

Доц. др Александар Мојашевић
Универзитет у Нишу, Правни факултет
Проф. др Дејан Јанићијевић
Универзитет у Нишу, Правни факултет

Оригинални научни рад
UDK: 347.51

ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ПРОПОРЦИОНАЛНЕ ОДГОВОРНОСТИ¹

Апстракт

Предмет анализе у овом раду јесте ефикасност пропорционалне одговорности у односу на друге облике одговорности за штету. У ту сврху користе се стандардни економски модели развијени у америчкој теорији економске анализе права (скр. ЕАП). Полазећи управо од економске аргументације, аутори желе да установе да ли постоји оправдање за нормирање пропорционалне одговорности у нашем правном систему на бази одређених решења из тзв. Принципа европског одштетног права (скр. Принципи).

Први део рада односи се на економске импликације пропорционалне одговорности у односу на друге облике одговорности за непажњу, са нагласком на ефикасност пропорционалне одговорности у случају несигурности узрочне везе. У другом делу рада анализирају се решења из Принципа и Закона о облигационим односима у случају алтернативног каузалитета, као и случајеви из судске праксе у Србији и Америци који се односе на овај облик одговорности. У закључку, аутори износе став у прилог нормирања

¹ Овај рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије, бр. пројекта 179046.

пропорционалне одговорности у српском праву на бази одређених иновативних решења из Принципа.

Кључне речи: пропорционална одговорност, ефикасност, економски модели, узрочна веза.

1. Увод

Одговорност за непажњу² може се појавити у чистом облику, као једноставна одговорност за непажњу (енг. simple negligence), или као подељена одговорност за непажњу, а која се даље класификује на искључујућу подељену одговорност починиоца штете и оштећеног (енг. contributory negligence) и пропорционалну подељену одговорност починиоца штете и оштећеног (енг. comparative negligence).³ Ова класификација извршена је према томе да ли се процењује само кривица починиоца штете, или се узима у обзир, поред кривице починиоца штете, и кривица оштећеног. У случају једноставне одговорности за непажњу, процењује се само кривица починиоца штете, те ће се починилац штете сматрати одговорним ако је предузео пажњу која је испод правног стандарда пажње,⁴ независно од нивоа пажње оштећеног. С друге стране, када је реч о подељеној одговорности, процењује се, поред кривице починиоца штете, и кривица оштећеног према одговарајућим стандардима пажње.

У овом раду акценат се ставља на подељену одговорност

² *Непажња* представља један од облика кривице, поред намере. У овом раду, и нарочито у оквиру економских модела, изостављамо намеру као облик кривице. Сходно томе, у даљем тексту, када говоримо о кривици, мислимо на *непажњу починиоца штете или оштећеног*.

³ Наглашавамо да је реч о терминологији из америчког права која је прилагођена нашој терминологији.

⁴ У земљама енглеског говорног подручја, *common law* и закони прописују дужност разумне пажње (енг. *duty of reasonable care*). На основу овог стандарда, упоређује се стварна пажња починиоца штете са пажњом коју би разуман човек преузео у истим околностима. У нашем праву прихваћено је *објективно мерило за непажњу*. Пажња, коју лице на основу закона или правног посла дугује, оцењују се према ономе што би *разуман човек (bonus pater familias)* у датим околностима сматрао потребним. То је, према мишљењу неких аутора, веома широк стандард који суду даје положај креирања права, слично као у систему прецедентног права. В.: О.Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд 2008., 463.

између починиоца штете и оштећеног, и то на други облик те одговорности, пропорционалну одговорност. Прво питање јесте: какве економске импликације настају на темељу одлука о предузимању пажње починиоца штете и оштећеног, услед подстицаја које ствара пропорционална одговорност? Да би пружили одговор на ово питање приказаћемо стандардне економске моделе, развијене пре свега у америчкој теорији економске анализе права. Друго питање гласи: како је пропорционална одговорност регулисана, с једне стране, према тзв. Принципима европског одштетног права, а с друге стране, према нашем Закону о облигационим односима⁵? Ово питање нам се чини врло актуелним, узимајући у обзир стремљења наше земље према формалном учлањењу у ЕУ, као и чињеницу да је у циљу хармонизације одштетног права свих европских земаља, Европско удружење за одштетно право (енг. *European Ground on Tort Law*) усвојило споменуте Принципе.⁶ Основни циљ Принципа јесте да створи основу за хармонизацију одштетног права свих европских држава, као и да омогући даљи напредак „истински хармонизованог европског одштетног права“.⁷ Долажењем до одговора на ова питања требало би да остваримо основни циљ – да увидимо да ли постоји економско оправдање за нормирање пропорционалне одговорности у нашем праву на основу Принципа.

2. Основни економски модел пропорционалне одговорности

2.1. Економске импликације пропорционалне одговорности

Економски гледано, установљавањем пропорционалне одговорности, суд дели трошкове штете између починиоца штете и оштећеног, сразмерно (пропорционално) доприносу обеју страна да својом непажњом узрокују штетне последице. Зато се подељена

⁵ Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78

⁶ Рад на изради тих принципа поверен је стручњацима из области одштетног права, међу којима се, поред оних који долазе са европског правног подручја, налазе и они који припадају англо-америчком правном систему, правном систему државе Израел и других земаља. Принципи су доступни на сајту: <http://www.egtl.org/Principles/index.htm>

⁷ В.: J.Spier, "General Introduction", *European Ground on Tort Law, Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Springer, Vien, New York 2005., 16.

одговорност, како се назива у српском праву, може сresti и под називом сразмерна или пропорционална одговорност.⁸ Овај облик одговорности, у америчком праву, назива се компаративна одговорност за непажњу (енг. *comparative negligence*).

