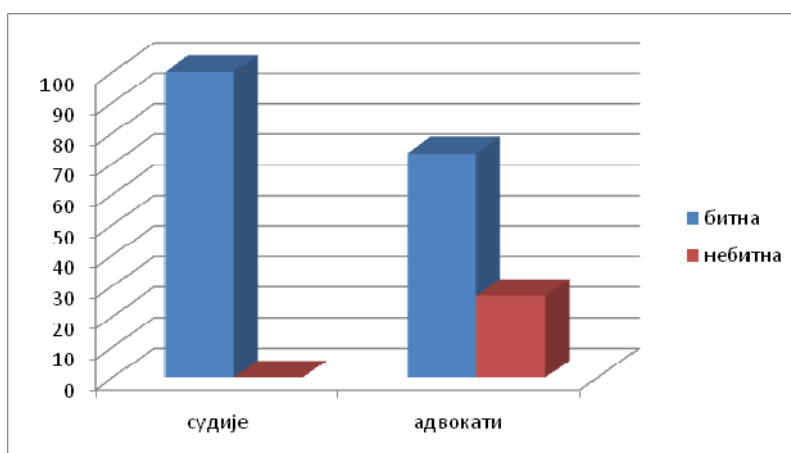
Слика 23: ирационално понашање као препрека

И судије и адвокати сматрају да је ирационално понашање странака препрека за избор медијације, као и за њено неуспешно окончање.

- *Како оцењујете улогу адвоката у избору странке да иде на медијацију или парницу?*

Табела 24: улога адвоката у одабиру медијације или парнице

	судије	адвокати
битна	100.0	73.3
небитна	0	26.7



Слика 24: улога адвоката у одабиру медијације или парнице

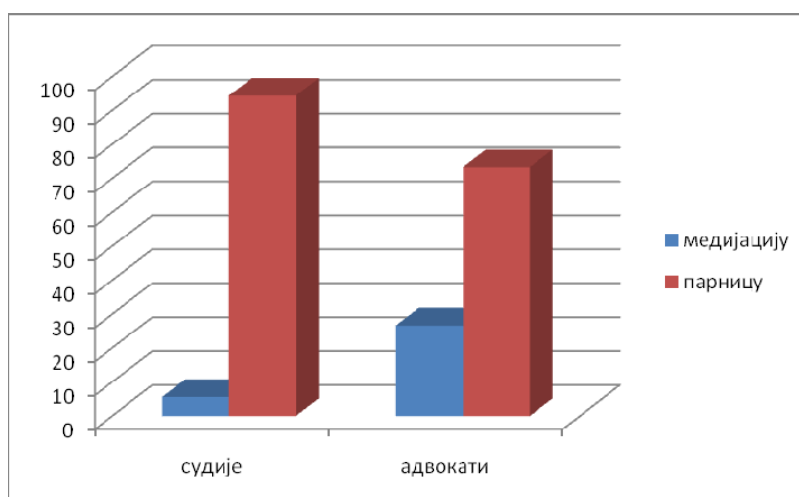
Све судије и већина адвоката сматрају да је улога адвоката у избору странке да иде на медијацију или парницу *битна*.

- *У избору између медијације и парнице, шта би према Вашем мишљењу, адвокат сугерисао странци?*

Табела 25: адвокати сугеришу

	судије	адвокати
медијацију	5.6	26.7
парницу	94.4	73.3





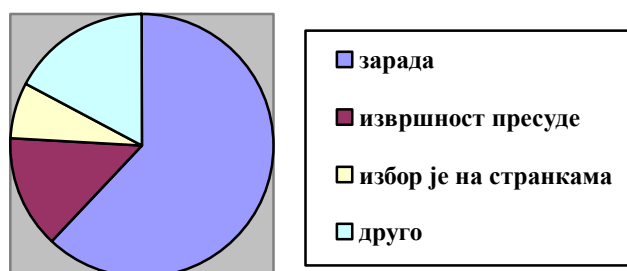
Слика 25: адвокати сугеришу

Судије и адвокати сматрају да адвокати клијентима сугеришу одабир *парнице*, а не медијације.

На питање *зашто* би адвокат сугерисао клијенту парницу/медијацију, скоро све судије наводе *финансијске и личне разлоге* као мотив да адвокат сугерише парницу, и веома мали број судија наводи *обострани интерес адвоката и клијента* као разлог за избегавање парнице, односно одабир медијације.

На питање *зашто* би адвокат сугерисао клијенту парницу/медијацију, *адвокати* су навели:

*Разлози за сугерисање парнице:*



Већина адвоката (62%) која се изјаснила да би адвокати сугерисали странци *парницу*, као мотив наводе првенствено *зараду*; затим, 13,8% адвоката истиче *извршност пресуде* (наспрот поравнању у медијацији које нема снагу извршне исправе); потом, 6,8% адвоката наводи *да је избор парнице/медијације*

на странкама, које ангажују адвоката када су чврсто решене да иду на парницу (што значи да адвокати немају много утицаја на тај избор); и остали адвокати (17%) наводе друге разлоге (*неповерење адвоката у медијацију; парница делује озбиљније у очима странака; необавештеност адвоката; парница је уобичајен метод за решење спора; контрадикторни карактер доказног поступка и могућност исходавања повољне пресуде*).

Разлози за сугерисање медијације:

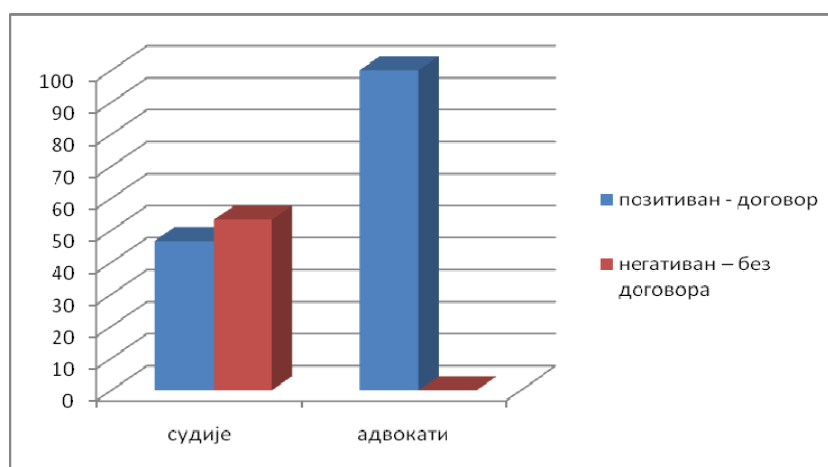


Од адвоката који су се изјаснили за медијацију, 75% њих истиче брже, ефикасније и економичније решење спора, а 25% наводе интерес да странке снесу ниже трошкове.

- У самом поступку медијације, како адвокати утичу на странке у погледу договора са другом странком?

Табела 26: утицај адвоката на странке у медијацији

	судије	адвокати
позитиван – договор	46.7	100.0
негативан – без договора	53.3	0



Слика 26: утицај адвоката на странке у медијацији

Судије су подељеног мишљења о утицају адвоката на договор страна у спору, док адвокати сматрају да на конструктиван начин утичу на странке да договором реше спор.

На питање упућено адвокатима који су разлози позитивног утицаја на странке у погледу договора, 36,5% навело је смањење трошкова за странке; 29,2% уштеду времена (брзо окончање спора); 12,1% смањење стреса; 12,1% због интереса странака; 7,3% због неизвесног исхода парнице; и 2,4% због добровољног извршења споразума.

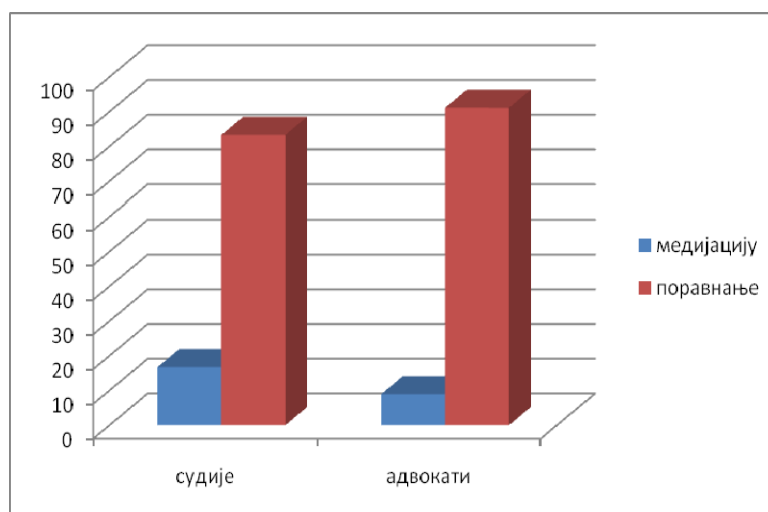
Разлози зашто адвокати сугеришу странкама договор:



- У избору између упућивања странака на медијацију и закључења споразума о поравнању у судском поступку, шта би већина судија изабрала да сугерише странкама?

Табела 27: судије сугеришу

	судије	адвокати
медијацију	16.7	8.9
поравнање	83.3	91.1

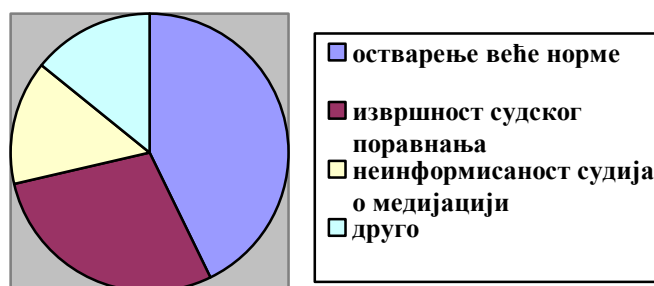


Слика 27: судије сугеришу

И судије и адвокати мишљења су да би већина судија странама у спору сугерисала закључење поравнања у поступку, а не одлазак на медијацију.

На питање *зашто закључење поравнања у судском поступку*, 42,8% судија истакло је *повећање броја решених предмета за судију (остварење веће норме)*; затим, 28,5% судија навело је *извршност судског поравнања*; 14,2% судија навело је *неинформисаност судија о медијацији*; и друго (14,2%) – *нема додатних трошкова, судије су упућеније у поравнање закључено у поступку*.

*Разлози које судије наводе за сугерисање закључења поравнања у парници:*



На питање *зашто би већина судија сугерисала медијацију*, судије као разлог најчешће наводе *растерећење судија*.

На питање *зашто закључење поравнања у судском поступку*, 32,3% адвоката навело је као разлог *извршност судског поравнања*; затим, 20,5% *брзину и једноставност решења спора*; 20,5% *остварење веће норме за судије*; 17,6% *навику судија*; и друге разлоге (8,7%) – *нема додатних трошкова, због сигурности странке*.

*Разлози које адвокати наводе за сугерисање закључења поравнања у парници:*

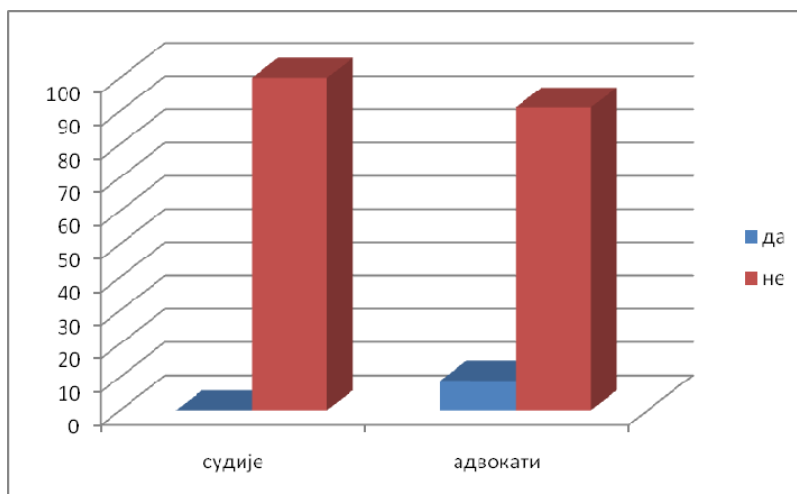


На питање *зашто би већина судија сугерисала медијацију*, адвокати као разлог најчешће наводе *смањење обима посла за судије (66,6%)*.

- *Да ли сматрате да су, генерално гледано, алтернативни методи решавања грађанскоправних спорова (медијација, арбитража и други) довољно заступљени у нашој земљи?*

Табела 28: довољна заступљеност АДР метода

	судије	адвокати
да	0	8.9
не	100.0	91.1



Слика 28: довољна заступљеност АДР метода

Скоро сви испитаници мисле да АДР методи решавања грађанскоправних спорова нису довољно заступљени у нашој земљи.

На питање *зашто нису заступљени*, судије су одговориле:

*Мишљење судија о томе зашто нису заступљени АДР методи у Србији:*



Највећи број судија (42,3%) истиче *неинформисаност* као основни разлог ниске заступљености АДР-а у Србији. Затим, судије наводе у истом проценту наводе *незаинтересованост* и *менталитет странака* (15,3%); потом, *недовољну медијску праћеност* (11,5%); *неадекватну законску регулативу* (7,7%); и *друго* (7,7%) – *високи трошкови АДР-а* и *неангажованост одговорних лица*.

На питање *зашто нису заступљени*, адвокати су одговорили:

*Мишљење адвоката о томе зашто нису заступљени АДР методи у Србији:*

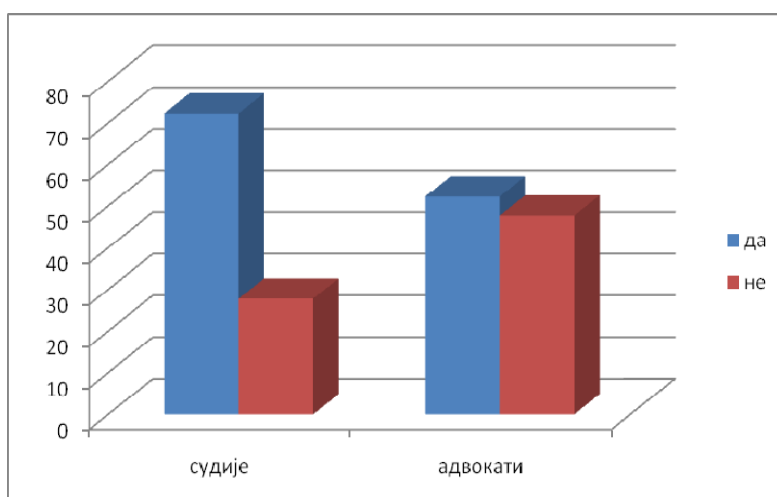


Највећи број адвоката (35,5%) наводи као разлог ниске заступљености АДР метода у Србији *необавештеност странака*. Потом, по 20% адвоката наводи *менталитет странака* и *чињеницу да није развијена пракса*, тј. да је потребно време за њихову ширу примену. Осталих 24,2% адвоката наводи различите узроке, као што су: *неадекватна законска регулатива*; *необавештеност судија*; *навику судија*; *парницу као доминантан метод*; *неповерење странака у АДР методе*; *неефикасност АДР метода*; и *незаинтересованост странака*.

- *Да ли сматрате да ће АДР методи, и нарочито медијација, у будућности бити више заступљени у нашој земљи?*

Табела 29: више медијација у будућности

	судије	адвокати
да	72.2	52.3
не	27.8	47.7



Слика 29: више медијација у будућности

Већина судија и половина адвоката сматрају да ће алтернативни методи решавања грађанскоправних спорова, и нарочито медијација, бити више заступљени у будућности.

На питање *на који начин ће бити више заступљени у будућности*, судије су одговориле:

*Начини за повећање заступљености АДР метода (судије):*



Највећи број судија наводи *повећање информисаности странака* као начин за повећање заступљености АДР метода у будућности. Потом, судије наводе промену Закона и *веће залагање одговорних лица*. Мањи број судија је песимистичан у погледу веће заступљености АДР-а *pro futuro*.

На питање *на који начин ће АДР методи бити више заступљени у будућности*, адвокати су одговорили:

Начини за повећање заступљености АДР метода (адвокати):



Највећи број адвоката наводи *повећање информисаности странака* као начин за повећање заступљености АДР метода у будућности. Потом, адвокати наводе *промену Закона*. Као друге начине наводе: *већи притисак ЕУ на нашу земљу; смањење трошкова АДР метода; и проток времена*.

Од адвоката који су песимистични у погледу веће заступљености АДР метода у будућности, 50% њих издваја као разлог *менталитет странака*; 12% *необавештеност странака*, 8,3% *неефикасност АДР метода* и 28,8% друге разлоге (*постојање адвокатског лобија, неповерење у АДР методе, неадекватна законска регулатива, итд.*).

Мишљење адвоката о томе зашто АДР методи неће бити заступљени у будућности:



### 1.3. Резултати на подзорку адвоката

Табела 30: мишљења адвоката о трошковима парнице и медијације

	минимум	максимум	АС (просек)	СД
Вредност типичне парнице у динарима	10.000	200.000	74459.46	43169.301
Вредност медијације у динарима	10.000	100.000	45458.33	28874.510



- *Да ли договор Вашег клијента са другом странком може довести до колизије са Вашим интересима?*

Табела 31: утицај договора клијента на Ваш интерес

	фреквенција	процент
може доћи до колизије	10	22.2
не може доћи до колизије	35	77.8

*Три четвртине адвоката сматра да договор клијента са другом странком не може довести до колизије са њиховим интересима.*

На питање који су разлози *зашто не може доћи до колизије*, адвокати су навели:

*Разлози зашто не може доћи до колизије интереса адвоката и клијента:*



Око две трећине адвоката одговорило је да договор клијента са другом странком не може довести до колизије са њиховим интересима, јер је *интерес странке* руководно начело у њиховом раду. Затим, 15,3% адвоката навело је да *наплаћује своје услуге према тарифи*, те не може доћи до колизије. Исти проценат сматра да је *интерес адвоката* *окончање спора*. Најзад, најмањи проценат адвоката истиче да *поштовање договора са странком* спречава евентуални сукоб њихових интереса.

На питање који су разлози *зашто може доћи до колизије*, три четвртине адвоката навела је као разлог *смањење зараде*, а једна четвртина „*јер странка сматра да је сама решила спор*“.

## **2. Интервјуи**

За потребе нашег истраживања, обавили смо *два интервјуа*, један са *Директорком Центра за медијацију*, са седиштем у Београду, и други са *Координатором Одељења центра за медијацију* при Основном суду у Нишу.

### *2.1. Интервју са Директорком Центра за медијацију у Београду*

Интервју је обављен телефонским путем са Директорком републичког Центра за медијацију, са седиштем у Београду, 17.1.2012. године, у трајању од једног сата (од 10.30 часова до 11.30 часова).

Садржај интервјуа приказујемо у форми питања и одговора, са акцентом на делове који су релевантни за тему нашег истраживања.

- *Колико Центар за медијацију има одељења и колико има медијатора у Србији?*
  - *„Центар има 17 одељења и око 800 медијатора у Србији“.*
- *У којим одељењима у Србији је највећа учесталост решавања спорова медијацијом?*
  - *„У Београду и Војводини највећа је учесталост медијације. Разлог је вероватно менталитет. Адвокатска комора у Нишу је аморфна. У Београду је боља ситуација, јер има адвокатских канцеларија у којима раде млади људи који упућују странке на медијацију“.*
  - *На питање које је одељење најуспешније, одговара да је најуспешније Одељење у Суботици; у Новом Саду је све боља ситуација, док Крагујевац нема одељење.*
- *Како оцењујете успешност медијације на националном нивоу?*
  - *„У Србији је било укупно око 3.000 медијација од оснивања Центра. 85% спроведених медијација је успешно“.*

- Наглашава да је од закључених споразума у медијацији само један делимично извршен; док сви су остали у потпуности и добровољно извршени.
  - Наводи да је 45 милиона евра ослобођено у досадашњим одржаним медијацијама у Србији.
- Према Вашем мишљењу, које су основне препреке успешној медијацији у Србији?
- „Пре свега, предубеђења судија; имају отпор ка медијацији. Судија није навикнут да упућује странке на медијацију, јер не зна како; постоје и психолошке баријере. Такође, постоји сукоб адвоката и судија. Но, у погледу успешности медијације, од 2010. године у Београду је боља ситуација“.
- Да ли је можда и висока такса препрека успешним медијацијама?
- „Не. Такса није висока, поготово када је реч о породичним споровима или споровима због ометања поседа. На пример, просечни спор траје две године, и ако се узму у обзир: судска такса, трошкови адвоката, трошкови увиђаја, такса за геометра (у споровима у којима се наплаћује износи 100 евра), следи да такса за покретање поступка медијације није висока“.
  - „Затим, до 30% вредности спора иде адвокатима и, при том, они добијају тај износ одмах. С друге стране, у парници, финансијски исцрпљена странка често није у могућности да плати адвоката, те настаје проблем са наплатом. Медијација траје 30 дана, док парница, просечно гледано, две године“.
- Какво је ваше мишљење о Нацрту закона о медијацији?
- „Центар за медијацију иницирао је доношење новог Закона. Наши предлози су „радикалнији“, ослоњени на директиву 52 ЕУ. Треба увести мандаторну медијацију у имовинскоправним споровима, да се крене са тим споровима – са споровима где постоји имовински захтев“.

- „Предлог Радне групе Министарства је глупост. Не може свако лице да буде медијатор. Невладине организације су извршиле утицај на предлоге Радне групе. Радна група не прави разлику између преговарања и медијације; „лагана преговарачка форма“ је примењива код вршњачке медијације. Не може Комора да буде контролно тело, пошто је то професионално удружење; нису адвокати медијатори. Стручно јавно мњење подржава предлог Центра“.
  - „Ослањање на Уницитралова правила је погрешан концепт; треба се ослонити на ЕУ“.
- Да ли можете да наведете примере веће ефикасности медијације у односу на парницу?
- Пример 1: „Судије (које нису реизабране) тужиле су државу и тражиле износ од 350.000 динара. Судије су биле спремне да се поравнају на износ од по 250.000 динара, али је држава одбила предлог поравнања и платила сваком судији по 800.000 динара“.
  - Пример 2: „10.000 тужби подигнуто је против Министарства пољопривреде за износ од 20.000 динара (преостали износ од 40.000 динара). Ако је узме у обзир овај износ од 20.000, плус 30.000 динара на име судских трошкова, и упореди са тим да је спор могао бити окончан медијацијом за нижи износ, јасно је да држава (јавни правобранилац) не препознаје значај медијације“.
  - Пример 3: „У Канади (држава Онтарио) до 1993. била је идентична ситуација као код нас: пренатрпани судови, неквалитетне судске одлуке, „сви незадовољни“. Но, 1993. године донет је Закон који је предвидео мандаторну медијацију у свим споровима у којима је могућа; затим, предвиђено је да споразум у медијацији има снагу извршне исправе; основан је Национални институт за медијацију, као контролно тело; отворен је простор приватном сектору, с тим да контролу врши држава. Такав модел треба прихватити овде, будући да наши људи респектују државу. 95% спорова решено је медијацијом (ово је

наглашено). Ефикасност је на високом нивоу, плате судија су високе и судије су растерећене. С друге стране, адвокатура пружа услуге медијације, што је довело до „ухлебљења великог броја људи“. То је добар модел за нас, због повећања запослености, а и држава би имала корист преко наплате доприноса. Прилив предмета би се смањио“.

- У којим споровима је медијација нарочито економски исплатива?
  - „Медијација је економски исплатива нарочито у привредним споровима“.
  
- Да ли је медијација проширила поље примене?
  - Медијација се данас користи и у потрошачким споровима, у случају мобинга и утврђивања потраживања у стечајном поступку.

## 2.2. Интервју са Координатором Одељења центра за медијацију у Нишу

Интервју је обављен са Координатором Одељења центра за медијацију у Основном суду у Нишу, у судској канцеларији Основног суда у Нишу, 17.10.2011. године, у трајању од једног сата (од 8.30 часова до 9.30 часова).

Садржај интервјуа приказујемо у форми питања и одговора, са акцентом на делове који су релевантни за тему нашег истраживања.

- Колико има медијатора у Одељењу центра за медијацију у Основном суду у Нишу?
  - „30-ак медијатора“.
  - На питање да ли има приватних медијатора у Нишу, одговара да нема, али да постоје (паралелне) институције које пружају услуге медијације у школству, здравству, као и да постоји удружење медијатора у Нишу.
  
- Какви су услови за рад медијатора у Одељењу центра за медијацију у Нишу?

- „Имамо обучених медијатора, поседујемо инфраструктуру, али мали број медијација. Судије су у почетку више упућивале странке на медијацију. Но, када судије виде да странке хоће да се поравнају, не упућују их на поступак медијације, већ странке закључују поравнање пред судом, чиме избегавају таксу (за медијацију), а и судије су на добитку“.
- *Како би сте оценили висину постојеће таксе за покретање поступка медијације?*
  - „Такса за медијацију је висока и износи око 115 евра, а за вредност спора преко 14.000.000 динара, такса износи преко 1.000 евра“.
  - На питање да ли такса одвраћа странке од медијације, одговор је да (висока) такса одвраћа странке од одласка на медијацију.
  - На питање када је уведена такса, и да ли је пре њеног увођења учесталије долазило до покретања поступка медијације, одговор је да је такса уведена 24.5.2007. године и да, у ствари, она представља прекретницу која је нагло смањила број медијација.
  - „До увођења таксе (судије–медијатори) нису знали шта ће са предметима“.
  - „Ипак, такса јесте битна, будући да нико (мисли на медијаторе) неће да ради бесплатно“.
  - На питање да ли се смањење предмета посебно односи на спорове мале вредности, одговор је да у споровима мале вредности долази до изражаја смањење броја медијација због високе таксе.
  - На питање колико је било предмета процесуираних у медијацији пре увођења таксе одговара да је за наше услове то много.
- *Какав је утицај адвоката на странке у погледу избора између медијације и парнице?*
  - „Адвокати одговарају странке да иду на медијацију“.
  - На питање одакле му таква информација, одговара: „Имам осећај да то раде, али не и доказе“.

- *Који су основни подстицаји странака приликом избора медијације, односно парнице?*
  - *Одговор је да се странке руководе претежно материјалним интересом, а то се може описати фразом „шта ми добијамо за новац“.*
  
- *Да ли странке преферирају пресуду или поравнање?*
  - *„Странке очекују пресуду. Зато би требало дати извршни наслов споразуму закљученом у медијацији, и увести обавезну медијацију, јер нема ауторитета без власти“.*
  
- *Да ли се странке понашају ирационално у парничном поступку, и да ли и у томе видите препреку за одлазак на медијацију и за закључење поравнања?*
  - *„Рецимо, у кривици, странке неће да се поравнају, нису увек рационалне“.*
  - *На питање у чему се огледа ирационалност странака, одговара: „Не понашају се рационално, много више очекују од исхода парнице, а при том им адвокати подгревају лажну наду“.*
  - *На питање зашто то адвокати чине, одговара: „Због зараде, претпостављам“.*
  
- *Да ли постоји могућност интервјуисања странака које су учествовале у поступку медијације?*
  - *„Тешко се долази до странака – учесника медијације“.*
  - *На питање зашто, одговара да странке имају отпор да причају о учешћу у медијацији.*
  
- *Да ли је дошло до растерећења судова увођењем медијације?*
  - *„Није дошло до растерећења судова“.*
  - *На питање да ли медијација скраћује време трајања поступка, одговара: „Да. Најдужа медијација имала је три сесије и трајала је шест месеци од захтева до окончања, а пре тога је парнични поступак трајао 3–4 године“.*

- *Да ли подржавате увођење обавезне медијације?*
  - *„Подржавам увођење обавезне медијације“.*
  - *На питање да ли у свим споровима, или само у неким, одговор је: „У свим споровима“.*
  - *„Судије нису едуковане довољно за медијацију, раде рутински, и не дају импулс за медијацију. Тек ако странке хоће, судије их упућују на медијацију. Не видим препреку да се уведе обавезна медијација, да се проба са увођењем“.*
  - *Наводи и да обавезна медијација постоји у Канади, САД-у, и да је треба увести и у правни систем Србије, али прилагодити нашим условима, јер овде нема културе дијалога, културе говора, туже се људи за безначајне ствари, из ирационалних мотива.*
  - *На питање да ли се судије растерећују посла увођењем обавезне медијације, одговара: „Да, огромна уштеда јесте време, јер успешним окончањем медијације судија избегава жалбени поступак, затим, избегава се достављање пресуде, проблеми са поштом и друго; све то штеди време“.*
  - *На питање када судије знају да се растерећују од прекобројних предмета, зашто у већој мери не упућују странке на медијацију, одговара да није проблем у судијама, већ у високој такси.*
  - *Наводи да вреди бар покушати са обавезном медијацијом, да радници Центра за медијацију у Београду примају плату, али не раде ништа, јер нема медијација. Да ли је то уштеда?*
  
- *Да сматрате да споразум у медијацији треба да добије извршни наслов?*
  - *Одговор је позитиван.*
  - *На питање да ли би давање извршног наслова споразуму у медијацији повећало ефикасност поступка, одговара: „Сада странке морају да покрену ванпарнични поступак, да плате таксу, да плате адвоката да им сачини исти“.*
  - *„Често се промене околности након успешне медијације до покретања ванпарничног поступка. Протоком времена странке промене мишљење, погоршају им се односи“.*



- На питање да ли би давање извршног наслова споразуму у медијацији променило нешто на том плану, одговара да је веома битан тајминг за склапање споразума; да се чекањем да странке саме покрену ванпарнични поступак повећава вероватноћа повратка на парницу, због промењених околности.
  
- Да ли је било поравнања пре доношења Закона о посредовању–медијацији?
  - „У институционалном смислу, није било, сем тзв. „недеље поравнања“. У селима постоје мировна већа која добро функционишу“.
  
- Како оцењује нацрт новог Закона о медијацији?
  - „Ако се усвоји такав Закон, биће гори од постојећег“.
  - На питање зашто, одговара: „Повећан је број чланова у Закону, уводи се Комора медијатора, повећавају се трошкови кроз лиценцирање медијатора и рад Коморе, и тиме се оптерећује буџет непотребно“.
  - На питање како је требало нормирати споразум о поравнању закључен у поступку медијације, одговара: „Само је требало прописати да споразум има снагу извршне исправе“.
  - „Неправници–медијатори (мисли на психологе, економисте и друге) могу имати проблем са закључењем споразума који ће бити извршан“.
  - На питање како решити тај проблем, одговара: „Додатном едукацијом тих лица – да се обуче да израде споразум. То не би требало да представља проблем, неколико часова обуке је довољно“.
  - На питање како оцењује ефекте постојећег Закона, каже: „Лоши су (ефекти)“.
  - Сматра да медијација треба да буде бесплатна; да медијатори треба да буду плаћени као професионалци, да би тиме били неутралнији, а не као сада да једна страна плаћа таксу и да је судија види као партнера, будући да је подстакнута да успешно оконча медијацију; увођење бесплатне медијације за странке била би уштеда за све.

- *Да ли Вам је као координатору Одељења центра за медијацију у Нишу опао ентузијазам у послу, узимајући у обзир све потешкоће?*
- *„Да“.*
  - *Додаје да није довољно плаћен, као и да ради, малтене, на добровољној основи (за 10.000 динара).*

## ГЛАВА 6

### ДИСКУСИЈА РЕЗУЛТАТА КВАЛИТАТИВНОГ ИСТРАЖИВАЊА

И поред тога што већина судија и адвоката, генерално, види *парницу* као ефикасан метод решавања грађанскоправних спорова, уједно истичу одређене недостатке овог метода који се испољавају у пракси. Чињеница да највећи проценат судија сматра да је *прекобројност предмета* основни недостатак судског решавања грађанскоправних спорова у Основном суду у Нишу, указује, с једне стране, да су судије објективно *оптерећене послом*, а с друге стране, да приликом оцене недостатака парнице првенствено узимају у обзир *сопствене интересе*, као релевантне групе. С друге стране, *адвокати*, као друга релевантна група, као главни недостатак наводе *спорост парничног поступка*, мада скоро исти проценат судија, такође, у спорости препознаје неефикасност парнице. Ови резултати у складу су са очекивањима, будући да је општепознато да су судије „пренатрпане“ предметима (бар када је реч о Основном суду у Нишу) и да се парнични поступак не завршава у разумном року.

Када је реч о *медијацији*, скоро *све* анкетирани судије–медијатори препознају значај овог *АДР* метода, пре свега, у растерећењу од прекобројних предмета, у односу на *половину* испитаних адвоката који деле то мишљење. Потпуно је логично што судије више препознају важност медијације, будући да у већој мери може задовољити њихове *интересе* као релевантне групе. Но, када смо поставили питање о степену примене овог *АДР* метода у пракси, добили смо, процентуално гледано, скоро идентичан одговор од стране адвоката и судија – *незадовољавајућа примена медијације*. С тим у вези, интересовало нас је који су узроци таквог стања. Интересантно је да обе релевантне групе истичу *неинформисаност странака* као основни разлог слабе примене медијације. Такође, заједничко за обе групе јесте што и у *незаинтересованости странака* виде разлог незадовољавајуће примене. У вези с тим, истичемо да

незаинтересованост странака може бити (и сигурно јесте) последица њихове неинформисаности. При том, *15,6% адвоката* навело је да је примена медијације *задовољавајућа*, што једино указује на њихову неинформисаност у погледу степена примене медијације.

Анкетирањем смо желели да испитамо ставове ових група по питању ефикасности медијације у смањењу, очито, *прекобројних парничних предмета* (један од главних недостатака редовног метода). Обе групе слажу се да медијација није допринела смањењу предмета, а као главни разлог наводе, опет, *незаинтересованост странака*. Интересантно је да нешто мање од половине судија препознаје (*негативан*) *утицај адвоката на клијенте* као разлог због чега медијација није допринела смањењу броја парничних предмета. Ово може указати на *сукоб интереса* који постоји између судија и адвоката.

Потом, интересовало нас је да ли судије и адвокати, из сопственог угла, виде медијацију као метод за побољшање ефикасности рада. Резултати су вероватно очекивани, с обзиром на то да *половина судија* препознаје медијацију као метод за побољшање ефикасности у раду, док скоро *сви адвокати* мисле да медијација *није* начин за побољшање ефикасности у њиховом раду. Судије свакако могу повећати ефикасност у раду већим упућивањем странака на медијацију, јер тиме смањују број предмета. Управо су као основни разлог зашто медијација може побољшати ефикасност њиховог рада, судије навеле *растерећење од великог броја предмета* (брзо решавање спорова). Но, скоро половина судија *не* види медијацију као метод за повећање ефикасности у раду, а као основни разлог наводе *неинформисаност о предностима медијације*. Реч је о *песимистичнијем ставу судија*, заснованом на чињеници да судије нису довољно информисане о овом *АДР* методу. Претпостављамо да би већа информисаност судија о медијацији утицала на промену њиховог става. При том, узели смо у обзир и чињеницу да медијација није једини начин за побољшање ефикасности у раду судија, и питали судије за друге разлоге, којом приликом смо добили, у највећем проценту, доста неодређен одговор: *промена процесних закона*. Затим, мањи број судија изјаснио се у прилог *повећања броја судија, сарадника и приправника*, што је, чини се, много смисленији и конкретнији одговор. Затим, на овом месту, изражавамо и резервисан став према мишљењу *адвоката* да медијација није у њиховом интересу јер им

смањује зараду, ако се узме у обзир да брзим окончањем спора имају *више времена* да се посвете другим предметима, и с обзиром на то да исплата у успешно окончаном поступку медијације може бити *знатно бржа* него у парници. Потврду овог става пронашли смо у, додуше, мањинском мишљењу адвоката да медијација представља метод за повећање ефикасности њиховог рада, будући да се спор *знатно брже окончава*. Још мањи број адвоката издвојио је и *грађење бољег односа са клијентом*, у чему, такође, налазимо потврду горенаведеног става. Додајмо да бољи однос са клијентом значи и *бољу репутацију за адвоката*, а боља репутација доноси већу зараду.

Потврду ефикасности медијације добили смо у одговору скоро *свих* судија и *половине* адвоката да је медијација, у појединачним успешно окончаним споровима, значајно допринела *смањењу трошкова парничног поступка*. Економски гледано, медијација генерише уштеду новчаних ресурса за странке и државу (суд). Судије ово препознају, а адвокати делимично, што указује на неинформисаност адвоката о предностима медијације. Неинформисаност може бити последица чињенице да нису учествовали у парничном поступку у којем су странке биле упућене на медијацију, или су се сусретали са неуспешним медијацијама и на томе базирали свој став. Ни једну ни другу могућност не треба искључити, узимајући у обзир мали број медијација у Основном суду у Нишу.

Када је реч о висини таксе за покретање поступка медијације, *већина* судија изјаснила се да је такса примерена, док је *трећина* навела да је висока. Када смо поставили конкретније питање да ли је висока такса узрок одвраћања странака од поступка медијације, *70%* судија изјаснило се потврдно. Ако је такса примерена за *већину судија*, како је могуће да се скоро *две трећине судија* изјаснило да висина таксе одвраћа странке од медијације. *Питање је да ли су судије прецизно упознате са висином таксе за покретање поступка медијације*. С друге стране, *половина* адвоката сматра да је такса примерена, а половина да је висока. На питање да ли је висока такса узрок одвраћања странака од поступка медијације, *већина адвоката* сматра да јесте. У овом случају, одговори на претходна питања мало су уравнотеженији.

