

прегледни рад
достављен: 19. 03. 2024.
прихваћен за објављивање: 14. 04. 2024.
УДК 340.1:330.1

Александар МИХАЈЛОВИЋ*

ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ПРАВА И ДИНАМИКА САВРЕМЕНОГ ПРАВНОГ ПОРЕТКА¹

Апстракт

Економска анализа права (позната и под називом Право и економија) представља спој две научне дисциплине, права и економије, чији циљ јесте примена економских принципа и законитости (пре свега микроекономске теорије) како би се објаснили различити правни институти. Друштво одликује оскудношћу ресурса, као што су природна богатства, чист ваздух, људски капитал, време и сл, због чега је потребно доносити рационалне одлуке у контексту њиховог коришћења, а у циљу повећања општег благостања. У том смислу, савремени правни поредак је суочен са бројним изазовима, поставља се захтев ефикасне и ефективне примене правних норми, чиме се оправдава њихово доношење, то последично утиче на повећање поверења у политичке чиниоце који су неизоставан фактор њиховог креирања, и подстиче се свеукупни економски развој. Предмет истраживања у овом раду јесте економска анализа права и њена примена на област дискриминације на тржишту рада и судски механизам заштите у таквим случајевима. Циљ рада је да укаже на економско објашњење дискриминације на тржишту рада и неопходност правне интервенције, као и на конкретне правно-економске подстицаје покретања антидискриминационих парница. Као методолошки оквир примењени су следећи научни методи: позитивноправни метод (правно-догматски) за анализу конкретних антидискриминационих законских решења у правном поретку Републике Србије, дескриптивни метод и метод економске анализе права, са посебним фокусом на неоинституционалну економију.

Кључне речи: економска анализа права, Бекеров модел дискриминације, статистичка дискриминација, тржиште рада, антидискриминациона парница.

* Истраживач сарадник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија
a.mihajlovic@iur.rs, ORCID: 0000-0001-8309-7896.

¹ Рад је настао у оквиру научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2024. години (евиденциони број: 451-03-66/2024-03/200049 од 05. 02. 2024).

1. УВОД

Економска анализа права² (у даљем тексту: ЕАП) јесте посебна научна дисциплина која обједињује две велике научне области, право и економију, у циљу објашњења различитих правних института из угла економских законитости³ (пре свега применом микроекономске теорије). Једна од полазних основа ЕАП јесте да право има економску логику, тј. да се путем принципа трошкова и користи могу објаснити различити правни институти (Мојашевић, 2007, 190). ЕАП правне институти посматра као унутрашње (ендогене) варијабле једног (економског) система које су настале у складу са међусобним договором између чланова тог система, и где промена једног или више елемената утиче на целокупан (економски) систем (Barković, 2009a, 116). Првобитно, у периоду њеног формирања као посебне научне дисциплине, ЕАП је за предмет анализе имала примарно оне области права које су непосредно повезане са економијом, као што су привредно право, стечајно право, радно право, област опорезивања, корупција⁴ и сл, а данас све више обухвата и области права које нису повезане непосредно или посредно са привредом једног друштва, као што су породично право и доношење одлука унутар породице⁵, кривично и кривично-процесно право, грађанско-процесно право, а могу се срести и радови у домену међународног права писани применом методолошког оквира ЕАП⁶. Ширењу овакве примене ЕАП на различите правно-економске области/теме, допринела је пре свега Неоинституционална економија или Економија својинских права са сопственим методолошким оквиром (Мојашевић, 2007, 190).

² Економска анализа права је позната и под називом Право и економија (енгл. Law and Economics), и оба назива се користе као синоними. Имајући у виду дух нашег језика, и чињеницу да је реч о релативно новој научној дисциплини која је још увек у фази развоја, код нас је прихваћенији назив Економска анализа права, јер термин Право и економија може да збунује људе и наведе на погрешан закључак да се ради о две независне области друштвених наука, а заправо је реч о једној научној дисциплини (Јовановић, 2008, 46-47).

³ О економским законитостима, видети више у: Милошевић, Г. 2020. *Основи економије*. 2. изд. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Центар за издавачку делатност. pp. 40-43.

⁴ Видети више у: Begović, B. 2007. *Економска анализа корупције*. 1. изд. Београд: Центар за liberalno-demokratske студије; Петровић, Д. 2020. Узроци и последице корупције. У: Челић, Д., *Правна традиција и интегративни процесу/ Legal Tradition and Integration Process*, П. Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици. pp. 291-304.

⁵ Видети више у: Beuker, M. 2022. Benefits of a Legal-Economic Approach to Comparative Family Law. *Ius Comparatum*, 2, International Academy of Comparative Law, pp. 99-127; Kos, E. 2020. Law and Economics of Marriage. *Revija za ekonomske in poslovne vede*, 2, pp. 75-89.

⁶ Видети више у: Dunoff, L. J. & Trachtman, P. J. 1999. Economic Analysis of International Law. *Yale Journal of International Law*, 24(1), pp. 1-59; Aceves, J. W. 1996. Economic Analysis of International Law: Transaction Cost Economics and the Concept of State Practice. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 17(4), pp. 995-1068.