Под претпоставком чисте пропорционалне одговорности,⁹ ако је починилац штете својом непажњом допринео настанку штете, примера ради, са 60%, а оштећени са 40%, накнада штете биће одређена пропорционално доприносу наступања штетних последица. Оштећени се може задовољити са 60% одштете од стране починиоца штете. То се може приказати на симболичан начин,¹⁰ под базичном претпоставком да је правни стандард пажње за починиоца штете x_{ii} , односно за оштећеног x_{iv} , једнак ефикасном нивоу пажње за починиоца штете x_i^* , односно за оштећеног x_v^* . Ако би пошли од ове претпоставке, могла би се извршити компарација стварног нивоа пажње починиоца штете x_i , односно оштећеног x_v , са (ефикасним) правним стандардом пажње за починиоца штете x_i^* , односно за оштећеног x_v^* :

⁸ У овом раду, користићемо термин *пропорционална одговорност*, која је, као што је у уводу наглашено, један облик подељене одговорности, поред искључујуће подељене одговорности. Ову поделу подељене одговорности из америчког права, ради лакше анализе, прихватамо у овом раду.

⁹ Поред тзв. *доктрине чисте пропорционалне одговорности*, по којој тужилац може добити накнаду чак и ако је непажљивији од туженог (рецимо, тужиочев допринос настанку штете је 60%; упркос томе, тужилац ће добити одштету у вредности од 40% од настале штете), у америчком праву постоји и тзв. *доктрина модификоване пропорционалне одговорности*. Према једној варијанти ове доктрине, одговорност је подељена између тужиоца и туженог, али тужилац не може добити накнаду од туженог, *ако је његова непажња једнака или већа од туженикове непажње* (тзв. *правило 50%*). Ово правило прихвата 29 америчких држава. Такође, постоји доктрина по којој тужилац може добити накнаду, само ако је пажљивији од туженог (*тзв. правило 50% плус*). *Правило 50% плус* прихваћено је у неким земљама како би се избегла могућност, генерисана *правилом 50%*, да тужилац не може да добије накнаду ако је његов допринос узроковању штете *тачно 50%*. Иначе, *правило 50%* јесте најпопуларнија форма пропорционалне одговорности у Америци. В.: D.Cole, P.Grossman, *Principles of Law and Economics*, Pearson Education, Inc., Upper Saddle River, New Jersey 2005., 222–223.

¹⁰ В.: R.Cooter, T.Ulen, *Law and Economics*, Pearson Addison Wesley, Boston, San Francisco, New York, London, Toronto, Sydney, Tokyo, Singapore, Madrid, Mexico City, Munich, Paris, Cape Town, Hong Kong, Montreal 2004., 329.

починилац штете непажљив, $x_i < x_i^*$, оштећени пажљив, $x_v \geq x_v^* \Rightarrow$ починилац штете одговоран и сноси све трошкове штете;

починилац штете пажљив, $x_i \geq x_i^*$, оштећени непажљив, $x_v < x_v^* \Rightarrow$ починилац штете није одговоран и оштећени сноси све трошкове штете;

починилац штете непажљив, $x_i < x_i^*$, оштећени непажљив, $x_v < x_v^* \Rightarrow$ починилац штете и оштећени сnose трошкове штете пропорционално доприносу настанка штетних последица.

Из овог следи да је релативни¹¹ допринос починиоца штете да својом непажњом узрокује штетне последице једнак разлици између правног стандарда пажње који важи за починиоца штете и његовог (њеног) стварног нивоа пажње, $x_{li} - x_i$. Аналогно томе, релативни допринос оштећеног да својом непажњом узрокује штетне последице једнак је разлици између правног стандарда пажње који важи за оштећеног и његовог (њеног) стварног нивоа пажње, $x_{lv} - x_v$. Сходно томе, релативни допринос починиоца штете и оштећеног у настанку штете, а који служи као основа за пропорционално одређивање одговорности једног и другог субјекта, дат је следећим једначинама:¹²

$$\frac{x_{li} - x_i}{(x_{li} - x_i) + (x_{lv} - x_v)} = \text{пропорционални део одговорности починиоца штете};$$

$$\frac{x_{lv} - x_v}{(x_{li} - x_i) + (x_{lv} - x_v)} = \text{пропорционални део одговорности оштећеног}.$$

Рецимо, ограничење брзине вожње на ауто-путу у Србији износи 120 km/h, и то ограничење представља правни стандард пажње за све учеснике у саобраћају. Претпоставимо да је дошло до судара и наступања штетних последица непажњом два возача, учесника у саобраћајној несрећи. Један возач је возио 130 km/h (стварни ниво пажње), а други 125 km/h (стварни ниво пажње). Према претходној једначини, на основу релативног доприноса штети (−10, односно −5, посебно за сваког возача), произилази да процентуални удео у одговорности за штету једног возача износи 66,66%, а другог возача 33,33%. На основу тих процентуалних удела у одговорности за штету, суд може да конкретизује висину накнаде

¹¹ У питању је *релативни* допринос настанку штете починиоца штете, будући да се утврђује у *односу* на допринос оштећеног настанку штете.

¹² В.: R.Cooter, T.Ulen, (2004), 329 фн. 13.

штете. Ако би суд заиста тако поступио, својом одлуком би креирао ефикасне подстицаје у погледу понашања потенцијалних починилаца штете и потенцијалних оштећених. Наиме, може се очекивати да би потенцијални починилац штете уподобио своје понашање према правном стандарду пажње (возио би 120 km/h, а не 130 km/h), јер би био суочен са одговорношћу сразмерно доприносу штети, што би за последицу имало интернализацију трошкова штете од друге стране (оштећеног).¹³ Антиципирајући овакав след догађаја, потенцијални оштећени, као рационални појединац, предузео би ефикасан ниво пажње (возио би 120 km/h, а не 125 km/h). Према томе, пропорционална одговорност пружа ефикасне подстицаје рационалним појединцима, по питању превенције будуће штете.¹⁴

2.2. Компарација пропорционалне одговорности са другим облицима одговорности за непажњу

Економска анализа пропорционалне одговорности¹⁵ сугерише да овај облик одговорности креира ефикасне подстицаје у погледу понашања потенцијалних починилаца штете и оштећених, тј. ефикасне подстицаје по питању превенције будућих штета. Но, економска анализа сугерише и да други облици одговорности

¹³ Овде се, ради аналитичке једноставности, користи технички термин *оштећени* у односу на технички термин *починилац штете*, будући да је у горенаведеном примеру и оштећени, у ствари, допринео настанку штете, додуше, са нижим степеном.

