

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS
BELGRADE LAW REVIEW

- 391 Nikola NJEGOVAN, Bojan RISTIĆ
THE ANATOMY OF PRICE GOUGING: A REGULATORY OR COMPETITION LAW ANTIDOTE
- 417 Dejan TRIFUNOVIĆ
A FEW THOUGHTS ABOUT COMPETITION POLICY IN TWO-SIDED MARKETS
- 443 Boris BEGOVIĆ
SOMETHING IS ROTTEN IN THE STATE OF AMERICA: PRODUCT MARKET COMPETITION DECLINE IN THE US?
- 487 Горан ДАЈОВИЋ
ПОЖЕЉНОСТ РЕГУЛАТИВНЕ ФУНКЦИЈЕ СУДСКЕ ВЛАСТИ
- 517 Андреја КАТАНЧЕВИЋ
ХУТМАНИ СРПСКОГ СРЕДЊОВЕКОВНОГ ПРАВА
- 533 Катарина РАШИЋ МИХАЈЛОВИЋ
ИЗБОРИ ЗА НАРОДНУ СКУПШТИНУ КРАЉЕВИНЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ, ОДРЖАНИ 5. МАЈА 1935. ГОДИНЕ
- 553 Бранка БАБОВИЋ ВУКСАНОВИЋ
РОЧИШТА НА ДАЉИНУ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ
- 571 Милан ВУКОМАНОВИЋ
NIHIL OBSTAT – СРЕДЊОВЕКОВНЕ СТРАНПУТИЦЕ ВИСОКОГ ОБРАЗОВАЊА У СРБИЈИ
- 587 Goran GEORGIJEVIC
LEGAL ASPECTS IN MAURITIUS OF MEDICAL PROCEDURES PERFORMED ABROAD

УРЕДНИШТВО /

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК /

Марија Караникић Мирић,
Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

УРЕДНИК ВЕБ САЈТА /

Борис Беговић,
Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

ЧЛАНОВИ РЕДАКЦИЈЕ /

Душан Поповић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Бојан Милисављевић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Војислав Станимировић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Љубинка Ковачевић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Данило Вуковић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Вања Бајовић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Светислав Костић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија)

ЧЛАНОВИ МЕЂУНАРОДНОГ УРЕЂИВАЧКОГ ОДБОРА /

Brian Leiter (University of Chicago Law School, USA), Yariv Brauner (University of Florida, USA), John Cerone (Tufts University, USA), Silvio Ferrari (University of Milan, Italy), Eleanor Fox (New York University School of Law, USA), Kenneth Einar Himma (University of Washington, USA), Herbert Hovenkamp (University of Pennsylvania, USA), Christa Jessel Holst (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany), Thomas Koenig (Northeastern University, USA), Peter Koller (University of Graz, Austria), Janez Kranjc (University of Ljubljana, Slovenia), Rainer Kulms (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany), Dzhenevra Iгореvna Lukovskaya (St Petersburg State University, Russian Federation), Ingeborg Maus (Goethe University Frankfurt, Germany), Thomas Mertens (Radboud University, Netherlands), Ralf Michaels (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany), Slobodan Milacic (University of Bordeaux, France), Paul du Plessis (The University of Edinburgh, Scotland), Vesna Rijavec (University of Maribor, Slovenia), Željko Šević (Sohar University, Oman), Gerhard Thür (Institute for the Study of Ancient Culture, Austria)

СЕКРЕТАРИ /

Никола Илић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија) и Новак Вујичић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија)

ТЕХНИЧКИ СЕКРЕТАР /

Милена Митровић (Институт за међународну политику и привреду, Србија)

ИЗДАВАЧ /

Правни факултет Универзитета у Београду

ЛЕКТОР И КОРЕКТОР /

Ирена Поповић Григоров, Вук Тошић

ТЕХНИЧКИ УРЕДНИК /

Јован Ђорђевић

ДИЗАЈН КОРИЦА /

City Image

СЛОГ И ПРЕЛОМ /

ДОСИЈЕ
СТУДИО

ШТАМПА /

Бирограф

ТИРАЖ /

300

СЕКУНДАРНЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ У КОЈИМА СЕ ИНДЕКСИРА ЧАСОПИС /

Directory of Open Access Journals (DOAJ); EBSCO; HeinOnline Law Journal Library; SCIndex (Српски цитатни индекс); Cobiss; ERIPPLUS

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS
BELGRADE LAW REVIEW

- 391 Nikola NJEGOVAN, Bojan RISTIĆ
THE ANATOMY OF PRICE GOUGING: A REGULATORY OR COMPETITION LAW ANTIDOTE
- 417 Dejan TRIFUNOVIĆ
A FEW THOUGHTS ABOUT COMPETITION POLICY IN TWO-SIDED MARKETS
- 443 Boris BEGOVIĆ
SOMETHING IS ROTTEN IN THE STATE OF AMERICA: PRODUCT MARKET COMPETITION DECLINE IN THE US?
- 487 Горан ДАЈОВИЋ
ПОЖЕЉНОСТ РЕГУЛАТИВНЕ ФУНКЦИЈЕ СУДСКЕ ВЛАСТИ
- 517 Андреја КАТАНЧЕВИЋ
ХУТМАНИ СРПСКОГ СРЕДЊОВЕКОВНОГ ПРАВА
- 533 Катарина РАШИЋ МИХАЈЛОВИЋ
ИЗБОРИ ЗА НАРОДНУ СКУПШТИНУ КРАЉЕВИНЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ, ОДРЖАНИ 5. МАЈА 1935. ГОДИНЕ
- 553 Бранка БАБОВИЋ ВУКСАНОВИЋ
РОЧИШТА НА ДАЉИНУ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ
- 571 Милан ВУКОМАНОВИЋ
NIHIL OBSTAT – СРЕДЊОВЕКОВНЕ СТРАНПУТИЦЕ ВИСОКОГ ОБРАЗОВАЊА У СРБИЈИ
- 587 Goran GEORGIJEVIC
LEGAL ASPECTS IN MAURITIUS OF MEDICAL PROCEDURES PERFORMED ABROAD

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

- 391 **Nikola Njegovan, Bojan Ristić**
The Anatomy of Price Gouging: A Regulatory or Competition Law Antidote
- 417 **Dejan Trifunović**
A Few Thoughts about Competition Policy in Two-Sided Markets
- 443 **Boris Begović**
Something is Rotten in the State of America: Product Market Competition Decline in the US?
- 487 **Горан Дајовић**
Пожељност регулативне функције судске власти
- 517 **Андреја Катанчевић**
Хутмани српског средњовековног права
- 533 **Катарина Рашић Михајловић**
Избори за Народну скупштину Краљевине Југославије, одржани 5. маја 1935. године
- 553 **Бранка Бабовић Вуксановић**
Рочишта на даљину у парничном поступку

ПОЛЕМИКА

571 Милан Вукомановић

Nihil obstat – средњовековне странпутице високог образовања у Србији

АНАЛИЗА ЗАКОНОДАВСТВА

587 Goran Georgijevic

Legal Aspects in Mauritius of Medical Procedures Performed Abroad

ПРИКАЗИ

605 Collin, Peter (Hrsg.) 2021. *Konfliktlösung im 19. und 20. Jahrhundert. Handbuch zu Geschichte der Konfliktlösung in Europa, Band 4* (GHrsg. David von Mayenburg). Berlin: Springer, XXXVI + 738. (Nina Kršljanin)

613 Mulder, Nicholas. 2022. *The Economic Weapon: The Rise of Sanctions as a Tool of Modern War*. New Haven and London: Yale University Press, 614. (Boris Begović)

625 Devlin, Alan J. 2021. *Reforming Antitrust*. Cambridge, the United Kingdom & New York, United States: Cambridge University Press, 330. (Nikola Ilić)

VARIA

633 Упутство за ауторе

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

- 391 Nikola Njegovan, Bojan Ristić**
The Anatomy of Price Gouging: A Regulatory or Competition Law Antidote
- 417 Dejan Trifunović**
A Few Thoughts about Competition Policy in Two-Sided Markets
- 443 Boris Begović**
Something is Rotten in the State of America: Product Market Competition Decline in the US?
- 487 Goran Dajović**
Desirability of Regulative Function of Judicial Power
- 517 Andreja Katančević**
Hutman of Serbian Medieval Law
- 533 Katarina Rašić Mihajlović**
Elections for the National Assembly of the Kingdom of Yugoslavia, Held on May 5, 1935
- 553 Branka Babović Vuksanović**
Virtual Litigation Hearings

DEBATE

571 Milan Vukomanović

Nihil Obstat – Medieval Roaming of Higher Education in Serbia

LEGISLATION REVIEW

587 Goran Georgijevic

Legal Aspects in Mauritius of Medical Procedures Performed Abroad

BOOK REVIEWS

605 Collin, Peter (Hrsg.) 2021. *Konfliktlösung im 19. und 20. Jahrhundert. Handbuch zu Geschichte der Konfliktlösung in Europa, Band 4* (GHrsg. David von Mayenburg). Berlin: Springer, XXXVI + 738. (Nina Kršljanin)

613 Mulder, Nicholas. 2022. *The Economic Weapon: The Rise of Sanctions as a Tool of Modern War*. New Haven and London: Yale University Press, 614. (Boris Begović)

625 Devlin, Alan J. 2021. *Reforming Antitrust*. Cambridge, the United Kingdom & New York, United States: Cambridge University Press, 330. (Nikola Ilić)

VARIA

633 Guidelines for Authors

Nikola NJEGOVAN, PhD*

Bojan RISTIĆ, PhD**

THE ANATOMY OF PRICE GOUGING: A REGULATORY OR COMPETITION LAW ANTIDOTE

Unlike other natural disasters, the coronavirus disease pandemic is global in character, which is why interest among researchers in the price gouging phenomenon is on the rise. Without disputing many solid arguments favouring the market mechanism, we will reconsider the goals and means of potential government intervention. One possibility lies in economic regulation, the other in competition law. In the first case, price ceilings are usually imposed for necessary goods, followed by rationing and export restrictions. On the other hand, competition policy focuses on preventing the exercise of temporary market power. We will try to show that market failures can provide specific

* Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Economics, Serbia, *nikola.njegovan@ekof.bg.ac.rs*.

** Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Economics, Serbia, *bojan.ristic@ekof.bg.ac.rs*.

arguments for regulation but relying on competition protection policy seems unjustified. Still, since the critical issue is defining excessive prices in the short run, we expect competition authorities to address this issue, considering that they are permanently monitoring various markets.

Key words: *Price gouging. – Excessive prices. – Competition law. – Regulation. – Windfall market power.*

“High prices and high profits might be an indication that it is worth looking at the industry [...] but certainly by themselves they cannot justify intervention by competition authorities.”

Massimo Motta (2004, 70)

1. INTRODUCTION

In some regions of the world, nature causes disasters (floods, hurricanes, wildfires, etc.) more often than in others. They often lead to pessimism accompanied by substantial supply or demand shocks, i.e. shortages or sudden hikes in the prices of certain goods. When the hike is significant, the consumers may face price gouging. Due to frequent accidents, the abundant experience of those regions has been crystallised, in the formal legal sense, in the adopted rules for combating such situations. Elsewhere, such laws are absent or barely existent. The shortage of medical face masks and disinfectants during the coronavirus disease pandemic illustrates this problem well. The question is whether the suppliers exploit this situation to make high short-term profits.

For example, during the shortage of masks in March 2020 in Serbia, the Prima chain of pharmacies in Belgrade increased the price of surgical masks to 200 dinars. It previously sold them for 80, while the price was 27.70 dinars in state-owned pharmacies.¹ It was widely reported by the media at the time that this trade practice was not an isolated case. However, a somewhat more interesting case happened in the US, where the manufacturer of masks itself complained about the high prices. A lawsuit was filed against retailers on Amazon who sold N95 face masks to consumers at a price close to 20 times higher than the one suggested by the manufacturer, the 3M Company.² In both

¹ See: Vlaović (2020).

² See: US District Court, C.D. California. Case No. 2:20-CV-05049 *3M Co. v. KM Bros. Inc.* <https://www.leagle.com/decision/infdco20200819744> (last visited 25 January, 2022).

cases, the increase was not permanent, and it did not apply to all consumers, but rather to those who used such sales channels. The circumstances have significantly affected the consumers' reservation prices for this product, which many retailers have tried to take advantage of.

Imposing some form of government intervention requires a clear and precise definition of price gouging and, consequently, its recognition by some corresponding law. Since specific laws that prevent price gouging practices exist in many states, they can serve as a good starting point for a definition. Despite some differences in treatment, different laws seem to have some common elements (Zwolinski 2010, 335): a) almost all laws state that they refer only to a certain period of disaster or state of emergency; b) laws often refer to certain classes of products necessary for survival or combatting the problems caused by the disaster, however, in some cases, the law may apply to other products as well; and c) laws aim to set a price ceiling and are often accompanied by export restrictions and rationing during a state of emergency. These three points depict the anatomy of the phenomenon of price gouging. Of course, the main goal of price ceilings is to prevent "excessive" prices. However, there is still a lack of consensus on how "excessive" should be defined, as can be seen from the subsequent definition attempt by Zwolinski (2010, 336): "Price gouging occurs when, in the wake of an emergency, the price of some good that is necessary or extremely useful for coping with the emergency is set at what appears to be an unfairly high level."

There are several problems with the accuracy of this definition that the author himself acknowledges. Even if we exclude the issues of defining the state of emergency, the definition of "necessity" could be too narrow or too broad. Of course, the idea is that during a snowstorm, the prices of shovels are treated differently from the prices of, say, lawnmowers. However, the increase in the demand for alcoholic beverages in the same situation can lead to a sharp rise in their price, but we could hardly label alcohol as a necessity. The problem is that necessity is always defined with reference to a given end. Sandbags are helpful for fighting floods, but they are not essential for survival in other emergencies. Hence, Zwolinski considered that "necessary or extremely useful for coping with the emergency" could be a good solution. The biggest problem is with the "unfairly high" attribute. What price increase should be deemed unfairly high? There are severe problems with the *legal predictability* of a such defined property, as it may be subject to different interpretations.

We have already shown (Njegovan *et al.* 2021) some weaknesses of arguments for intervention by comparing the neoclassical and Austrian approaches to price gouging. This paper aims to consider under what

conditions intervention might be desirable and what form it should take. In general, we focus on economic regulation and competition policy. *Economic regulation* usually implies the imposition of price ceilings and the related complementary policies to prevent goods shortages. For example, the US laws mentioned above provide the basis for such intervention. In addition, if this sudden rise in prices is attributed to the exploitative abuse of a dominant position (in some jurisdictions but not in the US³), the development falls within the domain of *competition law*, which should prevent such practices. In the latter case, it is justified to ask whether the phenomenon of price gouging is equivalent to excessive prices because the prices are “too high” in both cases. Finally, these two policies are not mutually exclusive and can be implemented simultaneously.

In this context, we will try to examine the hypothesis set by the OECD (2020b) that some form of economic regulation is necessary but should exclude competition policy. However, competition authorities may still play an essential role in combating this problem. The statement, from the beginning of the paper, by Motta (2004, 69–70) is precisely in line with this hypothesis. More specifically, we will try to point out that externalities and the need for price stabilisation impose the need for economic regulation. However, not every price increase should be considered price gouging. Some price increases may be just a manifestation of cost increases, so intervening in such cases may be superfluous and even harmful. Furthermore, standard arguments against competition policy apply both to excessive prices and price gouging. In addition, it will turn out that the specific time dimension that characterises price gouging provides more conclusive arguments against applying competition law.

The rest of this paper is organised as follows. In section 2, we will briefly review the experience in treating the phenomenon of price gouging in light of the ongoing COVID-19 pandemic. Section 3 will highlight the most important arguments for implementing economic regulation in this case, while Section 4 considers the possibility of applying competition law. Furthermore, we will examine the link between the exploitative abuse of a dominant position and price gouging. Section 4 will also address the issue of the price gouging benchmark. Finally, Section 5 concludes this discussion.

³ Exploitative abuse is prohibited in many other countries, including all OECD countries, except the U.S., Canada, Australia, New Zealand, and Mexico (Gilo, Spiegel 2018).

2. PANDEMIC EXPERIENCE

Different countries have seen different reactions to the same phenomenon during the COVID-19 pandemic. Despite the long history of emergencies, the world generally seemed unprepared for price gouging. The case of the United States differs somewhat from this general statement thanks to the experience with devastating hurricanes that often hit this country. That is why most US states had laws in this area (about 2/3 of the states) even before the COVID-19 pandemic. However, an increase in the number of the US states with price gouging laws during the pandemic was noticeable. Hence, as of March 2021, as many as 42 US states have laws related to price gouging, although there is still no federal law regulating this phenomenon. Curiously, in 2012, 40 leading economists from American universities participated in a survey on attitudes regarding the need to pass a law that would prohibit “unconscionably excessive” price gouging during natural disasters in Connecticut.⁴ Only 3 participants took the unequivocal position that such a law should be passed.

The declaration of a state of emergency in the United States created a precondition for implementing laws governing price gouging in individual states. Moreover, US President Donald Trump signed an executive order to prevent the hoarding of vital medical equipment and resources, as well as price gouging, which provided a broader base for price gouging treatment in the United States than the laws of individual states. As in all the cases of exploitative abuse of dominant position caused by excessive prices, the role of antitrust in treating price gouging was omitted. Price gouging should have been detected and banned as an unfair and thus unlawful business practice—but outside the scope of exploitative abuse. This non-interference approach to excessive prices did not mean that the bodies implementing this policy—such as the Department of Justice (DOJ) and the Federal Trade Commission (FTC)—would not interfere in a certain way in the case of price gouging. Namely, as good connoisseurs on the functioning of the market, the DOJ and the FTC are expected to play an active role, however, outside of exploitative abuse, with some other antitrust tools. Accordingly, on 9 March 2020, the DOJ announced, “Individuals or companies that fix prices or rig bids for personal health protection equipment such as sterile gloves and face masks could face criminal prosecution. Competitors who agree to allocate among

⁴ See: Initiative on Global Markets (2012).

themselves consumers of public health products could also be prosecuted”.⁵ For example, the DOJ formed a COVID-19 Hoarding and Price Gouging Task Force to reach this end.

In the European Union, at the national and supranational level, which “does not recognise” price gouging in the US sense, one gets the impression that price gouging can be regulated based on the Article 102(a) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), related to the exploitative abuse of a dominant position.⁶ This is supported by the words of the European Commissioner for Competition Margrethe Vestager: “a crisis is not a shield against competition law enforcement” (Cary *et al.* 2020).⁷ In other words, a pandemic cannot be an excuse for violating competition law. However, it is evident *ex post* that despite numerous initiatives to include competition law enforcement in solving this problem,⁸ few cases have been formally opened. The activities of the EU competition authorities have focused mainly on just monitoring. The activities of the United Kingdom in this field had a similar course as in the EU. Namely, the Competition and Markets Authority (CMA) formed a particular organisational unit (COVID Task Force) to monitor and receive complaints from customers about price gouging—but not to intervene from the standpoint of competition law enforcement. An exception in this regard is the South African competition authority, which has diligently enforced competition law whenever there was a clear indication of price gouging (Boshoff 2021). Some cases of price gouging were characterised as exploitative abuse of a dominant position and treated accordingly.

After introducing a state of emergency in Serbia (15 March 2020), the Government of the Republic of Serbia imposed temporary measures to prevent significant price hikes during the state of emergency: “Decision to limit the level of prices and margins of basic foodstuffs and protective equipment”.⁹ This decision set price ceilings for necessary products at price levels prevailing on 5 March 2020 (immediately before the official introduction of the state of emergency). At the same time, from the standpoint of the exploitative abuse of the dominant market position, the

⁵ See: Department of Justice (2020).

⁶ Unlike the EU competition law, laws related to price gouging apply to any undertakings, regardless of their market power.

⁷ For a short overview and analysis of some competition authorities’ responses to the COVID-19 emergency see: Rakić (2020).

⁸ For examples of European countries where competition authorities have considered this phenomenon see Cary *et al.* (2020).

⁹ *Official Gazette of RS* No. 30/2020.

Commission for Protection of Competition of the Republic of Serbia (CPC) did not react to “unfair” prices¹⁰ — unambiguously justified according to the position that this paper advocates.

Previous examples show that a particular type of intervention took place in the mentioned jurisdictions. Other jurisdictions relied solely on economic regulation, with the exception of South Africa, which boldly applied competition law as if it were the case of excessive prices. However, the common point that “competition authorities had a role to play” is precisely in line with the OECD (2020b) suggestion.

The fact that price gouging is a short-term phenomenon, whose occurrence cannot be predicted, limits the possibility that a particular regulator be permanently in charge and specialised for price gouging related issues. However, suppose we start from a reasonable assumption that good market knowledge, i.e. specific knowledge about the context in which various businesses operate, is paramount to the successful identifying of price gouging. In that case, the competition authorities may be a reasonable candidate. Of course, their role would be outside the context of competition law, aimed at monitoring and making policy recommendations (for example, the role assumed by the DOJ, the FTC, the CMA, and others). It should not be expected that competition authorities will become regulators in any case, particularly not in the case of price gouging. Accordingly, the following sections will consider the arguments related to applying regulation and competition law to price gouging.

3. REGULATION AND PRICE GOUGING

Moral arguments are by far the most common ones when it comes to condemning price gouging practices as well as those related to preserving the competitive environment and ensuring the proper functioning of markets. We have previously discussed various arguments and counterarguments regarding this issue in detail (Njegovan *et al.* 2021).¹¹ In this paper, we want to go further and consider the arguments *for* regulation related to market failures, namely, the inability of the market to generate an efficient outcome

¹⁰ According to Article 16 of the Law on Protection of Competition (LPC), *Official Gazette of the RS*, 51/2009 and 95/2013.

¹¹ For further arguments on the distinction between immoral people and immoral acts, as well as with the problems of equality and distribution see: Snyder (2009a), Zwollinski (2009) and Snyder (2009b).

if there are circumstances due to which the market deviates significantly from that presented by economic models. Although the superiority of outcomes achieved by government intervention is not hypothesized in this case, nor is the notion of government intervention unambiguous (there may be different forms of intervention), the emergence of market failures could justify government interference.

3.1. Allocative Efficiency

One argument tries to point out the problem with the allocative function of prices in a state of emergency. Increasing the price leads to the product being bought only by those in great need. But a rich person may end up buying more of the product than a poor one even when the intensity of her need is lower. Hence the cardinalist argument for regulation that addresses distributive injustice. However, the Second Fundamental Theorem of Welfare Economics recalls the possibility of separating the allocative and distributive functions of prices (Njegovan *et al.* 2021, 62). If we believe that the problem is in the distribution, we should not try to solve this problem through the pricing system.¹²

3.2. Signalling Function of Prices

A sudden increase in some products' prices, which is not accompanied by a rise in their costs, leads to increased profits, which is a signal for entry. The standard argument goes that preventing price increases impairs the signalling function of prices, i.e. stifles innovation and discourages entry. Notwithstanding, Fung and Roberts (2021, 7–9) provide some arguments for regulation. First, they analyse the effects of the COVID-19 pandemic on both the demand and supply side. On the demand side, the pandemic limited the consumers' options (local shops became one of the few options available to some consumers due to lockdown rules), restricted their ability to shop around (social distancing created long queues, search costs possibly increased, while access to online groceries and shops was limited), and

¹² Moreover, in anticipation of the signalling function argument, our moral intuitions often fail to consider the market dynamics. In a static world with fixed resources, we are faced with a zero-sum game where only the rich get the goods. We fail to see market competition as a process (Zwolinski 2008, 364).

inflated their willingness to pay (uncertainties and fear of shortage may lead to stockpiling behaviour). On the supply side, the intensity of competition was possibly reduced (lack of supply leads to higher markups for the remaining goods, and shortages may even be artificial), which is why some retailers gained windfall market power. Furthermore, as opposed to the seasonal demand fluctuations, the sellers did not necessarily charge below-average markups when the emergency was over.

Finally, Fung and Roberts (2021, 8–9) provide two main arguments for regulation. We agree with the first argument that in states of emergency retailers may be the one raising prices (just like in the mentioned case involving N95 masks) and limiting their margins will not affect the producers' incentives to expand. However, their second argument seems more controversial. Namely, economic theory does not imply that arbitrarily high prices are needed to induce efficient entry. Lower prices/profit margins with high sales volumes may be enough to lead to expansion. More precisely, since the industry short-run supply curve is almost vertical, the demand curve determines the price. The shock caused by the crisis shifts demand upwards, and the price increase is significant with a vertical short-run supply. The price does not need to be that high to ensure entry. The price ceiling could be set at a lower level and still ensure equilibrium in the long run, i.e. the intersection of demand and long-run supply curve. That would provide an increase in consumer surplus and lead to efficient entry.

The proposed argument for intervention is controversial on several grounds. Firstly, conventional theory implies that the abuse of market power is disputable based on creating inefficient outcomes (deadweight loss) and not on the redistribution of surplus between producers and consumers. Furthermore, Fung and Roberts (2021) assume that the supply and demand curves are known to the benevolent planner. Therefore, all the planner needs to do is set prices at the equilibrium level. One could claim that high prices may provide a stronger entry signal and cause faster adjustment. However, this argument would be inappropriate because Fung and Roberts (2021) assume that any price above the existing one is equally effective in encouraging entry. The real problems (dynamics, learning, subjective knowledge, competitive process) are explained away by assuming that the regulator has all the relevant information. The omniscient planner simply sets prices at the equilibrium level and thus ensures long-term equilibrium.

3.3. Externalities

In some instances, price increases refer to a group of products that can cause significant positive externalities. For example, private demand for face masks does not reflect the positive external effects on society that wearing masks causes. Since the market cannot be expected to lead to an efficient outcome, intervention becomes a viable option, i.e. introducing regulations (mandatory use of face masks) or providing subsidies for their production. Suppose the circumstances accompanying the pandemic lead to a sharp increase in the price of face masks. In that case, an obstacle for positive externalities is created, and government intervention could be desirable to prevent this practice. Government intervention could make sense when externalities are very high, and market reactions to shocks are slow. After all, we have already seen that the market can be a slow coordination mechanism in times of war (Galbraith 1980).

Another consequence of uncertainty created by the state of emergency is panic buying, which can reduce the allocative efficiency of resources and lead to deadweight loss (Chua *et al.* 2020, 1). Can this phenomenon justify regulation, and if so – of what type? This primarily depends on identifying the causes of panic buying. Regarding potential causes, Yuen *et al.* (2020, 6) provide a detailed literature review covering the 2009–2020 period. After classifying the papers, they identified four possible causes of panic buying: (1) perception, (2) fear of the unknown, (3) coping behaviour, and (4) social psychological factors.

Chua *et al.* (2020) start from the Health Belief Model that was formerly used to link health behaviour with undergoing medical examinations. In the context of panic buying, it is relevant because it studies the protection motivation behaviour of consumers when faced with the threat of a disease outbreak. This model is combined with theories of perceived scarcity and anticipated regret to give a more comprehensive interpretation of the causes of this phenomenon. Finally, the state may “contribute” to panic buying through adopted practices of announcing movement restriction measures for citizens. Accordingly, Prentice *et al.* (2020) emphasises the connection between the timing of the announcement of government measures for combating the pandemic and panic buying.

Given that economists are interested in presenting panic buying as the product of rational choice, one could make the analogy to the bank run model (Diamond, Dybvig 1983). It implies a possibility of multiple equilibria—a good one in which there is no bank run and a bad one in which bank run occurs. Similarly, panic buying can be presented as a coordination game where panic buying represents an unfavourable Nash equilibrium. As Awaya

and Krishna (2020, 5) argue, the key difference between a bank run model and their consumer panic model is that there is no analogue for market-clearing via prices in the former. We will discuss this model in more detail below.

Standard cases imply that panic buying is a response to a shock of supply or demand (Noda, Teramoto 2020, 7). It is interesting, however, that there doesn't have to be a change in supply or demand at all, which is a situation where classical theory is useless. For example, "classical market theory does not apply well to the paper product market because the pandemic caused neither a supply disruption nor a surge in need for consumption of the paper products" (Noda, Teramoto 2020, 7). Noda and Teramoto (2020) work with the idea of non-pecuniary costs associated with shopping activities (shopping costs) as a fundamental driving force behind panic buying. Thus, panic buying results from rational behaviour in the absence of misinformation.¹³ They rely on a recent empirical study by Keane and Neal (2021), which finds that announcements of movement restrictions played an essential part in triggering panic buying. In terms of recommendations, the authors consider the role of taxes, direct allocations of necessities and the introduction of quotas on purchases. In their simulations, under certain assumptions, taxes can have drastically different consequences depending on the timing, direct distribution generally improves social welfare, while the introduction of quotas produces unequivocally positive effects in terms of preventing panic buying. The question remains to what extent rationing (quotas) can be implemented in practice.

The consumer panic model by Awaya and Krishna (2020, 2) starts from the assumption that consumer decisions on when to buy are *strategic complements* so that the more people buy during the panic, the more it pays for the individual to do the same.¹⁴ On the other hand, the price mechanism (increasing prices) should prevent such purchases. In a model without supply uncertainty (sufficient supply), there is an equilibrium with fixed prices that is (weakly) better for consumers than any equilibrium with flexible prices. Since the supply is satisfactory, there is no need for rationing. However, if there is a possibility of reselling (speculative motive), the solution is to impose some form of rationing. If supply is uncertain, there are two states of nature, high state (sufficient supply) and low state (insufficient supply). Rumours of a shortage arise regardless of the state and are completely

¹³ As opposed to some models that study misinformation-driven panic buying (Noda, Teramoto 2020, 8).

¹⁴ The "infection" argument is familiar from (Rubinstein 1989). See: Awaya, Krishna (2021, 1–2).

uninformative. Hence the focus shifts to the corrective messages (counter-rumours saying that there is no shortage) that appear only in the case of high state. Although such a message is credible, consumers do not know how many other consumers received the message, which may cause panic buying. A comparison of the two mechanisms in the case of uncertain supply provides specific arguments for regulation, but the results depend on many parameters. Interestingly, the market mechanism fails for minor shortages but may work for significant ones, due to a lack of complementarity between the consumers' choices of when to buy and the state (high or low).

Contrary to the arguments presented in Njegovan *et al.* (2020) and those presented in this paper (related to the allocative efficiency and signalling function of prices), a particular type of regulation can be effective if shortages of goods prevent positive externalities or if panic buying ensues. Depending on the conditions, fixed prices are not always better (Awaya, Krishna 2021, 23–25). Therefore, regulation may include price ceilings, rationing (introduction of purchase quotas), or accompanying non-economic policies, to ensure optimism and avoid an undesirable equilibrium. Furthermore, we have seen that panic buying could occur even when all consumers are entirely rational, and there is no misinformation nor disruptions in demand or supply, i.e. due to anticipated/expected rise in shopping costs, which causes a surge in demand. Since anticipated shopping-cost shocks produce more severe panic buying than unanticipated ones, the government could implement immediate movement restrictions or announce them well in advance. Furthermore, a temporary sales tax increase could discourage stockpiling behaviour and prevent panic buying if it is implemented in a timely manner (Noda, Teramoto 2020, 45–46).

4. COMPETITION LAW AND PRICE GOUGING

Jurisdiction of competition policy for price gouging exists in the case of exploitative abuse of a dominant position, for example, under Article 102 (a) (TFEU) or in Serbia, under Article 16 of the LPC. It can be implemented if there is market power that can be used to exploit consumers. In this section, we will try to point out the general inexpediency of this approach. Generally speaking, barriers to enforcing competition law to excessive prices also relate to price gouging. However, specific differences exist, and they further complicate the application of competition policy in this case. Generally, we distinguish two groups of arguments for the (non)application of competition law to price gouging. The first directly derives from the discussion about the role of competition law in cases of excessive prices, and the second highlights

the short-term character of price gouging. The fact that competition law activities were largely absent, with a few rare exceptions, further supports the presented view.

We start with the assumption that competition law applies to cases of excessive prices if it is consistent with the established goal of protecting competition. In the European context, the goal is to maximise consumer welfare in a dynamic setting (Bishop, Walker 2002, 26). If the goal is the same for all principal pillars of competition law, excessive prices and price gouging must be treated like an exploitative abuse of a dominant position. This is the only rationale for applying competition law to price gouging. The question is whether the firms involved can be considered dominant if their market power has suddenly increased amid a state of emergency. An affirmative answer would undoubtedly imply a deviation from the standard definition of dominant position. We would have to employ some very narrow relevant market, which would provide windfall market power.

Conventional competition law views market power as a long-term structural feature. It refers to changes in the market that result in higher long-term margins, not temporary price increases. The mere observation of price increases under the given conditions does not offer any evidence of market power. Moreover, as we pointed out earlier (Njegovan *et al.* 2021), the identification of short-term market power with the inevitable costs of the competitive process hinges on several premises: focusing on the market process as opposed to the equilibrium approach and comparative statics; viewing competition as a discovery procedure; reference to the second welfare economics theorem, which stipulates the separation of the allocative and distributive function of prices; recognising that market interaction is not a single-stage game, i.e. the importance of reputation.

Can we nonetheless speak of short-term market power abuse? Considering market power brings us to the issue of the relevant market. Looking back at the standard approach, Boshoff (2021) notes that a narrower market definition should be employed if we are to identify windfall market power in states of emergency. In that case, even tiny businesses can gain significant market power. Consequently, it is necessary to determine which structural changes caused by the pandemic led to a sudden increase in market power. Of course, this means focusing on particular products.¹⁵ Below, we consider some general hypotheses about the potential causes of windfall market

¹⁵ Porter's Five Forces Analysis could be helpful in such an endeavour (Porter 1979).

power and refer to several examples. We note that some of the arguments for applying competition law to price gouging cases are based on these hypotheses.

4.1. Hypotheses and Arguments for Competition Law Enforcement

As in Boshoff (2021), the first hypothesis could concern increased transaction costs and search costs during a state of emergency. Since the availability of substitutes is an essential factor of market power, because it affects the elasticity of firm demand (Porter 1979, 138), increasing costs could reduce the availability of substitutes for certain products and thus increase market power. Namely, the consumers' mobility and willingness to respond to price increases may be impeded, as well as their willingness to search for substitutes for health reasons.

The first hypothesis could be considered in the context of a specific product or market. For example, in the case of disinfectants, initially, there were many substitutes for 70% alcohol: Asepsol, some other lower percentage alcohol-based disinfectants or even alcoholic beverages. In the case of face masks, it can be easy to sew a cotton mask or just to put a cloth or a scarf over one's face. However, as knowledge about the coronavirus progressed, the list of substitutes was narrowed down. The advancement of knowledge has led to a change in the population's beliefs regarding the effectiveness of certain health-protection goods. However, in the case of face masks, the set of substitutes is still not negligible, as Andrejko *et al.* (2021) and Tanisali *et al.* (2021) point out. When it comes to the availability of substitutes, it is often argued that high prices epitomise the creative function of the market—the search for new ways to meet the consumers' needs. It should be noted that this argument has somewhat less value in the short run.

Secondly, barriers to entry are one of the main arguments for intervention, and the question arises whether they represent a significant factor in ensuring windfall market power. Let us proceed with the specific example of face masks. As suggested in OECD (2020a), identifying bottlenecks involves value chain analysis. In terms of inputs, oil and metal are the primary raw materials for manufacturing non-wovens, metal strips and earloops (and sometimes other textile materials, such as cotton). Additionally, paper pulp is required for cardboard and packaging. Metal is only needed for nose strips, and various metals can be used. The main bottleneck in the value chain (in terms of inputs) is the non-woven fabric made of polypropylene. Since it is used in the production of baby diapers, cosmetics and handkerchiefs, automotive and construction industries, and its production requires a

significant initial investment in heavy machinery, specific barriers to entry apply in this case. On the other hand, the problems with transport and logistics and the export restrictions that are in force in some countries represent a severe problem for distribution, which is undoubtedly another bottleneck in the value chain of face masks. These factors can significantly affect short-term market power.

Finally, by considering the previous hypothesis, it seems that the crown argument *for* competition law implementation is that raising prices manifests the application of market power and directly reduces consumer welfare, which competition law seeks to protect. Undoubtedly, increasing prices in a state of emergency affect consumer welfare. The problem, however, is that the time frame should also be considered. Excessive pricing does not pertain to short-term price disturbances. Competition law should indeed maximise consumer surplus, but this should be in a dynamic context, dealing with competitive constraints.

4.2. Arguments Against

On the other hand, the list of critical arguments *against* competition law enforcement in cases of excessive prices is somewhat longer.¹⁶ First, it is believed that the prohibition of excessive prices can reduce the incentives for firms to invest and innovate, which applies to firms that may come under the scrutiny of competition law and their potential competitors. Clearly, in this way, a restriction is imposed on the pricing policy of dominant companies, which creates uncertainty as to which manifestations of market power can be characterised as exploitative. The fact that the standard orientation of the competition law is towards exclusionary abuses also contributes to that uncertainty from a different angle, which in a way limits the practice of lowering prices. Thus, both directions in conducting the pricing policy in the hands of market participants become limited.

Second, there are practical difficulties in identifying the “excessiveness” that requires intervention. The main question that arises here is: when does a specific price level indicate exploitative abuse? Hence, defining a competitive benchmark for comparison purposes is crucial. As Gilo and Spiegel (2018) point out, “[a] main obstacle to effective implementation of the prohibition of excessive pricing is the lack of a commonly agreed upon definition of

¹⁶ Motta, De Streel (2007) and Ezrachi, Gilo (2009) elaborate the “for and against” arguments.

what constitutes an ‘excessive price’ or how to measure it’. Mainly, there are two approaches for identifying “excessiveness” that requires action. The first approach involves comparing the prices of different firms (comparative benchmarking). The prices under scrutiny are compared to those charged by direct competitors or similar companies from other markets at the time of observation. The second approach focuses on intertemporal price comparisons of the same company—the one under scrutiny (intertemporal benchmarking).

Boshoff (2021) argues why the intertemporal comparison is a better option for detecting price gouging, which is also the official choice of South Africa’s competition authority.¹⁷ Generally, the need to link such price increases to changes in competitive conditions, caused by the state of emergency, imposes the prices of the same firm in different periods (during and prior to the state of emergency) as the least biased option. In addition, this seems to be the most efficient approach due to the urgency of the intervention and the fact that we can hardly find similar firms from other markets and comparable rivals from the same market in such a short time frame.

If the price deviates significantly from the chosen benchmark, it is considered an excessive price. However, what does “significant deviation” mean in this context? For example, in the case of South Africa, the threshold of 20% is considered a safe harbour for companies, while the intertemporal comparison of prices also considers the change in costs (Boshoff 2021).¹⁸

Indeed, the determination of “excessiveness” in this context must be sensitive to changes in the input prices and the firm’s average costs. It is not uncommon for costs to rise in a state of emergency (increased transport costs, higher margins for inputs, and sometimes complete disruption of supply chains during a limited period of time¹⁹). In other words, if the sharp rise in prices stems from a sharp rise in input costs, the need for intervention

¹⁷ See, for example, Gilo, Spiegel (2018), who use formal models of quantity and price competition to examine the competitive implications of applying different benchmarks in banning excessive prices.

¹⁸ However, it should be noted that distributions of the probability of regulatory errors (types I and II) can be sensitive to the choice of a competitive benchmark and the price increase threshold. For more on type I and type II errors in the context of excessive pricing, see Evans, Padilla (2005).

¹⁹ Lately, in addition to the coronavirus disease pandemic, the war in Ukraine has provided a most striking example of the devastating consequences of supply chain disruptions.

of this kind is harmful and, therefore, superfluous. Price-gouging regulations typically treat any demand-based price increase as “unfair”. Hence, according to Boshoff (2021), price gouging exists if:

$$p_t - p_{t-1} > c_t - c_{t-1} + \varepsilon,$$

where p is the price, c denotes costs, and ε is a parameter that reflects the burden of proof, which eliminates the prosecution of intertemporal profit differences of an appropriately small degree.²⁰ Related to the mentioned Decision of the Government of the Republic of Serbia, $t-1$ could refer to 5 March 2020 (certainly sometime before the official introduction of the state of emergency) and t to the period of the declared emergency.

Third, any regulation of excessive prices is considered redundant because free entry will eventually neutralise them, i.e. excessive prices are self-correcting. Ezrachi and Gilo’s (2009) influential work represents an attempt to challenge this argument, thus directing the reasoning against intervention to the first two points. They show that excessive prices are not self-correcting, regardless of how low entry barriers into the market are and whether or not potential entrants are informed about the incumbent’s relative efficiency in the time frame characteristic for excessive pricing considerations. Furthermore, if we narrow down the relevant time frame, new entries that are motivated by high prices become less likely.