У оквиру ЕАП искристалисале су се четири основне претпоставке које се примењују у анализи различитих правних института, и то су: прва претпоставка јесте *методолошки индивидуализам*, који подразумева да се различити феномени у друштву посматрају као систем великог броја индивидуалних субјеката и њихових одлука, које све заједно чине један систем и могу имати различите импликације на његово функционисање, било позитивне или негативне (Barković, 2009a, 120); друга претпоставка јесте да је сваки појединац *рационалан* у доношењу својих одлука у циљу максимизације личног интереса (Barković, 2009a, 120), због чега се и правни систем и његове норме виде као инструменти који доприносе увећању благостања и богатства појединца тзв. *homo oeconomicus*-а (Vrban, 2006, 65). Данас се све више говори и о ограниченој рационалности појединца која је условљена одређеним когнитивним пристрасностима,⁷ и у том смислу је развијена посебна научна дисциплина Бихевиорално право и економија (Jolls, Sunstein & Thaler, 1998, 1477-1478). Бихевиористичка економија примењујући знања из области психологије оповргава приступ неокласичне економије о рационалном понашању појединца и указује на значај тзв. „ефекта оквира или ефекта формулације“ на који начин се приступа неком избору (Беговић, Јовановић & Радуловић, 2019, 19-20); трећа претпоставка је да су *склоности* (преференције) *појединца* (релативно) *стабилне* у једном временском периоду, али и да се под дејством одређених фактора могу мењати (Barković, 2009a, 120). Стабилност склоности појединца ка одређеним потребама, навикама или добрима је битна претпоставка која омогућава да се предвиде дејства правних норми, што је од изузетне важности приликом нормативног регулисања одређених области друштвеног живота; и, четврта претпоставка јесте да су интеракције међу људима усмерене ка успостављању одређене *равнотеже*, а правни систем путем својих правила настоји да се такав баланс формира, нпр. равнотежа понуде и тражње у чијем успостављању битну улогу има право конкуренције⁸ (Barković, 2009a, 120-121).

ЕАП узима у обзир *трошкове* и *користи* којима се појединац руководи приликом доношења различитих одлука, па и оних које се односе на питање да ли ће поштовати одређена правна правила. У циљу појашњења навешћемо пример кривичног материјалног права чијим нормама су извршена инкриминација различитих облика недозвољеног понашања људи и прописане различите врсте кривичних санкција. Из угла ЕАП, новчану казну или казну затвора које се могу изрећи за одређено извршено кривично дело посматрамо као трошак. У зависности од вероватноће да ли ће бити откривен или не, и конкретних користи које може

⁷ Видети више у: Мојашевић, А. & Николић, Љ. 2018. Когнитивне пристрасности у правној области: место сусрета правне и бихевиористичке науке. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 79, pp. 253-273.

⁸ Право конкуренције има за циљ да се спречи нарушавање конкуренције на тржишту, и уједно допринесе да се не смањи друштвено благостање (Беговић & Павић, 2012, 23).

остварити таквом радњом, појединац ће одлучити да ли му се такав поступак „исплати“ или не.⁹ Овакав приступ анализи правних правила и уопштено понашања људи се критикује и посматра као „редукционистички приступ праву“, из разлога што се тиме игнорише правда као једна од основних карактеристика правног поретка (Jovanović, 1998, 5). У суштини, ефикасност, као језгро ЕАП, и правда као основни принцип у праву, међусобно су компатибилни и не искључују се међусобно. Као пример можемо навести право на правично суђење¹⁰ које обједињује и ефикасност судског поступка, као и праведну одлуку суда. Стога, право можемо посматрати као „средство производње правде“, али не смемо занемарити чињеницу да право подстиче или одвраћа од одређених понашања којима се утиче на већи или мањи ниво правде у једном друштву (Barković, 2009b, 78).

Држава у оквиру својих надлежности¹¹ мора да регулише различите сегменте друштвеног живота. Економија нас учи да су потребе људи хетерогене и многобројне, а ресурси за њихово задовољење ограничени, тако да је неопходно доносити „економски најоправданија решења“ (Sakalaš & Kabok-Lendak, 2011, 110). Прописи које држава усваја у циљу регулисања друштвених односа повезани су са доступним ресурсима и економским развојем, а функционисање економије је зависно од понашања људи и деловања институција који су адресати правних норми (Tomić Mlikotin & Šega, 2006, 367). Нормативна интервенција државе је условљена и одређеним тржишним несавршеностима, због чега је потребан апарат принуде и спровођење конкретних правила (Nikolaјev, 2012, 321-322).

ЕАП разматра две групе питања кроз *позитивну (описну или дескриптивну)* анализу и *нормативну (прескриптивну)* анализу. Позитивна анализа је вредносно неутрална и полази од питања на који начин постојећа правна правила делују на понашање људи. На пример, да ли антидискриминационе норме утичу на смањење

⁹ О економској анализи криминала (тзв. Бекеров модел), видети више у: Nikolić, Lj. & Mojašević, A. 2015. Економија за правнике. 3. izm. i dop. izd. Niš: Medinvest. pp. 183-186.

¹⁰ Устав Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 98/2006, 115/2021 - Амандмани I-XXIX, 16/2022) у члану 32 став 1 прописује следеће: „Свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, *правично и у разумном року*, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега.“ У овој одредби Устава Републике Србије су садржани и *принцип ефикасности* и *принцип правичности* као неодвојиве компоненте гарантованог права.