¹⁴ Но, ваља нагласити да овај закључак важи само под строгом претпоставком рационалности појединаца, а која се често доводи у питање од стране једног новог правца у друштвеним наукама, који се налази на граници између психологије и економије, тзв. *Бихејвиоралног права и економије*. Иначе, замах истраживањима у циљу провере базичних претпоставки економских модела дали су двојица познатих бихејвиориста, Данијел Канеман (*Daniel Kahneman*) и Амос Тверски (*Amos Tversky*). Они су испитивали факторе који утичу на доношење одлука и развили једну нову теорију – *теорију изгледа или проспекта* (енг. *prospect theory*). В.: D.Kahneman, A.Tversky, "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk", *Econometrica*, Vol. 47, 1979.

¹⁵ Компарација пропорционалне одговорности са другим облицима одговорности базирана је на: T.Miceli, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford California 2004., 57–59. Упор.: S.Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, London 2007., 5–32.

за непажњу,¹⁶ такође, креирају ефикасне подстицаје по питању превенције.¹⁷ Наиме, између ових облика одговорности, у економском погледу, једина разлика постоји по питању алокације одговорности, када би обе стране биле непажљиве. Другим речима, ако би обе стране биле непажљиве, исход по питању одговорности био би следећи: починилац штете одговоран, у случају једноставне одговорности за непажњу; оштећени одговоран у случају искључујуће подељене одговорности за непажњу; починилац штете и оштећени деле одговорност, у случају пропорционалне одговорности. Зато у теорији ЕАП постоји мишљење¹⁸ да су једноставна одговорност за непажњу и искључујућа подељена одговорност за непажњу, у ствари, само посебни случајеви пропорционалне одговорности. Претпоставимо¹⁹ да починилац штете плаћа део одштете, који се означава са F , а оштећеном припада остатак, $1-F$, при чему је F у позитивној корелацији са степеном непажње починиоца штете и у негативној корелацији са степеном непажње оштећеног. Другим речима, већи степен непажње починиоца штете повећава његов удео у одшети (треба више да плати), и обрнуто, већи степен непажње оштећеног смањује део који би добио на име одштете. Ако пођемо од тога да су обе стране непажљиве, и да је $F=1$, тада починилац штете сноси пуну одговорност за проузроковану штету (треба све да плати), као у случају једноставне одговорности за непажњу. Но, ако је $F=0$, и обе стране непажљиве, у том случају оштећени сноси све штетне последице (починилац штете не плаћа ништа), као у случају искључујуће подељене одговорности.

¹⁶ Мисли се на једноставну одговорност за непажњу и искључујућу подељену одговорност. За ова два облика одговорности везује се принцип „све или ништа“, због импликација које производе на плану алокације одговорности између починиоца штете и оштећеног и сношења штетних последица. Једноставније речено, овај принцип значи да ће починилац штете одговарати за целокупну штету или неће уопште одговарати.

¹⁷ Наравно, под базичном претпоставком да је правни стандард пажње једнак ефикасном нивоу пажње, као и под претпоставком да је накнада штете потпуна.

¹⁸ В.: Т. Miceli, 57–58.

¹⁹ Пример преузет, и прилагођен раду, из: *ibid.*

Будући да ова два облика одговорности (једноставна и искључујућа), као посебни случајеви пропорционалне одговорности, обезбеђују ефикасну превенцију, логичан закључак јесте да и пропорционална одговорност пружа ефикасне подстицаје у погледу превенције.²⁰

Но, мора се узети у обзир то да у равнотежи (када обе стране бирају ефикасан ниво пажње) пропорционална одговорност не доводи нужно до правичне компензације оштећеног. Другим речима, ако су обе стране задовољиле правни стандард пажње, и под претпоставком да је штета настала, у коначном, починилац штете неће одговорати, а оштећени ће сносити штетне последице – исто као код осталих облика одговорности.

Из тога следи да правична деоба укупних трошкова штете сходно степену непажње починиоца штете и оштећеног у настанку штете, под претпоставком пропорционалне одговорности, неће нужно бити остварена, упркос предузимању ефикасног нивоа пажње од стране починиоца штете и оштећеног.²¹

Сходно реченом, с једне стране, пропорционална одговорност креира ефикасне подстицаје за превенцију, као и други облици одговорности. С друге стране, пропорционална одговорност, будући да у коначном дели трошкове штете између две стране, у принципу се може сматрати правичнијим обликом одговорности у односу на друге облике одговорности. Економски речено, алокација одговорности је

²⁰ Наиме, под претпоставком примене ова два облика одговорности (једноставне и искључујуће), уколико је починилац штете изабрао ефикасан ниво пажње, може се очекивати да ће оштећени учинити исто, и обрнуто. Према томе, у равнотежи обе стране бирају ефикасан ниво пажње (стварни ниво пажње једнак је правном стандарду пажње). При том, ако пођемо од тога да су обе стране уподобиле стварни ниво пажње правном стандарду пажње, и под претпоставком да је штета настала, све штетне последице сносиће оштећени. *Следи да између ова два облика одговорности не постоји разлика у погледу алокације одговорности (оштећени сноси штетне последице под претпоставком примене оба облика одговорности), ни у погледу ефикасности (оба облика одговорности креирају ефикасне подстицаје за предузимање пажње). Исти закључак у погледу ефикасности изводи се и за пропорционалну одговорност. У наставку ћемо видети какве су импликације пропорционалне одговорности у погледу алокације одговорности између починиоца штете и оштећеног у односу на друге облике одговорности у ситуацији када обе стране бирају ефикасан ниво пажње.*

²¹ Испитивањем економских импликација пропорционалне одговорности доказује се, у ствари, да се може остварити превентивна функција одштетног права, али не нужно и правична компензација. У суштини, овом анализом доказује се да се ове две функције одштетног права (превенција и компензација) могу раздвојити.