4.3. Decision Criteria

If we assume that competition policy can deal with the consequences of windfall market power, the application of competition law to price gouging must face the same arguments that accompany its application in the domain of excessive prices. Evans and Padilla (2005) argue that a legal standard based on maximising consumer welfare in a dynamic context should not include ex-post intervention on price the decisions of dominant firms. However, this general statement does not apply to specific cases that meet the established criteria. In other words, only special cases of consumer exploitation deserve treatment under the competition law. These criteria are based on the above-discussed pros and cons of applying competition law to price increases. Evans, Padilla (2005) proposes a list of such criteria below:

²⁰ Although the logic presented is intuitive, Boshoff (2021) does not raise the issue of arbitrariness in determining the parameter ε . Some objective criteria would be needed in this context.

- A) The firm enjoys a (near) monopoly position in the market, which is not the result of past investments or innovations, and which is protected by insurmountable legal barriers to entry;
- B) The prices charged by the firm widely exceed its average total costs;
- C) There is a risk that these prices may prevent the emergence of new goods and services in adjacent markets.

Meeting these criteria would suggest relevant cases of excessive prices to be considered by competition law, i.e. reasonable “unfairly high prices” candidates.

Competition law should be applied if the case meets all three criteria. Even though these standards refer to excessive prices in the context of Article 102 (a) (TFEU), they can also refer to the phenomenon of price gouging. In both cases, the prices can be characterised as unfairly high. In a way, price gouging satisfies criterion B) if unfairly “high implies” that the price “widely” exceeds the average total costs of production. Undoubtedly, if the retail price is 20 times higher than the one suggested by the manufacturer, as in the mentioned case involving traders on Amazon, “widely”, in the sense of Evans, Padilla (2005), may sound justified. The same cannot be said for criteria A) and C).

Namely, in most cases, the “(near) monopoly” position would be consistent with very narrow—almost micro—definitions of the relevant geographic market. Absurdly, some corner shops might feel like ones with significant market power due to panic or movement restrictions. Accordingly, competition authorities may identify “situational monopolies”, where a firm holds considerable market power during a limited period (OECD 2020b) on some narrowly defined relevant markets. Competition law should not apply to short term (near) monopoly positions, time-framed by the duration of a panic or a state of emergency. With the first sign of returning to customary conditions, every (near) monopoly from this context will vanish. Likewise, “insurmountable legal barriers to entry” cannot be expected to protect such short-term positions in narrowly-defined markets. Finally, the emergence of new products and services in adjacent markets is unlikely in the short run. Therefore, the mere satisfaction of criterion B) is not sufficient for the intervention in terms of exploitative abuse of a dominant position.

Assessing the mentioned criteria as too restrictive, Motta and De Streel (2007) offer their own somewhat relaxed list. We summarise it, following Fung, Roberts (2021):

- a) The firm holds a dominant position in a defined market;
- b) The firm's position is not the result of, or is only partially the result of, the firm's investment and innovation;
- c) There are substantial barriers to entry, and a lack of other means for the market to correct itself;
- d) No sector-specific regulator has jurisdiction to resolve the matter.

Specialised sectoral regulators operate only in specific markets, so criterion d) is satisfied in most cases. The same can be asserted for b) since a firm's position cannot be attributed to investments and innovation but to the surge in demand along the almost vertical supply curve and other obstacles to consumers during a state of emergency. As opposed to the previous, a) and c) could be satisfied only under some strong assumptions that would lead to windfall market power—a narrowly defined relevant geographic market in a concise time frame. That dominant position supported by significant entry barriers will not last long, and the same could be said for the durability of windfall market power. These assumptions virtually reduce competition policy to the static context, typically just a few days. The ultimate goal of maximising consumer welfare in a dynamic context would not be met in this way. Hence, it seems that criteria limiting the application of competition policy in the case of exploitative abuse of a dominant position prevent its application in the event of price gouging even more effectively—windfall market power cannot be durable enough.²¹

However, even if price gouging meets all the previous criteria, we will try to explore how reasonable it could be to apply *ex-post* intervention to the needs caused by this short-term phenomenon. Application of Article 102 (a) (TFEU) takes time, especially with judicial review. In some cases, it can take years.

If the public expects a quick reaction, the *ex-post* nature of competition policy regarding the abuse of dominant position will fail to meet such expectations. Satisfaction, if any, would come late when the state of emergency is long over. That is why we should not expect competition law

²¹ Accordingly, in Case C-177/16 par. 56 the EU Court of Justice clarified, “for the rates concerned to be regarded as ‘abusive’ [...] that difference must persist for a certain length of time and must not be temporary or episodic”. By indicating the change in prices as the manifestation of abusive behaviour, this statement demonstrates that episodic images of market power cannot cause exploitative abuse related to Article 102 (TFEU). See: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0177&from=en> (last visited 23 May, 2022).

to solve the problem of externalities. Furthermore, competition authorities have limited resources. This observation seems especially significant because the need for intervention exists only during a state of emergency, and the affected markets may be too many, e.g. as many as 36 products were included in the mentioned Decision proclaimed by the Government of the Republic of Serbia.

To what extent is price gouging short-lived? It lasts at least until the supply meets the market's needs or the panic buying ends. A survey conducted in 54 countries between January and April 2020 suggests that panic bursts typically last about 7–10 days (Taylor 2021). If this is true, we should expect that the effects of a sharp increase in demand would be contained promptly. In any case, competition law should not address the problems caused by increased demand due to panic buying. However, panic shopping was not the only cause of price increases during the pandemic. Some goods became mandatory during the pandemic, such as face masks, indicating a more permanent increase in demand. Even in such circumstances, we have witnessed that after the first wave of lockdowns, the price of comparable protective masks stabilised at the pre-pandemic level. The supply met demand, and new types of face masks appeared on the market, which increased the variety of choices.

Finally, even if we challenge the need of employing ex-post policy for prompt achievements, it remains possible to argue that competition policy may produce a deterrent effect. Knowing that they can come under the scrutiny of competition authority due to excessive prices, market participants will avoid raising prices excessively, especially in a state of emergency. The deterrence effect might be more effective in the case of market participants with previous experience, or at least with some awareness of the restrictions that competition policy may impose. Consequently, it may be effective only for large companies, particularly those with a dominant market position. Therefore, it is not uncommon for sizeable electronic trading platforms and distributors of necessary goods and services to become the subject of interest of competition authorities in connection with price gouging, e.g. Amazon and eBay in Italy, Amazon, Bol.com, Marktplaats in the Netherlands, distributors of face masks in Poland, and even the market participants in the funeral services sector in Spain.²²

However, one should keep in mind that any small business beyond the scope of competition policy could acquire windfall market power. So, the deterrence argument only partially makes sense—it applies “mostly” to

²² See Cary *et al.* (2020).

large companies. As we have argued earlier, in the case of small businesses, applying competition policy would require a narrower definition of markets, which could capture the notion of short-term market power. There may be too many such cases. The costs of pursuing the firms would undoubtedly outweigh the potential benefits. Hence, even if we limit activity to large companies, one question still arises: to what extent are such companies willing to sacrifice their reputation for a short-term profit increase? In the mentioned case involving N95 masks amid the pandemic, the manufacturer did not raise the price; moreover, it sued the downstream companies for using windfall market power to exploit the buyers. As we have already stated, since it is not a one-shot game, reputation can substantially limit market power. Cabral, Xu (2021) shows that reputation can be an adequate substitute for regulation in the case of large companies.²³ They propose a measure that would restrict price increases above the prevailing level just for newcomers in the state of emergency. The weakness of this measure is, as they point out, that it rests on the assumption of initial competitive conditions. Of course, reputation is not important in the case of new participants driven by speculative motives. Since this measure is related to newcomers, notice the terminology difference: the definition of price gouging is about “setting the price” and not about “raising the price”.

In some countries, rare experiences with states of emergency may weaken the “deterrent effect” argument. However, it may be relevant for countries that often face such troublesome situations, e.g. the United States. Nevertheless, in the US, the protection of competition is not initiated in the case of price gouging, not even for regular excessive pricing. Therefore, employing this *ex-post* policy for prompt achievements could be misleading.

5. CONCLUDING REMARKS

Numerous catastrophic events, such as the last pandemic and the war in Ukraine, have resulted in regional and systemic instabilities, which revived the need to define clear rules that would apply to price gouging. There seems to be a lack of legal certainty regarding this phenomenon. This is likely due to its short-termness and unpredictability, similar to that expressed in windfall market power. Hence, the need to reconsider the necessity of the intervention, its eventual scope and means. Contrary to the

²³ Noda, Teramoto (2020, 6) cite authors who show that US retailers were hesitant to raise prices even to the extent not prohibited by anti-price-gouging laws, emphasizing that reputable retailers maintained their prices in times of emergency.

arguments *for* the market that we discussed earlier (Njegovan *et al.* 2021), we have considered justifications for applying regulation and competition policy in this paper. Economic regulation would include price ceilings and accompanying measures to prevent shortages of necessary goods. At the same time, competition policy would contribute to “measures” against exploitative abuse of a dominant position. In particular, the paper aimed to argue why regulation may be necessary—but not competition law enforcement.

First, the problem with externalities is evident when price gouging of necessary goods occurs, indicating the need for regulation. However, the question of the scope remains crucial. While price ceilings seem necessary, accompanying policies depend on specific conditions, e.g. the presence of supply or demand shocks. Similar conclusions follow in the case of panic buying, except that fixed prices are not always superior. Additionally, we have indicated the results that speak of the effectiveness of rationing, export restrictions, temporary sales taxes and other non-economic policies aimed at ensuring optimism. A sudden price increase in a state of emergency may be a reason to believe that price gouging is at work. However, not every short-term price increase is excessive if we consider the changes in costs. If necessary, the intervention should be strictly targeted and not more comprehensive than required.

Competition authorities could play a role in directing regulation towards the markets where price gouging has been observed. However, we do not expect competition authorities to become regulators but rather to be the governments’ consultants in adopting price gouging measures. The fact is that there are no jurisdictions that have a permanently employed regulatory body for this mostly short-term phenomenon. At the same time, the competition authorities still possess superior knowledge of the particularities of various markets. Following these facts, the paper points to examples of jurisdictions that have engaged their competition authorities on the occasion of pandemic price gouging—but outside the standard pillars of competition law. In some rare cases, such as in South Africa, competition law has been applied to price gouging. The paper argues why this last example most likely illustrates a wrong approach. The analogy of applying competition policy in the case of excessive prices under normal conditions is illustrative. We also considered additional arguments specific to price gouging, but not to excessive prices.

Through this discussion on price gouging, based on the relevant literature, we hoped to draw attention to the necessity of providing an appropriate legal framework and specific arguments for concrete measures, pointing out the danger of their automatic application. Once again, it turns out that close cooperation of law and economics can be vital in achieving suitably defined welfare-enhancing outcomes.

REFERENCES

- [1] Andrejko, Kristin L., Jake M. Pry, Jennifer F. Myers, Nozomi Fukui, Jennifer L. DeGuzman, John Openshaw, James P. Watt, Joseph A. Lewnard, Seema Jain. 2022. Effectiveness of Face Mask or Respirator Use in Indoor Public Settings for Prevention of SARS-CoV-2 Infection—California, February–December 2021. *Morbidity and Mortality Weekly Report (MMWR)*. (CDC) 71: 212–216.
- [2] Awaya, Yu, Vijay Krishna. 2021. Panics and Prices. SSRN Working Papers.
- [3] Bishop, Simon, Mike Walker. 2002. *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. London: Sweet & Maxwell.
- [4] Boshoff, Willem H. 2020. South African Competition Policy on Excessive Pricing and Its Relation to Price Gouging During the COVID-19 Disaster Period. *South African Journal of Economics*: 1–29.
- [5] Cabral, Luís, Lei Xu. 3/2021. Seller reputation and price gouging: Evidence from the COVID-19 pandemic. *Economic Inquiry* 59: 867–879.
- [6] Cary, George S., Maurits J. F. M. Dolmans, Bruce Hoffman, Thomas Graf, Leah Brannon, Richard Pepper, Henry Mostyn, Alexis R. B. Lazda, Kristi Georgieva, Jan Przerwa. 2020. Exploitative abuses, price gouging & COVID-19: The cases pursued by EU and national competition authorities. *e-Competitions: Competition Law & COVID-19*.
- [7] Chua, Grace, Kum Fai Yuen, Xueqin Wang, Yiik Diew Wong. 6/2021. The Determinants of Panic Buying During COVID-19. *International Journal of Environmental Research and Public Health* 18: 1–28.
- [8] Department of Justice. 2020. Justice Department Cautions Business Community Against Violating Antitrust Laws in the Manufacturing, Distribution, and Sale of Public Health Products. <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-cautions-business-community-against-violating-antitrust-laws-manufacturing/> (last visited 22 May, 2022).
- [9] Diamond, Douglas W., Philip H. Dybvig. 3/1983. Bank Runs, Deposit Insurance, and Liquidity. *Journal of Political Economy* 91: 401–19.
- [10] Evans, David S., Jorge Padilla. 1/2005. Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules. *Journal of Competition Law & Economics* 1: 97–122.
- [11] Ezrachi, Ariel, David Gilo. 2/2009. Are Excessive Prices Really Self-Correcting? *Journal of Competition Law & Economics* 5: 249–268.

- [12] Fung, San Sau, Simon Roberts. 2021. The Economics of Potential Price Gouging during Covid-19 and the Application to Complaints Received by the CMA. CCP Working Paper 21-02, Centre for Competition Policy (CCP), University of East Anglia, 1–32.
- [13] Galbraith, John Kenneth. 1980. *A Theory of Price Control*. Cambridge: Harvard University Press.
- [14] Gilo, David, Yossi Spiegel. 2018. The Antitrust Prohibition of Excessive Pricing. *International Journal of Industrial Organization* 61: 503–541.
- [15] Initiative on Global Markets. 2012. Price Gouging. <https://www.igmchicago.org/surveys/price-gouging/> (last visited 25 May, 2022).
- [16] Keane, Michael, Timothy Neal. 1/2021. Consumer panic in the COVID-19 pandemic. *Journal of Econometrics* 220: 86–105.
- [17] Motta, Massimo. 2004. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [18] Motta, Massimo, Alexandre De Streel. 2007. Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never? 14–46 in *The Pros and Cons of High Prices*, edited by Niklas Strand, Arvid Fredenberg. Kalmar: Konkurrensverket, Swedish Competition Authority.
- [19] Njegovan, Nikola, Ristić Bojan, Trifunović Dejan. 2021. Ekonomska analiza naglog porasta cena u vanrednim okolnostima. 59–66 in *Ekonomska politika u Srbiji i svetu u 2021. – u susret globalnim šokovima i rastućoj neizvesnosti*, edited by Miodrag Zec, Milojko Arsić, Ognjen Radonjić. Beograd: Ekonomski fakultet u Beogradu.
- [20] Noda, Shunya, Kazuhiro Teramoto. 2020. A Dynamic Model of Rational ‘Panic Buying’. SSRN Working papers.
- [21] OECD. 2020a. The face mask global value chain in the COVID-19 outbreak: Evidence and policy lessons. https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=132_132616-14i0j8ci1q&title=The-Face-Mask-Global-Value-Chain-in-the-COVID-19-Outbreak-Evidence-and-Policy-Lessons (last visited 24 March, 2022).
- [22] OECD. 2020b. Exploitative pricing in the time of COVID-19. <https://www.oecd.org/competition/Exploitative-pricing-in-the-time-of-COVID-19.pdf> (last visited 24 March, 2022).
- [23] Porter, Michael E. 2/1979. How Competitive Forces Shape Strategy. *Harvard Business Review* 57: 137–145.
- [24] Prentice, Catherine, Jinyan Chen, Bela Stantic. 2020. Timed intervention in COVID-19 and panic buying. *Journal of Retailing and Consumer Services* 57: 1–11.

- [25] Rakić, Ivana. 2/2020. Competition Law in the Age of COVID-19. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 68: 25–61.
- [26] Rubinstein, Ariel. 1989. The Electronic Mail Game: Strategic Behavior under Almost Common Knowledge. *American Economic Review* 79: 385–391.
- [27] Snyder, Jeremy. 2/2009a. Efficiency, Equity, and Price Gouging: A Response to Zwolinski. *Business Ethics Quarterly* 19: 303–306.
- [28] Snyder, Jeremy. 2/2009b. What's the Matter with Price Gouging? *Business Ethics Quarterly* 19: 275–93.
- [29] Tanisali, Gokhan, Ahmet Sozak, Abdul Samet Bulut, Tolga Ziya Sander, Ozlem Dogan, Çağdaş Dağ, Mehmet Gönen, Fusun Can, Hasan DeMirci, Onder Ergonul. 2021. Effectiveness of different types of mask in aerosol dispersion in SARS-CoV-2 infection. *International Journal of Infectious Diseases* 109: 310–314.
- [30] Taylor, Steven. 2021. Understanding and managing pandemic-related panic buying. *Journal of Anxiety Disorders* 78: 1–8.
- [31] Vlaović, G. 2020. Maska skoro deset puta skuplja iako je vanredno stanje. *Danas*, 17. mart. <https://www.danas.rs/vesti/ekonomija/maska-skoro-deset-puta-skuplja-iako-je-vanredno-stanje/> (last visited 10 March, 2022).
- [32] Yuen, Kum Fai, Xueqin Wang, Fei Ma, Kevin X. Li. 6/2020. The Psychological Causes of Panic Buying Following a Health Crisis. *International journal of environmental research and public health* 18: 1–14.
- [33] Zwolinski, Matt. 3/2008. The Ethics of Price Gouging. *Business Ethics Quarterly* 18: 347–378.
- [34] Zwolinski, Matt. 2/2009. Dialogue on Price Gouging: Price Gouging, Non-Worseness, and Distributive Justice. *Business Ethics Quarterly* 19: 295–303.
- [35] Zwolinski, Matt. 2010. Price Gouging and Market Failure. *New Essays on Philosophy, Politics & Economic: Integration and Common Research Projects*, edited by Gerald Gaus, Julian Lamont, Christi Favor. Stanford: Stanford University Press.

Article history:

Received: 12. 3. 2022.

Accepted: 27. 5. 2022.

УДК 339.13.012; 004.738:339]::005

CERIF: S 144, S 180

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22202A

Dejan TRIFUNOVIĆ, PhD*

A FEW THOUGHTS ABOUT COMPETITION POLICY IN TWO-SIDED MARKETS

The paper reviews recent literature concerning two-sided markets or platforms. These markets are characterised by indirect externalities since the utility of users on one side of the market increases in the number of users on the other side of the market. There are many examples of two-sided markets, such as payment cards, newspapers, Internet advertising, search platforms for accommodations, software applications, etc. Competition policy has special features in two-sided markets, and the wisdom from standard markets may induce wrong decisions by competition authorities. Therefore, the paper discusses the definition of the relevant market in two-sided markets, when horizontal merger is beneficial to users, how predatory behaviour is defined, and other anti-competitive practices.

Key words: *Platforms. – Relevant market. – Horizontal mergers. – Predatory behaviour.*

* Full Professor, Univeristy of Belgrade Faculty of Economics, Serbia, *dejan.trifunovic@ekof.bg.ac.rs*.

1. INTRODUCTION

Two-sided markets have imposed a necessity for reconsideration of competition policy that should be adapted to the special features of such markets. The European Commission (EC) proposed a Digital Markets Act (DMA)¹ with the aim of regulating competition in online two-sided markets. The DMA identifies ‘gatekeepers’ as online platforms that connect users on two sides of the market, and which sometimes also sell their own products. The European Parliament adopted this document on 15 December 2021, and gave its green light to begin negotiations with the member states. Once the document is adopted by the member states, it will be applied across the EU.² The EU legislation is based on one-sided markets, and the DMA is a supplement.

Two-sided markets (platforms) enable interaction between two groups of users that benefit from indirect externalities, which means that the utility of one group of users depends on the number of users on the other side of the market. For example, the utility of advertisers in newspapers depends on the number of newspaper readers. For this reason, a platform may set a price below the marginal cost on one side of the market, in order to attract users on the other side of the market. Newspapers create content that attracts readers, and readers attract advertisers. Readers can value advertisers positively if they are interested in advertisements but can also be indifferent to advertisements or annoyed by ads if they are primarily interested in the newspaper’s content. Some platforms are three-sided or even multi-sided. Moreover, platforms where content providers and content consumers meet, also attract advertisements (YouTube).

Payment cards are the second example of two-sided markets, with Visa and MasterCard being the most commonly used ones. There are four participants in the transaction: merchant, cardholder, card issuing bank, and merchant’s bank. The cardholder pays an annual or monthly membership fee to the bank that issued the card, which can also be negative if the cardholder receives coupons and refunds, depending on the volume of transactions. Merchants receive the amount of the transaction, minus the discount that

¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?qid=1608116887159&uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN> (last visited 13 May, 2022). The latest procedural developments as of 24 March 2020, available at: <https://www.jdsupra.com/legal-news/digital-markets-act-now-firmly-on-its-7932391/> (last visited 14 May, 2022).

² In the following text certain articles of this document will be commented on, bearing in mind that it is yet to be adopted by the EU member states.

represents the commission of the merchant's bank. The merchant's bank pays the interchange fee to the bank that issued the payment card to the cardholder.

Other examples of two-sided markets are Internet search engines, which connect users –who search for particular keywords – and advertisers; accommodation platforms, which connect people in search for accommodation and hotels and apartment owners; and software platforms, which connect developers and users of applications. Google Play is an example of a software platform. In the case of this platform, more applications attract more users, and more users attract more software application developers. Online shops, such as eBay, Amazon, Alibaba, and AliExpress, have become very popular, which is also the case with video streaming platforms: Netflix, HBO, Amazon Prime, and Disney+. Some of these platforms, in addition to connecting two sides of the market, offer their own products for sale. Amazon offers Kindle, and video streaming platforms provide their own movies and series.

According to Evans and Schmalensee (2011), users can use one platform (single-homing) or multiple platforms (multi-homing).³ For example, merchants accept different payment cards, while cardholders typically use one payment card, although some users hold different types of payment cards. Advertisers advertise in several daily newspapers, while readers typically buy one daily newspaper. In online versions of newspapers, both sides use several platforms.

Two-sided markets can be non-transactional markets, where there is no direct transaction between platform users on the two sides of the market. For example, newspapers do not have a direct transaction between readers and advertisers, although advertisers benefit from the increasing the number of readers. Newspapers charge readers only for membership, but not for use, since readers paying for the print version of the newspaper pay a fixed sum, regardless of how many members of their households will read the newspaper. In two-sided transactional markets, there is a direct transaction between platform users on two sides of the market, as in the case of payment cards. Another example of a transaction market are mobile network operators. On one side of the platform is a user who makes a call, and on the other side of the platform is a user who receives the call. In this case, the platform (mobile network operator) charges the user making the call for membership (monthly subscription) and for using the platform (the platform deduces minutes within the monthly package). Hence, Rochet and Tirole (2008) distinguish between membership indirect externalities

³ The rest of this section is based on Evans and Schmalensee (2011).

(*ex ante* externalities) and usage indirect externalities (*ex post* externalities) on a platform. Platforms can charge an access fee, usage fee or both. In the case of payment card platforms, users pay an access fee in the form of a monthly membership fee and no usage fee, and merchants pay a discount on each transaction (usage fee, but no membership fee). In some cases, there is no fee for one side of the market. For example, this is the case with clients who search for accommodation on Booking.com who do not pay an access or usage fee.

In two-sided markets, there is a distinction between the price level, which is the sum of prices paid by both sides of the market, and the price structure, which represents the ratio of the prices paid by the two sides. For example, if one weekly business journal that it is printed in 100.000 copies per week demands EUR 10.000 for the advertisement on the front page, the price of the advertisement per copy is EUR 0.10. This business journal can be bought by readers for a price of EUR 2. The price level is the sum of the two prices, $2 + 0.1 = 2.1$, and the price structure is the ratio of the prices, $2/0.1=20$. If users on one side of the market can transfer part of the price they pay to users on the other side, the price structure is irrelevant, and the platform would have no control over it. For example, if stores could charge higher prices for clients who pay by card than in cash, the platform would not have control over the price structure. Due to the competition from other sellers, an individual seller cannot transfer the merchant's discount to consumers. This kind of transfer is certainly not possible in non-transactional markets, and partial transfer is possible in transactional markets.

Due to the indirect externalities in two-sided markets, when the platform increases the price on one side of the market, it reduces the number of users on that side of the market, but it also reduces the number of users on the other side of the market. Furthermore, the reduction of the number of users on the other side of the market reduces the number of users on the first side of the market.

The DMA has defined 'gatekeepers' as platforms that provides online intermediation services, online search engines, social networks, video-sharing platforms, operating systems, cloud computing services and Internet advertising (Article 2). A gatekeeper must have annual turnover of at least EUR 7.5 billion, a market capitalisation of at least EUR 75 billion, more than 45 million personal users in the EU, and more than 10.000 active business users in the last fiscal year. The DMA can identify a platform as a gatekeeper even if it does not meet the previous thresholds, but if it estimates that its size, turnover, market capitalisation, number of users, entry barriers, and network effects make it a dominant player in a particular market (Article 3).

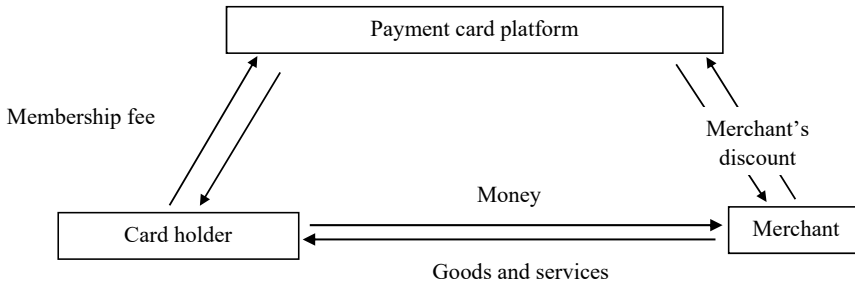
The aim of this paper is to emphasise differences in the competition policy in two-sided and one-sided markets by reviewing the literature on two-sided markets. The paper will discuss some competition policy issues in two-sided markets through the lens of the DMA. The rest of the paper is organised as follows. In the second part, some conducted cases in two-sided markets are considered, followed by an explanation of special features of the relevant market definition and mergers in two-sided markets. Predatory behaviour is also defined differently in two-sided markets than in standard markets. Finally, other anti-competitive practices in these markets will be analysed. The last section concludes the discussion.

2. SOME CONDUCTED CASES IN TWO-SIDED MARKETS

In this part, the nature of two-sided markets will be explained through the example of payment cards, accommodation platforms, and Internet advertising. Some anti-competitive practices of these platforms will also be illustrated.

2.1. Payment Cards

According to Schmalensee and Evans (2011), in 1950 Diners Club was the first payment card platform, which charged cardholders an annual membership fee of USD 3 at the time, while the cost of a transaction for cardholders was negative due to various bonuses based on the volume of transactions. Sellers paid a discount of 7% of the transaction value. This platform generated 70% of its total revenue from sellers' discounts. American Express card appeared in 1958 and had a slightly higher membership fee and a lower amount of seller's discount. This platform generated 65% of its revenue from seller's discounts.

Figure 1. Payment card platform with 3 participants

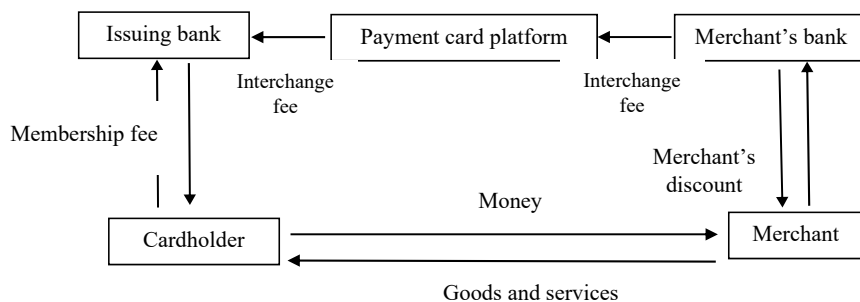
Source: Filistrucchi *et al.* (2014)

In 1958, Bank of America launched its payment card platform where cardholders did not pay a membership fee, while the seller's discount was 5%.⁴ Bank of America was both the issuer of payment cards and the bank that processed transactions for the seller, which determined the level and structure of prices. This system can be shown with three participants in Figure 1, based on Filistrucchi *et al.* (2014). In 1966, Bank of America began selling franchises to other banks for issuing payment cards, which independently determined the fees for the two sides of the market. If a buyer owned a card issued by bank α , while merchant's bank was β , bank β was obliged to transfer the entire amount of the merchant's discount to bank α . Therefore, bank β had an incentive to show that it collected a smaller amount of merchant's discount than the amount it actually collected. Consequently, banks were demotivated to represent merchants because they had zero profit from that business if they transferred the entire collected discount to the card-issuing bank. The problem was overcome in 1970 when the interchange fee was introduced,⁵ which the bank processing the transaction for the merchant paid to the bank issuing the card to the cardholder. This fee was set at 1.95% of the value of the transaction independently of the amount of merchant's discount. To make some profit, the merchant's bank charged a higher discount than the amount of interchange fee it paid to the bank issuing the card. This system with 5 participants is shown in Figure 2, based on Filistrucchi *et al.* (2014).

⁴ This part is based on Schmalensee and Evans (2011), and Filistrucchi *et al.* (2014).

⁵ Baxter (1983) has shown that interchange fees can increase the volume of card transactions as well as total welfare. Carlton and Frankel (1994) claim that the application of interchange fee is isomorphic to the situation when merchants charge higher prices for card transactions than for cash transactions. However, due to the competition between merchants, this type of price discrimination, based on the payment method, is unlikely to be seen in practice.

Figure 2. *Payment card platform with 4 participants*



Source: Filistrucchi *et al.* (2014)

In the payment card system, there is an inter-brand competition between different payment card platforms (Visa, Master Card, American Express, etc.). In addition, there is an intra-brand competition between banks that represent one payment card company to issue cards to as many clients as possible. In the latter form of competition, banks offer different benefits to users to differentiate their offers from competitors. Banks may offer travel insurance, discounts in some stores, free coupons for purchasing in some stores, etc. Banks add these benefits to make their offer more attractive to clients, and these benefits do not stem from card companies.

NaBanco filed a lawsuit against VISA to the court in 1984, accusing the banks of collusive behaviour due to the collectively determined amount of the interchange fee. However, the court determined that bilateral bargaining between banks would lead to high transaction costs, which would jeopardise the existence of a payment card system. In addition, buyers and sellers would need to know whether their banks have a bilateral agreement before attempting to make a payment. The lawsuit ignored the two-sided structure of the market and the need to balance the number of users on both sides of the market through the amount of the interchange fee. In a recent case *Ohio v. American Express Co.*, the US Supreme Court decided that it is not sufficient to show that only one side of the market is harmed by a platform; it must be shown that both sides are harmed.⁶

One of the concerns for EC was the decision of the National Bank of Serbia to require all banks in Serbia to issue Dina cards free of charge to all their clients. The concern of EC was that this measure of the Serbian central bank was anti-competitive, since banks' clients would have to pay

⁶ For more details about this case, see Wright, & Yun, (2019). The author is grateful to the referee for pointing out to this case.

monthly membership fees for competing payment cards, such as Visa and Mastercard.⁷ It should be noted that competition in the financial sector in Serbia is supervised by the central bank as the sectoral regulator.

2.2. Platforms for Accommodation: The Case of Booking.com

Platforms that offer hotel or apartment accommodation are also two-sided markets. On one side of the market are users who search for accommodation, and on the other side of the market are hotels and apartment owners who offer accommodation. On these kinds of platforms, both sides of the market have positive indirect externalities from a number of users on the opposite side of the market. The search for users is free, and on some platforms, such as Booking.com, the search is even subsidised since Genius level 3 users obtain up to 20% discount on hotel reservations, free breakfasts or free upgrades to a better hotel room. Platforms obtain revenue from hotels and apartment owners who pay 10%–30% of the hotel reservation to platforms. In addition to prices for accommodation, guest reviews are a very important factor for owners, and in general, accommodations with higher ratings from guests can charge higher prices. These platforms offer additional services such as transfers between airport and hotel or car rental services.

The anticompetitive behaviour investigation details against Booking.com are provided by Caccinelli and Toledano (2018). To prevent the free-rider effect, when a platform user finds accommodation on the platform and then goes to the hotel site and pays a lower price, Booking.com has introduced a clause that prevents hotels from offering accommodation at a lower price than on the platform, through any online or offline sales channel in travel agencies (broader clause). The national competition authorities (NCA) of France, Italy, Germany and Sweden have launched investigations to determine whether such behaviour is against competition rules, and only the French NCA recognised the two-sided nature of this market. In response to the launching of the investigations, Booking.com amended the disputed clause on 1 July 2015, to allow hotels to offer a lower price on other platforms or in offline sales through travel agencies, but they were not allowed to offer a lower price on the hotels' websites (narrower clause). The NCAs have accepted amendments to this clause in France, Italy and Sweden. The German NCA considered even the amended clause to be restrictive.

⁷ <https://www.istinomer.rs/analize/dina-kartica-pod-skenerom-brisela/> (last visited 14 May, 2022).

The NCAs in France, Italy and Sweden have defined the relevant market as the market for online accommodation search. Consequently, the broader clause reduced competition between accommodation search platforms and prevented new platforms from entering the market. In addition, Booking.com was able to use its market power and increase the commission it charges to hotels. Concerning the narrower clause, the NCAs in these countries have determined that it is not restrictive since the offer of accommodation on the hotel's site belongs to another relevant market, and the narrower clause has no impact on the competition between platforms. In contrast, the German NCA determined even the narrower clause to be problematic due to the dominant position of Booking.com in the accommodation search market in Germany (50%–55% market share). In addition, the German NCA concluded that the narrower clause has an adverse consequence on the upstream price competition between hotels. Article 10 of the DMA prohibits the practices that restrict the market's contestability, and the broader clause used by this platform violates this act.

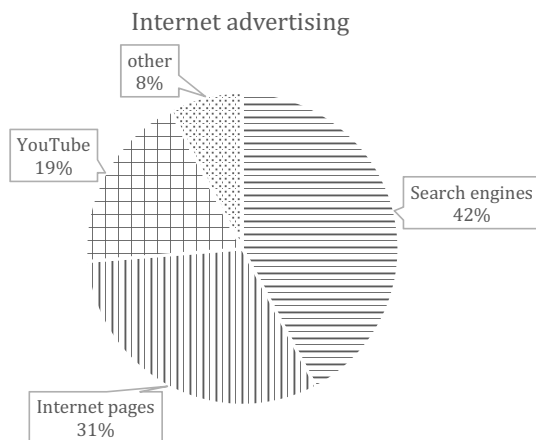
2.3. Internet Advertising

Internet advertising has taken a dominant position compared to traditional advertising. In the US, the total expenditure for Internet advertising has increased from USD 31.7 billion in 2011 (USD 36.4 billion in 2020 USD) to USD 139.8 billion in 2020. Internet advertising can take different forms: advertising on websites (for example, online versions of newspapers or social networks), in software applications, in Internet search engines, video advertising (on YouTube), email advertising, etc. These types of advertising (with the exception of email) represent two-sided markets. One side of the market are users (readers of online newspapers, users of software applications, users of Internet search engines and YouTube), and on the other side of the market are the advertisers. There is also an increasing trend of expenditures on mobile device advertising, compared to computer advertising. In 2011, total expenditures on mobile device advertising were only USD 1.6 billion in the US, and total expenditures on computer advertising were USD 30.1 billion. After only 9 years, in 2020, total expenditures on mobile device advertising were USD 98.3 billion in the US, while total expenditures on computer advertising were USD 41.5 billion⁸.

⁸ These data were collected from <https://s3.amazonaws.com/media.mediapost.com/uploads/InternetAdvertisingRevenueReportApril2021.pdf>. (last visited 21 January 2022).

The share of different types of Internet advertising in 2020 in the US is presented in Figure 3.

Figure 3. *Internet advertising by type in the US, in 2020*



Source: <https://s3.amazonaws.com/media.mediapost.com/uploads/InternetAdvertisingRevenueReportApril2021.pdf> (last visited 21 January 2022).

Advertisements on websites are published based on the user's IP address, search history, web browser history, etc. Hence, this advertising is more effective than traditional advertising, since advertisers target individuals with some interest in buying their products. In Internet advertising, user data is an essential element of competition. A platform with a more considerable accumulated amount of user data⁹ has a significant advantage over competing platforms entering the industry, which is a substantial barrier to entry, according to Katz (2019). These advertisements are on a per-impression base, which means that advertisers have to pay each time the ad is displayed to users. Typically, an advertiser pays for 1,000 impressions. The price depends on the advertisement's position, and the top right corner of the page is more expensive than the bottom left corner.

The website (social network) can negotiate the terms of advertising directly with the advertiser. The other possibility is indirectly through the network of advertisers. Small platforms (websites) use the indirect method because it is expensive to hire additional employees for direct negotiations.

⁹ Article 5a of the DMA prohibits a platform from using data collected on other platforms provided by the same gatekeeper or data collected from third-party services.

Large platforms sell the most requested space in direct negotiations, and less sought-after space on the page by indirect method. For large platforms, 70% of advertising revenue is generated in direct sales and 30% in indirect sales.

As explained above, when users type a certain keyword into a search engine, they receive two kinds of results: organic search results – which stem from the search engine’s algorithm – and advertisements. In this type of advertising, the advertiser pays only if the user clicks on the ad. The advertiser should have his ad in the highest position on the screen because he can receive more clicks. The order of advertisers is determined in a position auction. The advertiser with the highest pay-per-click bid gets the first position, the advertiser with the second-highest bid the second position, etc. Each advertiser pays the amount offered by the advertiser in the position below him, and this mechanism is called generalised second-price auction (GSP). At the present, Google weighs the bidder’s bid with an estimated click-through rate and advertiser’s quality to maximise its advertising revenue, and bidders are ranked according to these weighted bids. This market is highly concentrated, with Google having a global market share of 91.54% in 2020, Bing 2.44%, Yahoo 1.64%, Baidu 1.08%, Yandex 0.54%, DuckDuckGo 0.45%, etc. Cabral (2011) discusses the effects that lead to market concentration in two-sided markets. Search users will find more useful ads on a large search engine than on a small search engine, especially for keywords that are not searched often. Also, advertisers prefer to advertise on large platforms due to more clicks and more purchases after clicking on an ad. These indirect network externalities cause further concentration in the search engine market, which is evident when the constant increase in Google’s market share is observed. Halaburda *et al.* (2020) explains the factors that might work in the opposite direction, such as diversification, congestion, and interoperability. Article 6g of the DMA states that Internet advertising platforms should provide advertisers with the data necessary to evaluate the effects of online advertising.

In the latest relations between Microsoft and Google, MS Edge can use Google’s algorithm. When installing Windows, users are informed that they will not lose any of the benefits of Google Chrome by choosing MS Edge. It seems that through this relation, Microsoft is strengthening its dominant position in the OS market, and Google is strengthening its dominant position in the search market. In this relationship, Microsoft is sacrificing its search engine, Bing (which is rarely used outside the US).

Google has a widely used horizontal keyword two-sided search platform. In addition, Google has a specialised platform, Google Shopping (vertical search).¹⁰ In its results for a horizontal search of specialised shopping platforms, Google placed its specialised platform in the first position and other competing specialised platforms in lower positions. This case is described extensively by Iacobucci and Ducci (2019). The European Commission has fined Google EUR 2.42 billion for abusing its dominant position in the horizontal search market. The Commission concluded that biased horizontal search results favouring Google Shopping prevented new competitors from entering the specialised search market, put existing competitors in the specialised search market at a disadvantage, and harmed search users and advertisers. Google should treat all specialised search engines in the same way in horizontal search results. In order to prevent such behaviour, Article 6d of the DMA defines that search engines should not prioritise their own additional services in search results.

3. DEFINITION OF THE RELEVANT MARKET

The relevant market definition is quite different in two-sided markets than in standard markets, and this section follows Evans (2011) and Fillistrucchi *et al.* (2014) concerning this definition. The example of the print version of newspapers is illustrative for this purpose. Daily newspapers and TV may be in the same relevant market on the side of advertisers but not on the side of the audience. If audience members read the newspaper in the morning and watch TV in the evening, these two media types are not substitutes for each other. On the other hand, if advertisers want their ads to reach readers only once a day, these two media types are substitutes for each other. TV and daily newspapers will be in the same relevant market on the side of advertising, but not on the side of the audience. In the case of mergers of daily newspaper publishers, it should be borne in mind that TV competes with daily newspapers on the side of advertising but not on the side of content creation.