Када је реч о резултату да *већина* судија не би подржала увођење бесплатне медијације, за разлику од *три четвртине* адвоката који су за увођење

бесплатне медијације, разлози су очигледни. Судије се *плаше* да би увођењем бесплатне медијације остали без накнаде на име пружених услуга посредовања, док адвокати у томе не препознају утицај на њихове интересе. Затим, и судије и адвокати су подељеног мишљења да би бесплатна медијација имала позитиван исход у смислу повећања успешности медијације. При том, огроман број судија, али и адвоката, препознао је *значај трошкова* у повећању успешности медијације, чиме се потврђује теза да већи број покренутих поступака медијације, будући да је бесплатна, значи и већи број успешних медијација. Од половине судија и адвоката који су се изјаснили да би број успешних медијација остао на *садашњем нивоу*, што значи врло ниском, трећина судија и шестина адвоката у *неинформисаности странака* виде разлог томе. Странке нису информисане о медијацији, те ни бесплатна медијација не може повећати њену успешност, што има смисла. Такође, трећина адвоката у *менталитету странака* види разлог за задржавање *status quo* у погледу успешности медијације.

Питали смо обе групе какав је њихов став у погледу укључивања лица других образовних профила (психолога, педагога, економиста и других) у поступак медијације, као и да ли би њихово присуство повећало ефикасност овог поступка и, при том, добили очекивани *позитиван одговор* од велике већине судија и половине адвоката. Претпостављамо да су судије–медијатори, који су до сада водили овај поступак, спознали неопходност поседовања и других стручних знања, сем правничких, неопходних за успешно окончање овог поступка, те отуда и велики проценат позитивних одговора.

Потом, питали смо обе групе да оцене ефекте постојећег *Закона о посредовању–медијацији* и добили скоро идентичан одговор од велике већине испитаника да *није дао очекиване ефекте*. Овакав одговор смо очекивали, због чега смо даље поставили конкретније питање: *шта би требало променити у Закону* и, том приликом, добили одговор од највећег броја испитаника да треба увести *обавезну медијацију* и да *споразум у медијацији треба да има извршни наслов*. И на наредно, конкретније питање: *да ли би подржали увођење обавезне медијације*, добили смо потврдан одговор од огромне већине судија и половине адвоката. Потом, желели смо прецизније да установимо у *којим споровима би подржали увођење обавезне медијације*, и од највећег броја судија добили

одговор да то треба учинити у *брачним и породичним споровима*. Такође, највећи број адвоката дели такав став. На друго место долазе *радни и имовински спорови* у којима би подржали увођење обавезне медијације. Наша теза јесте да се највећи број судија и адвоката изјаснио за брачне и породичне спорове, јер у деликатности и осетљивости тих спорова препознаје неопходност учешћа медијатора, који би стручним знањем и посебним вештинама помогао странкама да успешно разреше конфликте. Затим, желели смо да испитамо тезу о позитивном утицају ове варијабле (обавезне медијације) на успешност поступка, и добили потврду исте, стопроцентно од стране судија и половично од стране адвоката. Надаље, интересовало нас је какво је мишљење ових група о томе *да ли споразум у медијацији треба да има извршну снагу*, и добили стопроцентно потврдан одговор од стране судија и позитиван одговор од огромне већине адвоката. Процентуално гледано, идентичан одговор (дакле, позитиван) добили смо по питању подстичућег дејства споразума са извршном снагом на понашање странака у правцу покретања поступка медијације, као и у погледу утицаја ове варијабле (споразума са извршном снагом) на број успешних медијација. Једноставније речено, *споразум са извршном снагом повећао би број покренутих поступака и број успешних медијација према мишљењу обе групе испитаника*, с тим да према убеђености у овакву тврдњу мало предњаче судије.

Желели смо да установимо и у којој врсти спорова је медијација била *најуспешнија, односно најмање успешна*. Када је реч о успешности медијације, судије наводе *имовинске спорове*, а адвокати *породичне спорове*. Када је реч о неуспешности медијације, судије наводе *радне спорове*, а адвокати *имовинске спорове*. Судије издвајају имовинске спорове као спорове са најуспешнијом медијацијом, а адвокати као спорове са најмање успешном медијацијом. Контрадикторни резултати покрећу питање: *да ли су заиста ове релевантне групе испитаника учествовале у поступцима у којима је коришћена медијација као метод за решење спора*. Ова сумња посебно пада на *адвокате*, с обзиром на то да за судије поуздано знамо да су водиле, истина мали број, поступака медијације у Одељењу центра за медијацију у Нишу, док за адвокате немамо информација о учешћу у поступцима медијације. Но, узимајући у обзир мали број спроведених медијација у Одељењу центра за медијацију у Нишу, посебно последњих неколико година, питање је колико су одговори обеју група поуздани.

Даље, желели смо да испитамо претпоставку рационалности парничних странака и добили одговор од обеју група *да се странке учестало понашају ирационално у парничном поступку*. У наставку смо конкретизовали питање, са намером да испитамо тезу о утицају ове варијабле (ирационалност странака) на фреквенцију покретања поступка медијације и успешност истог, и добили потврдан одговор од већине испитаника. Другим речима, *ирационалност странака представља фактор који смањује учесталост покретања поступка медијације и који негативно утиче на успешно окончање овог поступка*. Затим, интересовало нас је и да ли *адвокати имају утицаја на странке (клијенте) приликом одабира медијације или парнице*, и добили потврдан одговор од обеју група, с тим да судије предњаче у погледу убеђености у тврдњу о постојању таквог утицаја. У наставку смо поставили директније питање: *у избору између медијације и парнице, шта би према Вашем мишљењу, адвокат сугерисао странци и, при том, скоро све судије и огромна већина адвоката одговорили су да би адвокат сугерисао парницу*. Нисмо се зауставили на овом питању, и даље питали: *зашто би адвокат сугерисао парницу, а не медијацију*, којом приликом су скоро све судије навеле *финансијске и личне разлоге* као мотив да адвокат сугерише парницу. Идентичан став дели већина адвоката (62%). С једне стране, овакво скоро стопроцентно мишљење судија указује да је интерес адвоката првенствено *зарада*, с чим се слаже и већина адвоката, *али не и сви*. Ово и није толико спорно, али је питање да ли парница нужно генерише већу зараду, узимајући у обзир да брзим окончањем спора адвокат има више времена да се посвети другим предметима, али и да подстицањем клијената да иду на медијацију изграђује репутацију мирољубивог адвоката. Добра репутација доноси и већу зараду у дугом року. Додајмо и да исплата за адвоката у поступку медијације може бити бржа него у парници. С тим у вези, од оних адвоката који су се изјаснили да би клијенту сугерисали медијацију, претежно као разлог наводе *брже, ефикасније и економичније решење спора*. Овим се, ако ништа друго, релативизује горенаведени став о парници као могућности да адвокат више заради. Такође, питање је и да ли је у интересу адвоката да се исцрпљује у једној дуготрајној парници? Ово су све отворена питања, на која прецизан одговор треба да понуде нека будућа истраживања. И наше наредно питање *како адвокати утичу на странке у погледу договора са другом странком*, на



које је 100% адвоката и око 50% судија одговорило да утичу *позитивно*, указује да није увек и нужно интерес адвоката да максимизира зараду у конкретном спору. Око трећине адвоката као разлоге *позитивног утицаја на странке у погледу договора*, навело је *смањење трошкова за странке*. Адвокати, свакако не сви, исказују и *бригу за клијенте и њихове трошкове*. Око трећине адвоката наводи *брзо окончање спора* као разлог за сугестију странкама да се договоре, чиме се потврђује теза да неки, *не сви*, адвокати желе да брзим окончањем спора остваре уштеду времена. Чини се да је *време* за адвокате веома битно, а поред тога брзим окончањем спора себе штите од непотребног стреса и неизвесног исхода у парници, с чиме се слаже око 12%, односно 7% адвоката. С друге стране, чињеница да половина судија изражава скепсу према позитивном утицају адвоката на клијенте још једном потврђује њихов поглед на однос адвоката и клијента, који је очито обојен *негативном конотацијом*. Свакако, не делимо мишљење да *све* судије имају такав поглед на улогу адвоката у парници. Евентуално постојање антимозитета између двеју релевантних група ваљало би иститати у неком будућем истраживању.

Потом, желели смо да установимо *да ли би већина судија сугерисала странкама поравнање у парници или би их упутила на медијацију*, и добили одговор од огромне већине судија и адвоката да *би већина судија странама у спору сугерисала закључење поравнања у поступку, а не одлазак на медијацију*. Полазна теза била је да ће судије сугерисати поравнање у поступку, чиме је она потврђена, а као основни разлог већина судија истакла је *повећање броја решених предмета (остварење веће норме)*, што је потпуно логично. С овим се слаже само *петина* адвоката. На другом месту као разлог наведен је *извршност судског поравнања*, чиме се још једном потврђује теза да судије у *извршности поравнања* препознају вредност и значај поступка. Овим је индиректно потврђен претходно исказан став судија да треба дати извршни наслов споразуму у медијацији. Такође, око *трећине* адвоката изјаснило се да би већина судија сугерисала поравнање у поступку, управо због његове извршности.

На крају, питали смо испитанике да ли мисле да су *алтернативни методи решавања грађанскоправних спорова (медијација, арбитража и други)* довољно *заступљени у нашој земљи* и од огромне већине добили негативан

одговор. Слободно се може рећи да је овај одговор очекиван. Као главни разлог, судије и адвокати навели су *неинформисаност странака*. Интересантно је да обе групе наводе и *менталитет странака*. Такође, наводе се и *недовољна медијска праћеност алтернативних метода решавања спорова, као и незаинтересованост странака за такав вид решавања спорова*. Можемо рећи да незаинтересованост странака управо и настаје услед необавештености, која је сигурно последица слабе медијске популаризације алтернативних метода решавања спорова. Затим, желели смо да испитамо ставове судија и адвоката у погледу будуће перспективе *АДР* метода у Србији. Обе групе углавном су *оптимистичне* по том питању, с тим да оптимизам мало више провејава код судија. У погледу *начина* за повећање заступљености *АДР-а pro futuro*, испитаници наводе *повећање информисаности странака о АДР методима и медијацији посебно*. Од адвоката који су песимистични у погледу будуће примене *АДР* метода, половина њих у *менталитету странака* препознаје главну препреку. Овим се отварају врата за истраживања стручњака другачијих провенијенција, пре свега психолога и социолога.

На *подузорку адвоката*, добили смо интересантне одговоре. Пре свега, адвокати су упознати са чињеницом да, у просеку, медијација изискује ниже трошкове у односу на парницу (*45.458,33 динара према 74.459,46 динара*). Затим, *три четвртине* адвоката сматра да договор клијента са другом странком не може довести до колизије са њиховим интересима. Као главни разлог, адвокати наводе да је *интерес странке (клијента)* најважнији у њиховом раду. Овај одговор је конзистентан са горенаведеним одговором да би већина адвоката сугерисала клијенту да се договори са другом страном. Овим се потврђује, на извешан начин, да интереси адвоката не представљају препреку за мирно решење спора. Но, одређену сумњу баца подељени став судија по том питању. С друге стране, установљено је да и адвокати и судије сматрају да би већина адвоката сугерисала клијенту *парницу*, а не медијацију. Очито да је реч о *контрадикторним резултатима*, који бацају *одређену сенку* на искреност одговора, те захтевају даљу проверу.

## ЗАКЉУЧАК

У овом раду приказани су алтернативни методи решавања грађанскоправних спорова које пракса и теорија на овом ступњу развоја познају. Акцент је стављен на *ефикасност* ових метода у односу на редован начин решавања грађанскоправних спорова (парницу). Конкретније речено, извршена је *економска анализа АДР метода*, како би се јасно и прецизно идентификовали фактори који ове методе чине ефикаснијим од парнице. Ради остварења тог циља, полазна теза била је да парница, као општеприхваћен метод решавања грађанскоправних спорова, испољава низ недостатака у пракси, пре свега у виду неефикасне алокације важних ресурса, попут: парничних трошкова, временског трајања парничног поступка, времена са којим парнични субјекти располажу, итд. При том, у раду је стално истицано да неефикасност парнице није одлика само нашег правног система, већ и америчког правног система. Зато је и вршена компарација два правна система и то у делу који се односи на законска решења у вези са ефикасношћу парнице, са посебним акцентом на различите институционалне механизме за превазилажење испољене неефикасности парнице. Од тих институционалних механизма, препознали смо *значај и улогу АДР метода*, као инструмената који могу послужити побољшању ефикасности парнице. Зато је и једна од почетних идеја била да установимо *факторе* који алтернативне методе чине ефикаснијим од парнице и да, потом, јасно остваримо увид и препознамо јавну (државну) политику која би могла допринети минимизацији укупних друштвених трошкова парничног поступка (парнице). Иначе, укупни друштвени трошкови парнице, а који се састоје од административних трошкова и трошкова судијских грешака, представљали су инструмент процене ефикасности различитих *АДР метода*. У којој мери, и на који начин, ови методи доприносе снижавању укупних друштвених трошкова парнице, представљало је централно питање у овом раду. Одговору на ово питање приступили смо из два угла – *теоријског* и *практичног*. Теоријски део рада, по природи ствари, ослонио се на постојећу литературу, пре свега

америчку, у којој је велика пажња поклоњена овој теми, и то са различитих аспеката: правног, економског, психолошког, социолошког, и других. Иако је изазов свестраног и широког проучавања ове теме, свакако, био присутан, руковођени рационалног логиком, као и ограничењима у постојећем знању, определили смо се да оквире ове, иначе веома интересантне теме, омеђимо на економски и правни аспект. Но, неки делови рада садрже и *психолошке аспекте* ове проблематике, али су они, ипак, обухваћени само у мери додатног појашњења и допуне основног правца истраживања (правног и економског). Реч је истраживањима новог правца у области друштвених наука, на граничном подручју између економије и психологије, тзв. *Бихејвиораног права и економије*. Приказ резултата истраживања бихејвиориста бацио је *ново*, и чини нам се неопходно, *светло* на постојећа теоријска сазнања по питању ефикасности *АДР* метода решавања спорова. Уважавањем напора истраживача *Бихејвиоралног права и економије*, а нарочито налаза њихових емпиријских истраживања, желели смо, такође, да искажемо и сопствену методолошку оријентацију, која није била ограничена само на неокласичну и институционалну економску анализу права. Све у свему, проблематици ефикасности *АДР* метода у односу на парницу, пришли смо из правног и економског угла, то јест, из угла *економске анализе права (ЕАП)*, као развојне научне дисциплине.

Практични разлог због кога је питање ефикасности *АДР* метода закупило нашу пажњу јесте учестало инсистирање у америчкој теорији и пракси на увођењу и примени алтернативних метода решавања спорова као начину за превазилажење недостатака парничног поступка, пре свега у погледу неефикасности. Као што је већ речено, нормирање и имплементација *АДР* метода имало је позитивних ефеката, будући да се преко *90%* спорова у америчкој судској пракси оконча склапањем поравнања. С друге стране, с обзиром на то да се у нашој земљи, нарочито у годинама транзиције, веома често могло чути да је правосуђе, у целини гледано, неефикасно, као и да у његовом оквиру парнични поступак испољава бројне недостатке (посебно у погледу дужине трајања), због чега је иначе и спроведена реформа правосуђа, нас је заинтриговало *посебно питање*, а које је са том реформом, свакако, повезано. Наиме, без претензија да улазимо у анализу и процену спроведених реформи, фокусирали смо нашу пажњу на следеће конкретно питање: *који су то*

*АДР методи решавања грађанскоправних спорова, које постојећа америчка теорија и пракса познају, а који би могли бити примењени у нашем правном систему, са очекивањем да допринесу побољшању ефикасности парничног поступка (парнице)?* Другим речима, хтели смо да сагледамо све познате АДР методе и њихове модалитете, претежно из америчке праксе, да увидимо који је од њих делотворно допринео снижењу трансакционих трошкова парнице и да, на тој основи, препоручимо нашем законодавцу прихватање неког од њих. Но, будући да је 2006. године у нашој земљи донет *Закон о посредовању – медијацији*, то показује да је наш законодавац препознао значај алтернативних метода, чим је предвидео и *медијацију* као један од могућих начина за решавање спорова, поред парнице и арбитраже. Нормирање медијације, само по себи, представљало је напредак, с обзиром на то да наш правни систем није познавао овај вид решавања спорова до 2006. године на један свеобухватан и институционалан, законски уређен, начин. Свакако да се нису могли очекивати претерано високи резултати у имплементацији и успешности медијације у решавању спорова *одмах* након доношења и примене новог *Закона*. Узимајући у обзир ту чињеницу, интересовало нас је који су *стварни* ефекти примене *Закона*, као и *узроци* (не)ефикасне имплементације медијације у пракси. Зато је и спроведена студија о ефикасности медијације у Одељењу центра за медијацију у Нишу. При том, наглашавамо да смо се ограничили на испитивање *економских импликација медијације*, као посебног и важног АДР метода. Испитивање економских импликација осталих АДР метода, првенствено *арбитраже*, остављено је за нека будућа истраживања. Но, ваљало би имати у виду да проучавање економских импликација медијације *баца светло* и на ефикасност других АДР метода, будући да се резултати о ефикасности медијације, у *одређеној мери*, могу уопштити, пре свега узимајући у обзир чињеницу да је реч о *алтернативама класичној парници*. Између осталог, то уопштавање јесте последица *политике окренуте алтернативама*, чија промоција не би требало да има за циљ супституцију парнице, већ напротив, унапређење парничног поступка, кроз побољшање његове ефикасности. Ако се појединцима, корисницима услуга правосуђа, понуди већи број алтернатива за решење њихових спорова, од тога могу имати само користи, а држава може смањити број постојећих спорова и, што је још важније, трошкове њиховог решавања.

Све налазе докторске дисертације можемо представити у две велике целине. Прва целина обухвата одговоре на постављене *теоријске хипотезе*, а друга целина односи се на постављене хипотезе везане за *емпиријски део дисертације*. Кренућемо од теоријских хипотеза.

Одговор на **прву посебну хипотезу** да, генерално узев, странке имају јаче приватне подстицаје за склапање поравнања у односу на одлазак на суђење (парницу), а који могу одударати од друштвених подстицаја за склапање поравнања или одлазак на суђење, потражили смо у постојећој, претежно, америчкој литератури *ЕАП*, проученој у оквиру првог дела рада, под називом *Економска анализа парничног поступка*. Но, пре децидираног одговора на постављену хипотезу, неопходно је направити кратак осврт на неколико кључних тачака. Прво, може се поставити питање откуд економска анализа парничног поступка у оквиру економске анализе алтернативног решавања грађанскоправних спорова? Одговор јесте да се ефикасност *АДР* метода може посматрати једино у *односу* на ефикасност парнице. Конкретније речено, један *АДР* метод може имати значајне економске импликације ако и само ако доприноси побољшању ефикасности парнице, и то у погледу: снижења парничних трошкова, растерећења судија од прекобројних предмета, снижења административних трошкова правосуђа, итд. Значи да се ефикасност *АДР* метода процењује у односу на снижење или повећање укупних друштвених трошкова парничног поступка (парнице). Друго, анализа парничног поступка у оквиру правне науке претежно је формалног карактера. Она је усмерена на формалне парничне радње, као и процедурални (процесни) аспект парничног поступка и, при том, не обухвата у конкретно понашање парничних странака, у условима различитих институционалних ограничења. Управо је *ЕАП* развила различите економске моделе парничног поступка, којима се проучава понашање парничних субјеката, претежно као рационалних појединаца који теже максимизацији својих циљева. У првом делу рада фокус наше пажње био је управо на тим питањима, а које класична правна наука не познаје, или познаје, али игнорише. Сматрамо да је испитивање *понашања парничних субјеката*, тј. проучавање подстицаја којима су они изложени под различитим институционалним решењима, једнако важно и представља *долуну* стандардном поимању парничног поступка у оквирима правне науке. Дакле, питања, као што

су, рецимо, да ли ће и када тужилац, као рационални појединац, подићи тужбу и иницирати поступак; затим, да ли ће ићи на суђење или поравнање након покретања поступка; да ли постоји колизија интереса између тужиоца и туженог и њихових адвоката; и низ других интересантних питања, захтевају одговоре, а који су потражени пре свега од стране теоретичара *ЕАП*.

У првом делу рада објашњен је основни услов за покретање парничног поступка од стране рационалног тужиоца – *позитивна разлика између очекиване вредности од тужбеног захтева и трошка подизања тужбе*. Осим тога, проучени су и *релевантни фактори* који детерминишу одлуку о одласку на суђење или склапање поравнања. Ти фактори претежно се везују за *понашање тужиоца*, тј. за његове *приватне подстицаје* у вези са предузимањем различитих парничних радњи у парници. Када је реч о иницијалној парничној радњи, *подизању тужбе којом се покреће парнични поступак*, утврђено је да је њено предузимање од стране рационалног тужиоца вероватније у следећим случајевима: ако је већа вероватноћа добијања парнице; уколико је већа очекивана новчана накнада; ако су трошкови поступка нижи (укључујући и хонораре адвоката); ако тужилац нема аверзију према ризику, односно тужени има аверзију према ризику; и ако се повећа стопа штетних догађаја. Према томе, подизање тужбе од стране рационалног тужиоца зависи од следећих фактора: *вероватноће постизања успеха у парници, вредности очекиване новчане накнаде штете, висине парничних трошкова, склоности ка ризику и стопе штетних догађаја*. При том, ови фактори подизања тужбе уједно представљају и *факторе одласка на суђење од стране тужиоца*. Но, могућност одласка на суђење посматрамо у односу на могућност склапања поравнања у процесу непосредног преговарања двеју странака. С тим у вези, основни фактор који детерминише подстицај за склапање поравнања у процесу непосредног преговарања јесте *перцепција вероватноће победе на суђењу од стране тужиоца*. Речено је да ако странке имају *исту перцепцију вероватноће* да ће тужилац победити на суђењу, увек постоји могућност да спор реше преговарањем и склапањем поравнања. Обе стране договором могу бити у бољој позицији (*Парето побољшање*). Колики је опсег за постизање *Парето побољшања* зависи, као што је установљено, од *висине парничних трошкова*, под условом постојања горњег услова – исте перцепције вероватноће победе

тужиоца на суђењу од стране једне и друге парничне странке. Но, узимајући у обзир *различитост информација* с којима странке располажу, није реално очекивати да ће оне имати исту перцепцију вероватноће победе тужиоца на суђењу. Зато склапање споразума претежно зависи од тога да ли је тужилац *оптимистичан* или *песимистичан* у погледу вероватноће да ће победити на суђењу у односу на туженикову перцепцију да ће тужилац победити. Уколико је тужилац *песимистичан* у погледу победе у односу тужениково веровање у победу тужиоца, постоји већа вероватноћа да ће доћи до склапања поравнања. Такође, *детерминанта ризика* може утицати на вероватноћу решавања спора методом преговарања или судским путем. Наиме, уколико је тужилац *одбојан према ризику*, по дефиницији, вредноваће само суђење ниже него очекивани добитак од суђења. То ће утицати на *слабљење подстицаја за одлазак на суђење*. Други ефекат одбојности према ризику од стране тужиоца јесте *појачање подстицаја да се спор реши мирним путем у непосредним преговорима*. Но, да ли ће *заиста* доћи до споразума зависи и од *стратегијског понашања* обеју страна у току преговора око склапања поравнања. Другим речима, оне могу заузети стратегијску позицију у преговорима како би себи осигурале већу корист. Такво понашање може условити прекид преговора и наставак парничног поступка. Према томе, подстицај за одлазак на суђење или склапање поравнања зависи од неколико фактора: *перцепције вероватноће победе на суђењу, склоности ка ризику и стратегијског понашања у току преговора*.

У вези с фактором *перцепције вероватноће победе на суђењу* развијен је посебан економски модел, тзв. *модел оптимизма*, који указује да *простор за поравнање постоји све док страначка перцепција вероватноће судског исхода није у великом раскораку*. Формалније речено, *простор за поравнање постоји све док тужiocев очекивани добитак од суђења не прелази тужеников очекивани губитак од суђења за износ који је већи од збира њихових парничних трошкова* ( $P_T H - P_D H \leq p_1 + p_2$ ). Но, модел оптимизма није пружио објашњење извора *различитих перцепција*. Одговор на ово питање пружио је *модел асиметричних информација*, чије су основне поставке изложене у раду. Да поновимо да је овим моделом доказано да *приватне информације странака*, у великој мери, одређују избор између суђења и поравнања. Приватне



информације могу се тицати неких битних чињеничних питања, попут: нивоа пажње у настанку штете, степена кривице или доприноса странака у настанку штетног догађаја, вероватноће успеха на суђењу, итд.

На основу идентификованих фактора избора између суђења и поравнања, може се дати одговор на први део постављене хипотезе. Наиме, *приватни подстицаји странака за склапање поравнања вероватно ће превагнути над приватним подстицајима за одлазак на суђење под следећим околностима: уколико је тужилац песимистичан у погледу успеха на суђењу; ако тужилац има аверзију према ризику; и ако не постоји стратегијско понашање странака у преговорима око склапања поравнања.* Додајмо овим факторима висину парничних трошкова и вредност очекиване накнаде штете, а који реално могу одредити странке да се окрену преговарању или парничењу. Генерално узев, уколико су парнични трошкови високи и вредност очекиване накнаде штете ниска, већа је вероватноћа склапања поравнања. Такође, и *приватне информације* са којима странке располажу око битних чињеничних питања везаних за настали спор, у многоме, могу утицати на јачање или слабљење подстицаја за склапање поравнања. Овим се наглашава колико *информације*, саме по себи, имају важну улогу у доношењу рационалних одлука, у овом случају, одлуке парничних субјеката о избору између одласка на суђење и склапања поравнања.

Да закључимо. *Генерално гледано, може се рећи да странке имају јаче приватне подстицаје за склапање поравнања него за одлазак на суђење, али само ако су испуњени горенаведени услови. У супротном, релативизује се тврдња да су странке, у већој мери, подстакнуте да склапају поравнање, будући да може доћи до промене тенденције.*

Други део постављене хипотезе, који је тесно повезан и, у основи, произилази из првог дела хипотезе, односи се на постојање *дивергенције приватних и друштвених подстицаја за предузимање разних парничних радњи*, од којих се, нарочито, издваја радња која се односи на одлуку странака о избору између одласка на суђење и склапања поравнања. Одговор на овај део хипотезе од посебне је важности, будући да пружа увид, с друштвеног аспекта гледано, у постојање *тенденције ка (пре)великом или (пре)малом броју парница и поравнања.*

Наиме, нас је интересовало да ли је, генерално узев, у једном правном систему парничење заступљено у високој мери и да ли постоји превелики број парница. Постављање овог питања произилази из теоријског сагледавања, у првом реду, нашег правног система, и потребе да се прецизно, тј. на основу јасних критеријума, установи да ли у њему постоји (пре)велики број парница са друштвеног аспекта. Проучавање литературе *ЕАП* омогућило је тражење одговора на ово питање, у којој се нарочито уочава *Шавелова* аргументација о постојању дивергенције приватних и друштвених подстицаја за предузимање парничних радњи. Као што је у раду истакнуто, управо ова дивергенција условљава *тенденцију ка (пре)великом броју парница*, с обзиром на то да рационални тужилац зарачунава само *приватне трошкове* које ће имати поводом и у вези са парницом, али не и укупне друштвене трошкове парнице, у које спадају и приватни трошкови који ће ићи на терет друге стране (*туженог*), и трошкови који ће ићи на терет суда (*државе*). Да којим случајем рационални тужилац калкулише и ове трошкове приликом доношења одлуке о покретању парничног поступка, његова одлука имала би сасвим другачији карактер, тј. његови подстицаји били би другачији, самим тим и импликације које произилазе из такве одлуке, првенствено у погледу укупног броја парница. С друге стране, споменута дивергенција не испољава се само у погледу трошкова, већ и када је реч о *користима од парнице*. Као што је у раду речено, када је друштвена корист од парнице *виша* од приватне користи од парнице, јавља се *тенденција ка (пре)малом броју парница* и, обрнуто, када је друштвена корист од парнице *нижа* од приватне користи од парнице, постоји *тенденција ка (пре)великом броју парница*, него што је то пожељно с друштвеног аспекта. У првом случају, тужиоци најчешће не узимају у обзир *превентивне ефекте од потенцијалне парнице, и пресуде као исхода*, већ само приватну корист коју парница доноси, у виду вредности очекиване накнаде штете, услед чега се извлачи закључак да реално постоји *мањи број парница* него што је друштвено пожељно. Друштвена корист од парнице, у виду превенције, а коју тужиоци занемарују, изискује већи број поступака (парница).

Ови теоријски налази потврђени су наведеним емпиријским истраживањима, која јасно указују да у различитим врстама спорова поводом: саобраћајних несрећа, недостатака производа, штета од азбеста и других,

*тужииоци не калкулишу скоро половину укупних трошкова у вези са парницом. Сходно томе, дивергенција приватних и друштвених трошкова, на основу ових података, јесте очигледна, и има за последицу тенденцију ка (пре)великом броју парница, са друштвеног аспекта гледано. С друге стране, емпиријске студије саобраћајних несрећа указују на постојање *снижене превенције* у овој области. Овај феномен објашњава се постојањем два фактора – осигурањем од одговорности (моралним хазардом) и повећаном пажњом возача. Из тога произилази да је ниска друштвена корист од подизања тужбе, у случају настанка штете узроковане саобраћајном несрећом. Ако је друштвена корист нижа од приватне користи, значи да реално постоји *већи* број парница него што је то пожељно са друштвеног аспекта. Но, у Америци је примећена промена тенденције у погледу начина решавања ових спорова – од редовног ка алтернативном начину, преваходно арбитражом. Такође, видљива је и тенденција повећаног *склапања поравнања* између учесника саобраћајних несрећа. Окретање *алтернативама*, као методу решавања спорова, свакако може допринети снижењу броја парница и њиховом свођењу на друштвено оптималан ниво. С друге стране, коришћење алтернативних метода решавања спорова услед штета од ствари са недостатком, и штета узрокованих несавесним лечењем, није заступљено у истој мери, као у случају саобраћајних несрећа. То је објашњено снажним приватним подстицајима тужених, рецимо, произвођача ствари са недостатком, да иду на парницу (суђење), односно slabим приватним подстицајима да склапају поравнања. Овакви снажни подстицаји за одлазак на суђење последица су (великих) финансијских могућности тужених за улагање ресурса у одбрану на суђењу, услед чега се, свакако, повећавају изгледи на успех на суђењу. Такође, ове парнице јесу, по природи ствари, новчано вредније у односу на парнице због ауто-незгода. Сходно томе, у случају ових врста спорова, импликације које произилазе из дивергенције приватних и друштвених подстицаја јесу: *увеличани трансакциони трошкови парнице, мање предвидиви исходи парница, (пре)велики број парница с друштвеног аспекта, и ниво пажње потенцијалних починиоца штете испод ефикасног нивоа.**

У раду су, такође, обрађени и инструменти јавне политике који могу допринети свођењу броја парница на друштвено оптималан ниво. Један од стандардних инструмената, који препознаје теорија *ЕАП*, јесте *такса за*

*подизање тужбе*. Повећањем износа ове таксе, слабе приватни подстицаји за подизање тужби, услед чега би се, вероватно, смањио број парница. Дакако, овај инструмент може бити користан у ситуацији када се држава суочава са проблемом (пре)великог броја парница. Учинити парницу скупљом, утицало би на слабљење приватних подстицаја за покретање парничних поступака. Супротно, *субвенционисање тужилаца* у сврху покретања парничних поступака, условило би јачање њихових приватних подстицаја за предузимање ове иницијалне парничне радње. Политика субвенција може бити од користи у ситуацији када је број парница *испод* друштвеног оптимума. Но, као што смо у раду навели, таква политика има одређене недостатке. Пре свега, држава не може имати све потребне *информације* ради процене друштвено пожељног броја парница и одступања постојећег броја парница од тог оптимума. Рецимо, држави могу недостајати информације о превентивним ефектима парница, или информације о парничним трошковима парничних странака. Нарочито је процена друштвене користи од парница важна, будући да тек након те процене, држава може изабрати ону (корективну) политику која је најефикаснија. Будући да држави реално недостају информације о томе колико парница може утицати на побољшање превенције, отежана је процена друштвене користи од парнице. Узимајући то у обзир, отежана је и процена да ли, и у ком правцу, постојећи број парница одступа од друштвено пожељног броја парница, а самим тим, тешко да и може предложити одређене политике које би побољшале реално стање. Примера ради, држава може проценити, *на основу нетачних информација*, да је друштвена корист од парнице *нижа* од приватне користи и да, на основу тога, предложи имплементацију политике усмерене на *смањење броја постојећих парница*, рецимо, повишењем таксе за подизање тужбе, а у ствари је требало да предложи примену другачије политике – политике подстицаја покретања парничних поступака, попут политике субвенција.

Држава би могла да предложи примену политике базиране на правилу по коме *странка која изгуби парницу треба да плати парничне трошкове друге (победничке) стране*. Практично гледано, оваква (алтернативна) политика разматра се у правним системима оних земаља у којима важи правило да *свака страна сноси своје трошкове у парничном поступку*. Усвајање и имплементација овог алтернативног правила ојачало би подстицаје оштећених

лица да траже заштиту својих права у парници, чиме би се постојећи број парница вероватно повећао. Но, у раду је апострофирано да ова политика не може бити ефикасна у *свим случајевима*. Другим речима, не може се сматрати *генералном корективном политиком*. По природи ствари, неки спорови генеришу мањи број парница, а други спорови већи број парница, него што је то друштвено пожељно, те би имплементација ове политике имала контрадикторне ефекте.

Као што је речено, у теорији *ЕАП* предлажу се и *иновативне корективне политике* у погледу дивергенције приватних и друштвених подстицаја. Можемо сумирати те предлоге. Прво, *Шавел* предлаже увођење *додатног новчаног износа накнаде штете* који би платио починилац штете, а који би био једнак збиру новчаног износа парничних трошкова друге стране (оштећеног) и судских трошкова. Но, оваква политика, иако може утицати на решење проблема ефикасне пажње и безбедности, с друге стране, креира подстицаје за повећање броја тужби и парница. Јасно је да би већи износ накнаде штете подстакла оштећена лица да туже и траже заштиту својих права у парници. Овај недостатак, према мишљењу *Шавела*, могао би се надоместити уплатом увећаног износа накнаде штете *држави*, а не оштећеном. Иначе, *Шавелов* предлог о повећању висине одштете представља, у ствари, рефлексију ставова одређених теоретичара који се залажу за увођење тзв. *система одвојене одговорности*, о чему је било речи. Оваква политика имала би за последицу оптималну превенцију несрећних догађаја, уштеду парничних трошкова и снижење превеликог броја парница (ако тај проблем уопште постоји). Друго, у теорији *ЕАП* спомиње се и *уговорно решавање проблема дивергенције приватних и друштвених подстицаја*. Но, овај предлог је скопчан са низом недостатака, будући да се уговором не могу предвидети сви потенцијални спорови, нити се могу спецификовати сви проблеми који би, евентуално, били извор неког спора. Иако уговорно решавање спорова може *ублажити* проблем дивергенције, не може га решити у потпуности. Треће, *промена правног режима одговорности за накнаду штете*, рецимо супституција објективне одговорности за накнаду штете субјективном одговорношћу за накнаду штете, створила би подстицаје за смањење парничења. Променом правног режима одговорности за накнаду штете могао би се решити проблем (пре)великог броја

парница, што би за последицу имало и смањење парничних трошкова. Четврто, *замена система одговорности за накнаду штете системом без кривице са обавезним осигурањем* — системом у којем ће оштећено лице добити компензацију за претрпљену штету од осигуравајућег друштва, државног или приватног типа, а који је, иначе, уведен у неким земљама (Нови Зеланд, Финска, Шведска), представља, свакако, радикалну промену. Искуство са Новог Зеланда показује да је оваква промена, и поред низа позитивних ефеката, пре свега, у виду смањења парничних трошкова, генерисала *нове* трошкове, у виду финансирања и управљања државним фондовима осигурања. С тим у вези, постоје дијаметрално различите процене ефикасности новог система – с једне стране, теоретичари заступају тезу да је нови систем ефикаснији у односу на традиционални систем, с друге стране, други теоретичари оспоравају ову тезу. Најзад, споменимо и *казнену одштету*, као инструмент који се у Америци користи у сврху превенције несрећних догађаја и који може допринети смањењу дивергенције приватних и друштвених подстицаја.

Теоријска разматрања наведених корективних политика, уз сагледавање практичне димензије примене истих, могу бити од користи нашој теорији, у којој, по нашем сазнању, недостају расправе оваквог типа. Иако примена одређених корективних политика, рецимо, политике казнене одштете, свакако не може бити примерена у нашем правном систему, то не значи да се *све* наведене политике морају искључити приликом разматрања инструмената за решавање проблема броја парница код нас. Напротив, рецимо, *промена правног режима одговорности за накнаду штете*, са објективне на субјективну одговорност за накнаду штете, може бити спроведена у било ком правном систему, и вероватно резултирати снижењем броја парница, под претпоставком да већ постоји већи број парница него што је то друштвено пожељно.