другачија под претпоставком примене пропорционалне одговорности у односу на друге облике. Но, претходна анализа сугерише и (супротну) могућност да, у ситуацији када обе стране бирају ефикасан ниво пажње, импликације пропорционалне одговорности, на плану алокације одговорности, могу бити идентичне као код других облика одговорности. На тај начин, пропорционална одговорност губи карактер „правичног“ облика одговорности, тј. не доводи нужно до равномерне деобе трошкова штете између две стране сходно њиховом доприносу у настанку исте. То је последица постојања одређеног прага према коме се процењује допринос починиоца штете и оштећеног да својом непажњом узрокују штету.²²

3. Проширени економски модел пропорционалне одговорности

3.1. Незвесност у вези са доказивањем кривике на суду

Претходна анализа указује на то да уколико сва правила о одговорности за непажњу креирају ефикасне подстицаје по питању превенције, то значи да убудуће нико неће бити непажљив.²³ Управо је овај (нереалан) закључак отворио питање истраживања других фактора који доприносе непажњи и, консеквентно, настанку штета. Један од тих фактора, уочен од стране Кутера (*Cooter*) и Јулина (*Ulen*),²⁴ јесте неизвесност у вези с доказивањем кривике на суду са којом се потенцијални тужиоци и тужени суочавају. Та неизвесност може условити да они предузму вишак пажње, у односу на ефикасан

²² Под претпоставком примене чисте пропорционалне одговорности, ако је починилац штете „пребацио“ праг пажљивости, оштећени ће сносити штетне последице у коначном, а починилац штете избећи одговорност. Супротно, ако није „пребацио“, а оштећени јесте, сносиће одговорност. Затим, ако ниједна страна не „пребаци“ праг, деле одговорност и штетне последице сразмерно степену непажње (у томе се огледа *правичност овог облика одговорности*). Коначно, као што је већ речено, ако обе стране задовоље праг, нема одговорности починиоца штете, а у коначном, штетне последице погађају оног који је штету претрпео.

²³ Ваља нагласити да закључак да сви облици одговорности за непажњу доводе до оптималне превенције јесте валидан, само када се ради о *континуираној варијабли* (као што је вожња или контрола квалитета производа) у оквиру економског модела. Коришћење *неконтинуиране варијабле* (попут везивања појаса) може довести до противуречних налаза по питању превенције. В.: R.Cooter, T.Ulen, (2004), 330–331.

²⁴ В.: R.Cooter, T.Ulen, “An Economic Case for Comparative Negligence“, *New York University Law Review*, Vol. 61, 1986, 1067–1110.

ниво пажње, а који је, по претпоставци, једнак правном стандарду пажње. Сходно томе, грешке судова на плану доказивања кривице могу довести до дисторзије подстицаја за ефикасну пажњу. Но, ови аутори указују на то да је неефикасна превенција нижа у случају пропорционалне одговорности. Објашњење је да ако једна страна погреши у одређивању нивоа пажње у односу на правни стандард пажње, последице те погрешне одлуке неће сносити само страна која је погрешила, већ обе стране. С друге стране, код других облика одговорности за непажњу, последице погрешне одлуке сносиће само страна која је грешку начинила. Зато ови аутори истичу фактор неизвесности у вези са доказивањем кривице на суду као доминантан у избору пропорционалне одговорности. Затим, други аутори²⁵ издвајају чињеницу да појединци имају различит трошак пажње, а да се суочавају са правним стандардом пажње који важи за све. То значи да, под претпоставком пропорционалне одговорности, починилац штете и оштећени могу да прилагоде свој ниво пажње правном стандарду на бази индивидуалног знања о трошковима пажње. С друге стране, под претпоставком примене осталих облика одговорности за непажњу, сви појединци бирају идентичан ниво пажње.

Но, установљивање пропорционалне одговорности од стране судова, по природи ствари, изискује веће административне трошкове у односу на друге облике одговорности. Наиме, пред судом се поставља (комплексно) питање прецизног утврђивања одступања стварног нивоа пажње починиоца штете и оштећеног у односу на правни стандард пажње и, на тој основи, одмеравање висине одштете. Ово је снажан аргумент у прилог ефикасности других облика одговорности за непажњу.

На основу реченог, видимо да преимућство пропорционалне одговорности над осталим облицима одговорности у погледу ефикасности није тако очигледно, као и да зависи од различитих фактора. У сваком случају, питање предности пропорционалне одговорности у односу на друге облике одговорности за непажњу остаје предмет емпиријских истраживања. На овом месту наводимо једно истраживање саобраћајних несрећа²⁶ којим није потврђено

²⁵ B.: D.Rubinfeld, "The Efficiency of Comparative Negligence", *Journal of Legal Studies*, Vol. 16, No. 2, 1987, 375–394.

²⁶ B.: M.White, "An Empirical Test of the Comparative and Contributory Negligence Rules in Accident Law", *Rand Journal of Economics*, Vol. 20, 1989, 308–330.

да пропорционална одговорност пружа ефикаснију превенцију у односу на искључујућу подељену одговорност. Напротив, потврђена је ефикасност овог другог облика одговорности. Сходно резултатима овог истраживања, предност пропорционалне одговорности над другим облицима одговорности остаје, генерално гледано, у домену правичне компензације. Управо је правичност разлог због кога је преко четврдесет америчких држава нормирало пропорционалну одговорност, чиме је извршена супституција стандардних облика одговорности за непажњу.²⁷ Међутим, постоји још један разлог који доминантно утиче на избор пропорционалне одговорности у односу на друге облике одговорности за непажњу – несигурност узрочне везе. Овим питањем бавимо се у наставку текста.