¹¹ На пример, надлежност Републике Србије регулисана је чланом 97 Устава Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 98/2006, 115/2021 - Амандмани I-XXIX, 16/2022). Такође, Уредбом о методологији управљања јавним политикама, анализи ефеката јавних политика и прописа и садржају појединачних докумената јавних политика („Службени гласник РС“, бр. 8/2019) у Прилогу 11 прописано је 18 области планирања и спровођења јавних политика, а остваривање сваке од јавних политика, по правилу, најчешће прати и нормативна интервенција државе у смислу доношења закона и/или подзаконских аката како би се циљеви јавних политика остварили.

дискриминације према припадницима ромске националне мањине на тржишту рада; или, да ли је тренутно важећа казнена политика довела до смањења насиља у породици. У оваквој анализи се користе модели у којима су појединци представљени као рационални актери, који делују ка будућности и настоје да максимизирају своју корист (Shavell, 2009, 1-2). Нормативна анализа полази од питања да ли су постојећа правна правила пожељна, а као критеријум за одговор на ово питање користи се друштвено благостање, тј. (алокативна) ефикасност (Беговић, Јовановић & Радуловић, 2019, 13). У зависности од резултата ове анализе могу се предложити конкретне смернице за измену постојећег законодавства или унапређење система јавних политика у одређеним областима планирања. У делу овог рада посвећеног дискриминацији на тржишту рада и антидискриминационим парницама из угла ЕАП, аутор ће применити позитивну анализу.

Предмет истраживања у овом раду јесте економска анализа права и њена примена на изазове у савременом правном поретку, при чему је фокус аутора на области дискриминације на тржишту рада и судски механизам заштите путем антидискриминационе парнице. Циљ рада је да укаже на економско објашњење дискриминације на тржишту рада и неопходност правне интервенције, као и на конкретне правно-економске подстицаје покретања антидискриминационих парница. Као методолошки оквир, примењени су следећи научни методи: позитивноправни метод (правно-догматски) за анализу конкретних антидискриминационих законских решења у правном поретку Републике Србије, дескриптивни метод и метод економске анализе права, са посебним фокусом на неоинституционалну економију.¹²

2. ЕКОНОМСКИ ПРИНЦИПИ И АНАЛИЗА ПРАВНИХ ИНСТИТУТА

Улога државе у савременом друштву је огромна и живот људи је незамислив без одређеног степена државне интервенције. Држава ступа у различите односе са појединцима, привредним субјектима, интервенише на тржишту, а такође и сама наступа као учесник тржишне утакмице (Петровић, 2012, 164-165). Циљ овог дела рада је да укаже на основне принципе економске науке који се примењују у анализи различитих области права, уз навођење релевантних примера који одликују савремени правни поредак.

¹² Неоинституционална економија посматра правне институте као део реалног света тржишних несавршености у којима подстицаји и трансакциони трошкови преко различитих институција утичу на економско понашање (Јовановић, 2008, 104). О хетерогености школа/праваца у оквиру Економске анализе права, видети више у: Јовановић, А. 1998. *Uvod u ekonomsku analizu prava*. 1. izd. Beograd: Savet projekta *Konstituisanje Srbije kao pravne države* i Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu; и, Јовановић, А. 2008. *Теоријске основе економске анализе права*. 1. изд. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Издавачки центар.

Први принцип је везан за суочавање људи са избором. Због оскудности свих ресурса, људи у доношењу било приватних, било пословних одлука, морају да бирају између више опција. Друштва се такође суочавају са избором више понуђених опција, при чему се у тим случајевима одлуке доносе колективно путем демократских процедура (Беговић, Лабус & Јовановић, 2014, 20). Избор се своди на питање између ефикасности употребе расположивих ресурса на најпродуктивнији начин, и правичности расподеле тих ресурса у циљу смањења неједнакости. Другим речима, „ефикасност се односи на величину економског колача, а правичност на то како је колач расподељен“ (Nikolić & Mojašević, 2015, 28). На пример, на тржишту рада послодавац се суочава са избором кога од кандидата ће запослити, а лица у потрази за послом одлучују да ли ће радити мање и имати више времена за слободне активности или обрнуто. У овом подручју антидискриминационо законодавство има улогу да врши алокацију људских ресурса на тржишту рада и елиминише прављење разлике на основу личних својстава која не утичу на продуктивност запослених. *Други принцип* означава да трошак једне активности укључује и пропуштену добит од алтернативне активности (Nikolić & Mojašević, 2015, 29). У том контексту говоримо о тзв. опортунитетном трошку као „највећој пропуштеној (изгубљеној) добити зато што су ресурси употребљени у једној, а не у другој употреби“ (Јовановић, 2008, 25). На пример, због склоности ка дискриминацији, послодавац не запосли припадника одређене националне мањине и тиме настаје опортунитетни трошак јер је пропустио прилику да у свом радном колективу има врло продуктивног експерта за област информационах технологија. *Трећи принцип* се тиче тзв. деловања на маргини. На пример, предузетник ће повећавати обим производње све док је трошак производње сваке следеће јединице производа мањи од прихода који тај производ доноси, тј. до достизања оптималног обима производње који се постиже изједначавањем маргиналног прихода и трошка (Nikolić & Mojašević, 2015, 32). Ово начело може бити врло значајно приликом одмеравања новчане казне, прописивања висине еколошког пореза, одређивања радног времена ресторана и кафића у централним градским зонама где живе људи и сл. *Четврти принцип* је везан за реаговање људи на промене, у том смислу да поређењем трошкова и користи, у случају њихове промене, мењаће се и понашање људи (Mankju Gregori, 2013, 7). На пример, повећањем акциза на цигарете очекује се да ће људи смањити њихову конзумацију. У коначности, такав подстицај треба да доведе до мање стопе обољевања од болести које су повезане са том животном навиком, а самим тим ће и буџетска средства за област здравства моћи да буду искоришћена на другачији начин. Даље, прописивањем афирмативних мера за запошљавање особа са инвалидитетом, очекује се да ће се смањити стопа незапослености ових лица. *Пети принцип* означава да трговина може користити свима. То је повезано са постојањем конкуренције на тржишту и једнаким условима за фер тржишну игру за све њене учеснике. Право конкуренције у том погледу има изузетан значај за остваривање овог начела и опште добробити целог друштва. Само у