In two-sided markets, it is possible that one side of the market does not pay anything (free newspaper or TV channel) and that the platform generates revenue only from the other side of the market – advertisers. Access is free for customers (or even subsidised if free parking is taken

¹⁰ Vertical search is related to a particular area of interest (specific parts of the Internet). Google Images or Google Shopping search engines are examples of vertical search. Horizontal search is performed over the entire Internet.

into account) at a shopping mall, while the shopping mall charges rent to tenants. However, shopping malls are also competing for customers because reducing the number of customers reduces merchant interest in renting, and the shopping mall must reduce the rental price. In this case, the rule applicable to standard markets – stating that where there is no price, there is no market – does not apply in the case of two-sided markets.

Therefore, in non-transactional two-sided markets, two interconnected markets should be defined, while in transactional two-sided markets, only one market should be defined. Namely, in two-sided transactional markets, the platform generates revenues on both sides of the market, and there is no point in considering two separate markets.

The critical loss analysis considers whether an increase in the price of a hypothetical monopolist selling one product is profitable.¹¹ If the price increase is not profitable, it means that there is a product that is a substitute for the product sold by the hypothetical monopolist, and this product should be added to the analysis. This procedure is repeated by adding substitute products until the price increase becomes profitable in some iteration. This group of products makes up the relevant market. Thus, the relevant market is the smallest set of substitutes for which the monopolist can profitably increase the price from the initial price level.

In the case of the hypothetical monopolist test in two-sided markets, the possibility for a profitable price increase is more limited than in standard markets due to the presence of indirect externalities, and the platform must balance the number of users on both sides of the market. If the increase in the price reduces the number of users on one side of the market, it will reduce the number of users on the other side of the market. Moreover, due to the feedback effect, a reduction in the number of users on the other side of the market leads to a further decline in the number of users on the first side of the market. Thus, the probability of anti-competitive effects of mergers in two-sided markets is smaller.

Newspapers are differentiated vertically,¹² according to the number of readers. If daily newspapers with a larger readership increase the price of advertising (in the hypothetical monopolist test), the number of advertisements in these daily newspapers will be reduced to a lesser extent than in the case of newspapers with a lower readership.

¹¹ See, for example Harris and Simmons (1991).

¹² Horizontal differentiation refers to differentiation of the product according to the consumer's preferences. For example, some consumers prefer coffee with a small amount of sugar, while others prefer coffee with large amount of sugar.

In the hypothetical monopolist test in two-sided markets, the question arises on which side of the market the increase of price should be considered and whether profits on only one side of the market or on both sides of the market should be taken into account. If only the impact of an increase in price on one side of the market on the profit of a hypothetical monopolist is considered, the fact that an increase in the price on that side of the market leads to the reduction in the number of users on the other side of the market should be ignored. Thus, if only one side of the market is considered, the reduction in profits of the hypothetical monopolist would be underestimated.

The hypothetical monopolist test should be conducted in two-sided transactional markets by increasing the price level (the sum of prices on both sides of the market). There are different opinions regarding the change in the price structure in this test.¹³ However, the prevailing opinion is that the hypothetical monopolist should be allowed to optimally adjust the price structure because if the price structure cannot be adjusted, the reduction of the hypothetical monopolist's profit would be overestimated. Thus, the hypothetical monopolist test in which monopolists would not be allowed to change the price structure would estimate the upper limit of the relevant market. In non-transactional markets, the price should be increased first on one side of the market and then on the other, allowing the hypothetical monopolist to optimally adjust the price structure.¹⁴

4. HORIZONTAL MERGERS IN TWO-SIDED MARKETS

The merger of platforms in two-sided markets affects the level and structure of prices. In addition, the merger of platforms increases indirect externalities, as users on one side of the market can interact with more users on the other side of the market. This effect is specific to two-sided markets. Competition commissions have often neglected these specificities in the past, e.g. the British NCA in the case of the merger of Archant and Independent News, when it considered the impact of the merger only on advertisers and not on readers.

Vertical differentiation refers to differentiation in the quality space and this is objectively measurable.

¹³ See more on this discussion in Filistrucchi (2011), Emch & Thompson (2006), and Evans & Noel (2008).

¹⁴ Formal analysis of the hypothetical monopolist test in two-sided markets is presented in Ribeiro & Golovanova (2020).

The method used to analyse the effects of platform mergers, proposed in Correia-da-Silva *et al.* (2019), compares prices adjusted for indirect externalities on each side of the market with marginal costs on each side of the market. Consider the case of newspapers, and denote the readers' side of the market as R and advertisers' side of the market as A; the price on the market side R is p_R and that on this side of the market there are n_R users. On the market side A, the price is p_A and on this market side, there are n_A users. The price adjusted for externalities on market side A is:

$$p_A - \alpha_A n_R \quad (1)$$

where α_A measures the effect of indirect externalities that advertisers have (market side A) from a certain number of readers on market side R. Here, the effect of indirect externalities that advertisers have is deducted from the price advertisers pay to newspapers.

The price adjusted for externalities on the market side R is defined in the same way:

$$p_R - \alpha_R n_A \quad (2)$$

where α_R measures the effect of indirect externalities that readers have (market side R) from a certain number of advertisers on market side A. Here, the indirect externalities that readers have are deducted from the price readers pay to newspapers. Suppose readers are interested in advertisements, the level of positive indirect externalities increases in the number of advertisers. In empirical studies,¹⁵ it is assumed that readers either have positive indirect externalities from advertisements or that readers are indifferent to the level of advertising.

If the price adjusted for externalities is higher than the marginal cost on a particular market side, after the merger, the effect of higher market power will dominate the effect of higher indirect externalities. The explanation of this result lies in the context of the strength of indirect externalities. Based on the previous expressions, it is evident that as the strength of indirect externalities increases, the price adjusted for indirect externalities decreases, with other unchanged circumstances. Therefore, when indirect externalities are strong on both sides of the market (the adjusted prices are low and probably lower than the marginal costs on the respective sides of the market), there is a higher probability that the merger will be beneficial to users on both sides of the market. If indirect externalities are weak on both sides of the market (the adjusted prices are high and probably higher

¹⁵ E.g. Van Cayseele & Vanormelingen (2019) that will be discussed later on. It is true that some consumers dislike advertisements, but not all of them.

than the marginal costs on respective sides of the market), the merger will harm users on both sides of the market. Finally, if indirect externalities are strong on the A-side of the market (advertisers have strong positive indirect externalities from readers) and weak on the R-side of the market (readers have weak positive indirect externalities from advertisers), then the merger is more likely to be beneficial to the A-side of the market (advertisers) and harmful to R-side of the market (readers).

In the 2004 simulation of the merger of Belgian newspaper publishers De Persgroep and VUM, Van Cayseele, and Vanormelingen (2019) assume that readers create positive indirect externalities for advertisers but that readers are indifferent to advertisements. These two publishers accounted for 60% of the total circulation in Belgium and 50% of advertising revenue. Newspapers in Belgium have on the average negative price-cost margin on the readers' side, but the overall price-cost margin (including the advertising side) is positive.

In the simulation of the merger of two newspaper publishers in Belgium, Van Cayseele and Vanormelingen (2019) assume in the first scenario that there was no increase in efficiency due to the merger, in the second scenario that there was a 2% reduction in marginal costs on the readers' market side, and in the third scenario that there was a 2% reduction in marginal costs on both sides. Based on the simulation, it is possible to determine that the selling price of the newspapers would increase by 1.8% after the merger. Although the two newspapers had greater market power after the merger, the possibility of increasing the price for readers was limited because reducing the number of readers decreases advertising revenue. The impact of the merger on change in consumers' surplus (ΔCS), change in producers' surplus (ΔPS) and change in total welfare (ΔW), depending on cost savings, is presented in Table 1.

Table 1. *Merger simulation of Belgian newspapers*

marginal cost reduction		ΔCS		ΔPS	ΔW
for readers	for advertisers	for readers	for advertisers		
0	0	-1.15%	-1.61%	1.64%	-1.35%
2%	0	0.02%	-0.42%	2.11%	-0.2%
2%	2%	0.18%	-0.08%	2.18%	0.09%

Source: Van Cayseele and Vanormelingen (2019)

From Table 1, it can be seen that with cost savings of 2% on both sides of the market, the producer's surplus of publishers and the consumer's surplus of readers increase as well as overall welfare. The merger only slightly

reduces consumers' surplus for advertisers. Therefore, a reduction of 2% of marginal costs on both sides of the market is needed for the merger to improve welfare.

5. PREDATORY BEHAVIOUR IN TWO-SIDED MARKETS

Areeda and Turner (1975) define predatory behaviour as a situation in which a dominant firm sets a price below the short-run marginal cost or the average variable cost. This rule can lead to erroneous conclusions if it is applied to two-sided markets with indirect externalities. As explained above, the price level in a two-sided market is the sum of prices paid by both sides, while the price structure is the ratio of the prices paid by the two sides of the market. The prices paid by the two sides of the market must be expressed in the same units of measurement to be aggregated. In the case of daily newspapers, the price level is the sum of the price at which the newspaper is sold and the total advertising revenue divided by the daily circulation (advertising revenue per daily newspaper copy).¹⁶ The price structure represents the ratio of the price at which the newspaper is sold and the revenue from advertising per one daily newspaper copy. In two-sided markets, the platform's profit depends not only on the price level but also on the price structure. Therefore, for daily newspapers, it may be profitable (in terms of overall profitability) if the price for readers is below marginal cost. This increases the number of readers, which allows the newspapers to increase its advertising revenue. However, competition authorities often neglect this two-sided aspect of the market. Consequently, Berhinger and Filistrucchi (2015) propose a modification of the Areeda-Turner rule in two-sided non-transaction markets by comparing the sum of the prices paid by both sides of the market with the sum of average variable costs on both sides of the market.

According to the modified rule for two-sided markets, if the price is below marginal cost on one side of the market, this should not be considered as predatory behaviour. If the price on both sides of the market is below marginal cost, this can be characterised as predatory behaviour in two-sided markets. More precisely, the newspaper with a dominant position behaves predatorily if the sum of prices on both sides of the market, weighted by marginal network effects, is less than the sum of marginal costs weighted by marginal network effects. In other words, if the newspaper with a dominant

¹⁶ As already explained, if the price of the newspaper is EUR 2, and advertiser pays EUR 0.10 per copy of the newspaper, the price level is EUR 2.10.

position cannot compensate for the loss on the readers' side with the profit on the advertising side, this can be considered predatory behaviour. Therefore, if the price-cost margins on both sides of the market are negative, this is a sufficient condition for predatory behaviour. A necessary condition is that the weighted sum of price-cost margins on both sides of the market is negative.

Since marginal costs are not observable, average variable cost is used to approximate marginal cost, while the number of readers and the number of advertisements are used as an approximation of marginal network effects.¹⁷ The prices set by the platform can be considered predatory if:

$$n_R (p_R - AVC_R) + n_A (p_A - AVC_A) < 0, \quad (3)$$

where p_R and p_A are prices that newspapers charge to readers and advertisers, AVC_R and AVC_A are average variable costs for platform on the readers' and advertisers' sides of the market, while n_R and n_A are the numbers of readers and advertisers, respectively. An operational rule that can be used in competition policy in two-sided markets is that if the weighted total price on both sides of the market is lower than the weighted average variable cost, such behaviour is predatory.

Berhinger and Filistrucchi (2015) consider the behaviour of three of the four most important daily newspapers in Great Britain: The Times, The Independent and The Guardian. All three newspapers had a price for readers of 45 pence on 1 September 1993. On 6 September 1993, The Times reduced the price from 45 pence to 30 pence. On 24 June 1994, there was a new reduction in the price of The Times from 30 pence to 20 pence. This was followed by a reduction in the price of The Independent, which filed a lawsuit before the UK NCA. The UK NCA concluded that The Times did not have a dominant position in the market and rejected the complaint for predatory behaviour but did not consider the two-sided aspect of this market and the fact that losses from selling newspapers to readers could have been offset by advertising revenue.

When only the sale of newspapers to readers was taken into account, the average variable cost of the Times was 32.5 pence, which is higher than the price for readers of 30 pence and even higher than the price of 20 pence which it later established. Hence, when only this side of the market is considered, the price-cost margin is negative. However, the sum of

¹⁷ Marginal network effects measure the change in the number of users on one side of the market, due to the change in the number of users on the other side of the market. Formally, $\partial q^R / \partial q^A$ or $\partial q^A / \partial q^R$.

price-cost margins on both sides of the market was positive because the reduction in the price for readers increased the number of readers, which induced an increase in advertising revenue. Based on this example, it is evident that the wrong conclusion about predatory behaviour can be made when considering only one side of the market.

The DMA prohibits all practices conducted by platforms that limit the market's contestability, which includes predatory behaviour and other restrictive practices such as exclusive contracts that will be discussed in below (Article 10).

6. CARTELS IN TWO-SIDED MARKETS

A cartel between platforms can exist on one or both sides of the market. For example, newspaper publishers can fix prices of daily newspapers for readers but set prices competitively for advertisements. In fact, in this case, the prices will be higher for newspaper readers, but the prices for advertisers may be lower due to the higher revenue generated from the sale of newspapers. In this situation, one side of the market is harmed by the cartel and the other benefits from the cartel on the opposite side of the market.

Cartel agreements are less stable in two-sided markets because if an agreement is reached on fixing prices on one side of the market, cartel members can compete on the other side of the market, thus reducing the stability of the cartel. The empirical research in Italy by Argentesi and Filistrucchi (2007) has shown that some daily newspapers fixed selling prices of newspapers for readers during a certain period but did not fix the prices of advertisements. Restrictive horizontal agreements are not explicitly mentioned in the DMA, but they also fall under Article 10 of the DMA as practices that limit the market's contestability.

7. OTHER ANTI-COMPETITIVE PRACTICES IN TWO-SIDED MARKETS

A detailed discussion about other anti-competitive practices in two-sided markets is presented in Jullien and Sand-Zantman (2021). In some two-sided markets, there are high barriers to entry due to the presence of indirect externalities and the need to have a sufficient number of users

on both sides of the platform. For example, the many applications written for Windows operating system represent a high barrier to entry for other operating system vendors.

Platforms may use exclusive agreements, preventing users from using more than one platform. However, by using this practice, the platform can monopolise the market. Namely, if the platform has exclusive contracts with users on the market side that create a high level of indirect externalities, it influences users on the other side of the market to leave competing platforms and join the platform that binds users with exclusive contracts. In addition, exclusive contracts make it harder for a competitor to undermine the platform's dominant position.

8. CONCLUSION

The literature on two-sided markets is relatively new. The first paper published on this issue was Rochet and Tirole (2002). Since then the literature has been developing considerably. Following the logic presented in this paper, many real-life situations having features of two-sided markets can be identified.

The recent literature on two-sided markets has shed light on new aspects of competition policy. The main conclusion is that standard market competition policy cannot be extrapolated to two-sided markets. As explained, the definition of the relevant market is quite different. Mergers of platforms induce a considerably lower increase in prices than in standard markets and increase the level of indirect externalities, which is beneficial for users. Hence, the main issue for mergers is to evaluate the trade-off between post-merger price increases and the increase of indirect externalities. There is a natural tendency towards market concentration in two-sided markets due to the indirect externalities, and competition authorities should focus on the abuse of dominance by large platforms. If competition authorities are not familiar with the profit-maximising strategy of many platforms (to charge prices below marginal cost on one side of the market), they might reach the wrong conclusion about predatory behaviour. Cartels are less stable and less likely to occur in two-sided markets. If cartel members fix prices for one side of the market, they can compete on the other side of the market, which undermines the cartel agreement. Also, collective negotiations between banks about the level of interchange fees should be exempted as restrictive horizontal agreements. The one-sided wisdom of the competition authorities might consider this multilateral agreement between banks as collusive.

As previously mentioned, the European Parliament endorsed the Digital Markets Act which should regulate competition in online two-sided markets (platforms), and it will be implemented by a Digital Markets Advisory Committee (Article 32). The main aim of this document is to prevent abuse of dominance. This act prohibits platforms locking users with exclusive contracts, making strategic barriers to entry for other platforms, or favouring its own services or products (or its another platforms) to users. The DMA envisages fines of up to 10% of the platform's worldwide annual turnover if it conducts prohibited practices (Article 26). The platform may also be fined of up to 1% of annual turnover if it does not provide required information or provides incorrect data to the EC. The EC can impose periodic penalty payments of up to 5% of the average daily turnover if a platform denies access to its algorithms or undermines on-site inspections in other ways (Article 27). All fines and penalties imposed by the EC may be reviewed by the Court of Justice of the EU, which may confirm, cancel, reduce or increase the fines imposed by the EC (Article 36). The EC can conduct on-site inspections (Article 21) and impose non-financial measures such as behavioural or structural measures, e.g. selling part of the business (Article 16). Similar concerns about the abuse of dominance were present in the US, where American Innovation and Choice Online Act was proposed to the Senate in October 2021.

In Serbia, two-sided markets are present to a lesser extent than in the EU or the US. Nevertheless, this also requires special legislation tailored for such markets, partly based on the DMA. Serbian regulation is based on one-sided market logic, and it should adopt a supplementary regulation that identifies specific features of two-sided markets. The timeframe for the adoption of the supplementary legislation should depend on the pace of development of platforms, but it has become evident that the first steps should already be taken. In that process, the economic analysis should significantly impact the domain of law. The platform regulation could be based on the DMA but with lower threshold levels for defining gatekeepers than in the EU. After the adoption of this regulation, it should be accompanied by precise guidelines for the Serbian competition authority.

There are other platforms that operate in Serbia as well: newspapers, accommodation search platforms and Internet advertising. From the previous discussion, it is evident that there is a need for the Serbian Commission for Protection of Competition to analyse potential anti-competitive practices through a different perspective than in one-sided markets to avoid the mistakes that some European commissions have made in the past.

This paper provides a sketch of up-to-date literature about competition policy in two-sided markets. The main finding of the paper is that the number of two-sided or even multi-sided markets is growing particularly due to the increasing number of online platforms, and these markets have a natural tendency for high market concentration. Thus, academics, competition authorities and practitioners should adopt a different point of view on competition issues in two-sided markets. Moreover, competition legislation that is based on the logic of one-sided markets should be complemented with supplementary legislation that deals with two-sided markets.

REFERENCES

- [1] Areeda, Phillip, Donald F. Turner. 1975. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act. *J. Reprints Antitrust L. & Econ.* 6: 219.
- [2] Argentesi, Elena, Lapo Filistrucchi. 2007. Estimating Market Power in a Two-sided Market: The Case of Newspapers. *Journal of Applied Econometrics* 22(7): 1247–1266.
- [3] Baxter, William F. 1983. Bank Interchange of Transactional Paper: Legal and Economic Perspectives. *Journal of Law and Economics* 26(3): 541–588.
- [4] Behringer, Stefan, Lapo Filistrucchi. 2015. Areeda–Turner in Two-Sided Markets. *Review of Industrial Organization* 46(3): 287–306.
- [5] Cabral, Luis. 2011. Dynamic Price Competition with Network Effects. *Review of Economic Studies* 78(1): 83–111.
- [6] Caccinelli, Chiara, Joëlle Toledano. 2018. Assessing Anti-competitive Practices in Two-Sided Markets: The Booking.com Cases. *Journal of Competition Law & Economics* 14(2): 193–234.
- [7] Carlton, Dennis W., Alan S. Frankel. 1994. The Antitrust Economics of Credit Card Networks. *Antitrust LJ* 63: 643.
- [8] Correia-da-Silva, Joao, Bruno Jullien, Yassine Lefouili, Joana Pinho. 2019. Horizontal Mergers between Multisided Platforms: Insights from Cournot Competition. *Journal of Economics & Management Strategy* 28(1): 109–124.
- [9] Emch, Eric, T. Scott Thompson. 2006. Market Definition and Market Power in Payment Card Networks. *Review of Network Economics*, 5(1).

- [10] Evans, David S. 2011. Antitrust Economics of Two-Sided Markets. 73–134 in *Platform Economics*, edited by David Evans. Competition Policy International.
- [11] Evans, David S., Michael D. Noel. 2008. The Analysis of Mergers that Involve Multisided Platform Businesses. *Journal of Competition Law and Economics*, 4(3), 663–695.
- [12] Evans, David, Richard Schmalensee. 2011. The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms. 2–29 in *Platform Economics*, edited by David Evans. Competition Policy International.
- [13] Filistrucchi, Lapo. 2011. How Many Markets are Two-sided? *Antitrust Chronicle*, 1.
- [14] Filistrucchi, Lapo, Damien Geradin, Eric Van Damme, Pauline Affeldt. 2014. Market Definition in Two-Sided markets: Theory and Practice. *Journal of Competition Law & Economics* 10(2): 293–339.
- [15] Halaburda, Hanna, Bruno Jullien, Yaron Yehezkel. 2020. Dynamic Competition with Network Externalities: How History Matters. *RAND Journal of Economics* 51(1): 3–31.
- [16] Harris, Barry C., Joseph J. Simons. 1991. Focusing market definition: How much substitution is necessary? *J. Reprints Antitrust L. & Econ.* 21: 151.
- [17] Iacobucci, Edward, Francesco Ducci. 2019. The Google Search Case in Europe: Tying and the Single Monopoly Profit Theorem in Two-Sided Markets. *European Journal of Law and Economics* 47(1): 15–42.
- [18] Jullien, Bruno, Wilfried Sand-Zantman. 2021. The Economics of Platforms: A Theory Guide for Competition Policy. *Information Economics and Policy* 54: 100880.
- [19] Katz, Michael L. 2019. Multisided Platforms, Big Data, and a Little Antitrust Policy. *Review of Industrial Organization* 54(4): 695–716.
- [20] Pontual Ribeiro, Eduardo, Svetlana Golovanova. 2020. A Unified Presentation of Competition Analysis in Two-Sided Markets. *Journal of Economic Surveys* 34(3): 548–571.
- [21] Rochet, Jean-Charles, Jean Tirole. 2002. Cooperation Among Competitors: Some Economics of Payment Card Associations. *Rand Journal of Economics* 33(4): 549–570.
- [22] Rochet, Jean-Charles, Jean Tirole. 2008. Competition Policy in Two-Sided Markets. 543–582 in *Handbook of Antitrust Economics*, edited by Paolo Buccirossi. Cambridge, Mass: MIT Press.

- [23] Schmalensee, Richard, David S. Evans. 2011. The Economics of Interchange Fees and their Regulation. 314–346 in *Platform Economics*, edited by David Evans. Competition Policy International.
- [24] Van Cayseele, Patrick, Stijn Vanormelingen. 2019. Merger Analysis in Two-Sided Markets: The Belgian Newspaper Industry. *Review of Industrial Organization* 54(3): 509–541.
- [25] Wright, Joshua D., John M. Yun. 2019. Burdens and Balancing in Multisided Markets: The First Principles Approach of Ohio v. American Express. *Review of Industrial Organization*, 54(4), 717–740.

Article history:

Received: 1. 3. 2022.

Accepted: 27. 5. 2022.

УДК 339.137.27(73); 658.62

CERIF: S 144, S 180

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22203A

Boris BEGOVIĆ, PhD*

***SOMETHING IS ROTTEN IN THE STATE OF AMERICA:
PRODUCT MARKET COMPETITION DECLINE IN THE US? *****

Based on available theoretical and empirical research, the paper demonstrates that although some decline in the product market price competition in the US has been observed, the non-price competition has become more intensive, therefore enhancing competitive constraints. Increased markups (although the magnitude of the change is disputed) are primarily due to investments in Research and Development and brand development, which have created a substantial increase in intangible assets and rise of fixed costs. In the environment of cost-heterogenous firms, markups are not necessarily evidence of market power, which should be associated only with negatively sloped residual demand curve. The declining share of labour in the value added and increasing income inequality cannot be explained by the ostensible decline of competition in the US product markets, but by technological progress and globalisation. Three vulnerabilities of the competition in the US are identified: killer acquisitions, common ownership, and legal barriers to entry.

Key words: *Competition decline. – Competitive constraints. – Market power. – Markups. – US product markets.*

* Professor (retired), University of Belgrade Faculty of Law, Serbia, *begovic@ius.bg.ac.rs*.

** I am grateful to Russell Pittman, Danica Popović and Bojan Ristić for their helpful comments and suggestions. Naturally, none of them is to be held accountable for possible remaining errors and value judgments in this paper.

1. INTRODUCTION

In light of the indisputable increase in the industrial concentration at the national level in the US in recent decades, and the substantial change of the industrial structure of the US economy, there is widespread speculation that there has been a decline of competition in the product markets in the US and a rise of market power as a consequence of it (Baker 2019; Philippon 2019; Eeckhout 2021). Various sources of the ostensible decline of competition have been suggested, mostly regarding malfunctioning competition policy (Barker 2019) and increasing barriers to entry (Philippon 2019), and various macroeconomic consequences of that decline have been considered (Eeckhout 2021). The issue of product market competition decline in the US and its sources is not only an academic question. If competition in the US is substantially undermined, then it is intuitive that the US competition policy (antitrust in the American parlance) has failed to produce a socially desirable outcome, i.e. benefits for the consumers and for the society. Accordingly, if this is the case, the straightforward idea is that something should be done to reform the US antitrust law, or at least the way how the legislation is enforced. Furthermore, other countries, especially advanced economies, could learn a lot from such an exercise, perhaps avoiding competition decline in their own product markets. Even if the hypothesis of competition decline in the US product market is not confirmed, its testing and related research would provide ample information about the developments in the US economy regarding its structure and operations, which are relevant for the competition law and possibly its reform. Taking into account that the US economy is on the technological frontier, these developments are something that other countries, especially advanced economies, should expect in due course, hence the analysis of this experience from the competition law perspective could be useful beyond the US, particularly taking into account that methodological issues of the exploration of the intensity of competition are the same in all countries.

The primary aim of the paper is to explore whether competition in the US product market has declined in recent decades and, if such a decline is confirmed, to answer the question what is its origin. The secondary aim of the paper is to explore whether some of the US macroeconomic developments, like decline of share of labour in the value added, can be explained by ostensible decline in product market competition, irrespective of whether this decline is actually observed. This will be done by reviewing the most important theoretical and empirical contributions in the field, published in recent decades. The structure of the paper follows its aim and the selected methodological approach. The first section of the paper deals with clarification of the notion of market power and its relation to competition

decline. The following section of the paper focuses on the ambiguous relations between market power and consumer welfare. The fourth section deals with the indirect approach to the measurement of market power. The fifth section of the paper focuses on the attempt at direct measurement of market power and the methodological problems of measurement of markups as proxies for market power. The sixth section is dedicated to the macroeconomic consequences of the ostensible decline in the US product market competition. The seventh section of the paper deals with possible vulnerabilities of the US product market competition, which is followed by the conclusion, containing some recommendations for the reform of the US competition policy.

This paper is only about the US product market competition. The analysis of developments related to competition in the US factors markets is not included. What is taken into account is only the impact, if any, of the developments in the product market competition in terms of the demand for production factors. These developments can influence the outcomes in the factors markets, but they do not change the character of the competition in those markets.

2. THE IMPORTANCE OF BEING PRECISE: THE DECLINE OF COMPETITION AND MARKET POWER

Competition always takes place in a relevant market, both product and geographic. It is about competitive pressure produced by the rivals (competitive constraints in the EU competition law parlance) that matters. These constraints produce incentives to firms for conduct desirable for consumer welfare maximisation. Declining competition means weakening competitive constraints, i.e. a decrease in competitive pressures between the rivals, compromising or even removing those incentives and undermining consumer welfare. Perfect competition generates competitive constraints that result in perfectly elastic residual demand for each incumbent firm. Departure from perfect competition, i.e. a decline of competition (in terms of demand substitutability), makes residual demand not perfectly elastic, shifting its curve to a negative slope. Full decline of competition eventually produces monopoly, a situation without any competitive constraints, in which the only incumbent firm faces a negatively sloped curve of residual demand that is identical to the curve of total market demand.

The lack of competitive constraints, embodied in a negatively sloped residual demand curve, enables a monopolist to be a price maker and to set the price, rather than to take it. A profit maximising price of the monopolist

is inevitably above the marginal costs and the difference between the two depends only on the elasticity of demand. This was basically the idea of introduction of the concept of monopoly power (Lerner 1934), measured by using the Lerner index, the difference between the price and marginal costs – the greater difference, the higher value of the Lerner index and the stronger monopoly power is. In such a set-up, a necessary condition for the existence of monopoly power is the absence of perfectly elastic residual demand, meaning that the firm faces a negatively sloped residual demand curve. Accordingly, monopoly power is nothing but the power of a monopolist to set price. The equilibrium price is higher than the one in perfect competition, the output is lower, consumer welfare reduced, monopoly profit (rent) is created and appropriated by the incumbent firm, and deadweight loss is recorded.

In the modern industrial organisation (hereafter IO) parlance monopoly power is frequently confused with the market power and the terms are used interchangeably (Carlton, Perloff 2015) with possible misunderstanding.¹ Hereafter in the paper, only term the market power is used.² Taking into account the origin of the notion, and the very aim of Lerner (1934) and his contribution, which have recently been profoundly debated (Elzinga, Mills 2011), it is reasonable to specify market power as a situation in which a firm, irrespective of how many firms compete each other in the market, faces imperfectly elastic residual demand, meaning that the price is not exogenous to the firm, what is appropriately labelled as pricing power – the firm is a price maker, not a price taker (Katz, Rosen 1994, 429; Pyndick, Rubenfield 2012, 355; Goolsbee, Levitt, Syverson 2016, 379). The difference between price and marginal costs, i.e. a positive value of the Lerner index, is only an inevitable consequence of market power (specified in this way, as the power

¹ It is suggested (Carlton, Perloff 2015, 117) that it would be useful to distinguish between the terms by using the “monopoly power” term to describe the situation in which the firm that set the price above the marginal costs earns economic profit, and the “market power” term to describe the situation in which a firm with prices above marginal costs earns only competitive (normal) profit, i.e. zero economic profit, as fixed costs are covered by the wedge between price and marginal costs. Within this framework, it is obvious that market power, specified as the wedge between price and marginal costs, is not a sufficient condition for economic profit.

² In the world of IO and competition law economics, the notion of market power was introduced after the 1950 *Alcoa* Case (United States vs. Aluminium Company of America) in which Judge John Knox used the notion of the defendant’s “market power” (Elzinga, Mills 2011).

to make the price),³ though it is not the source of it, nor empirical evidence that market power exists. Hence, a gap between price and marginal costs, usually labelled as a “markup” – typically called “markup” when expressed multiplicatively and “margin” when expressed as a difference (Syverson 2019) – should not be *per se* mistaken for market power, the situation in which the firm is a price maker due to the imperfectly elastic residual demand, i.e. the firm facing a negatively sloped residual demand curve. If there is a market power, its magnitude can be imperfectly measured by the difference between price and marginal costs, but that very difference is not a sufficient condition for market power.⁴ Unfortunately, market power is often confused with markups in recent academic contributions. Due to that confusion, the market power is wrongly and misleadingly specified as the difference between price and marginal costs. Contrary to that, market power is only one of the possible origins of markups, i.e. the difference between price and marginal costs.

Accordingly, the crucial question is what is the source of markups, i.e. why there is a sustainable difference between price and marginal costs. One possible answer is the decline of competition, specified as a departure from perfect competition (a situation with perfectly elastic residual demand), in which the competitive constraints are weaker, which makes residual demand imperfectly elastic, and tilts the residual demand curve to be negatively sloped. With a negatively sloped residual demand curve and competition reduced to price competition only, the static profit maximisation inevitably creates prices above the marginal costs.

The departure from perfect competition can encompass various versions of imperfect competition (with a negatively sloped residual demand curve): monopoly and monopolistic behaviour, dominant position of the firm and abuse of that position, Cournot-style oligopoly, or Chamberlain-style monopolistic competition. In all these cases there is some market power, and *ceteris paribus* the more inelastic residual demand, i.e. the greater the slope of the residual demand curve,⁵ the greater market power is. It is, for

³ It is exactly in this way that the market power is specified as “ability of the firm to make the price” (Belleflamme, Peitz 2010, 41). This ability does not exist without imperfectly elastic residual demand the firm faces.

⁴ The Lerner index, i.e. the difference between price and marginal costs, can be expressed in terms of absolute value of the coefficient of residual demand price elasticity, and in the case of monopoly, market price elasticity of demand, as residual demand equals total market demand (Landes, Posner 1981).

⁵ For the sake of simplicity, it is assumed in this paper that the residual demand function is linear, hence there is a straightforward relation between the coefficient of elasticity of residual demand and the slope of the residual demand curve. The

example, substantially smaller in the case of differentiated product and monopolistic competition than in the case of monopoly. Nonetheless, in all these cases all the incumbent firms feature some market power, though not necessarily economic profit.

The point regarding economic profit should be considered taking into account an assumption of this comparative static analysis that there are no fixed costs, hence no decreasing average costs. If that assumption is relaxed, so the firms operate in the domain of decreasing average costs, for example because of substantial fixed costs, market power becomes a necessary condition for production sustainability. The point is that marginal costs pricing (the first best solution from the allocative efficiency viewpoint), inevitably meaning that there is no market power as there is no gap between the price and marginal costs, generates financial losses. Decreasing average costs are always higher than marginal costs (the negatively sloped section of average costs curve is inevitably above the marginal cost curve), hence the marginal costs based price is not sufficient to cover the average costs, i.e. total revenues are below total costs. The higher the share of fixed costs in total costs and the lower the marginal costs, the more market power is needed for production to be sustainable. This means that, with fixed costs, zero economic profit can be consistent with market power or, from the other viewpoint, market power is not sufficient condition for economic profit.⁶

The other relevant issue is whether negatively sloped residual demand curve necessarily means a decline in competition. It is unambiguously a deviation from perfect competition, but that kind of competition exists only in microeconomics textbooks. The idea behind the Lerner index is to measure allocative inefficiency (deadweight loss) due to the reduced price competition because of limited demand substitutability, but it is silent about productive efficiency (both static and dynamic) and about non-price competition (Elzinga, Mills 2011, 559), especially relevant in the case of differentiated products. Accordingly, there is no straightforward relation between market power and competition, and it would be wrong to conclude that more market power necessarily means decline in competition, i.e.

smaller the absolute value of the coefficient of residual demand, i.e. the more inelastic residual demand, the greater the slope of residual demand curve. Relaxing this assumption would not change any result in the model but would only focus the analysis to the coefficient of the residual demand elasticity instead of the slope of the residual demand curve.

⁶ Hence it is quite feasible, if the price is above marginal, but below average costs, for a firm that enjoys market power to record financial losses. This is just a special case of the above-mentioned classification of market power in opposition to monopoly power (Carlton, Perloff 2015).

undermining competitive constraints. Though the existence of market power inevitably creates deadweight loss, i.e. allocative inefficiency, due to the decline of price competition (limited demand substitutability), its relation to non-price competition and to other types of efficiencies are not straightforward and linear.

Irrespective of whether market power is necessary for the sustainability of production (it can be in some situations), the conclusion that observed markups are the evidence of market power and departure from perfect competition (decline of competition of some magnitude) is based on the assumption that incumbent firms are cost-homogenous, i.e. that they all utilise the same technology and feature the same cost function (including both exogenous and endogenous costs). Nonetheless, assuming that incumbent firms are cost-heterogenous, i.e. that they operate different technologies (with homogenous product as output) and have different costs functions, all the firms except the least efficient one have prices above their marginal costs and they appropriate economic profit, although they all face a horizontal residual demand curve (Carlton, Perloff 2015, 87–88). If that is the case, there is no decline of competition whatsoever, no market power, no monopoly behaviour, no reduction of the output, no deadweight loss – only the markups and economic profit of more production efficient firms. Accordingly, this gap between price and marginal costs is not caused by the decline of competition. Furthermore, existence of the many cost-heterogenous firms in the same industry indicates that the barriers to entry are reasonably low and that there are only barriers to access to cutting-edge technologies, for example, due to patent protection.⁷

There are two consequences of this theoretically feasible situation. The first is obvious: the decline of competition is not a necessary condition for markups, as such a situation can exist with perfectly elastic residual demand. The second that the markups itself is not a sufficient condition for concluding that there is a decline of competition. Furthermore, even if there is a decline of competition and the gap between price and marginal costs exists, that does not necessarily mean that incumbent firms earn economic profit (Carlton, Perloff 2015).

⁷ To keep this model simple, it is assumed that the product itself is not differentiated, i.e. that all the cost-heterogenous firms produce homogeneous products, which are perfect substitutes for each other. Taking that assumption into account, the patent protection refers only to a new, superior production technology, not to a new, superior product.

Since the situation of technologically heterogeneous firms is theoretical feasible, a theoretical hypothesis can be developed based on it. The hypothesis is that the existence of markups is due to the cost heterogeneity of firms, with the additional hypothesis that increased cost heterogeneity increases the average markup.⁸ Moreover, a further hypothesis is that technological progress, which is inevitably uneven, increases the firms' cost heterogeneity – some firms adopt cutting-edge technology, others rely on traditional ones. Accordingly, the more intensive the technological progress (the higher the rate of technological innovations), the greater the cost heterogeneity of the firms.⁹

Two questions are related to this theoretical hypothesis and its verification. The first one is whether it is probable and the other one is related to the empirical evidence to support it. As for the first one, the crucial question is whether the firms that obtained superior technology and are cost efficient have incentives to exclude, i.e. to drive out competitors that are technologically inferior and feature higher average costs. This is feasible in a price war, as with a price decrease, which would only decrease the economic profit of the more efficient firms, without generating financial losses, and the less efficient firms, due to the average costs above the price, would exit the market.¹⁰ Such exclusionary practices, although enhancing selection efficiency, would lessen the competition and would eventually drive to monopoly, since only the most efficient firm would survive. This would enable the only surviving firm to further increase its markups, obtain market power, and maximise economic profit by reducing the output. Obviously, this is a strong incentive for driving out the less efficient competitors.

⁸ The cost heterogeneity of firms hypothesis does not rule out the decline of competition hypothesis, as both can in principle explain the existence and increase of markups. At the end of the day, the empirical question is about the relative strength of these two causalities, i.e. about their relative contribution to the level and change of markups. Contrary to that, Eeckhout (2021) attributes all markups and their ostensible increase in the US economy to the decline of competition and implicitly rules out the cost heterogeneity of firms hypothesis, although in his contribution he provides ample empirical evidence about that very cost heterogeneity of the firms in some US industries.

⁹ This increase in cost heterogeneity of firms, stemming from the technological progress, is comparable to the concept of horizontal innovations in which the technological progress is embodied in new products, but the incumbent products are not crowded out (Romer 1990). The technological progress generates increased product diversification.

¹⁰ Low searching costs of and reduced transaction costs due to advancing IT, which facilitates creation of the superstar firms (Autor *et al.* 2020) also accelerate price wars between the efficient firms and their less efficient competitors, which may possibly lead to the latter exiting from the market. Winner-take-all conditions are favourable for a Darwinian mechanism of selection efficiency.

Nonetheless, there are a few incentives for the technologically dominant incumbent firms not to engage in such a quasi-predatory behaviour. The first one is that the new equilibrium with lower competition constraints and with the consequently higher (economic) profit, i.e. higher returns to investments, would attract less efficient firms to enter the industry due to the reasonably low barrier to entry. For such high-cost and less efficient firms, their expected low profit is the most effective barriers to entry. Increasing profit inevitably decrease barriers to entry and increases the likelihood of new entries. Accordingly, the market structure is not sustainable, and the new long-run equilibrium would probably be very similar to the initial one. The choice for the efficient, technologically dominant incumbent firm is between the current high economic profit and the expected value of even higher economic profit with a rather small probability, due to the reasonably low barriers to entry. In the models of stepwise innovation (Aghion, Harris, Vickers 1997; Aghion *et al.* 2001) firms differ in the quality or cost of their product, meaning that the current high economic profit has produced incentives not to drive out the less efficient firms.¹¹

The other reason for the technologically dominant incumbent firm (which in many cases can also be a dominant firm from a point of view of competition law) not to drive out the competitors is a possibility of the exclusionary behaviour of that firm being perceived as in violation of Section 2 of the Sherman Act (in the US) or violation of Article 102 of the TFEU (in the EU), even though it is not. The competition law has a substantial deterrent effect, and it can be divided into good deterrence (preventing anticompetitive, welfare reducing behaviour) and bad deterrence (preventing procompetitive, welfare enhancing behaviour). It is not feasible to separate the two (Stigler 1969; Bucciorossi *et al.* 2009), and it is evident that in this situation the deterrent is counterproductive. If the technologically superior firm drives out the less efficient competitors, their production will be moved to the more efficient firm, allocation of resources will be improved and efficiency enhanced, clearing the way for consumer welfare increase. Furthermore, if the most efficient firm operates in the domain of decreasing average costs, i.e. economy of scale, its increased output will additionally improving enhance economic efficiency as more economy of scale will materialise. Although the deterred process of reallocation of resources is at least up a

¹¹ This was hardly the aim of these models, but it is a collateral result. The mechanism of refraining from driving out less efficient firms could be compared to the replacement effect (Arrow 1962) in which a firm with market power refrains from innovation due to the prospects for replacing the current economic profit that is appropriated.

point countervailed by reducing competitive constraints, possibly generating decreased elasticity of residual demand, i.e. increasing the negative slope of its curve.