Осим *превенције*, друга подједнако важна друштвена корист од парнице јесте и *компензација оштећеног*. У раду је сагледано и ово питање, а које је одраз шире друштвене функције парнице која се огледа у *алокацији ризика између починиоца штете и оштећеног*. С тим у вези, практичним примером показано је да се знатно више новчаних средстава (*парничних трошкова обе стране и судских трошкова*) може потрошити у парници него што је сам износ накнаде штете (компензације). Зато је, са друштвеног аспекта, постављено

питање *економске рационалности таквог трошења*. При том, приватни подстицаји оштећених да туже и покрену поступке могу бити *прејаки* у односу на друштвене подстицаје ка алокацији ризика између починиоца штете и оштећеног. Управо такви приватни подстицаји условљавају *већи* број парница него што је то друштвено пожељно. Суштина је у томе да, генерално гледано, приватни подстицаји оштећених за покретање поступака, ради смањења сопственог ризика, *превазилазе* друштвене подстицаје ка компензацији оних оштећених који имају аверзију према ризику. Друштвена оправданост парнице огледа се у компензацији оштећених који имају аверзију према ризику, *али не и свих оштећених који покрећу парнични поступак ради накнаде штете*. С друге стране, „компензација“ починилаца штете једнако је важна, као и компензација оштећених, уколико имају аверзију према ризику. Наравно, разлика је у томе што се „компензација“ починилаца штете врши преко институције осигурања – *осигурања од одговорности за штету*. Но, познато је да оштећени поред тога што не калкулишу трошкове друге стране и трошкове државе, такође, не узимају у обзир и *ризик који парница намеће починиоцима штете*, као посебну врсту друштвеног трошка. Пошто оштећени не рачунају овај друштвени трошак, приликом доношења одлуке о покретању поступка, следи да ће приватни подстицаји за заштиту права у парници бити *изнад* друштвених подстицаја. Тиме је потврђена дивергенција приватних и друштвених подстицаја у погледу алокације финансијског ризика између починиоца штете и оштећеног. Поред тога, у раду је указано на постојање дивергенције и у погледу других друштвених користи од парнице, као што је *тумачење и стварање права*.

Осим дивергенције у вези с парницом, по аналогији, и дивергенција у вези с *поравнањем*. Сада ћемо сумирати закључке у вези с тим питањем. Пре свега, треба истаћи да је могућност склапања поравнања између странака, у оквиру економског модела, променила структуру њихових очекиваних трошкова, самим тим, и систем подстицаја коме су изложене. Наиме, очекивани трошкови странака више нису били њихови очекивани парнични трошкови (плус судски трошкови), већ, у просеку гледано, *збир очекиваних парничних трошкова и очекиваних трошкова поравнања*. Будући да могућност склапања поравнања *снижава* стварне парничне трошкове,

последница тога је да се друштвено оптималан број парница *повећава* у односу на број парница који је постојао у економском моделу *без поравнања*. С друге стране, могућност склапања поравнања *снижава* стварне трошкове подизања тужбе, што доводи до *јачања* приватних подстицаја за покретање поступака у иновираном економском моделу. Но, из тога није се могао извући *јасан закључак* да ли се смањује или повећава дивергенција приватних и друштвених подстицаја у моделу са поравнањем у односу на модел без поравнања. Даље, показано је да увођење обавезе плаћања таксе на износ поравнања, ради побољшања превенције будућих непожељних понашања, отвара додатне проблеме, као што је стратегијско понашање странака, на која решење није увек једноставно наћи. Затим, економском анализом показано је да је, у случају споразумног решења спора, уштеда трошкова на нивоу странака *нижа* од уштеде трошкова на друштвеном нивоу (укључујући и судске трошкове). Гледано из тог угла, *странке ће се пре одредити за одлазак на суђење, а не за споразумевање*. Но, с обзиром на то да се основни подстицаји за споразумевање огледају у избегавању *ризика* који носи парница, и избегавању плаћања *парничних трошкова*, велика је вероватноћа да ће се странке, ипак, окренути споразумевању. С тим у вези, изведен је закључак да, с једне стране, неузимање у обзир укупних друштвених трошкова доводи до *(пре)великог броја парница (суђења)*, док, с друге стране, аверзија према ризику, као и избегавање плаћања парничних трошкова, доводи до *већег броја поравнања*, него што је то друштвено пожељно. Надаље, установљено је да *асиметричне информације* представљају фактор који, такође, може довести до *тенденције ка (пре)великом броју парница (суђења)*, будући да могу пореметити нормалан ток преговора. Најзад, објашњено је да, као што занемарују превентивне ефекте парнице, странке занемарују и превентивне ефекте споразумног решења спора. Да странке узимају у обзир и фактор превенције када одлучују о склапању поравнања (као што не чине), број поравнања био би *нижи* и тиме би превенција на друштвеном нивоу била оптимална (као што није). С тим у вези, поставили смо следеће питање: *да ли споразумевање, само по себи, систематски смањује превенцију?* Наиме, с једне стране, *починилац штете* неће уложити додатна средства у превенцију потенцијалних штета, из простог разлога, јер споразумевањем са потенцијалним оштећеним *избегава* трошкове



које генерише парница. С друге стране, могућност склапања поравнања представља корист и за *оштећене*, јер и они, такође, избегавају плаћање парничних трошкова. Та могућа корист од поравнања за оштећене (тужиоце) може довести до подизања тужби, које, иначе, не би биле подигнуте. Пошто се због очекиване користи од поравнања *појачава подстицај за подизање тужби*, починиоци штете, с друге стране, требало би да *повећају пажњу и безбедност*. Према томе, закључак је да могућност склапања поравнања, у економском моделу, може, *али не засигурно*, појачати превенцију. Све у свему, у раду је истакнуто да, иако се не може извести генералан закључак да парница пружа ефикаснију превенцију од поравнања, парница и поравнање имају *различите превентивне ефекте*, као и да приликом „дизајнирања“ корективне политике, ову различитост треба уважити.

У раду је наведено да, осим уштеде трошкова, асиметричних информација и превенције, постоје и *други фактори* дивергенције приватних и друштвених трошкова и користи од поравнања. Један од њих јесте *фактор приватности и тајности поравнања*. Управо *очување приватности* представља снажан приватни подстицај да странке приступе споразумевању. Но, овај приватни подстицај може одступити од друштвеног подстицаја да странке *обелодане одређене информације*, чиме се, свакако, угрожава превенција. Проблем се, ипак, може решити установљавањем (законске) обавезе *да одређене чињенице по питању спора или услова споразума*, а које се тичу превенције будућих штета, *морају бити обелодањене*. Даље, други фактор који утиче на дивергенцију приватних и друштвених трошкова и користи од поравнања јесу *материјалне могућности странака* (богатство странака). Уколико су странке различитих материјалних могућности и, при том, ступају у преговоре око поравнања, очито је да су њихове почетне позиције у преговорима *неједнаке*. Управо из овог разлога, као што смо у раду више пута истакли, неки аутори фаворизују парницу, као друштвени инструмент који ефикасније штити интересе сиромашних странака. Затим, трећи фактор који се издваја у литератури *ЕАП*, а који доводи до тога да је број парница (пре)мали са друштвеног аспекта, јесте *правно признање друштвених норми*. Наиме, важност одређених друштвених норми може бити *проверена* (потврђена или оповргнута) у парници, односно на основу судске пресуде као исхода парнице. Коначно,

четврти фактор дивергенције јесте *омогућавање друштвеног мира*, који представља друштвену корист од поравнања коју странке, најчешће, занемарују.

Напоследку, питање *дивергенције приватних и друштвених подстицаја постављено је и у вези с парничним трошковима*. Показано је да, гледано из приватног угла туженог, улагање ресурса на суђењу може ићи у његову корист, јер таквим улагањем *избегава одговорност за накнаду штете*. Ако заиста дође до тога, ослабиће његови подстицаји за превентивно понашање, услед чега настаје друштвени губитак, будући да је превенција компонента друштвене користи од парнице. Према томе, овде постоји очигледно разилажење приватних и друштвених подстицаја у вези са сношењем парничних трошкова. Такође, будући да парнична странка, предузимањем одређене парничне радње, рецимо, предлагањем извођења доказа, не узима у обзир *парничне трошкове супротстављене (друге) стране*, опет може доћи до дивергенције у вези с парничним трошковима. Такво занемаривање трошкова друге стране у парници, креира подстицаје ка *(пре)високом* трошењу у парници. С тим у вези, и суд некада *непотребно* разматра одређене предлоге странака, те сам *губитак времена* судије представља сувишан трошак, са друштвеног аспекта гледано. Затим, у раду је покренуто питање да ли ће трошење у парници, које је усмерено на тачно утврђивање висине штете, заиста и довести до стварања подстицаја за ефикасну пажњу од стране потенцијалних починилаца штете. Закључено је да будући да починилац штете, у *принципу*, не може тачно проценити врсту и висину штете коју својим делањем може проузроковати, тачна процена висине штете у парници не може утицати на његово понашање. Но, у ситуацији када починилац штете има прецизне информације о врсти и висини штете (као што је, рецимо, извођач радова), трошење у парници ради утврђивања тачног износа штете, може имати економско оправдање, будући да појачава превенцију. У вези с овим питањем, у теорији *ЕАП* наводе се неколико начина како судије могу ограничити трошење ресурса у парници. Један начин јесте да судија ограничи предузимање одређених парничних радњи странака усмерених на тачно утврђивање висине штете. Други начин јесте замена постојећег правила о утврђивању висине штете у парници другачијим правилом базираним на унапред утврђеним износима одштета. Такви износи одштета били би утврђени према *просечној вредности* износа одштета за поједине врсте штета (нпр. за

телесне повреде у саобраћајној несрећи). Но, иако на први поглед делује једноставно да држава може ограничити трошење средстава у парници, ипак се јавља добро познати проблем *недостатка знања и информација* када, и у којим случајевима, треба применити корективну политику. Коначно, оштећени могу прекомерно трошити у парници, будући да су снажно подстакнути тиме да се штета тачно и прецизно утврди и да, на основу тога, накнада штете буде адекватно одмерена. Но, требало би имати у виду да присуство алтернативних институција, као што је *осигурање*, умањује значај накнаде штете у парници и, самим тим, умањује значај прекомерног трошења новчаних средстава ради тачног утврђивања штете и одштете.

Осветљавањем свих наведених фактора показано је да приватни интереси и приватне користи странака могу дивергирати у односу на друштвене интересе и друштвене користи. При том, дивергенција постоји и у погледу *парнице* и у погледу *поравнања*. Управо та дивергенција намеће питање *избора између парнице и поравнања*. У раду смо истакли, и подржали тезу, да је основна друштвена улога парнице у *пружању могућности оштећеним лицима да склопе поравнање, на основу претње да ће покренути поступак и отићи на суђење*. С друге стране посматрано, *друштвена улога поравнања* огледа се у томе да број парница буде на друштвено прихватљивом нивоу. Реч је о *парадоксалној економској улози парнице*. Да нема парнице, не било подстицаја за склапање поравнања. Овим ставом није негирана улога парнице у заштити угрожених права појединаца, али је наглашена *комплементарна улога парнице у креирању подстицаја за склапање поравнања*, а која се, нажалост, често занемарује. Са економског аспекта гледано, парница јесте погодан инструмент за стварање подстицаја за преговарање и склапање поравнања. При том би и склапање поравнања ваљало подстицати разним инструментима који би имали за циљ, првенствено, *побољшање протока информација између странака*. Рецимо, фактор различите страначке перцепције судског исхода често доводи до суђења, при чему је овај фактор друштвено безначајан. Узимајући у обзир чињеницу да је извор овакве страначке перцепције веома често *асиметрија информација*, јасно је колико је важно да правна (законска) решења буду усмерена на побољшање протока и размене информација између странака. Један од таквих правних механизма у Америци јесте могућност странака да учествују у тзв.

*поступку откривања пре одласка на суђење.* И у нашем правном систему суд може подстаћи странке да склопе поравнање, предочавањем те могућности, наравно, без инсистирања на томе. Но, према нашем мишљењу, уважавајући пре свега налазе теоретичара *ЕАП* у погледу значаја *информација* за постизање ефикасних решења, требало би дати *већа овлашћења* суду ради подстицања странака да склапају поравнање.

Одговор на **другу посебну хипотезу**, да се подстицаји за покретање парничног поступка, подстицаји за одлазак на суђење или поравнање, учесталост суђења и поравнања и ефекат на парничне трошкове, у великој мери разликују под претпоставком важења различитих правила о алокацији парничних трошкова, пронашли смо, такође, проучавајући литературу *ЕАП*. Резултате можемо сумирати у неколико целина.

Прво ћемо изложити резултате (теоријске) елаборације ефеката различитих правила о алокацији парничних трошкова на *подстицаје за покретање парничног поступка од стране рационалног тужиоца, неутралног на ризик. Под претпоставком важења америчког правила (свака страна сноси своје трошкове)*, тужилац ће покренути парнични поступак, ако би његова очекивана вредност од пресуде била *виша или једнака* парничним трошковима које би сносио. С друге стране, *под претпоставком важења енглеског правила (страна која изгуби у парници сноси све трошкове)*, тужилац ће покренути парнични поступак, ако би његова очекивана вредност од пресуде била *виша или једнака* његовим очекиваним парничним трошковима, односно ако би његова очекивана вредност од пресуде била *виша или једнака* очекиваним укупним парничним трошковима помноженим са (његовом) проценом вероватноће губитка на суђењу.

Када је реч о *учесталости покретања поступака*, резултати теоријске анализе јесу следећи. Под претпоставком *енглеског правила*, тужилац ће размотрити *ex ante* и могућност да не плати никакве трошкове, у случају да победи у парници. С друге стране, под претпоставком *америчког правила*, тужилац ће платити са сигурношћу сопствене парничне трошкове, без обзира на то да ли ће победити или изгубити у парници. Ова чињеница недвосмислено указује да ће рационални тужиоци у *већој мери* покретати парничне поступке под претпоставком *енглеског правила*. Но, овај закључак је релативног

карактера, ако се узме у обзир *фактор вероватноће победе на суђењу*, који свакако може варирати. Под претпоставком *ниске вероватноће победе тужиоца на суђењу*, учесталост покретања поступака (и вођења парница) биће виша случају *америчког правила*. С друге стране, под претпоставком *високе вероватноће победе на суђењу*, учесталост покретања поступака (и вођења парница) биће виша у случају *енглеског правила*. Сходно томе, вероватноћа победе тужиоца на суђењу представља *кључну детерминанту* учесталости поступака, у случају важења различитих правила о алокацији парничних трошкова.

Додајмо овоме да у случају важења правила о алокацији парничних трошкова које *фаворизује тужиоца*, тужилац ће покренути парнични поступак, ако и само ако би његова очекивана вредност од пресуде била *виша или једнака* његовим очекиваним парничним трошковима, односно ако би његова очекивана вредност од пресуде била *виша или једнака* његовим парничним трошковима помноженим са његовом проценом вероватноће губитка у парници. У случају важења правила о алокацији парничних трошкова које *фаворизује туженог*, тужилац ће покренути парнични поступак, ако и само ако би његова очекивана вредност од пресуде била *виша или једнака* његовим очекиваним парничним трошковима, односно ако би његова очекивана вредност од пресуде била *виша или једнака* његовим парничним трошковима, у збиру са парничним трошковима које би сносио тужени, помноженим са проценом вероватноће губитка у парници. С тим у вези, анализа је показала да су очекивани парнични трошкови *најнижи* у случају важења правила које фаворизује тужиоца, док су *највиши* у случају важења правила које фаворизује туженог. Следи да ће *парнични поступци бити најучесталији под претпоставком важења правила које фаворизује тужиоца, док ће бити најмање учестали под претпоставком важења правила које фаворизује туженог.*

Увођење фактора *аверзије према ризику* мења претходне закључке, с обзиром на то да тужилац који има аверзију према ризику покреће поступак онда када је вероватноћа победе на суђењу *виша* у односу вероватноћу победе тужиоца који је неутралан према ризику. Ако упоредимо *саме* тужиоце који имају аверзију према ризику, онда онај који има *већу* аверзију према ризику мора имати *вишу* вероватноћу победе на суђењу да би покренуо поступак у

односу на вероватноћу победе оног тужиоца који има *мању* аверзију према ризику. Затим, полазећи од тога да аверзија према ризику смањује учесталост покретања поступака (и вођења парница), тај ефекат ће бити *јачи* под претпоставком *енглеског правила*, односно *слабији* под претпоставком *америчког правила*. То значи да ће учесталост покретања поступака, и вођења парница, бити *виша* под претпоставком *важења америчког правила*, када се *детерминанта ризика укључи у економски модел*. Разлог је једноставан – могућност *губитка већег износа новца на суђењу*, у случају *енглеског правила*, односно могућност *губитка мањег износа новца на суђењу*, у случају *америчког правила*. Коначно, може се очекивати да ће смањење фреквенције поступака, генерисано аверзијом према ризику, бити *ниже* под претпоставком правила која фаворизују тужиоца, односно туженог него под претпоставком *енглеског правила*.

Када је реч о *избору између суђења и поравнања*, постоји *идентичан услов* у погледу одласка на суђење, у случају *енглеског и америчког правила*. Тај услов гласи: *до суђења ће доћи, ако и само ако тужiocева процена очекиваног добитка прелази туженикову процену очекиваног губитка за износ који није нижи од суме њихових очекиваних парничних трошкова*. Но, једина разлика је у томе што се, код *енглеског правила*, узимају у обзир очекивани парнични трошкови *обеју страна* у процени очекиваног добитка тужиоца, односно губитка туженог, док се код *америчког правила*, узимају у обзир очекивани парнични трошкови *сваке стране посебно* у процени очекиваног добитка, односно губитка. С тим у вези, будући да *енглеско правило доводи до снижења очекиваних парничних трошкова*, *повећава се вероватноћа одласка на суђење*. Нарочито ако је висока вероватноћа победе тужиоца на суђењу, већа је вероватноћа одласка на суђење, под претпоставком *енглеског правила*, односно већа је вероватноћа склапања поравнања, под претпоставком *америчког правила*. Налази емпиријских студија, у домену несавесног лечења, потврдили су да *енглеско правило о алокацији парничних трошкова повећава вероватноћу одласка на суђење и слаби подстицаје за подизање оних тужби које немају великог изгледа на успех на суђењу*. Но, поред процене вероватноће победе на суђењу, и *процена потенцијалне одитете* може утицати на вероватноћу склапања поравнања, односно одласка на суђење, под претпоставком *важења различитих правила о алокацији трошкова*.

Даље, будући да су *нижи* очекивани парнични трошкови у случају правила које фаворизује тужиоца него у случају америчког правила, произилази да је *већа вероватноћа одласка на суђење под претпоставком правила које фаворизује тужиоца него под претпоставком америчког правила*. Такође, пошто су *нижи* очекивани парнични трошкови у случају правила које фаворизује туженог него у случају америчког правила, произилази да је *већа вероватноћа одласка на суђење под претпоставком првог правила (правила које фаворизује туженог)*.

Када се фактор ризика укључи у економски модел, резултати су следећи. Под претпоставком америчког правила, *присуство тужиоца који има аверзију према ризику појачава тенденцију склапања поравнања, након што је парнични поступак покренут*. Ефекат аверзије према ризику је очигледан у случају америчког правила – *повећава се вероватноћа склапања поравнања*. При том, овај ефекат аверзије према ризику, у виду *повећања вероватноће склапања поравнања*, требало би да буде *најјачи под претпоставком енглеског правила, а најслабији под претпоставком америчког правила*. Емпиријска истраживања потврдила су да *енглеско правило о сношењу парничних трошкова повећава проценат склапања поравнања, ако се ефекат аверзије према ризику узме у обзир*. Такође, сходно претходним ставовима, вероватноћа склапања поравнања, под претпоставком правила која фаворизују тужиоца, односно туженог, налази се *између* вероватноћа које постоје у случају енглеског и америчког правила. Другим речима, у случају ових правила, ефекат аверзије према ризику је *средњег интензитета*.

Напоследку, када је реч о ефекту различитих правила на *парничне трошкове*, резултати су следећи. Пре свега, енглеско правило омогућава странкама да троше *више* новца на правне услуге својих адвоката, будући да странке очекују плаћање *нижег* износа новца на име правних услуга него што иницијални износ новца на име тих услуга износи. При том, ако странка, са високом вероватноћом победе на суђењу, *заиста* и однесе победу на суђењу, додатни износ утрошеног новца на правне услуге адвоката у *целости* биће пребачен (алоциран) на *губитничку страну*. Даље, будући да енглеско правило омогућава алоцирање парничних трошкова на странку која изгуби у парници, стварају се подстицаји да странке *више* троше на правне услуге и обављање

парничних радњи, *како би успех у парници учиниле вероватнијим*. Другим речима, *већи очекивани добитак*, у случају енглеског правила, подстиче странке да више троше на рачун правних услуга и извођења одређених парничних радњи. Коначно, могућност пребацивања парничних трошкова на губитничку страну, може подстаћи странке *да повећају, али и да смање парничне издатке*, те оцена енглеског правила, са друштвеног аспекта, остаје двосмислена.

Економска анализа обухватила је и потенцијалне импликације *замене америчког правила енглеским правилом*, и то у домену саобраћајних несрећа. Оваква супституција правила разматра се у америчким државама, у којима се већ примењује америчко правило о алокацији парничних трошкова. С тим у вези, указано је да би тенденција смањења учесталости покретања поступака, услед присуства осигурања од ауто-одговорности, могла да *надјача* тенденцију пораста вероватноће одласка на суђење, под претпоставком енглеског правила. Произилази да би замена америчког правила енглеским правилом, у домену саобраћајних несрећа, могла довести до *смањења броја поступака и суђења, у апсолутном износу*. Затим, релативизована је и стандардна теза о *правичности енглеског правила*. Рецимо, у домену саобраћајних несрећа, ако осигуравачи сnose парничне трошкове уместо осигураника, питање „моралне дужности“ губитничке стране, или „моралног права“ победничке стране, губи почетни смисао. Томе би требало додати и чињеницу да је у саобраћајним несрећама некада тешко утврдити кривицу (непажњу) једне или друге стране, те питање правичности постаје *проблематично*. Но, када је реч о *споровима због недостатака производа*, правичност енглеског правила не би била доведена у питање, будући да осигурање, генерално узев, има мању улогу у тим споровима него у споровима услед саобраћајним несрећа. Другим речима, у споровима због мана производа, странке *далеко ређе* закључују осигурање од одговорности, јер сама чињеница да починилац штете одговара по принципу објективне одговорности за накнаду штете, ствара основ да оштећене странке остваре накнаду штете у судском поступку, а не путем осигурања. Дакле, на основу реченог, следи да процена увећања друштвеног благостања, под претпоставком енглеског, односно америчког правила, зависи од следећих фактора: врсте спорова; дивергенције приватних и друштвених трошкова и користи од парнице поводом одређених врста спорова; и правичности једног, односно другог



правила. Тиме је, у основи, указано да се различита правила о алокацији парничних трошкова не могу систематски користити као инструмент корективне политике ради постизања друштвено прихватљивог броја поступака (парница), за све врсте спорова.

**Трећа посебна хипотеза** гласила је да ће, независно од изгледа на успех на суђењу, рационални тужилац подићи тужбу и покренути парнични поступак, како би од друге стране (туженог) извукао позитиван износ поравнања.

Нас је интересовало како, и под којим условима, тужилац, руковођен властитим интересима, може инструментализовати парницу ради навођења туженог на поравнање, и зашто би тужени пристао на поравнање. Одговоре смо пронашли у теорији *ЕАП*, у оквиру економских модела којима се испитује рационално понашање парничара – *тужилаца* који *прете* тужбом негативне вредности (очекивани трошкови на суђењу су *виши* од очекиване вредности од суђења) и *туженог* који разматра склапање поравнања или одлазак на суђење. Пре свега, установљено је да се туженом исплати да преговара до износа поравнања који је *нижи* од трошка његове одбране на суђењу, као што се и тужиоцима исплати да преговарају до износа који је *нижи* од (њиховог) трошка подизања тужбе. Под таквим околностима, рационалне странке могу склопити поравнање. Но, тужилац, *који очекује пресуду негативне вредности*, може издејствовати поравнање, *чак* и уколико нема довољно средстава за покриће трошка подизања тужбе. Другим речима, тужилац може само *запретити* да ће подићи тужбу, и да том претњом, без формалног подизања тужбе, издејствује склапање поравнања са другом страном. Оптималан *износ поравнања* био би једнак тужениковим очекиваним трошковима одбране (или *нижем* износу од тога), минус трошак подизања тужбе. Ако је рационалан, тужени ће прихватити тај износ поравнања, те до суђења неће доћи. При том, трошкови које тужилац има у вези с парницом настају *временски сукцесивно*, те постоји могућност да потроши одређена новчана средства пре одласка на суђење, *али свакако не сва*. Из тога следи да *парнични трошкови* могу, *пре одласка на суђење*, и даље бити *нижи* од очекиваног добитка на основу пресуде. То значи да тужилац може, пре суђења, располагати *кредибилном претњом*, којом би евентуално издејствовао поравнање од друге стране. Антиципирајући такав след догађаја, тужилац може кредибилно запретити потенцијалном туженику и, на основу тога, *извући*

поравнање, иако би одласком на суђење имао укупне парничне трошкове који би били *реално виши* од новчаног износа на основу очекиване пресуде. Затим, у раду смо указали и да тужбе негативне вредности могу имати одређену друштвену корист, пре свега у виду *превенције*. У суштини, сугерисали смо да је некада друштвено оправдано подизати тужбе негативне вредности, иако су оне најчешће непожељне с друштвеног аспекта, због чега се обесхрабрују разним законски предвиђеним санкцијама, попут новчаних казни. Све у свему, економским моделима потврђена је хипотеза да рационални тужилац може извући позитиван износ поравнања од туженог, иако очекује негативан исход на суђењу.

**Четврта посебна хипотеза**, да су рационалне странке подстакнуте да добровољно размене информације пре суђења, чиме повећавају вероватноћу склапања поравнања, из чега следи да је добровољна размена информација између странака ефикаснији облик размене информација у односу на принудну размену информација између странака, потврђена је у нашем раду. С тим у вези, доказано је да *висина штете* представља важну чињеницу која може одредити карактер будуће пресуде, због чега су починилац штете и оштећени снажно подстакнути да разјасне, или отклоне, евентуалне информационе дисторзије у погледу те чињенице. Оштећени, ако је рационалан, има јак подстицај да, у процесу размене информација, покаже и докаже починиоцу штете да је штета заправо *већа*, док с друге стране, рационални починилац штете има снажан подстицај да, у том процесу, докаже другој страни да је његова одговорност за настанак штете *нижа*. Оштећени ће хтети да докаже стварни износ штете, како би себи осигурао *виши* износ поравнања у односу на потенцијалну одштету, док ће починилац штете хтети да убеди оштећеног да прихвати *нижи* износ поравнања. Ако оштећени ћути, и не жели да докаже колика је заправо штета, друга страна може, због саме ћутње оштећеног, да формира став да је штета *нижа* и да оштећени жели то да *сакрије*. Управо у процесу размене информација пре суђења, оваква могућност формирања погрешних ставова једне од страна у спору може бити спречена. Као што је речено, реч је о *феномену откривања*, који, додуше, не мора увек и нужно бити делотворан. Но, указано је да се у добровољној размени информација могу јавити одређене препреке, као што су: неопходност ангажовања стручних лица (вештака) за процену висине штете;

проблем бесплатног корисника; умањење вредности саме информације која настаје њеним откривањем, итд. Све у свему, рационалне странке су, у основи, снажно подстакнуте да размењују информације пре суђења, упркос препрекама које стоје на путу размене истих.

Други део ове тезе, да је добровољна размена информација између странака ефикаснији облик размене информација у односу на принудну размену информација између странака, потврђен је, такође, у раду. Наиме, доказано је да уштеда парничних трошкова, и јачање позиције у преговорима око поравнања, креирају довољно јаке подстицаје да рационални тужилац *добровољно* открије информације, рецимо о висини штете, чиме би исправио *лажни оптимизам туженог*, и повећао вероватноћу склапања поравнања. Но, постоје ситуације када се откривање информација не исплати тужиоцу, нарочито уколико постоји *релативни песимизам туженог* у погледу висине одштете. У том случају, тужилац би имао јак подстицај да сакрије информацију о висини штете. Парадоксално звучи, али неоткривање информације доводи до склапања поравнања. Овакав исход је ефикасан, пошто се остварује уштеда парничних трошкова обеју страна. Такође, остварује се и уштеда административних трошкова ангажовања државног апарата. Ипак, у овом случају *принудна размена информација* ишла би у корист туженог, који негује лажни песимизам у погледу судског исхода, будући да би могао да плати нижи износ поравнања него у случају када информација о висини штете остане неоткривена. У случају принудног откривања информације, тужени би могао да постави боље услове у преговорима око поравнања. Но, ако једна страна поставља боље услове ради заштите својих интереса у процесу преговарања, она тиме поставља *строжије* услове за другу страну у истом процесу. Из такве аргументације извлачи се закључак да се *смањује вероватноћа склапања поравнања*. Такође, принудна размена информација може бити скопчана са одређеним препрекама. Рецимо, тужилац не може увек да зна колико штета заиста износи, већ мора да ангажује вештака, што изискује значајне трошкове у принудној размени. С друге стране, једно је сигурно да принудна размена информација *смањује неизвесност и сумњу око важних чињеница*, а коју би парничари имали да су информације остале неоткривене. Ако се смањује неизвесност и сумња око одређених правно релевантних чињеница, *повећава се вероватноћа склапања поравнања*. Да ли

принудна размена информација повећава или смањује вероватноћу склапања поравнања и, консеквентно, какав је утицај те размене на број поравнања, у теорији није дат дефинитиван одговор. С друге стране, добровољна размена информација повећава вероватноћу склапања поравнања, и утиче на смањење могућности сношења једне компоненте *ДТП – административних трошкова (АТ)*. Такође, добровољном разменом информација смањује се дивергенција странака у погледу различитих процена судског исхода, и последично, дивергенција у погледу услова за склапање поравнања (износа поравнања) и очекиваног добитка на основу судске пресуде. Резултат те смањене дивергенције између износа поравнања и очекиване судске пресуде јесте *смањење трошкова грешака судија*. Према томе, закључак је да *добровољна размена информација између странака доводи до смањења износа обеју компоненти ДТП – и ТГ и АТ*. Када је реч о принудној размени информација, она засигурно смањује споменуто дивергенцију и *ТГ*, али је питање да ли смањује *АТ*, односно да ли су трошкови принудног откривања информација (трошкови презентовања доказа) нижи од парничних трошкова у вези с извођењем доказа на суђењу. Коначно, са друштвеног аспекта гледано, приватни подстицаји ка истицању захтева за принудном разменом информација могу бити *прејаки*, или обратно, могу бити *преслаби*, зависно од околности конкретног случаја. Приватна корист од принудне размене информација, која се огледа у побољшању износа поравнања или новчаног износа очекиване пресуде за ону страну која је тражила откривање информација, некада не обухвата и друштвену корист од поступка откривања, рецимо, у виду *превенције*. То показује да, и у случају откривања информација, може постојати дивергенција приватних и друштвених подстицаја, а која се, свакако, мора уважити.

**Пета посебна хипотеза** гласила је да различити начини плаћања адвоката креирају различите подстицаје за одлазак на суђење или поравнање и, консеквентно, доводе до различите фреквенције суђења или поравнања, услед чега принципал–агент проблем у односу адвоката и клијента нарушава тезу да адвокат ради у име и за рачун клијента.

Потврду (првог дела) ове хипотезе пронашли смо, такође, у литератури *ЕАП*, у оквиру стандардних поставки везаних за ефекте различитих начина плаћања адвоката на фреквенцију суђења или поравнања. Сада ћемо изложити

најважније резултате до којих смо дошли у тражењу одговора на постављену хипотезу. Прво, када је плаћен независно од успеха на суђењу или у преговорима око поравнања, адвокат ће бити подстакнут да прихвати и случајеве код којих је очекивани добитак на основу пресуде или поравнања *нижи* од очекиваних трошкова. Другим речима, у случају *фиксне накнаде или накнаде по сату*, адвокат ће прихватити и случајеве који немају великог изгледа на успех. С друге стране, када је реч о *накнади за успешност*, сасвим је природно што адвокат неће имати подстицаје да прихвати случајеве код којих је очекивани добитак на основу пресуде или поравнања *нижи* од очекиваних трошкова. У случају накнаде за успешност, његова зарада зависи од *исхода* – позитивног или негативног. Но, чак и када је позитиван исход, адвокат добија само *део* целокупно остварене суме. Сходно томе, у односу на критеријум максимизације очекиваног добитка минус очекивани трошкови, следи да ће адвокат имати претеране приватне подстицаје за ангажовање у случајевима код којих се плаћа по сату или фиксно, и недовољне приватне подстицаје у случајевима код којих се плаћа зависно од успеха у парници.

Када је реч избору између одласка на суђење и склапања поравнања, у случају фиксне накнаде, постоји тенденција чешћег одласка на суђење, будући да адвокат избором суђења себи обезбеђује више рада, а више рада, који не подразумева и већи напор, значи више новца. С друге стране, када је реч о контингенцијској накнади, постоји тенденција чешћег склапања поравнања, будући да адвокат сноси *укупне* парничне трошкове у случају суђења, а добија само *део* новчаног износа пресуде. Према томе, адвокат има јаке приватне подстицаје за одлазак на суђење у случају фиксне накнаде или накнаде по сату, и слабе приватне подстицаје за одлазак на суђење у случају уговорене накнаде за успешност. С тим у вези, у случају контингенцијске накнаде, доказано је да је адвокат, за разлику од свог клијента (тужиоца), спремнији да прихвати понуду за склапање поравнања од стране туженог (или његовог адвоката). Под претпоставком да адвокат има овлашћење да одлучује о склапању поравнања у име клијента, сматра се да је износ поравнања који би одговарао адвокату често *нижи* од износа који би преферирао његов клијент, што додатно охрабрује другу страну (туженог или његовог адвоката) да *сними* понуду за склапање поравнања. Услед тога долази до *бржег* склапања поравнања, чији коначни

износ свакако не може бити у интересу клијента. Од тога корист имају адвокати у виду веће зараде, будући да се могу посветити већем броју случајева. Но, стандардно становиште по којем контингенцијска накнада ствара снажне подстицаје за склапање поравнања од стране адвоката и, самим тим, доводи до веће фреквенције поравнања, оспорено је од стране одређених теоретичара (Полински, Рубинфелд и други). Разлог оспоравања лежи у чињеници да адвокат интернализује пуне трошкове додатног временског ангажовања, али не и пуну корист од тог ангажовања, услед чега *смањује напор* у свом ангажовању на суђењу у односу на онај напор који је оптималан са становишта интереса клијента. Ако би се ова варијабла узела у обзир, адвокат не би имао јак подстицај да склапа поравнање и да захтева износ поравнања који је нижи од оптималног износа са становишта интереса клијента.

У вези са питањем ангажовања адвоката на суђењу, *Шавел* заступа став да је, у случају фиксне накнаде, адвокат подстакнут да ради *више* на суђењу у односу на вредност очекиване пресуде. С друге стране, у случају накнаде за успешност, адвокат је подстакнут да се *мање* ангажује на суђењу у односу на вредност очекиване пресуде. Но, ако упоредимо ова два начина плаћања адвоката према критеријуму *улагања већег додатног напора*, адвокат ће, у сваком случају, уложити *већи додатни напор* у случају контингенцијске накнаде него накнаде по сату радног времена. Објашњење овог става огледа се у томе да адвокат, у случају накнаде за успешност, максимизира *један део* новчаног износа очекиване пресуде, док код фиксне накнаде то није случај, с обзиром на то да адвокат не присваја *ниједан део* новчаног износа очекиване пресуде. Ако је уговорена фиксна накнада или накнада по сату, адвокат ће интернализовати трошкове уложеног напора, али неће уживати користи од тог уложеног напора. Стога, адвокат, у случају овог метода плаћања, нема подстицај за додатни напор. Ситуација је другачија, када је реч о накнади за успешност, будући да адвокат добија *део* новчаног износа пресуде. У том смислу, он има *јачи* подстицај за улагање додатног напора. Даље, предност контингенцијске накнаде у односу на фиксну накнаду или накнаду по сату радног времена, огледа се и у могућности *поделе ризика успеха или неуспеха на суђењу*. За разлику од фиксне накнаде или накнаде по сату радног времена, чијим уговарањем се клијент обавезује да *самостално* сноси ризик (не)успеха

на суђењу, код накнаде за успешност, адвокат и његов клијент *деле* ризик (не)успеха на суђењу. Будући да адвокат може боље проценити исход суђења у односу на клијента, и да може да изврши *диверзификацију ризика*, следи да је ефикасније да терет ризика клијент *подели* са правним заступником него да самостално сноси целокупни ризик. Као што је истакнуто, заједничко сношење ризика омогућава једино *накнада за успешност*. При том, овај став о ефикасности контингенцијске накнаде остаје валидан, само ако је адвокат више склон ризику од клијента, то јест, ако адвокат има мању аверзију према ризику од клијента. Најзад, *питање материјалних могућности клијента*, такође, утиче на избор између накнаде по сату радног времена и контингенцијске накнаде. Ако је *сиромашан*, клијент може искористити могућност коју му пружа контингенцијска накнада, која се огледа у томе што би очекивана новчана накнада послужила као *залог* за плаћање адвоката.