друштвима у којима постоји здрава конкуренција, праћена конкурентским притиском, појединци могу остварити максимум својих потенцијала, како на личном плану, тако и у циљу просперитета целе друштвене заједнице (Nikolić & Mojašević, 2015, 36). *Шести принцип* гласи да је тржиште добар начин за организовање економске активности, што потврђује суноврат социјалистичких привреда у којима је држава доминирала и одређивала шта ће и у којој количини да се производи (Nikolić & Mojašević, 2015, 37-38). У том смислу се истиче значај тзв. „невидљиве руке“ тржишта, коју је као термин формулисао шкотски економиста Адам Смит. По њему цене представљају одличан тржишни регулатор који учеснике води ка предузимању одређених активности које су ефикасне. Државни интервенционизам може пореметити дејство те „руке“ и изазвати различите врсте последица, нпр. неадекватна пореска политика може се негативно одразити на повећање цена роба и услуга, као и на општу потрошњу (Mankju Gregori, 2013, 9). *Седми принцип* указује на потребу државне интервенције на тржишту и ублажавање његових несавршености које настају као последица најчешће три врсте разлога: монопола¹³, екстерних ефеката¹⁴ и прерасподеле доходака¹⁵ (Nikolić & Mojašević, 2015, 38-40). Држава интервенише путем доношења закона, подзаконских аката и другим мерама јавних политика. Претходна наведена начела су се односила на људе и њихове индивидуалне одлуке, као и на утицај људи једних на друге. Последња четири принципа су везана за привреду у целини, и она су следећа: функционисање економског система као јединства ресурса, привредних субјеката и институција; детерминисање понашања привредних субјеката кроз дејство (економских) институција; животни стандард грађана једне земље је у непосредној вези са капацитетима државе да произведе робе и услуге; и, цене расту као последица неконтролисаног штампања новца од стране

¹³ Монопол можемо дефинисати као ситуацију у којој један тржишни учесник може да утиче на тржишне цене, и самим тим једнострано диктира услове под којима ће се трговина одвијати (Nikolić & Mojašević, 2015, 39). О монополу, видети више у: Петровић, Д. 2017. Економска регулација монопола. У: Прлаиновић-Јовић, О., *Национално и међународно право – актуелна питања и теме*, II. Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици. pp. 485-500; Петровић, Д. 2018. Природни монополи – регулација или дерегулација. У: Вујовић, О. *Универзално и особно у праву*, II. Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици. pp. 527-541.

¹⁴ Екстерни ефекат се дефинише као утицај једне индивидуалне активности на благостање других, при чему ти ефекти могу бити како позитивни, тако и негативни (Nikolić & Mojašević, 2015, 39). Пример негативног екстерног ефекта јесте загађење ваздуха или воде које настаје као последица рада одређене фабрике. Пример позитивног екстерног ефекта јесте образовање људи, вакцинација и стварање тзв. колективног имунитета од одређених заразних болести. У зависности од врсте ових ефеката, држава различитим мерама јавних политика, пре свега регулаторним мерама, може утицати на њихово смањење (интернализацију код негативних ефеката и пребацивање сношења њиховог трошка на субјекта који их ствара) или њихово повећање (код позитивних ефеката).

¹⁵ Ово се постиже путем мера социјалне и пореске политике.

државе, тј. услед инфлације (Nikolić & Mojašević, 2015, 40-50). У погледу ова четири последња принципа, улога државе је врло битна, она се остварује кроз мере економске политике, и везана је за конкретне законодавне интервенције, где неке од њих имају константни карактер примене, а некада је потребна хитна *ad hoc* интервенција како би се спречили већи поремећаји на тржишту.

3. ПРИМЕНА ЕКОНОМСКЕ АНАЛИЗЕ ПРАВА НА ДИСКРИМИНАЦИЈУ НА ТРЖИШТУ РАДА И АНТИДИСКРИМИНАЦИОНУ ПАРНИЦУ

Дискриминацију у најширем смислу можемо дефинисати као неоправдано прављење разлике (кроз акте чињења, нечињења, пропуштања, давања првенства и сл) између одређених субјеката, физичких или правних лица, а на основу неког њиховог личног својства¹⁶, приликом остваривања одређених права. У неким случајевима прављење разлике може бити оправдано, што зависи од околности конкретног случаја, када говоримо о тзв. афирмативним мерама, нпр. у области запошљавања особа са инвалидитетом¹⁷. У улогама дискриминисаног и дискриминатора може бити свако физичко и правно лице, а чињеница да ли се акт дискриминације врши намерно или из незнања не утиче на њено постојање и одговорност. У суштини, дискриминација је у супротности са основним принципом једнакости у праву (Палачковић, 2015, 35).