Hence, there are countervailing incentives for technologically superior firms to drive out (all) less efficient competitors, with the theoretical possibility of a scenario in which they do not drive out all the less efficient rivals. Essentially, it is an empirical question whether the firms with different technologies and different cost functions can compete in the same industry, more precisely on the same relevant market. Eeckhout (2021) points out that the two US retail giants, Amazon and Walmart together have only a 15% share in the US retail industry.¹² Obviously, although those two undertakings are technology superior, each in its own specific way, neither of them has driven out all other technology inferior competitors from the retail industry – the US retail industry is technologically a very heterogeneous sector.

Indirect empirical confirmation of the technological heterogeneity of the firms comes from a comprehensive study of markups in the US economy (De Loecker, Eeckhout, Unger 2020).¹³ Although the main finding of the paper is that the markups, as indicators of market power according to the authors, on (weighted) average have increased in the US economy from 21% to 61% between 1980 and 2016, the finding is that the markup of the median firm has remained the same, and the authors demonstrated how skewed the distributions of the markups and of their increases are. These results provide indirect evidence about cost heterogeneity of the incumbent firms in the US, across the industries, as such a diversity of markups and their dynamics can be explained only by the diversity of the costs functions of the firms and their change over time – evidence of unevenly distributed technological progress.

¹² This does not mean that this is their share in the relevant markets, since the retail industry is notorious for highly differentiated product and geographic relevant markets, especially the latter, with a substantial number of separate local geographic relevant markets, as retail outlets located in one of those local market do not compete with the outlets located in another. More specifically, this share in the industrial sector does not mean that Amazon does not achieve dominant position in some of the (many) relevant retail markets, let alone wholesale markets in which the company is a buyer.

¹³ Furthermore, the cost heterogeneity of the firms is an assumption of the model that was used for estimation of the markups in the US economy.

According to these results, not only cost heterogeneity of the incumbent firms has existed, but it has increased with the technological progress in recent decades.¹⁴

Furthermore, if product homogeneity assumption is relaxed, the model gets closer to the US reality, as well as reality of the other advanced economies. On the demand side, there are heterogenous, differentiated products and Chamberlain-style monopolistic competition, with a slightly negatively sloped residual demand curve, as the products within the same product relevant markets are not perfect substitutes. The competitors try to differentiate their products from the products of the rivals, which is in essence non-price competition, like for example quality competition in which firms invest in Research and Development (hereafter R&D) of new product. These innovations decrease demand substitutability and generate a negatively sloped residual demand curve or make it steeper, which in turn creates or strengthens market power. This may appear to be evidence of a decline of competition, but the product differentiation and negatively sloped residual demand curve, may be the result of innovation driven by intense competition (Gilbert 2020, 61). In essence, price competition is substituted by non-price competition.

Each rival invests in non-price competition, like investing in R&D and marketing/branding of their products, generating fixed costs that are to the great extent sunk costs (Berry, Gaynor, Scott Morton 2019). That means that sunk costs are endogenous for each firm: they are a necessary condition for improved differentiated products or for improved production technology (Sutton 1991).¹⁵ In principle, the higher the sunk costs, the more improved the product, the more differentiated the product of the firm, and the greater the slope of its residual demand curve, i.e. the less the elastic residual demand, enabling market power. Furthermore, the higher the sunk costs, the more improved the production technology, and the lower the marginal

¹⁴ The sample on which these results were obtained consists only of publicly traded companies, relatively large firms and they account for 29% of private U.S. employment (De Loecker, Eeckhout, Unger 2020, 572). It is reasonable to assume that if all firms had been taken into account, their cost heterogeneity would have been even greater.

¹⁵ Contrary to that, if both the product and the technology (i.e. cost functions) of the firms are homogenous, all sunk costs will be exogenous, specified only by technology. Sutton (1991) provides a comprehensive endogenous sunk costs theory, with a clear distinction between endogenous and exogenous sunk costs, with a more recently compact summary of this theoretical framework (Perloff, Karp, Golan 2007, 35–39).

costs: the gap between fixed (to the great extent sunk) and marginal costs increases. Within this framework, there is clearly a link between markups and fixed/sunk costs of each firm, with causality going from endogenous fixed costs to markups and market power. This explains the heterogeneity of the firms in the terms of their markups, because they differ in endogenous sunk costs, with consequences on both the residual demand function and the cost function (marginal costs). The higher the (endogenous) fixed/sunk costs, the higher the markups.

Observing this regularity from the other viewpoint, higher endogenous fixed/sunk costs are an indicator of more intensive competitive constraints in non-price competition. It is rather intuitive that firms have strong incentive to differentiate their products only if there is strong competitive pressure from the rivals, as product differentiation is the way to relieve such pressure and “The best of all monopoly profits is a quiet life” (Hicks 1935). Combining this insight with the previous one (the higher the fixed/sunk costs, the higher the markups), the logically correct conclusion, however counterintuitive, is – the higher markups, the more intensive (non-price) competition.

Both these features, technology and product differentiation, are departures from perfect competition. On the one hand, firms are cost-heterogenous, utilising different technologies and featuring distinctive cost functions, with substantial fixed/sunk costs, though they may or may not face a horizontal residual demand curve, depending on whether the product is homogenous. On the other hand, and on the top of it, products are heterogenous, i.e. differentiated, which generates a somewhat downward sloped curves of residual demand, pointing to reduced demand substitutability, and in that way declined price competition, but without any implications on non-price competition, on the contrary, as demonstrated, clearing the ground for the hypothesis that price competition is substituted by non-price competition. This model, which could be labelled as a model of cost-heterogeneous firms selling differentiated goods (Syverson 2019), in all its versions (Melitz 2003; Asplund, Nocke 2006; Melitz, Ottaviano 2008; Foster, Haltiwanger, Syverson 2008) accurately corresponds to the reality of most of the contemporary industries in the US and the other advanced economies.

Furthermore, this model successfully explains the sustainability and potentially the increase of market power, with developments both on the demand side (differentiated products and imperfectly elastic residual demand) and on the supply side (technological progress with the corresponding increase in fixed costs and decrease in marginal costs). Accordingly, there is no doubt that this is a departure from perfect competition. Nonetheless, the crucial questions are: (1) does that departure, which enables market power (or rather markups as its highly imperfect

indicator) to be sustainable and even to increase, inevitably imply that there is a decline of competition, meaning weakening competitive constraints, and (2) what is the outcome of such market power on consumer welfare. The later question is to be figured out first.

3. MARKET POWER AND CONSUMER WELFARE: NO UNAMBIGUOUS RELATIONS

There is no unambiguous answer to the question about the consequences of market power on consumer welfare. Everything depends on what is the source of market power and the specific set-up within which it exists.

It is rather straightforward that increased prices with no change in the quality of the products decreases consumer welfare. This is basically the result of the comparative statics of the monopoly vs. perfect competition, a framework of the Lerner (1934) analysis. The point is, however, that generally prices in the US product market have not been increasing, save perhaps in a few sectors. Philippon (2019) claims that the prices in telecommunication and airline industries are currently not as low in the US as they are in Europe,¹⁶ and according to his anecdotal evidence it was the other way around two decades ago, but there is no systematic evidence that across the board (quality adjusted) product prices in the US have been rising in the past several decades. On the contrary.¹⁷

Even Eeckhout (2021), who claims that there is widespread market power in all the US industries and points out ubiquitous market power as the cause of many (adverse) macroeconomic developments, at the same time claims that due to the technological progress prices have gone down, because production is more efficient, and new innovative products are now available to US consumers. In other words, consumer welfare in the US has improved despite of ubiquitous market power. His point is that consumer welfare would have improved even more without the market power, i.e. under conditions of perfect competition. The problem with this counterfactual claim is that within the framework of perfect competition technology is

¹⁶ It is a bit ironic that the US airline industry is used in this anecdotal evidence of high prices due to its market power, as the industry is notorious for low profitability (low rate of returns) with widespread loss-making episodes, especially involving the largest (legacy) airline companies.

¹⁷ The systematic product prices increase, across the board (quality adjusted), would inevitably generate a substantial inflation rate. Nonetheless, the inflation rates in the past several decades, prior to the COVID-19 pandemic, were very low.

exogenous and equally available to all firms – it is a static framework. Nonetheless, the observed technological progress – the one that has pushed product prices down – is endogenous: it is due to the investments in R&D, which have to be recuperated from the market power. Otherwise, due to the lack of incentives, there would have been no investment of the kind and no technological progress. This is a rather straightforward insight of modern IO. Basically, there is a conceptual trade-off between the world of perfect competition, without market power and without technological progress, which provides for the lowest product prices for a given technology, and the world of market power and technological progress, which pushes costs and prices down and improves the product quality. To have both perfect competition and technological progress is simply not feasible.

Furthermore, various digital platforms operated by technological giants, e.g. Google, Facebook/Meta and other hi-tech companies in the US, provide their services at zero price, increasing consumer surplus for all the consumers who are willing to use them. And those consumers who do not find any net utility in using them, simply do not use them, so there is no change in their consumer surplus.¹⁸ At the end of the day, creating a personal profile on Facebook is not mandatory.

This is not to say that in every single case in the US product market the magnitude of market power is just enough to compensate the investment in R&D and other sunk costs. Apparently, there are some product markets and some industries in which market power is far beyond the level that is required for compensation of the fixed/sunk costs, leading to substantial economic profits. Such product markets should be specified as the prime suspects for markets with declined competition, i.e. with weakened competitive constraints. It is those specific cases that should be explored in the tradition of IO, as suggested (Berry, Gaynor, Scott Morton, 2019), especially the specific factors that created this situation and its implications on consumer welfare. Only the insights of such specific research can have implications on competition law enforcement, especially regarding the impact of the situation on consumer welfare, which is still a standard for enforcement of competition law and for a good reason (Hovenkamp 2019) – whatever increases consumer welfare, even if it produces and increases market power and enlarged economic profit, is desirable from a competition law enforcement viewpoint.¹⁹

¹⁸ The term net utility is used because of the possible decrease of utility of consumers due to sharing information about their preferences with the platforms.

¹⁹ This is not to say that such a situation (an increase in economic profit, and increase economic inequality as its consequence), if it is assessed as undesirable, should not be addressed through some other public policy, such as taxation.

It is obvious that there is no general, across-the-board unambiguous relation between market power, competitive constraints, and consumer welfare. No evidence has been provided that there is general causality from increase in market power in the US product markets to decrease in consumer welfare. In some specific situations that may be the case, it should at least not be ruled out, but there is no evidence for a general conclusion about the relation between increased market power and decreased consumer welfare.

This finding is important for answering the previous question: is the increase in market power evidence that supports the hypothesis that the competition in the US product markets has declined, i.e. that competitive constraints have been weakened? Based on the assumption – even an axiom for economics of competition law – that the increase of competition, i.e. strengthening competitive constraints, improves consumers welfare, there is no evidence to support that ostensible increase in market power in the US signals out the decline of competition. Furthermore, the reverse may be the case in the differentiated product markets, in which non-price competition (e.g. competition in quality) is important and in which the competitive advantage of a firm is gained by endogenous fixed/sunk costs that must be recuperated through market power. In these markets increased market power can be a signal of increased competition, the one that brings down the prices and improves products due to technological innovation, a situation in the US product markets referred to by Eeckhout (2021).

Since the relations between the increase in market power, decline in competition and consumer welfare have been clarified, the attention can now be turned to the question of whether the market power has increased in the US product markets in the past several decades.

4. MEASURING MARKET POWER: INDIRECT APPROACH

The only proper way to measure a firm's market power is to evaluate the coefficient of residual demand elasticity, as the Lerner Index, the appropriate measure of market power in the case of cost-homogenous firms, depends solely on that elasticity. The problem is that residual demand elasticity is not observable. Accordingly, the attention in measuring market power has shifted to the markup (the difference between price and marginal costs) as an inevitable outcome of market power in the case of cost-homogenous firms. Again, the obvious problem is that the marginal costs of the firm are

not observable.²⁰ Hence, it is intuitive that an observable proxy for market power should be selected for empirical research and conclusions regarding the level and dynamics of market power and, in that way, dynamics of the intensity of competition, i.e. the strength of the competitive constraints, although there is no straightforward linear relation between market power and intensity of competitive constraints.²¹

For decades that proxy has been relevant market concentration with the basic assumption that the higher the relevant market concentration, the greater the market power and the weaker the competitive constraints. This is basically the legacy of the structure-conduct-performance (S-C-P) paradigm in which there is inescapable logic that the market structure determines the firms' conduct, with inevitably produces performance in terms of competitive constraints (Scherer, Ross 1990).

The first problem with this approach is a conceptual one: that it is precisely the nature and intensity of the competition in the market that affects the equilibrium market concentration. It is the competition conditions in the relevant market that drive market concentration, not the other way around (Syverson 2019). More efficient firms exert stronger competitive constraints on their rivals, decreasing their market share and driving some of them out of the market, reallocating activities towards more efficient firms, improving

²⁰ The average costs for the firm are observable, especially in the case of single-product firms, while some methodological dilemmas exist in the case of multi-product firms regarding the method of allocation of overhead costs. Nonetheless, average costs differ from marginal costs in every situation except the very special case: where there are no fixed costs and marginal costs are constant. It is even unobservable whether average costs are higher than marginal, as that depends on the output. Although in some contributions average costs – especially average variable costs – are used as a substitute for marginal costs, this approach is not promising, and the empirical results obtained through such substitution should be taken with a caveat (Karabarbounis, Neiman 2018).

²¹ The methodological issue is that competitive constraints are not observable, hence they are not measurable. An indirect way of observing the intensity of competitive constraints is to survey consumer welfare, but the problem is that it is not quite observable. Some rules of thumb, though, can be established. If prices are falling with unchanged quality of product or if prices are falling and the quality of product is improving, then it is reasonable to assume that consumer welfare has improved. Also, if the sales grow simultaneously with the price, this can be an indicator of increased consumer welfare, especially in the case of improved and innovative products – the consumers' willingness to pay increases more than the price, generating an increase in consumer surplus.

overall efficiency of the industry.²² Accordingly, in the process, more efficient firms grow larger and larger, increasing their market share and decreasing the number of competitors, i.e. increasing market concentration. Furthermore, if fixed costs share in total costs in the specific industry is substantial, then the larger firms materialize more economy of the scale than the smaller ones, additionally increasing competitive pressure that drives smaller firms (those that cannot materialise economy of scale) out of the business, contributing to the increase in market concentration. Accordingly, market concentration is endogenous to competition and in that process higher market concentration can be the consequence of more intensive competition. Therefore, it is wrong to use market concentrations as a liner measure of competition – the lower the market concentration, the more intensive the competition and the stronger the competitive constraints.

The other problem of this approach is that it is implicitly based on the Cournot model of oligopoly in which a relatively small number of cost-homogeneous firms compete with the quantity of homogenous product they supply to the market, taking into account the action of their rivals – their outputs (Syverson 2019). The equilibrium price is a result of a non-cooperative oligopoly game, and it is specified by the intersection of the product demand curve and the joint supply curve of all the firms. Indeed, in such a framework, an increase in market concentration generates an increase in average market power, but only if all assumptions of the model are valid, i.e. if all preconditions are met. The problem is that the assumptions of the model are far from the reality in most of the product markets in the US, as well as in product markets around the world, taking into account widespread product differentiation, implying substantial non-price competition, and cost heterogeneity of firms competing with each other and their distinctive costs functions. In these conditions using market concentrations as a proxy for market power and intensity of competition is quite misleading.

Furthermore, available data is usually related to industrial, rather than relevant market concentration. It has been pointed out (Shapiro 2018) that increasing industrial concentration does not necessarily signal increasing relevant market concentration: on the contrary, increased industrial concentration can be associated with decreased relevant market concentration. This is especially the case in small, local relevant geographic markets. The point is that the competition takes place in relevant markets, both product and geographic markets, not at the industry level. Defining

²² Philippon (2019) referred to the case of increased concentration in the US retail market due to the advent of Walmart and reallocation of the retail activity to this efficient firm as an efficiency enhancing concentration.

the relevant market within each industry is a painstaking and time-consuming task with rather controversial outcomes. This is one of the most disputed segments in the majority of the competition law cases: there are no straightforward solutions (Bishop, Walker 2007). Hence, converting industrial concentration at the national and even local level into relevant market concentration is not a methodologically correct analytical endeavour.²³

As already pointed out, some relevant geographic markets are inevitably local because of substantial transportation costs compared to the value of the product. Increased concentration at the national industrial level can produce decreased concentration in the local relevant geographic markets because of the new entries of bigger national firms into those markets (Shapiro 2018). It has been demonstrated (Rossi-Hansberg, Sarte, Trachter 2018) that in the US, from 1990 to 2014, there was simultaneously an increase in industrial concentration at the national level and a decrease in industrial concentration at the local level, with three different approaches to specifying the local level. Taking into account that this is related only to industrial (i.e. sectoral) concentrations at the local level, and not the concentration in the local relevant product and geographic markets, this insight only provides a hint about the false claims of decline of competition – even if a faulty measure of competition (market concentration) is used.

In short, market concentration is quite a misleading way of measuring market power, and the recorded increased industrial concentration at the national level in the US does not necessarily imply that there has been a competition decline in the US product market. The developments that generated the increase industrial concentration are not necessarily adverse developments and their impact to consumer welfare can be beneficial (Autor *et al.* 2017). Hence an alternative way of exploring the ostensible competition decline should be explored. One of the approaches that has gained substantial academic attention in the recent years is the direct measurement of the markups.

²³ It was the Council of Economic Advisers, under the Obama administration in 2016, that warned about rising industrial concentration at the national level as a signal of declining competition in the product markets in this country. Shapiro (2018) provides a long list of similar reports. Although the authors who are IO specialists (Philippon 2019) recognise that this is about industrial concentration at the national level and that it is irrelevant for any conclusion about the competition that is always in the relevant market, they still believe that there is reason for concern, based on the national industry concentration trends in the US.

5. INCREASED MARKUPS: THE PROBLEM OF MEASUREMENT

The crucial problem of measuring market power – specified as markups, i.e. the gap between price and marginal costs, as pointed out previously – is that the marginal costs of the firms are not observable. Nonetheless, a specific methodological approach has been developed to solve that problem, by to using accounting data on variable costs for the direct estimation of markups, circumventing the issue of the lack of the marginal costs data.

The most prominent empirical research of the kind (De Loecker, Eeckhout and Unger 2020), demonstrated that (weighted) average markups in the US economy have increased from 21% to 61% of the marginal costs, between 1980 and 2016, as previously pointed out in this paper.²⁴ Since the first version of the paper with these results was released in 2017, there has been a substantial debate on the methodological issues related to the approach used in the paper and its results.

The approach of the direct measurement of markups as proxies for market power is founded on the production approach (the opposite to the demand estimation approach) based on the seminal contribution by Hall (1988) and subsequent contribution by De Loecker and Warzybski (2012).²⁵ The approach relies on the individual firm input and output data, assuming profit maximisation by the firm, based on cost minimisation. A measure of the markup within this framework is obtained for each firm at a given moment as the ratio between the firm's total revenues and the variable input's expenditure (observable, according to the authors, in the accounting data for the firms) multiplied by the variable input's output elasticity, which is obtained by estimating the production function of each firm, using data on variable inputs. Hence it is crucial to obtain correct data on variable costs and unbiased estimates of the variable input's output elasticity.

²⁴ As previously pointed out in this paper, this finding is based on a sample of the companies that are traded on the stock market, since the accounting data is available only for those companies. It is reasonable to assume that the given methodological approach, applied to the population of the US firms rather than this biased sample, would have produced much lower estimates of markups and their increase, since traded companies are substantially larger than nontraded ones.

²⁵ In his earlier contribution, De Loecker (2011) emphasised that both demand estimation and production approach have their advantages and disadvantages, that there are trade-offs in selecting one, and that the appropriate selection of the approach depends on a number of factors. It seems that in due course he fully subscribed to the production approach.

According to US accounting standards, income statement based information provides operational expenses (OPEX), which includes costs of goods sold (COGS), selling, general and administrative expenses (SG&A), and residual items that are capital expenses (CAPEX).²⁶ It is indisputable that the CAPEX are by and large fixed costs.²⁷ De Loecker, Eeckhout and Unger (2020), justifiably assumed that CAPEX are completely fixed costs and excluded them from the analysis. Nonetheless, SG&A are also assumed to be entirely fixed, so only COGS was used as variable costs. As pointed out by Triana (2018), substantial segments of SG&A are not fixed but rather variable costs, as they mostly consist of marketing and management costs, i.e. costs of selling the products and operating the firm. This means that the estimations of the markups done using only COGS as variable costs are inevitably biased upwards as not all variable costs are taken into account. One source of bias is downward bias in the estimation of the amount of variable costs, as some variable costs are not included, thus increasing the markup. The other source of bias is the upward bias of the variable input's output elasticity, again increasing the markup. Accordingly, the biases due to the failure to include full variable costs are not countervailing, but they reinforce each other.

The observed upward bias remains the same if the share of SG&A in OPEX is constant, i.e. if the magnitude of markups estimates are inaccurate but stable, hence it does not influence the markups dynamics. Nonetheless, with increase in the share of SG&A in OPEX, the bias increases over time. Accordingly, in such an environment, a recorded trend of markups increase is spurious, because the markups are positively correlated with the share of SG&A in OPEX.

Triana (2018) pointed out that the share of SG&A in OPEX has been steadily increasing for US publicly traded firms since 1980 and that the share of COGS in OPEX has been steadily decreasing from 85 % in 1980 to 77 % in

²⁶ Methodological issues in utilising accounting data in empirical economic analysis, due to the substantial difference between economic and accounting concepts, have been recognized earlier (Fisher, McGowen 1983) in the case of distinction between accounting and economic profit. Mistaking one for the other leads to the wrong conclusion about the profitability of firms.

²⁷ It can be argued, though, that depreciation, as annualised CAPEX, depends on the intensity of the utilisation of the physical assets, and that intensity depends on output. Accordingly, there is also an element of variability in the depreciation, as it does not depend only on time, irrespective of the output. Amortisation is annualised CAPEX in the case of financial assets, hence there is no element of variability.

2016, demonstrating that there has been a proportional increase of SG&A.²⁸ Obviously, the bias in the estimation done by De Loecker, Eeckhout and Unger (2020) is not only evident, but it also increases in time, meaning that the markups increases recorded in their research can be spurious. Accordingly, Triana (2018) used the same approach only assuming that both COGS and SG&A are thoroughly variable costs, and the result is quite distinct from the one of De Loecker, Eeckhout and Unger (2020). The markups' estimations with the alternative assumption in which costs are variable (with broader encompassment of variable costs) demonstrates not only that the markups are much lower, but that there has been no significant increase in them in the US economy since 1980. The markup increase was from 10% of the marginal costs in 1980 to 17% of the marginal costs in 2016, as opposed to 21% and 61%, respectively, according to De Loecker, Eeckhout and Unger (2020). Accordingly, the total increase is 70% rather than 290% – quite a distinctive result.

There are two relevant issues regarding these results and the discrepancy between them. The first one is that not all SG&A expenses are variable costs, as some of them are indisputably fixed. For example, regarding the marketing costs, an advertising campaign is an investment in the brand and the cost of the campaign does not depend in any way on the output – a typical case of fixed costs. On the other hand, a substantial segment of marketing costs depend on the costs of selling a specific unit of product, hence they are variable costs. As to the management costs, some of them are fixed, but some of them depend on the output and its variation. The share of fixed and variable costs within SG&A is not observable, so the only regularity is that the greater the share of variable costs in SG&A when they are omitted from the analysis, the greater the upward bias of the markup estimates. Furthermore, it is reasonable to assume that the share of variable costs in SG&A varies from industry to industry, as industries have specific marketing and management operations, and even from firm to firm in the same industry.

Accordingly, it is reasonable to assume that the estimates of the markups and their increase since 1980 are biased upward if SG&A are excluded from the analysis, and biased downward are they are included in the analysis. However, the magnitude of the bias is not observable. One way or the other, it is reasonable to conclude that there has been some increase in the

²⁸ Residual OPEX are treated by Triana (2018) as SGA, hence in his analysis the sum of COGS and S&GA equals OPEX.

markups since 1980, though of uncertain magnitude – probably greater than the magnitude estimate by Triana (2018) and lesser than the estimate by De Loecker, Eeckhout and Unger (2020).

The second issue is the origin of the increased share of SG&A in OPEX. Since these costs are mostly costs of marketing, i.e. the cost of selling the products, and costs of managing the production process, it is reasonable to assume that the competition between firms has increased, the competitive pressure from the rivals has gone up, hence competitive constraints become stronger, increasing marketing and management efforts for selling the products. Improvements in IT and communication technologies, which have enabled customers to be better informed, have also spurred IT and communication activities of the firms in now winner-takes-all/most competition increasing the share of SG&A in OPEX. Finally, there is an issue of intangible assets and to what extent the rise of these assets and their mismeasurement increases the share of SG&A. Some of that increase, like marketing activities on brand creation and strengthening, are part of OPEX, but some are part of CAPEX, e.g. franchise purchasing. In the case of innovations, some of the intangible capital increase can be traced back to OPEX, e.g. salaries in R&D, but others, such as license purchasing or investments in new equipment for R&D departments, are part of CAPEX. One way or the other, in an economy with differentiated products and intensive innovation based non-price competition, it is reasonable to expect the increasing share SG&A in OPEX due to the intangible assets (Peters, Taylor 2017; Crouzet, Eberly 2019). Furthermore, all of these reasons are indirect testimony of increased non-price competition in the US product markets.

Finally, there is the issue of the biased sample of firms, because only traded companies are analysed. It is reasonable to assume that these companies are larger than other traded firms, hence the question is whether larger firms have higher markups than smaller firms. Autor *et al.* (2020) provide evidence that this is the case especially regarding the dynamics, i.e. that the markups of the large, superstar firms, increased faster than the markups of smaller firms. Their explanation is based on the two complementary developments—globalisation and technological innovations—that both benefited large firms, due to their capacity to materialise economy of scale in both cases. Economy of scale and innovations decrease marginal costs and that increases markups, sometimes even when the price is falling. The revenues appropriated due to the markups are used to cover substantial fixed costs (CAPEX) that are the source of economy of scale. The other possible explanation is that larger firms obtained market power due to the decline of competition and that market power enables them to charge the prices above the marginal costs

and earn economic profit. The bigger the firm, the greater the market power. This causality, along the lines of the SCP paradigm, is suggested by Eeckhout (2021), although no evidence to support it is provided.

Whatever the methodological problems of the contribution of De Loecker, Eeckhout and Unger (2020) may be, the most intriguing insight is that although a substantial aggregate markups increase is reported, the median markup is unchanged. This demonstrates, as already pointed out, that there is technological and cost heterogeneity among the firms in the same industry (operating in the same relevant market), but also the reallocation of the activity and market share from low- to high-markup firms. This is further (indirect) evidence that large firms are high-markup firms. These firms feature substantial fixed costs, including intangible assets, and these costs cannot be recovered by marginal cost pricing in the situation of economy of scale, i.e. when the average costs are higher than marginal costs. In short, without markups these firms with huge total factor productivity gains, which made customer prices lower, would not be sustainable at all.

It is quite possible that these firms face negatively sloped residual demand curves as an indicator of declined price competition and market power—typical conditions of monopolistic competition. It is indisputable that such conditions decrease the output of profit-maximising firms producing allocative inefficiency (deadweight loss) compared to hypothetical perfect competition and marginal cost pricing.²⁹ Nonetheless, perfect market competition does not provide for increased productivity due to increasing returns and innovation. In that sense, the increased markups, to the extent that they exist, although some increase is indisputable, signals the rise of monopolistic competition conditions and the superstar firms within that framework.

In short, the debate regarding markups levels and dynamics has demonstrated that there are substantial methodological obstacles for an unbiased estimate of markups and their dynamics in the US economy. A wild guess is that there has been some markups increase since 1980, but it is rather likely that this increase is not as high as reported by De Loecker, Eeckhout

²⁹ The most prominent case of deadweight loss is the one of the monopoly due to patent protection. Since there are no rivals (assuming that there is no substitute for a patented product), market demand equals patent holder residual demand, hence the negative slope of the residual demand curve equals the slope of the market demand curve, maximising deadweight loss. Contrary to that, the patented production technology need not generate monopoly on the product market, depending on how close substitutes are and what would be the strategy of the cost-efficient patent holder regarding driving the competitors out of the market.

and Unger (2020). The increase in the markups in the US economy, to the extent that it exists, does not necessarily mean the proportional increase in market power, due to the technological and cost heterogeneity of the firms and the rise of superstar firms to whom the production was allocated from the low productivity firms. Although market power, which is a convincing evidence that price competition declined (though not necessarily non-price competition, on the contrary), is inevitably associated with the deadweight loss, the unanswered question is to what extent this loss is compensated by the increase in productivity and the decreases in customer prices due to falling costs. Obviously, there is a trade-off between deadweight loss of consumer welfare and consumer welfare gain due to increased productivity, improved product quality, and/or lower prices.

The analysis can now move to the further debate about markups, market power and their macroeconomic consequences.

6. MARKUPS, MARKET POWER AND THEIR MACROECONOMIC CONSEQUENCES: THE PROBLEM OF CAUSALITY

There is no doubt that the share of labour in value added in the US has declined since 1980, after decades of stable share, following the end of the Second World War (Elsby, Hobijn, Sahin 2013; Autor *et al.* 2017). According to the US Bureau of Labor Statistics, the labour share in value added dropped from around 62% to 56% in the second decade of the 21st century. Although there is no doubt about the trend and its magnitude, there is a controversy about the origin of this development, with potential explanations being, for example, labour substitution with capital (Karabarbounis, Neiman 2013), increased intangible assets/capital and its inadequate measurement (Koh, Santaaulalia-Llopis, Zheng 2017), structural changes in the US economy with offshoring labour-intensive work (Elsby, Hobijn, Sahin 2013), and substantial technological changes, predominantly those in the IT, with the advent of superstar firms (Autor *et al.* 2020) and the transfer of the resources to them.

Finding these explanations unconvincing, De Loecker, Eeckhout and Unger (2020) suggested that the market power, i.e. declining competition in the US product markets, is the source of the declining labour share in the US economy. They pointed out that an increase in markups implied a decrease in aggregate output (actually compared with the perfect competition

conditions), whenever residual demand was not perfectly inelastic. Lower output then implies lower demand for labour. This results in both lower labour force participation and lower wages.

There are several issues regarding this reasoning. First, as the authors pointed out, the increase in markups implies a decrease in output only if residual demand is not perfectly elastic. As already pointed out in this paper, in an economic environment with cost-heterogeneous firms, markups can coexist with perfectly elastic residual demand (Carlton, Perloff 2015). In this case increasing markups indicates only increasing cost heterogeneity of the incumbent firms (as all the firms, save the least efficient one, appropriate rents) with no decrease of output whatsoever. Second, in conditions of monopolistic competition of cost-heterogeneous firms, residual demand is not perfectly elastic, but it is an empirical question to what extent the observed markups are due to technological superiority of the firms and to what extent due to the negatively sloped residual demand curve. Decreased output (and reduced labour demand due to it, consequential for lower wages) in this situation, the monopolistic competition of cost-heterogeneous firms is proportional to the elasticity coefficient of the residual demand, not to the markups.³⁰ Furthermore, the share of the markups due to the cost heterogeneity of the firms and the negatively sloped residual demand curve is not observable. Nonetheless, it is evident that markups are inaccurate, upward biased indicators of the reduction of the output compared to perfect competition conditions. The greater the cost heterogeneity of the firms operating on the relevant market, the more biased the indicator it is.

Third, the decrease in the output due to the market power can be more than compensated by decreasing costs in cases when the market power is associated with technological progress embodied in new cost-reducing production technology. Such a development, reducing marginal costs and shifting marginal costs curve (effectively the supply curve for profit maximising firm, its section above the average costs curve) downward, can produce an equilibrium in which the output of a profit maximising firm is greater than it was in the initial perfect competition situation, which featured a horizontal residual demand curve and the initial (before technological

³⁰ It should be expected that, because imperfect substitutes of differentiated products exist, for a given market demand elasticity the absolute value of the residual demand elasticity coefficient in the case of monopolistic competition is rather high, i.e. that the slope of residual demand curve is relatively shallow compared to monopoly, meaning that the output reduction is lesser than in the case of monopoly. The more competitors, i.e. the more the differentiated products that are imperfect substitutes, the higher the absolute value of the residual demand elasticity coefficient that each competitor faces (Katz, Rosen 1994, 484–485).

innovation) high marginal costs, with the supply curve being above the one generated by the technological innovation. Hence, in a dynamic setting, with strong non-price competition, market power need not produce output reduction or a decline in labour demand. Effectively, evidence of falling prices of some products points to the decrease of marginal costs and produce hints, if not evidence, that the output is not reduced but increased due to the downward shift of the supply curve.

This is not to say that the increase of markups, interpreted as increase in market power due to the decline of competition, cannot cause a decline in labour demand (and consequently the decrease in the share of labour in value added), but this causality should be accepted with all the mentioned caveats, especially considering alternative explanations of the origins of the declining labour share that takes into account two developments that are missing from the declining competition explanation of increasing market power: technological change and globalisation.

These two developments imply that the competition in the US product markets, considered as competitive constraints, has actually strengthen, not declined. As to the technological change, the advances in IT increase information for the customers, decreasing both price and quality information asymmetry, increasing competitive pressure and creating environment for “winners-takes-all/most” games. As for the globalisation, it is self-evident that the import flow of tradeables from the countries with comparative and sometime absolute advantages has increased competition in the US product markets. Furthermore, Autor *et al.* (2000) demonstrated that these two developments are the origin of both superstar firms and declining labour share, as the sales, i.e. economic activity, has been reallocated to the superstar firms (firms with substantial competitive advantage) which feature a lower share of labour – both in terms of composition of production factor and distribution of the added value. Hence it is intra-industry reallocation of activities from less productive to more productive firms that causes the decline of the share of labour in value added. Autor *et al.* (2020) also observed that superstar firms have experienced faster growth of productivity than the average, meaning that reallocation of activities to these firms increases overall efficiency, i.e. the reallocation of the resources to these firms is efficiency enhancing, producing the ground for lower prices of the products of the same quality or improvement of the price-quality

combinations.³¹ Furthermore, it is empirically supported (Autor *et al.* 2020) that superstar firms are greater than the average and that they enjoy higher markups.

The question is whether these two developments provide support for thesis on the decline of competition in the US product markets. As already demonstrated (Syverson 2019), the size and number of firms are correlated with competition constraints (with linear relation: more smaller firms, stronger competition), only withing a very specific Cournot oligopoly framework with very restrictive assumptions. These assumptions are not met in the US economy, and actually hardly in any real-world economy. Higher markups, as already demonstrated, need not be related to market power (i.e. decline of price competition), due to cost heterogeneity of the firms, and that heterogeneity is emphasised with the advent of superstar firms. That is not to say that market power does not exist in the US, but in fact its magnitude hardly demonstrates substantial decline in competition in the US markets and it is not a convincing explanation of the origin of the declining labour share in value added.

The increase in markups, as it was empirically demonstrated (Díez, Leigh, Tambunlertchai 2018; Autor *et al.* 2020), is not unique to the US and has been recorded in a number of advanced economies. Obviously, the observed increase of the markups, whatever the magnitude observed, is not a national but a global phenomenon. Accordingly, there must be something global that is origin of this development, such as technology or globalisation, not national, specific for the US, such as decline in competition in product markets. The insight that while competition has been declining in the US product markets, it has been increasing in the European Union (Gutiérrez, Philipon 2018), indirectly supports the notion of the increased markups as a global phenomenon. If this insight is accurate, and if the increase in markups is the consequence of the decline of competition, then markups should have been declining in the EU. That is just not the case.

Furthermore, it is feasible that at least some segment of declining labour share in the added value in the US can be explained by developments on the US labour markets. These markets hardly operate perfectly, as monopsonies have been identified in the US, especially in certain local labour markets (Posner 2021), but that is related to the market power in labour markets,

³¹ Even if the mechanism of the market power drives down labour demand and declines nominal wages, the increased efficiency argument points to the possibility that real wages have actually gone up.

i.e. the buyer's power, and not product market power – and the two are by and large not related. At the present, there is no evidence of causality from market power in the product market to market power in the labour market.

It was also suggested (Eeckhout 2021) that market power in the US, due to decline of competition in the product markets, is the reason for increased income inequality in the country. The causality goes from market power to excess profits, which in turn increases capital income, enlarging overall income inequality, since capital income is more concentrated in rich people than in the poor. Although this causality is undeniable if a set of assumptions is met (Crane 2016), the question is how strong is the link and whether the impact on increasing income inequality is negligible. The other point is that market power cannot explain the greatest driver of rising income inequality in the US – the increase in inequality in labour income. This rising inequality should be considered within the framework of technological change and globalisation. Not only has technological change increased education premium and replaced low-skill labour engagement in automated tasks, mainly in manufacturing, with automation (Acemoglu, Restrepo 2019), but together with globalisation it has changed the structure of the US economy since 1980 and consequently the pattern of labour demand. The good, well paid manufacturing jobs for people without a college degree have disappeared due to automatization and relocation to other countries in the process of offshoring substantial segments of production. Some of the demand for labour that was lost as well paid jobs vanished was compensated by increased demand for low-skill jobs in service industries, but these jobs are not well paid and that not only contributed to decreasing share of labour (being reallocated from intermediate wage jobs to low wage jobs), but also to the demise of the US middle working class (Case, Ditton 2020), significantly contributing to the increase in the economic inequality, and especially labour income inequality.

Ironically, it is increase of product market competition (in tradeables), due to the globalisation and offshoring of activities as its consequence, that made the US labour income more unequal – not the decline of competition in the US product markets.

Another point that is made (Philippon 2019) is that, due to the decline of competition and increased markups, investment rates in the US have dropped and the growth rate of capital has been generally declining since 1980. There is, according to the available data, no doubt that the investment dynamic in the US in the recent decades has been rather sluggish (Hall 2015; Gutierrez, Philippon 2017; Crouzet, Eberly 2019). Nonetheless, there are at least two important questions regarding the insight that decline of competition in the US product markets generates sluggish investments. The

first one is whether the available data on investments and capital stock dynamics is accurate, especially whether there might be any reason for the measurement error to change over time. It was demonstrated (Crouzet, Eberly 2019) that both importance and magnitude of intangible assets – such as software, intellectual property, brands, innovative business processes – have increased substantially in the past several decades, and that the share of intangible assets in the total assets/capital has grown considerably. The problem is that intangible assets have not been fully recognized in capital accounting, meaning that some of the intangible assets were not observed as capital. Although capital accounting has improved in the US in the recent years, encompassing more of the intangible assets, the share of these assets in the total assets has also increased. As it has been pointed out (Crouzet, Eberly 2019), it is very likely that the amount of investment and capital has been underreported in the recent decades due to the partial capture of intangible capital. According to this view, the problem of reduced/sluggish investments does not exist at all or exists on a very limited scale.

Nonetheless, even assuming that, contrary to the evidence, the measurement of capital stock and flow is correct, that the problem exists, i.e. that the investments have been reduced, then another question inevitably arises: the question about the causality from declined competition to reduced investments. What is the mechanism of this causality? After all, declining competition should produce economic rents appropriated by the investors, creating incentives for investment due to the higher expected returns. This is precisely the reason for advocating rather lax competition policy for countries that are in the investment-based stage of economic growth (Acemoglu, Aghion, Zilibotti 2006) – it is reasonable to expect that higher returns will attract more investments.