Упркос наведеним предностима контингенцијске накнаде над фиксном накнадом, она је најчешће *забрањена*, будући да ствара конфликтне интересе адвоката и клијента – први би желео да закључи поравнање, а други да иде на суђење. С тим у вези, већина теоретичара супротставља се и идеји о омогућавању *откупа тужбених захтева* клијената од стране адвоката, аргументом да би то изазвало *прекомерно парничење*. Но, у раду је објашњено да забрана контингенцијске накнаде нема чврсто економско оправдање, а да појава прекомерног парничења, која би настала прихватањем предлога неких теоретичара (попут *Познера*) да се адвокатима дозволи *откуп* тужбених захтева од својих клијената, може бити ублажена одређеним законским решењима. Једно од таквих законских решења јесте и оно које предлаже *Шавел*, а које се огледа у увођењу *таксе за подизање одређених врста тужби*, што би довело до свођења броја тужби на друштвено прихватљив ниво.

Када је реч о другом делу ове хипотезе, у раду је истакнуто да често постоје *конфликтни интереси* између адвоката и клијента – адвокат жели поравнање, а клијент одлазак на суђење, услед чега се нарушава принцип по коме адвокат максимизира благостање свог клијента. Као што је апострофирано, ови конфликтни интереси настају услед уговарања *контингенцијске накнаде*. Затим, у односу између адвоката и клијента постоји и *асиметрија информација*, коју адвокат може да искористи на уштрб интереса клијента. Пример који је

наведен у раду јесте да клијент може захтевати од свог адвоката да му предочи очекивану вредност од тужбеног захтева. Уколико је адвокат плаћен *по саму радног времена*, питање је да ли ће адвокат прецизно и истинито исказати ту очекивану вредност. Исти закључак може се извести ако би адвокат био плаћен на основу извршених услуга, спецификованих у уговору о заступању. Штавише, и уговарање накнаде за успешност не обезбеђује *увек* ефикасне подстицаје да адвокат ради у име и за рачун клијента. Практично гледано, последица неефикасних подстицаја, у случају уговарања накнаде за успешност, може бити да адвокат *не прихвати случај*, чак и уколико је реч о тужби позитивне вредности, с обзиром на то да присваја само *део* очекиване пресуде, а сноси *све* трошкове.

Узимајући у обзир подстицаје адвоката који могу одударати од подстицаја клијента, критеријуми одабира адвоката од стране клијента свODE се на његову *репутацију*, а која се изграђује временом, и разним механизмима, као што је, рецимо, рекламирање адвоката. У раду смо изнели став да ако законска норма, у овом случају норма из нашег *Закона о адвокатури*, изричито забрањује рекламирање адвоката, и на тај начин онемогућава изграђивање њихове репутације, тиме се *погоршава* постојећа асиметрија информација између адвоката и клијента. Када је асиметрија информација погоршана, следи да се повећавају *административни трошкови парнице*, као једна од компоненти укупних друштвених трошкова парничног поступка. Последице повећања административних трошкова парнице огледају се у томе да парница постаје скупља и да се смањује број парница. Но, навели смо да постоје и ефикаснији механизми смањења броја парница од механизма којим се погоршава постојећа асиметрија информација између адвоката и клијента. Будући да то погоршање агенцијског проблема креира *неефикасне подстицаје* на понашање адвоката у заступању својих клијената (нарушавају се њихови напори у заступању клијената), намеће се питање у вези с тим алтернативним превентивним механизмима. Један од таквих јесте *такса за подизање одређених врста тужби*, која може довести до смањења подстицаја за парницење.

Напоследку, можемо резимирати резултате истраживача *Бихејвиоралног права и економије*, који пружају веома уверљиве одговоре на питање *утицаја адвоката на склапање поравнања од стране клијента*, чиме се, у ствари,



*осветљава* принципал–агент проблем у односу адвоката и клијента. Пре свега, нова истраживања *БПЕ* доводе у питање основну претпоставку економских модела да парничари максимизирају корист, у смислу богатства, као и да се понашају на *рационалан начин* ради остварења тог циља. Према њиховом мишљењу, базираном на резултатима емпиријских истраживања, парничари се не упуштају у парницу само ради максимизације богатства, већ и ради остварења других, *неекономских*, циљева. Узимајући то обзир, истраживачи *БПЕ* покушали су да одреде да ли је висок проценат склопљених поравнања у Америци условљен *понашањем адвоката*. Другим речима, они су тестирали хипотезу да *адвокати, као група (целина), применом рационалне анализе у избору између суђења и поравнања, доприносе високом проценту склапања поравнања у Америци*. Прво, доказано је да адвокати доследније примењују критеријум одлучивања базиран на очекиваној користи и трошку од суђења и поравнања у односу на странке, чије су одлуке подложне разним когнитивним и социјално-психолошким факторима, а који одступају од рационалне економске логике засноване на очекиваној користи и трошку. Друго, пружени су одређени докази да адвокати могу утицати на одлуку клијента по питању избора између поравнања и суђења. Треће, будући да примењују критеријум одлучивања базиран на очекиваној користи и трошку од поравнања и суђења, адвокати, у суштини, промовишу ефикасност у решавању спорова. Сходно томе, доказано је да *адвокати, својом рационалном економском анализом случајева, и могућношћу утицаја на одлуке клијената, доприносе високој стопи склопљених поравнања у Америци*. На основу претходних резултата, бихејвиористи су развили и нови модел саветовања (енг. *cognitive error approach to counseling*), који истиче активну улогу адвоката у саветовању свог клијента, *али под једним условом*. Тај услов односи се на то да адвокат мора да препозна да ли је различита процена избора суђења или поравнања између њега и клијента последица *когнитивних грешака* клијента или не. Ако јесте, адвокат би требало да се ангажује на исправљању те грешке. Рецимо, ако адвокат рационално процењује да је поравнање боља опција за клијента, а клијент верује, *због когнитивне грешке у расуђивању*, да је суђење боља опција, тада би адвокат требало да интервенише у доношење одлуке о одласку на суђење или поравнање. Нема никаквог оправдања да се износе на суђење они случајеви за

које клијент, као последица погрешног когнитивног расуђивања, верује да морају бити изнети на суђење. У том случају, само би се утрошили непотребни ресурси, чиме би се нарушио принцип минимизације укупних друштвених трошкова парничног поступка.

**Шеста посебна хипотеза** гласила је да у присуству осигурања парничних странака, приватни подстицаји за покретање поступка, одлазак на суђење или поравнање, бивају знатно промењени, чиме се мења и дивергенција приватних и друштвених подстицаја.

У раду је показано да из чињенице да осигурање покрива само *делимичан* износ штете, произилазе *конфликтни интереси осигураника и осигуравача*, узимајући о обзир да осигуравач сноси парничне трошкове. Једноставније речено, осигуравач има *слабије* подстицаје за покретање поступка у односу на подстицаје тужиоца који наплаћује целокупну штету, тј. осигураник (тужилац) има *јаче* подстицаје од осигуравача за покретање поступка. Према томе, *ако би упоредили подстицаје када у моделу постоји осигурање са подстицајима у стандардном случају (без осигурања), следи да су они у првом случају ослабљени, узимајући у обзир чињеницу да осигуравач доноси одлуку о покретању поступка.* С друге стране, подстицаји за покретање поступка знатно се мењају и када *тужени* има закључено осигурање од одговорности. Наиме, када тужени има закључено осигурање од одговорности за причињену штету и, при том, тужилац (или његов осигуравач) *зна* да такво осигурање постоји, он је подстакнут да тужи, јер може *сигурно* остварити свој тужбени захтев, тј. може сигурно наплатити своје потраживање. Затим, показано је да би осигуравач прихватио *нижи* износ у преговорима око поравнања у односу на осигураника (тужиоца), с обзиром на то да би на евентуалном суђењу управо он, а не осигураник, *сносио парничне трошкове.* С друге стране, ни максимално прихватљиви износи поравнања *туженог и његовог осигуравача* нису идентични, будући да је овај износ *нижи* када о томе одлучује *осигуравач*, из чега следи да би он био мање спреман да прихвати поравнање у односу на осигураника (туженог). Према томе, *када има осигурања*, осигуравач тужиоца више је спреман да се поравна од тужиоца осигураника, док је осигуравач туженог мање спреман да се поравна од осигураног туженог. Када, хипотетички гледано, у моделу *не би било осигурања*, осигуравач би био мање спреман да се

поравна од неосигураног туженог, док би осигуравач био више спреман да се поравна од неосигураног тужиоца. И у једном и другом случају, вероватноћа склапања поравнања креће се у истом смеру, те се не може изнети закључак да укључење *осигурања у економски модел* доводи до битних промена по питању вероватноће склапања поравнања, односно одласка на суђење, у односу на стандардни модел без *осигурања*. Напоследку, ваљало би нагласити да, генерално узев, присуство осигурања *смањује подстицаје за трошење у парници*, будући да осигуравачи, према претпоставци, сnose укупне парничне трошкове, али не могу да присвоје целокупан добитак на основу пресуде.

Узимајући у обзир да је уговор о осигурању, као и сваки други уговор, резултат *аутономије воља двеју страна* – осигуравача и осигураника, и под условом да тај уговор не генерише неке *негативне екстерне ефекте*, рецимо, не доводи до повећања обима парницења, може се сматрати да постоји *подударност друштвених и приватних подстицаја у вези са закључењем уговора о осигурању*. Но, дивергенција може настати када, рецимо, осигуравач *делимично* штити интересе осигураника у преговорима са другом страном (или осигуравачем), док је са друштвеног аспекта, неопходно да штити интересе осигураника *у потпуности*, као да је осигуран за целокупну штету. При том, у ситуацији када постоји дивергенција, државна интервенција у уговорне односе осигуравача и осигураника *не мора нужно бити оправдана*, с обзиром на то да може довести до *повишења цене осигурања*, гледано из економске перспективе.

Када је реч о **непосредном преговарању**, као посебном *АДР* методу, обрађеном у другом делу рада, пошли смо од **хипотезе** да непосредно преговарање између странака у спору представља ефикаснији метод решавања грађанскоправних спорова у односу на парницу, као редован метод решавања грађанскоправних спорова. С тим у вези, прво ћемо сумирати најважније налазе економских модела који пружају увид у *факторе* који непосредно преговарање чине (не)ефикасним методом, а затим дати конкретан одговор на постављену хипотезу о ефикасности непосредног преговарања у односу на парницу.

У раду је показано да суштину процеса преговарања представља *деоба кооперативног вишка*. Речено је да одлазак на суђење рефлектују *некооперативно решење* игре преговарања. Појединачне исплате играча, у

случају некооперативног решења, представљају *вредност њихових претњи* (енг. *credible threats*). Другим речима, субјективни очекивани добитак, односно губитак од суђења представља субјективну вредност тужиоцеве, односно туженикове претње. При том, да би у једној добровољној размени дошло до кооперативног решења игре, сваки играч мора да добије *најмање вредност претње у случају некооперативног решења игре*. Према томе, теорија преговарања имплицира да *разумно решење* игре преговарања постоји у ситуацији када сваки играч добије најмање вредност претње, плус једнаку вредност деобе кооперативног вишка.

У раду су издвојени кључни фактори који утичу, позитивно или негативно, на субјективну вредност претњи играча (парничара). Прво, *аверзија према ризику* представља фактор који може повећати или смањити вредност претњи за тужиоца или туженог. Ако је неки парничар *више склон ризику*, подиже се вредност његове претње, чиме јача његова позиција у преговорима, а што може резултирати повољним исходом у преговорима. Конкретније речено, под претпоставком да имају исте информације у погледу исхода суђења, ако *тужилац* има аверзију према ризику, очекиваће *нижи добитак* на суђењу, односно ако *тужени* има аверзију према ризику, очекиваће *виши губитак* на суђењу. Импликација тога јесте да се *повећава вредност кооперативног вишка*, а самим тим и вероватноћа склапања поравнања. Други фактор јесу *транзакциони трошкови преговарања*. С тим у вези, укупна вредност кооперативног решења игре представља разлику између вредности стварне размене између тужиоца и туженог и транзакционих трошкова преговарања. При том, када су транзакциони трошкови преговарања једнаки нули, *кооперативни вишак зависи од очекивања странака у погледу исхода суђења* (трећи фактор). Ако су странке, које су неутралне на ризик, *релативно песимистичне* у погледу исхода судског спора, тј. ако је тужиочева вероватноћа у погледу позитивног исхода спора *мања* од туженикове вероватноће таквог исхода, односно ако је тужиочева вредност очекиване накнаде штете *нижа* од туженикове вредности очекиване накнаде штете, следи да ће тужилац очекивати *нижи добитак* него што тужени очекује да ће изгубити. У таквој ситуацији релативног песимизма странака, вредност кооперативног вишка је *позитивна*, из чега следи да постоји *простор за склапање поравнања*, што аутоматски

имплицира да је *већа вероватноћа склапања поравнања*. Исти закључак може се извести и уколико су *високи трансакциони трошкови суђења*, односно *ниски трансакциони трошкови преговарања*. Поред наведених фактора, навели смо и *фактор повећања очекиване накнаде штете*, који доводи до *повећања вероватноће* одласка на суђење, али код странака које су неутралне према ризику. С друге стране, повећање очекиване накнаде штете условљава *смањење вероватноће* одласка на суђење, услед аверзије према ризику. Такође, повећање очекиване накнаде штете доводи и до повећања индивидуалних напора странака на суђењу, а самим тим и трошкова.

Будући да су осветљени фактори који повећавају вероватноћу склапања поравнања у процесу непосредног преговарања, у раду је апострофирано да држава може подстаћи склапање поравнања међу појединцима у друштву, уколико је њена правна политика, са економског аспекта гледано, конципирана на следећим елементима: *повећању трансакционих трошкова парнице, снижавању трансакционих трошкова преговарања и повећању релативног песимизма странака у погледу исхода суђења*.

Веома уверљива аргументација, која открива стварну природу процеса преговарања, дата је од стране теоретичара *ЕАП*, попут: *Пнга, Бебчука, Шавела, Неилбафа*, и других. *Пнгов* модел, који смо изложили у раду, истиче *стратегијски аспект процеса преговарања*. Према његовом мишљењу, важност *асиметрије информација* испољава се, управо, у стратегијском понашању тужиоца и туженог. Наиме, тужени може бити подстакнут да *сакрије информацију*, рецимо, о томе да ли је прекршилац норме или није. Можда је то корисно за туженог, али за друштво, као целину, свакако није. Поред тога, *Пнгов* модел сугерише и да ће тужилац отићи на суђење ако је очекивани нето добитак од суђења *позитиван*. У супротном, може се очекивати да ће доћи до поравнања, или до обуставе поступка. Најзад, модел сугерише да ће доћи до поравнања ако и само ако износ поравнања није *нижи* од тужиоцевог очекиваног добитка на суђењу и није *виши* од туженикових парничних трошкова. Тиме се потврђује конвенционални став – ако је случај новчано вреднији, већа је вероватноћа да ће доћи до суђења. Разлог је крајње једноставан – *тужилац је подстакнут да тужи и иде на суђење*.

*Бибчуков модел суђења и поравнања у случају асиметричних информација*, који смо, такође, изложили у раду, базирао се на другачијој претпоставци у односу на *Пнгов модел* да *странке могу преговарати око износа поравнања*. Другим речима, *Бибчук* је прихватио износ поравнања као *ендогену варијаблу* у оквиру свог модела. Даље, *Бибчук* је питању информационе асиметрије, такође, дао посебан значај. Генерално узев, својим моделом *Бибчук* хтео је да покаже да асиметрија информација између странака може имати за последицу *несклапање уговора о поравнању*. Према налазима његовог модела, кључна ствар око склапања поравнања јесте *износ поравнања* који нуди тужилац. Конкретније речено, постоји одређени *гранични износ* који опредељује туженог да прихвати, или не прихвати, понуду за склапање поравнања од стране тужиоца. Основна логика понашања туженог огледа се у томе да ће прихватити поравнање уколико је износ тужиоцеве понуде за склапање поравнања *нижи* од његовог очекиваног губитка на суђењу. Према томе, тужилац треба да одреди *оптималан износ поравнања* који ће понудити туженом, при чему би морао водити рачуна да гранично повећање износа поравнања доноси одређену корист, али истовремено подиже вероватноћу одласка на суђење. При том, у овом моделу, тужилац не зна приватну информацију која је доступна туженом, те ће његова *оптимална понуда* била она коју ће тужени (који процењује тужиоцеву победу са ниском вероватноћом) *одбити*. Хипотетички гледано, ако би тужилац *знао* садржину приватне информације, рецимо, *степен кривице туженог*, могао би да *сачини* такву понуду поравнања коју би друга страна прихватила. Чак и ако би тужени покушао да убеди тужиоца да је његова вероватноћа победе на суђењу *ниска*, тужилац не би имао разлога да му верује. Разлог таквог понашања тужиоца лежи у чињеници да и онај тужени који зна да је вероватноћа победе тужиоца *висока* жели да се *представи* да је, у ствари, тужени који процењује да је вероватноћа тужиоцеве победе *ниска*. Управо из ових разлога, постојећа асиметрија информација може довести до негативног исхода по питању поравнања. Затим, *Бибчук* је доказао и да *повећање очекиване накнаде штете* доводи до повећања тужиоцевог оптималног износа поравнања, као и до смањења вероватноће склапања поравнања. Такође, доказано је и да

*повећање парничних трошкова*, које тужилац очекује да ће платити, доводи до смањења оптималног износа поравнања, а да повећање парничних трошкова, које тужени очекује да ће платити, може довести до смањења, повећања, или ни до каквог ефекта на оптимални износ поравнања. У вези с овим, утврђено је да повећање парничних трошкова, које ће сносити *било која странка*, доводи до повећања вероватноће склапања поравнања. Коначно, постоји још неколико налаза до којих је дошао. Прво, вероватноћа склапања поравнања највећа је под претпоставком америчког правила о сношењу парничних трошкова, односно најмања под претпоставком енглеског правила о сношењу парничних трошкова. Друго, правило које налаже откривање информација, услед смањења дистрибуције различитих типова тужених, повећава вероватноћу склапања поравнања.

С обзиром на то да је политика подстицања и промоције поравнања друштвено пожељна, креатори те политике, посебно би требало да узму у обзир *информациону асиметрију између странака*. Карактер такве политике даље имплицира и да би правне норме, које регулишу поједина питања везана за преговарање и парницу, требало за последицу да имају *отклањање информационе асиметрије између странака у спору*. Бебчуков економски модел асиметричних информација, *али не само тај*, управо даје такву сугестију.

Поред *Пнговог модела*, који наглашава *стратегијско понашање странака* и *Бебчуковог модела*, који апострофира *асиметрију информација између странака*, у раду смо приказали и модел који је питању дистрибуције кооперативног вишка пришао, на извештан начин, *студиозније*. Ради се о *Кутеровом, Марксовом* и *Мнукиновом* економском моделу. У суштини, овај модел покушао је да одговори на следећа питања: *да ли је поравнање вероватније када су трансакциони трошкови преговарања нижи; да ли је поравнање вероватније када је преговарање ризичније; и да ли је поравнање вероватније у случају већег износа кооперативног вишка*. Овај модел није пружио другачија предвиђања у односу на модел оптимизма, али је студиозније пришао проблематици преговарања и отворио *нове* перспективе у разматрању различитих правних питања. У наставку ћемо издвојити најважније поставке и предвиђања овог модела.

*Кутер, Маркс и Мнукин* су питање успешног преговарања и поделе кооперативног вишка посматрали у *сенци права*. Ако странке не успеју да се договоре око поделе кооперативног вишка, на сцену ступа *принуда* и спор бива решен судским путем (*суд излази из сенке*, како наводе ови аутори). Затим, према њиховом мишљењу постоји *trade-off* између *малог повећања понуде и увећаног ризика од прекида преговора*. Рационални играч, било тужени било тужилац, балансира између две граничне величине – мало већег удела у вишку и веће вероватноће одласка на суђење. С друге стране, до *оптималне стратегије* у овом моделу долази се на идентичан начин као до оптималне коначне понуде за склапање поравнања.

Предвиђања која су *Кутер, Маркс и Мнукин* извели на основу економског модела јесу следећа: прво, хитност решавања спора *повећава* вероватноћу склапања поравнања; друго, повећање вредности суђења за једног парничара *смањује* вероватноћу склапања поравнања; треће, повећање трансакционих трошкова преговарања *повећава* вероватноћу склапања поравнања; четврто, повећање трансакционих трошкова суђења *повећава* вероватноћу склапања поравнања; пето, повећање зараде једног парничара по основу заједничког удела који треба поделити *смањује* вероватноћу склапања поравнања; шесто, жеља да се другој страни науди или напакости *смањује* вероватноћу склапања поравнања; седмо, мања аверзија према ризику *смањује* вероватноћу склапања поравнања и обратно; осмо, ближи односи између парничара (мања неизвесност) *повећавају* вероватноћу склапања поравнања.

За разлику од модела оптимизма, у коме је наглашен значај само *негативног ефекта преговарања*, у овом моделу је апострофиран, поред овог негативног ефекта, и *позитиван ефекат помирења*. Идентификација овог позитивног ефекта омогућила је одговор на прво питање. Наиме, *поравнање ће бити вероватније, у случају да су трансакциони трошкови преговарања виши, ако позитиван ефекат помирења надвлада негативни ефекат преговарања*. Затим, одговор на друго питање гласио је да *повећање у варијацији стратегија повећава вероватноћу одласка на суђење*. Наведен је пример када ближи односи између странака омогућавају да једна од њих предвиди стратегију друге странке, те је могућност погрешне процене стратегије друге странке *снижена*, што даље значи да ближи односи између парничара *повећавају* вероватноћу



склапања поравнања. Даље, аутори су дали одговор и на треће питање. Наиме, ако се вредност кооперативног вишка *не мења*, док се иста та вредност, уништена непостизањем споразума, *повећава*, *следи да постизање споразума добија приоритет над непостизањем споразума*. То даље имплицира да се повећава вероватноћа склапања поравнања, будући да су странке подстакнуте на кооперацију и договор. Напослетку, дат је одговор и питање какав ће бити резултат игре ако се она *понавља*. Ако играч 1 има интерес у будућој парници, а играч 2, против кога игра, нема такав интерес, онда ће играч 1 у садашњости заузети *чвршћу стратегију*, јер ће чврста стратегија данас подстакнути противнике да *pro futuro* заузму *мекшу стратегију*. Уколико, с друге стране, играч 1 има интерес у будућој парници, али и играч 2, против кога игра, *такође* има такав интерес, може се очекивати да ће *склонити поравнање*, тј. да ће заузети мекше стратегије које доводе до поравнања.

Истакнуто је да предвиђање претходног модела, у вези с трансакционим трошковима преговарања, није подударно са предвиђањем *Коузове теореме* – да ће појединци *приватним преговорима* решити проблем негативних екстерналија, ако преговарање не изискују високе трансакционе трошкове. Овим смо, у ствари, *избацили на површину* два дијаметрално супротна погледа на проблем преговарања: *оптимистички*, који се односи на *Коузову теорему* и *песимистички*, који се везује за тзв. *Хобсову теорему*. Као што је речено, песимистичко становиште одраз је *Хобсовог става* да ће појединци у преговорима међусобно примењивати најгоре претње, као и да је неопходно присуство трећег лица (*левиатан*) које ће применити принуду над њима и тако осигурати постизање договора. С друге стране, *Коузова теорема* одражава *оптимистички став*, да ће појединци самостално решити спор у вези с негативним екстерним ефектима, под условом да су трансакциони трошкови преговарања ниски. При том, навели смо и да обе теореме имају одређене практичне импликације у односу на *носиоце јавне политике* (законодавце, судије). Наиме, *Коузова теорема* имплицирала је да би спорови због угрожавања, или повреде својинских овлашћења, требало да се решавају у сврху *максимизације* укупног друштвеног благостања, и то *минимизацијом* укупних друштвених трошкова проистеклих из насталог спора. Да би судови остварили овај циљ, требало би да терет одговорности за накнаду штете приписују страни

у спору која штету може *избећи са најнижим трошковима*. С друге стране, *Хобсова теорема* имплицирала је да је, генерално узев, улога правних правила у минимизацији неефикасности, која је узрокована неуспешним преговорима, и то принудним отклањањем узајамних претњи преговарача. Обе теореме пружиле су одређену, веома корисну, поруку да оптимална јавна политика преговарања треба да балансира између ова два екстремна гледишта. При том, истакнуто је да се недостатак *Коузове теореме* испољава у занемаривању *стратегичког карактера преговарања*, док грешка *Хобсове теореме* произилази из пренаглашавања *непријатељског односа између појединаца*. У вези с тим, у раду смо прихватили став изложен у *Кутеровом, Марксовом и Мнукиновом* раду, да постоји могућност да се због високих трансакционих трошкова преговарања, убрза преговарачки процес и оконча постизањем споразума о поравнању. Но, с друге стране, чињеница је, такође, да је некад *принуда* потребна, јер појединци не могу успешно доћи до споразума, иако је он друштвено пожељан.

Ниједан од ових модела није озбиљно приступио питању *кредибилне претње* једне од странака (тужиоца), као и њеном утицају на вероватноћу склапања поравнања. Аутор који се бавио питањем кредибилне претње, у моделу асиметричних информација, јесте *Неилбаф*. Сада ћемо сумирати његове кључне ставове. Наиме, у стратегијском понашању у преговорима око склапања поравнања, једна странка (тужилац) може да *користи* претњу како би издејствовала повољнији износ поравнања од друге стране (туженог). Ако је вредност претње већа, онда је и сама претња *кредибилнија*. При том, претња може бити *остварива* или *неостварива*, тј. тужилац може заиста извршити претњу одласком на суђење или не, у зависности од очекиване вредности на суђењу. Ако је очекивана вредност од суђења *позитивна*, онда је претња *остварива*, и обрнуто. Основна идеја коју је *Неилбаф* истакао јесте да кредибилност претње може озбиљно да утиче на *преговарачку снагу* странке у процесу преговарања, и тиме, индиректно, на сам исход преговора. Другим речима, на основу расположивих информација, тужени шаље сигнал тужиоцу о вредности спора, а тужилац шаље сигнал туженом о томе колико је спреман да иде на суђење. Прва информација (*од туженог ка тужиоцу*) преноси се *одбијањем понуде за склапање поравнања*, а друга информација (*од тужиоца ка туженом*) *висином понуде за склапање поравнања*. Ако је претња *остварива*, тј.

ако би тужилац *заиста* могао да реализује претњу одласком на суђење, онда би ту поруку пренео туженом *повишењем* своје понуде за склапање поравнања. Повишеном понудом тужилац ограничава способност туженог да шаље лоше информације о вредности спора, чиме његова претња постаје кредибилнија. Овакво понашање преговарача имплицира да се *повећава вероватноћа склапања поравнања, ако се повећа новчана накнада на суђењу, тј. ако се повећа очекивана вредност од суђења за тужиоца. Овакав налаз потпуно је супротан Бебчуковом налазу да ће повећање очекиване вредности од суђења условити повећање вероватноће одласка на суђење.* Према Бебчуку, повећање очекиване вредности од суђења утиче да се тужилац понаша *агресивније* у преговорима око поравнања, услед чега се може очекивати да ће заиста и отићи на суђење. Ни резултати емпиријских истраживања нису подударни у погледу овог теоријског налаза (хипотезе).

Но, кредибилност претње зависи од сваког *конкретног спора*. Једино се може, на основу налаза из модела, оправдано очекивати да ће понуде за склапање поравнања, у различитим споровима, бити *нереално високе*, у циљу одржања кредибилности претње. Такође, може се очекивати да ће у споровима са ниским парничним трошковима, као и у споровима у којима тужилац има ниску (позитивну) очекивану вредност од суђења, постојати ниска вероватноћа склапања поравнања. Из тога произилази да политика подстицања поравнања не може имати *једнозначне ефекте* на све спорове.

Будући да су у раду, на основу наведених економских модела, јасно идентификовани фактори утицаја на (не)ефикасност закључења поравнања у процесу преговарања, с друге стране, наметнуло се питање осветљавања фактора који доприносе *(не)ефикасности парнице*, као редовног метода решавања спорова. При том, идентификација фактора који говоре у прилог ефикасности парнице, услед чега она постаје пожељнији метод решавања спорова у односу на непосредно преговарање, истовремено је значила осветљавање неких од недостатака преговарања. Другим речима, предности парнице истовремено су означавале недостатке непосредног преговарања, те се наметнула потреба за доношењем нијансираног става о пожељности једног или другог метода. Као што је речено, наша полазна теоријска хипотеза била је да је непосредно преговарање ефикаснији метод од парнице, те ћемо сада укрстити

аргументацију која иде у корист парнице са аргументацијом која иде у прилог преговарања и, потом, дати свој суд о пожељности политике која подстиче парницу, односно преговарање.

Пре свега, да поновимо, базични економски аргумент у прилог јавне политике подстицања и промоције преговарања и склапања поравнања, огледа се у чињеници да су импликације те политике *уштеда трансакционих трошкова суђења, првенствено, судских парничних трошкова*. Једноставније речено, одређена рационална (економска) логика уштеде трансакционих трошкова, стоји иза овакве јавне политике. Осим уштеде трошкова, поравнање је пожељније од судске пресуде, с обзиром на то да почива на *аутономији воље странака*, а не на *принуди*, као карактеристици државног (судског) апарата који спроводи парнични поступак и доноси пресуду. Другим речима, *доброволност*, као базична одлика процеса непосредног преговарања, утиче на то да је овај метод пожељнији од парнице. Такође, заступници *АДР* метода решавања спорова, а самим тим и непосредног преговарања, верују да су појединци у спору спремни да остваре *компромис*, упркос постојању поремећених узајамних односа. Руковођени рационалном логиком, то јест, логиком избегавања високих трансакционих трошкова парнице (суђења), висока је вероватноћа да ће појединци у спору остварити обострано прихватљив споразум, *који претежно означава прекид њихових лоших односа, али не и истинско помирење*. Истинско помирење између странака у спору не може се остварити уколико појединци следе *једино* економске интересе, чега, свакако, треба бити свестан.

Осим аргумената у корист непосредног преговарања, с друге стране, навели смо и најважније аргументе у прилог парнице, као пожељнијег инструмента јавне политике. Претежно све аргументе у корист парнице, а који се базирају на недостацима преговарања, *Овен Фис* систематично је разложио у четири целине. Да поновимо, реч је о: неравнотежи (дисбалансу) у снази (моћи) странака, услед њихових различитих материјалних могућности; одсуству ауторитативне сагласности; недостатку правног основа споразума о поравнању за наставак судског поступка; и непостизању правичних решења методом преговарања. Прво, стандардни економски модели посматрају преговарање и поравнање у *сенци права*, то јест, у *сенци очекиваног суђења и судске пресуде као исхода*. При том, основна претпоставка јесте да странке имају *једнако*

*богатство*, што значи да се питање различитих материјалних могућности странака не узима се у обзир. Управо занемаривање богатства странака у економским моделима, створило је основ за формулисање критичких ставова према закључцима, изведеним из тих модела. Сем тога, критика је усмерена у правцу *моралне (не)прихватљивости* споразума који су последица дисбаланса у преговарачкој снази услед неједнаког богатства. Коначно, *Фис* се супротставио могућности да сиромашна странка надокнади трошкове из новчаног износа (добијене) пресуде, будући да се тиме нужно не успоставља материјална једнакост. Успостављање материјалне једнакости између странака могу угрозити адвокати, будући да су подстакнути да наплате *што је могуће виши износ новца* на основу пресуде донете у корист њиховог клијента (сиромашног тужиоца). У раду смо истакли да, на основу ових аргумената, *Фис* промовише *парницу*, као примарни метод решавања спорова, с обзиром на чињеницу да судија, као непристрасно треће лице, може отклонити последице дисбаланса у материјалним могућностима странака. Постоји низ процесних механизма, у америчком праву, којима би судија могао да успостави равнотежу између две странке неједнаких материјалних могућности, као што је, рецимо, *позивање судских сведока*. Када је реч о нашем праву, постоји могућност да странка оствари једнако право на правну заштиту путем процесне установе *потпуног или делимичног ослобођења од претходног плаћања парничних трошкова* (тзв. *сиромашко право*).

Други аргумент у корист парнице односи се на добро познати *принципал–агент проблем*. Наиме, с обзиром на могућност да адвокат (агент) не поступа у интересу свог клијента у току преговора око склапања поравнања, склопљено поравнање може ићи на штету клијента (принципала). У раду смо навели да се овај проблем нарочито усложњава у случају *заступања чланова организација или група*. Тада се може поставити питање *овлашћења* за заступање у преговорима око склапања поравнања са трећим лицима, али и питање *сагласности са садржином склопљеног поравнања*. Посебно се недостатак јасних правила у вези с начином одобравања закључених споразума о поравнању, испољава код тзв. *групних парница (class actions)*.

Треће, у стандардним економским моделима полази се од тога да је поравнање, као исход преговарања, супституција пресуди, као исходу суђења, и

обрнуто, не узимајући у обзир чињеницу да се *пресудом у првом степену* не окончава парнични поступак. Ово је грешка, будући да поравнање не може да представља, економски жаргоном речено, *савршени супститут* првостепеној пресуди. Реч је о веома рестриктивној претпоставци.

Четврто, навели смо да је *Фис* доследни апологета *правде, а не мира*, тј. *правичног, а не мирног решења спора*. Сем тога, *Фис* види парницу претежно као *јавноправну установу*, за разлику од *АДР* заступника који на парницу више гледају као на *приватноправну установу*. Апострофирали смо да ови различити погледи на природу парнице чине *линију раздвајања* између *Фиса* и његових истомишљеника, с једне стране, и *АДР* заступника, с друге стране. За *АДР* заступнике, парница је само један од *могућих метода решавања спорова*. Ако би парница била неефикасна, према интелектуалном расуђивању *поклоника алтернативе*, требало би прибећи другим методима решавања спорова, првенствено *преговарању*. С друге стране, поборници парнице адјудикацији придају шири смисао, који се огледа у томе да би стварност требало приближити одређеним идеалима, уз помоћ државне принуде. Ови теоретичари сматрају да се дужност судије не испољава у максимизацији циљева (користи) појединачних странака, нити осигурању мира међу странкама у спору, већ у доношењу *правичних решења*. При том, истакли смо да *Фис* не оспорава нужност растерећења судија од превеликог броја предмета, као једног од кључних разлога промоције *АДР* метода, али да *заобилажење парнице* има своју цену и, при том, носи одређену опасност.

Пети разлог, наведен у раду, против политике подстицања преговарања и поравнања односи се на *повреду јавног поретка* склапањем поравнања. Наиме, постоји могућност да странке, обостраном сагласношћу воља, желе да изиграју јавни поредак *склапањем поравнања*. Шести разлог против ове политике односи се на могућност да склопљено поравнање *има утицаја и на трећа лица ван уговорног односа*. Поравнање може, економским жаргоном речено, *генерисати негативне екстерне ефекте* на лица ван конкретног уговорног односа, те се поставља питање њихове *ефикасне интернализације*. Седмо, критика уперена ка политици преговарања и поравнања користи још један аргумент да судска пресуда представља *позитивну екстерналију*. Наиме, друштвена корист парнице огледа се у томе да трећа лица могу користити *информације* из донетих судских

пресуда, ради каналисања сопственог понашања. Следи да већи број склопљених поравнања смањује количину корисних информација, тј. смањује количину произведених јавних добара. Будући да решавање спорова алтернативним путем смањује производњу јавних добара, јасно је да корист од те производње не оправдава уложене трошкове. Произилази да, економским жаргоном речено, таква *инвестиција* у судски апарат није исплатива, с обзиром на то да новац одлази на решавање спорова поравнањем, а не пресуђењем. Највећу корист од те *инвестиције* имају странке које окончавају спор поравнањем, а које не производи позитивне екстерне ефекте попут пресуде. Такође, производња пресуда, као јавних добара, *испод друштвеног оптимума*, може генерисати још једну негативну последицу. Она се испољава у повећању *правне несигурности*.

Као што је више пута у раду поновљено, протагонисти политике поравнања акценат стављају на *транзакционе трошкове парнице (суђења)*, као фактор подстицаја појединаца да одустану од покретања поступка. За *АДР* заступнике, ови трошкови имају *инструменталну улогу*, будући да се њима може утицати на појединце да се окрену *алтернативи*, као пожељнијој варијанти. Истакли смо и став ових теоретичара да производња јавних добара (пресуда) не мора, нужно, бити корисна. Превише произведених информација може негативно утицати на сигурност појединаца. С друге стране, ако би подстицањем поравнања на уштрб парнице, дошло до повећања правне несигурности, а која би условила учесталије покретање поступака, у том случају би новопокренути поступци *произвели* додатне корисне информације, *чиме би се смањила почетна повећана правна несигурност*.

Закључили смо да *АДР* заступници претежирају коришћење *транзакционих трошкова суђења (парнице)* као инструмента којим би се обесхрабрили појединци да се упусте у парницу и, на тај начин, окренули преговарању и склапању поравнања. *За њих је смањење броја постојећих спорова пожељан циљ, који се остварује повећањем парничних трошкова*. С друге стране, критичари политике поравнања наглашавају негативне аспекте поравнања и позитивне аспекте суђења. *За њих је спречавање настанка спорова, повећањем правне сигурности, пожељан циљ*.