У овом делу рада фокус ће бити на два економска модела дискриминације, Бекеров модел („укус“ тј. склоност ка дискриминацији, енгл. „*taste based discrimination*“) и модел статистичке дискриминације¹⁸, где ћемо указати и на основе приступа економске анализе права покретању антидискриминационих парница у случају дискриминације на тржишту рада. Иако Закон о раду садржи антидискриминационе клаузуле, фокусираћемо се само на одредбе Закона о забрани дискриминације као кровног антидискриминационог прописа који се примењује и на област рада и запошљавања.

¹⁶ Отворена листа личних својстава је прописана у члану 2 став 1 тачка 1. Закона о забрани дискриминације („Службени гласник РС“, бр. 22/2009, 52/2021).

¹⁷ Члан 24 Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом („Службени гласник РС“, бр. 36/2009, 32/2013)

¹⁸ О ова два модела дискриминације, видети више у: Mihajlović, A. 2023. Application of anti-discrimination law in the field of labor and employment in the Republic of Serbia: the economic analysis of law approach. In: Reljanović, M., *Regional Law Review*. Belgrade: Institute of Comparative Law in Belgrade in cooperation with the University of Pécs, Faculty of Law, Hungary and the University of Ljubljana, Faculty of Law, Slovenia. pp. 1-16. https://doi.org/10.56461/iup_rlrc.2023.4.ch1

Према Бекеровом¹⁹ моделу дискриминације, послодавац који дискриминише није објективан у доношењу својих одлука јер не узима у обзир продуктивност лица које треба да запосли (Becker, 1971, 39), већ лична својства која ни на који начин не утичу на резултате исхода рада. У складу са овом теоријом, послодавац је спреман да „плати“ своју склоност ка дискриминацији и да запосли одређену групу лица која испуњавају његове личне преференције (Coyne, Isaacs & Schwartz, 2010, 612). Бекерово схватање дискриминације на тржишту рада је да ће послодавац који је склон таквом понашању, временом бити истиснут са тржишта јер неће моћи да сноси трошкове склоности ка дискриминацији. Самим тим што запошљава само једну групу радника, трошкови исплате њихових зарада ће бити већи у поређењу са лицима која су дискриминисана, такође, и трошкови производње свеукупно расту, због чега послодавац повећава и цене својих производа. Са друге стране, послодавац који је рационалан и није склон дискриминацији, запошљаваће дискриминисане раднике, трошкови исплате њихових зарада и укупни трошкови процеса производње ће бити нижи, чиме ће и цене његових производа бити конкурентније у односу на првог послодавца. Временом, послодавац дискриминатор неће моћи да издржи конкурентски притисак, и биће елиминисан са тржишта. Ова претпоставка је везана за тржиште савршене конкуренције где нема асиметрије информација, а трансакциони трошкови су једнаки нули или близу вредности нуле. Дискриминација у оваквом случају се може дефинисати као „разлика у зарадама између два радника који су подједнако продуктивни“ (Guryan & Charles, 2013, F420), али дискриминисани због личних својстава која немају утицај на продуктивност. Овај модел има за претпоставку да ће тржиште бити одличан регулатор, у смислу да ће конкурентски притисак „казнити“ послодавца дискриминатора који неће моћи да поднесе трошак своје „склоности“, али, са друге стране, несавршеност тржишног апарата објашњава зашто у пракси овакав концепт не функционише, а потреба за антидискриминационим законодавством је неизбежна (Berson, 2016, 2).

Статистичка дискриминација на тржишту рада настаје када послодавац због присутне асиметрије информација²⁰ и високих трансакционих трошкова њиховог

¹⁹ Гари Бекер (енгл. *Gary Stanley Becker*) је амерички економиста, добитник Нобелове награде за економију 1992. године. Један је од првих економиста који је учинио пионирски искорак из традиционалних економских области истраживања ка социолошким темама посвећеним областима расној дискриминацији, криминалу, породичним односима. Једна од његових најпознатијих књига јесте „*The Economics of Discrimination*“.

²⁰ У литератури се као разлози асиметрије информација наводе: 1. различита веродостојност информација које се прибављају; 2. прикупљање информација захтева ангажовање додатних ресурса што има своју цену; 3. привредни субјекти заборављају информације у већој или мањој мери; 4. све прикупљене информације се не користе у целости како би се извео најпрецизнији закључак; 5. људи који прикупљају информације нису савршени и праве грешке; 6. информације посматране као јавна добра имају прохибитивно високе трошкове за

прикупљања о кандидатима за запослење (тј. о њиховој продуктивности), њихове индивидуалне карактеристике повезује са припадношћу одређеној групи и претпостављеној продуктивности која се са њом доводи у везу (Bonoli & Hinrichs, 2012, 340). При томе, стереотипи о припадности одређеној друштвеној групи имају превагу када се формира одлука о конкретном лицу да ли ће бити запошљено. На пример, послодавац ће одбити да запосли жену у односу на мушкарца, јер према доступним статистичким подацима, жене чешће одсуствују са посла због бриге о деци у односу на мушкараце.