In explaining this conundrum, Philippon (2019) implies that the firms with the market power, i.e. firms that face a negatively sloped residual demand curve, maximise their profit and appropriate economic profit by reducing output (compared to perfect competition). Accordingly, firms with market power do not have incentives to increase output and that drives demand for investment lower than in perfect competition. The problem with this argument is that it only takes into account incumbent firms, thoroughly neglecting new entries attracted by economic profit, i.e. returns above the cost of capital.

Hence, it is crucial to demonstrate that the above normal returns in an industry at least do not induce an augmented level of investment in that very industry. One possible way to demonstrate this regularity is to identify an investment gap (Gutiérrez, Philippon 2017). The rationale is that investments are channelled to the firms with a Tobin's q (the ratio between market value

of the firm and the replacement cost of its capital) higher than one, meaning that the market value (based on the expectations of future returns) of the firm is higher than the value based on the replacement cost of its capital, indicating high or at least above average expected returns. If an increase in Tobin's q of a specific firm is not followed by an increase of investments in it – which is counterintuitive – something is wrong, and it should be explained.

As usual, the devil is in the detail. Market values of the firms are available on the daily basis only for publicly traded companies – again a biased sample, as in the case of estimating markups. The estimation of the replacement cost of the firms' capital is a greater problem. Not only that exercise has not been done regularly, but the valuation procedure itself is infested with arbitrary evaluator decisions.³² Even worse, the level of arbitrariness is not constant, but varies from one firm to the other, even within the same industry, and varies from one industry to the other. The advent of intangible assets only made these measurement problems more fervent. In short, the investment gap based on Tobin's q is not a reliable indicator, because Tobin's q estimates are unreliable.

Furthermore, even assuming that the observed indicators are reliable, the way that they are used to ostensibly demonstrate that the decline of competition generated the drop in investments (Gutiérrez, Philippon 2017) is flawed. First, the overall dynamics (for the US economy as a whole) of the fitted values of investment, according to the estimates of Tobin's q and actual values of net investment, with the significant wedge starting to appear after 2008, is hardly an argument supporting the link between declined competition and lower investments, among other things because competition is a matter of a specific relevant market – it is not a feature of the aggregated values. Furthermore, the sectoral dynamics of the wedge for the ten industries with the fastest increase of concentration (measured by the dHHI), dropping faster than the ten industries with the slowest increase of concentration since 2000 hardly proves anything, since it has already been demonstrated in this paper that industrial concentration is not an appropriate measure of the intensity of competition, i.e. the strength of competitive constraints. Finally, the analysis only looks at the investment

³² Because the procedure is resource demanding and not legally required, it is not done frequently, in many cases not for many years, even decades. Book values of assets/capital are frequently used as a proxy for replacement cost value of the capital of firm. These values of the capital are even less reliable, because they are based on the accounting value of assets, calculated using the purchasing value and annual *ex ante* arbitrary chosen depreciation rate. Accordingly, most of the estimates of Tobin's q are not reliable indicators.

of the incumbent (not even all, but only publicly traded) firms and entirely excludes new entries – the most important source of competition in an advanced economy like the US.³³

For all the mentioned macroeconomic consequences to be explained by market power there must be substantial and ever-increasing exploitative abuse of dominant position (in the EU competition law parlance) that, in the comparative statics, decreases the output, increase the prices, and redistribute incomes from labour income to capital. Even the authors who claim that market power is the explanation of these macroeconomic consequences have not provided any evidence of such exploitative abuse of a dominant position. Even if such abuse exists, is it not likely that its magnitude and dynamics are sufficient to explain most of the macroeconomic development. This is especially the case taking into account the technological progress, particularly in the IT sector, globalisation, advent of superstar firms, and changes in the structure of the US economy.

7. POSSIBLE VULNERABILITIES OF THE US PRODUCT MARKET COMPETITION

Most of the evidence of decline of product market competition in the US, provided by the contributions thus far reviewed in the paper, is not convincing: the hypotheses of the overwhelming decline of competition in the US product market does not sit comfortable with the facts. Nonetheless, this does not mean that the US product market competition is not vulnerable. Before the sources of these vulnerabilities – even threats to the competition – are evaluated (likewise from the available literature), the nature of the US product market competition should be assessed.

The point is that, since the US economy is on the technological frontier (i.e. the frontier of the cutting-edge technology), its growth heavily depends on innovation. Furthermore, it is reasonable to assume that most of the consumer welfare gains in the US are due to the productivity increases that are based on technological progress and innovations, resulting in either new and improved products or in superior new production technologies that decrease costs. After all, even the authors who fully subscribe to the market

³³ An implicit additional explanation of the investment gap based on the Tobin's q is the existence of barrier to entry (Philippon 2019). The problem is that the investment level in the analysis is only due to the activities of incumbent firms, while barriers to entry, if they exists, just keep returns high, providing stronger incentives for incumbent firms to invest more.

power hypothesis as evidence that product market competition in the US has declined, admit that due to the innovation and productivity growth product quality adjusted prices are lower than they were (Eeckhout 2021), a clear indication that the consumer welfare has increased.

Accordingly, it is reasonable to conclude that the competition in the US product markets, i.e. competitive constraints, should be considered from the point of view of incentives for innovation, i.e. dynamic efficiency, rather than static allocative efficiency. Accordingly, it is quite reasonable to suggest that the aim of the competition policy in the US should be innovations, rather than price efficiency – as it is suggested it should move “from price-centric to innovation-centric competition policies” (Gilbert 2020, 2). In other words, it is appropriate to sacrifice some deadweight loss (i.e. allocative inefficiency) for the dynamic efficiency gains due to innovation. Obviously, markups labelled as market power and considered as an indicator of declined competition in the US are hardly relevant within such a framework.

It seems, based on the insights of the recent contributions, that there are three major sources of weaknesses or possible threats to the product market competition in the US, especially to the competitive constraints regarding innovation. The first one is the practice of killer acquisitions (Cunningham, Ederer, Ma 2021), in which large dominant firms that are technological leaders in a given industry purchase small innovation intensive new entries (potential rivals) to prevent them from becoming actual rivals and potentially dethroning the technologically dominant firm. In infamous words of Facebook CEO Mark Zuckerberg “It is better to buy than to compete”. It is obvious that such killer acquisition removes some incentives for innovation by the incumbent firms, hence from that point of view such mergers should be prohibited.

Nonetheless, if these mergers are prohibited, the outcome can be harmful for innovation. The point is that, at least in some cases, the opportunity to sell an innovative start-up or promising R&D project to an established firm is the most powerful incentive for innovation on the first place and the best way to commercialise a new product (Gilbert 2020). Without that incentive, one can expect a slower pace of innovation, and slower introduction of new products and new technologies that decrease the average costs of existing products: in short – the slowing down of dynamic efficiency.³⁴ Hence, there

³⁴ This mechanism works for both entrepreneurs who commit themselves to the innovative endeavour and to the venture funds that support them. Both entrepreneurs and venture funds expect capital gains as reward for their effort and the risk they are exposed, and they are *ex ante* aware that capital gain cannot materialise without the acquisition.

is an obvious trade-off in the area of killer acquisitions, but it is important to recognise that this practice can be a threat to competition in the US product market and that it makes competition constraints vulnerable, especially regarding incentives for innovation.

The other possible vulnerability of the competition in the US product market is common ownership of rivals. It is indisputable that financial institutions (mutual funds, sovereign wealth funds, etc.) are investing in competitors: firms that compete against each other in the same industry. Sometimes even in the same relevant market. It is rather intuitive that these institutional investors could benefit from restricting the competition between the firms they own as minority shareholders, since the economic profit the companies that they invested in earned this way would be transferred to the dividends and increased the earning of the financial investors, with benefits for the fund managers themselves (Scott Morton, Hovenkamp 2018, 2031).

Effectively, it is in the common interest of institutional investors that the firms they invested in collude and enforce horizontal restrictive agreements, in the EU competition law parlance. Such agreements generate or enhance market power of all the participants, which enables them to earn economic profit that would be transferred into increased dividends for the investors. This rationale has been confirmed by a highly stylized theoretical model (Azar, Vives 2019), whose results is that enlarged common ownership generates increased market power and deadweight loss. Nonetheless, as the authors of the model specify, we need to know much more about how the common ownership structure translates into a firm's business decisions. There are some suggestions of mechanisms that institutional investors may use to "soften" the competition (Scott Morton, Hovenkamp 2018, 2032), albeit without a thorough hypothesis of the causality.

The answer to the question regarding mechanism is rather difficult, as it has been demonstrated (Hemphill, Marcel 2020) that the causal mechanisms that might link common ownership to anticompetitive effects are rather vague. The authors believe that most suggested mechanisms either lack significant support or are implausible. Perhaps the most prominent empirical research focused to the airline industry (Azar, Schmalz, Tecu 2018; Azar, Vives 2021) and provided some empirical evidence that increased common ownership in the US airline industry is anticompetitive and that it has produced increased market power, although these findings have been challenged (Dennis, Schenone, Carola 2019). Obviously, more theoretical and empirical research is needed for the threat of common ownership to the US product market competition to be better evaluated, but it is evident that collusion among competitors not to innovate, as they would without the collusion, can be enforced much easier than the "classical" cartel collusion

regarding prices and outputs. This is the reason why common ownership can be more anticompetitive in the US than in the other countries, because it can be focused on innovation and dynamic efficiency, rather than on prices and output, i.e. allocative efficiency.

Furthermore, the trend of increasing shares of institutional investors (especially diversified mutual funds) in the equity of the publicly traded companies in the US, is viable and there is no signal of slowing down or trend reversal. This is quite consistent with the insight that increased wealth generates more demand for financial intermediation (Shiler 2012), including institutional investors as one of the most important financial institutions. Accordingly, with the increased personal wealth of individuals (in the US and abroad) who invest that wealth in institutional investors, allowing them to be the custodians of it, the problem of common ownership and its adverse impact to competition in the US product market is here to stay and will only become aggravated, making it possibly a significant vulnerability of the US product market competition.

Legal barriers to entry, due to entry regulation, are the third possible vulnerability of the US product market competition regarding innovation, as well as other anticompetitive inefficiencies. Although the proposition that increasing barriers to entry decline potential (in the short run) and actual (in the long run) competition is intuitive, there is still vast space for empirical sector-specific research regarding the causality and magnitude of the consequences. One way or the other, there is an indisputable long-term trend of increasing government regulation, erecting and enhancing legal barriers to entry. As pointed out by Davis (2017), the *US Code of Federal Regulations* has grown eightfold over the past 56 years and at the time of publishing this piece stood at nearly 180,000 pages.

The methodological problem is that the number of pages is not a reliable indicator of the regulatory burden that creates legal barriers to entry. The breakthrough came with the Index of Regulation generated by the RegData, a relatively new database (Al-Ubayadli, McLaughlin 2017) that cleared the way for introducing the regulatory burden, i.e. legal barriers to entry at the industry level. It was demonstrated that substantial negative correlation exists, with a consistent increase of the Index of Regulation (increase in legal barrier to entry) and decrease of the rate of new entries in the US since 1980 (Gutiérrez, Philippon 2019). Furthermore, there has been a consistent decrease of the young firms (those less than five years old) in total US firms, both in the number of firms and in employment. The employment share was 20% in 1980 and only 10% in the mid-2010s (Philippon 2019). Clearly, the strengthening of legal barriers to entry undermines new entries.

New entries are especially relevant for innovation – proportionally much more innovation is generated by new entries than by incumbent firms. Hence, in the case of innovation driven economy, such as the US, legal barriers to entry are a greater obstacle to dynamic efficiency than in other economies, which focus on “conventional” allocative efficiency aims. Nonetheless, the competition vulnerabilities from legal barrier to entry should be considered within the framework that in some of the cases these barriers contribute to consumer surplus, such as the barriers to entry in the financial sector (especially banking), which increase its stability (Vives 2016), or environmental barriers to entry directed at decreasing environmental negative externalities.

This is not to say that this list of vulnerabilities of the US product markets competition, i.e. potential culprits of competition decline, is a closed one. These are just a suggestion of apparently the most important threats to US product markets competition. They are based on some empirical evidence and on the assumption that dynamic efficiency is what really matters for the consumer welfare in the US product markets, and not allocative efficiency.

8. CONCLUSION: THE NEED FOR CHANGES IN THE US COMPETITION POLICY

The review of the recent contributions on markups, market power and the decline of competition in the US product markets, both theoretical and empirical, provides enough evidence that there has possibly been some decline in price competition, but it has been compensated by non-price competition within the framework of monopolistic competition and product differentiation. The rise of the share of intangible corporate assets (patents, brands, etc.) is indirect testimony of the increasing non-price competition in the US product markets and the efforts of the firms to isolate themselves from rivals and their competitive pressure. Accordingly, competitive constraints in the US product markets, predominantly in the area of non-price competition, have by and large gone up, not down.

The observed increase of the markups (regardless of the upward bias in their estimates), market power, and profit rates are consistent with the possible decline in price competition. Nonetheless, they are also consistent with the technological progress, mainly in IT, decreasing customer information asymmetry, and creating a winner-takes-all/-most business environment framework, clearing the path for the advent of superstar firms (who took all), reallocation of activities towards those firms, and increasing selective efficiency and industrial concentration.

With increased productivity and decreasing marginal costs, markups are needed to cover the substantial fixed costs (e.g. investments in R&D and brand creation), those that enable increased productivity, to provide sustainability for the firms enjoying economy of scale, as marginal costs pricing would inevitably create financial losses.

Globalisation, together with automatization, as the consequence of technological progress, have destroyed well paid manual manufacturing jobs in the US and this structural change helps explain decline in the share of labour in value added and the rising income inequality. Market power is hardly the culprit in those developments.

As to the threat of killer acquisitions to the US product market competition, it is obvious that some changes to merger control are needed. Since the controversial contribution of Kwoka (2015), whose insights were challenged (Vita, Osinski 2018), there has been a vast range of recommendations regarding tougher merger control reform, and some of them, such as the Klobuchar Bill (Ilić 2022), are in legislative procedure. It seems, though, that the best way forward regarding the merger control reform should be the cautious approach by Gilbert (2020) – that the notification thresholds should be modified to require reporting of acquisition targets with modest revenues, if the acquirer is a firm that dominates an industry. Even in such a case, the burden of proof should remain on the competition authorities.

Common ownership is a significant possible vulnerability of the US product market competition, especially regarding incentives to innovate. On the one hand, much more knowledge is needed about the mechanism possibly linking common ownership to anticompetitive effects – clearly, an academic task. On the other hand, the US legislative framework provides the ground for appropriate merger/acquisition control to check enlargement of common ownership (Scott Morton, Hovenkamp 2018). It seems that such an endeavour regarding common ownership will inevitably be post-merger control, with all the adverse effects to legal predictability and the regulatory risk associated with it. Accordingly, careful and restricted moves on this front are needed to not endanger the beneficial effects of common ownership, and to not increase the unnecessarily administrative burden of merger control and the legal uncertainty.

Finally, there is no panacea regarding legal barriers to entry and their expansion in the recent decades. It is obvious that lobbying is an inherent segment of the US political system, and this enables powerful incumbents to create legal moats around their business castles. Antitrust legislation and authorities can hardly do anything about these efforts, but something can be done to reduce their impact. In the intellectual environment which is so much

in favour of regulation and captivated by the belief in a benevolent regulator (Sunstein 2021), in which Stigler's theory of regulation (Stigler 1971) and its public choice approach are almost completely forgotten, some old-fashioned competition advocacy, so eagerly recommended to less developed countries, should also be applied to the US – the cradle of antitrust. After all, shaping attitudes cannot do any harm.

REFERENCES

- [1] Acemoglu, Daron, Pascual Restrepo. 3/2019. Automation and New Tasks: How Technology Displaces and Reinstates Labor, *Journal of Economic Perspectives*, 33: 3–30.
- [2] Acemoglu, Daron, Phillippe Aghion, Fabrizio Zilibotti. 1/2006. Distance to Frontier, Selection, and Economic Growth. *Journal of the European Economic Association*, 4 (1): 37–74.
- [3] Acemoglu, Daron, David Autor, David Dorn, Gordon H. Hanson, Brendan Price. S1/2016. Import Competition and the Great US Employment Sag of the 2000s. *Journal of Labor Economics* 34: S141–S198.
- [4] Aghion, Philippe, Nick Bloom, Richard Blundell, Rachel Griffith, Peter Howitt. 2/2005. Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship. *Quarterly Journal of Economics* 120: 701–728
- [5] Aghion, Philippe, Christopher Harris, Peter Howitt, John Vickers. 2001. Competition, Imitation and Growth with Step-by-Step Innovation. *Review of Economic Studies* 68(3): 467–492.
- [6] Aghion, Philippe, Christopher Harris, John Vickers. 1997. Competition and Growth with Step-by-Step Innovation: An Example. *European Economic Review*, 41(3–5): 771–782.
- [7] Al-Ubayadli, Omar, Patrick A. McLaughlin. 1/2017. RegData: A Numerical Database on Industry-Specific Regulations for All United States Industries and Federal Regulations 1997–2012. *Regulation and Governance* 11: 109–123.
- [8] Arrow, Kenneth J. 1962. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention. 609–626 in *The Rate and Direction of Inventive Activity*, edited by Richard R. Nelson. Princeton: Princeton University Press.
- [9] Asplund, Marcus, Volker Nocke. 2/2006. Firm Turnover in Imperfectly Competitive Markets. *Review of Economic Studies* 73: 295–327,

- [10] Autor, David, David Dorn, Lawrence F. Katz, Christina Patterson, John Van Reenan. 5/2017. Concentrating on the Fall of the Labor Share. *American Economic Review* 107: 180–185.
- [11] Autor, David, David Dorn, Lawrence F. Katz, Christina Patterson, John Van Reenan. 2/2020. The Fall of the Labor Share and the Rise of Superstar Firms. *Quarterly Journal of Economics* 135: 645–709.
- [12] Azar, José, Xavier Vives. 2019. Common Ownership and the Secular Stagnation Hypothesis. *American Economic Association Papers and Proceedings*, 109: 322–326.
- [13] Azar, José, Xavier Vives. 2021. Revisiting the Anticompetitive Effects of Common Ownership. CEPR Discussion Paper No. DP16612. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3960193> (last visited 24 May, 2022).
- [14] Azar José, Martin C. Schmalz, Isabel Tecu. 4/2018; Anticompetitive Effects of Common Ownership. *Journal of Finance*. 73: 1513–1565.
- [15] Baker, Jonathan B. 2019. *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- [16] Basu, Susanto. 3/2019. Are Price-Cost Markups Rising in the United States? A Discussion of Evidence. *Journal of Economic Perspectives* 33: 3–22.
- [17] Belleflamme, Paul, Martin Peitz. 2010. *Industrial Organization: Markets and Strategies*. Cambridge: Cambridge University Press
- [18] Berry, Steven, Martin Gaynor, Fiona Scott Morton. 3/2019. Do Increasing Markups Matter? Lessons from Empirical Industrial Organization, *Journal of Economic Perspectives* 33: 44–68.
- [19] Bishop, Mike, Simon Walker. 2007. *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 3rd ed. London: Sweet & Maxwell.
- [20] Buccirossi, Paolo, Lorenzo Ciari, Tomas Duso, Cristina Vitale, Gaincarlo Spagnolo. 2009. Measuring the deterrence properties of competition policy: the Competition Policy Indexes. Discussion Paper 2009–15. Berlin: Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung Forschungsschwerpunkt Märkte und Politik, Abteilung Wettbewerb und Innovation Berlin
- [21] Carlton, Dennis, W., Jeffrey M. Perloff. 2015. *Modern Industrial Organization*. 4th ed. Boston: Pearson.
- [22] Case, Anne, Angus Deaton. 2020. *Deaths of Despair and the Future of Capitalism*. Princeton & Oxford: Princeton University Press.

- [23] Crane, Daniel A. 5/2016. Antitrust and Wealth Inequality. *Cornell Law Review* 101: 1171–1228.
- [24] Crouzet, Nicolas, Janice C. Eberly. 2018. Intangibles, Investment, and Efficiency. *American Economic Association Papers and Proceedings*. 108: 426–431.
- [25] Crouzet, Nicolas, Janice C. Eberly. 2019. Understanding Weak Capital Investment: The Role of Market Concentration and Intangibles. NBER Working Paper No. 25869. Cambridge, Mass.: National Bureau for Economic Research.
- [26] Cunningham, Colleen, Florian Ederer, Song Ma. 3/2021. Killer Acquisitions. *Journal of Political Economy* 129: 649–702.
- [27] Davis, Steven J. 2017. Regulatory Complexity and Policy Uncertainty: Headwinds of Our Own Making. Working Paper No. 2723980 Becker Friedman Institute for Research in Economics. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2723980> (last visited 24 May, 2022).
- [28] De Loecker, Jan. 3/2011. Recovering Markups from Production Data. *International Journal of Industrial Organization* 29: 350–355.
- [29] De Loecker, Jan, Frederic Warzynski. 6/2012. Markups and Firm-Level Export Status. *American Economic Review* 102: 2437–2471.
- [30] De Loecker, Jan, Jan Eeckhout, Gabriel Unger. 2/2020. The Rise of Market Power and Macroeconomic Implications, *Quarterly Journal of Economics* 135: 561–644.
- [31] Dennis, Patrick; Kristopher Gerardi, Carola Schenone. 2019. Common ownership does not have anti-competitive effects in the airline industry, Working Paper, No. 2019–15, Atlanta: Federal Reserve Bank of Atlanta. <http://dx.doi.org/10.29338/wp2019-15> (last visited 24 May, 2022).
- [32] Díez, Federico J., Daniel Leigh, Suchanan Tambunlertchai. 2018. Global Market Power and its Macroeconomic Implications. IMF Working Paper WP/18/137, Washington, D.C.
- [33] Eeckhout, Jan. 2021. *The Profit Paradox: How Thriving Firms Threaten the Future of Work*. Princeton & Oxford: Princeton University Press.
- [34] Elsby, Michael W.L., Bart Hobijn, Ayşegül Şahin Sahin. 2013. The decline of the U.S. Labor Share. *Brookings Papers on Economic Activity* (Fall): 1–63.
- [35] Elzinga, Kenneth G., David E. Mills. 3/ 2011. The Lerner Index of Monopoly Power: Origins and Uses, *American Economic Association, Papers and Proceedings* 101: 558–564.

- [36] Fisher, Franklin M., John J. McGowan. 1/1983. On the Misuse of Accounting Rates of Return to Infer Monopoly Profits. *American Economic Review* 73: 82–97.
- [37] Foster, Lucia, John Haltiwanger, Chad Syverson. 1/2008. Reallocation, Firm Turnover, and Efficiency: Selection on Productivity or Profitability? *American Economic Review* 98: 394–425.
- [38] Gilbert, Richard J. 2020. *Innovation Matters: Competition Policy for the High-Technology Economy*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- [39] Goolsbee, Austan, Steven Levitt, Chad Syverson. 2016. *Microeconomics*, 2nd ed. New York: Worth Publishers.
- [40] Gutiérrez, Germán, Thomas Philippon. 2017. Investment-less Growth: An Empirical Investigation. *Brookings Papers of Economic Activity*, Fall.
- [41] Gutiérrez, Germán, Thomas Philippon. 2018. How EU Markets Become More Competitive than US Markets: A Study of Institutional Drift. NBER Working Paper No. 24700. Cambridge, Mass.: National Bureau for Economic Research.
- [42] Gutiérrez, Germán, Thomas Philippon. 2019. The Failure of Free Entry. NBER Working Paper No. 26001. Cambridge, Mass.: National Bureau for Economic Research.
- [43] Hall, Robert E. 5/1998. The Relation between Price and Marginal Cost in U.S. Industry. *Journal of Political Economy* 96: 921–947.
- [44] Hemphill, C. Scott, Marcel Kahan 2020. The Strategies of Anticompetitive Common Ownership. *Yale Law Journal* 129: 1392–1459.
- [45] Hicks, John R. 1/ 1935. Annual Survey of Economic Theory: The Theory of Monopoly. *Econometrica* 3: 1–20.
- [46] Hovenkamp, Herbert. 1/2019. Is Antitrust’s Consumer Welfare Principle Imperilled? *Journal of Corporate Law* 45: 65–96.
- [47] Ilić, Nikola. 1/2022. The Klobuchar Bill: Is Something Rotten in the US Antitrust Legislative Reform? *Annals of the Belgrade Faculty of Law* 70: 101–120.
- [48] Karabarbounis, Loukas, Brent Neiman. 1/2014. The Global Decline of the Labor Share, *Quarterly Journal of Economics* 129: 61–103.
- [49] Karabarbounis, Loukas, Brent Neiman. 2018. Accounting for Factorless Income. *NBER Macroeconomics Annual* 33: 167–228.
- [50] Karabarbounis, Loukas. 2014. The Global Decline of the Labor Share, *Quarterly Journal of Economics* 129: 61–103.

- [51] Katz, Michael L., Harvey S. Rosen. 1994. *Microeconomics*, 2nd ed. Boston: Richard Irwin.
- [52] Koh, Dongya, Raul Santaella-Llopis, Yu Zheng, 6/2020. Labor Share Decline and Intellectual Property Products Capital, *Econometrica* 88: 2609–2628.
- [53] Kwoka, John. 2015. *Mergers, Merger Control, and Remedies: A Retrospective Analysis of U.S. Policy*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- [54] Landes, William M., Richard A. Posner. 5/1981. Market Power in Antitrust Cases, *Harvard Law Review* 94: 937–996.
- [55] Lerner, Abba P. 3/1934. The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power, *Review of Economic Studies* 1: 157–175.
- [56] Melitz, Marc J. 6/2003. The Impact of Trade on Intra-Industry Reallocations and Aggregate Industry Productivity. *Econometrica* 71(6): 1695–725.
- [57] Melitz, Marc J., Giancarlo I. P. Ottaviano. 1/2008. Market Size, Trade, and Productivity. *Review of Economic Studies* 75: 295–316.
- [58] Peters, Ryan, Lucian Taylor. 2/2017. Intangible capital and the investment-q relation. *Journal of Financial Economics* 123: 251–272.
- [59] Perloff, Jeffrey, M., Larry S. Karp, Amos Golan. 2007. *Estimating Market Power and Strategies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [60] Philippon, Thomas. 2019. *The Great Reversal: How America Gave Up on Free Market*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press.
- [61] Posner, Eric A. 2021. *How Antitrust Failed Workers*. Oxford: Oxford University Press.
- [62] Pindyck, Robert S., Daniel L. Rubinfeld. 2012. *Microeconomics*, 8th ed. Boston: Pearson.
- [63] Romer, Paul. M. 5(2)/1990. Endogenous Technological Change, *Journal of Political Economy* 98: S71-S102.
- [64] Rossi-Hansberg, Esteban, Pierre-Daniel Sarte, Nicholas Trachter. 2018. Diverging Trends in National and Local Concentration. NBER Working Paper 25066. National Bureau for Economic Research, Cambridge, Mass.
- [65] Scott Morton, Fiona, Herbert J. Hovenkamp. 7/2018. Horizontal Shareholding and Antitrust Policy. *Yale Law Journal* 127: 2026–2047.

- [66] Scherer, Frederic M., David Ross. 1990. *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3rd ed. Boston: Houghton Mifflin Company.
- [67] Shapiro, Carl. 2018. Antitrust in Time of Populism. *International Journal of Industrial Organization* 61: 714–748.
- [68] Shiller, Rober J. 2012. *Finance and the Good Society*. Princeton & Oxford: Princeton University Press.
- [69] Stigler, George J. 3/1970. The Optimum Enforcement of Laws. *Journal of Political Economy* 78: 526–536.
- [70] Stigler, George J. 1/1971. The Theory of Economic Regulation. *Bell Journal of Economics and Managements Science* 2: 3–21.
- [71] Sunstein, Cass. 2021. Stigler's Interest-Group Theory of Regulation: A Skeptical Note. *Promarket*. Publication of the Stigler Center at the University of Chicago Booth Scholl of Business, Chicago, 16 April. <https://promarket.org/2021/04/16/george-stigler-theory-regulation-capture-cass-sunstein/> (last visited 24 May, 2022).
- [72] Sutton, John. 1991. *Sunk Costs and Market Structure: Price Competition, Advertising, and the Evolution of Concentration*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- [73] Syverson, Chad. 3/2019. Macroeconomics and Market Power: Context, Implications, and Open Questions, *Journal of Economic Perspectives* 33: 23–43.
- [74] Traina, James. 2018. Is Aggregate Market Power Increasing? Production Trends Using Financial Statements. New Working Paper Series No. 17. Stigler Center for the Study of the Economy and the State University of Chicago Booth School of Business, Chicago.
- [75] Vita, Michael, F. David Osinski. 1/2018. John Kwoka's *Mergers, Merger Control, and Remedies: A Critical Review*. *Antitrust Law Journal* 82: 361–388.
- [76] Vives, Xavier. 2016. *Competition and Stability in Banking: The Role of Regulation and Competition Policy*. Princeton & Oxford: Princeton University Press.

Article history:

Received: 25. 3. 2022.

Accepted: 27. 5. 2022.

УДК 340.142; 34.018

CERIF: S 115, S 142

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22204A

Др Горан ДАЈОВИЋ*

ПОЖЕЉНОСТ РЕГУЛАТИВНЕ ФУНКЦИЈЕ СУДСКЕ ВЛАСТИ**

*It seems to me that at this time we need education in the
obvious more than investigation of the obscure.*

(Holmes 1920, 292–293)

*Расправа се састоји из два дела и у њима се, респективно, заступају
две основне тезе. Прва је да судске пресуде у свим развијеним правним
системима могу да буду „извори“ општих правила која ће убудуће на
обавезујући начин регулисати понашање судова, а онда, следствено, и*

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија,
gorand@ius.bg.ac.rs.

** Основне идеје из ове расправе изложио сам на конференцији „Судство као
власт“, која је одржана у Београду, 29. и 30. новембра 2019. године, на Факулте-
ту политичких наука, у организацији Центра за правосудна истраживања (ЦЕ-
ПРИС), Центра за студије конституционализма Факултета политичких наука
и Српског удружења за правну и социјалну филозофију (ИВРС). Захваљујем се
Миодрагу Јовановићу, Данилу Вуковићу, Софији Мандић и другим учесницима
и учесницама конференције на корисним коментарима које су том приликом
изнели.

других правних субјеката, чак и ако нису формално признате као извори права. А друга је да оне то треба да буду из више разлога, од којих су најважнији предвидљивост и једнакост. У овом делу расправе најпре се излажу управо ти нормативни разлози у прилог вршења регулативне функције судске власти, а затим се показује у којем правцу би судска власт могла да врши регулативну функцију у једном типичном континенталном систему, ако судска власт, као целина, прихвата да је врши.

Кључне речи: *Предвидљивост. – Једнакост. – Судска власт. – Регулативна функција. – Прецедент.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У првом делу расправе (Дајовић 2022, 233–281) идеју о обавезности прецедената у развијеном правном систему бранио сам концептуалним разлозима, али они су само открили да је примена доктрине *stare decisis* могућа и у правном систему у којем се судске пресуде не сматрају актима који садрже обавезујуће опште правне норме, али не и да је пожељна. Уосталом, чак и у англосаксонском системима прецеденти нису у почетку имали ауторитет који имају данас. Такав статус задобијају тек у XIX веку (Lee 1999, 647–648; Hasnas 2005, 91–92). У питању је релативно нова пракса у односу на древност праксе *common law*, које се вековима ефикасно и успешно развијало и без ње. Другим речима, та пракса се не може оправдати позивањем на саму себе, то јест на древност и традицију, она се мора подупрети додатним, нормативним разлозима. Према томе, у развијеном правном систему доктрини прецедената су увек откључана врата. Поставља се само питање да ли судови *треба да* их отворе.

Пре него што се пређе на разматрање тог питања, упутно је да још једном нагласим на шта се тачно односе нормативни разлози о којима ћу расправљати у наставку. Прво, у расправи се бавим пре свега проблемом *хоризонталних* прецедената, код којих су суд који је творац прецедента и суд који прецедент примењује или исти суд или суд истог степена, јер обавезност *вертикалних* прецедената може да буде заснована на додатном разлогу судске хијерархије. И друго, када се у првом делу расправе говорило о регулативној функцији судске власти, претежно је била реч о деловима судских пресуда који задобијају канонизовану форму правила или норми-дефиниција (Дајовић 2022, 269), а која су обавезна као и друга правна правила. Убрзо ће бити јасно због чега инсистирам управо на тој форми прецедента.

Дакле, пошто концептуално није нужно већ је само могуће да судови у континенталном правном систему врше и регулативну функцију, да ли они *треба да је врше* – посебно је питање. У првом одељку изнећу четири разлога због којих судови не само да могу да врше регулативну функцију, него је и нормативно пожељно и оправдано да је врше.

У другом одељку ћу покушати да, кратком синтезом свих запажања и аргумената,¹ опишем контуре једне слике регулативне функције судске власти која би била оптимална за било који развијени правни систем у којем судске пресуде иначе, формалноправно посматрано, нису „извор“ права.

Најзад, у закључку ћу сумирати целокупно излагање, а затим изложити неколико напомена о томе чиме се у расправи *нисам* бавио. А држим да су то теме које могу бити природан наставак овог истраживања. У том смислу, ова расправа, у свом интегралном облику, може послужити као прикладан увод и темељ за нови истраживачки подухват.

2. ПОЖЕЉНОСТ РЕГУЛАТИВНЕ ФУНКЦИЈА СУДСКЕ ВЛАСТИ – НОРМАТИВНИ ПОГЛЕД

Зашто би било пожељно у будућим сличним случајевима доносити одлуке које су у складу с прецедентом? Или, ако се питање обрне: зашто је погрешно у таквим случајевима доносити одлуке које су потенцијално најбоље, без ограничења која постављају претходне судске одлуке у сличним случајевима? Када се питања овако формулишу, јасно је да на заступнике доктрине *stare decisis* пада „терет доказивања“ њене пожељности (Waldron 2007, 204) јер би, без те доктрине, судије биле слободне да у сваком спору у којем суде, донесу одлуку коју у конкретном случају сматрају најбољом, најисправнијом, не осврћући се на одлуке својих претходника, што је, *prima facie*, најпожељнији могући исход.

У правној теорији се најчешће наводе два кључна аргумента у прилог доктрине *stare decisis*: аргумент предвидљивости у пресуђивању и аргумент једнакости у пресуђивању („једнаке случајеве третирати једнако“) (Waldron 2007, 201; Solan 2016, 1174–1175).² У овом одељку

¹ Не мислим само на аргументе и запажања из овог већ и из претходног текста (Дајовић 2022).

² Наглашавам да предвидљивост и једнакост нису основи због којих се прецеденти третирају као обавезујући. Они само указују на моралну вредност доктрине прецедента и, као такви, могу да је оправдају.

прво ћу размотрити та два аргумента, а онда изложити још два додатна, први, који је у ствари одговор на један чест контрааргумент против доктрине прецедената и други који је контекстуално специфичан за државе под „јурисдикцијом“ Европског суда за људска права (ЕСЉП).

2.1. Предвидљивост

Предвидљивост је важна вредност коју правни систем треба да промиче, понекад чак и по цену погрешних или макар не сасвим оптималних одлука.³ У правном систему у којем су судске одлуке јавно доступне, субјекти који нису непосредни учесници у конкретном спору очекиваће да ће судови и убудуће одлучивати на исти начин и, сходно томе, тежиће да своје понашање ускладе с таквом одлуком. Из тог разлога, повезивање доктрине прецедената с идејом предвидљивости, представља један од главних аргумената у прилог њеног практиковања. Јер, пракса поштовања већ донетих судских одлука које су јавно публиковане и добро познате на бољи начин служи потреби за предвидљивошћу права него пракса у којој би се судијама допустило да у сваком спору одлучују онако како они сматрају да је најбоље (Waldron 2007, 201).⁴

Међутим, иако овакав став не делује контроверзно, то је само на први поглед тако. Наиме, ако се пажљивије осмотри поље практичног делања *уопште*, лако се уочава да у многим ситуацијама појединац не жели да почини „грешку“ (по његовом суду) коју је претходно у сличној ситуацији неко учинио, јер не жели да понавља успостављен образац делања, само због чињенице да је он већ успостављен, то јест само због његовог временског приоритета. Другим речима, аргумент прецедента у корист неког начина делања често ће (истина, не увек) одступити пред другим, супстантивним аргументима против таквог устаљеног делања. Примера ради, од политичара чије одлуке такође имају утицај

³ У првом делу расправе, у одељку 4.2, наговештено је да је предвидљивост епифеномен владавине права (Дајовић 2022, 260 и.д.). Ипак, како у теорији постоје размимоилажења поводом тога да ли је владавина права елемент концепта права, овде се предвидљивост не посматра као део дела концепта права већ као правна вредност.

⁴ Како каже Шауер, „трагање за правдом и правичношћу у сваком случају је неизбежно у тензији са врлинама предвидљивости, поузданости, извесности и доследности које би донео прецизнији и ригиднији систем правила, као и у одређеној тензији са транспарентношћу које доноси одлучивање које је засновано на правилима“ (Schauer 2005, 12).

на живот многих, баш као и одлуке судије, нећемо очекивати да чини исте ствари као његови претходници, само да би био предвидљив. Напротив, уколико су такви поступци били погрешни или уколико би се то косило с његовим уверењем, очекујемо од њега да не следи уходане обрасце (политичког) делања. Због чега је онда снага тог аргумента у праву значајно већа? Зашто правници, а нарочито судије, придају такав значај прецеденту, до мере да га у појединим правним системима следе као обавезујуће правило делања? Или, ако се питање заоштри до краја: због чега би садашње судије требало да поштују прецедент и да (понекад) понављају „грешке“ некадашњих судија, само зато што су те „грешке“ прецеденти?

Такву врсту питања су постављали тако значајни правници и судије, иначе однеговани у систему прецедената, као што су Холмс или Скалија (*Scalia*). Тако је Холмс сматрао идеју прецедента „одбојном“ ако не постоји бољи разлог да судови буду обавезани правилом од слепог имитирања давне прошлости, примера ради, од чињенице да је оно настало у време Хенрија IV (Holmes 1897, 469). С друге стране, судија Скалија је саму доктрину *stare decisis* сматрао неспојивом с његовом заклетвом да ће поштовати Устав, а не одлуке његових претходника (Schauer 2012, 131).

На те примедбе може се одговорити идејом о стабилности и предвидљивости правног система, као *особеног поља практичког делања*. Ту је идеју прегнантно бранио њихов, не мање чувени колега, судија Брендис (*Brandeis*) када је у једној пресуди⁵ утврдио да је (доктрина) *stare decisis* обично мудра политика, јер „in most matters it is more important that [the question] be settled than that it be settled right“. Брендис је на тај начин, сматра Шауер, идентификовао најчвршћи аргумент у прилог доктрине прецедента: потребу за стабилношћу стабилности ради и потребу за предвидљивошћу предвидљивости ради. Та је потреба за многе аспекте живота значајнија од потребе да се у свакој могућој прилици донесе најисправнија одлука. Стога се доктрина прецедента не заснива на идеји да је потоњи суд мање способан, стручан и савестан у односу на прецедентни суд, те да се стога, да би исправно одлучио, мора установити његова дужност да следи прецедент. Она се заснива на једној позитивној вредности и предности која у одређеним областима људског живота надјачава потенцијалну добит од ситуације у којој би сваком суду и судији било допуштено да сâм настоји да донесе најбољу могућу одлуку у конкретном спору и да тако поправи или

⁵ *Burnet v. Coronado Oil & Gas. Co.* (1932) 285 U.S. 393, 406.

побољша одлуке његових претходника. А те позитивне предности доктрине прецедената су предвидљивост и стабилност *правног* поретка (Schauer 2012, 131).