Изношењем наведених ставова желели смо да осветлимо, и јасно идентификујемо, разлике у мишљењу припадника различитих школа. Закључили смо да *АДР* заступници базирају своје становиште на *економским подстицајима*, који произилазе из повећаних трансакционих трошкова парнице, и коришћењу *алтернативне институције (поравнања)*, која генерише ниже трошкове у односу на суђење. Очито, овде је реч о *економској аргументацији*, која полази од реалног становишта да у друштву *увек* постоји одређени број спорова, који би требало свести на друштвени оптимум. Поравнање, управо, томе служи, тј. има инструменталну улогу, те политика која промовише *АДР* методе решавања спорова, постаје пожељна политика. Заступници парнице у њој виде инструмент *остварења правне сигурности*, као вредности која би за последицу требало да има смањење спорова у друштву.

У раду смо прихватили тезу да судске пресуде представљају неку врсту јавних добара, чиме смо исказали сопствене преференције у погледу вредности парнице. Прихватили смо *одређену, али не сву*, аргументацију поклоника парнице, која је својом снагом и убедљивошћу довела до исказивања таквих преференција према парници. Међутим, основно питање за нас било је питање *приоритета у остварењу одређених циљева*, а које је сагледано кроз призму нашег правног система, и у његовом оквиру, парнице и, нарочито, њене ефикасности. Полазећи од тога, извели смо закључак да снижење укупних друштвених трошкова парничног поступка, посебно у земљама са неефикасном парницом, попут наше, свакако, представља приоритетан циљ. У том смислу, чини се да је, генерално узев, аргументација заступника *АДР* метода *убедљивија*, упркос признавању вредности одређеним ставовима *Овена Фиса* и других теоретичара, поклоника парнице. Чак и да смо формирали другачије становиште које би превагнуло у корист парнице, неспорно би било да је аргументација *АДР* заступника *кориснија*, посебно у контексту ефикасности парнице у оквиру нашег правног система. У питању је, као што је речено, *економска аргументација*, по којој остварење одређеног циља увек подразумева плаћање одређене *цене*, то јест, нечега се мора одрећи ради постизања одређеног циља. Ми смо *побољшање ефикасности парничног поступка* у Србији видели као приоритетан циљ, с обзиром на општепознате ставове да овај поступак конзумира значајне ресурсе парничних странака и државе, а *АДР* методе као



инструмент за реализацију тог циља. Чини нам се да *АДР* методи представљају погодно средство побољшања ефикасности парнице, о чему сведочи и пракса у Америци.

У раду смо, на неколико места, истицали да се озбиљно морају узети у обзир истраживања *БПЕ*, која оспоравају претпоставку људске рационалности – претпоставку на којој се базирају стандардни економски модели. Показано је да *обликовање различитих опција утиче на изборе, из чега следи да парничари не доносе нужно одлуке на основу трошкова и користи различитих опција, тј. на основу очекиване вредности од суђења и поравнања*. Даља импликација овог налаза *Канемана* и *Тверског* огледала се у томе да је за *тужиоце* поравнање прихватљивије у односу на *тужене*. Потврда ове тезе дата је на основу истраживања којима је доказано да тужиоци процењују исплату на основу поравнања као *добитак*, док тужени такву исплату процењују као *губитак*. На основу тога, следи да тужиоци имају *већу аверзију према ризику*, те им је исплата на основу поравнања прихватљивија, док су тужени спремни да *прихвате ризик* и упусте се у парницу до доношења пресуде. Другим речима, за тужене је очекивана исплата на основу пресуде прихватљивија у односу на процењени сигуран губитак на основу поравнања. Оваква истраживања подривају стандардну претпоставку у економским моделима да се појединци понашају увек *рационално*. У вези с тим, постоје истраживања, која не само да су довела у питање претпоставку рационалности појединаца, већ су отишла корак даље, тиме што су доказала да су одлуке појединаца детерминисане и другим факторима, попут *правичности*. Затим, стандарди економски модели фокусирају се на *исходе*, тј. на очекивани новчани износ од *поравнања* и очекивани новчани износ од *судске пресуде*. Но, у раду је отворено и питање да ли је благостање појединаца (парничара) детерминисано једино *новцем*, оствареним поравнањем, односно судском пресудом. Подржали смо став да, сем новца, и други фактори могу утицати на благостање појединаца, као што је примера ради, *могућност учествовања у судском поступку*.

Сва ова емпиријска истраживања јасно су показала да појединци, у улози парничара, не максимизирају једино богатство, већ теже *максимизацији и других вредности*. То значи да се функција корисности парничара, осим богатства, мора проширити и *детерминантама неекономске природе*. Но, наглашавамо да

ова истраживања нису уперена на *рушење и подривање* налаза стандардних економских модела, већ, напротив, на њихово додатно разјашњење и стварање основе да се модели допуне новим претпоставкама. Све у свему, налази *БПЕ*, по нашем мишљењу, а које је формирано на основу објашњавајуће снаге ових налаза, представљају базу на којој ће се даље развијати економска анализа права, као методолошки развојна дисциплина. Рационалност појединаца (парничара) не може представљати неспорну претпоставку.

На основу трећег специфичног циља истраживања, поставили смо **посебну хипотезу да медијација**, као један од основних *АДР* метода, у значајној мери може допринети *Парето* ефикасном решењу спора, отклањањем препрека (баријера) у преговарању између странака и, при том, представља ефикаснији метод решавања грађанскоправних спорова у односу на парницу, као редован метод.

Када је реч о тези да медијација може, у значајној мери, допринети *Парето* ефикасном решењу спора, отклањањем препрека у преговарању између странака, у литератури *ЕАП* пронашли смо веома убедљиву аргументацију *Мнукина*, који издваја неколико баријера ефикасном решењу спора у смислу *Парета*. Реч је: стратегијском понашању странака у спору; принципал–агент проблему; когнитивним факторима, идентификованим од стране бихејвиориста; и реактивној девалвацији. Пре свега, речено је да медијатор може помоћи странкама да избегну некооперативно решење игре, које је *узроковано њиховим стратегијским понашањем*. Да би остварио овај циљ, услов је да стекне *поверење* оба преговарача, а које гарантује *откривање* њихових правих потреба и интереса. Само уколико је медијатор успео да *допре* до базичних потреба и интереса страна у спору, може се очекивати да ће им својим вештинама преговарања помоћи да увећају колач, али и да га поделе. Друго, када је реч о *принципал–агент проблему*, речено је да медијатор може бити од велике користи у његовом превазилажењу. У раду је наведен пример да адвокати страна у спору могу бити снажно подстакнути да иду на *суђење*, посебно ако су плаћени по сату радног времена. Но, будући да би парничне трошкове, у случају овог метода плаћања, сносили *клијенти, а не адвокати*, дошло би до колизије интереса принципала и агента. Ову колизију интереса могао би да отклони, или барем ублажи, медијатор, уколико би странке пристале на овај вид решавања

спорова. Наиме, *медијатор* би могао да помогне странкама да увиде да је њихов заједнички интерес у заобилажењу плаћања парничних трошкова и окретању преговарању и склапању поравнања, као алтернативи. Једино би медијатор могао да окрене странке преговарању, будући да се не може очекивати од адвоката, снажно подстакнутих одласком на суђење, да то учине. Затим, када је реч о *когнитивним баријерама*, речено је да аверзија према губитку и обликовање избора између више опција, могу негативно утицати на исход преговора. С тим у вези, медијатор би могао да *преобликује* изборе који се налазе пред странкама. Преобликовање избора, медијатор може постићи *ублажавањем* негативне перцепције странака да је уступак који води ка поравнању сигуран губитак и *наглашавањем позитивних ефеката* алтернативног решења спора. Коначно, у случају *реактивне девалвације* – појаве да једна страна у преговорима *умањује* актуелну вредност понуде или уступка друге стране, нарочито ако између њих постоје *непријатељски односи*, у раду је објашњено да је улога медијатора и више него корисна. Медијатор може, у одвојеним разговорима са странама у спору, да установи и открије њихове интересе и потребе и, на бази тога, формулише предлог који би био прихватљив за обе стране, чиме би отклонио, или ублажио, појаву реактивне девалвације.

У раду је истакнуто и постојање могућности да странке не закључе споразум о поравнању, иако корист од размене постоји, или супротно, да странке непотребно исцрпљују себе у дугачким преговорима, иако корист од размене реално не постоји. Као што је речено, разлог постојања оваквих могућности јесте *негативна селекција узрокована асиметријом информација*, која за последицу има стратегијско понашање преговарача, у *смислу прикривања приватних информација*, или *лажног представљања тих информација другој страни*. На питање да ли медијатор, као неутрално треће лице, може исправити неефикасност генерисану асиметријом информација између преговарача, одговор је потражен у теорији *ЕАП*. Проучавање литературе *ЕАП*, омогућило нам је да издвојимо *три* начина за ублажавање негативне селекције од стране медијатора: увећање трошкова стратегијског понашања подстицањем да се преговори прекину ако нема користи од размене; подстицањем да странке поделе презентовану корист од размене мање-више на једнаке делове; и

омогућавањем да једна страна пренесе одређене сигнале другој страни о вредности њене резервационе цене.

Прво, навели смо да ако, у одвојеном и поверљивом разговору, медијатор сазна презентовану вредност резервационе цене једне стране, при чему та вредност *не премашује* презентовану вредност резервационе цене друге стране, *могао би да подстакне обе стране на прекид преговора*. Суочени са могућношћу прекида преговора од стране медијатора, преговарачи би добили подстицај да *истинито* искажу вредности својих резервационих цена. У раду смо навели један од могућих начина за креирање таквих подстицаја, а то је постављање *временског лимита* за окончање преговора. У том случају, ако у тачно одређено време преговори не би били окончани, медијатор би објавио прекид преговора. При том, ова ситуација посматрана је из *ex ante* перспективе, тј. из перспективе да један случај може утицати да остале случајеве *pro futuro*. На тај начин смо увидели да *кредибилна* објава прекида преговора од стране медијатора, постављањем временског лимита, ствара подстицаје странкама, у неким будућим случајевима, да *раније и озбиљније* приступе преговорима. Овакво понашање медијатора, у крајњој инстанци, смањује и трошкове преговарања. Но, поред постављања временског лимита, поставили смо и питање *других метода* који медијатору стоје на располагању. С тим у вези, навели смо да странке могу унапред, у *уговору*, постићи сагласност да ће прекинути преговоре, ако би тако наложио медијатор. Затим, медијатор би могао да *одбије откривање резервационих цена преговарача*, чиме би смањио подстицаје за даље преговарање. Коначно, навели смо и једну, не баш популарну, стратегију коју би медијатор могао да примени, а то је *подстицање непријатељства* међу преговарачима. Друго, речено је да ако би медијатор пренео једној страни само информације о понуди друге стране којом се дели потенцијална корист од размене на мање-више једнаке делове, креирали би се подстицаји за истинитим исказивањем резервационих цена. Треће, објашњено је да ако би информације добијене од преговарача *A*, медијатор пренео *непрецизно* преговарачу *B*, тада би преговарач *B* био подстакнут да *прецизније* открива информације. Ово посебно долази до изражаја када је реч о *преговарачима неједнаке моћи*. Наведен је пример да ако резервациона цена купца износи *900 динара*, медијатор не би требало да пренесе продавцу стварну вредност од *900*

динара, већ да употреби истиниту, али непрецизну изјаву типа „резервациона цена купца износи нешто мање од 1.000 динара“. С једне стране, продавац и купац имају интерес да не откривају своје резервационе цене, док с друге стране, имају заједнички интерес да избегну скупо преговарање, када не постоји простор за поравнање. Слањем оваквих непрецизних сигнала од стране медијатора, у суштини, балансира се између ова два фундаментална интереса преговарача.

Навођење свих ових начина имало је за циљ да укаже да медијација представља ефикаснији метод минимизације друштвене неефикасности преговарања, генерисане негативном селекцијом и асиметријом информација, у односу на метод преговарања базиран на принципу узми или остави, који не укључује медијацију. Но, у раду је истакнуто да медијација не може у потпуности елиминисати проблем негативне селекције и асиметрије информација, већ једино може допринети ублажавању тог проблема. При том, наведено је да медијација повећава друштвену корист од преговарања на тај начин што креира подстицаје за максимизацију очекиване користи од размене, под условом да преговарачи не знају своје резервационе цене. У питању је *ex ante* процена ефикасности, у којој игра са медијацијом доминира над игром без медијације. С друге стране, када преговарач зна сопствену резервациону цену, али не и резервациону цену другог преговарача, игра са медијацијом престаје да доминира над игром без медијације, а не може се рећи ни да ова друга доминира над првом. Сходно томе, истакнуто је да би било друштвено пожељно да стране прихвате медијацију док не сазнају своје резервационе цене. Природна претпоставка, у овом случају, јесте да стране имају могућност да добровољно приступе преговорима око начина решења спора. Но, оне често немају такву могућност, све док не науче (спознају) своје резервационе цене. Но, када спознају резервационе цене, прихватање медијације, као начина решења спора, бива доведено у питање. Другим речима, у тој фази, након спознаје резервационих цена, може бити касно за добровољни одлазак на медијацију, с обзиром на то да може отпочети стратегијска борба између странака. Зато се у теорији ЕАП разматра могућност обавезивања странака да покушају да спор реше медијацијом, будући да то добровољно неће учинити. Управо смо питању увођења обавезне медијације посветили посебну пажњу, с обзиром на дебат

која се у нашој земљи води у вези с тим питањем. Хтели смо да испитамо да ли је увођење обавезне медијације оправдано, пре свега, са економске тачке гледишта, и при том, у литератури пронашли одређене аргументе који иду у прилог тој тези. Управо могућност да странке одбију учешће медијатора, која се повећава са спознајом резервационих цена, указала је да постоји *снажан економски аргумент у прилог увођења обавезне медијације, у случају негативне селекције*. Осим овог економског аргумента, издвојили смо и друге аргументе, које смо пронашли у литератури која се бави овом проблематиком. Реч је следећим аргументима: медијација, генерално гледано, има високу стопу успешности; затим, сам покушај увођења обавезне медијације не може да штети и нанесе неке штетне ефекте; успех медијације не доводи се у питање чак и у случајевима када судија *наређује* странкама да иду на медијацију; увођење обавезне медијације треба да допринесе даљој *афирмацији* оних одлика медијације због којих је и стекла популарност, као што су: брзина решавања спорова, неформалност поступка, приватност, економичност, смањење тензија, напетости и страха међу странкама, итд.

С друге стране, навели смо један од базичних аргумената *против* увођења обавезне медијације, а који се огледа у томе да постоје случајеви који једноставно нису подобни за медијацију. Као пример је послужио однос између страна у спору који укључују *насиље*. Даље, истакли смо и други базични аргумент – да увођење обавезне медијације може поткопати темељни принцип на коме је она изграђена – *принцип добровољности*. Затим, трећи аргумент против обавезне медијације јесте да њеним увођењем у правни систем једне земље настају *додатни трошкови*. Такође, у случајевима када медијација не би уродила плодом, резултат тог неуспеха огледао би се у *непотребном расипању ресурса*. Надаље, наведено је да у поступку медијације може доћи до *злоупотребе моћи једне стране*, у смислу наметања таквог решења које другој страни не одговара, нарочито ако медијацију води неискусан или недовољно обучен медијатор. Најзад, навели смо и аргумент да, у екстремном смислу, стварање система, заснованог на доминацији медијације над редовним судским поступком, може угрозити *принципе правде* на којима, између осталог, почива тај поступак, пре свега: транспарентност, одговорност и јавност.

Када је реч о *проблему моралног хазарда*, показали смо како *игра заједничког улагања*, поред *игре борбе полова*, може послужити за разумевање улоге медијатора у ублажавању овог *проблема*. У *игри борбе полова*, улога медијатора је у томе да *промени веровања играча (младића и девојке)*. Речено речником теорије игара, медијатор мења веровање једног играча о томе како ће се понашати други играч. У *игри заједничког улагања*, медијатор помаже играчима (предузећима) да координирају своје активности, тј. да *се заједнички труде* и, на тај начин, остваре заједничку продају производа. С тим у вези, интересантно питање, истакнуто у раду, било је и *питање добровољног или обавезног прихватања медијације у игри заједничког улагања*. Истакнуто је да, генерално у игри са медијацијом у случају *моралног хазарда*, опасност да странке одбију медијацију не постоји, будући да не поседују приватне информације, што значи да се не могу понашати на стратегијски начин. Закључено је да *разматрање увођења обавезне медијације, ради ублажавања проблема моралног хазарда није потребно, будући да играчи имају јаке подстицаје да, на добровољној основи, прихвате неки вид медијације*. При том, теоријски гледано, раздвајање проблема моралног хазарда од проблема негативне селекције, омогућило је формулисање снажног економског аргумента у прилог увођења обавезне медијације, пре свега, ради минимизације друштвене неефикасности преговарања, генерисане присуством приватних информација. Будући да приватне информације представљају генератор негативне селекције, овај економски аргумент важи само у том случају, *али не и у случају моралног хазарда*.

Посебно смо истакли да медијатор може помоћи и у отклањању других препрека ефикасном решењу спора, као што је *опште знање*. Да поновимо, опште знање подразумева да је нека битна чињеница, рецимо, *вредност резервационе цене*, позната обема странама у преговорима. Штавише, један преговарач зна да је ова чињеница позната другом преговарачу и, при том, зна да други преговарач зна да је њему (првом преговарачу) позната ова чињеница. Управо присуство тих информација вишег реда, које од основних информација стварају *опште знање*, отежава или доводи до прекида преговора. Рецимо, претња разводом од стране супруга може додатно угрозити постојећи однос и, у крајњем, заиста довести до развода, иако је та претња била усмерена на *промену*

постојећег односа. Разлог је што комуникација претњом развода брака преноси и информације вишег реда. Конкретније речено, након упућене претње, супруга зна да њен супруг размишља о разводу. Поред тога, супруг зна да његова супруга зна да он размишља о разводу. Са таквом информацијом вишег реда, супруга вероватно неће желети да унапреди однос са супругом, иако је то била његова базична намера. С друге стране, будући да супруг зна да она зна да он размишља о разводу, чак и уколико би она била спремна на одређени уступак, он не би био уверен да она заиста то и жели. С обзиром на такво његово веровање, ни он не би био спреман на уступак и унапређење односа у браку. Према томе, опште знање о базичној информацији (о претњи разводом) угрожава могућност унапређења односа у браку и, у крајњој инстанци, могућност очувања самог брака. Управо медијатор може индиректним питањима, или нешто директнијим питањима, да подстакне супругу на размишљање да ли је њена постојећа *БАТНА* заиста најбоља алтернатива. Поента је да медијатор пренесе само основну информацију (претња разводом), која олакшава договор, а *спречи* пренос информација вишег реда, које ометају преговоре, или *одржи неизвесност* код обе стране о тим информацијама. *Медијаторова фиктивна поверљивост* у одвојеним разговорима са обема странама помаже да се очува неизвесност око информација вишег реда.

Речено је да се *оштра стратегија преговарања*, која подразумева коришћење лажи, претње, обмане и слично, гледано из угла странака, може показати као корисна стратегија у преговорима. Одабир ове стратегије одвија се по принципу *циљ оправдава средство*. Но, поставили смо питање последица заузимања овакве стратегије. У том случају, истакнуто је да преговори могу бити *заустављени*, или се *продонгирати*, или резултирати неким видом споразума, који није *најефикаснији у Парето смислу*. Такође, одабир оштре стратегије може довести и до још *веће ескалације конфликта*. Све у свему, апострофирано је да различите тактике преговарања, у циљу навођења друге стране да прихвати услове договора који јој не иду у прилог, у основи, имају за последицу *дисторзију размене информација*, која даље доводи до нарушавања могућности за постизање ефикасног договора, или договора уопште. Према томе, бројне негативне последице одабира оштре стратегије преговарања указале су да је преговарачима потребна помоћ *трећег неутралног лица*.



Истакнуто је да, у мери у којој медијатор може помоћи странама у спору да *кооперативно* приступе решењу проблема, и у мери у којој медијатор може *смањити или ублажити стратегијску борбу* између њих, може се очекивати *смањење трансакционих трошкова преговарања*. Но, поред *смањења трансакционих трошкова преговарања*, може се очекивати и *изналажење нових могућности* да преговарачи реше спор на ефикаснији начин. Услов *изналажења нових могућности размене* јесте да медијатор *открије информације* од преговарача у одвојеним разговорима и да, потом, изврши трансмисију истих, на начин који неће угрозити принцип поверљивости.

Даље, у раду смо указали да добро обучен медијатор може *ојачати конвергенцију* у очекивањима страна у спору у вези са судским исходом на различите начине. Прво, медијатор може да *побољша проток информација* између страна у спору. Затим, уколико је претерани оптимизам последица недостатка адекватних информација, медијатор може да допринесе попуњавању тих празнина у знању. Навели смо пример да ако тужилац процењује да има великих изгледа на успех на суђењу, будући да није узео у обзир расположиве *статистичке податке* у вези са сличним случајевима, а који се односе на износ парничних трошкова или фреквенцију успеха тужилаца, медијатор може да му предочи те податке. Закључак из овог дела рада јесте да медијатор може помоћи странама у спору да *приближе* своја очекивања по питању судског исхода и, да на темељу реалније процене тог исхода, приступе решењу спора.

Када је реч о тези да је медијација, као основни и посебан *АДР* метод, ефикаснија од парнице, у раду су наведени *Шавелови* аргументи који поткрепљују ову тезу. При том, наведено је да *Шавел* посматра одвојено *ex ante* и *ex post АДР* методе, мислећи претежно на медијацију и арбитражу. На овом месту, сумираћемо његове налазе, прво у погледу *ex ante АДР* метода, а затим и у погледу *ex post АДР* метода.

Прво, закључење *ex ante* споразума о примени неког *АДР* метода може допринети *смањењу укупних трошкова које генерише решавање једног спора и смањењу ризика одласка на суђење*, када је реч о странкама које имају аверзију према ризику. Друго, *ex ante* споразум о коришћењу *АДР* метода може бити користан за обе стране, с обзиром на то да може пружити *подстицаје ка њиховом ефикаснијем понашању*, а које генерише већу заједничку корист. Под

тима се мисли, пре свега, да су странке подстакнуте да ефикасније извршавају уговорне обавезе у погледу поштовања одређених стандарда. У раду је показано да странке имају јак подстицај да унапред, на доброволној основи, уговоре медијацију ради редукације друштвене неефикасности генерисане моралним хазардом. Трећи Шавелов аргумент, у прилог *ex ante* АДР споразума, огледао се у томе да његово склапање може смањити учесталост самих спорова. Рецимо, да би смањиле фреквенцију спорова, странке могу предвидети да је у случају спора обавезна примена арбитраже или медијације, и да је искључена могућност покретања судског поступка. Овај аутор закључује да, ако се занемари постојање асиметричних информација и негативних екстерних ефеката, генерално гледано, може се рећи да би требало подстицати *ex ante* уговорене АДР методе.

Када је реч о *ex post* АДР методима, Шавел уводи један фактор који може знатно утицати на избор између склапања поравнања, одласка на суђење или одласка на алтернативни поступак, а то је предиктибилност алтернативне одлуке у погледу карактера судске пресуде. Рецимо, у моделу добровољног АДР-а, под претпоставком да на основу алтернативне одлуке могу у потпуности предвидети судску пресуду у погледу новчаног износа накнаде штете, странке никада неће изабрати одлазак на суђење. С друге стране, у истом моделу, под претпоставком да на основу алтернативне одлуке не могу предвидети судску пресуду у погледу новчаног износа накнаде штете, странке никада неће изабрати АДР са одлуком која не обавезује, док сви други избори долазе у обзир. Овакво понашање странака има важне импликације на учесталост суђења и поравнања. Рецимо, у првом случају, учесталост суђења износиће 0%, а поравнања ће се нешто мање склапати у овом моделу у односу на модел без АДР-а, будући да ће странке, понекада изабрати АДР, а не моментално склапање поравнања. Према томе, Шавел је прецизно показао да снага предвиђања одлуке донете у алтернативним поступцима у погледу карактера судске пресуде, битно детерминише изборе странака у погледу суђења, поравнања, или одласка на АДР, а самим тим и на фреквенцију истих. С тим у вези, можемо издвојити један од важнијих налаза, а који гласи да је у моделу добровољног АДР-а већа фреквенција покретања поступака него у моделу обавезног АДР-а, ако алтернативна одлука нема предиктибилну снагу. Разлог су трошкови обавезног

учешћа у *АДР поступку*, а који повећавају укупне трошкове тужиоцима. Супротно, *ако алтернативна одлука има предиктибилну моћ*, у моделу обавезног *АДР*, тенденција ка покретању поступака јесте виша него у моделу добровољног *АДР-а*. До тога долази, јер је очекивани нето добитак тужиоца у овом моделу *већи* него у моделу добровољног *АДР-а*. Очекивани нето добитак је *већи*, пошто су, према базичној претпоставци, *нижи АДР трошкови од трошкова суђења*. При том, ако једна од странака, или обе, имају *аверзију према ризику*, избор *поравнања* постаје најатрактивнији. Разлог је једноставан – ако се странке одмах поравнају, *избећи ће ризик* који носи суђење, или учествовање у *АДР-у*. Такође, ако се пође од претпоставке да је износ накнаде штете мање подложен варијацијама у алтернативном поступку него на суђењу, *избор АДР са одлуком која обавезује ће смањити ризик*. Сходно томе, *странке, које имају аверзију према ризику, изабраће АДР са одлуком која обавезује уместо суђења*. Друга последица јесте да ће *странке, које имају аверзију према ризику, након окончања алтернативног поступка, радије бирати поравнање у односу на суђење*. Овакви избори мењају и фреквенцију суђења – она ће се, свакако, смањити.

Када је реч о *ex post споразуму о коришћењу АДР-а*, као што је речено, *Шавел* ставља под знаком питања могућност да споразуми закључени након настанка спора могу повећати благостање странака. *Неефикасни подстицаји у погледу превенције штете, увећање парничних трошкова и неоптимална фреквенција суђења, представљају разлоге због којих Шавел износи сумњу у погледу рационалности увођења АДР-а пре суђења*.

Очито је да *Шавел* фаворизује добровољне *АДР* методе у односу на обавезне *АДР* методе, полазећи од критеријума максимизације благостања странака. Но, у раду смо истакли да његов модел *АДР-а* (добровољног и обавезног) запоставља чињеницу да странке *нису увек рационалне*. С друге стране, *стратегијска интеракција између странака*, а која није узета у обзир у овом економском моделу, доводи у питање његову сугестију да стране у спору могу саме, без асистенције са стране, да размене информације. Стога, наша препорука јесте да се налази овог аутора не смеју прихватати *здраво за готово*. Но, *Шавел*, с правом, примећује да државне субвенције у алтернативне поступке, поред већ субвенционисаних редовних поступака, могу довести само

до претераног ангажовања странака и у једном и другом поступку. Такво решење, свакако, није пожељно са друштвеног аспекта.

Све у свему, у Шавеловој аргументацији налазимо потврду тезе да су *ex ante* АДР методи (медијација, арбитража) ефикаснији од парнице, будући да увећавају благостање странака. *Доброволност* је оно што издваја *ex ante* АДР *методе* и пружа им одређену предност у односу на парницу, поред општепознате чињенице да су, генерално узев, *јефтинији* за странке. Када је реч о *ex post* АДР *методима*, овај аутор пружио је убедљиву аргументацију да њихово нормирање, као обавезне фазе пре суђења, може повећати укупне трошкове, повисити фреквенцију суђења и негативно утицати на благостање странака у смислу снижене превенције. Ово су јаки економски аргументи у прилог неприхватања нормирања алтернативних поступака као обавезне фазе пре суђења.

Коначно, и *емпиријска истраживања* јасно потврђују да је медијација ефикасан метод решавања спорова и, тиме, индиректно указују на одређено преимућство медијације над парницом, али и другим методима. Поновићемо најважније налазе.

Прво, истраживања су потврдила следеће: медијатор у великој мери може допринети постизању споразума између страна у спору; странке су најчешће задовољне постигнутим споразумом у медијацији; медијатор може обезбедити висок степен сагласности страна у спору, итд. Оваква позитивна и афирмативна улога медијатора између странака у спору, свакако, може допринети његовом ефикаснијем разрешењу. Тиме су, генерално узев, пружени одређени докази у прилог ефикасности медијације, као посебног АДР метода. При том, како су указала бројна истраживања, ефикасност медијације посебно долази до изражаја у следећим случајевима: када су у питању *спорови умереног интензитета*; када су странке *високо мотивисане* да дођу до обострано прихватљивог решења и ако постоји *висока посвећеност* странака да спор реше медијацијом; уколико стране у спору имају *довољно материјалних средстава* да спор реше медијацијом; ако су странке *приближно једнаке преговарачке моћи*, и др. Даље, истраживања су указала и на постојање *позитивне корелације* између напора медијатора у преговарачком процесу да побољша комуникацију између радника и послодаваца, најчешће путем *одвојених разговора са њима*, и

склапања поравнања. Такође, одређена истраживања су показала да *антиципирана и стварна интервенција медијатора* имају различити утицај на ниво сарадње између страна у спору различитог интензитета и, консеквентно, на могућност склапања споразума. Једном речју, стварно или антиципирано присуство медијатора може бити од кључног значаја у погледу комуникације (размене информација) између странака у спору, а од које претежно зависи његов позитиван или негативан исход.

Као што је у раду наведено, постоје и истраживања ефикасности медијације у односу на друге методе решења спора, а пре свега у односу на неке хибридне методе, попут *мед-арба*. Резултати истраживања показују да између страна у спору постоји нижи степен непријатељства и да су стране биле у већој мери ангажоване на решавању спора у *случају стандардне форме медијације-арбитраже* (када медијатор преузима улогу арбитра) у односу на *стандардну медијацију*. Резултати овог истраживања свакако имају значајне практичне импликације, будући да указују на то *каква процедура решавања спора* ствара јаку *мотивацију* код страна у спору да исти реше споразумом и да оставе добар утисак на медијатора.

Медијација, свакако, има својих недостатака, а који се претежно везују за *медијатора и његове погрешне процене*. Истраживања су показала и да медијатор примењује различите тактике преговарања, у зависности од тога како су обликовани његови избори између више могућих стратегија – да ли као *добитак* или *губитак*. Очито је да су та истраживања потврдила делотворност *теорије проспекта Канемана и Тверског*. У раду смо навели резултате још једног истраживања, којим је потврђено да медијатори показују *претерани оптимизам* у погледу исхода спора. Због тога смо апострофирали да би улогу медијатора у преговарачком процесу ваљало сагледати реалније и избегавати доношење олакших судова да су медијатори у могућности да отклоне *све* баријере у постизању ефикасног решења. Но, на основу изложених теоријских и емпиријских доказа, можемо закључити да медијатори у *значајној мери* могу допринети *Парето* ефикасном решењу спора, отклањањем препрека (баријера) у преговарању између странака. При том, ако узмемо у обзир све наведене компаративне предности медијације у односу на парницу, следи да је наша хипотеза о преимућству овог *АДР* метода над редовним методом, у суштини, потврђена.

На основу трећег специфичног циља истраживања поставили смо још једну **посебну хипотезу** да је **арбитража**, као један од основних *АДР* метода, ефикаснији метод решавања грађанскоправних спорова у односу на друге методе и, нарочито, у односу на парницу, као редован метод решавања грађанскоправних спорова. На овом месту, сумираћемо предности арбитраже над парницом, из угла економске анализе права и, потом, изнети сопствене коментаре с тим у вези.

Прво, речено је да арбитар–стручњак, за разлику од судије, може донети одлуку на основу *мање количине информација трансферисаних од странака*, као и да је *нижа вероватноћа чињења грешака у доношењу одлука од стране арбитра него судије*. Друго, истакнуто је и *конкурентно понашање арбитра*, које за последицу може имати доношење *непристрасних и стручних одлука*. Треће, наведене су и карактеристике које утичу на *брже* одвијање арбитражног поступка, попут: *једностепености, неформалности и флексибилности поступка; поједностављене процедуре достављања; постављања временских лимита* за окончање поступка, итд. Четврто, речено је да арбитар–стручњак може ефикасније и квалитетније изнети неки *специфичан случај*, рецимо у софтверској индустрији, у односу на судију који поседује опште знање, као и да је одлука арбитра, базирана на *поузданијим информацијама*, у већој мери *предвидива* у односу на судску пресуду. Пето, истакли смо да *одлагање расправа* у парници може бити погубно за редовно обављање делатности привредних субјеката. С тим у вези, навели смо и да арбитража подразумева *нижи степен антагонистичког односа између странака* у односу на парницу, што је чини погодним методом решавања спорова, нарочито између странака које се налазе у *дугорочним пословним односима* и, *при том, желе да те односе одрже и даље развијају*. Шесто, речено је да погодност овог *АДР* метода произилази из чињенице да странке могу изабрати *правила* (обичаје, пословну праксу) по којима ће спор бити решен од стране арбитра или већа арбитра, чиме се, сагласношћу воља странака, заобилази примена општих правних аката (закона). Седмо, у приватном карактеру арбитраже оцртава се и *поверљивост* овог поступка, у чему је препозната још једна у низу предности арбитраже над парницом, посебно ако је странкама важно да спор реше *мимо јавности*.

Поред ових добро познатих аргумената у прилог ефикасности арбитраже, сумираћемо и аргументе који иду у прилог тези да је *арбитража савршени супститут парници*. У том погледу, од свих аутора највише се издвојио *Чарни*, те ћемо поновити његове најважније ставове, који су, по нашем мишљењу, веома уверљиви. Пре свега, *Чарни* заступа тезу да ће странке у пословним односима радије изабрати алтернативан начин решавања спора (мислећи на *арбитражу*) него редован начин решавања спора, као и да ће *неформалне санкције*, попут: репутације, одржања профитабилних пословних односа, притиска савести и слично, утицати на њих да прихвате арбитражу и да се повинују одлукама арбитра. Подстицаји за овакав избор огледају се у следећем: стручност арбитра, бољи пренос информација у арбитражном поступку, уштеда ресурса, предвидивост арбитражне одлуке, итд. Затим, истакли смо да ефикасност арбитраже зависи и од *примене арбитражне одлуке*. Примена арбитражне одлуке може бити загарантована *формалним санкцијама*, ако су странке у уговору тако предвиделе. Међутим, ми смо апострофирали став овог аутора да *неформалне санкције могу повећати ефикасност извршења арбитражне одлуке и, самим тим, ефикасност арбитраже*. Од бројних аргумената, издвојили смо следеће: *неформалне санкције снижавају трансакционе трошкове сачињавања уговора*; арбитражни поступак са неформалним санкцијама генерише *ниже административне трошкове* у односу на судски поступак са формалним санкцијама; извршење арбитражне одлуке путем неформалних санкција одвија се *брже и јефтиније* него извршење судске одлуке или арбитражне одлуке судским путем; судски систем са формалним санкцијама може креирати неефикасне подстицаје по питању извршења судске или арбитражне одлуке, будући да прекршилац уговора може да *сакрије имовину* из које би била наплаћена компензација оштећеним странкама, или да једноставно *нема довољно имовине* за наплату штете.

Сви ови аргументи, наведени и објашњени у раду, говорили су у прилог ефикасности *арбитраже са неформалним санкцијама заштите*. На основу тога подржали смо став да је арбитража високо кредибилна установа, те се може сматрати савршеним супститутом парнице. У пракси се ова кредибилност арбитраже са неформалним санкцијама заштите потврђује у малим,

специфичним групама, које су професионално, или етички, повезане, попут *јеврејских трговаца дијамантима*.

Поред негативних подстицаја, као што је губитак репутације, навели смо да уговарачи могу да изаберу арбитра, и да се придржавају његових одлука, услед разних *позитивних подстицаја*. Један од потенцијалних позитивних добитака огледа се у *реципрочном обавезивању* уговорних партнера да прихвате арбитражу, као *јефттинији метод решења спора у односу на парницу*, као и да се повинују одлукама арбитра у било ком будућем спору. Очито је да је такво понашање у интересу *оба уговарача* у дуготрајним пословним односима. Закључили смо у овом делу рада да поштовање одлука арбитра, базирано на *реципроцитету*, ствара снажне подстицаје у погледу понашања странака ка сарадњи и кооперацији *pro futuro*.