Из економског угла посматрано, Бекеров модел дискриминације подразумева да послодавац, као и запослени и потрошачи, своју склоност ка дискриминацији плаћају одређеним износом новца, и на тај начин се овај модел дискриминације не може окарактерисати ни као ефикасан нити као неефикасан, али из моралног угла се може поставити питање да ли се (људски) ресурси користе на најпродуктивнији начин (Schwab, 1986, 228). Статистичка дискриминација се може одредити као неефикасна, јер се одлуке заснивају на несавршеној информисаности, на основу заједничких карактеристика које се приписују припадницима одређене групе (Schwab, 1986, 228). Из правног угла, оба модела дискриминације су забрањена, јер без обзира на то да ли послодавац има или нема намеру да дискриминише на тржишту рада, повреда принципа једнаких шанси због одређеног личног својства које не утиче на продуктивност је неприхватљива у радном праву и из угла права људских права.

У случају дискриминације на тржишту рада, жртве дискриминације могу остварити заштиту у антидискриминационој парници. Парница као један од могућих начина за решавање спора повлачи за собом одређене трошкове. Из угла ЕАП ти трошкови се могу поделити у две групе: *административни трошкови* (АТ) и *трошкови настали услед грешака учињених од стране судија* (ТГ). Смањење ових трошкова и убрзање судског поступка доводи до економичне правне заштите (Петровић, 2022, 438). АТ су једноставнији за мерење, и они обухватају трошкове ангажовања ресурса за функционисање правосудног система пред којим се парница покреће. ТГ су много теже мерљиви, апстрактни су, и у ту сврху се користи тзв. стандард перфекције (Nikolić & Mojašević, 2015, 193-195). Овај стандард полази од претпоставке да суд одлучује у систему савршене информисаности и да висина досуђене накнаде штете је једнака износу настале штете, ни више, ни мање. У пракси, такве информисаности нема, тако да кажемо да разлика између досуђене накнаде штете и висине потпуне накнаде представља величину грешке учињене од стране судије (Nikolić & Mojašević, 2015, 195).

ЕАП одлуку о покретању парнице објашњава кроз *модел различитих уверења о исходу у парници* (модел оптимизма) и *модел асиметричних информација*. Према

искључење оних који нису платили за њихово коришћење; и, 7. одређене информације су недоступне (Беговић, Лабус & Јовановић, 2014, 353-359).

моделу оптимизма оштећени је оптимистичнији, он није сигуран у исход парнице, али већи степен уверења га опредељује за такав облик заштите (Petrović, 2019, 72). Модел асиметричних информација указује на различите перцепције странака о исходу у парничном поступку, које настају као последица асиметрије информација, јер свака страна у спору поседује мање или више информација у односу на ону другу (Petrović, 2019, 72). Закон о забрани дискриминације уводи одредбу о расподели терета доказивања²¹ којом се повећава оптимизам за успех оштећеног у антидискриминационој парници. У члану 45 став 2 овог закона прописано је следеће: „Уколико тужилац учини вероватним да је тужени извршио акт дискриминације, терет доказивања да услед тог акта није дошло до повреде начела једнакости, односно начела једнаких права и обавеза сноси тужени.“ Овако формулисана одредба представља посебну врсту правног подстицаја за покретање антидискриминационе парнице и њоме се олакшава положај жртве дискриминације која је слабија странка у поступку (Тасић, 2018, 329), што долази до изражаја у ситуацијама дискриминације на тржишту рада где тужбу треба поднети против послодавца који располаже јачим правним ресурсима за одбрану (нпр. постојање посебне правне службе у оквиру компаније).²² Битно је споменути да је раније важећи Закон о равноправности полова²³ у члану 48 предвиђао следеће: „У поступку у парницама за остваривање грађанскоправне заштите због дискриминације по основу пола, тужилац је ослобођен претходног плаћања трошкова поступка, који се исплаћују из средстава суда.“ Оваква врста материјалног подстицаја и олакшавања процесног положаја странака у антидискриминационим парницама није прописана новим Законом о родној равноправности²⁴, као ни Законом о забрани дискриминације, већ се примењују општа правила о тзв. сиромашком праву у складу са чл. 168-173

²¹ То је у складу са релевантним директивама Европске уније: Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (члан 10), Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) (члан 19), Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services (члан 9), Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin (члан 8).

²² Оваквим законским решењем се одступа од класичне прерасподеле терета доказивања у парници, који је прописан чланом 231 став 2 Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013 - УС, 74/2013 - УС, 55/2014, 87/2018, 18/2020, 10/2023 - др. закон) који гласи: „Странка која тврди да има неко право, сноси терет доказивања чињенице која је битна за настанак или остваривање права, ако законом није другачије прописано.“

²³ „Службени гласник РС“, бр. 104/2009 – неважећи акт

²⁴ „Службени гласник РС“, бр. 52/2021

Закона о парничном поступку. Такође, ни Законом о судским таксама²⁵ нису предвиђени изузеци од плаћања таксе када се покрећу антидискриминационе парнице.

Циљ овог дела рада био је да представи примену ЕАП на конкретан проблем дискриминације на тржишту рада, чиме је указано на повезаност права и економије, као и на одређена мимоилажења када је реч о односу правичности и ефикасности у смислу поређења два модела дискриминације који су представљени.