Обавезујући прецеденти доприносе предвидљивости на два начина. Прво, општост прецедентног правила проширује круг случајева (мимо оног конкретног случаја, у којем је пресуда донета) који се сматра регулисаним, а који то није био пре, због неодређености права или из других разлога (Дајовић 2022, 252–260). Штавише, у таквим случајевима би непредвидљивост и неизвесност у односу на питање „шта је право (у конкретном случају)?“ подриле идеју владавине права. Јер, да подсетим: када је закон неодређен (нејасан или вишезначан), њиме је правно питање само донекле или није уопште унапред „решено“ и онда се суд појављује као допуна или замена законодавца (Liebwald 2013, 392). Када одлука суда, у таквим ситуацијама, почива на прецеденту, она у конкретном случају не проистиче директно из закона (јер је закон, рецимо, неодређен) него на интерпретацији или на „допуни“ коју је суд створио путем прецедента у претходном сличном случају. Ипак, иако се не заснива на закону, таква одлука се заснива на праву јер је прецедентни суд овлашћен и дужан да самостално и независно пресуђује, а саставни део пресуђивања је, у таквим спорним случајевима, и образложење пресуде која не представља само пуку примену права. Уосталом, како констатује Санстин, „идеал (владавине права) не захтева потпуно прецизирање правних правила пре него што је случај настао. За људска биће је то немогуће амбициозан циљ. Уместо тога, он поставља скромнији захтев да се поштују претходне одлуке, и то из прагматичних разлога: „олакшаног одлучивања, једнаког третмана [правних субјеката] и судијске ‘скромности’ с обзиром на ограничено искуство и мудрост које поседују када доносе одлуку“ (Sunstein 1996, 192). Према томе, доктрина *stare decisis* је у складу с начелом владавине права, а не владавине људи (Lindquist, Cross 2005, 1160), јер док је оправдано да у случајевима када је закон неодређен прецедентни суд „доврши“ посао законодавца, никако не може бити оправдано да потоњи суд, одступајући од прецедента, заправо измени тако довршено право (Solan 2016, 1177).⁶

⁶ „(I)f courts depart from an established interpretation of a statute, citizens who have relied on that statute as initially interpreted may turn out to have taken actions which they would have avoided taking had they understood what their obligations under the statute – as revealed by the new interpretation – in fact were“ (Duxbury 2013, 16).

Други начин на који доктрина прецедента доприноси предвидљивости јесте ауторитативност прецедента, чињеница да је он обавезујући и да потоњи суд не може да бира да ли ће га поштовати или не, у случају у којем су релевантне чињенице битно сличне чињеницама из прецедентног случаја. То гарантује *извесност* његове примене у будућим сличним случајевима и на тај начин додатно ојачава предвидљивост и стабилност права. Тиме се, уопште узев, смањује и простор судијама да у одлучивање уносе властите политичке, моралне и друге предилекције, а увећава се поверење јавности у непристрасност судија (Alexander, Sherwin 2004, 8). О ауторитативности прецедента биће још говора у наредном одељку.

2.2. Једнакост – „једнаке случајеве третирати једнако“

У правној теорији и пракси општеприхваћена је идеја да стране у спору треба третирати на исти начин као што су третиране стране у неком претходном сличном спору (Alexander, Sherwin 2004, 3; Hasnas 2005, 88). Или, другачије речено, оправдана је претензија странке да суд о њеном праву одлучи на исти начин као што је одлучио о истом или сличном праву друге странке у прецедентној пресуди. Уколико би потоњи суд одлучио другачије, сматра се да би поступио арбитрарно и да странка не би имала праведан и фер третман. Из тог разлога се у прилог поштовању доктрине *stare decisis* наводи да она омогућује остварење једне од темељних вредности правног поретка да „с једнакима треба поступати једнако“. Та идеја је тим више оправдана када је реч о такозваним интерпретативним прецедентима. Јер, резонује се, у самој природи закона је да су то општи и универзално применљиви прописи, а та својства закони би изгубили уколико би их у истим или сличним случајевима судови различито *тумачили* и, сходно томе, различито примењивали (Toper, Grzegorzcyk 1997, 126).

Иако на први поглед принцип једнакости изгледа као фундаменталан и општеприхваћен правни принцип, у литератури се износи неколико приговора идеји да тај принцип представља (самосталан) нормативни аргумент у прилог доктрине прецедента. Покушаћу у наставку, укратко, да опишем неколико приговора и да одговорим на њих.

Најпре, износи се примедба да тај принцип може да уназади *моралну* снагу захтева „с једнаким једнако“ уколико је у првом, прецедентном случају донета погрешна одлука. Ослањајући се на тај морални принцип потоњи судови би, понављајући исту грешку, заправо усмерили одлучивање ка неморалнијим исходима него што би то био случај да

су, не ослањајући се на принцип једнаког третмана, у наредним пресудама исправили почетну грешку. Тако би се, заправо, један морални принцип, иронично, ставио у службу неморалности – конзистентном применом неморалног, неисправног прецедента, оно што је базично неморално постало би наводно „морално“ јер би се заснивало на моралном принципу једнакости (уп. Alexander, Sherwin 2004, 4).

Међутим, мени се чини да се тим приговором занемарују два битна момента. Прво, принцип једнаког третмана једнаких случајева је, у основи, формалан принцип. Уколико је „једнак третман“ супстантивно неморалан, онда неморалност није последица једнакости „третмана“ него „третмана“ као таквог. И она се не решава тако што ће се неки случајеви „третирати“ неједнако а неки једнако у односу на супстантивну неморалност третмана у изворном случају. Она се уклања тако што сам „третман“, као такав, бива уклоњен. У вези с тим, таква врста неморалности јавља се и када се неморални законски прописи једнако примењују у једнаким случајевима – она није карактеристична само за једнаку примену неморалних прецедената. Међутим, постоји битна разлика. Лоше, неправедне и неморалне прецеденте много је лакше уклонити него исте такве законске прописе. На тај начин, проблем се не решава одбацивањем принципа једнакости него одбацивањем самог прецедентног правила. А могућност промене или одбацивања прецедента саставни је део доктрине *stare decisis*. О начину и разлозима због којих се један прецедент може одбацивати биће речи у наредном одељку.

Други приговор се тиче „самосталности“ аргумента једнакости. Ако се принцип једнакости одвоји од супстантивних разлога на основу којих се оцењује да ли су два случаја једнака или нису, приговор вели да он нема озбиљну „аутономну“ уверљивост јер се увек може свести на предвидљивост. Наиме, уколико принцип „једнаке третирај једнако“ каже само да у случају да смо претходно на основу супстантивних разлога утврдили да су два случаја једнака треба једнако и да их третирамо, онда доктрина прецедента налаже оно што је већ и речено: актуелни случај ће се решити исто као и прецедентни, чак и када потоњи суд сматра да је прецедентни случај решен погрешно. Међутим, аргумент једнакости тада губи сву своју моралну вредност и „раствара“ се у аргументу стабилности и предвидљивости који је Брендис изнео, а који сам малочас споменуо. На основу свега тога, Шауер закључује да „it is not so much that the principle of treating like cases alike is wrong. Rather, it is simply that the principle is better understood as restating a conclusion rather than providing an independent argument for that conclusion“ (Schauer 2012, 132).

Одговор на тај приговор се, чини ми се, може наћи у одбрани принципа једнакости уопште. Наиме, уверење да „једнаке треба третирати једнако“ заснива се на припадности субјеката у спору заједници у којој постоје одређени принципи и правила који повезују људе у заједницу. Те принципе и правила судије не треба да занемаре или замене у свакој ситуацији у којој постоји превага других моралних или пруденцијалних разлога да се они занемаре или замене. Шта то, у најкраћем, значи?

Примера ради, ако се од туженог Х захтева да надокнади штету тужиоцу, а поставља се питање да ли је оправдано да плати штету за коју он сматра да му се без основа намеће или да је основ његове одговорности неморалан, одговор се може наћи у принципу фер-плеја. То је добро позната Хартова идеја коју он, сажето, формулише на следећи начин: „Када одређени број људи предузима неко заједничко делање у складу с правилима, која ограничавају њихову слободу, они који су се подвргли тим ограничењима када се то од њих тражи, имају право на слично потчињавање оних који су имали користи од њиховог потчињавања“ (Hart 1955, 185).

Међутим, тај аргумент ће имати смисла, како умесно примећује Волдрон, само уколико принцип на основу којег Х одговара у актуелном случају остаје непроменљив у односу на претходни случај у којем је можда он био тужилац или је имао индиректну корист од тога што је неки други тужилац имао корист (Waldron 2007, 203). На тај начин, доктрина прецедента постаје императив фер односа према појединцу као члану заједнице.

Према томе, нарочит значај принципа „једнаке третирај једнако“ у односу на доктрину прецедента треба посматрати управо из тог угла. Тај принцип је битан разлог због којег треба истрајати на њеном поштовању, чак и када је у питању прецедент који је, рецимо, због ретке примене изгубио значај са становишта *предвидљивости*. Утолико пре поштовање прецедента има смисла и у случајевима у којима се питање предвидљивости не може ни поставити, будући да су слични или истоврсни случајеви који се пресуђују настали у исто или приближно исто време, али у којима се пресуде не доносе истовремено. Примера ради, ако велики број клијената који су потписивали исте или сличне уговоре о кредиту с банкама поднесе тужбу у исто или приближно исто време због одређених (у свим уговорима на исти начин уређених) накнада, које тужиоци сматрају незаконитим, не може се говорити о томе да би њихов потоњи неједнак третман пред судовима, који би се огледао у битно различитим пресудама, нарушио начело предвидљивости. Али би, без сумње, повредио принцип „једнаке третирај једнако“.

Дакле, прецедент у обе поменуће ситуације нема функцију да гарантује стабилност и извесност права већ да обезбеди једнак третман конкретних појединаца у конкретном спору. „Ако је третман актуелног случаја на начин који је у складу са ранијим случајем питање поштовања личности, онда смо дужни према актуелним странкама да... схватимо шта значи једнако поступање с њима [у односу на раније странке]“ (Waldron 2007, 202–203).

2.3. Природа судске власти (и њен значај за слободу појединца)

Следећи аргумент у прилог прихватања доктрине *stare decisis* није толико аргумент „за“ (премда, делимично јесте и то) него је више аргумент који отклања један контрааргумент. О чему је реч? У правној и политичкој теорији сматра се неспорним да је у природи сваке власти склоност да максимизује свој политички и правни утицај. Тако би требало да је „природна“ и склоност судске власти да максимизује свој утицај на право. А судска власт која, следећи доктрину *stare decisis*, претвара делове образложења пресуда у (ново) право, то јест врши регулативну функцију, такав утицај остварује у највећој замисливој мери (Claus 2005, 435; Lindquist, Cross 2005, 1165).

Након таквог неспорног закључка, намеће се питање да ли је поменута природна тежња носилаца сваке власти, па према томе и носилаца судске власти (уколико се они заиста осећају као носиоци власти) оправдана? Или ипак системом контроле и равнотеже треба ограничити такве аспирације судија и судова из разлога из којих се таква врста ограничења примењује и на друге две гране власти, то јест ради очувања слободе појединца? Следећи оно што је речено у првом делу расправе о подели власти није ли неопходно „обуздати“ такве тежње за „ширењем“ судске власти и на функцију која јој није основна? И за коју она, како се истиче, не поседује потребну легитимност.

На овом месту ваља истаћи два момента. Први је да законодавна власт и иначе законима ограничава судску власт у већој мери него управну.⁷ То се нарочито односи на неке гране права (процесно право, кривично право итд.). И премда се у тексту следи идеја да инхерентна неодређеност закона и његова дифизибилност остављају судској вла-

⁷ У питању је крајње начелна теза, која произилази из саме природе судске власти, односно њене адјудикативне функције (Дајовић 2022, 236 и.д.). Управна функција је, по природи ствари, више оријентисана ка дискреционом одлучивању, које се законодавством не да увек везати. Ипак, као што је по-

сти простор да врши регулативну функцију, она је најчешће допунског и ограниченог карактера. И што је још важније, како је наглашено у првом делу, регулативна функција судске власти различита је од регулативне функције законодавне власти. Уосталом, Херберт Харт је по том питању изричит: „не само да су овлашћења судија подвргнута многим ограничењима која сужавају њихов избор од којих законодавство може да буде у потпуности ослобођено, већ, пошто судије врше овлашћења само да би решили конкретне случајеве, они ова овлашћења не могу да користе да би увели широке реформе или донели нове законе. На тај начин, њихова су овлашћења допунска, а исто тако подложна другим суштинским ограничењима“ (Hart 1994, 273).

А међу та суштинска ограничења (осим у случају система у којима судови могу својим одлукама да мењају и допуњавају устав) не спадају само уставне и друге норме, него и могућност која увек постоји да законодавац измени или „поништи“ дејство судских прецедената. Наиме, изузимајући прецеденте који се односе на контролу уставности закона и других општих аката, прецеденти који представљају вршење регулативне функције (јер се односе на допуну или „попуњавање“ закона) могу у сваком тренутку, уколико законодавно тело процени да су они, примера ради, супротни вољи законодавца, да буду новим законом „дерогирани“. На тај начин законодавац, како то вели Солан, „поново задобија контролу над применом закона“ (Solon 2016, 1171).

Други моменат је истакао још један од америчких „очева оснивача“, Александер Хамилтон, када је устврдио да је судска власт „неупоредиво најслабија од три врсте власти“ и да никад не може „успешно да угрози друге две власти“. С друге стране, иако је, према његовом мишљењу, тачно да судови у појединачним случајевима могу да нанесу неправду, слобода људи у целини узев „не може бити угрожена од стране судова уколико су судови истински одвојени од легислативе и егzekутиве“ (Federalist No. 78, нав. према Ervin 1970, 121). На основу тога се може закључити да судска власт, приликом вршења подједнако и адјудикативне и регулативне функције, не представља опасност за слободу појединца у мери у којој то могу бити друге две гране власти већ је, напротив, укупно узев, најефикаснија институционална гаранција те слободе. Стога се чини да по слободу појединца не само да није опасно да судска власт максимизује свој утицај, вршећи и регулативну власт, већ да је то, штавише, пожељно.

знато, и судије (барем према преовлађујућем теоријском ставу) понекад врше дискрециону власт, тако да је, упркос начелној исправности изнете тезе, она у многим ситуацијама подложна изузецима.

2.4. Пракса Европског суда за људска права

У случајевима у којима утврди да у држави-уговорници постоји правно-системски проблем у кршењу људских права ЕСЉП ће јој такозваном пилот-пресудом наложити да измени проблематичан национални пропис и тако га усклади с Конвенцијом (Поповић 2008, 117). Таквим пресудама суд у Стразбуру несумњиво утиче на стварање права, односно таква пресуда не делује само *inter partes* него има опште дејство. На тај начин ЕСЉП врши једну врсту уставносудске функције, то јест његове одлуке се могу упоредити с одлукама органа уставносудске контроле на националном нивоу. А будући да је тај суд на неки начин постао важан ауторитет за националне судове држава-уговорница, јасно је да је систем у којем је судска пресуда извор права ближи континенталним правним системима него икада раније.

Још важнији моменат у вези с праксом ЕСЉП, који је од значаја за поенту ове расправе, јесу његове пресуде које се тичу потребе за уједначеном судском праксом. Наиме, у складу с доктрином четврте инстанце (уп. Дајовић, Спаић 2016, 22–24), ЕСЉП у принципу не упоређује различите судске пресуде на националном нивоу, сматрајући да у свим правним системима постоји могућност разлика у пресудама поводом сличних или истих случајева, чак и пред истим судовима. Ипак, пракса највиших судова у држави мора бити конзистентна у највећој могућој мери. Конзистентност значи поштовање принципа правне сигурности, што подразумева пресуђивање које је претежно у складу с претходним одлукама највиших судова у случајевима који су исти или битно слични. Стога „судови не треба да одступају, без ваљаног разлога, од преседана успостављених у ранијим предметима“ (*Demir and Baykara v Turkey*, 34503/97, §153). Арбитрарна ће бити свака пресуда при чијем је доношењу суд, без прихватљивих или без икаквих разлога, одступио од устаљене праксе. У таквим случајевима судска власт ће прекршити право на правично суђење из члана 6.1 европске Конвенције о заштити људских права и основних слобода.⁸

Уобичајени стандард ЕСЉП за оцену да ли неуједначености у судској пракси представљају кршење Конвенције јесте „постојање дубоких и дуготрајних разлика у пресуђивању“. Уз то, за уједначену судску праксу је са становишта националног правног система посебно значајно постојање функционалног механизма који би могао обезбедити

⁸ Опширније о том ставу Европског суда за људска права уп. Роровић 2021.

униформну примену права.⁹ Стога примена супстантивно сличних правних норма на лица која припадају скоро па идентичним групама мора бити уједначена, као што мора постојати механизам за решавање евентуалних неуједначености. Осим тога, тај механизам мора бити функционалан и употребљаван (*Nejdet Sahin and Perihan Sahin v Turkey*, 13279/05, § 53).

Конечно, будући да се пракса ЕСЉП „схвата озбиљно“ у државама-говорницама, тако јасан став о обавези уједначавања судске праксе указује на то да су државе под јурисдикцијом ЕСЉП додатно подстакнуте да судска власт у њима следи доктрину *stare decisis*, иако због различите природе националних правних система под његовом „јурисдикцијом“ ЕСЉП то изричито не захтева.

3. РЕГУЛАТИВНА ФУНКЦИЈА СУДСКЕ ВЛАСТИ

3.1. Обавезност прецедента

Херберт Харт је веровао да у такозваним „лаким“ или једноставним случајевима, када не постоји спор око тога која је правна норма применљива и шта она значи у конкретном случају, судије треба да је примењују сходно њеном неспорном језичком значењу. Другим речима, они у таквим случајевима треба да расуђују на основу правних норма, као ауторитативних разлога, без уплива властитих идеолошких, моралних или политичких уверења, чак и ако им се чини да ће резултат њихове одлуке, с моралног, политичког, економског или другог релевантног аспекта бити непожељан (Hart 1958, 615).¹⁰ Такав став је у складу с његовим схватањем природе права, улоге званичника у правном систему и најпосле природе правних норма као ауторитативних разлога.

Такав Хартов став се може „превести“ и поопштити ставом савремене правне теорије према којем важећа правна правила (нарочито за судове, али не само за њих) представљају искључујуће (или преемптивне)

⁹ „Постојање двеју контрадикторних одлука Врховног суда у истој ствари неспојиво је с начелом правне сигурности [...] улога виших судова управо је у томе да разреши дилеме око различитих правних схватања, уклоне дилеме и осигурају јединствену примену права“ (*Vusić v Croatia*, 48101/07, §45).

¹⁰ Како Мекормик истиче, „courts should apply previously announced rules to present cases that fall within the rules’ terms even when the courts’ own best judgment, all things considered, points to a different result“ (MacCormick 1994, 168).

и садржински независне разлоге за делање.¹¹ Не улазећи у концептуалну прецизност такве карактеризације правних правила, она се ипак може показати корисном када се утврђује обавезујући статус прецедената, то јест однос судова према општим прескриптивним исказима који су изнети у пресудама у претходним сличним случајевима. Речју, уколико такви искази могу бити (1) искључујући и (2) садржински независни разлози за судове приликом доношења потоњих одлука у сличним случајевима, онда између њих и важећих правних правила у другим изворима права не би било значајне концептуалне разлике. И онда бисмо, најкраће речено, прецедентна правила могли сматрати општим правним правилима *simpliciter*.

Овом приликом ћу се задржати само на другој карактеристици јер је, најпре, искључујућа природа правних правила као разлога за делање¹² одвише сложена и контроверзна¹³ да би јој се на овом месту посветила потребна додатна пажња и, друго, због тога што се она најчешће повезује са садржинском независношћу правила, као разлога за делање.

Концепт садржински независних разлога (СНР) увео је у јуриспруденцију Харт (Hart 1982, 252–255), а на његовом трагу разрадио га је Џозеф Раз. Он СНР дефинише на следећи начин: „Разлог је садржински независан ако не постоји *директна веза* између разлога и радње за коју је тај разлог разлог“ (Raz 1986, 35). Ипак, Разова дефиниција није најпрецизнија јер је израз „директна веза“ неодређен, и у делу који се односи на то шта је „директно“ а шта не и у делу који се односи на израз „веза“. Стога Постема прецизније карактерише садржински независне разлоге када каже да њихово постојање и препознавање „ни на који начин не зависи од оцене пожељности или моралних вредности радње за коју је тај разлог разлог“ (Postema 1987, 86). Слично мисли и Грин када „суштину идеје“ садржинске независности види у томе да чињеница како је нека радња правно обавезна има нормативне консеквенце „независно од природе и исправности саме те радње“ (Green

¹¹ О природи правних правила уп. Alexander, Sherwin 2001, 26–35; Raz 1979, 21–22, 30–33.

¹² У најкраћем, ауторитативно правило је искључујући разлог за делање, уколико исказ ауторитета представља разлог првог реда за Х да учини радњу Р, али такође и разлог другог реда да Х не поступи према разлозима првог реда који говоре у прилог неизвршења радње Р. Дакле, тај исказ је у исто време и разлог првог реда и разлог другог реда. Као разлог другог реда, он је разлог да се не дела из (одређених) разлога првог реда, то јест искључујући разлог (Raz 1979, 17).

¹³ О дебатама о природи прецедената у *common law*, као искључујућим разлозима уп. опширније Perry 1987, 221 и.д.

1990, 225). Тако је, на пример, заповест, као разлог, независна од садржине заповеђене радње јер заповест у принципу може да буде разлог за било какве радње, укључујући и оне сасвим супротне садржине.¹⁴ Неки ауторитет ми може издати заповест да останем у просторији или да је напустим. У оба случаја, његова заповест ће представљати разлог за радњу, упркос пожељности или моралности саме те радње. На сличан начин, вели Раз, и обећања се, примера ради, могу посматрати као садржински независни разлози (Raz 1999, 70).

Како у овом смислу стоји ствар с „правилима“ која се налазе у обраложењима судских пресуда? Као што је показано на примеру правног система САД (Дајовић 2022, 263 и.д.), извор из којег потиче или статус који ужива у правном поретку од других актера (а најважније, од самих судија) прецеденту даје његову обавезну снагу. Речју, прецедент не црпи ауторитет из свог *садржаја* или уверљивости резона којим се „прецедентни“ суд водио.¹⁵ Уколико би, примера ради, морална неисправност или утилитаристичка непожељност биле довољне за суд да у конкретном спору одбаци прецедент, онда од обавезности прецедента, то јест од доктрине *stare decisis*, не би остало ништа (Waldron 2007, 201; Lindquist, Cross 2005, 1161). Стога је, како истиче Шауер, снага прецедента највидљивија у случајевима у којима се судија из актуелног случаја не слаже с одлуком која је донета у прецедентном случају. Када судија доноси одлуку у актуелном случају зато што се слаже с исходом прецедентног случаја или зато што је убеђен у то ваљаном аргументацијом прецедентног суда, тада доктрина *stare decisis* постаје сувишна (Schauer 2012, 124). Према томе, *садржина* самог прецедента није одлучујућа за постојање његове обавезујуће природе. Стога су „и акти законодавца и пресуде судова *правно ауторитативне* директиве и једнако су (важеће) право, премда у различитој форми“ (Duxbury 2013, 20).

Поменути пример стоматолога који се сматра „лекаром“, у смислу члана Кривичног законика (Дајовић 2022, 257–258) може, у том смислу, бити илустративан и показати како функционише доктрина *stare decisis* и у чему се обавезујући прецеденти разликују од персуазивних. Приликом решавања тог правног питања, неки потоњи суд који би стоматологу судио за кривично дело несавесног лечења, могао би да прибегне језичком аргументу и да, на основу њега, закључи да се

¹⁴ „The reason is in the apparently ‘extraneous’ fact that someone ...has said so, and within certain limits his saying so would be reason for any number of actions, including (in typical cases) for contradictory ones“ (Raz 1986, 35).

¹⁵ Тај став до извесне мере ублажава и коригује Ламонд (уп. Lamond 2005).

у уобичајеној језичкој комуникацији стоматолози никад или безмало никад не називају лекарима. Уобичајено је да ћемо зубара ословити као „доктора“, као што то чинимо и са лекарима и познато је да они ту титулу стичу, баш као и лекари, на крају факултетских студија. Али језичка пракса свакако не иде у корист језичког тумачења да су стоматолози „лекари“. У прилог таквом језичком интерпретативном аргументу ишао би и један системски. Наиме, већ у члану два важећег Закона о коморама здравствених радника¹⁶ предвиђа се да постоје различите коморе за лекаре и стоматологе, то јест Лекарска комора и Стоматолошка комора и да је чланство тих комора, респективно, састављено од лекара и стоматолога, чиме се јасно не истиче само разлика између та два појма већ и разлика у природи њихове делатности. Најзад, приликом правне квалификације у актуелном случају, потоњи суд може у обзир да узме и првобитно, „прецедентно“ тумачење, као контрааргумент, али оно је тада само један од аргумената (тзв. интерпретативни аргумент прецедента), који суд одмерава и који не мора у коначној одлуци да однесе превагу над језичким или системским (или било којим другим) аргументима. И тада би у питању био само такозвани персуазивни прецедент.

Међутим, супротно овом аргументативном току, суд који би решавао потоњи случај, држећи се доктрине *stare decisis*, не би разматрао интерпретативне аргументе у прилог овог или оног значења законског термина „лекар“ и да ли оно денотира и стоматологе. Он би користио интерпретативни прецедент који је поставио прецедентни суд у претходном сличном случају и то не као аргумент у прилог значења термина „лекар“ које обухвата и стоматологе, већ у смислу интерпретативне „норме“ коју је обавезан да примени, не улазећи у њену оправданост нити аргументујући у прилог или против њеног садржаја и смисла.

3.2. Канонизација правила у прецеденту

Имајући на уму оно што је речено о практичном обнашању регулативне власти у англосаксонском систему (Дајовић 2022, 263 и.д.), а нарочито нормативне разлоге предвидљивости и једнакости, чини се да је битан фактор вршења и домашаја регулативне функције судске власти и начин на који је судови врше. Ту превасходно мислим на начин уобличавања прецедента у образложењима судских пресуда. Из примера

¹⁶ Закона о коморама здравствених радника, *Сл. гласник РС*, 107/2005 и 99/2010.

који су наведени у првом делу расправе (Дајовић 2022, 252–260) и могућности да кроз интерпретативне прецеденте судови тумачењем допуњавају право, а слично важи и за стварање права, јасно произилази да је најпожељнији облик креирања прецедената такозвано канонизовано опште правило или јасна норма-дефиниција.¹⁷ Јер, како Волдрон вели: „(А)ргумент (предвидљивости) генерише аргумент да се прецедент поштује, само у односу на онај прецедент чији је утицај на случај који се тренутно разматра *јасан и неспоран*“ (Waldron 2007, 201). А да ли је тај утицај „јасан и неспоран“ једноставније ће се утврдити ако је сам прецедент формулисан као јасно и одређено правило или као норма-дефиниција.

Уколико је, пак, прецедент у форми „имплицитног правила“ (Дајовић 2022, 270), често се, констатују теоретичари, појављује проблем разликовања између *ratio* и *dictum*-а, који оставља простор да се од имплицитног правила лако одступа у потоњим случајевима (Merrill 1993, 63). Као пример те „непоузданости“ Мерил наводи познату пресуду Врховног суда САД о абортусу, *Roe v. Wade*.¹⁸ „Шта је *holding* у случају *Roe v. Wade*? Да су државни закони који инкриминишу абортус неуставни (као што сугерише мишљење председника суда, Ренквиста у случају *Webster v. Reprod. Health Servs.*, 492 U.S. 490, 521 (1989))? Да се абортус мора допустити све док плод не оживи (као што се сугерише у заједничком мишљењу у случају *Planned Parenthood v. Casey*, 112 S. Ct. 2791, 2804 (1992))? Да је (право на) абортус темељно људско право, које се може регулисати само ако треба остварити неки уверљив друштвени интерес (као што је означено у већини одлука након *Roe v. Wade*)?“ (Merrill 1993, 63, фус. 89).

Дакле, јасна је предност прецедента у форми канонизованог правила или норме-дефиниције у односу на прецедент у форми „имплицитног правила“ или стандарда. Упркос томе, ваља нагласити следеће. И када је прецедент у форми канонизованог правила или норме-дефиниције, то не значи да се он не може, потоњим пресудама, на изванредан начин градуелно развијати. Иако уобличавање прецедента у форми канонизованог правила има значајне предности, потешкоћа је у томе што су-

¹⁷ Подсећам да те норме-дефиниције Булигин назива дефиниционим сентенцама (Дајовић 2022, 258). Он изричито каже: „[T]he contribution of the judge to the creation of law is not restricted to the creation of norms; equally important, and perhaps even more important, are the judge’s definitions of legal concepts.“ И збор тора је „case law... a source of law in the sense that judges contribute to the creation of legal norms and to the definition of legal concepts“ (Bulygin 2015, 86, слично и 87).

¹⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

дови нису идеална места за стварање правила која ће, да тако кажем, бити општеобавезујућа линеарно. Другим речима, и канонизована прецедентна правила и норме-дефиниције подложни су корекцијама или изузецима. Уосталом, примарна функција судске власти је адјудикативна. Судови су фокусирани, пре свега, на чињенице конкретног случаја, онако како су оне представљене од учесника у спору. То значи да субјекти права који би у будућим случајевима били подложни прецедентном правилу ни на који начин не могу да утичу на његово доношење и изван су видокруга суда у прецедентном случају (Sherwin 1999, 1188). Стога је у англосаксонској теорији општеприхваћена теза да сви потоњи судови, иако везани прецедентом, имају овлашћење да „праве разлику“. То, заправо, значи да могу да „допуњују“ прецедент или да у односу на њега успостављају изузетке, имајући у виду разлике између чињеничног стања у прецедентном и актуелном случају.¹⁹ На тај начин се прецедентно правило „прочишћава“ и грана кроз читав низ случајева и показује се његова (не)исправност у различитим, иако сродним, чињеничним контекстима (Sherwin 1999, 1189).

Истовремено, у томе лежи можда највећа предност примене доктрине прецедената – прецеденти се могу финим подешавањима прилагођавати најразличитијим друштвеним околностима. Прецедентно право се на тај начин развија постепено и у складу с потребама и приликама окружења на које треба да делује. Оно је, попут крошње дрвета, која у повољним условима стално буја, терајући нове изданке, „гране“ и „гранчице“. И док, законодавац може цело „дрво“ закона или читавог дела правног система једним реформским потезом да „посече“ и посади ново, судска власт, путем прецедената, делује управо супротно.

У том светлу, корисно је подсетити се, на пример, одлуке Апелационог суда (Дајовић 2022, 256) о томе да се забрана ношења оружја не односи само на јавни простор него и на приватно двориште власника оружја. Прво, та формулација се, без сумње, може третирати као једна врста интерпретативне норме. Друго, она допуњује, разрађује или прецизира „изворну“ правну норму из закона – иако се њено значење може засновати на значењу законске норме, она ипак представља њено прецизирање или допуну те, у том смислу, и „стварање“ права.

¹⁹ „Прављење разлике (*distinguishing*) је пракса у којој каснији судови наводе неке разлике између чињеница прецедентног случаја и чињеница из каснијег случаја како би објаснили зашто не следе прецедент. Каснији случај може јасно да потпада под опсег ранијег *ratio*... али каснији суд може одбити да утврди (исти) коначан исход Ц на основу тога што постоји нека карактеристика у потоњем случају која није присутна у прецедентном случају која пружа добар разлог да се не утврди резултат Ц“ (Lamond 2005, 9).

И треће, све то не значи да такво правило не може будућим судским одлукама градуелно да се „развија“, односно да трпи изузетке, да буде дифизибилно. Замислимо, на пример, случај у којем је оптужени оружје носио кроз двориште, да би га одложио у ормарић за чување оружја који се налази у гаражи, поред куће. Или случај домаћинства у планинском крају, у којем се често догађа да опасне дивље животиње упадају на имања, па власник употреби оружје у дворишту како би отклонио опасност која прети његовој стоци. У свакој од тих ситуација, и у низу других, које се могу замислити као реалне, могуће је да ће суд, приликом примене прецедентног правила, имајући на уму *ratio* прецедента и чињенице актуелног случаја, доћи до закључка да је прецедентно правило неподесно да би се применило у датим околностима, то јест да га треба „допунити“, „развијати“ или у односу на њега успоставити изузетак.

Због тога је могуће, чак и када је у питању прецедент у облику канонизованог правила или норме-дефиниције, да суд у потоњем случају оцени како га не треба применити у актуелном случају јер су чињенични склопови прецедентног и актуелног случаја, премда сродни, ипак различити у релевантном смислу. Међутим, таквим поступањем суда не ослабљује се обавеза коју диктира доктрина *stare decisis*. Судије у таквим случајевима не поричу обавезност прецедента (јер им се он не „допада“, јер га сматрају „погрешним“ итд.) већ само резонују да су чињенице у актуелном случају *битно* другачије него у прецедентном случају (Lindquist, Cross 2005, 1163).²⁰

²⁰ „Distinguishing is certainly subject to some constraints; the later court must point to some difference between the facts of the two cases that it regards as providing a good reason for not following the result in the precedent. This can be represented as follows. If the *ratio* is:

R = If {J,K,L}, then C

Then (1) the later court must alter R only by adding a new element to {J, K, L} (or by substituting a subcategory of J, or K, or L, for that element), thereby narrowing the scope of R; and (2) the amended rule must not be inconsistent with the result in the precedent case“ (Lamond 2005, 10).

Међутим, ваља истаћи да је то питање у теорији и пракси доктрине прецедента једно од најсложенијих. Овлашћење судова на „прављење разлике“ (*distinguishing*) природна је последица чињенице да је доктрина прецедента настала као дериват специфичне праксе у системима *common law*, а то је пракса судског одлучивања *case-by-case*. Фундаментална разлика између судова који одлучују казуистички и судова који одлучују на основу унапред постављених (обично законских) правила је то што су у првом систему судови упућени да опште правило или принцип (или *ratio*) на којем ће засновати пре-суду извлече из конкретног чињеничног контекста. Стога се и систем прави-

3.3. Промена прецедента

На извештајан начин, излагањем на крају претходног пододељка, пришао сам још једном битном питању у вези с доктрином *stare decisis* – питању промене прецедента. Кажем, „на извештајан начин“, јер том приликом није описано одбацивање или промена прецедента већ карактеристично својство примене доктрине *stare decisis* у системима *common law* да постојећи прецедент потоњи суд може да допуњава или развија. А када је реч о самој *измени* прецедента, према тој доктрини, други (по правилу, највиши) судови у сличним случајевима не треба да мењају прецедентна правила, осим да би се елиминисали прецеденти, који су од почетка били лоши или који су такви постали због промењених друштвених прилика.²¹ Стога је корисно установити разлоге због којих се може изменити или укинути постојећи прецедент јер се, у крајњој линији, и закони мењају или укидају па је друштвено и правно оправдано да се мењају и укидају и прецеденти. Ипак, разлози за ту промену морају бити рестриктивни – разлози за промену закона су ствар политичке воље законодавца, разлози за промену прецедента не смеју да буду ствар пуке воље тренутних судија.²²

ла и принципа *common law* развија градуелно, постепено и органски се грана, као што је управо и описано. Он је веома условљен чињеничним контекстима конкретних случајева. То, наравно, није случај у континенталним системима у којима су општа законска правила независна од конкретних чињеничних контекста, већ су чињенице описане у хипотези правила на апстрактан начин. У овој расправи, која је сасвим начелне природе, немогуће је подробније размотрити то важно питање. Ипак, мени се чини да примена доктрине прецедента и на тумачење писаних, законских правила веома добродошла управо стога што ублажава крутост апстрактних формулација у пракси, чинећи судове сензибилнијим на конкретне чињеничне контексте. И то је један од кључних разлога због којих сматрам да судска власт регулативну функцију може и треба да врши само кроз конкретне, појединачне пресуде, а не, рецимо, кроз начелне правне ставове, којима недостаје та повезаност с конкретним чињеницама случаја (Дајовић 2022, 259 фн. 43).

²¹ Поменуо сам на почетку претходног одељка да је Холмс говорио да доктрина прецедента може бити „одбојна“. Том приликом, он је истакао и да „је још одбојније ако су основи на којима почива (прецедентно правило) већ одавно ишчезли, а то правило просто наставља да перзистира на слепој имитацији прошлости“ (Holmes 1897, 469).

²² Ипак, поједини аутори примећују да није увек тако. Или, боље речено, да је тако када је суд релативно незаинтересован за природу спорног питања у актуелном случају. Међутим, када су, са становишта моралних, политичких или других личних преференција судија, „улози“ високи, оне су склоне детаљнијој анализи прецедентних одлука и одлучније да успоставе нови прецедент (Lindquist, Cross 2005, 1165–1166).

Кључан рестриктивни разлог би могао да буде стандард који полази од претпоставке у корист одржања прецедента на снази, што значи да се прецедент може „оборити“ само ако је *очигледно и озбиљно неоправдан* (Alexander, Sherwin 2001, 26). Стандард очигледног и озбиљног недостатка оправдања је стандард свеукупне процене правила, а не стандард којим се оцењује оправданост примене прецедентног правила у конкретном случају. Суд мора применити правила на случајеве у којима одлучује, чак и ако је уверен да одлука у конкретном случају доводи до непожељног исхода, узимајући све разлоге у обзир. Јер и добар прецедент може у конкретном случају довести до лошег исхода. Но, то не оправдава његово одбацивање у сваком таквом случају. Само ако је суд уверен да ће прецедентно правило, ако се доследно поштује, у будућности произвести много више грешака него што ће их спречити, суд не мора одржати прецедент на снази. Другим речима, прецедент је оправдано променити или укинути само ако ће та промена универзално водити до праведнијих или моралнијих исхода.²³

Други, допунски и објективнији стандард, када је у питању пристајање суда уз прецедентно правило, ослања се, на нама добро познат, концепт судске праксе. Наиме, прецедентно правило, према том стандарду, неће бити обавезујуће за суд који није „склон“ његовој примени у конкретном спору уколико оно није примењивано и од других судова, током извесног периода времена. Тек када је вишекратно преиспитано у процесу судијског расуђивања и одлучивања у различитим конкретним случајевима, прецедентно правило стиче потврду да је поменути критеријум како ће оно пре спречити него што ће произвести непожељне последице у целини задовољен. Може се, у извесном смислу, рећи да је критеријум судске праксе у ствари само мултипликована или „ојачана“ верзија доктрине прецедента. Јер, у крајњој линији, и та судска пракса је морала да започне од неке прецедентне пресуде. Ипак, ваља нагласити да се применом тог допунског критеријума „коригује“ порекло обавезности прецедентног правила. Ауторитет на основу којег га потоњи судови прихватају као обавезујуће више није *само* суд који је први креирао правило већ низ судова који су га касније усвојили и примењивали (Alexander, Sherwin 2001, 22).²⁴

²³ Сличан принцип, уосталом, важи и за примену писаних, законских правила (Feteris 1999, 81).

²⁴ Наравно, увођење судске праксе, као надоградње доктрине прецедента, „поставља“ додатна питања, која се тичу критеријума *постојања* прецедента. Колико пута нека одлука треба да се потврди? Или колико дуго треба да

Најзад, постоје и неки специфични стандарди, контекстуално прилагођени конкретної јурисдикцији. Примера ради, Европски суд за људска права одступа од ранијих прецедената када се друштвене околности и схватања промене тако да измењена схватања и праксе прихвата највећи број држава-уговорница. Када је, рецимо, ЕСЉП у случају *Риз против Уједињеног Краљевства*²⁵ први пут одлучивао о томе да ли је одсуство правног признања извршене промене пола у складу с Конвенцијом, јасно је заузео став да одлучивање о томе спада у домен слободне процене (*margin of appreciation*) државе чланице. Тог „прецедента“ ЕСЉП се држао наредних петнаестак година.²⁶ Међутим, у случају *Годвин против Уједињеног Краљевства*²⁷ ЕСЉП је, дајући за право подносиоцу представке, истакао да је „прецедентна“ пресуда у случају Риз донета у другачијим околностима јер у то време није постојао ни приближно заједнички став држава-чланица о правном признању промене пола. И будући да се тај контекст временом променио и да су многе државе прописима уредиле признање новостеченог полног идентитета транссексуалаца, ЕСЉП је у случају Годвин утврдио повреду права на приватни живот из Конвенције.

4. ЗАКЉУЧАК

И први и други део расправе доминантно су били посвећени излагању добро познатих, неконтроверзних и једноставних тврдњи о подели власти, судској власти, природи права, примени права те општеприхваћеним вредностима које право треба да промиче. Иако су те тврдње махом неспорне, њихово изношење на видело одређеним редоследом послужило је да се дође до закључка који није неспоран. И поготово није ни практично ни теоријски неспоран у континенталној правној култури. А тај закључак се може сумирати речима Ентонија Кронмена: „Поштовање прошлих одлука, прецедента, није карактеристика само неких правних система. То је пре карактеристика права

се потврђује? Да ли мора да се потврди само од истог суда или судова истог ранга? (Alexander, Sherwin 2001, 23). О судској пракси као „извору права“ уп. Кошутећ 1974.

²⁵ *Rees v. The United Kingdom*, no. 9532/81 од 17. октобра 1986.