Генерални закључак у овом делу рада био је да (*негативна*) претња *неформалним санкцијама*, као и *присуство (позитивних) подстицаја ка сарадњи између странака*, у смислу прихватања често и неповољних одлука арбитра у дуготрајним пословним односима, креирају *приватни систем подстицаја*, који ефикасно замењује државни (јавни) систем подстицаја, базиран на претњи формалним санкцијама. Наглашавамо још једном да државна интервенција, у виду формалних санкција за непоштовање одредби арбитражног споразума, може генерисати *дисторзију подстицаја за повиновање донетој арбитражној одлуци*. Приватни систем са неформалним санкцијама, с друге стране, оснажује подстицаје за извршавање уговорних обавеза, самим тим и обавеза из арбитражних споразума, као и развитак поверења између пословних партнера у дуготрајним пословним односима. Као доказ претходне тврдње навели смо *уговоре у међународним трговачким односима*, који често садрже одредбе које предвиђају искључење редовног начина решавања спора и поверавање истог арбитра или већу арбитра. У међународним трговачким односима, *арбитража* представља доминантан метод решавања спорова, што значи да је стекла пуни кредибилитет и еволуирала у самосталну установу, претежно захваљујући *странкама и њиховим потребама*. Сем тога, истакнуто је да уколико странке бирају *неформалне санкције* ради обезбеђења извршења уговорних обавеза, истовремена примена формалних санкција за последицу може имати *наметање парничних трошкова странкама*, као и *излагање ризику погрешне процене*



значења уговорних обавеза од стране судије. С тим у вези, ако странке антиципирају двоструку казну, постоји могућност да *не изврше своје уговорне обавезе*, што за последицу може имати  *ремећење уобичајеног тока размене информација*. Затим, примена формалних санкција може имати негативне реперкусије на понашање странака у будућности, у том смислу да странке могу бити подстакнуте да *избегавају примену неформалних санкција*, с обзиром на то да ће, у сваком случају, формалне санкције бити примењене. У вези с тим, као једна од могућих негативних последица наведена је превенција *изнад* оптимума, која генерише  *губитак благостања*. Најзад, навели смо и то да државна интервенција може подстаћи *развитак неповерења између странака*.

Истакнуте су и предности арбитраже над парницом у погледу *избора арбитра*, будући да они пролазе кроз *процес селекције* од стране оних који их бирају, што подстиче *конкуренцију* између њих. Такође, одређени системи избора арбитра, а који су наведени и објашњени у раду, уважавају преференције странака и дају одређени квалитет самом арбитражном начину решавања спорова. Истраживања показују да систем избора арбитра који уважава преференције странака функционише *задовољавајуће* у пракси. Странке са пуно *сензибилности* бирају арбитра и немају проблема у *откривању* својих преференција. Затим, посебно је елаборирано питање подстицаја којима су арбитра изложени у погледу доношења *одлука* у односу на одлуке које су други арбитра у прошлости доносили. Том приликом, истакнуто је да су арбитра снажно подстакнути да доносе *квалитетније одлуке* у односу на прошле одлуке, због споменуте конкуренције која постоји међу њима. С друге стране, када је реч судском поступку, речено је да се не може говорити о *конкуренцији између судија* која их подстиче да, на бази свог стручног знања, доносе одлуке које могу побољшати прошле одлуке. Управо је „*разменљивост*“ *арбитражних одлука* издвојена као фундаментална карактеристика арбитраже која доприноси ефикасности овог *АДР* метода. Иначе, хипотеза „*разменљивости*“ *арбитражних одлука* потврђена је низом емпиријских истраживања. Закључак у овом делу рада био је да *конкуренција* подстиче арбитра да доносе *стручне и непристрасне одлуке*. Но, ако би поред тога, узели у обзир и остале позитивне карактеристике арбитраже, попут: флексибилности поступка, нижег степена антагонистичког односа између странака, брзине

одвијања поступка и других, може се, генерално гледано, *извући закључак да је арбитража заиста ефикаснији метод решавања спорова у односу на парницу*. Уосталом, *широка употреба арбитраже* ради решавања радних и трговачких спорова говори у прилог ефикасности овог *АДР* метода. С тим у вези, и *припајање* арбитраже државним судовима, говори у прилог тези да је арбитража стекла шире подручје примене и да је држава препознала ову установу као ефикасан метод који може отклонити неке од недостатака редовног начина решавања спорова, пре свега растерећење судија од прекомерног броја предмета. С тим у вези, отворено је и *питање оправданости „подржављења“ ове, у основи, приватне установе*, односно питање да ли би држава требало да преузме монопол у понуди свих *АДР* услуга. У прилог томе, истакнуто је како јединствена понуда *АДР* услуга од стране државе (судова) доводи до *снижења трошкова потраживања тих услуга*, будући да их корисници могу добити *на једном месту*. С друге стране, навели смо и контра-аргументе. Прво, било који вид државне интервенције на тржишту одређених услуга може довести до *смањења продуктивности*. Затим, упркос одређеним предностима *интеграције* различитих метода у јединствени државни сервис, пре свега, у виду *економије скале*, ваљало би истаћи да је решавање спорова *радно интензивна делатност*, у којој истакнуте предности економије скале не морају доћи до изражаја. Надаље, јединствени државни сервис услуга решавања спорова имао би за последицу *елиминисање подстицаја за процедуралне иновације*, а који би постојали (*који заиста и постоје*) на приватном тржишту *АДР* услуга. У раду смо прихватили ове аргументе против државне интервенције на тржишту *АДР* услуга, с обзиром на то да сматрамо да је *тржиште* институција у оквиру које се најбоље верификују потребе странака за разним услугама.

Посебно смо обрадили питање арбитражне одлуке као *јавног добра* и, том приликом, истакли да она може *произвести позитивне екстернације* једнако као судска пресуда. Додуше, навели смо да арбитражна одлука неће имати толики *одјек* као судска пресуда, али то не значи да она не може имати снагу прецедента. У једном динамичном окружењу, *претходно донете арбитражне одлуке могу бити унапређене и иновирани новим одлукама*, то јест, могу бити јасније формулисане. Из тога смо закључили да се не може тврдити да арбитража, због поверљивог карактера процедуре, не генерише позитивне

екстерне ефекте. Напротив, она то чини као и парница, што је од посебне важности за земље прецедентног права.

У раду су истакнуте и предности арбитраже над парницом, које долазе до изражаја у *практици*. С тим у вези, речено је да могућност покретања и вођења арбитражног поступка може утицати на смањење вероватноће покретања штрајка, парничног поступка и поступка непосредног преговарања између синдиката и послодаваца. Зато се алтернативни метод решавања спора (арбитража) показује као разуман избор, у случају спора између послодаваца и радника. При том, наведено је да постоји значајна разлика у подстицајима које стварају *приватни, односно јавни сектор* у погледу решавања радних спорова од стране арбитра. С обзиром на *јаче* присуство принципа–агент проблема у јавном сектору, апострофирано је да ће понашање послодаваца и синдиката бити у великој мери *ограничено* у погледу поштовања узајамних обавеза на бази реципроцитета и утицаја неформалних санкција (рецимо, губитка репутације). Другим речима, истакнуто је да ови субјекти јавног сектора, у случају радног спора, неће имати снажне подстицаје да добровољно прихвате арбитра и повинују се његовим (често и неповољним) одлукама, као што би то чинили у приватном сектору (у којем је принципал–агент проблем *мање изражен*).

Када је реч о односу обавезне арбитраже и непосредног преговарања, речено је да постоји могућност инструментализације арбитраже у сврху добровољног закључења споразума. Будући да арбитража намеће одређене *трошкове* овим субјектима, и с обзиром на то да је *обавезно учешће* у овом поступку, једна страна може искористити такву могућност да *наведе* другу страну да преговара. Међутим, наглашено је да је теза о прихватању преговарања као пожељнијег метода у односу на арбитражу, и инструментализација арбитраже ради подстицања преговарања, у основи, погрешна. Теза је погрешна, будући да арбитража може бити ефикаснији метод од метода непосредног преговарања, посебно ако се узме у обзир *стручност арбитра* и његова (позитивна) улога у *прикупљању и преносу информација* између странака у спору.

Поред предности, наведени су и одређени *недостаци* арбитражног начина решавања спорова. Сумираћемо најважније мане овог *АДР* метода, а које се у литератури најчешће истичу. Прво, навели смо да арбитражи могу бити

подложни *корупцији и подмићивању*, из чега је закључено да овај вид алтернативног решавања спорова може бити у интересу имућнијих странака. Друго, истакнуто је да конкуренција између различитих метода решавања спорова може ићи на штету једне стране у спору (туженог), а у корист друге стране (тужиоца), чиме се нарушава начело равноправности странака. Треће, судска контрола арбитражних одлука, и старање о примени арбитражних споразума, могу *нарушити конкуренцију* између различитих метода решавања спорова. Четврто, алтернативни поступци не садрже *довољан и детаљан сет правила и процедура*, какав постоји у парничном поступку. С тим у вези, истакнуто је да је судска одлука правична одлука, будући да је базирана на веродостојним чињеницама, као и да јавна размена информација у парничном поступку може имати широку употребу у друштву. Та шира употреба односи се на *едукативну функцију парнице и функцију учвршћивања морала у друштву*. Овакав став не може се изнети за *АДР* поступке, који су засновани на начелу *поверљивости*, и у којима информације немају ширу употребу. Пето, наведено је да „производ“ парничног поступка јесте *судска пресуда* која генерише позитивне екстерналије у друштву, док је исход *АДР* метода *брзо* окончање спора између странака и промовисање лојалности и привржености између њих. С обзиром на „јединствене производе“ које стварају, не може се говорити о *правој конкуренцији* између парнице и *АДР* метода (арбитраже).

Сви ови недостаци арбитраже, а које посебно уважавамо, нису били довољни за извлачење закључка да је парница ефикаснији метод решавања спорова. Једноставно, исувише је економских аргумената у прилог арбитраже као ефикасније установе у односу на парницу.

Када је реч о **посебној хипотези**, да **остали АДР методи** решавања грађанскоправних спорова у значајној мери могу допринети смањењу вероватноће одласка на суђење и, самим тим, утицати на снижење укупних друштвених трошкова парничног поступка, потврда је пронађена у литератури која се бави овом проблематиком, а која се не односи само на област *ЕАП*.

Када је реч о *мед-арбу*, у раду је истакнуто да стандардна форма *мед-арба* подстиче странке на преговарање и склапање поравнања, будући да у другој фази треће лице (медијатор који преузима улогу арбитра) доноси обавезујућу одлуку за странке. И код друге форме *мед-арба*, када медијатор

саветује (информише) странке о томе каква би арбитражна одлука могла да буде, стварају се снажни подстицаји да се странке поравнају на добровољној основи. Према томе, с обзиром на то да овај хибридни *АДР* метод подстиче странке на преговарање, генерално гледано, може се очекивати да ће се странке окренути поравнању, а не суђењу. Даље речено је да уколико су странке изузеле спор из надлежности суда и споразумно га повериле *истом лицу* у улози медијатора и арбитра, моћи ће успешно да окончају спор у оквиру једног поступка. Тиме овај поступак добија на *брзини* и *економичности*, у виду уштеде новца, времена и других ресурса значајних за странке. И одређене студије показале су да је *мед-арб* ефикасан метод решавања спорова, у смислу да подстиче странке на преговарање и склапање поравнања. Да поновимо, разлог таквог понашања огледа се страху странака од губитка контроле на исходом, ако би о њиховом спору одлучивао арбитар. Зато и *мед-арб* задобија предност над медијацијом. Но, с друге стране, истакнута је и могућност *стратегијског* понашања странака у фази медијације у оквиру *мед-арба*. Такво стратегијско понашање може *смањити вероватноћу склапања поравнања* у фази медијације, услед чега стандардна медијација задобија предност над овим хибридним методом. Такође, наведено је и да могућа *конфузија улога* (исто лице у улози медијатора и арбитра) представља недостатак овог поступка.

Иначе, своју ефикасност *мед-арб* је потврдио у пракси, где се користи као метод за решавање *радних и трговачких спорова*. Осим тога, у Америци овај хибридни метод представља и *јавну установу* у оквиру појединих судова. Може се рећи да је дошло до припајања (анексије) *мед-арба* од стране судова, што имплицира да је и држава препознала ефикасност овог метода.

У раду је обрађена и *мини-парница*, која има елементе преговарања, медијације и парнице, те се очито ради о хибридном поступку. *Мини-парница* се може сматрати ефикаснијом од парнице, због својих дистинктивних карактеристика, као што су: упрошћена и флексибилна процедура; брзо одвијање поступка; постојање временског лимита за презентацију доказа у току поступка; нижи трошкови адвоката, вештака и сведока; неформалност поступка, итд. Недостаци овог поступка, а који су истакнути у раду, огледају се у томе што захтева више времена, напора и пажње адвоката и представника трговачких друштава у кратком периоду. Затим, наведено је да припрема адвоката за мини-

парницу може конзумирати значајне трошкове, с обзиром на то да овај једноставнији и краћи поступак захтева од њих квалитетнију припрему, али да се то, ипак, не може сматрати крупнијим недостатком, јер би се адвокати, у сваком случају, морали припремати за парнични поступак. Штавише, наглашено је да мини-парница доприноси „кристализацији“ случаја, јер ставља акценат на кључне сегменте случаја, што може бити од велике користи у будућој парници.

Ефикасност мини-парнице потврђена је у пракси. Наведено је да *Америчка војна инжењерија* и *Одсек америчке ратне морнарице* користе овај *АДР* метод решавања спорова. Исто се може рећи и за познате америчке компаније, као што су: *AT&T*, *Shell Oil*, *Texaco*, *Control Data* и друге. Мини-парница се користи и за решавање патентних спорова, антимонополских спорова и других. Широко подручје примене у пракси, а посебно од стране наведених америчких државних агенција и познатих компанија, говори у прилог тези да је реч о ефикасном методу.

Када је реч о *приватном суђењу*, које иначе постоји у Америци, наведено је да основни разлог за ангажовање приватног судије лежи у *брзини одвијања и окончања овог поступка*. Када се узму у обзир недостаци класичног парничног поступка, попут: чекања на почетак суђења и заказана рочишта, превелики формализам поступка, и други, увиђају се предности приватног суђења. Поред тога, истакнуто је да странке и адвокати губе огромно *време* због честог одлагања рочишта у оквиру парничног поступка, услед чега приватно суђење задобија предност над парницом. С тим у вези, наглашено је да адвокати имају економски подстицај да *препоруче* странкама класично, а не приватно суђење, будући да могу зарадити више новца због честог одлагања рочишта. Но, с друге стране, адвокати који препоручују приватног судију, на бази уштеде трошкова за клијента, *могу зарадити и више новца*, јер ће задовољна странка уредно платити адвоката и вероватно га препоручити другим појединцима. На основу тога, може се закључити да адвокати не морају нужно подстицати странке на редовно суђење.

Од недостатака приватног суђења, истакнута је већа доступност овог хибридног метода *имућнијим слојевима становништва*, чиме они могу себи да приуште суђење које је брже, економичније, неформалније, и над којим имају

већу контролу. Такође, истакнуто је да присуство приватних судова може створити подстицаје да судије из државног сектора прелазе у приватни сектор, у потрази за већим зарадама. Но, с тим у вези, изнели смо став да су ове критике неоправдане, ако се узму у обзир следећи фактори: пренатрпаност државних судова огромним бројем предмета; да су државни судови увек доступни широј јавности, између осталог, и сиромашнијем слоју становништва; и да конкуренција државног и приватног сектора, макар у услугама суђења, не може да штети никоме.

У раду је обрађена и *рана неутрална евалуација*, као форма судски анексиране медијације, у којој евалуатор оцењује предности и слабости позиција обеју страна у спору. Истакнуто је да рана неутрална евалуација има сличности са *медијацијом*, будући да евалуатор *помаже* странкама да дођу до споразумног решења спора. Евалуатор може помоћи странкама да *реалније* сагледају своје изгледе на суђењу и трошкове које би поднеле, услед чега се може очекивати да ће склопити поравнање. Оне не морају да прихвате ту процену, али ако је њу сачинио искусан правник са експертизом, повећавају се шансе за склапањем поравнања. Из ових и других наведених карактеристика ране неутралне евалуације извукли смо закључак да је реч о *инструменту* који може допринети ефикасности поступка, посебно ако се странке, или њихови адвокати, разилазе по питању процене вредности случаја, или ако је реч о случајевима који обухватају специјализована или техничка питања, те је потребна експертиза стручног лица.

У раду су приказане и основне карактеристике *мирења*, као и разлике у односу на медијацију, арбитражу и парницу. Истакнуто је да је реч о *посебном АДР методу*, упркос бројним сличностима са другим методима, а пре свега са медијацијом. С тим у вези, обрађена су и два алтернативна поступка – арбитражни поступак и поступак мирeња, предвиђена домаћим *Законом о мирном решавању радних спорова*.

У раду је приказано и *поротно суђење по скраћеној процедури* – АДР метод који се користи у Америци и који је недовољно познат нашој широј јавности. Речено је да поротно суђење има два појавна облика. С једне стране, ради се о *лажном или симулираном суђењу пред поротом*, покренутом страначком иницијативом и искључиво у страначкој режији, а које има за циљ

доношење одлуке на основу које странке могу оценити своју правну позицију. С друге стране, постоји и *стварно поротно суђење по упрошћеној процедури, под покровитељством државе (судова)*. Као што је истакнуто, сврха овог АДР метода огледа се у *подстицању* странака да закључе поравнање и тиме остваре низ уштеда у своју корист, али и у корист државе (судова), пре свега, у виду растерећења судских предмета. Тај подстицај се остварује тиме што странке имају могућност да склопе поравнање *по нижој (субвенционисаној) цени* у односу на поравнање које би добровољно склопиле на тржишту. Управо америчка судска пракса потврђује да се растерећење судија од превеликог броја предмета може постићи увођењем нових метода, међу којима се и поротно суђење показало као подесно. При том, истакнуто је да суђење пред поротом иде у прилог оним заговорницима парнице који се противе коришћењу класичних (приватних) АДР метода и АДР покрету генерално, будући да се овај поступак спроводи под окриљем државе и у једној формалној процедури пред поротом.

Наведено је да поротно суђење пружа *низ уштеда странкама и судијама*. Пре свега, огромна уштеда постиже се *у времену*, тј. у драстично бржем одвијању и окончању суђења. Судије могу посветити *више времена* осталим предметима и парничарима, док су странке, поготово оне које су склопиле поравнање у току поступка пред поротом, избегле класично суђење, а тиме *уштеделе време, високе парничне трошкове и друге ресурсе*. Чак и оне странке које нису склопиле поравнање пред поротом, биће *боље припремљене* за суђење. С друге стране, наведени су и *недостаци* поротног суђења. Пре свега, истакнуто је да ово суђење захтева *додатно ангажовање* адвоката странака, као и да постоји опасност да адвокати странака у току поступка *открију своју стратегију* и тиме пруже могућност другој страни да се упозна са њом. Надаље, поротно суђење конзумира *време* као значајан ресурс. Најзад, поротно суђење може *отежати* склапање поравнања, нарочито ако је донета пресуда у корист тужене стране. Све у свему, и поред изложених недостатака поротног суђења, сама чињеница да се њиме растеређују судије од прекобројних предмета, да адвокати ослобађају своје време за друге предмете и да странке имају могућност да склопе поравнање, јасно произилази да је овај метод решавања спорова, у погледу уштеде ресурса, пожељан. Међутим, у раду је наведено емпиријско



истраживање које није потврдило тезу да поротно суђење повећава ефикасност парнице. Такође, *Поснер* је довео у питање корисност овог метода за друштво као целину, с обзиром на то да укупни друштвени трошкови решавања спорова могу расти, упркос томе што се просечни трошкови смањују, услед веће стопе склопљених поравнања генерисане увођењем овог метода у правни систем. Сем тога, *Поснер* је поставио питање да ли поротно суђење, и поред тога што повећава вероватноћу склапања поравнања, *заиста* и доводи до већег броја склопљених поравнања, ако се узму у обзир фактори, попут притиска којима су судије изложене услед превеликог броја предмета, или одлагање расправа, и томе слично. Овај аутор закључује да поротно суђење није супститут за стварна суђења, веће за друге *АДР* методе решавања спорова, и то не баш јефтин метод. Коначно, овај аутор проширује своје закључке о неефикасности поротног суђења на остале судски-анексиране програме, првенствено на *судски-анексирану арбитражу*. Он стаје у „одбрану“ приватних начина решавања спорова од стране приватних форми и оправдава њихово субвенционисање од стране државе, само ако *екстерне користи од склопљених поравнања превазилазе трошкове субвенције*.

У раду су обрађени још неки *АДР* методи, попут *метода утврђивања чињеница*, који представља веома користан и ефикасан метод за решавање појединачних и групних спорова (рецимо, тзв. *класних спорова*), чак и спорова на нивоу колективитета (рецимо, држава). Сем овог, обрађена је и *конференција за склапање поравнања*, као *новији АДР* метод, у коме судија има *активну улогу* у процесу склапања поравнања између странака.

На самом крају, изнећемо ***закључна разматрања у вези с резултатима испитивања ефикасности медијације у Одељењу центра за медијацију Основног суда у Нишу.***

Прво, резултати истраживања недвосмислено су потврдили *нашу хипотезу да решавање грађанскоправних спорова у поступку медијације не доприноси у значајној мери побољшању ефикасности парничног поступка, пре свега у виду растерећења судова од прекобројних предмета*. Медијација у Србији од почетка њене примене (2006. године) није у значајној мери имала за последицу растерећење судова од прекобројних парничних предмета. Наше квантитативно истраживање учесталости решавања спорова медијацијом и

парницом у Основном суду у Нишу јасно указује да овај *АДР* метод није значајно утицао на смањење парничних предмета у раду, гледано по годинама.<sup>1370</sup> Такође, поређење *броја решених предмета у поступку медијације са бројем мериторно решених предмета у парничном поступку*, по годинама (од 2006. године до 2011. године), у оквиру Парничног одељења Основног суда у Нишу, јасно показује да је огроман број предмета решен у парници, односно веома мали број предмета у поступку медијације.<sup>1371</sup> Према томе, основни циљ увођења медијације у правни систем наше земље, *растерећење судова од прекобројних предмета*, није остварен. У осталом, ову хипотезу о неефикасности медијације у погледу растерећења судова, потврдили су својим ставовима и судије (медијатори) и адвокати, а као главни разлог навели су *незаинтересованост странака*. Иначе, половина испитаних судија види, генерално гледано, медијацију као метод за побољшање ефикасности рада. Управо су као основни разлог зашто медијација може побољшати ефикасност њиховог рада, судије навеле *растерећење од великог броја предмета*. Друга половина испитаних судија *не* види медијацију као метод за повећање ефикасности у раду, а као основни разлог наводи *неинформисаност о предностима медијације*. Као што смо и у дискусији резултата навели, овај песимистичнији став судија може се променити њиховом већом информисаношћу. Према томе, квалитативно истраживање јасно указује на један од праваца кретања *реформе* система решавања спорова медијацијом у Србији, а то је *значајно побољшање информисаности странака и судија о предностима алтернативног решавања спорова и посебно медијацијом*.

Затим, у дискусији резултата квалитативног дела истраживања изнели смо резервисан став према већинском мишљењу адвоката да медијација није у њиховом интересу, јер не може повећати ефикасност њиховог рада. Сматрамо да је овај већински став адвоката базиран на *предрасудама* о медијацији, као новој установи у правном систему Србије. Пре свега, медијација омогућава адвокатима да се посвете већем броју предмета у дугом року, чиме могу остварити и већу зараду. Затим, медијација може допринети не само

---

<sup>1370</sup> Видети: *графички приказ односа предмета упућених на медијацију и укупног броја предмета у раду* у оквиру одељка под називом *Учесталост решавања спорова медијацијом и парницом*.

<sup>1371</sup> Видети: *графички приказ односа броја поравнања у медијацији и броја пресуда у парници* у оквиру одељка под називом *Учесталост решавања спорова медијацијом и парницом*.

задовољству странака већ и адвоката, будући да и они могу суделовати у мирном решењу спора. Мирољубиви адвокати граде *репутацију* успешних адвоката, чиме и њихова зарада може бити већа. У интервјуу обављеном са Директорком Центра за медијацију у Београду, сазнали смо и да је у поступку медијације *бржа исплата* за адвоката него у парници, чиме он избегава ризик немогућности наплате потраживања од свог клијента у парници, посебно када је клијент финансијски „исцрпљен“ у дуготрајној парници. Да не спомињемо и *стрес* којем су адвокати заједно са клијентима изложени у парници. Дакле, мишљења смо и да би адвокати требало да се укључе у процес опште едукације о предностима медијације, заједно са очито неинформисаним странкама и судијама. Адвокати су подједнако важни актери у судском поступку, те је и њихова едукација од посебног интереса за ефикасније функцисање правосуђа. Овим питањем требало би да се позабаве адвокатске коморе широм Србије.

Даље, теза *да је медијација, у појединачним успешно окончаним споровима, значајно допринела смањењу трошкова парничног поступка* потрђена је и квантитативним и квалитативним налазима. Наиме, *скоро све судије и половина адвоката* изнели су став да је медијација, у оним поступцима у којима је коришћена као метод за решење спора, значајно допринела снижењу трошкова парничног поступка. Очигледно је да судије препознају значај медијације у уштеди трошкова парничног поступка, а адвокати делимично, што опет указује на неинформисаност адвоката о предностима медијације. *И по овом питању потврђује се неопходност едукације и информисања адвоката о АДР методима.* Затим, и квантитативна анализа поступака *са* и *без* медијације показала је да су у поступцима *без* медијације, просечно гледано, конзумирани *већи трошкови* у односу на поступке *са* успешном медијацијом. Једноставније речено, поступци *са* медијацијом су јефтинији, у просеку, од поступака у којима није коришћен овај *АДР* метод. Такође, и поређење трошкова поступка *са* неуспешном медијацијом ( $M_6$ ) са просечним трошковима поступка *са* успешном медијацијом указује на одређену предност друге независне варијабле. Овим се јасно осветљава ефикасност поступка *са* успешном медијацијом у погледу минимизације трошкова.

Резултати квантитативног дела истраживања јасно су показали и *друге* предности парничног поступка *са* медијацијом у односу на парнични поступак

без медијације. Наиме, поступак са медијацијом је *бржи* у односу на парнични поступак без медијације. Ово је значајна компаративна предност парничног поступка са медијацијом у односу на парнични поступак *без* медијације. *Ако је поступак бржи (и јефтинији), онда странке имају снажан подстицај да се опредељују за коришћење медијације као метода за решење спора.*

Но, исто истраживање указало је и на одређене слабости поступка са медијацијом које се испољавају у пракси. Једна од тих слабости јесте да је, у просеку гледано, број рочишта *већи* у поступку са медијацијом у односу на поступак *без* медијације. Овај резултат објаснили смо чињеницом да странке *касније* у току парничног поступка одлазе на поступак медијације. Тиме смо отворили значајно питање *момента* када би, и да ли би, странке требало обавезати да покушају да спор реше медијацијом. Наиме, према важећем *Закону о посредовању–медијацији*, на предлог странака или према сопственој оцени, судија ће упутити странке на поступак посредовања по пријему одговора на тужбу, или после одржаног припремног рочишта, или каснијем току парничног поступка све до његовог правноснажног окончања.<sup>1372</sup> Могућност упућивања на медијацију постоји и у *поступку по жалби*.<sup>1373</sup> Наша квантитативна анализа показала је да број рочишта у поступку са медијацијом може бити виши у односу на поступак без медијације, јер странке одлазе на поступак медијације према упуту суда *знатно касније* у току трајања парничног поступка, након што је протекло доста времена и утрошено доста средстава. Свакако, чак и тада медијација може бити корисна, јер може ставити тачку на дугогодишњи спор између странака. Но, овде постављамо *питање економске рационалности таквог понашања*, тј. да ли је економски рационално да странке утроше значајна средства у парници да би на крају окончале спор медијацијом? Економска логика понашања налаже постизање истог исхода уз мање утрошених средстава. Но, очито је да странке нису увек *рационалне*, као што потврђују и ставови адвоката и судија до којих смо дошли у нашем квалитативном истраживању, те отуда највероватније и такав исход. Ако пођемо од претпоставке да странке нису рационалне, мада извор те нерационалности може бити и недовољна информисаност и едукација странака о предностима

---

<sup>1372</sup> Видети: члан 12. ст. 1, 2, 3. *Закон о посредовању–медијацији*.

<sup>1373</sup> Видети: члан 14. ст. 1. *Закон о посредовању–медијацији*.

медијације што поткрепљују ставови адвоката и судија, онда се и не може очекивати да ће оне добровољно постићи исход који је у њиховом, али и у друштвеном интересу. Како онда постићи такав исход? Да ли већом едукацијом грађанства о *АДР* методима, и медијацији нарочито, или другим средствима? Дакако, побољшање информисаности може само да користи, а на одговорним лицима је *дужност* да тако нешто учине. Под одговорним лицима, пре свега, мислимо на лица која су, формално гледано, најупућенија у поступак медијације, и која имају обавезу да се старају о њеној примени, почев од одговорних лица у републичком Центру за медијацију, све до координатора у Одељењима центра за медијацију широк наше земље. Такође, велика одговорност јесте и на судијама, адвокатима, професорима и истраживачима у правцу популаризације *АДР* метода решавања спорова. Но, вратимо се на наше основно питање средстава за побољшање ефикасности медијације и почетну претпоставку нерационалности појединаца. Наиме, пођимо од песимистичнијег става да ни већа информисаност странака не може утицати на повећање ефикасности медијације и снижење укупних друштвених трошкова парничног поступка. Шта онда учинити? Према нашем мишљењу, а које је базирано на резултатима квантитативног и квалитативног дела истраживања, *треба увести обавезну медијацију пре покретања парничног поступка*. Истичемо да је моменат одласка на медијацију веома битан, те је зато потребно обавезати странке да покушају да реше спор медијацијом. Наравно, оне нису обавезне у погледу закључења споразума у медијацији. Одмах се може поставити питање да ли ће се нужно обавезивањем странака да иду на медијацију повећати успешног поступка медијације. Разлога за сумњу немамо, јер су и ставови адвоката и судија у том правцу – увођење обавезне медијације повећало би *успешност* овог поступка. Такође, када погледамо резултате квантитативног дела истраживања о учесталости решавања спорова медијацијом, по годинама, у Одељењу центра за медијацију у Нишу, видимо да је *2007. година* била најуспешнија у погледу склопљених споразума у медијацији, *при чему је у тој години био највећи број предмета упућених на медијацију*. Јасна је позитивна корелација између већег броја упућених предмета на медијацију и повећања броја склопљених споразума. Овакав одговор могао је и интуитивно да се предвиди. Тиме долазимо до конкретнијег питања: *како повећати број*

*предмета упућених на медијацију?* Једноставан одговор јесте *увођењем мандаторне медијације*. Уосталом, зар искуство из Канаде (држава Онтарио) не иде у прилог овој тези. Увођење мандаторне медијације у држави Онтарио за све грађанске спорове (осим породичних), имало је за последицу: снижење парничних трошкова за странке; значајно скраћење времена потребног за окончање спора; око 40% свих случајева окончаних склапањем поравнања у ранијој фази парничног поступка; и огромно задовољство парничних странака и адвоката.<sup>1374</sup> Но, подаци указују да је стопа поравнања *нижа* у мандаторној медијацији него у добровољној медијацији, али да, ипак, то нужно не доводи до пада укупног броја поравнања; чак супротно, у многим случајевима, до њиховог повећања.<sup>1375</sup> Такође, навели смо и податак да је Италија увела обавезну медијацију са циљем повећања успешности медијације. Тачније, очекивања су у Италији да ће увођење мандаторне медијације генерисати око милион успешно решених спорова! Контрааргумент увођењу обавезне медијације може бити да се тиме нарушава начело добровољности на којем је *сазидана* ова правна установа. Но, одговор је да обавезна медијација означава обавезу одласка на поступак медијације, а не и обавезу прихватања неког наметнутог решења ради окончања спора. Друго, зар се обавезивањем странака да иду на медијацију не постиже и један *позитиван екстерни ефекат*, који се огледа у побољшању њихове информисаности о овој правној установи.

Да закључимо у вези с *обавезном медијацијом*. Уштеда трошкова може представљати снажан подстицај странкама да се поравнају што је могуће пре у поступку. Но, парнице које смо обрадили показују да некада прође *пуно времена* пре него што странке приступе медијацији. Разлози су бројни, почев од њихове неинформисаности, до психолошких баријера, али ако би оне имале законску обавезу да покушају да реше спор медијацијом и то пре покретања поступка, јасно је да би се тиме смањила могућност дугог трајања парничног поступка и одржања великог броја рочишта. Тиме желимо рећи да увођење мандаторне медијације има смисла, економски гледано. Можда не би све странке решиле спор у овој фази, али би просечно гледано, огромна већина њих то учинила.

---

<sup>1374</sup> Подаци преузети из: Lukasz Rozdeiczer, Alejandro Alvarez de la Campa, *Alternative Dispute Resolution Manual: Implementing Commercial Mediation*, International Finance Corporation, World Bank Group, November 2006, стр. 25.

<sup>1375</sup> *Ibid.*, стр. 25–26.

Затим, наша полазна теза била је и да би споразум закључен у поступку медијације, *који би имао извршну снагу*, генерисао већи број медијација, али и већи индекс успешности медијације. Другим речима, ако би вансудско поравнање закључено у поступку медијације (*ВСП*), будућим законским решењем, *имало снагу извршне исправе*, јасно је колико би то утицало на додатно скраћење парничног поступка. И не само то, већ би била елиминисана могућност да у временском вакуму од закључења вансудског поравнања до правноснажности и извршности истог, странке промене мишљење у погледу закљученог споразума. Практично гледано, ако би *ВСП* аутоматски имало снагу *СП*, отклонила би се неизвесност и ризик неизвршења истог, што свакако доприноси снижењу укупних трошкова парничног поступка. Додајмо томе и уштеду трошка покретања вансудског поступка. Додуше, овај трошак није висок. Иначе, потврду тезе о давању извршне снаге споразуму у медијацији, добили смо стопроцентно од стране судија, као и од огромне већине адвоката. Процентуално гледано, идентичан одговор добили смо по питању подстичућег дејства споразума са извршном снагом на понашање странака у правцу покретања поступка медијације, као и у погледу утицаја ове варијабле (споразума са извршном снагом) на број успешних медијација.

Да закључимо *у погледу извршности споразума у медијацији*. Споразум у медијацији са извршном снагом подстакао би странке да иду на медијацију, а већа фреквенција одласка на медијацију значи и већи број успешних медијација. Следи да би законско увођење обавезне медијације са споразумом који би имао извршну снагу требало да има позитиван ефекат у правцу отклањања или ублажавања, према мишљењу већине судија, базичног недостатка нашег система решавања спорова медијацијом – *малог броја медијација који нема за последицу растерећење судова од прекобројних предмета*.

Наше истраживање открило је још неке слабости медијације у Србији. Прво, желели смо да испитамо да ли је такса за покретање поступка медијације узрок одвраћања странака од истог. Резултати су, као што смо навели, веома контрадикторни. Судије истовремено сматрају да је такса *примерена* и да одвраћа странке од медијације. Овај резултат можемо протумачити на следећи начин. Наиме, могуће је да судије сматрају да је такса примерена, јер она служи за покриће награде коју они добијају за руковођење овим поступком. С друге

стране, судије у висини таксе виде и разлог зашто странке не иду на медијацију. Резултати нашег квантитативног дела истраживања недвосмислено показују да је до 2007. године било колико-толико медијација у Основном суду у Нишу. Потом, када је уведена такса, број медијација нагло је опао. 2007. година представља критичну годину за овај алтернативни поступак, бар када је реч о броју предмета упућених на медијацију у Основном суду у Нишу. Из овог податка јасно се види *да не постоји статистички значајно повећање броја медијација у Одељењу центра за медијацију у Нишу, од доношења Закона о посредовању – медијацији 2006. године до данас, праћено по годинама.* Затим, у интервјуу обављеном са Координатром Одељења центра за медијацију у Нишу дошли смо до сазнања да је такса значајно утицала на странке да не покушавају да спор реше мирним путем у поступку медијације. С друге стране, у интервјуу обављеном са Директорком Центра за медијацију, дошли смо до сазнања да такса не би требало да представља проблем, *посебно када се ради о споровима велике вредности.* Управо мислимо да је проблем у томе – *у споровима мале и велике вредности.* Наиме, минимални износ таксе за покретање поступка медијације износи 115 евра.<sup>1376</sup> У споровима мале вредности то није занемарљив износ. Напротив, тај износ може, као што и чини, да представља узрок одвраћања странака од поступка медијације. Требало би размислити о снижењу овог минималног износа, с једне стране, или о увођењу бесплатне медијације за странке. Управо смо то и питали судије и адвокате, и добили интересантне одговоре: *већина* судија не би подржала увођење бесплатне медијације, за разлику од *три четвртине* адвоката који су за увођење бесплатне медијације. Као што смо навели у дискусији резултата, судије *изражавају бојазан* да би увођењем бесплатне медијације остали без накнаде на име пружених услуга посредовања, док адвокати у томе не препознају утицај на њихове интересе. С тим у вези, истичемо нашу тезу да би увођење бесплатне медијације допринело повећању предмета упућених на медијацију, а самим тим и броја успешно окончаних медијација. У прилог томе, огроман број судија, али и адвоката, препознао је *значај трошкова* у повећању успешности медијације, тј. сматра да би бесплатна медијација повећала успешност овог поступка. С друге стране, ако би се увела бесплатна медијација, свакако би требало обезбедити алтернативне

---

<sup>1376</sup> Видети: *Тарифу о накнадама у поступку медијације*, <http://www.medijacija.rs/cenovnik.html>



изворе финансирања судија који руководе овим поступком. Сматрамо да би издвајање из буџета за ову намену генерисало много веће користи у односу на потенцијалну штету. Странке би биле подстакнуте да иду на медијацију, а судије би биле мотивисаније у свом раду, јер би добијале сигурну исплату за свој додатни рад у улози медијатора. Коначни исход требало би да буде значајно већи број спорова окончаних медијацијом, што значи растерећење судова од прекобројних предмета.