4. ЗАКЉУЧАК

Економска анализа права као спој две научне дисциплине, права и економије, има за циљ да применом методолошког оквира микроекономске теорије објасни функционисање правних института, пре свега фокусирајући се на појмове трошка и ефикасности. Та чињеница утиче и на критику ове научне дисциплине да занемарује принцип правичности као основни елемент права, тј. да има редукционистички поглед на право. Како смо навели, принципи ефикасности и правичности често су комплементарни, као у случају права на правично суђење. С друге стране, примењујући теоријски оквир ЕАП на дискриминацију на тржишту рада, Бекеров модел дискриминације је виђен нити као ефикасан, нити као неефикасан, јер су његови трошкови интернализирани од стране дискриминатора, али свакако да је из угла морала и људских права неприхватљив и законом забрањен. ЕАП кроз позитивну анализу констатује какво је дејство постојећих правних норми, док путем нормативне анализе сазнајемо да ли су постојећа правила игре у друштву (на тржишту) прихватљива или их треба мењати.

ЛИТЕРАТУРА

Aceves, J. W. 1996. Economic Analysis of International Law: Transaction Cost Economics and the Concept of State Practice. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 17(4), pp. 995-1068;

Barković, I. 2009a. Економска анализа права: могућности и ограничења. *Pravni vjesnik*, 25(2), pp. 115-129;

Barković, I. 2009b. Interdisciplinarni uspjeh prava i ekonomije: економска анализа права. *Економски вјесник*, XXII(1), pp. 77-84;

Becker, G. 1971. *The Economics of Discrimination*. 2nd ed. Chicago: The University of Chicago Press; London: The University of Chicago Press, Ltd;

²⁵„Службени гласник РС“, бр. 28/1994, 53/1995, 16/1997, 34/2001 - др. закон, 9/2002, 29/2004, 61/2005, 116/2008 - др. закон, 31/2009, 101/2011, 93/2012, 93/2014, 106/2015, 95/2018

- Begović, B. 2007. *Ekonomska analiza korupcije*. 1. izd. Beograd: Centar za liberalno-demokratske studije;
- Беговић, Б. & Павић, В. 2012. *Увод у право конкуренције*. 1. изд. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање;
- Беговић, Б., Лабус, М. & Јовановић, А. 2014. *Економија за правнике*. 5. изд. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање;
- Беговић, Б., Јовановић, А. & Радуловић, Б. 2019. *Економска анализа права*. 1. изд. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво;
- Berson, C. 2016. Local labor markets and taste-based discrimination. *IZA Journal of Labor Economics*, 5(5), pp. 1-29. <https://doi.org/10.1186/s40172-016-0045-9> <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/152369/1/858199319.pdf> (15. 03. 2024);
- Beuker, M. 2022. Benefits of a Legal-Economic Approach to Comparative Family Law. *Ius Comparatum*, 2, International Academy of Comparative Law, pp. 99-127;
- Bonoli, G. & Hinrichs, K. 2012. Statistical discrimination and employers' recruitment. *European Societies*, 14(3), pp. 338-361;
- Vrban, D. 2006. *Ekonomska analiza prava*. U: Vukadinović, G. i Odri-Kartag, A., *Američka jurisprudencija XX veka*. Novi Sad: Novosadska asocijacija za teoriju, etiku i filozofiju prava, pp. 61-67;
- Guryan, J. & Charles, K. K. 2013. Taste-based or statistical discrimination: the economics of discrimination returns to its roots. *The Economic Journal*, 123(572), pp. F417-F432;
- Dunoff, L. J. & Trachtman, P. J. 1999. Economic Analysis of International Law. *Yale Journal of International Law*, 24(1), pp. 1-59;
- Jovanović, A. 1998. *Uvod u ekonomsku analizu prava*. 1. izd. Beograd: Savet projekta *Konstituisanje Srbije kao pravne države* i Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu;
- Јовановић, А. 2008. *Теоријске основе економске анализе права*. 1. изд. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Издавачки центар;
- Jolls, C., Sunstein, R. C. & Thaler, R. 1998. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, 50(5), pp. 1471-1550;
- Kos, E. 2020. Law and Economics of Marriage. *Revija za ekonomske in poslovne vede*, 2, pp. 75-89;
- Mankju Gregori, N. 2013. *Principi ekonomije*. 3. izd. Beograd: Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu;
- Милошевић, Г. 2020. *Основи економије*. 2. изд. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Центар за издавачку делатност;
- Mihajlović, A. 2023. Application of anti-discrimination law in the field of labor and employment in the Republic of Serbia: the economic analysis of law approach. In: Reljanović, M., *Regional Law Review*. Belgrade: Institute of Comparative Law in Belgrade

in cooperation with the University of Pécs, Faculty of Law, Hungary and the University of Ljubljana, Faculty of Law, Slovenia. pp. 1-16. https://doi.org/10.56461/iup_rlr.2023.4.ch1;

Мојашевић, А. 2007. Појам и значај Економске анализе права. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 50, pp. 189-208;

Мојашевић, А. & Николић, Љ. 2018. Когнитивне пристрасности у правној области: место сусрета правне и бихевиористичке науке. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 79, pp. 253-273. <https://doi.org/10.5937/zrpfni1879253M>;

Nikolajev, A. 2012. Економска анализа права – настанак, појам и значај. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LV, pp. 319-328;

Nikolić, Lj. & Mojašević, A. 2015. *Економја за правнике*. 3. изм. и доп. изд. Ниш: Medivest;

Палачковић, Д. 2015. О појму дискриминације и тужбама у антидискриминационим парницама. У: Боранијашевић, В., *Правни систем и заштита од дискриминације*, I. Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици. pp. 29-47;