²⁶ Уп., на пример, случај *Cossey v. The United Kingdom*, no. 10843/84 од 27. септембра 1990 и случај *Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*, no 31–32/1997/815–816/1018–1019 од 30. јула 1998.

²⁷ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, no. 28957/95 од 11. јула 2002. Захваљујем се Софији Ковачевић, која ми је скренула пажњу на те случајеве.

уопште. И где год постоји скуп пракси и институција за које верујемо да се основано могу назвати 'правом', доктрина прецедената ће бити на делу, утичући у мањој или већој мери, на понашање оних који су одговорни да управљају тим институцијама и праксама“ (Kronman 1990, 1032, нав. према Spaić 2018, 28).

Већ на први поглед је јасно да тако универзално постављена теза значи да се у њеном заснивању и извођењу занемарују многи партикуларни, али не мање важни моменти. Долазак до тако општег закључка подразумева да се ти моменти само овлаш представе, али не и да се детаљније анализирају. Чини ми се да су међу њима најважнија питања, која су спомињана, али не и детаљно разрађена, формулисање односно издвајање прецедента из пресуде, као и допуне и измене прецедента. Без потпунијег одговора на та питања и основна идеја ове расправе, премда, чини ми се, у основи исправна, остаје недовршена или непотпуна.

* * *

На самом почетку првог дела расправе поменуо сам да је један од повода за њен настанак био покушај да се променама Устава Србије део судске „власти“²⁸ измести изван судова (Дајовић 2022, 234). Ипак, интенција није била да се бавим правним системом Србије. Иако претпостављам да обавештени читалац може да се запита „како би доктрина *stare decisis* функционисала у судовима у Србији?“, намеравао сам само да покажем докле (могу да) се простиру границе судске власти редовних судова у *било ком* развијеном правном систему у којем судске пресуде нису признате као формалан извор права. Закључак је да те границе *могу* и *треба да* обухватају уобичајену адјудикативну функцију, али, и на њој засновану, регулативну функцију. Према томе, *могућност* и *пожељност* да судска власт врши регулативну функцију испитивао сам генерално, а не како би она могла да се врши у конкретном

²⁸ Термин „власт“ се користи под наводницима јер у Србији судови формално немају онај „комад“ власти који у чланку називам регулативном функцијом власти, а коју би имала конституционализована судска пракса, као формални извор права. Осим тога, контекстуално условљен проблем је то што се судство у Србији не перципира као власт, што су представници судске власти слабо видљиви и препознати у јавности као представници власти, напokon, што саме судије у јавности не одају утисак да сами себе препознају као носиоце власти (Јовановић 2020, 7–8). Ипак, то није значајно за расправу чија је поента да објасни и нормативно оправда капацитет савремене судске власти, *као такве*, да врши регулативну функцију.

правосудном систему. Отуда нисам залазио у питање конкретног устројства судске власти (па ни домаћег) и његовог утицаја на ефикасност и модалитет извршавања тих функција. Примера ради, један јединствен и строго хијерархијски устројен систем судске власти вероватно би олакшао ефикасније успостављање њене регулативне функције. Ипак, и у таквом систему остаје, међу осталим, отворено питање обавезности *хоризонталних* прецедената. И то није само питање организационо-судске већ и правнотеоријске природе. Стога је овај текст, методолошки посматрано, прилог из концептуалне и аксиолошке, а не из емпиријске анализе институција.

Најзад, судску власт врше судови, односно судије, али уколико треба да досегне своје крајње границе и искористи све капацитете власти које има, судство треба да се саморазумева као целина. То значи да сваки појединачни судија остаје независан у односу на друге гране власти, као и на друге судије. Али не треба да буде независан у односу на претходне судске одлуке, баш као што није независан у односу на законе. Уколико не говори једним гласом када су у питању прецеденти, судска власт не може да врши регулативну функцију, слично судском већу које не би вршило адјудикативну функцију ако не би постојала јединствена пресуда у конкретном случају него би сваки члан већа могао да доноси пресуду какву жели.²⁹

Стога је вршење регулативне функције судске власти и питање правнополитичке, идеолошке и социјалне природе. И тако се долази до једног другачијег, али тесно повезаног проблема који је у вези с темом ове расправе: *да ли ће и колико власти судска власт у једном правном поретку заиста имати није питање за правну теорију или за правну филозофију већ је питање културних, политичких, економских и социјалних околности у којима судије и судство у целини делују*. Јер само ако припадници судске власти развију особену културу и идеологију која им је релативно заједничка и коју солидарно подржавају, могуће је да судску власт заиста врше онако *како могу и како би требало да је врше*. А да ли ће и на који начин такву културу и идеологију развити, то је емпиријско питање. Зато је одговор на питање *о условима* који су потребни да би судска власт постала грана власти која аутономно врши адјудикативну и регулативну функцију ствар емпиријских, а не концептуалних и нормативних истраживања.

²⁹ „Како би осигурали да њихови властити прецеденти остану на снази, судије морају развити норму реципроцитета у погледу поштовања одлука једних према другима“ (Lindquist, Cross 2005, 1165). О једној врсти „заједничког“ прихватања правила признања, као нужном услову за његово постојање и обавезност, опширније сам писао у Дајовић 2010, 255.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Alexander, Larry, Emily Sherwin. 2001. *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*. Durham and London: Duke University Press.
- [2] Alexander, Larry, Emily Sherwin. 2004. Judges as Rulemakers. *University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper*. Series 15.
- [3] Bulygin, Eugenio. 2015. *Essays in Legal Philosophy*, eds. Carlos Bernal, Carla Huerta, Tecla Mazzaresse, José Juan Moreso, Pablo E. Navarro, Stanley L. Paulson. Oxford: Oxford University Press.
- [4] Claus, Laurence. 3/2005. Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation. *Oxford Journal of Legal Studies* 25: 419–451.
- [5] Dajović, Goran. 3/2010. Rule of Recognition and Written Constitution. *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 58: 248–264.
- [6] Дајовић, Горан, Бојан Спаић. 2016. *Право на образложено пресуду: Пракса Европског суда за људска права / Right to a Reasoned Trial: Practice of The European Court of Human Rights*. Подгорица: Центар за демократску транзицију.
- [7] Дајовић, Горан. 1/2022. Могућност регулативне функције судске власти. *Анали Правног факултета у Београду* 70: 233–281.
- [8] Duxbury, Neil. 2013. *Elements of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [9] Ervin, Sam J, Jr. 1970. Separation of powers: judicial independence. *Law and Contemporary Problems* 35: 108–127.
- [10] Feteris, Evelin T. 1999. *Fundamentals of Legal Argumentation*. Dordrecht: Springer Science+Business Media.
- [11] Green, Leslie. 1990. *The Authority of the State*. Oxford: Clarendon Press.
- [12] Hart, Herbert. 2/1955. Are There Any Natural Rights? *The Philosophical Review* 64: 175–191.
- [13] Hart, Herbert. 4/1958. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review* 71: 593–629.
- [14] Hart, Herbert. 1982. *Essays on Bentham*. Oxford: Clarendon Press.
- [15] Hart, Herbert. 1994. *The Concept of Law*. Second Edition with Postscript, eds. Raz & Bulloch. Oxford: Clarendon Press.

- [16] Hasnas, John. 2005. Hayek, the Common Law, and Fluid Drive. *New York University Journal of Law & Liberty* 1: 79–110.
- [17] Holmes, Oliver Wendell. 8/1897. Path of the Law. *Harvard Law Review* 10: 457–478.
- [18] Holmes, Oliver Wendell. 1920. *Collected Legal Papers*. New York: Harcourt, Brace, and Co.
- [19] Јовановић, Миодраг. 2020. Предговор – О судству као власти. 7–8. *Судство као власт*, ур. Миодраг Јовановић, Ана Здравковић. Београд: Цеприс.
- [20] Kutz, Christopher. 1/2001. The Judicial Community. *Philosophical Issues* 11: 442–469.
- [21] Kronman, Anthony T. 5/1990. Precedent and Tradition. *The Yale Law Journal* 99: 1029–1068.
- [22] Кошутин, Будимир. 1973. *Судска пресуда као извор права*. Београд: Савремена администрација, 1973.
- [23] Lamond, Grant. 2005. Do Precedents Create Rules? *Legal Theory* 11: 1–26.
- [24] Lee, Thomas. 1999. Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court. *Vanderbilt Law Review* 52: 647–735.
- [25] Liebwald, Doris. 2/2013. Law's Capacity for Vagueness. *International Journal for the Semiotics of Law* 26: 391–423.
- [26] Lindquist, Stefanie A., Frank B. Cross. 4/2005. Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent. *New York University Law Review* 80: 1156–1206.
- [27] MacCormick, Neil. 1994. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- [28] Merrill, Thomas W. 1993. Judicial Opinions as Binding Law and as Explanations for Judgments. *Cardozo Law Review* 15: 43–79.
- [29] Perry, Stephen R. 2/1987. Judicial Obligation, Precedent and the Common Law. *Oxford Journal of Legal Studies* 7: 215–257.
- [30] Поповић, Драгољуб. 2008. *Европски суд за људска права*. Београд: Службени гласник.
- [31] Поповић, Драгољуб. 2/2021. Inconsistent adjudication – a violation of the right to fair trial under the European convention on human rights. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 69: 315–338

- [32] Postema, Gerald. 1987. The Normativity of Law. 81–104. *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart*, ed. Ruth Gavison. Oxford: Clarendon Press.
- [33] Raz, Joseph. 1979. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- [34] Raz, Joseph. 1986. *Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- [35] Raz, Joseph. 1999. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press.
- [36] Spaić, Bojan. 1/2018. The Authority of Precedents in Civil Law Systems. *Studia Iuridica Lublinensia XXVII*: 27–44.
- [37] Schauer, Frederick. 2005. Rule-based decision-making in the development of legal institutions in political environments. Hague. http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/Schauer_presentation.pdf, последњи приступ 29. новембар 2021.
- [38] Schauer, Frederick. 2012. Precedent. 123–136. *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, ed. Andrei Marmor. New York – London: Routledge.
- [39] Sherwin, Emily. 1999. A Defense of Analogical Reasoning in Law. *The University of Chicago Law Review* 66: 1179–1197.
- [40] Solan, Lawrence M. 2016. Precedent in Statutory Interpretation. *North Carolina Law Review* 94: 1165–1234
- [41] Sunstein, Cass. 1996. *Legal reasoning and political conflict*. Oxford: Oxford University Press.
- [42] Troper, Michel, Christophe Grzegorzcyk. 1997. Precedent in France. 103–140. *Interpreting statutes: A comparative study*. Eds. Neil MacCormick, Robert Summers. Aldershot: Ashgate – Dartmouth.
- [43] Waldron, Jeremy. 2007. Law. 182–208. *The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy*, eds. Frank Jackson, Michael Smith. New York: Oxford University Press.

Goran DAJOVIĆ, PhD

Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

DESIRABILITY OF REGULATIVE FUNCTION OF JUDICIAL POWER

Summary

The article presents the follow-up to a previous article which expounds the thesis that in all developed legal systems court judgments *can be* sources of general rules and standards that will constraint the courts, as decision-makers, and then, consequently, other legal subjects, even if they are not formally recognized as sources of law.

In this article, the normative reasons in favor of performing the regulative function of the judiciary are first presented, with the most important ones being predictability and equality. It is then shown in which direction the regulative function could be performed by the judicial power of a typical continental system, if the judiciary, as a whole, accepts to perform it.

Key words: *Predictability. – Equality. – Judicial power. – Regulative function. – Precedent.*

Article history:

Received: 29. 11. 2021.

Accepted: 7. 2. 2022.

УДК 340.15:622(497.11)"04/14"

CERIF: H 270, H 300

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22205A

Др Андреја КАТАНЧЕВИЋ*

ХУТМАНИ СРПСКОГ СРЕДЊОВЕКОВОНОГ ПРАВА

Тема рада је установа хутмана у српском средњовековном рударском праву. Прво питање на које се даје одговор јесте у којој мери је она плод трансплантације саских обичаја у српско право. Други циљ рада је да се одреде овлашћења и дужности хутмана, као и начин њиховог избора или постављења.

Како резултати показују, Законик о рудницима деспота Стефана познаје два института хутмана. Први је помоћни орган урбарара, који са њим мери земљу и поставља границе експлоатационих поља приликом додељивања концесије и приликом пробоја, за шта наплаћује таксе. Вероватно је да га је постављао цариник закупац регалних права. Друга установа је надзорник појединачног рудника, који евидентира чланове рударског ортачког друштва, прима њихове уплате трошкова, вероватно води рачуна и о правичном, уредном и уговореном обављању осталих послова у руднику, а ангажују га ортаци.

У раду су примењени језичко, системско и историјско тумачење, упоредни метод и регресивна анализа.

Кључне речи: *Хутман. – Рударско право. – Законик о рудницима. – Законик деспота Стефана. – Ново Брдо.*

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, katancevic@ius.bg.ac.rs.

1. УВОД

Рудници сребра и злата у српским земљама средњег века јављају се у XIII веку када су се у те области доселили Саси. Немачки саски рударски стручњаци су у том или нешто ранијем периоду били активни и у другим европским земљама. Осим у Србији и у својој постојбини Саксонији, они су радили и у Чешкој, Угарској, а нешто касније у Босни. У својим сеобама не доносе само напредну технологију ископавања и обраде руде, већ и своје право. Тим нормама су регулисани односи и институти који до тада нису постојали на нашим просторима. Реципирано рударско право је у наредна два века у Србији доживело значајан развој. На пример, урбарари, закупци рудних регалија и сакупљачи урбора у чешком праву, у Србији су били органи власти *sui generis* (Катанчевић 2020а), док су закупци рудника били цариници (Катанчевић 2020а, 265–266; о цариницима Катанчевић 2020б). Изграђена су посебна правила уговора о лемшату (Катанчевић 2021, 122–123). Изгледа да је специфичност српског права и у томе што феудални господари нису имали право на део ископане руде са своје баштине (Катанчевић 2020в, 1074–1075). После пада српске државе, рударско право је реципирано у Отоманском царству и примењивано до гашења рударства на овим просторима.

Хутман је један од института преузетих из саског обичајног у средњовековно српско право. Према Фајтовом речнику, „*hutmann*“ значи 1) „*Grubenaufseher*“, „надзорник рудника, који треба да надзире материјале и ствари“ и 2) „*Steiger*“, „надзорник“ (Veith 1871, 280).

2. СРПСКИ И ОТОМАНСКИ ИЗВОРИ

Српска држава је добила своју кодификацију рударског права на прелазу из XIV у XV век (Катанчевић 2016, 221–234). То је био Законик о рудницима деспота Стефана Лазаревића. Настао је као партикуларно право Новог Брда, тада најразвијенијег рударског центра Балкана. Законик је сачуван у два српска преписа, који су откривени у XX веку. Ћирилички је старији и потиче из XVI столећа (Радојчић 1962). Латинични је настао век касније (Ћирковић 2005). После пада средњовековне српске државе, многе његове норме су реципирание и у касније отоманске прописе (Spaho 1913; Beldiceanu 1964, 243–254, 257–268, 316–323, 354–363; Rizaj 1968, 199–256).

У уводу Законика, међу члановима колегијума од „двадесет четворице добрих људи“ који су га написали, на четвртном месту се наводи име Матка хутмана („*матска хвтмана*“, Радојчић 1962, 37–38; „*Matka Hutmana*“, Ћирковић 2005, 20; у преводу Законика на турски одмах по-

сле њега је и „Dminko Hutman“, Rizaj 1965, 209). Хутмани су поменути и у пет чланова Законика. Следи њихов упоредни преглед у ћириличком и латиничком препису, према нумерацији Николе Радојчића и Симе Ђирковића:

<p>10. ... Гдѣ се роупѣ пробію с рвпами• и сретоу се тоуи да стое докле погю оурѣбарари, и хоутъ-маны• зарѣчив^сшим се печатми цариничьскыми• по о҃гледан^сю оур^сбарар^сскем^с• да не волна єдна дроуге чтетоу оучинити, докле мера погѣ•¹ (Радојчић 1962, 40)</p>	<p>Glava 4. ... gde se rupa s' rupom probie i srētu se, tuy da stoe dokle pojdu vrbarari i hutmani, a zapečativši se pečati carinskymi. Po oglědanju vrbararskom da ne volna jeda(n) drugomu štetu učiniti dokle mēra pogje.² (Ђирковић 2005, 21)</p>
<p>14. ... Роупа шоурфѣ да се залага законом^с до срѣдѣ вечерь, и да се личи• а оу срѣдѣ вечерь съ оур^сбараровем ѿтрокомъ ако залогоу постави оу оурбарара што є жам^скощъ врѣдна• ако моу се види некои кривъ жам^скощъ• докле оучини разлогъ съ хоутманом, и съ дїакомъ и оу четвртѣкъ до пладне ако не би раз^слогъ оучинили, и неплатили• тоуи се дѣловѣ гоубѣ: ~³ (Радојчић 1962, 41)</p>	<p>Glava 8. A rupa šurf da se zalaga i da liče po zakonu do srēde večr a u srēdu s' urbararevem otrokom. Ako zalogu postavi vrbrara što ě vrēdna zamkošt, dokle učini razlog z' diakom i s hutmanom u čertvr'tk do pladně. Ako ne bi razlog učinili i ne platili toy se dēlovy gube.⁴ (Ђирковић 2005, 22)</p>

¹ Превод: „Где се рупе пробију с рупама и сретну се, ту да стоје докле дођу урбарари и хутмани са печатима цариничким; по прегледању урбарарском да не може једна другој штету учинити док мера не дође“ (Марковић 1985, 15).

² Превод: „...где се рупа с рупом пробије и сретну се, ту да стоје докле не пођу урбарари и хутмани овлашћени печатима цариничким. После урбарарског огледања није дозвољено да једна чини штету другој док мера не пође“ (Ђирковић 2005, 42).

³ Превод: „Рупа шурф да се залаже по закону до среде увече, и да се личи, а у среду увече са урбараровим отроком ако залогоу постави код урбарара колико жамкошт вреди, ако му се чини да је жамкошт крив, док се расправи са хутманом и дијаком и у четвртак до подне ако се не би расправили и ако не би платили, ти се делови губе“ (Марковић 1985, 15).

⁴ Превод: „А рупа шурф да се залаже по закону и јавно оглашава до среде увече, а у среду с урбараревим отроком. Ако остави код урбарара залогоу што је вредна колико жамкошт, док не направи обрачун с дијаком и с хутманом у четвртак до подне. Ако не би направили обрачун и платили, ти делови се губе“ (Ђирковић 2005, 42–43).

<p>17. ... Роупоу мѣрною или шоур^сфъ• кою соу павнали гварци• тере є была остана, пакє соу почели опеть оны гварци паоунати• или дрвзѣхъ къ себѣ припоустили• кто би на що платїа прѣвы жам^скощъ, хоутманоу и дїакоу• толико дѣловѣ да има• ако є прѣво и много дѣлова има а послѣ да є и мало дѣлова прихватиль• терѣ да се нагє и голѣма роуда• да не вол^снь рекїи прѣво сѣмь има векє дѣловѣ• нехо да се оупраша, хоут^смань или оуценникъ• на що є прѣво платїа наипослѣднїи жам^скощъ на оуз^сбою• толико и да има дѣлове векє на тои дроуга сведож^сба да се не води⁵ (Радојчић 1962, 41–42)</p>	<p>Glava 12. Rupu mĕrnu koju su paunali guarciy tere byla ostala i pak ju su poĉeli opet ony gvarci paunat ili družĕh k' sĕbě pripustili, tko bi našto! platil prwy xam'košt hutmanu, toy da ima. Ako bi pr'wo i mnogo imali i poslē da e malo poĉea, tere da se nagjĕ golema ruda da ne voln rĕky pr'wo s'm wĕke ima dĕlov, neho da se upita hutman ili uĉĕnik na što e platia naposlĕdny uzboy toliko i da ima. Vekje na toj druga swĕdoĉba da se ne vodi.⁶ (Ђирковић 2005, 22)</p>
<p>40. ... Законъ є оур^сбарароу коом хокє роупомъ сваком^с да мѣри• коом може болю правдоу показати• за тои да моу не може нитко забранить• а да моу се платет нїемоу, б• литрѣ динара• а хоут^сманомъ, а• литра а осталї є хар^счъ вѣс гвар^счки а комоу мѣра ода• тѣи мѣроу да плати• ...⁷ (Радојчић 1962, 48)</p>	<p>[VIII] Zakon' e vrbararom koom hokje rupom svakom da mĕri koom moxe boljĕ pravdu pokazati, za toy da mu ne moxe nitko ubraniti, a da mu se plakja: njemu 2. litre dinar i hutmanom litra i ostala spenza gvarka, i komu mĕru pristupi t'y da plati meru. ...⁸ (Ђирковић 2005, 26)</p>

⁵ Превод: „За рупу мерну или шурф коју су паунали гварци, те је била остала, па су је почели опет они гварци паунати или друге к себи пустили, ко би на што платио први жамкошт хутману и дијаку, толико делова да има; ако је пре и много делова имао, а после да је и мало делова прихватио, па се нађе богата руда, да не може рећи: пре сам имао више делова, него да се упита хутман или ученик — на што је прво платио последњи жамкошт на узбоју, толико и да има делова; више о томе друга сведоџба да се не води“ (Марковић 1985, 16).

⁶ Превод: „Рупу која има меру или шурф, коју су паунали гварци, па је била напуштена, а онда су је ти гварци почели поново паунати, или су друге себи припустили, да има то, на што би ко платио први жамкошт хутману. Ако би претходно и много имао и после да је мало почео, па се нађе велика руда, не сме да каже: прије сам имао више делова, него да се пита хутмана или ученика на што је платио код последњег узбоја, толико и да има. Друго сведочење о томе да се не тражи“ (Ђирковић 2005, 43).

<p>41. ... Роупе є за, й• сеж^снь плате • й • оун^счь• и ѡбѣд^с хоутманомъ• а за векіє вѣрованиє• а за поновлєніє ѡсмицоу по днѣве• закон^с моу є, љд• динаре и ѡбѣд хоутманом• ...⁹ (Радојчић 1962, 48)</p>	<p>[IX] I za věnčanje rupe za 8 sexan', zakon mu e 8 unč i oběd hutmanom za vekje věrovanie. A za ponovljenje osmice pod d'nevi љд (64) dinar i oběd hutmanom ...¹⁰ (Ђирковић 2005, 27)</p>
---	--

Како се може видети, у деловима у којима се говори о хутману постоји велико подударане два преписа, што није увек случај (нпр. Катанчевић 2021, 121). То указује на аутентичност правила у сачуваним текстовима. У члану 10 ћириличког, односно глави 4 латиничког преписа, реч је о сусретању ван поља која су им додељена, што недвосмислено проистиче из претходног текста (Радојчић 1962, 40; превод Марковић 1985, 15; Ђирковић 2005, 22; превод Ђирковић 2005, 42). Наиме, сваки рудник би добијао концесију односно искључиво право да откопава руду на одређеној измереној и обележеној површини. Могао је да је откопава и на суседном земљишту, на коме не постоји таква концесија. У цитираном делу Законика прописује се поступање у случају „пробоја рупа“ на земљишту на коме право откопавања и експлоатације није додељено.

Осим у Законику о рудницима, хутмани су поменути и на другим местима. Према Динићу, тридесетих година XV века, међу 120 дужника Михаила Лукаревића у Новом Брду забележено је и десет хутмана (Динић 1955, 12–13; Динић 1962, 84). Иако не говори много о положају и надлежности, то указује на њихову бројност. На пример, на истом месту се помиње само један дужник урбарар (Динић 1955, 12–13).

⁷ Превод: „Закон је урбарару – којом хоће рупом, сваком да мери, којом може бољу правду показати, то да му не може нико забранити, а да му се плате 2 литре динара, а хутману 1 литра, а остали је харч сав гварачки, а коме мера да – тај меру да плати...“ (Марковић 1985, 19).

⁸ Превод: „Закон о урбарарима. Којом год хоће рупом сваком да мери, где може боље правду показати, за то да му не може нико забранити, а да му се плаћа 2 литре динара, и хутманима литра и остали трошак гварка, коме меру утврди тај да плати меру...“ (Ђирковић 2005, 48).

⁹ Превод: „Рупи је за 8 сежања, плате 8 унчи и обед хутману а за веће веровање, а за поновљење осмице по дану закон му је 24 динара и обед хутману...“ (Марковић 1985, 19).

¹⁰ Превод: „И за венчање, рупе за 8 сежања, закон му је 8 унча и обед хутманима за боље веровање. А за понављање осмице по дану 64 динара и обед хутманима и да има у годишту 2 хаишта, ни да му се ништа од њих не узме“ (Ђирковић 2005, 48).

Извор потврђује и да је хутман било посебно занимање јер се помиње уз друга, која су била повезана са рударском производњом, а којима се су бавили остали Лукарчевићеви дебитори.

Тема овог рада нису рецепција и развој института хутмана у отоманском праву. Упркос томе, због регресивне анализе, користиће се и два извора из отоманског периода.

Први од њих је део документа, вероватно из 1536. године (Беговић 1971, 4 фн. 6) који садржи објашњење појединих рударских термина. Овде је дат превод Фехима Спаха:

Kanuni i majdansko nazivlje... „Glavara svih radnika u rovu i izvan rova zovu hutman. On dođe i od dioničara rudnika uzme, što spada na njih prema dijelovima i svake sedmice daje radnicima. Njihova je služba pravičnost i povjerenje. ...Kada bude dosta rude i treba je dijeliti, onda hutman obavjesti emina i ćatiba, kao i dioničare u rovu. Onda oni svi zajedno dođu i dijele“ (Spaho 1913, 167–168).

Други извор је знатно каснији. Реч је препису својеврсног речника рударске терминологије на отоманском турском језику (Скарић 1936), који је за потребе надлежних кадија настао 1751. или 1752. године (Скарић 1936, 5). Ту се термин „хутман“, у Скарићевом преводу, објашњава на следећи начин:

„...ово је човјек, кога рудари изаберу и шаљу га, када настане какав спор, па се не може поуздати у шафара и изасланика. Он (хутман) дође к рупи и упозна се са спором, па према нахођају направи извјештај. Он је судија свих рудара, па се они обраћају њему, када се догоди што, што се односи на рудник“ (Скарић 1936, 19).

3. УПОРЕДНО ПРАВО

Један од најстаријих законских споменика саског рударског права јесте повеља угарског краља Беле IV Арпадовића (1235–1270) Банској Шћавници (*Schemnitz, Schebnitz, Selmecebánya, Banská Štiavnica*) у данашњој Словачкој. У том извору се не помињу хутмани, али постоји донекле сличан институт. У члану 15 шћавничког права прописује се да, ако се два рудника сретну, посао треба да стане док не дођу заклету и старешина рудника (*„die geschworenn, vnd Perckmaister“*, *Codex diplomaticus Arpadianus continuatus* 1862, 225), који даље поступају. Осим тога, чини се да заклету имају одређене надлежности приликом „венчања рупе“, односно постављања међа рудника („маршана“,

„*Marscheid*“, „*marschayd*“). Тако се у члану 2 каже да се не може оспорити оно што доделе заклетих и старешина рудника под печатом града (у препису у *Codex diplomaticus Arpadianus continuatus* 1862, 220, не помињу се заклетих и старешина, али се то чини у ономе који је објављен у Kachelmann 1855, 187), а у члану 12 се прописује да заклетих и старешина рудника постављају међе (*Codex diplomaticus Arpadianus continuatus* 1862, 224).

Међутим, постоје и разлике између угарских заклетих и српских хутмана. Тако, према првом члану шћавничког права, старешина рудника („*Perckmaister*“) мора да постави „једног заклетог делитеља, за потребе града“ („*einen gesworen tailer, noch der Statt nwcz*“, *Codex diplomaticus Arpadianus continuatus* 1862, 220). У српском праву нема старешине рудника који би могао да именује хутмане. Њих су у XVIII веку на нашим просторима бирали рудари, а нема података како је то чињено у средњем веку. Осим тога, према повељи Беле IV, заклетих у угарском праву не сакупљају жамкошт (трошак рударског друштва) од ортака нити воде евиденцију о њиховим уделима.

Хутмани се помињу у фрајбершком праву. У члану 11 старијег рударског права за Фрајберг пише да уколико неко од рудара пронађе руду, гварци „могу поставити хутмане“ („*mogen hutluthe seczen*“), који би водили рачуна о уделима гварака и о томе давали обавештења старешини рудника под заклетвом (A 11, *Urkundenbuch der Stadt Freiburg in Sachsen* 1886, 270). У млађем фрајбершком праву прописује се забрана највишем старешини рудника, даваоцу концесије или службенику да на штолни или измереном односно ограниченом експлоатационом пољу поставља надзорника („*styger*“) или хутмана, против воље гварака (B 13, *Urkundenbuch der Stadt Freiburg in Sachsen* 1886, 289). Истим правним спомеником је предвиђено да, у случају да се обележавају поља два суседна рудника, гварци, ако тако желе, могу узети надзорника („*styger*“), „који је частан човек“ (B 18, *Urkundenbuch der Stadt Freiburg in Sachsen* 1886, 293). У члану 40, где се помињу деликти и новчана казна, као учиниоци се још једном помињу и хутмани и штајгери (B 40, *Urkundenbuch der Stadt Freiburg in Sachsen* 1886, 293). Иако би се обе речи превеле на српски као „надзорник“, изгледа да у Фрајбергу хутмани и штајгери нису били исто. Хутмани су, као и у српском праву, водили рачуна о својини над деловима рудника. Разлика је у томе што постављање хутмана није било обавезно и они нису имали никакву улогу у мерењу и додељивању одређене парцеле за експлоатацију. Нису имали надлежности у вези са „пробојем рупа“ нити им се плаћао жамкошт. Тако се чини да нису имали никаква јавна овлашћења.

Иако је повеља Вацлава I Пшемисловића (1230–1253) чешком рударском месту Јихлави (*Iglau, Jihlava*) из средине XIII века такође настала под утицајем саског права, у њој нема помена хутмана. Говори се о заклетима („*gesworn*“, „*scheppfen*“, „*schhephen*“, „*jurati*“), који са урбарарима додељују право на копање руде на одређеној површини (A I 1, B I 1, Zycha 1900, 3, 8) и у напуштеном руднику (A III 7, Zycha 1900, 4), са чијим знањем урбарари¹¹ доносе прописе (A IX 17, Zycha 1900, 7) и чија изјава има апсолутну доказну снагу (B XI 19, Zycha 1900, 17). За разлику од српских хутмана, њима се не плаћа жамкошт нити о њему воде евиденцију, као ни о уделима ортака. На месту на коме се уређује поступање приликом пробоја (B IX 26, Zycha 1900, 16) каже се да их решавају четворица часних људи, за које се не употребљавају термини који се користе за заклете. Док се проблем не реши, руднике који су се срели треба држати под надзором („*reservari debet sub custodia*“, „*mit der heute pehalten*“, B IX 26, Zycha 1900, 16). Међутим, не каже се ништа о ономе ко надзор врши.

Jus regale montanorum, повеља Вацлава II Пшемисловића (1278–1305) Кутној Хори (*Kuttenberg, Kutná Hora*), издата око 1300. године, најдетаљније уређује институт хутмана (I 12, Zycha 1900, 100–103) од свих поменутих кодификација. У стилу класичних римских јуриспрудената, прво се даје дефиниција и етимологија термина „*custodes*“, односно „*hutleuten*“ (I 12 I 1, Zycha 1900, 100–101). Бирају их ортаци од способних и угледних људи. Хутмани су полагали заклетву, били представљани урбарару и имали право на тридесет други део добијене руде у руднику у коме су радили. Тај део би губили уколико би „преступили право или своју дужност обављали немарно“ (I 12 I 2, Zycha 1900, 100–101). Постоји више врста кустоса, надземни (на улазу у рудник), подземни (у руднику) и они који надгледају топионице. (I 12 I 4, Zycha 1900, 100–101). Дужност надзорника је да води рачуна о томе да радници у руднику исправно и квалитетно обављају свој посао, да не краду руду, да долазе на посао, да раде одређени број сати и да оптужује оне који крше правила с тим у вези (I 12 I 5–9, Zycha 1900, 100–103). Сличан задатак имају и хутмани топионица (I 12 I 10–12, Zycha 1900, 102–103).

У истом извору помиње се посебна служба штајгера („*scansor*“, „*steiger*“, I 9, Zycha 1900, 92–96). Постављали су их урбарари у име краља, ради користи града (I 9 I 1, Zycha 1900, 92–93). Дужност им је била да даноноћно надзиру све руднике у месту (I 9 I 2, Zycha 1900, 92–93, 95).

¹¹ Треба имати у виду да су у оба извора настала у Чешкој урбарари оно што су у Србији тог времена били цариници, односно закупци урбора и његови сакупљачи.

Како је њихова служба захтевна, за штајгере се постављају способне и стручне личности, које полажу заклетву (I 9 IV 7, Zucha 1900, 96–97). По налогу урбарара, поступају приликом откопавања руде између граница два суседна рудника (I 9 III 4, Zucha 1900, 94–95).

Хутмане Кутне Хоре су бирали чланови рударског друштва, имали су право на удео у добити и водили су рачуна о квалитету и тачности обављања послова у руднику и топионици. Нема директних потврда да је то важило за њих у Србији средњег века. Штајгере је у том чешком месту постављао урбарар и они су полагали заклетву, а надлежност им је била да надзиру све руднике у околини града. Ни хутмани ни штајгери нису, као српски хутмани, учествовали у мерењу експлоатационог поља нити су водили евиденцију о уделима ортака. С друге стране, кутнохорски штајгери су, слично новобрдским хутманима, разграничавали руднике када копају руду ван свог поља.

4. ИНТЕРПРЕТАЦИЈЕ

У литератури која се бави српским средњовековним рударством наилази се на неколико ставова о надлежности и положају хутмана.

Владислав Скарић је институт дефинисао као „дружински чиновник, који надзире рад у руднику; био је уједно и варак у дружини, а, чини се, и њен претсједник; њега бирају варкови; у неким споровима је он и судија; подложен је урбареру; новијег времена била су у Крешеву 2 хутмана: велики над више рудника, а мали у једном руднику“ (Скарић 1939, 106; слично Скарић 1939, 34). Закључак је извео само на основу турских извора јер у то време још увек нису били откривени преписи Законика о рудницима на српском језику. Према цитираном тексту тог правног споменика, тешко би се могло закључити да је хутман ортак (варак), чиновник или управник друштва о чијим интересима одлучује приликом мерења и ограничавања експлоатационог поља и коме наплаћује таксу. Осим тога, у српским изворима нема помена ни о томе да хутман решава било какве спорове. Пре ће бити да новобрдски хутман приликом „пробоја“ разграничава руднике који су се срели „ни на чијој земљи“, заједно са урбараром, онако како им одмерава парцелу приликом давања концесије. Тешко је и да би један од ортака имао надлежност да води евиденцију о уделима осталих. Нема података о томе да га бирају ортаци, али изгледа да јесте био помоћни орган урбарару. Чини се да оно што Скарић тврди пре одговара отоманском или чешком него српском праву. Да хутмани нису били „претсједници“ рударских ортаклука нити могли да одлучују о организацији посла у руднику,

већ само да га надзиру, говоре и норме о лемшату са ленхаварима (Радојчић 1962, 42, 45–46; превод Марковић 1985, 16, 18; Ћирковић 2005, 22, 25; превод Ћирковић 2005, 43, 46), у којима се хутмани не помињу. Ипак, вредно је Скарићево сведочанство (наведено и у Скарић 1939, 36) да су постојала два хутмана, те да је један надзирао цело рударско подручје, а други само поједини рудник.

Динић је хутмана дефинисао као „настојника над цеове“, како је у његово време могло да се чује од становника околине Новог Брда (Динић 1962, 84). Иако штуро, то је лепо сведочанство да се у народу сачувала успомена на њих и да предање није искорачило ван историјске истине.

Радојчић не дефинише термин „хутман“ већ цитира речник браће Грим, у којем се та реч објашњава као „*einer der hütet, die aufsicht führt, hüter im allgemeinen sinne...; im bergwerk der steiger oder aufseher einer bergwerksgrube*“ („онај који надзире, који води надзор, надзорник у општем значењу...; у рударству штајгер или надзорник рудника“) (Grimm, Grimm 1877, 1992–1993), те даље упућује на прописе кутнохорског права о хутманима (Радојчић 1962, 87).

За Беговића је хутман био „представник дружине“ (Беговић 1971, 8), њен службеник (Беговић 1971, 14), он „учествује у одмеравању рудног поља, у решавању спорова о пробоју једног рова у туђи ров. Бри не се о прибирању жамкошта и предузимању потребних мера против оних удругара који ту обавезу нису на време испунили“ (Беговић 1971, 16). Беговић је свакако у праву у погледу надлежности одмеравања поља и скупљања трошкова ортаклука. Међутим, у српским изворима не пише да хутман треба да предузима мере против ортака који неуредно плаћају жамкошт. Према слову Законика, он о томе само води евиденцију. Тези о решавању спорова могу се супротставити исти аргументи као и Скарићу.

Биљана Марковић тај институт објашњава као „представник рударске дружине, уједно и њен члан, гварк“ (Марковић 1985, 15). Она посебно наглашава да су хутмани „представници гварачких дружина“ (Марковић 1985, 49) у решавању спорова о „пробоју“. Ставови подлежу истим приговорима као и Скарићеви.

Ћирковић даје следеће тумачење: „Hutmann, означава стручно лице, надзорника, у служби власника делова. Његова је дужност ограничена на рудник, евидентира и обрачунава трошкове, заступа дружину за коју ради. Хутмани се јављају кад треба решавати спорове и налазити техничка решења“ (Ћирковић 2005, 36; слично Ћирковић 2002, 89–90),

они су „стручни руководиоци појединих цехова, надзорници у служби гваркова“ (Ђирковић 2002, 89). Он верује да се приликом пробоја хутмани јављају као „представници заинтересованих страна“ (Ђирковић 2005, 55; слично Ђирковић 2002, 89). Он исправно примећује да је реч о стручној особи, која надзире и евидентира трошак. Међутим, нигде у изворима не стоји да хутман заступа ортаклук нити да решава спорове. Такође, не доводи се у везу са проналажењем техничких решења.

Према Законику о рудницима, хутмани имају три надлежности: евиденција ортачких делова и примање уплата жамкошта; мерење и обележавање парцеле приликом доделе концесије; исто то код проширења рудника приликом „пробоја“. Осим у првом случају, изгледа да делују као помоћни органи урбарара, а за обављање надлежности наплаћују таксу. Само су приликом постављања међа после „пробоја“ морали да буду „заручени печатима цариника“, што Ђирковић тумачи као „имајући печат као знак овлашћења цариника“ (Ђирковић 2005, 55). Да хутмани нису решавали спорове говори и то да нису наведени у члану VI ћириличног преписа Законика о рудницима (Радојчић 1962, 52; превод Марковић 1985, 21), којим се уређује судска надлежност у Новом Брду. Како се види у упоредном праву, тамо где су постојали посебни органи за мерење и обележавање земље приликом давања концесије или „пробоја“, они би полагали заклетве и не би их бирали чланови ортаклука већ виши органи власти. Како је владар преносио део власти у рудницима на царинике закупце регалија, а хутмани вршили део надлежности уз овлашћење последњих, односно уз њихов печат, могло би се претпоставити да су хутмане у Новом Брду постављали цариници.

Нема дикретних доказа да су хутмани вршили надзор над радом у руднику. Међутим, из Законика следи да су ортаци њима плаћали укупан трошак и да су хутмани водили евиденцију о уделима појединих власника. Према слову Законика, њу нису водили урбарари, иако су бележили различита друга права и правне чињенице (Катанчевић 2020а, 271–274). У том сегменту, хутмани тешко да су могли бити помоћни органи урбарара. Пре би било да је реч о другој врсти надзорника који су водили рачуна пре свега о уплатама, исплатама и финансијским интересима ортака у непосредној рударској производњи, слично хутманима кутнохорског права. Таквог хутмана би бирали ортаци, иако он не би био члан друштва. Како се из упоредног права види, могућа је разлика између јавних надзорника, органа власти и приватних надзорника, службеника у руднику или топионици. Први су имали надлежност у премеру експлоатационог поља приликом давања концесије и „пробоја“, полагали су заклетву и постављали су их виши органи вла-

сти. То су били заклету у шћавничком („*die geschworenn*“) и јихлавском („*gesworn*“, „*scheppfen*“, „*schhephen*“, „*jurati*“) и штајгери у кутнохорском праву („*scansor*“, „*steiger*“). Други су били упосленици рударског друштва, који су водили рачуна о његовом интересу. То су били кустоси или хутмани Кутне Хоре. Чини се да је тако било и у српском средњовековном праву, те да су то различити појмови за које се употребљавао исти термин, који, по свој прилици, није имао техничко значење у време сеобе Саса, пошто његова употреба осцилира у упоредним изворима. У прилог тези о два института са истим именом говори и чињеница коју истиче Скарић о два крешевска хутмана – „велики над више рудника, а мали у једном руднику“ (Скарић 1939, 106).