Даље, судије и адвокати су се позитивно изјаснили у погледу укључивања лица других образовних профила (психолога, педагога, економиста и других) у поступак медијације, као и да би њихово присуство повећало ефикасност овог поступка. Око овог не би требало да буде спора, а они правници који се изјашњавају *против*, према нашем мишљењу, базирају свој став или на предрасудама, или придају већи значај правничкој професији него што би требало да чине. Најчешћи аргумент да не би требало укључивати друге професије у поступак медијације јесте да стручњаци који нису правници не знају да сачине споразум према одређеним правним стандардима. Наравно да је овај аргумент погрешан, јер едукацијом и други стручњаци могу да науче да сачине споразум, не узимајући у обзир спорове, који по природи ствари, захтевају специјализована правничка знања.

Наше квалитативно истраживање открило је и неке интересантне ставове, од којих издвајамо став судија да адвокати врше негативан утицај на клијенте у правцу избора парнице, а не медијације, јер је интерес адвоката првенствено зарада, при чему је зарада већа у парници. Овакво мишљење дели и већина адвоката. У дискусији резултата изразили смо одређену резерву према оваквом ставу у погледу улоге адвоката у парници и његовог односа са клијентом и навели одређене разлоге. Све изнете разлоге нећемо понављати, али на овом месту истичемо да интерес адвоката не мора увек и нужно бити *материјални*, будући да су се *неки* адвокати изјаснили да би сугерисали свом клијенту медијацију, а не парницу (већина се изјаснила за *парницу*). Ако би пошли од претпоставке да медијација доноси нижу зараду, зашто би неки адвокати тако поступили? Затим, на *подузорку адвоката*, добили смо одговор *три четвртине* адвоката да договор клијента са другом странком не може довести до колизије са њиховим интересима. Као главни разлог, адвокати

наводе да је *интерес странке (клијента)* најважнији у њиховом раду. Овај одговор кореспондира са одговором да би већина адвоката сугерисала клијенту да се договори са другом страном, али није конзистентан са одговором да би већина адвоката сугерисала клијенту парницу, а не медијацију. Тиме отварамо питања за нека будућа истраживања која би се бавила овом тематиком. Друго, требало би да се испита и *да ли у дугом року адвокат може више да заради сугерисањем клијенту да иде на медијацију, будући да на тај начин добија више времена да се посвети другим предметима*. Но, ипак остаје отворено питање *да ли заиста адвокат има толики утицај на свог клијента у погледу избора између медијације и парнице, или се клијент једноставно обраћа адвокату онда када је чврсто решен да иде на парницу?* Све су ово питања за нека будућа истраживања. Наше истраживање показало је *виши степен убеђености судија* у постојање таквог утицаја адвоката на клијенте, но питање је да ли је то мишљење базирано на одређеном сукобу интереса између адвоката и судија, или заиста има реално утемељење.

Коначно, обе испитане групе слажу се да *АДР* методи нису довољно заступљени у нашој земљи, али да постоји простор за њихову афирмацију. Слажемо се са мишљењем већине судија и адвоката да је основни проблем у *неинформисаности* о предностима *АДР* метода. Ако је већ идентификован један од проблема слабе заступљености ових метода,<sup>1377</sup> онда једино преостаје да се *pro futuro* ради на њиховој популаризацији свим средствима масовне комуникације. При том, поред Интернета, телевизије и других средстава масовне комуникације, и *школе* могу имати важну улогу у промоцији мирног решавања спорова, чиме би млади били правовремено информисани. Оваква едукација младих људи може утицати и на *промену менталитета*, разлога који је често навођен у анкети као узрок слабе заступљености медијације у Србији.

Све у свему, можемо да закључимо да су налази квантитативног дела истраживања недвосмислено потврдили општепознату тезу да је поступак медијације бржи и јефтинији од парничног поступка, али и да поступак *са*

---

<sup>1377</sup> Исти закључак да постоји *слаба информисаност јавности о медијацији у нашој земљи*, као и да је потребна *даља популаризација овог АДР метода*, изведен је у једном од малобројних истраживања медијације, новијег датума, спроведеног у *пет градова Југоисточне Србије*. Детаљније о истраживању, видети: Александра Марковић, Емануела Крстић, Јелена Цветковић, Марија Благојевић, Марија Живковић, *Медијација из угла грађана, привредника и медијатора*, International Finance Corporation, Београд, 2011.

медијацијом конзумира ниже трошкове, мање времена и других ресурса парничних субјеката у односу на поступак *без* медијације. С друге стране, квалитативни део истраживања показао је да испитане групе (нарочито судије) препознају значај медијације у повећању ефикасности парничног поступка. То су резултати који су се очекивали. Но, и поред значајних предности медијације, она се не користи у довољној мери у нашој земљи. Истраживање је јасно показало да је у Србији *парница* још увек доминантан метод решавања грађанскоправних спорова у односу на медијацију, и генерално гледано, алтернативно решавање грађанскоправних спорова. Један од очигледних разлога јесте *слаба информисаност* свих актера у парничном поступку о предностима медијације, а нарочито *странака*. При том, осим слабе информисаности и недовољне популаризације медијације (и других *АДР* метода), наше истраживање идентификовало је и *друге узроке* таквог стања. Пре свега, узроци слабе примене медијације у Србији налазе се и у *неадекватном законском регулисању медијације*. С тим у вези, у будућем *Закону о медијацији* потребно је предвидети *обавезну медијацију пре покретања парничног поступка у свим споровима у којима је медијација могућа*, чиме би, према нашем мишљењу, ова правна установа добила на *снази* и испољила све предности у пракси. Такође, неопходно је предвидети и да *споразум закључен у поступку медијације има извршну снагу*, услед чега би се повећао број медијација, али и индекс успешности медијације. Такође, потребно је *снизити таксу за покретање поступка медијације*, посебно када је реч о споровима мале вредности, и размислити о *увођењу бесплатне медијације за странке*. Дакле, уколико би на овим сугестијама била базирана будућа *реформа* система решавања спорова медијацијом у Србији, ефикасност ове правне установе дошла би до изражаја у правом смислу те речи. Према нашем мишљењу, у Србији постоји *простор* за снажнију примену медијације и других *АДР* метода, већ афирмисаних у развијенијим земљама.

## СКРАЋЕНИЦЕ И ОЗНАКЕ

### Скраћенице и ознаке у теоријском делу дисертације

- ЕАП – економска анализа права  
БПЕ – бихејвиорално право и економија  
АРС – алтернативно решавање спорова  
ADR – alternative dispute resolution  
БАТНА – најбоља алтернатива преговарачком споразуму  
ААА – Америчка арбитражна асоцијација  
Мед-арб – медијација-арбитража  
БДП – бруто домаћи производ
- АТ – административни трошкови  
TG – трошкови судијских грешака  
DTP – друштвени трошкови парничног поступка (парнице)  
ТТ – трошак подизања тужбе  
OVTZ – очекивана вредност од тужбеног захтева  
OVP – очекивана вредност од преговора и поравнања  
OVS<sub>1</sub> – очекивана вредност од суђења у првом степену  
OVS<sub>2</sub> – очекивана вредност од суђења у другом степену  
P<sub>T</sub> – тужиочева вероватноћа судског исхода  
P<sub>D</sub> – туженикова вероватноћа судског исхода  
H – очекивана накнада штете  
r<sub>1</sub> – тужиочеви парнични трошкови  
r<sub>2</sub> – туженикови парнични трошкови  
P<sub>V</sub> – тужиоци са високом вероватноћом победе на суђењу  
P<sub>N</sub> – тужиоци са ниском вероватноћом победе на суђењу  
v – процентуално учешће тужилаца са високом вероватноћом победе у популацији тужилаца  
P<sub>P</sub> – просечна вероватноћа победе тужиоца на суђењу  
C – износ поравнања  
Z – износ поравнања  
x<sub>i</sub> – степен пажње починиоца штете  
x<sub>i</sub>\* – ефикасан ниво пажње починиоца штете  
x<sub>v</sub> – степен пажње оштећеног  
x<sub>v</sub>\* – ефикасан ниво пажње оштећеног  
p – вероватноћа да ће тужилац победити у парници  
w – величина очекиване вредности од пресуде  
x – парнични трошкови тужиоца

$u$  – парнични трошкови туженог  
 $T_1(p_1, p_2)$  – функција субјективног очекиваног добитка од суђења за тужиоца  
 $T_2(p_1, p_2)$  – функција субјективног очекиваног губитка од суђења за туженог  
 $D_1$  – тужиочева вредност очекиване накнаде штете  
 $D_2$  – туженикова вредност очекиване накнаде штете  
 $P_1$  – тужиочева вероватноћа у погледу позитивног исхода спора  
 $P_2$  – туженикова вероватноће у погледу позитивног исхода спора  
 $-(p_{1s} + p_{2s})$  – вредност трансакционих трошкова преговарања

### Скраћенице и ознаке у емпиријском делу дисертације

СЕРЕЈ – Европска комисија за ефикасност правосуђа  
П – парнице  
П<sub>1</sub> – радни спорови  
М<sub>1</sub> – радни спор са медијацијом  
М<sub>2</sub> – накнада штете са медијацијом  
М<sub>3</sub> – утврђење својине са медијацијом  
М<sub>4</sub> – брачна тековина са медијацијом  
М<sub>5</sub> – брачна тековина са медијацијом  
М<sub>6</sub> – уређење и коришћење непокретности са медијацијом  
М<sub>7</sub> – неосновано обогаћење са медијацијом  
М<sub>8</sub> – брачна тековина са медијацијом  
М<sub>9</sub> – поништај тестаментa са медијацијом  
ВСП – вансудско поравнање  
СП – судско поравнање  
П – пресуда  
сд – стандардна девијација  
Н – број јединица у узорку

### Скраћенице за законе

ЗП – Закон о посредовању – медијацији  
ЗПП – Закон о парничном поступку  
ЗОО – Закон о облигационим односима

## ЛИТЕРАТУРА

### *Књиге, монографије и уџбеници*

Arrow J. Kenneth, Mnookin H. Robert, Ross Lee, Tversky Amos, Wilson Robert: *Barriers to Conflict Resolution*, W. W. Norton & Company, New York, London, 1994.

Atiyah Patrick: *Accidents, Compensation and the Law*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1980.

Axelrod Robert: *The Evolution of Cooperation*, Basic Books, inc., Publishers, New York, 1984.

Barnes W. David, Stout A. Lynn: *The Economic Analysis of Tort Law*, West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1992.

Barrett T. Jerome, Barrett P. Joseph: *A History of Alternative Dispute Resolution*, Jossey-Bass A Wiley Imprint, San Francisco, 2004.

Беговић Борис, Лабус Мирољуб, Јовановић Александра: *Економија за правнике*, Правни факултет Универзитета у Београду, Издавачки центар, 2008.

Binmore Ken: *Does Game Theory Work?, The Bargaining Challenge*, The Mit Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2007.

Brams J. Steven: *Negotiation Games, Applying Game Theory to Bargaining and Arbitration*, Revised Edition, Routledge Taylor & Francis Group, London, New York, 2003.

Brunet Edward, Craver B. Charles: *Alternative Dispute Resolution: The Advocate's Perspective, Cases and Materials*, Contemporary Legal Education Series, Charlottesville, Virginia, 1997.

Calabresi Guido: *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven and London, Yale University Press, 1970.

Cole H. Daniel, Grossman Z. Peter: *Principles of Law and Economics*, Pearson Education, Inc., Upper Saddle River, New Jersey 07458, 2005.

Cooley W. John: *Mediation Advocacy*, Nita Practical Guide Series, National Institute for Trial Advocacy, Indiana, 1996.

Cooter Robert, Ulen Thomas: *Law and Economics*, Addison-Wesley Longman, Reading Massachusetts, Menlo Park California, New York, Harlow England, Ontario, Sydney, Mexico City, Madrid, Amsterdam, 1999.

Deweese Don, Duff David, Trebilcock Michael: *Exploring the Domain of Accident Law: Taking the Facts Seriously*, Oxford University Press, New York, 1996.

Димитријевић Момчило, Симић Миролjub: *Увод у право*, Свен, Ниш, 2005.

Ђорђевић Вера: *Статистика у економији*, четврто измењено издање, Економски факултет, Ниш, 2009.

Ellickson C. Robert: *Order Without Law – How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1991.

Fisher Roger, Ury William: *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, Second Edition by Fisher, Ury and Patton, Random House Business Book, 2003. Доступно у електронској верзији: <http://6thfloor.pp.fi/fgv/gettingtoyes.pdf>

Frey S. Bruno, Stutzer Alois: *Happiness and Economics, How the Economy and Institutions Affect Well-Being*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2002.

Friedman D. David: *Law's Order – What Economics Has To Do With Law And Why It Matters*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2000.

Georgakopoulos L. Nicholas: *Principles and Methods of Law and Economics*, Cambridge University Press, New York, 2000.

Goldberg B. Stephen, Sander E. A. Frank, Rogers H. Nancy: *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*, third edition, Aspen Law & Business, Gaithersburg, New York, 1999.

Goldštajn Aleksandar, Triva Siniša: *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Informator, Zagreb, 1987.

Harnett L. Donald, Cummings L. Larry: *Bargaining Behavior*, Dame Publications, Houston, Tex., 1980.

Hartley E. Roger: *Alternative Dispute Resolution in Civil Justice Systems*, LFB Scholarly Publishing LLC, New York, 2002.

Игњатовић Цамоња Тамара, Жегарац Невенка: *Теоријске основе медијације – перспективе и доприноси*, Центар за примењену психологију, Београд, 2009.

Јанићијевић Дејан: *Арбитража*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2011.

Јовановић Александра: *Теоријске основе економске анализе права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Издавачки центар, Београд, 2008.

Јовановић Александра: *Увод у Економску анализу права*, Савет пројекта Конституисање Србије као модерне правне државе, Центар за публикације Правног факултета, Београд, 1998.

Кнежевић Гашо, Павић Владимир: *Арбитража и АДР*, Издавачки центар Правног факултета Универзитета у Београду, Београд, 2009.

Kressel Kenneth: *Labor Mediation: An Exploratory Survey*, Association Labor Mediation Agencies, Albany, New York, 1972.

Куштримовић К. Радмила, Лазић Мирослав: *Увод у грађанско право*, Пунта, Ниш, 2008.

Лабус Мирољуб: *Основи економије*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд, 2006.

Lax A. David, Sebenius K. James: *The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain*, The Free Press, New York, 1986.

Lew D. M. Julian: *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, New York, 1978.

Lookofsky Joseph, Hertz Ketilbjørn: *Transnational Litigation and Commercial Arbitration: An Analysis of American, European, and International Law*, Second Edition, Juris Publishing, DJØF Publications Copenhagen, 2004.

Mattei Ugo: *Comparative Law and Economics*, The University of Michigan Press, USA, 2000.

Mercuro Nicholas, Medema Steven: *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, Princeton, 1997.

Miceli J. Thomas: *Economics of the Law – Torts, Contracts, Property, Litigation*, Oxford University Press, New York, Oxford, 1997.

Miceli J. Thomas: *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford California, 2004.

Милошевић М. Владислав: *Теорија вероватноће II, случајне променљиве и њихове расподеле*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 2000.

Милутиновић Љубица: *Медијација у Србији*, International Finance Corporation, Београд, 2006.

Moore, W. Christopher: *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflicts*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, London, 1986.

Murray S. John, Rau S. Alan, Sherman F. Edward: *Arbitration*, University Casebook Series, The Foundation Press, Westbury, New York, 1996.

Murray S. John, Rau S. Alan, Sherman F. Edward: *Mediation and Other Non-Binding ADR Processes*, University Casebook Series, The Foundation Press, Westbury, New York, 1996.

Murray S. John, Rau S. Alan, Sherman F. Edward: *Negotiation*, University Casebook Series, The Foundation Press, Westbury, New York, 1996.

Murray S. John, Rau S. Alan, Sherman F. Edward: *Process of Dispute Resolution, the Role of Lawyers*, second edition, University Casebook Series, The Foundation Press, Westbury, New York, 1996.



Neumann J. V., Morgenstern O.: *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University Press, Princeton N.J., 1953.

Николић Љубица: *Основи економије*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2011.

Nolan-Haley M. Jacqueline: *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 1991.

Pareto Vilfredo: *Manuel d'économie politique*, Paris, 1906.

Polinsky A. Mitchell: *An Introduction to Law and Economics*, Aspen Publishers, New York, 2003.

Polinsky A. Mitchell, Shavell Steven: *Handbook of Law and Economics*, Vol. I, Elsevier Science Publishing, Amsterdam, 2007.

Polinsky A. Mitchell, Shavell Steven: *Handbook of Law and Economics*, Vol. II, Elsevier Science Publishing, Amsterdam, 2007.

Posner A. Richard: *Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business, New York, 1998.

Познић Боривоје и Ракић-Водинелић Весна: *Грађанско процесно право*, шеснаесто измењено и допуњено издање, Савремена администрација, Београд, 2010.

Pruitt D. G., Kim S. H.: *Social conflict: Escalation, stalemate and settlement*, Third Edition, McGraw-Hill, New York, 2003.

Радишић Јаков: *Облигационо право*, Номос, Београд, 2004.

Raiffa Howard: *The Art and Science of Negotiation*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1982.

Rasmusen Eric: *Games and Information: An Introduction to Game Theory*, Third Edition, Blackwell Publishers Inc., USA, UK, 2001.

Rawls John: *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1971.

Riskin L. Leonard, Westbrook E. James: *Dispute Resolution and Lawyers*, Second Edition, American Casebook Series, West Group, St. Paul, Minn., 1998.

Rubin L. Edward: *The Nonjudicial Life of Contract: Beyond the Shadow of the Law*, Northwestern University Law Review, Vol. 90, 1995.

Scaros E. Constantinos: *All About Torts*, Prentice Hall, New Jersey, 2000.

Schäfer Hans-Bernd, Ott Claus: *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2004.

Schelling C. Thomas: *The Strategy of Conflict*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1960.

Shavell Steven: *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2007.

Shavell Steven: *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2004.

Shavell Steven: *Temelji ekonomske analize prava*, Mate, Zagreb, 2009.

Singer R. Linda: *Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System*, Westview Press, Boulder Colo., 1990.

Станковић Гордана: *Грађанско процесно право*, прва свеска, *Грађанско парнично процесно право*, Свен, Ниш, 2007.

Станковић Гордана, Старовић Боривој, Кеча Ранко, Петрушић Невена: *Арбитражно процесно право*, Удружење за грађанско и процесно право и ГИП „Вона Fides“, Ниш, 2002.

Стојановић Божо: *Теорија игара – елементи и примена*, Службени гласник, Београд, 2005.

Stone V. W. Katherine: *Private Justice: the Law of Alternative Dispute Resolution*, Foundation Press, New York, 2000.

Tannen Deborah: *You Just Don't Understand: Women and Men in Conversation*, Harper Paperbacks, 1 edition, 2001.

Варијан Р. Хал: *Микроекономија: модеран приступ*, Економски факултет у Београду, Београд, 2005.

Veljanovski G. Cento: *The Economics of Law*, Institute of Economics Affairs, Hobart Paper, No. 157, 2007.

Viskusi W. Кип: *Regulation through Litigation*, Brookings Institution Press, Washington, D. C., 2002.

Wooldridge C. William: *Uncle Sam, The Monopoly Man*, Arlington House, New York, New Rochelle, 1970.

Zerbe O. Richard: *Economic Efficiency in Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2001.

### **Чланци и подглавља у књигама**

Allison R. John: *The Context, Properties, and Constitutionality of Nonconsensual Arbitration: A study of Four System*, Journal of Dispute Resolution, Vol. 1990, No. 1, 1990.

Aloysius A. John: *Research joint ventures: A cooperative game for competitors*, European Journal of Operational Research, No. 136, 2002.

Ashe F. Bernard: *Arbitration Finality: Myth or Reality?*, Arbitration Journal, Vol. 38, Issue 4, 1983.

Ashenfelter Orley, Bloom E. David: *Models of Arbitrator Behavior: Theory and Evidence*, American Economic Review, Vol. 74, March 1984.

Ashenfelter Orley, Bloom E. David: *The Pitfalls in Judging Arbitrator Impartiality by Win-Loss Tallies Under Final-Offer Arbitration*, Labor Law Journal, Vol. 34, Issue 8, August 1983.

Ashenfelter Orley: *Arbitrator Behavior*, The American Economic Review, Vol. 77, No. 2, May 1987.

Ayres Ian, Gertner Robert: *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, Yale Law Journal, Vol. 99, 1989.

Ayres Ian, Gertner Robert: *Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*, Yale Law Journal, Vol. 101, 1992.

Ayres Ian, Nalebuff J. Barry: *Common Knowledge as a Barrier to Negotiation*, UCLA Law Review, Vol. 44, 1997.

Bazerman H. Max, Farber S. Henry: *Arbitrator Decision Making: When are Final Offers Important?*, Industrial and Labor Relations Review, Vol. 39, 1985.

Bebchuk A. Lucian: *A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue*, Journal of Legal Studies, Vol. 25, 1996.

Bebchuk Arye Lucian, Guzman T. Andrew: *How Would You Like to Pay for That? The Strategic Effects of Fee Arrangements on Settlement Terms*, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 1, Spring 1996.

Bebchuk Arye Lucian: „Suits with Negative Expected Value“, y: *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* 551–554 (eds. Peter Newman), Macmillan, London, Vol. 3, 1998.

Bebchuk Arye Lucian: *Litigation and Settlement under Imperfect Information*, Rand Journal of Economics, Vol. 15, No. 3, 1984.

Benson L. Bruce: „Arbitration“, y: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 722 p. ISBN 1 85898 988 4.

Benson L. Bruce: *An Exploration of the Impact of Modern Arbitration Statutes on the Development of Arbitration in the United States*, Journal of Law, Economics, and Organization, Vol. 11, 1995.

Benson L. Bruce: *Customary Law with Private Means of Resolving Disputes and Dispensing Justice: A Description of a Modern System of Law and Order Without State Coercion*, Journal of Libertarian Studies, 1990.

Benson L. Bruce: *Understanding Bureaucratic Behavior: Implications from the Public Choice Literature*, Journal of Public Finance and Public Choice, Vol. 8, 1995.

Benson L. Bruce: *The Spontaneous Evolution of Commercial Law*, Southern Economic Journal, Vol. 55, Issue 3, January 1989.

Berman J. Harold, Dasser J. Felix: „The ‘New’ Law Merchant and the ‘Old’: Sources, Content, and Legitimacy”, y: Thomas E. Carbonneau (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*, Transnational Juris Publication, Dobbs Ferry, New York, 1990.

Bernstein L.: *The Choice Between Public and Private Law: The Diamond Industry’s Preference for Extra-Legal Contracts and a Private Law System of Dispute Resolution*, Harvard Law School Program in Law and Economics, Discussion Paper No. 72, 1990, публикувано као: L. Bernstein, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, Journal of Legal Studies, Vol. 21, No. 1, January 1992.

Bezanson P. Randall: *The Libel Suit in Retrospect: What Plaintiffs Want and What Plaintiffs Get*, California Law Review, Vol. 74, 1986.

Bloom E. David, Cavanagh L. Christopher: *An Analysis of the Selection of Arbitrators*, American Economic Review, Vol. 76, No. 3, 1986.

Bloom E. David: *Empirical Models of Arbitrator Behavior under Conventional Arbitration*, Review of Economics and Statistics, Vol. 68, 1986.

Bloom E. David: *Is Arbitration Really Compatible with Bargaining?*, Industrial Relations, Vol. 20, 1981.

Bodily E. Samuel: *When Should You Go to Court?*, Harvard Business Review, Vol. 59, Issue 3, May-June 1981.

Braeutigam Ronald, Owen Bruce, Panzar John: *An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems*, Law and Contemporary Problems, Vol. 47, No. 1, 1984.

Brandenburger Adam: *Knowledge and Equilibrium in Games*, Journal of Economic Perspectives, Vol. 6, Issue 4, Fall 1992.

Bronsteen John: *Some Thoughts about the Economics of Settlement*, Fordham Law Review, Vol. 78, 2009.

Brown Gerarda Jennifer, Ayres Ian: *Economic Rationales for Mediation*, Virginia Law Review, Vol. 80, No. 2, 1994.

Brunet Edward: *Questioning the Quality of Alternate Dispute Resolution*, Tulane Law Review, Vol. 62, No. 1, November 1987.

Burgess L. Paul, Marburger R. Daniel: *Do Negotiated and Arbitrated Salaries Differ under Final-Offer Arbitration?*, Industrial and Labor Relations Review, Vol. 46, 1993.

Carnevale J. D. Peter, Pegnetter Richard: *The Selection of Mediation Tactics in Public Sector Disputes: A Contingency Analysis*, Journal of Social Issues, Vol. 41, Issue 2, Summer 1985.

Carnevale J. D. Peter, Pruitt G. Dean: *Negotiation and Mediation*, Annual Reviews Psychology, 1992.

Charny David: *Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships*, Harvard Law Review, Vol. 104, No. 2, December 1990.

*Civil Litigation: The Judicial Mini-Trial*, Dispute Resolution–Special Series, Alberta Law Reform Institute, Discussion paper No. 1, August 1993.

Coase H. Ronald: *The Problem of Social Cost*, Journal of Law and Economics, Vol. 3, October 1960.

Coleman Jules, Silver Charles: *Justice in Settlements*, Social Philosophy & Policy, Vol. 4, Issue 1, 1986.

Cole Rudolph Sarah, Kristen M. Blankey: „Arbitration“, y: Michael L. Moffitt, Robert C. Bordone, *The Handbook of Dispute Resolution*, First edition, Jossey-Bass A Wiley Imprint, San Francisco, United States of America, 2005.

Conlon E. Donald, Ross H. William: *Influence of Movement Toward Agreement and Third Party Intervention on Negotiator Fairness Judgments*, The International Journal of Conflict Management, Vol. 3, Issue 3, 1992.

Cooter D. Robert, Marks Stephen, Mnookin Robert: *Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior*, Journal of Legal Studies, Vol. 11, 1982.

Cooter D. Robert, Rubinfeld L. Daniel: *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, Journal of Economic Literature, Vol. 27, No. 3, September 1989.

Cooter Robert: „Liability Right as Contingent Claims“, y: *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, (eds. Peter Newman), Stockton Press, NewYork, 1998.

Cooter Robert: *The Cost of Coase*, Journal of Legal Studies, Vol. 11, 1982.

Cornes David: „Commercial Mediation: The Impact of the Courts“, y: *Arbitration*, Sweet and Maxwell Limited, London, Vol. 73, 2007.

Coursey Don, Stanley Linda: *Pretrial Bargaining Behavior within the Shadow of the Law: Theory and Experimental Evidence*, International Review of Law and Economics, Vol. 8, 1988.

Crawford P. Vincent: *On Compulsory Arbitration Schemes*, Journal of Political Economy, Vol. 87, Issue 1, February 1979.

- Currie Janet: *Who Uses Interest Arbitration? The Case of British Columbia's Teachers, 1947–1981*, *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 42, 1989.
- Danzon M. Patricia, Lillard A. Lee: *Settlement Out of Court: The Disposition of Medical Malpractice Claims*, *Journal of Legal Studies*, Vol. 12, 1983.
- Demsetz Harold: *Information and Efficiency: Another Viewpoint*, *Journal of Law and Economics*, Vol. 12, No. 1, 1969.
- Deutch Morton: „Субјективни моменти у разрешавању конфликта: психолошки, друштвени и културни утицаји“, у: Драган Попадић, Дијана Прут, Тинде Ковач-Церовић, *Социјални конфликти*, Група МОСТ и Центар за антиратну акцију, Београд, 1996.
- Donohue W. A.: „Communicative Competence in Mediators“, у: K. Kressel, D. G. Pruitt, eds., *Mediation Research*, Jossey-Bass, San Francisco, 1989.
- Doriat-Duban Myriam: „Alternative Dispute Resolution in the French Legal System: An Empirical Study“, у: Bruno Deffains, Thierry Kirat, *Law and Economics in Civil Law Countries*, Routledge Taylor & Francis Group, London, New York, 2001.
- Drobak N. John: „Cognitive science“, у: Jürgen G. Backhaus, *The Elgar Companion to Law and Economics*, second edition, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2005.
- Edelman Lester, Carr Frank, Creighton L. James: *The Mini-Trial*, Alternative Dispute Resolution Series, Pamphlet 1, US Army Corps of Engineers, April 1989.
- Eisenberg A. Melvin: *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, *Stanford Law Review*, Vol. 47, 1995.
- Eisenberg Theodore: *Testing the Selection Effect: A New Theoretical Framework with Empirical Tests*, *Journal of Legal Studies*, Vol. 19, 1990.
- Ellmann Stephen: *Lawyers and Clients*, *UCLA Law Review*, Vol. 34, 1987.
- Epstein A. Richard: *A Theory of Strict Liability*, *Journal of Legal Studies*, Vol. 2, 1973.
- Epstein A. Richard: *Settlement and Litigation: Of Vices Individual and Institutional*, *University of Chicago Law School Record*, Vol. 30, Spring 1984.
- Farber S. Henry, Bazerman H. Max: *Divergent Expectations as a Cause of Disagreement in Bargaining: Evidence from a Comparison of Arbitration Schemes*, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 104, Issue 1, February 1989.
- Farber S. Henry, Bazerman H. Max: *The General Basis of Arbitration Behavior: An Empirical Analysis of Conventional and Final-Offer Arbitration*, *Econometrica*, Vol. 54, 1986.
- Farber S. Henry, Katz C. Harry: *Interest Arbitration, Outcomes, and the Incentives to Bargain*, *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 33, 1979.

Farber S. Henry: *Splitting-the-Difference in Interest Arbitration*, Industrial and Labor Relations Review, Vol. 35, 1981.

Faurot J. David, McAllister Stephen: *Salary Arbitration and Pre-Arbitration Negotiation in Major League Baseball*, Industrial and Labor Relations Review, Vol. 45, 1992.

Fiss M. Owen: *Against Settlement*, Yale Law Journal, Vol. 93, No. 6, 1984.

Franck M. Thomas: „The Structure of Impartiality: Examining the Riddle of One Law in a Fragmented World“, y: Tibor Várady, John J. Barceló III, Arthur T. von Mehren, *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, Second Edition, American Casebook Series, Thomson West, St. Paul, MN, 2003.

Friedman E. Alan: *An Analysis of Settlement*, Stanford Law Review, Vol. 22, 1969.

Friedman Ezra, Wickelgren L. Abraham: *No Free Lunch: How Settlement Can Reduce the Legal System's Ability to Induce Efficient Behavior*, SMU Law Review, Vol. 61, 2008.

Gertner H. Robert: „Disclosure and Unraveling“, y: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, Macmillan, London, Vol. 1: 605–608, 1998.

Gilson J. Ronald, Mnookin H. Robert: *Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation*, Columbia Law Review, Vol. 94, 1994.

Gould P. John: *The Economics of Legal Conflicts*, Journal of Legal Studies, Vol. 2, 1973.

Gravelle Hugh, Waterson Michael: *No Win, No Fee: Some Economics of Contingent Legal Fees*, Economic Journal, Vol. 103, No. 420, September 1993.

Gravelle S. E. Hugh: *Accidents and the Allocation of Legal Costs with an Uninformed Court*, The Geneva Papers on Risk and Insurance, Vol. 14, No. 50, January 1989.

Hardy Will: *Mandatory Mediation*, 2008, доступно: <http://willhardy.com.au/legal-essays/mandatory-mediation/view/>

Harsanyi C. John: *Games with Incomplete Information Played by “Bayesian” Players*, Management Science, Vol. 14, Issue 3, November 1967.

Hiltrop M. Jean, Rubin Z. Jeffrey: *Effects of Intervention Conflict of Interest on Dispute Resolution*, Journal of Personality and Social Psychology, Vol. 42, Issue 4, April 1982.

Hiltrop Marie Jean: *Mediator Behavior and the Settlement of Collective Bargaining Disputes in Britain*, Journal of Social Issues, Vol. 41, Issue 2, Summer 1985.

Hudges James, Snyder Edward: *Litigation and Settlement Under the English and American Rules: Theory and Evidence*, Journal of Law and Economics, Vol. 38, 1995.

Kahneman Daniel, Tversky Amos: *On the Psychology of Prediction*, Psychological Review, Vol. 80, No. 4, July 1973.

Kahneman Daniel, Tversky Amos: *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, Econometrica, Vol. 47, 1979.

Kahneman Daniel: *Reference Points, Anchors, Norms and Mixed Feelings*, Organizational Behavior & Human Decision Processes, Vol. 51, Issue 2, March 1992.

Kaplow Louis, Shavell Steven: *Accuracy in the Assessment of Damages*, Journal of Law and Economics, Vol. 39, 1996.

Kaplow Louis, Shavell Steven: *Fairness Versus Welfare*, Harvard Law Review, Vol. 114, 2001.

Kaplow Louis: *Optimal Insurance Contracts When Establishing the Amount of Losses is Costly*, Geneva Papers on Risk & Insurance – Theory, Vol. 19, No. 2, December 1994.

Katz Wiener Avery: „Indemnity of Legal Fees“, y: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 722 p. ISBN 1 85898 988 4.

Kelman Mark et al.: *Context-Dependence in Legal Decision Making*, Journal of Legal Studies, Vol. 25, 1996.

Klein Benjamin, Leffler B. Keith: *The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance*, Journal of Political Economy, Vol. 89, No. 4, August 1981.

Kobayashi H. Bruce, Parker S. Jeffrey: „Civil Procedure: General“, y: Boudewijn Bouckaert, Gerrit De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 722 p. ISBN 1 85898988 4.

Kovach K. Kimberlee: „Mediation“, y: Michael L. Moffitt, Robert C. Bordone, *The Handbook of Dispute Resolution*, First edition, Jossey-Bass A Wiley Imprint, San Francisco, United States of America, 2005.

Кнежевић Гашо: „Право и промене: АДР – промена у праву“, y: *Анали Правног факултета у Београду*, LIV, бр. 2, Правни факултет у Београду, 2006.

Korobkin Rusell, Guthrie Chris: *Psychology, Economics, and Settlement: A New Look at the Role of the Lawyer*, Texas Law Review, Vol. 76, 1997.

Korobkin Russell, Guthrie Chris: *Psychological Barriers to Litigation Settlement: An Experimental Approach*, Michigan Law Review, Vol. 93, 1994–1995.

Kressel Kenneth, Pruitt G. Dean: *Themes in the Mediation of Social Conflict*, Journal of Social Issues, Vol. 41, Issue 2, 1985.



- Kritzer M. Herbert: *Fee Arrangements and Fee Shifting: Lessons from Experience in Ontario*, Law and Contemporary Problems, Vol. 47, No. 1, 1984.
- Landes M. William, Posner A. Richard: *Adjudication as a Private Good*, Journal of Legal Studies, Vol. 8, 1979.
- Landes M. William: *An Economic Analysis of the Courts*, Journal of Law and Economics, Vol. 14, 1971.
- Levin A. Leo, Colliers D. Denise: *Containing the Cost of Litigation*, Rutgers Law Review, Vol. 37, 1985.
- Lewis R. Tracy, Sappington E.M. David: *Countervailing Incentives in Agency Problems*, Journal of Economic Theory, Vol. 49, Issue 2, December 1989.
- Lim G. Rodney, Carnevale J. D. Peter: *Contingencies in the Mediation of Disputes*, Journal of Personality and Social Psychology, Vol. 58, Issue 2, February 1990.
- Loewenstein George et al.: *Self-Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining*, Journal of Legal Studies, Vol. 22, 1993.
- Лубарда Б.: *Решавање колективних радних спорова*, Правни живот, 11/95, III том, 1995.
- Lukas M. Malcolm: *The Future of Arbitration*, Arbitration Journal, Vol. 42, Issue 2, June 1987.
- Mause J. Philip: *Winner Takes All: A Re-Examination of the Indemnity System*, Iowa Law Review, Vol. 55, 1969.
- McEwin R. Ian: *No-Fault and Road Accidents: Some Australasian Evidence*, International Review of Law and Economics, Vol. 9, Issue 1, June 1989.
- McGillicuddy B. Neil, Welton L. Gary, Pruitt G. Dean: *Third-Party Intervention: A Field Experiment Comparing Three Different Models*, Journal of Personality and Social Psychology, Vol. 58, Issue 1, 1987.
- Mendelsohn Gary: *Lawyers as Negotiators*, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 1, 1996.
- Miceli J. Thomas: „Dispute Resolution“, у: Jürgen G. Backhaus, *The Elgar Companion to Law and Economics*, second edition, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2005.
- Miceli J. Thomas: *Do Contingent Fees Promote Excessive Litigation?*, Journal of Legal Studies, Vol. 23, No. 1, 1994.
- Михаиловић Гордана: „Шта смо добили а шта изгубили са Законом о медијацији“, у: Тамара Џамоња Игњатовић, Невенка Жегарац, *Теоријске основе медијације: перспективе и доприноси*, Центар за примењену психологију, Београд, 2009.
- Miller P. Geoffrey: *An Economic Analysis of Rule 68*, Journal of Legal Studies, Vol. 15, 1986.

Miller P. Geoffrey: *Some Agency Problems in Settlement*, Journal of Legal Studies, Vol. 16, 1987.

Mitchell C. R.: „Структура конфликта“, у: Драган Попадић, Дијана Прут, Тинде Ковач-Церовић, *Социјални конфликти*, Група МОСТ и Центар за антиратну акцију, Београд, 1996.