Петровић, Д. 2012. Улога државе у савременом друштву. *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици*, pp. 162-174;

Петровић, Д. 2017. Економска регулација монопола. У: Прлаиновић-Јовић, О., *Национално и међународно право – актуелна питања и теме*, II. Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици. pp. 485-500;

Петровић, Д. 2018. Природни монополи – регулација или дерегулација. У: Вујовић, О. *Универзално и особно у праву*, II. Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици. pp. 527-541;

Petrović, D. 2019. Економска анализа парничног поступка. *Економски сигнали*, 14(2), pp. 65-79;

Петровић, Д. 2020. Узроци и последице корупције. У: Челић, Д., *Правна традиција и интегративни процесу/ Legal Tradition and Integration Process*, II. Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици. pp. 291-304;

Петровић, Д. 2022. Могућности унапређења ефикасности парничног поступка. У: Благоић, Д., *Заштита људских права и слобода у светлу међународних и националних стандарда*. Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици. pp. 437-453;

Sakalaš, Ž. & Kabok-Lendak, K. 2011. Неки уводни аспекти економске анализе права. *Škola biznisa*, 2, pp. 109-122;

Shavell, S. 2009. *Темелји економске анализе права*. Zagreb: MATE, Zagrebačka škola ekonomije managementa;

Schwab, S. 1986. Is statistical discrimination efficient? *American Economic Review*, 76(1), pp. 228-234;

Тасић, А. 2018. Терет доказивања у антидискриминационим парницама на примеру одлуке Врховног касационог суда. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 78, pp. 325-336. <https://doi.org/10.5937/zrpfni1878323T>;

Томић Мликотин, Д. & Šega, А. 2006. Економска анализа права: развој и актуалност. *Зборник Економског факултета у Загребу*, 4(1), pp. 365-376;

Coyne, J. C., Isaacs, P. J. & Schwartz, T. J. 2010. Entrepreneurship and the taste for discrimination. *Journal of Evolutionary Economics*, 20(4), pp. 609-627.

Прописи

Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006, 115/2021 - Амандмани I-XXIX, 16/2022;

Закон о забрани дискриминације, „Службени гласник РС“, бр. 22/2009, 52/2021;

Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, „Службени гласник РС“, бр. 36/2009, 32/2013;

Закон о парничном поступку, „Службени гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013 - УС, 74/2013 - УС, 55/2014, 87/2018, 18/2020, 10/2023 - др. Закон;

Закон о родној равноправности, „Службени гласник РС“, бр. 52/2021;

Закон о равноправности полова, „Службени гласник РС“, бр. 104/2009 – неважећи акт;

Закон о судским таксама, „Службени гласник РС“, бр. 28/1994, 53/1995, 16/1997, 34/2001 - др. закон, 9/2002, 29/2004, 61/2005, 116/2008 - др. закон, 31/2009, 101/2011, 93/2012, 93/2014, 106/2015, 95/2018;

Уредба о методологији управљања јавним политикама, анализи ефеката јавних политика и прописа и садржају појединачних докумената јавних политика, „Службени гласник РС“, бр. 8/2019;

Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, *OJ L 303*, 2.12.2000, p. 16–22 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV) <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/78/oj> (19. 03. 2024);

Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), *OJ L 204*, 26.7.2006, p. 23–36 (ES, CS, DA, DE, ET, EL, EN, FR, IT, LV, LT, HU, MT, NL, PL, PT, SK, SL, FI, SV) <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/54/oj> (19. 03. 2024);

Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and

services, *OJ L 373*, 21.12.2004, p. 37–43 (ES, CS, DA, DE, ET, EL, EN, FR, IT, LV, LT, HU, NL, PL, PT, SK, SL, FI, SV), *OJ L 153M*, 7.6.2006, p. 294–300 (MT) <http://data.europa.eu/eli/dir/2004/113/oj> (19. 03. 2024);

Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, *OJ L 180*, 19.7.2000, p. 22–26 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV) <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/43/oj> (19. 03. 2024).

Aleksandar MIHAJLOVIĆ

Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND DYNAMICS OF CONTEMPORARY LEGAL ORDER

Summary

Economic analysis of law (known also as Law and Economics) represents a unique combination of two scientific disciplines, law and economics, which goal is the application of economic principles (primarily microeconomic theory) in order to explain different legal institutes. Society is characterized by limited resources, such as natural resources, clean air, human capital, time, etc., and because of that it is necessary to make rational decisions in the context of their usage, in order to increase general well-being. In this sense, the modern legal order is faced with numerous challenges, the demand for an efficient and effective application of legal norms is raised, which justifies their adoption, this consequently affects the increase of trust in political actors who are an indispensable factor in their creation, and encourages the overall economic development. The subject of this paper is the economic analysis of law and its application to the field of labor market discrimination and judicial protection from discrimination through anti-discrimination litigation. The aim of the research is to explain an economic side of discrimination on the labor market and the necessity of legal intervention, as well as specific legal and economic incentives which encourage victims to protect their rights through the anti-discrimination litigation. As a methodological framework, the following methods were applied: the doctrinal approach for the analysis of specific anti-discrimination legal solutions in the Republic of Serbia, the descriptive method, and the method of economic analysis of law, with a special focus on neo-institutional economics.

Key words: economic analysis of law, Becker's taste for discrimination, Statistical discrimination, labor market, anti-discrimination litigation.