3.2. Несигурност узрочне везе и пропорционална одговорност

Пропорционална одговорност јесте најефикаснији облик одговорности у оним ситуацијама када није сигурно која је од више активности (радњи) узроковала штету, под условом да је свака од тих активности (радњи) појединачно била довољна да изазове штету.²⁸ У овом случају постоји несигурна узрочна веза између радњи и штетних последица. Под претпоставком постојања несигурне узрочне везе, принцип „све или ништа“ условио би превенцију испод оптимума, услед ослобађања од одговорности починиоца штете, или превенцију изнад оптимума, ако би била установљена одговорност починиоца штете. С друге стране, примена пропорционалне одговорности, која је базирана на вероватноћи да је починилац штете узроковао штету, пружила би оптималну превенцију.

²⁷ Ова промена у правним системима америчких држава имала је за последицу и повећање тражње за правним услугама, тј. за адвокатима, будући да је њихова стручност сада више потребна тужиоцима (могу добити само делимичну накнаду), а што даље условљава повећање тражње за адвокатима од стране тужених лица. В.: С. Curran, "The Spread of the Comparative Negligence Rule in the United States", *International Review of Law and Economics*, Vol. 12, Issue 3, 1992, 317–332.

²⁸ Друга ситуација постоји уколико је више оштећених претрпело штету од неке активности, али је вероватно да та активност није узроковала штету свим оштећенима.

Поставља се питање: због чега пропорционална одговорност пружа ефикасне подстицаје у случају несигурности узрочне везе?²⁹

Да би пружили одговор на постављено питање, размотримо следећи пример.³⁰ Фабрика емитује штетне материје које могу узроковати канцер. У овом случају постоји само могућност да је опасна болест последица удисања штетних материја, што значи да се она може развити и услед неких других, рецимо, природних фактора (стање организма, и томе слично). Претпоставимо да се број оболелих појединаца од канцера повећао за 40% у граду од 100.000 становника у којем је лоцирана фабрика³¹ и претпоставимо да у популацији од 100.000 људи, у просеку, шест појединаца сигурно оболе од рака.³² Следи да је емитовање штетних материја узроковало повећање оболелих од рака за четири појединца, тако да је укупан број оболелих десет појединаца. Но, проблем је што се код њих не може установити који је стварни узрок обољења, да ли су то штетне материје или природни фактори. Може се само претпоставити са вероватноћом од 40% да је узрок обољења сваког појединца емитовање штетних материја. Под претпоставком да су покренути поступци за накнаду штете од стране свих потенцијално оштећених, долазимо до (кључног) питања: који ће критеријум судија применити приликом одређивања одговорности за проузроковану штету власника фабрике? Економска теорија сугерише установљивање одговорности за штету на основу вероватноће наступања штетних последица. У наведеном примеру, то би значило да судија треба да одреди одштету у висини од 40% штете у свих десет случајева. Конкретније речено, власник фабрике требало би да плати сваком појединцу одштету у висини вероватноће (40%) да је сваком од њих узроковао штету. Ако

²⁹ Овим питањем бавио се Шавел (Shavell). В: S.Shavell, "Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability", *Journal of Law and Economics*, Vol. 28, Issue 3, 1985, 587–609.

³⁰ Анализа која следи, са адаптираном верзијом примера, базирана је на: R.Bergh, L.Visscher, "The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonization", *German Working Paper in Law and Economics*, Vol. 2006, paper 8, 2006, 22–23.

³¹ Такође, претпоставка јесте да је овај проценат исти за све оштећене, независно од одређених фактора који могу условити диференцијацију ризика наступања штете, попут: година старости, пола, близине или удаљености места становања оштећених у односу на локацију фабрике, итд.

³² У некој области може важити овај просек, а у другој области може важити други просек. Но, прихватимо ову поједностављену претпоставку ради истицања предности пропорционалне одговорности.

би, хипотетички гледано, стварна штета износила 100.000 динара, сваком од њих требало би да плати 40.000 динара, што у збиру износи 400.000 динара. Уколико би тако судија резонувао, оптимална превенција не би била доведена у питање. Наиме, власник фабрике *de facto* би платио накнаду штете за четири оштећена појединца, а што одговара почетној претпоставци да је фабрика узроковала четири додатна обољења. Значи да власник фабрике одговара за онолико штете колико је узроковао. Судска пресуда базирана на овом економском критеријуму обезбеђује да власник фабрике *pro futuro* не узрокује такву штету, будући да ће платити одштету у износу који је идентичан насталој штети. Алтернативно, да је суд применио неки други критеријум, оптимална превенција била би доведена у питање. Рецимо, судија је могао да примени критеријум одговорности према прагу од 50%. Будући да вероватноћа да је власник фабрике узроковао појединачну штету износи 40%, следи да би, применом критеријума преласка одређеног прага (50%), судија ослободио одговорности за штету власника фабрике. Да ли се таквом судском одлуком обезбеђују ефикасни подстицаји у погледу превенције будућих штета? С друге стране, судија је могао да досуди одштету свим појединцима у пуном износу, тј. усвајањем претпоставке да је свим оштећенима емитовањем штетних материја фабрика сигурно узроковала штету (10 x 100.000 динара). Таква висока одштета доводи до дисторзије подстицаја у погледу превенције будућих штета, и то у обрнутом смеру у односу на нулту одштету, у случају примене критеријума преласка одређеног прага. И не само да висока одштета води ка превенцији изнад оптимума, већ за последицу може имати и смањење активности фабрике, и, у крајњем, одустајање власника фабрике од производње. Према томе, и у једном и у другом случају, оптимална превенција бива нарушена.