Mnookin H. Robert, Wilson B. Robert: *Rational Bargaining and Market Efficiency: Understanding Pennzoil v. Texaco*, Virginia Law Review, Vol. 75, 1989.

Mnookin H. Robert, Wilson Robert: *A Model of Efficient Discovery*, Games and Economic Behavior, Vol. 25, Issue 2, November 1998.

Mnookin H. Robert: *Alternative Dispute Resolution*, Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper Series, Paper 232, 1998, доступно на: [http://lsr.nellco.org/harvard\\_olin/232/](http://lsr.nellco.org/harvard_olin/232/)

Mnookin H. Robert: *Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict*, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 8, No. 2, 1993.

Moffitt L. Michael: „Disputes as Opportunities to Create Value“, у: Michael L. Moffitt, Robert C. Bordone, *The Handbook of Dispute Resolution*, First edition, Jossey-Bass A Wiley Imprint, San Francisco, United States of America, 2005.

Мојашевић С. Александар: „Казнена одштета у америчком праву“, у: *Страни правни живот*, бр. 1, Институт за упоредно право, Београд, 2011.

Morgan D. Thomas: *Thinking About Lawyers as Counselors*, Florida Law Review, Vol. 42, 1990.

Murphy M. Kevin, Shleifer Andrei, Vishny W. Robert: *The Allocation of Talent: Implications for Growth*, Quarterly Journal of Economics, Vol. 106, Issue 2, May 1991.

Myerson B. Roger, Satterthwaite A. Mark: *Efficient Mechanisms for Bilateral Trading*, Journal of Economic Theory, Vol. 29, Issue 2, April 1983.

Myerson B. Roger: *Multistage Games with Communication*, Econometrica, Vol. 54, No. 2, 1986.

Nalebuff Barry: *Credible Pretrial Negotiation*, The Rand Journal of Economics, Vol. 18, No. 2, 1987.

Neale A. Margaret, Bazerman H. Max: „Negotiating Rationally: The Power and Impact of the Negotiator’s Frame“, у: Roy J. Lewicki, David M. Saunders, John W. Minton, *Negotiation: Readings, Exercises and Cases*, third edition, Irwin McGraw-Hill Companies, Inc., 1999.

Odiorne S. George: *Arbitration under Early New Jersey Law*, Arbitration Journal, Vol. 8, 1953.

P'ng I. P. L.: *Strategic Behavior in Suit, Settlement, and Trial*, The Bell Journal of Economics, Vol. 14, No. 2, 1983.

Painter W. Richard: *Litigating on a Contingency: A Monopoly of Champions or a Market For Champerty?*, Chicago Kent Law Review, Vol. 71, 1995.

Perloff M. Jeffrey, Rubinfeld L. Daniel: „Settlements in Private Antitrust Litigation“, у: L. White (ed.) *Private antitrust litigation*, MA: MIT Press, Cambridge, 1988.

Петрушић Невена: *Европски стандарди и принципи решавања спорова путем медијације*, [http://www.natef.net/downloads/Nevena\\_Petrusic.pdf](http://www.natef.net/downloads/Nevena_Petrusic.pdf)

Петрушић Невена: „Медијација као метод решавања спорова“, у: *Темуда*, Виктимолошко друштво Србије, Београд, год. 7, бр. 2, 2004.

Петрушић Невена: „Спорови у правним односима и медијација“, у: *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Правни факултет у Нишу, 2002.

Polinsky A. Mitchell, Che Yeon-Koo: *Decoupling Liability: Optimal Incentives for Care and Litigation*, The RAND Journal of Economics, Vol. 22, No. 4, 1991.

Polinsky A. Mitchell, Rubinfeld L. Daniel: *A Note on Settlements under the Contingent Fee Method of Compensating Lawyers*, Berkeley Program in Law and Economics, Working Paper Series, UC Berkeley, 2001.

Polinsky A. Mitchell, Rubinfeld L. Daniel: *Sanctioning Frivolous Suits: An Economic Analysis*, Georgetown Law Journal, Vol. 82, 1993.

Polinsky A. Mitchell, Rubinfeld L. Daniel: *The Deterrent Effects of Settlements and Trials*, International Review of Law and Economics, Vol. 8, 1988.

Polinsky A. Mitchell, Shavell Steven: *Punitive Damages: An Economic Analysis*, Harvard Law Review, Vol. 111, No. 4, February 1998.

Polinsky A. Mitchell: *Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies*, Journal of Legal Studies, Vol. 12, 1893.

Posner A. Richard: *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, Journal of Legal Studies, Vol. 2, 1973.

Posner A. Richard: *Stict Liability: A comment*, Journal of Legal Studies, Vol. 2, 1973.

Posner A. Richard: *The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations*, University of Chicago Law Review, Vol. 53, 1986.

Priest L. George: „Products Liability Law and the Accident Rate“, у: Robert Litan, Clifford Winston eds, *Liability: Perspectives and Policy*, Brookings Institutions, Washington D. C., 1988.

Priest L. George, Klein Benjamin: *The Selection of Disputes for Litigation*, Journal of Legal Studies, Vol. 13, 1984.

Priest L. George: *Regulating the Contest and Volume of Litigation: An Economic Analysis*, Supreme Court Economic Review, Vol. 1, 1982.

Pruitt D. G., Rubin J. Z.: „Решавање проблема“, у: Драган Попадић, Дијана Прут, Тинде Ковач-Церовић, *Социјални конфликти*, Група МОСТ и Центар за антиратну акцију, Београд, 1996.

Pruitt G. Dean: „Social Conflict“, у: Daniel T. Gilbert, Susan T. Fiske, Gardner Lindzey, *The Handbook of Social Psychology*, Том II, четврто издање, McGraw-Hill, United States of America, 1998.

Rachlinski J. Jeffrey: *Gains, Losses, and the Psychology of Litigation*, Southern California Law Review, Vol. 70, 1996.

Rickman Neil: *Contingent Fees and Litigation Settlement*, International Review of Law and Economics, Vol. 19, Issue 3, 1999.

Robbins S. Jill: *The Private Judge: California Anomaly or Wave of the Future?*, доступно на: [http://www.iaml.org/cms\\_media/files/the\\_private\\_judge.pdf](http://www.iaml.org/cms_media/files/the_private_judge.pdf)

Rosen Sherwin: *The Market for Lawyers*, Journal of Law and Economics, Vol. 35, No. 2, 1992.

Rosenberg David, Shavell Steven: *A Model in Which Suits are Brought for Their Nuisance Value*, International Review of Law and Economics, Vol. 5, Issue 1, June 1985.

Ross Lee: *Reactive Devaluation in Negotiation and Conflict Resolution*, доступан на: [https://www.law.stanford.edu/program/centers/scicn/papers/reactive\\_devaluation.pdf](https://www.law.stanford.edu/program/centers/scicn/papers/reactive_devaluation.pdf)

Ross W. H., Conlon D. E.: *Hybrid Forms of Third-Party Dispute Resolution: Theoretical Implications of Combining Mediation and Arbitration*, The Academy of Management Review, Vol. 25, No. 2, April 2000.

Rowe D. Thomas: *The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview*, Duke Law Journal, 1982.

Rubin H. Paul: *Growing a Legal System in the Post-Communist Economies*, Cornell International Law Journal, Vol. 27, 1994.

Salant W. Stephen: *Litigation of Settlement Demands Questioned by Bayesian Defendants*, Social Science Working Paper No. 516, California Institute of Technology, California, 1984.

Salop C. Steven, White J. Lawrence: *Economic Analysis of Private Antitrust Litigation*, Georgetown Law Journal, Vol. 74, 1986.

Sander E. A. Frank, Ruben Z. Jeffrey: *The Janus Quality of Negotiation: Dealmaking and Dispute Settlement*, Negotiation Journal, Vol. 4, Issue 2, April 1988.

Sarat Austin: *Alternatives in Dispute Processing: Litigation in a Small Claims Court*, Law and Society Review, Vol. 10, 1976.

Schwartz L. Murray, Mitchell J. B. Daniel: *An Economic Analysis of the Contingent Fee in Personal-Injury Litigation*, Stanford Law Review, Vol. 22, 1970.

Shanteau James: *Cognitive Heuristics and Biases in Behavioral Auditing: Review, Comments and Observations, y: Accounting, Organizations and Society 14(1/2)*, 1989, доступно на: <http://www.k-state.edu/psych/cws/pdf/aos89.PDF>

Shavell Steven: *Any Frequency of Plaintiff Victory at Trial is Possible*, Journal of Legal Studies, Vol. 25, 1996.

Shavell Steven: *Risk Sharing and Incentives in the Principal and Agent Relationship*, The Bell Journal of Economics, Vol. 10, No. 1, Spring 1979.

Shavell Steven: *Sharing of Information Prior to Settlement or Litigation*, RAND Journal of Economics, Vol. 20, No. 2, Summer 1989.

Shavell Steven: *Strict Liability versus Negligence*, Journal of Legal Studies, Vol. 9, No. 1, January 1980.

Shavell Steven: *Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*, Journal of Legal Studies, Vol. 11, 1982.

Shavell Steven: *The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System*, Journal of Legal Studies, Vol. 26, 1997.

Shavell Steven: *The Judgment-Proof Problem*, International Review of Law and Economics, Vol. 6, 1986.

Shavell Steven: *The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System*, Journal of Legal Studies, Vol. 11, 1982.

Silver Carole: *Globalization and the U.S. Market in Legal Services—Shifting Identities*, Law and Policy in International Business, Vol. 31, No. 4, 2000.

Simon H. William: *Lawyer Advice and Client Autonomy: Mrs. Jones's Case*, Maryland Law Review, Vol. 50, 1991.

Smith P. William: *Effectiveness of the Biased Mediator*, Negotiation Journal, Vol. 1, Issue 4, October 1985.

Snyder Edward, Huges James: *The English Rule for Allocating Legal Costs: Evidence Confronts Theory*, Journal of Law, Economics & Organization, Vol. 6, 1990.

Sorin Sylvain: „Bluff and Reputation“, y: *Game Theory and Economic Analysis: A Quiet Revolution in Economics*, Routledge Advances in Game Theory, edited by Christian Schmidt, Routledge, London, New York, 2002.

Spiegel S. Arthur: *Summary Jury Trials*, Cincinnati Law Review, Vol. 54, 1985–1986.

Spier E. Kathryn: *A note on the Divergence between the Private and the Social Motive to Settle under a Negligence Rule*, Journal of Legal Studies, Vol 26, 1997.

Stevens M. Carl: *Is Compulsory Arbitration Compatible with Bargaining?*, Industrial Relations, Vol. 5, Issue 2, February 1966.

Štimac Srđan: *Mirenje – alternativni način rješavanja sporova*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište Rijeka (1991), v. 27, br. 1, 2006.

Sykes O. Alan: *“Bad Faith“ Refusal to Settle by Liability Insurers: Some Implications of the Judgement-Proof Problem*, Journal of Legal Studies, Vol. 23, 1994.

Trubek M. David et al.: *Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of the Transnational Arenas*, Case Western Reserve Law Review, Vol. 44, 1994.

Turocy L. Theodore, Stengel von Bernhard: *Game Theory*, CDAM Research Report LSE-CDAM-2001-09, October 8, 2001, доступно на:  
<http://www.cdam.lse.ac.uk/Reports/Files/cdam-2001-09.pdf>

Uzelac Alan: *Efikasnost pravosuđa u europskom kontekstu: usporedba funkcioniranja europskih pravosudnih sustava*, <http://alanuzelac.from.hr/pubs/B21efikasnost.pdf>

Várady Tibor: *The Standing of Arbitration within the Legal System*, Law & Reality: Essays on National and International Procedural Law, 351–352, Mathilde Sumampouw et al. eds., 1995, y: Tibor Várady, John J. Barceló III, Arthur T. von Mehren, *op. cit*, 2003.

Ware J. Stephen: *Paying the Prices of Process: Judicial Regulation of Consumer Arbitration Agreements*, Journal of Dispute Resolution, 2001.

Williamson E. Oliver: *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, The American Economic Review, Vol. 73, No. 4, September 1983.

Wittman Donald: *Is the Selection of Cases for Trial Biased?*, Journal of Legal Studies, Vol. 14, 1985.

Wittmer M. Jerry, Carnevale J. D. Peter, Walker E. Michael: *General Alignment and Overt Support in Biased Mediation*, The Journal of Conflict Resolution, Vol. 35, No. 4, December 1991.

### ***Статистички извештаји и истраживања***

*Addressing the New Health Care Crisis: Reforming the Medical Litigation System to Improve the Quality of Health Care*, U.S. Department of Health and Human Services Assistant Secretary for Planning and Evaluation Office of Disability, Aging and Long-Term Care Policy, March 2003.

*Court Referral to ADR: „Criteria and Research”*, NADRAC, 2003.

European judicial systems, Edition 2010 (data 2008): *Efficiency and quality of justice*, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Council of Europe, Strasbourg, October 2010.

European judicial systems, Edition 2008 (data 2006): *Efficiency and quality of justice*, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Council of Europe, Strasbourg, October 2008.

Hensler R. Deborah, Vaiana E. Mary, Kakalik S. James, Peterson A. Mark: *Trends in Tort Litigation: the Story Behind the Statistics*, Rand - the Institute for Civile Justice, R-3583 -ICJ, 1987.

*Извештаји о раду судија Парничног одељења Основног суда у Нишу за 2006.,2007.,2008.,2009.,2010. и 2011 годину.*

Kakalik James, Ebener Patricia, Felstiner William, Shanley Michael: *Costs of Asbestos Litigation*, Report R-3042-ICJ, Rand Corporation, Santa Monica, 1983.

Kakalik James, Ross R.L.: *Cost of the Civil Justice System: Court Expenditures for Various Types of Civil Cases*, Report R-2985-ICJ, Rand Corporation, Santa Monica, 1983.

Kakalik S. James, Paces M. Nicholas: *Costs and Compensation Paid in Tort Litigation*, Rand - the Institute for Civile Justice, R-3391-ICJ, 1986.

Litras F. X. Marika, Gifford Lea Sidra, Defrances J. Carol: *Tort Trials and Verdicts in Large Countries* (NCJ-179769), U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, August 2000.

Марковић Александра, Крстић Емануела, Цветковић Јелена, Благојевић Марија, Живковић Марија: *Медијација из угла грађана, привредника и медијатора*, International Finance Corporation, Београд, 2011.

*Medical Malpractice Tort Limits and Health Care Spending*, The Congress of the United States, Congressional Budget Office, 2006.

Office of Technology Assessment, *Defensive medicine and Medical Malpractice*, OTA-H-602 (July 1994).

Ostrom J. Brian, Kauder B. Neal: *Examining the Work of State Courts, 1994, A National Perspective from the Court Statistics Project*, 1996.

Ostrom J. Brian, Strickland M. Shauna, Hannaford-Agor L. Paula: *Examining Trial Trends in State Courts: 1976-2002*, National Center for State Courts.

Партнери за демократске промене Србија, Пројекат: Подршка Центру за медијацију у Краљеву, *Анализа Програма медијације у Краљеву*, у оквиру Канада-Србија пројекта реформе правосуђа (ЦС-ЈПП), Август, 2009.

Perrin Tillinghast-Towers: *U.S. Tort Costs 2000 Update: Trends and Findings on the Costs of the U.S. Tort System*, 2002.

Perrin Tillinghast-Towers: *U.S. Tort Costs: 2003 Update Trends and Findings on the Costs of the U.S. Tort System*, 2003.

*Попис становништва, домаћинства и станова у Републици Србији 2011.: први резултати*, Републички завод за статистику, Београд, 2011.

Relis Tamara: *Perceptions in Litigation and Mediation – Lawyers, Defendants, Plaintiffs, and Gendered Parties*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, 2009.

Rodrigues Flávio, Souza Victória, Leitão João: *Strategic Competition of Global Brands: A Game Theory Approach to „Nike + iPod Sport Kit“ Co-branding*, Center for Innovation, Technology and Policy Research, IN+, MPRA Paper, No. 16146, 2009.

Rozdeiczer Lukasz, Alvarez de la Campa Alejandro: *Alternative Dispute Resolution Manual: Implementing Commercial Mediation*, International Finance Corporation, World Bank Group, November 2006.

Smith K., Defrances J. Carol, Langan A. Patrick, Goerdt John: *Tort Cases in Large Countries* (NCJ-153177), Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, 1995.

*Statistical Abstract of the United States, 2001*, Economics and Statistics Administration, U.S. Census Bureau, D.C.: U.S. Department of Commerce.

### ***Новински чланци***

Phalon Richard: *Privatizing Justice*, Forbes, 1992.



## ***Правни извори***

### *Домаћи закони и други правни акти*

*Закон о адвокатури*, „Службени лист РС“, бр. 31/2011.

*Закон о мирном решавању радних спорова*, „Службени гласник РС“, бр. 125/2004 и 104/2009.

*Закон о облигационим односима*, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Службени лист СЦГ“ бр. 1/2003 – Уставна повеља.

*Закон о парничном поступку*, „Службени гласник РС“, бр. 125/2004 и 111/2009.

*Закон о посредовању – медијацији*, „Службени гласник РС“, бр. 18/2005.

*Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштва*, „Службени гласник РС“ бр. 116/08.

*Кодекс професионалне етике адвоката*, Адвокатска комора Југославије, Београд, бр. 1/1-99.

*Образложење Предлога Закона о медијацији Центра за медијацију и Предлози Закона о медијацији – поређење.*

*Правилник СТА*, „Службени гласник РС“, бр. 52/07.

Предлог нацрта *Закона о медијацији*: доступно на сајту Министарства правде Републике Србије: <http://www.mpravde.gov.rs/cr/articles/zakonodavna-aktivnost/>

*Тарифа о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката*, „Службени лист СРЈ“, бр. 54/98, 75/99, 8/2001 и 11/2002, „Службени лист СЦГ“, бр. 32/2003, 58/2004, 5/2006 и „Службени гласник РС“, бр. 129/2007 и 53/2010.

*Тарифа о накнадама у поступку медијације*, доступна на сајту: <http://www.medijacija.rs/cenovnik.html>

### *Страни закони и други правни акти*

Cal.Code Civ.Pro. §§ 643, 644.

Ch. 80–67, 1980 Fla. Laws 224.

Ch. 85–175, 1985 Fla. Laws 224.

Fed.R.Civ.P. 16(c)(7) (1983).

“Globus v. Law Research Service, Inc.“, *Federal Supplement*, vol. 287, Southern District of New York, 1968.

California Court of Appeal, Second District, 104 Cal. App. 3d 305, 163 Cal.Rptr., 1980.

*Dunnett v Railtrack Plc* [2002] EWCA Civ 303; [2002] 1 W.L.R. 2434.

*Kinstreet Ltd v Balmargo Corporation Ltd*.

### ***Речници, енциклопедије и приручници***

Клајн Иван: *Речник језичких недоумица*, девето издање, Прометеј, Нови Сад, 2008.

Клајн Иван, Шипка Милан: *Велики речник страних речи и израза*, III допуњено и исправљено издање, Прометеј, Нови Сад, 2008.

Pallant Julie: *SPSS, приручник за преживљавање*, превод четвртог издања, Allen & Unwin, Микро књига, Београд, 2011.

*Правна енциклопедија*, Београд, 1979.

Stone V. W. Katherine: *Alternative Dispute Resolution*, Encyclopedia of Legal History, University of California, Los Angeles, School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, No. 04-30.

Вујаклија Милан: *Лексикон страних речи и израза*, Просвета, Београд, 1980.

### ***Интернет извори***

<http://www.medijacija.rs/img/rezultati2009.pdf>

<http://www.medijacija.rs/struktura.html>

<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/hearing>

<http://www.adr.cand.uscourts.gov/adr/adrdocs.nsf/60a53dc732cdb24d88256a8c005e3f12/c721a136da682c8c882564e600603882?OpenDocument>, скинуто дана 11. 6. 2011.

<http://www.adr.org>

<http://www.adr.org/sp.asp?id=22440>

<http://www.beyondintractability.org/essay/fact-finding/>

<http://www.colorado.edu/conflict/peace/problem/factfinding.htm>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF>,  
приступ августа 2011. године.

## ПРИЛОЗИ

### ПРИЛОГ 1

#### АНКЕТНИ ЛИСТ СУДИЈЕ–МЕДИЈАТОРИ

Пол:                    М                    Ж

Године старости: \_\_\_\_\_.

Колико дуго радите као судија: \_\_\_\_\_ год.

Колико дуго радите као медијатор: \_\_\_\_\_ год.

1. Генерално гледано, да ли парницу видите као ефикасан метод решавања грађанскоправних спорова:

- а) да
- б) не

2. Према Вашем мишљењу, који су основни недостаци судског решавања грађанскоправних спорова у Основном суду у Нишу (заокружите један или два одговора):

- а) спорост парничног поступка
- б) високи парнични трошкови
- в) прекобројност предмета
- г) превелика формалност поступка
- д) друго (наведите) \_\_\_\_\_.

3. Генерално гледано, да ли медијацију видите као ефикасан метод решавања грађанскоправних спорова:

- а) да
- б) не

4. Да ли сматрате да је степен примене медијације у Центру за медијацију у Нишу задовољавајући:

- а) да  
Зашто? \_\_\_\_\_.
- б) не  
Зашто? \_\_\_\_\_.

5. Да ли је медијација допринела смањењу укупног броја судских предмета у Основном суду у Нишу:

- а) да
- б) не

6. Ако није, који су узроци (заокружите један или два одговора):

- а) ниска заинтересованост странака за медијацију
- б) недовољна обученост судија за медијацију
- в) утицај адвоката на клијенте
- г) неадекватна законска регулатива
- д) високи трошкови медијације (такса за покретање поступка медијације)
- ђ) друго (наведите)\_\_\_\_\_.

7. Према Вашем мишљењу, да ли већина судија медијацију види као начин за побољшање ефикасности свог рада:

- а) да  
Зашто? \_\_\_\_\_.
- б) не  
Зашто? \_\_\_\_\_.

8. Наведите друге начине, осим медијације, за побољшање ефикасности рада судије:

\_\_\_\_\_.

9. Према Вашем сазнању, колико просечно кошта типична парница: \_\_\_\_\_ дин.

10. Према Вашем сазнању, колико просечно кошта поступак медијације: \_\_\_\_\_ дин.

11. Према Вашем искуству, да ли је медијација, у појединачним успешно окончаним споровима, значајно допринела уштеди трошкова судског поступка:

- а) да
- б) не

12. Како би сте оценили висину постојеће таксе за покретање поступка медијације:

- а) висока
- б) ниска
- в) примерена

13. Ако сте на претходно питање одговорили са висока, да ли таксу видите као фактор одвраћања странака од покретања поступка медијације:

- а) да
- б) не

14. Да ли би сте подржали увођење бесплатне медијације за странке:

- а) да

б) не

15. Да ли би, према Вашем мишљењу, увођење бесплатне медијације за странке допринело повећању броја успешно решених медијација:

а) број успешних медијација био би виши

Зашто? \_\_\_\_\_.

б) број успешних медијација био би нижи

Зашто? \_\_\_\_\_.

в) број успешних медијација остао би на садашњем нивоу

Зашто? \_\_\_\_\_.

16. Да ли сматрате да би лица других образовних профила (психолози, педагози, економисти и други) допринели побољшању ефикасности медијације:

а) да

б) не

17. Како оцењујете ефекте примене постојећег Закона о посредовању-медијацији:

а) задовољавајуће

б) није дао очекиване ефекте

в) у потпуности испунио очекивања

18. Ако сматрате да Закон о посредовању-медијацији није дао очекиване резултате, наведите шта би требало променити у њему:

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_.

19. Да ли би подржали увођење обавезне (мандаторне) медијације у неким споровима:

а) да

б) не

20. Ако сте одговорили са да, наведите у којим?

\_\_\_\_\_.

21. Да ли би, према Вашем мишљењу, увођење обавезне медијације повећало број успешно решених медијација:

а) повећао би се број успешних медијација

б) не би се повећао број успешних медијација

в) број (не)успешних медијација остао би исти

22. Да ли сматрате да споразум закључен у поступку медијације треба да има извршни наслов:

а) да

б) не

23. Уколико би споразум закључен у поступку медијације имао извршни наслов, на који начин би то утицало на странке у поступку:

- а) странке би биле подстакнуте да покрећу поступак медијације
- б) странке не би биле подстакнуте да покрећу поступак медијације

24. Уколико би споразум закључен у поступку медијације имао извршни наслов, на који начин би то утицало на број успешних медијација:

- а) број успешних медијација био би виши
- б) број успешних медијација био би нижи
- в) исти као на садашњем нивоу

25. Из Вашег искуства, у којој врсти спорова је медијација била најуспешнија (заокружите један или два одговора):

- а) имовински спорови
- б) привредни спорови
- в) породични спорови
- г) радни спорови
- д) други (наведите)\_\_\_\_\_.

26. Из Вашег искуства, у којој врсти спорова је медијација била најмање успешна (заокружите један или два одговора):

- а) имовински спорови
- б) привредни спорови
- в) породични спорови
- г) радни спорови
- д) други (наведите)\_\_\_\_\_.

27. Да ли сматрате да се странке, генерално узев, учестало понашају ирационално у парничном поступку:

- а) да
- б) не

28. Ако сматрате да се странке учестало понашају ирационално, да ли и у томе видите препреку за одлазак на медијацију и неуспешно окончање медијације:

- а) да
- б) не

29. Како оцењујете улогу адвоката у избору странке да иде на медијацију или парницу:

- а) битна
- б) небитна

30. У избору између медијације и парнице, шта би према Вашем мишљењу, адвокат сугерисао странци:

- а) медијацију  
Зашто?\_\_\_\_\_.
- б) парницу  
Зашто?\_\_\_\_\_.

31. У самом поступку медијације, како су адвокати, на основу Вашег искуства, утицали на странке у погледу договора са другом странком:

- а) утицали су позитивно на странке (били су конструктивни)
- б) утицали су негативно на странке (одвраћали су их од договора)

32. У избору између упућивања странака на медијацију и закључења споразума о поравнању у судском поступку, шта би већина судија изабрала да сугерише странкама:

- а) медијацију  
Зашто? \_\_\_\_\_.
- б) закључење поравнања у судском поступку  
Зашто? \_\_\_\_\_.

33. Да ли сматрате да су, генерално гледано, алтернативни методи решавања грађанскоправних спорова (медијација, арбитража и други) довољно заступљени у нашој земљи:

- а) да
- б) не

34. Ако је одговор не, зашто нису заступљени?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_.

35. Да ли сматрате да ће алтернативни методи, и нарочито медијација, у будућности бити више заступљени у нашој земљи:

- а) да  
На који начин? \_\_\_\_\_.
- б) не  
Зашто? \_\_\_\_\_.

Овде можете написати своје коментаре о ефикасности медијације (и осталих АДР метода) и парнице: \_\_\_\_\_.



## ПРИЛОГ 2

### АНКЕТНИ ЛИСТ

#### АДВОКАТИ

Пол:                    М                    Ж

Године старости: \_\_\_\_\_.

Колико дуго радите као адвокат: \_\_\_\_\_ год.

1. Генерално гледано, да ли парницу видите као ефикасан метод решавања грађанскоправних спорова:

- а) да
- б) не

2. Према Вашем мишљењу, који су основни недостаци судског решавања грађанскоправних спорова у Основном суду у Нишу (заокружите један или два одговора):

- а) спорост парничног поступка
- б) високи парнични трошкови
- в) прекобројност предмета
- г) превелика формалност поступка
- д) друго (наведите) \_\_\_\_\_.

3. Генерално гледано, да ли медијацију видите као ефикасан метод решавања грађанскоправних спорова:

- а) да
- б) не

4. Да ли сматрате да је степен примене медијације у Центру за медијацију у Нишу задовољавајући:

- а) да  
Зашто? \_\_\_\_\_.
- б) не  
Зашто? \_\_\_\_\_.

5. Да ли је медијација допринела смањењу укупног броја судских предмета у Основном суду у Нишу:

- а) да
- б) не

6. Ако није, који су узроци (заокружите један или два одговора):

- а) ниска заинтересованост странака за медијацију
- б) недовољна обученост судија за медијацију
- в) утицај адвоката на клијенте

- г) неадекватна законска регулатива
- д) високи трошкови медијације (такса за покретање поступка медијације)
- ђ) друго (наведите)\_\_\_\_\_.

7. Према Вашем мишљењу, да ли већина адвоката медијацију види као начин за побољшање ефикасности свог рада:

- а) да  
Зашто? \_\_\_\_\_.
- б) не  
Зашто? \_\_\_\_\_.

8. Према Вашем сазнању, колико просечно кошта типична парница: \_\_\_\_\_ дин.

9. Према Вашем сазнању, колико просечно кошта поступак медијације: \_\_\_\_\_ дин.

10. Према Вашем информацијама, да ли је медијација, у појединачним успешно окончаним споровима, значајно допринела уштеди трошкова судског поступка:

- а) да
- б) не

11. Како би сте оценили висину постојеће таксе за покретање поступка медијације:

- а) висока
- б) ниска
- в) примерена

12. Ако сте на претходно питање одговорили са висока, да ли таксу видите као фактор одвраћања странака од покретања поступка медијације:

- а) да
- б) не

13. Да ли би сте подржали увођење бесплатне медијације за странке:

- а) да
- б) не

14. Да ли би, према Вашем мишљењу, увођење бесплатне медијације за странке допринело повећању броја успешно решених медијација:

- а) број успешних медијација био би виши  
Зашто? \_\_\_\_\_.
- б) број успешних медијација био би нижи  
Зашто? \_\_\_\_\_.
- в) број успешних медијација остао би на садашњем нивоу  
Зашто? \_\_\_\_\_.

15. Да ли сматрате да би лица других образовних профила (психолози, педагози, економисти и други) допринели побољшању ефикасности медијације:

- а) да
- б) не

16. Како оцењујете ефекте примене постојећег Закона о посредовању-медијацији:

- а) задовољавајуће
- б) није дао очекиване ефекте
- в) у потпуности испунио очекивања

17. Ако сматрате да Закон о посредовању-медијацији није дао очекиване резултате, наведите шта би требало променити у њему:

---

---

---

18. Да ли би подржали увођење обавезне (мандаторне) медијације у неким споровима:

- а) да
- б) не

19. Ако сте одговорили са да, наведите у којим?

---

20. Да ли би, према Вашем мишљењу, увођење обавезне медијације повећало број успешно решених медијација:

- а) повећао би се број успешних медијација
- б) не би се повећао број успешних медијација
- в) број (не)успешних медијација остао би исти

21. Да ли сматрате да споразум закључен у поступку медијације треба да има извршни наслов:

- а) да
- б) не

22. Уколико би споразум закључен у поступку медијације имао извршни наслов, на који начин би то утицало на странке у поступку:

- а) странке би биле подстакнуте да покрећу поступак медијације
- б) странке не би биле подстакнуте да покрећу поступак медијације

23. Уколико би споразум закључен у поступку медијације имао извршни наслов, на који начин би то утицало на број успешних медијација:

- а) број успешних медијација био би виши
- б) број успешних медијација био би нижи
- в) исти као на садашњем нивоу

24. Из Вашег искуства, у којој врсти спорова је медијација била најуспешнија (заокружите један или два одговора):

- а) имовински спорови
- б) привредни спорови
- в) породични спорови
- г) радни спорови
- д) други (наведите)\_\_\_\_\_.

25. Из Вашег искуства, у којој врсти спорова је медијација била најмање успешна (заокружите један или два одговора):

- а) имовински спорови
- б) привредни спорови
- в) породични спорови
- г) радни спорови
- д) други (наведите)\_\_\_\_\_.

26. Да ли сматрате да се странке, генерално узев, учестало понашају ирационално у парничном поступку:

- а) да
- б) не

27. Ако сматрате да се странке учестало понашају ирационално, да ли и у томе видите препреку за одлазак на медијацију и неуспешно окончање медијације:

- а) да
- б) не

28. Како оцењујете улогу адвоката у избору странке да иде на медијацију или парницу:

- а) битна
- б) небитна

29. У избору између медијације и парнице, шта би према Вашем мишљењу, већина адвоката сугерисала странци:

- а) медијацију  
Зашто?\_\_\_\_\_.
- б) парницу  
Зашто?\_\_\_\_\_.

30. У самом поступку медијације, шта би сте саветовали Вашем клијенту у погледу договора са другом странком:

- а) да се договори  
Зашто?\_\_\_\_\_.
- б) да се не договори  
Зашто?\_\_\_\_\_.

31. Да ли договор Вашег клијента са другом странком може утицати на Ваше интересе:

- а) може доћи до колизије са Вашим интересима  
Зашто?\_\_\_\_\_.
- б) не може доћи до колизије са Вашим интересима

Зашто? \_\_\_\_\_.

32. У избору између упућивања странака на медијацију и закључења споразума о поравнању у судском поступку, шта би већина судија сугерисала странкама:

а) медијацију

Зашто? \_\_\_\_\_.

б) закључење поравнања у судском поступку

Зашто? \_\_\_\_\_.

33. Да ли сматрате да су, генерално гледано, алтернативни методи решавања грађанскоправних спорова (медијација, арбитража и други) довољно заступљени у нашој земљи:

а) да

б) не

34. Ако је одговор не, зашто нису заступљени?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_.

35. Да ли сматрате да ће АДР методи, и нарочито медијација, у будућности бити више заступљени у нашој земљи:

а) да

На који начин? \_\_\_\_\_.

б) не

Зашто? \_\_\_\_\_.

Овде можете написати своје коментаре о ефикасности медијације (и осталих АДР метода) и парнице:

\_\_\_\_\_.

## БИОГРАФИЈА АУТОРА

Александар С. Мојашевић рођен је 24.08.1977. године у Нишу, где је завршио основну и средњу школу, као носилац Вукових диплома. Дипломирао је на Правном факултету у Нишу 2002. године, са просечном оценом 9,48. Био је стипендиста града Ниша и награђен је за најбољег студента Правног факултета у Нишу за школску 2001/2002. годину. Магистрирао је са одликом на тему *Економска анализа накнаде штете* на Правном факултету у Београду 2009. године. За предмет *Основи економије* изабран је за асистента-приправника 2005. године, а за асистента 2009. године. Учествује у извођењу вежби на предметима *Берзанско право и пословање* и *Финансијске институције*. Био је учесник на пројектима: *Заштита људских права у кривичном поступку* (2004); *Стварање услова за развој модерног правног и друштвено-економског система Србије као демократске државе* (2006–2011); и *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору* (2011–2014). Похађао је семинар *Активно учење* у Нишу 2007. године, летњу школу *Vienna and Chicago: Two Schools of Free-Market Economics* у Београду 2007. године, и летњу школу Америчког института за политичке и економске системе у Прагу 2008. године. Реализовао је студијски боравак на Универзитету Инсубрија у Италији, у оквиру Темпус пројекта 2008. године. Завршио је два специјалистичка семинара у организацији ТАЗ-а у Београду 2010. године. Завршио је обуку за припрему и управљање пројектима за европске програме финансирања високог образовања у Македонији 2011. године. Завршио је Темпус радионицу за писање пројеката са фокусом на формирање логичке матрице у Београду 2011. године. Излагао је радове на научним конференцијама: *Копоничка школа природног права* 2009. године; *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права* на Правном факултету у Нишу 2010. године; и *Екологија и право* на Правном факултету у Нишу 2011. године. Обавља функцију Техничког секретара Центра за правна и друштвена истраживања Правног факултета у Нишу и функцију Секретара катедре. Објавио је дванаест радова. Говори енглески језик и служи се француским и италијанским језиком.

**Изјава о ауторству**

Потписани-а АЛЕКСАНДАР МОЈАШЕВИЋ  
број индекса \_\_\_\_\_

**Изјављујем**

да је докторска дисертација под насловом

ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА АЛТЕРНАТИВНОГ РЕШАВАЊА  
ГРАЂАНСКОПРАВНИХ СПОРОВА

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

**Потпис докторанда**

У Београду, \_\_\_\_\_

А. Мојашевић

**Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада**

Име и презиме аутора АЛЕКСАНДАР МОЈАШЕВИЋ

Број индекса \_\_\_\_\_

Студијски програм \_\_\_\_\_

Наслов рада ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА АЛТЕРНАТИВНОГ  
РЕШАВАЊА ГРАЂАНСКОПРАВНИХ СПОРОВА

Ментор ПРОФ. ДР АЛЕКСАНДРА ЈОВАНОВИЋ  
ПРОФ. ДР ГАШИО КНЕЖЕВИЋ

Потписани/а АЛЕКСАНДАР МОЈАШЕВИЋ

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

**Потпис докторанда**

У Београду, \_\_\_\_\_

А. Мојашевић



## Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА АЛТЕРНАТИВНОГ

РЕШАВАЊА ГРАЂАНСКОПРАВНИХ СПОРОВА

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство

2. Ауторство - некомерцијално

3. Ауторство – некомерцијално – без прераде

4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима

5. Ауторство – без прераде

6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

Потпис докторанда

У Београду, \_\_\_\_\_

А. Мојанчић

1. Ауторство - Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.
2. Ауторство – некомерцијално. Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.
3. Ауторство - некомерцијално – без прераде. Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.
4. Ауторство - некомерцијално – делити под истим условима. Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.
5. Ауторство – без прераде. Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.
6. Ауторство - делити под истим условима. Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.