Претходна анализа сугерише да је одговорност одређена на основу процента (вероватноће) узроковања штете, а не на основу принципа све или ништа, и да такво установљавање одговорности за проузроковану штету задовољава и другу подједнако важну функцију одштетног права, поред компензације – превенцију. Но, заговорници компензације, као доминантног циља одштетног права, могу упутити критику пракси установљавања пропорционалне одговорности на бази вероватноће узроковања штете, да се тиме жртвује правична компензација. Рецимо, у горенаведеном примеру, појединци, који

су оболели од рака услед природних фактора, добијају одређену компензацију, иако то нису заслужили, чиме бива доведено у питање начело правичне компензације. На ову (претпостављену) критику може се одговорити питањем: да ли је принцип све или ништа базиран на одређеном прагу процене одговорности правичнији? Да је судија могао да утврди тачно и прецизно који је узрок довео до штете, економска теорија и не би морала да нуди додатне критеријуме. Будући да није могао, да ли је исход сви добијају једнаку одштету или исход нико не добија одштету правичнији у односу на исход сви плаћају према одређеном проценту? Ово посебно долази до изражаја када је потенцијалном починиоцу штете потребно упутити јасну поруку да ће платити пуну одштету за причињену штету. Случај фабрике која загађује и емитује штетне материје свакако завређује пажњу, будући да спречавање емитовања штетних материја, а које могу имати кобне последице по живот и здравље људи, представља важан друштвени циљ. Даље, почетна претпоставка да је ризик исти за све оштећене (40%) може се довести у питање, с обзиром на појединачне факторе који условљавају његову диференцијацију (године старости, пол, и други). Овај контрааргумент може се уважити, будући да указује на то да и установљавање одговорности према одређеном прагу (50%) не мора нужно бити проблематично, јер ће за неке оштећене, изнад прага, власник фабрике платити одштету, а за друге, испод прага, неће платити. То значи да се принцип све или ништа, диференцијацијом ризика од стране судије, у пракси релативизује. Најзад, установљавање одговорности према просечној вероватноћи наступања штетног догађаја може свакако бити предмет полемике, као што овај пример, између осталог, и показује.

3.3. Пропорционална одговорност у судској пракси: поглед из угла ЕАП

Иако одређене критике концепта пропорционалне одговорности јесу утемељење, то не значи да судија не треба да утврђује, у сваком конкретном случају, да ли су тужилац и тужени својим понашањем повећали или смањили вероватноћу наступања штете. У прилог овој тврдњи наводимо примере из судске праксе у Србији и Америци.

Први пример из судске праксе у Србији:³³ тужила, која због година старости није способна за самостално кретање и слабијег је вида, примљена је као хитан случај у болницу, и потом се оклизнула на клизави под и пала, услед чега је задобила тешке телесне повреде, које су условиле инвалидитет. Иначе, тужила је претходно позвала медицинску сестру, али се она није одазвала позиву да помогне. У овом случају, Врховни суд Србије установио је да постоји подељена одговорност између тужиле и туженог правног лица (болнице), а које, према српском праву, одговара за штету коју његов радник причини у раду или у вези са радом, осим ако докаже да је запослени у датим околностима поступао онако како је требало, тј. да није крив.³⁴ Будући да медицинска сестра није поступила према интерним прописима болнице о пажљивом понашању и бризи пацијената, и с обзиром на то да се болница није прописно старала о купатилу (клизав под), Врховни суд је установио да је тужени крив, али и да је тужила, која није способна за самостално кретање и не види добро, допринела настанку штете. Након пресуде првостепеног суда да допринос тужиле настанку штете износи 20%, односно пресуде другостепеног суда да износи 70%, Врховни суд Србије одлучио је да се одговорност за настану штету подели на једнаке делове – 50% на страни тужиле и 50% на страни туженог.

Овај случај показује да је непажња и тужиле и туженог допринела настанку штете. Економски гледано, ако је вероватноћа наступања штете у случају предузимања дужне пажње нижа од вероватноће наступања штете у случају непреузимања дужне пажње, следи да појединац треба да буде одговоран.³⁵ Примена ове логике на горенаведени случај указује на то да би вероватноћа наступања штете у случају предузимања пажње сигурно била нижа од вероватноће наступања штете без преузимања пажње. Конкретније речено, у датим околностима, већа је вероватноћа да ће доћи до пада и повреде старице ако би сама отишла у купатило без нужне помоћи медицинског особља у односу на ситуацију да су обе биле пажљиве. У ствари, може се са великом вероватноћом рећи да не би дошло до

³³ В.: пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1524/2007 од 18. 12. 2007.

³⁴ В.: А.Мојашевић, „Економска анализа одговорности предузећа и других правних лица према трећем“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 56/2010, 197–216.

³⁵ В.: H.Schäfer, C.Ott, *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA 2004., 206.

повреде да су обе биле пажљиве. Према томе, овај случај показује да је Врховни суд Србије, са економске тачке гледишта, правилно резонувао када је поделио одговорност између тужиље и туженог на једнаке делове. Тиме је послао јасне сигнале (ефикасне подстицаје) по питању превенције штете потенцијалним тужиоцима и туженима у будућим истим или сличним случајевима. Да се којим случајем спор окончао тиме што би одговорност тужиље била процењена на основу 70% доприноса настанку штете, поставља се питање да ли би таква пресуда послала ефикасне подстицаје потенцијалним туженима у погледу дужне пажње. Очигледно је да не би, те се може очекивати да се болнице не би бринуле о стварима о којима су, иначе, дужне да се старају. С друге стране, и потенцијални тужиоци би показали пажњу изнад оптимума, јер би добили нижу одштету.

Други пример из америчке судске праксе: у познатом случају *Scott v. Alpha Beta Company*³⁶ тужилац се оклизнуо и пао у бакалској радњи, која је у власништву туженог. Порота је утврдила да је тужени, својом непажњом, допринео настанку штете са 60%, а тужилац са 40%, на основу чега је суд досудио одштету у корист тужиоца, у укупном новчаном износу од 120.000\$, након одбијања процентуалног учешћа тужиоца (40%) у настанку штете, а које новчано износи 80.000\$.³⁷ Тужилац није успео да добије одштету у пуном износу од 200.000\$, јер је и сам допринео њеном настанку. У овом случају, за разлику од правила о искључујућој подељеној одговорности, по којем би тужилац добио нула одштете, правило о пропорционалној одговорности омогућава тужиоцу да делимично задовољи захтев за накнадом штете, сходно процентуалном учешћу у настанку штете, односно процентуалном учешћу у самој штети.

Постављамо питање: са каквим ће се подстицајима у погледу пажње тужилац и тужени убудуће суочити доношењем пресуде на основу правила о пропорционалној одговорности? Одговор лежи у процени економских импликација у случају примене алтернативног правила о одговорности за штету. Наиме, да није донета оваква

³⁶ California Court of Appeal, Second District, 104 Cal. App. 3d 305, 163 Cal.Rptr., 1980. Интерпретација ове судске пресуде може се наћи у: D.Barnes, L.Stout, *The Economic Analysis of Tort Law*, West Publishing Company, St. Paul. 1992., 60–62.

³⁷ Према томе, укупна штета је процењена на 200.000\$, од чега 80.000\$ (40%) представља удео тужиоца у штети, а 120.000\$ (60%) представља удео туженог у штети.

пресуда, већ пресуда на основу правила о искључујућој подељеној одговорности, импликације би биле следеће: с једне стране, тужени не би имао додатне подстицаје да буде пажљивији, јер би трошкови целокупне штете били преваљени на тужиоца; с друге стране, тужилац би добио прејакe подстицаје у погледу пажње. Но, будући да је одговорност за накнаду штете процентуално подељена, обе стране се суочавају са ефикасним подстицајима у погледу пажње. Према томе, примена правила о пропорционалној одговорности ствара обострано ефикасне подстицаје у циљу минимизирања трошкова очекиване штете и трошкова пажње. Наравно, овај закључак је валидан само ако је у судском поступку правилно одређено процентуално учешће обеју страна у настанку штете. Тиме се имплицира да суд може бити суочен са проблемом информационе природе приликом установљавања пропорционалне одговорности. Међутим, такви проблеми постоје и у другим случајевима одређивања одговорности за причињену штету, рецимо, приликом установљавања солидарне одговорности више починилаца штете.³⁸

3. Решења из Принципа и ЗОО у случају алтернативне узрочности

Могућност установљавања одговорности за проузроковану штету на бази вероватноће узроковања штете предвиђена је у Принципима, у делу у којем се говори о алтернативним узроцима настанка штете. Конкретније речено, у члану 3:103 (1) Принципа предвиђено је да када није сигурно која је од више активности (радњи) узроковала штету, при чему би свака од њих појединачно била довољна да изазове штету, али остаје несигурно која је до њих заиста исту узроковала, свака од активности ће се сматрати узроком штете у обиму који се одређује на основу вероватноће узроковања штете.

³⁸ О ефикасности солидарне одговорности, в.: W.Land, R.Posner, "Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis", *Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 3, 1980, 517–555.

Ова норма представља једну од ретких, али пожељних, иновативних решења у Принципима, будући да предвиђа пропорционалну одговорност уместо солидарне одговорности у случају алтернативног каузалитета.³⁹

Овај члан Принципа односи се на ситуацију када постоји више потенцијалних починилаца штете, али није сигурно који је од њих заиста штету узроковао, при чему је понашање једног довољно да наступи штетна последица.⁴⁰ Творци Принципа заузели су становиште⁴¹ да лице не може бити одговорно за целокупну штету у ситуацији када можда уопште није узроковало штету. Оно може *de facto* одговарати делимично за настану штету, а што налази оправдање у захтеву да је понашање тог лица морало бити такво да је и оно могло узроковати штету. Очито разлог усвајања пропорционалне одговорности, у случају алтернативног каузалитета, огледа се у равномернијем ширењу ризика инсолвентности⁴² између већег броја починилаца штете.⁴³ Исти аргумент важи и за починиоца штете и оштећеног, ако је и он (оштећени) допринео штети. У прилог томе у чл. 3:106 Принципа предвиђено је да ако је оштећени допринео штети, она (штета) не може бити екстернализована на друго лице, чак и ако је оно касније могло узроковати исту штету. Другим речима, оштећени мора да сноси сопствену штету у опсегу који се одређује према вероватноћи да је иста могла бити последица његове (њене) активности, или осталих околности у његовој (њеној) сфери.

Затим, у истом члану Принципа (3:103 (2)) предвиђено је да када је више оштећених претрпело штету од неке активности (радњи), при чему није сигурно да ли је одређена штета последица те активности, али је вероватно да та активност није узроковала штету

³⁹ В.: В.Koch, The "Principles of European Tort Law", *ERA Forum* (2007) 8:107–124, 110; или В. Koch, The "European Group of Tort Law" and Its "Principles of European Tort Law", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 53, No. 1, 2005, 193.

⁴⁰ Рецимо, ако је лице В повери кључеве од свог стана лицу А и Б, па једно од њих (А или Б) украде неку ствар из стана, тада се не може знати које је лице то учинило. У том случају, лице А и Б, према наведеном члану Принципа, неће одговарати солидарно, већ пропорционално вероватноћи узроковања штете. Пример преузет из: Ј.Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд 2004., 211.

⁴¹ В.: В.Koch, (2007), 112.

⁴² Питање равномернијег ширења ризика добија другачију димензију, ако је неко од починилаца штете осигуран.

⁴³ В.: В.Koch, (2007), 112.

свим оштећенима, активност ће се сматрати узроком штете нанете свим оштећенима пропорционално вероватноћи наношења штете одређеном оштећеном. Овај члан односи се на горенаведени пример фабрике која емитује штетне материје. Може се навести и пример⁴⁴ доктора који је начинио лекарску грешку применом погрешног третмана над озбиљно повређеним пацијентом. Питање је да ли је смрт пацијента последица лекарске грешке или озбиљности повреде. У овим случајевима, Принципи предвиђају пропорционалну одговорност власника фабрике на основу вероватноће узроковања исте, односно подељену одговорност лекара и оштећеног пацијента.

С друге стране, у српском праву, у случају алтернативног каузалитета предвиђена је солидарна одговорност.⁴⁵ Оправдање прихватања солидарне одговорности огледа се у томе да ако судија не установи одговорност у случају постојања алтернативних узрока, оштећено лице може остати без накнаде. Тиме се наглашава⁴⁶ постојање проблема доказивања узрочне везе између радње починиоца штете и саме штете, када постоји већи број потенцијалних узрока штете. Будући да је тешко доказати узрочну везу у случају алтернативног каузалитета, према мишљењу српског законодавца, правично је да оштећени ипак добије накнаду штете, и то у пуном износу. Зато је нормирана солидарна одговорност. Но, питање је да ли је правично да један од потенцијалних починилаца штете одговара за проузроковану штету, иако можда уопште није узроковао штету. Он свакако може тужити остале солидарне дужнике регресном тужбом, у ком случају је на суду да установи појединачне уделе у штети. Ако суд то не може да учини, свако ће сносити једнак део штете, сем ако правичност не захтева другачије.⁴⁷

Пропорционална одговорност није експлицитно предвиђена у нашем ЗОО, за разлику од Принципа. Наш законодавац се определио за концепт подељене одговорности,⁴⁸ под који се може подвести и пропорционална одговорност. Импликације оваквог решења јесу такве да је судовима остављено да у сваком конкретном случају

⁴⁴ В.: Н. Schäfer, C. Ott, 207–208.

⁴⁵ В.: чл. 206, ст. 4. ЗОО.

⁴⁶ В.: Ј. Радишић, 211.

⁴⁷ В.: чл. 206, 208. ЗОО.

⁴⁸ В.: чл. 192. ст. 1. ЗОО.

установљавају удео у одговорности за накнаду штете починиоца (или починилаца) штете и оштећеног (или оштећених),⁴⁹ као што је навођењем примера из наше судске праксе показано. С тим у вези, у случају постојања несигурности узрочне везе, у нашој судској пракси доминантно се примењује принцип све или ништа.⁵⁰ Ако судија стекне претежно уверење да узрочна веза између штетникове радње и штете постоји, он признаје право на накнаду целокупне штете. У супротном, ако задржи сумњу у узрочност везе, одговорности за причињену штету нема. Но, економска анализа указује на то да, у случају несигурности узрочне везе, одговорност за причињену штету може бити установљена на основу вероватноће наступања штетних последица.⁵¹ На тај начин се не угрожава превенција, као подједнако важна функција одштетног права, поред компензације.

4. Закључак

Основна теза у овом раду јесте да је у нашем праву потребно предвидети пропорционалну одговорност у случају алтернативног каузалитета, и то на бази споменутих решења из Принципа. Основни аргумент за усвајање пропорционалне одговорности, у случају алтернативне узрочности, произилази из економских импликација које пружа овај облик одговорности на плану превенције и алокације одговорности за штету. Такође, пропорционална одговорност доводи до равномернијег ширења ризика инсолвентности између већег броја починилаца штете, или између починиоца штете и оштећеног, ако је и он (оштећени) допринео штети.

У сваком случају, пропорционална одговорност представља концепт који би требало јасније инкорпорирати у српски правни систем. Приговор може бити то да је подељена одговорност већ предвиђена у ЗОО, када је реч о доприносу оштећеног да штета настане, или да буде већа него што би иначе била. Приговор може бити и то да је судској пракси препуштено да утврђује подељену

⁴⁹ В.: чл. 192. ст. 2. ЗОО.

⁵⁰ В.: Ј.Радишић, 278.

⁵¹ Упор.: *ibid.*, 279.

одговорност починилаца штете и оштећених. Но, споменута решења из Принципа чине нам се као поуздан ослонац за нормирање пропорционалне одговорности у нашем праву. Усвајање концепта пропорционалне одговорности у српском праву може бити од велике користи, рецимо, на плану одговорности лекара за лекарке грешке. Између осталог, овај концепт широко се примењује у Француској, под називом накнада штете због изгубљене шансе (енг. *loss of chance*), управо на пољу несавесног лечења.⁵²

Да закључимо. ЕАП се бави анализом многих правних института. У овом раду, аутори су покушали да методологијом ЕАП прикажу економске импликације пропорционалне одговорности. Анализа је показала да постоје снажни (економски) аргументи у прилог нормирања пропорционалне одговорности у српском праву, посебно у случају алтернативне узрочности, и то на бази одређених решења из Принципа европског оштетног права.

Aleksandar Mojašević, PhD

University of Niš, Faculty of Law, Serbia

Dejan Janićijević, PhD

University of Niš, Faculty of Law, Serbia

ECONOMIC ANALYSIS OF PROPORTIONAL LIABILITY

Summary

Subject matter of this paper is the efficiency of proportional liability in relation to other forms of liability. For this purpose the standard economic models developed in the American theory of Economic Analysis of Law (EAL) are used. Based just on the economic arguments, the authors wish to determine whether there is justification for the regulation of proportional liability in our legal system on the basis of certain solutions of

⁵² B.: H.Schäfer, C.Ott, 210.

the so-called Principles of European Tort Law (Principles).

The first part of the paper deals with the economic implications of proportional liability in relation to other forms of liability, with an emphasis on the efficiency of proportional liability in case of uncertainty over causation. The second part analyzes the solutions in the Principles and the Serbian Code of Obligations in the case of alternative causation, and judicial practice in Serbia and the USA relating to this form of liability. In conclusion, the authors argue in favor of regulation of proportional liability in Serbian law on the basis of some innovative solutions in the Principles.

Key words: proportional liability, efficiency, economic models, causation.