5. ЗАКЉУЧАК

Саси су у XIII веку донели у средњовековну Србију рударску терминологију и рударске институте, који су били уређени обичајима. Изгледа да установа хутмана – надзорника није била довољно уобличена јер постоје разлике између кодификација рударских права насталих на основу саских обичаја. Хутмани су имали свој *sui generis* развој у средњовековној Србији. У Законику о рудницима деспота Стефана, донетом за Ново Брдо, срећу се два института хутмана, односно различите установе означене хомонимима, што се може потврдити и регресивном анализом каснијег уређења рудника под отоманском влашћу. Први од њих је надзорник, помоћни орган урбарара, који заједно са њим мери земљу и поставља границе парцеле приликом додељивања концесије и „пробоја“, за шта наплаћује таксе. Вероватно га је постављао цариник, односно закупац регалних права. Друга установа је надзорник појединачног рудника, који према слову Законика води рачуна о евидентирању удела у рударском ортачком друштву и о трошковима експлоатације, које му плаћају ортаци. Иако за то нема извора, упоредноправном методом се може закључити да се он старао и о правичном, уредном и уговореном обављању осталих послова у руднику, а да су га постављали ортаци.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Беговић, Мехмед. 1971. Рударска баштина у Србији у XV и XVI веку. *Глас САНУ* 280: 1–66.
- [2] Beldiceanu, Nicoară. 1964. *Les actes des premiers sultans conservés dans les manuscrits turcs de la Bibliothèque nationale à Paris*. Vol. 2. *Règlements miniers 1390–1512*. Paris: Mouton et Co.
- [3] *Codex diplomaticus Arpadianus continuatus*. 1862. Pest: Eggenberger Ferdinánd Akademiai.
- [4] Ђирковић, Сима. 2002. Предузетништво и рударско право. *Старо српско рударство*. Београд: Вукова задужбина – Нови Сад: Прометеј.
- [5] Ђирковић, Сима. 2005. *Латинички препис Рударског законика деспота Стефана Лазаревића: увод, текст, превод и коментари*. Београд.
- [6] Динић, Михаило. 1955. *За историју рударства у средњовековној Србији и Босни*. I део. Београд: Српска академија наука.
- [7] Динић, Михаило. 1962. *За историју рударства у средњовековној Србији и Босни*. II део. Београд: Српска академија наука.
- [8] Ermisch, Hubert. 1886. *Urkundenbuch der Stadt Freiberg in Sachsen*. Vol. 2. *Bergbau, Bergrecht, Münze*. Leipzig: Giesecke & Devrient.
- [9] Grimm, Jacob, Grimm, Wilhelm. 1877. *Deutsches Wörterbuch*. Vol. 4, 2. Leipzig: Hirzel Verlag.
- [10] Катанчевић, Андреја. 2016. Датирање Законика о рудницима деспота Стефана и садржина његовог ћириличног преписа. *Српска политичка мисао* 1: 221–237.
- [11] Катанчевић, Андреја. 2020а. Институт урбарара у средњовековној Србији. *Баштина* 51: 263–279.
- [12] Катанчевић, Андреја. 2020б. Закуп царина у средњовековној Србији. *Ноμοφύλαξ. Зборник радова у част Срђана Шаркића*, ур. Тамара Илић, Марко Божић. Београд: Правни факултет Универзитета Унион у Београду, ЈП „Службени гласник“: 253–268.
- [13] Катанчевић, Андреја. 2020в. Право на рударском земљишту у средњовековној Србији. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2020: 1065–1078.

- [14] Kachelmann, Johann. 1855. *Geschichten der ungarischen Bergstädte und ihrer Umgebung*. Schemnitz: Franz Lorber.
- [15] Марковић, Биљана. 1985. *Закон о рудницима деспота Стефана Лазаревића: превод и правноисторијска студија*. Београд: Српска академија наука и уметности.
- [16] Радојчић, Никола. 1962. *Закон о рудницима деспота Стефана Лазаревића*. Београд: Научно дело.
- [17] Rizaj, Skender. 1968. *Rudarstvo Kosova i susednih krajeva od XV do XVII veka*. Priština: Zajednica naučnih ustanova Kosova i Metohije.
- [18] Скарић, Владислав. 1936. *Стари турски рукопис о рударским пословима и терминологији*. Београд: Српска краљевска академија.
- [19] Скарић, Владислав. 1939. *Старо рударско право и техника у Србији и Босни*. Београд: Српска краљевска академија.
- [20] Spaho, Fehim. 1913. *Turski rudarski zakoni*. *Glasnik zemaljskog muzeja u Bosni i Hercegovini* 25: 1–194.
- [21] Veith, Heinrich. 1871. *Deutsches Bergwörterbuch mit Belegen*. Vol. 1.2. Breslau: Verlag von Wilh. Gottl. Korn.
- [22] Zycha, Adolf. 1900. *Das böhmische bergrecht des mittelalters auf grundlage des bergrechts von Iglau*. Vol. II. *Die Geschichte des Iglauer Bergrechts und die böhmische Bergwerksverfassung*. Berlin: Verlag von Franz Vahlen.

Andreja KATANČEVIĆ, PhD

Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

HUTMAN OF SERBIAN MEDIEVAL LAW

Summary

The subject of the paper is the institute of hutman in Serbian medieval mining law. The first question to be answered is related to the extent of transplantation of the institute from Saxon customs to Serbian written law. The second aim is the definition of the competence of hutman and the way he was appointed.

The results indicate the Despot Stefan's Mining Code recognized two different institutes of hutman. The first was auxiliary service to urbarar, measuring and marking the land in the procedure of granting mining concessions and after breaking one mine into another, charging a fee. He was probably appointed by tax collectors. The second one is the supervisor of a mine, entitled to collect the payment from the owners of its shares, to record it and presumably to take care of correct conducting all kind of activities in the mine. Most likely he was employed by the shareholders of the mine partnership.

The linguistic, systemic, and historical interpretation is applied as well as the comparative method and regressive analysis.

Key words: *Hutmann. – Mining law. – Despot Stefan's Code. – Novo Brdo Code. – Mining Codification.*

Article history:
Received: 31. 1. 2022.
Accepted: 4. 5. 2022.

УДК 342.534:342.8(497.1)"1935"

CERIF: H 230, H 271

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22206A

Катарина РАШИЋ МИХАЈЛОВИЋ*

ИЗБОРИ ЗА НАРОДНУ СКУПШТИНУ КРАЉЕВИНЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ, ОДРЖАНИ 5. МАЈА 1935. ГОДИНЕ**

У раду се анализирају политичке прилике у Краљевини Југославији које су претходиле изборима за Народну скупштину који су одржани 5. маја 1935. године, као и резултати тих избора. На основу доступних историјских извора, аутор даје егзактне податке о резултатима избора и анализира шири контекст у коме су делуовале политичке странке. На основу спроведеног истраживања, аутор закључује да вођство удружене опозиције у Краљевини Југославији, демократско без сумње, није схватило свој задатак и улогу у изградњи демократије.

Кључне речи: *Краљевина Југославија – Народна скупштина – Избори – 1935. година – Удружена опозиција – Демократија.*

1. УВОД

Избори који су у Краљевини Југославији спроведени 5. маја 1935. године били су веома значајан и индикативан догађај у историји наших народа. У њима су дошли до изражаја политичко буђење и изузетна

* Дипломирани историчар у пензији, Србија, katarina.rasic.mihajlovic@gmail.com.

** Истражено и сачињено 1961. године у Институту за изучавање радничког покрета у Београду, Трг Маркса и Енгелса. Сада се први пут објављује.

храброст у исказивању високог степена људског достојанства укупног потенцијала бирача који су настојали да се изборе за позитивне друштвене промене. Огроман број бирача тада се, и поред јавног начина гласања, дајући свој глас земаљској кандидатској листи удружене опозиције, фактички изјаснио против владајућег политичког режима, мада они којима су дати гласови нису знали шта да раде са освојеним мандатима.

О значају тог политичког догађаја, и за Југославију и за земље Југоисточне Европе (V. Z. 1935), писали су многи листови тог времена. На пример, *Imanite* 11. маја 1935. године, у чланку под насловом „Упркос терора опозиција је добила близу милион гласова“, објављује: „Потпуни резултати избора потврђују велики успех опозиције. И поред свих средстава угњетавања српске владе, опозиција је успела да добије 983.248 гласова. Влада је изгубила битку у Хрватској и Далмацији. Овај успех није лично успех г. Мачека. Гласање за опозицију доказује да је велики део југословенског народа решен да разбије војну диктатуру. Избори од 5. маја прворазредног су значаја јер доказују да обруч терора постепено попушта и народ устаје и протестује против угњетавања. Југословенски фашизам је претрпео потпуни пораз на привредном пољу. У исто време југословенски избори су и пораз фашизма у Југославији. Овакав догађај имаће озбиљних последица у балканским земљама, он ће дати подстрека радницима и угњетеним народима Балкана у њиховој борби за ослобођење.“¹

Elefreton Vima, од 16. маја исте године, објавила је допис из Беча у коме пише: „Резултати југословенских избора, када су овде били познати, појачали су оптимизам извесних балканских кругова односно еволуције ситуације у Југоисточној Европи и ставили су на дневни ред проблеме за које се сматрало да су решени. Један од тих проблема је судбина диктаторског режима у Југославији. Диктатура од 1929. године сахрањена је морално, јер није успела да добије потпуно поверење југословенских народа. Сахрањена је неодобравањем великог дела југословенских гласача које се испољило на изборима од 5. маја, упркос немогућности манифестовања слободне воље народа. Упркос свих мера које је влада предузела, 983.390 бирача имало је довољно моралне храбрости да осуди режим и каже да они остају верни својим политичким идеалима, а које је диктатура хтела да уништи. Морална вредност тих гласова је одиста без преседана у изборним анализима. Закључак тих

¹ Архив Државног секретаријата иностраних послова, Одељење за штампу, А-200.

избора је врло јасан. Југословенски народ, у својој великој већини, изјаснио се против диктаторског режима и он би га својим гласовима и оборио да су слободе, које је г. Јевтић дао, биле мало веће или да је одобрено тајно гласање. Петогодишњи напори за консолидовање тога поретка остали су неуспешни.“²

Imanite од 22. јуна 1935. године констатује: „Данас се у Југославији води борба између народних снага и властодржаца који желе да одрже апсолутизам.“³

Popiler од 15. маја исте године у чланку „После избора у Југославији“ пише: „Избори су доказали да је земља са опозицијом. Да би се она уништила потребно би било, у најмању руку, уклонити половину југословенског народа. Овакав један поступак изгледа чак и београдским диктаторима смео. Пошто је немогуће потпуно уништити опозицију, једино остаје да се дође са њом до компромиса. После избора од 5. маја овај компромис је постао веома тежак за остварење и не изгледа ни у ком случају да је г. Јевтић дорастао да га оствари. Ми се питамо који ће београдски властодржац моћи на себе да узме такав један задатак од којег зависи будућност Југославије.“⁴

Popiler од 22. јуна 1935. године објавио је коментар А. Леруа: „Избори од 5. маја, који су требало да консолидују систем који је произашао из државног удара од 6. јануара 1929. године, нанели су му, напротив, смртни удар. Београдска бирократија покушала је да се спасе поштравајући терор како над широким слојевима тако и над интелектуалном елитом.“⁵

Ob од 21. јуна исте године у чланку Л. Терноара закључује да је диктатура у Југославији увек реметила стабилност Балкана и да ће влада која ће доћи после г. Јевтића требати да спроведе ликвидацију старог режима. На изборима од 5. маја велике масе народа манифестовале су своје нестрпљење, упркос терора. Манифестовале су своју вољу за попуштањем режимских стега.

Лист *Slovak*, из Братиславе, 8. јуна 1935. године, у допису из Београда пише: „Догодило се оно што је свако очекивао. Јевтићев изборни терор донео је плод, који братској држави Југославији свакако неће бити од користи. Државничка неспособност Јевтића и његовог блока, који су

² *Ibid.*, А-194.

³ *Ibid.*, А-195.

⁴ *Ibid.*, А-192.

⁵ *Ibid.*, А-192, А-194.

само ради тога да би остали на власти, поставили партијске интересе изнад државних, скренула је сада пажњу већ и дипломатског света на оно што се догађа у Југославији. Опозиција у Југославији не састоји се само од Хрвата, него и од Срба у Србији, дакле, од најконзервативније српске групе.“

Реалну политичку процену времена у коме су се ови избори спроводили дао је и вођа Земљорадничке странке Јован Јовановић сараднику румунског листа *Adeverul*:

„Широки слојеви су се пролетаризовали. За сада се ради о пацифистичкој револуцији која треба да се манифестује у изборним резултатима. Ако масама буде омогућено да се изјасне, може ова легална револуција да пређе у нелегалну.“⁶

2. ИЗБОРИ ЗА НАРОДНУ СКУПШТИНУ

А ево и самог тока избора. У Југославији, после убиства краља Александра Карађорђевића 9. новембра 1934. године од тада најреакционарнијих снага у свету и у нас, свеprisутан захтев је био: слобода, демократија. Званична државна Југословенска национална странка изгубила је већи значај у јавном животу, а режим је био приморан да уступа пред активирањем вођа буржоаских странака, које су биле забрањене увођењем шестојануарског режима.

Влада Богољуба Јевтића, коју су краљевски намесници поставили 20. децембра 1934. године, настојала је да се представи као влада компромиса и помирљивости. У њеном саставу нашле су се и личности из редова ванпарламентарне и националноспоразумашке опозиције. Она је, ускоро по формирању, желела да распише нове парламентарне изборе да би потврдила своју политику добијањем народног поверења. У својој Декларацији, коју је 3. јануара 1935. године на III редовном састанку Народне скупштине прочитао председник Министарског савета, влада је нагласила да жели да прихвати сарадњу свих оних који буду „истим духом вођени“, без обзира на то на којој су се страни налазили у ранијој политичкој прошлости. Декларацијом је обећавала да ће се бановине боље организовати као управне и самоуправне јединице, да ће се економско-финансијским питањима, а посебно пољопривреди, посветити пажња и да ће се настојати да се пореско оптерећење доведе

⁶ *Ibid.*, А-200.

у сразмеру са пореско-платежним могућностима грађана.⁷ Тако је влада, расписивањем парламентарних избора 6. фебруара 1935. године и распуштањем Народне скупштине изабране 8. новембра 1931. године, желела да означи крај једног и почетак новог, отворенијег политичког периода.

Принц Павле Карађорђевић, прва личност Намесништва, изјавио је поводом расписаних избора: „Ако народ буде имао само стрпљења и причека до 5. маја, ја сам уверен да ће имати сви подједнаку прилику да учествују у предстојећим посланичким изборима. Управљање земљом не зависи више од воље и каприса двојице или тројице људи. У једној земљи која је састављена од толико разнородних елемената као што је Југославија морамо имати подједнако право у вођењу државних послова ако се жели да земља остане сложна и уједињена. То је разлог због којег је Намесништво санкционисало изборе за мај. Ја сам уверен да ће Хрвати и Словенци увидети мудру потребу о томе да остану уједињени са Србима радије него да покушају да се одвоје и прихвате неку туђинску власт. Изнад свега ја се надам да ће они увидети да је бесмислено пролевати крв и употребљавати оружје у циљу остварења својих тежњи.“⁸

Депутација грађана престонице, коју је предводио председник београдске општине Влада Илић са градским већницима, предложила је, 13. фебруара, председнику Министарског савета Богољубу Јевтићу да буде носилац владине земаљске кандидатске листе.⁹ Од тада су Б. Јевтићу долазили да се представе будући посланички кандидати, а бивши су се враћали у своје срезове ради изборне агитације.

Изборним прогласом, који је влада 25. фебруара коначно утврдила, а министар пољопривреде др Драгутин Јанковић 26. фебруара прочитао у радијском обраћању, Влада је позвала југословенски народ да одлучно и јасно каже своју реч о будућности Југославије и напретку целе нације. У Прогласу је даље стајало да Краљевина Југославија представља остварени југословенски национални идеал, да су народно јединство и државна целина неприкосновена начела унутардржавног живота, а да свако организовање јавног живота на племенској, покрајинској или

⁷ Стенографске белешке Народне скупштине Краљевине Југославије, књ. 1, Београд 1935, 90.

⁸ Државни архив СФРЈ, Фонд М. Стојадиновића. Изјава принца Павла дата 21. фебруара 1935. г. америчком представнику *Associated Press*-а, г. *James Mills*-у, *San Baltimore*.

⁹ Политика, 14. фебруар 1935, 1.

верској основи представља опасност по земљу, пошто бивше политичке партије, растројене и покрајински раздвојене, не могу обезбедити здрав и конструктиван јавни живот. Наглашено је, такође, да су носиоци листе Б. Јевтић и кандидати на његовој листи одлучни противници сепаратистичких и превратничких тежњи.

Влада је, у борби за бираче, обећавала да ће смањити земљарину за 20%, порезе, таксе, железничке тарифе, концентрацију великих државних и полудржавних новчаних установа, што би требало да доведе до боље поделе кредита и јачег оптицаја капитала, да ће смањити каматне стопе државних и приватних банака, одгодити плаћања и смањити камате за земљорадничке дугове. Влада је обећала и једну милијарду динара кредита за јавне радове.¹⁰

Неки листови, као *Југословенски глас Сплита*, ангажовали су се за успешну акцију Б. Јевтића, истичући пароле, као што су: „Ко хоће да служи Југославији, тај ће гласати за листу г. Богољуба Јевтића!“¹¹

Потврда да је народ мало веровао таквим владиним обећањима може се наћи у многим извештајима среских начелника предизборног времена.¹²

Ускоро по објављивању владиног изборног прогласа, Велимир Поповић, министар унутрашњих послова, изјавио је да влада неће забранити ма коју листу која би била у складу са прописима изборног закона.

А за те изборе је важио Закон о избору народних посланика за Народну скупштину, донет 10. септембра 1931. године, допуњен и измењен 26. септембра те године Законом о изменама и допунама Закона о избору народних посланика за Народну скупштину од 10. септембра 1931. године¹³ и Законом о изменама и допунама Закона о избору народних посланика за Народну скупштину од 10. септембра 1931. године и изменама и допунама од 26. септембра, донетог 24. марта 1935.

¹⁰ *Политика*, 27. фебруар 1935, 1.

¹¹ *Југословенски глас Сплита*, год. I, 21. април 1935.

¹² Архив за историју радничког покрета СР Хрватске, Загреб, Тромјесечни извештај Среског начелства у Рабу, 5. мај 1935.

¹³ *Службене новине Краљевине Југославије* 224, Београд 27. септембар 1931.

године,¹⁴ и на основу Закона о бирачким списковима од 6. септембра 1931. године,¹⁵ који је допуњен Законом о изменама Закона о бирачким списковима од 20. јула 1934. године.¹⁶

Тим изборним законом уведено је јавно гласање, које је, по правилу, завођено као недемократска мера. У јавном гласању садржан је елемент принуде и контроле изборног опредељења грађана (Ђорђевић 1962, 283–285).

По измењеном изборном закону, земаљску кандидатску листу требало је да предложи најмање 30 предлагача (правних бирача) из сваког административног среза од половине укупног броја срезова у земљи, под условом да се ти срезови распростиру на територији бар две трећине бановина. Уз земаљску кандидатску листу предлагачи би морали подносити суду писмену изјаву носиоца листе, сваког среског кандидата и његовог заменика, која је гласила: „Потписани /.../ изјављујем да пристајем на ову кандидацију и обавезујем се да ћу у своме политичком раду чувати државну целину и радити за народно јединство и да нећу приступати верским, племенским и регионалним партијско-политичким удружењима.“¹⁷ Срески кандидати су се могли кандидовати у највише три изборне јединице, под условом да су били везани за једну земаљску кандидатску листу. Земаљска кандидатска листа морала је бити потврђена од Касационог суда у Београду најкасније 15 дана пре избора, односно све земаљске кандидатске листе у петوماјским изборима морале су бити предате Касационом суду у Београду до 19. априла.

Укупна изборна активност, тако, могла се поделити на два дела – на период до 19. априла и на период од 19. априла, то јест од потврђивања земаљских кандидатских листа па до самих избора. У другом периоду појачана је активност политичких група које су добиле законско право да изађу на изборе, а бирачи су се тада коначно могли одлучити за коју ће листу гласати.

¹⁴ *Ibid.*, 85 – XXVI, 15. април 1933.

¹⁵ *Ibid.*, 207 – LXVI, 9. септембар 1931.

¹⁶ *Ibid.*, 169 – XVIII, 25. јул 1934.

¹⁷ Закон о избору народних посланика за Народну скупштину са изменама и допунама од 26. септембра 1931. године и 24. марта 1933. и Закон о бирачким списковима са изменама од 20. јула 1934, Београд 1935, 12, 13.

У току изборне кампање многи друштвени и политички субјекти износили су своје ставове о учествовању или неучествовању у изборима, а они који су одлучили да у изборима учествују интензивно су се припремали.

Председништво Главног одбора Југословенске националне странке (ЈНС), на састанку одржаном у Београду од 10. до 15. фебруара 1935. године, разматрајући политичку ситуацију у земљи, изнело је и свој став о изборима и закључило „да је, после ступања на власт владе од 21. децембра 1934. године, ЈНС у свом раду и држању показала једну уздржљивост која се је наопако оцењивала као пасивност, али је била, уствари, диктирана од осећаја патриотске дужности и жеље да Странка не омета новој влади у тешкој ситуацији спровођења једне консеквентне и националне државне политике. Из истог патриотског осећаја који интерес државе сматра за највиши закон, ЈНС је одустала да самостално наступи на изборима 5. маја, јер је знала да би подвојеност националних снага сигурно довела до изборног резултата који би могао да баца државу у политички хаос. Није кривица ЈНС ако су те њезине жртве остале узалудне. Није било у њезиној моћи да спречи системско разбијање националних редова и тиме једно кобно слабљење консолидационих снага у народу. Није ЈНС одговорна да је најзад могло доћи до обнове старог партијског племенског живота, до реакције која прети да упропасти историјско дело политике краља Александра.“¹⁸ Тада је Главни одбор Југословенске националне странке одобрио својим члановима да се могу кандидовати на листи која није „противничка партијска“ и која би им највише пружила гаранција да стоји на политици бескомпромисног државног и народног јединства.¹⁹

Један део чланова ЈНС није се покорио одлуци Главног одбора и изашао је са самосталном земаљском кандидатском листом, чији је носилац био Божидар Максимовић.²⁰ Неке месне и среске организације ЈНС испољиле су знаке осипања пред изборе, али се ипак њен већи део изјаснио да ће гласати за листу Б. Јевтића.

Своју активност су пред изборе појачале и антикомунистичке организације: „Борбаши“, „Збор“, „Патриотски омладински фронт“. Њихове вође су истицале себе као највеће непријатеље корупције. Светислав Ходјера је, од оснивања Југословенске народне странке, почет-

¹⁸ Државни архив СФРЈ, Ф. М. Стојадиновића, Г-13, Коминике ЈНС, 15. фебруар 1935.

¹⁹ *Ibid.*, Ф-3.

²⁰ *Ibid.*

ком 1934. године, окупљао присталице за борбу против комунизма. У свом програму залагао се за социјалну правду, спасавање села и малог пољопривредника, за истински парламентаризам, за политичке слободе, правду и демократију. Пошто им земаљска кандидатска листа није била потврђена, Извршни одбор Југословенске народне странке, на ванредној седници, 24. априла, донео је одлуку да припадници странке дају своје гласове јединој опозиционој листи, чији је носилац био В. Мачек.²¹

Југословенски народни покрет „Збор“ Димитрија Љотића изашао је на изборе са својом самосталном земљском кандидатском листом јер је сматрао да свој програм може остварити само непосредним и одлучним учествовањем у изборној борби.

Југословенска акција (клерикална) обавестила је своје одборе и чланове да ће о ставу Југословенске акције у изборима решавати њен Централни одбор у духу идеологије и у складу са интересима покрета.²²

Загребачки надбискуп Бауер издао је распис, 12. фебруара 1935. године, којим је целокупном клеру саопштио да не дозвољава да се и један свештеник кандидује на било чијој листи.²³

Социјалдемократска партија, мада формално није деловала као легална партија,²⁴ сматрала је да се она налази негде између буржоаских партија и Комунистичке партије и да је њен практични политички програм прихватљив за већину бирача.²⁵ Одлучила је да изађе на изборе без намере да истакне једну партијску листу већ да би том приликом изнела идејну основу на уском броју практичних политичких, економских и социјалних захтева које би могли да прихвате људи различитих политичких гледишта. Била је уверена да је учешће у изборима и добијање представничких места у Народној скупштини једини пут којим се може доћи до жељених политичких, економских, социјалних, финансијских и културних промена. Истицала је да није за промену државног система, а поготову не за његову револуционарну промену.

²¹ *Класна борба*, теоретски часопис ЦК КПЈ 3/1934; ДА СФРЈ, Ф. М. Стојадиновића, Ф-3.

²² *Политика*, 17. јул 1935.

²³ *Ibid.*, 17. фебруар 1935, 2.

²⁴ Живко Топаловић је 1934. године покушао да код власти легализује покрет на чијем се челу налазио, али без успеха.

²⁵ *Радничке новине*, Београд 3. мај 1935.

Учествовањем у раду Скупштине желела би да утиче на извесне промене у држави и зато јој је важно да добије 50.000 гласова и посланички мандат.²⁶

Живко Топаловић, вођа социјалдемократа, са својим присталицама је јавно и несметано агитовао и држао зборове. Велимир Поповић, министар унутрашњих послова, у свом говору на III претходном састанку Народне скупштине, 14. јуна 1935. године, истакао је да је Влада исту толеранцију испољила према носиоцу неодобрене земаљске кандидатске листе др Живку Топаловићу као и према носиоцу неодобрене земаљске кандидатске листе – Светиславу Ходјери.²⁷

Др Антон Корошец, са Словенском људском странком, био је за апстинирање избора.

Ти петوماјски избори су били директан повод за стварање општенародног опозиционог блока – удружене опозиције.

Бивше грађанске странке, Хрватска сељачка странка, Самостална демократска странка, Демократска странка Љубе Давидовића, Земљорадничка странка – оба њена крила, око Јована Јовановића и Драгољуба Јовановића, и бивша Муслиманска организација др Мехмеда Спахе, која се накнадно прикључила, одлучиле су да заједнички учествују у тим скупштинским изборима. Иначе, В. Поповић је понудио Спахи да сарађује у изборима са владином државном листом, на шта он није пристао.²⁸ Спахо је, после неуспелог договарања са радикалом Ацом Станојевићем о евентуалном самосталном иступању на изборима, послао писмо из Сарајева, 12. марта 1935. године, којим је известио Јовановића да прихвата позив његов и његових пријатеља да се придружи заједничкој опозиционој листи, на коју ће поставити своју и кандидатуре својих пријатеља.²⁹

Вође буржоаских странака желеле су да искористе те изборе за оживљавање свог страначког рада, за јачање утицаја у народу. А, с друге стране, сâм народ више није хтео да се мири са постојећим стањем у земљи и својом позицијом, тражио је акцију по сваку цену, неодложно. Осиромашен и упропашћен, издржавши тешку економску кризу,

²⁶ *Ibid.*, 5. јул 1935.

²⁷ *Стенографске белешке Народне скупштине Краљевине Југославије*, књ. 1, Београд 1935, 34.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ ДА СФРЈ, Ф. М. Стојадиновића, Ф-3.

више није имао шта да изгуби и није се плашио ни јавног гласања, ни отпуштања с посла, иако су знали да ће оно задесити многе који не гласају за владину листу, ни претњи и тортура сваке врсте од власти.³⁰

И, како су вође грађанских странака биле истог мишљења да на изборе треба изаћи, приступиле су решавању носиоца земаљске кандидатске листе. Вође српског дела удружене опозиције понудиле су др Влатку Мачеку да буде носилац земаљске кандидатске листе,³¹ а прихватањем кандидатуре Мачек би показао да је за државно јединство. Предлагачи су, у том смислу, желели да се он поклати сени краља Александра на Опленцу.³² Мачек је прихватио да буде носилац заједничке земаљске кандидатске листе, изјавивши да изборна акција може бити велики корак узајамном зближењу, а тиме и коначном решењу хрватског питања у границама Југославије.³³ Мачек је тог тренутка био најпогоднији кандидат за носиоца земаљске кандидатске листе јер је, после његовог амнестирања и изласка из затвора, попримио атрибуте мученика и националног хероја, те је могао имати још већи утицај на хрватске масе.

Удружена опозиција је још у фебруару развила живу делатност увођења бирача у бирачке спискове. У Загребу су сваком ко је желео да буде уведен у бирачки списак биле на располагању бесплатне услуге појединих адвоката. Између вођства и некадашњих организација на терену успостављан је контакт посредством партијских повереника и курира. Присталице Хрватске сељачке странке свим снагама су настојале да обнове активност како би што успешније обавиле изборни посао.³⁴

И српски део удружене опозиције повео је живу предизборну активност. Љуба Давидовић је, писмом од 3. марта 1935. године, обавестио све партијске пријатеље да је одлука за истицање земаљске кандидатске листе коначна и да је њен носилац Мачек,³⁵ а у писму из априла истиче да „за акцију и то за удружену заједничку акцију неколико група одлучили су нас исто тако крупни интереси земаљски. Један од њих је прихватање сарадње са Хрватима, чија је апстиненција од на-

³⁰ Да СФРЈ, Ф. М. Стојадиновића, Ф-3, Драги пријатељу.

³¹ *Ibid.* Исто писмо В. Мачека донела је и *Борба* из Торонта, *Ch.* 56/1935, 2, а садржај писма *Политика*, 13. фебруара 1935.

³² *Архив РПЈ*, Београд, 1878/ХIII, 2–4/35.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Политика*, 17. фебруар 1935, 2.

³⁵ Да СФРЈ, Ф. М. Стојадиновића, Ф-3, Драги пријатељу.

ших спољних непријатеља тумачена не само као протест према режиму, него као издвајање и неинтересовање о судбини ове државе као целине“.

Акциони одбор Југословенске демократске омладине, летком – *Гласајте за уједињену опозицију*, истакао је значај који би ти избори могли имати: „Пети мај јесте дан који треба да донесе: ПОБЕДУ, демократију, учврсти темеље народне и државне заједнице, обезбеди народну владавину, грађанске и политичке слободе. Пети мај је дан када ће народ упркос свих незгода јавног гласања мушки и отворено дати своје поверење носиоцима народног споразума, дати глас за политику искрене сарадње свих напредних и здравих снага наше земље.“³⁶

На предизборним зборовима у многим местима Србије и Војводине говорили су истакнути представници удружене опозиције. Зборови у Шумадији показали су да је народ расположен да се супротстави режиму. Лецима удружене опозиције позивани су бирачи да гласају за уједињену опозицију чији су носиоци Давидовић, Мачек, Јовановић, Спахо, јер „они чувају државно и народно јединство и траже основна права народа: слободу збора, штампе и договора“. Српски део удружене опозиције истицао је да ће се хрватско питање моћи решавати када се уведе демократија за све.

Међутим, удружена опозиција није имала заједнички програм на коме би почивала сарадња тих хетерогених буржоаских странака, мада постоје индиције да се на њему радило. У прилог томе говори и белешка на полеђини Спахиног писма, којим се придружује удруженој опозицији, а која гласи: „Манифест, односно, програм удружене опозиције не може да изађе и због захтева В. Мачека да се, поред осталог, дода – и слобода напаћеног хрватског народа.“^{37 38}

Ипак се може закључити да је блок удружене опозиције настао више због технике изборног процеса, а не ради заједничке опозиционе политичке акције, којом би се остваривала демократска визија заједничког живота. У прилог томе говори и чињеница да је сарадња између вођа хрватског и српског дела удружене опозиције престала још пре самих избора.

³⁶ *Ibid.* Летак – *Гласајте за уједињену опозицију*.

³⁷ ДА СФРЈ, Ф. М. Стојадиновића, Ф-3, Писмо М. Спахе од 12. марта 1935.

³⁸ *Ibid.*

Централни комитет Комунистичке партије Југославије, који се налазио ван Југославије, као и комунисти у земљи (којих је било око три хиљаде) одлучно су били за учествовање у скупштинским изборима, како би и тим путем дали свој допринос остварењу демократских права. На неопходност учествовања на тим изборима упозоравали су и негативни резултати активног бојкота општинских избора 1933. године.

Од самог почетка расписивања избора Централни комитет Комунистичке партије Југославије није заузео одређен став како ће ићи на изборе. У предлагању различитих могућности за излазак на изборе прохујало је време до датума избора, па права могућност није искоришћена на најбољи начин. Прво се желело да радничка класа и сељаштво, као трећи блок, изађе са самосталном земаљском кандидатском листом, чији би носилац био представник радничке класе, то јест комуниста; затим, ако то не успе, да се, донекле, оствари равноправна сарадња у изборима или са социјалдемократима или са вођама удружене грађанске опозиције, с тим да и комунисти на њиховим земаљским кандидатским листама имају своје среске кандидате.

Триша Кацлеровић, ветеран комунистичког покрета, реално разматрајући политичку ситуацију уочи избора и могућности комуниста, који су деловали у илегалности, проценио је да не треба ни покушавати изаћи самостално, поготову после одбијања грађанске штампе да штампа комунистичку изборну платформу, већ да комунисти учествују свим својим снагама треба да у стварању опозиционог блока са буржоаским опозиционим партијама. Према његовом мишљењу, на изборима је требало да буду успостављена два фронта – фронт демократије и фронт диктатуре, а свако дробљење тих демократских снага, па и самостални иступ комуниста, слабило би шансе опозиције, односно демократије, и не би користило општој борби против режима.³⁹

У изборној директиви Централног комитета Комунистичке партије Југославије, од 14. априла 1935. године, коју су изменили и допунили партијски инструктори Карл Худомал и Адолф Мук, диктаторски режим је означен као главни непријатељ, а комунисти и сви остали бирачи позвани су да свој глас дају јединој опозиционој листи – листи удружене опозиције.⁴⁰

³⁹ АРПЈ, Бгд, Ф. Ки, МК 46/258/125–130/. Извештај Смита, МК 46//258/537–538/. Писмо Стојана из Београда, 28. март 1935.

⁴⁰ *Ibid.* АРПЈ, Бгд, Ф. Ки, МК 46/258/614–615/. Писмо Манојла бр. 4/23, 23. април 1935.

Резултат избора у појединим деловима Југославије био је различит због деловања многих чинилаца. Опредељење комуниста и њихова ангажованост у локалним размерама дали су својеврсно обележје изборном резултату. Тако, и поред свих проблема, комунисти Далмације остварили су добру сарадњу у изборној агитацији са представницима Хрватске сељачке странке и тиме допринели извршном изборном резултату у корист опозиције. Бирачи Војводине, а међу њима и комунисти, до којих су веома касно стигле изборне директиве ЦК КПЈ, масовно су гласали за листу удружене опозиције. Недоумица црногорских комунисти због противречних директива и изборне ситуације узроковала је бојкот избора, а тиме и умањен опозициони изборни резултат. Изузетну вољу за рад и одушевљење у изборним припремама комуниста показали су омладинци Загреба и Љубљане. Иначе, незавидан је био положај комуниста у Словенији. После одбијања земаљске кандидатске листе социјалдемократа, са којима су комунисти Словеније успоставили добру изборну сарадњу, у условима бојкота избора од А. Корошеца и Словенске људске странке, комунисти су, улажући велике напоре, веома много допринели да листа удружене опозиције уз Словенију не доживи потпуну изборну катастрофу.

3. РЕЗУЛТАТИ И ПОСЛЕДИЦЕ ИЗБОРА ЗА НАРОДНУ СКУПШТИНУ

Скупштински избори у целој земљи одржани су 5. маја 1935. године. По службеним извештајима резултат избора био је следећи: од укупног броја уписаних бирача по сталним бирачким списковима, којих је у целој земљи било 3.908.313, на изборима је гласало 2.880.964 бирача. Листа Богољуба Јевтића добила је 1.746.982 гласа, листа Влатка Мачека 1.076.345, листа Димитрија Љотића 24.088 и листа Божицара Максимовића 33.549 гласова.⁴¹

Број добијених гласова и мандата види се у Прилогу на карју рада.

У расподели посланичких мандата учествовале су само владина и листа удружене опозиције. Од 370 могућих мандата, листа Б. Јевтића добила је 303, а листа удружене опозиције 67.

⁴¹ *Службене новине Краљевине Југославије* 124, 30. мај 1935.

Тачан резултат гласања се није знао. На многим бирачким местима резултати гласања били су фалсификовани приликом пребројавања гласова за поједине кандидате, тако што је власт дописивала и отписивала (по потреби) гласаче, а на неким изборним местима гласали су и они који више нису били међу живима.

Влада је за спровођење избора употребила укупан чиновнички, полицијски и жандармеријски апарат. Свим вишим државним службеницима било је наређено да врше притисак и утичу на своје потчињене да у изборима гласају за владину листу јер би, у противном, одмах био прављен предлог за искључивање из државне службе.⁴² Многе особе у које власт није имала поверења, државни службеници – непоузданици режима, били су уклањани са својих радних места и премештани у друге службе, нижег ранга, или друга места.⁴³ Влада је за изборе употребила огромна новчана средства. *Борба* из Торонта је писала да је влада из државне касе за изборну пропаганду утрошила 53 милиона динара.⁴⁴ Богољуб Јевтић је сваком свом посланичком кандидату давао по 50.000 до 60.000 динара за изборне трошкове (Смиљанић 1960, 98). У изборима су дејствовале и Јевтићеве ударне групе, организоване у Патриотском омладинском фронту (Рибар 1949, 82). Обавештајна служба је била максимално искоришћена. Жандармеријске патроле су биле непрекидно у покрету. Све комуникације, а посебно железничке пруге, важни државни објекти и поједине истакнуте личности, били су специјално обезбеђени. По градовима и насељеним местима вршене су рације са циљем чишћења терена од сумњивих и непожељних лица. Приликом чина избора бирачима се није дозвољавало да у групама долазе на биралиште, како би се обезбедили ред и мир. На многим изборним местима интервенисала је жандармерија. Какав је терор вршен над бирачима, како су вршена хапшења и кажњавања за све време изборне кампање може се видети и по амнестијама које су учинили краљевски намесници својим указима из јула 1935. године.⁴⁵

Међутим, иако је опозиција тријумфовала на изборима, вође Удружене опозиције нису желеле да учествују у раду новоизабране Народне скупштине. Тринаестог маја, Љ. Давидовић, Ј. Јовановић, В. Мачек и В. Вилдер, после размене мишљења о свом даљем раду, а посебно због

⁴² ДА СФРЈ, Ф. М. Стојадиновића, Ф-2, Начелник среза у Подгорици, стр. пов., 6. април 1935.

⁴³ Архив Војноисторијског института, пописник 17, К. 55, бр. рег. 20/8. Писмо Агице Лакића М. Стојадиновићу, од 23. августа 1935.

⁴⁴ *Борба*, Торонто, 68/1935, август, 3.

⁴⁵ *Службене новине Краљевине Југославије* 151, 3. јул 1935, и 175, 31. јул 1935.

почетка рада Народне скупштине, донели су резолуцију, у којој су изнели свој став да не желе да учествују у њеном раду. У резолуцији се каже да, због начина на који су спроведени избори, због злоупотребе и фалсификовања резултата избора, због тога што су избори од почетка до краја били једно отворено насиље и неприкривена лаж, у Скупштини, која је потекла из тих и таквих избора, правим народним представницима са листе удружене опозиције нема места. „Удружена опозиција наставиће започето дело до коначне победе, јер је уверена да се сва питања наше државе: политичка, привредна и социјална могу решити само у слободи и само у споразуму Срба, Хрвата и Словенаца“, писало је у тој резолуцији.⁴⁶

Резолуцију сличне садржине донела је, 2. јуна 1935. године, бивша Самосталнодемократска коалиција.⁴⁷

Другог јуна у Загребу је, код Мачека, одржан састанак народних посланика изабраних на листи удружене опозиције. И том приликом потврђен је став да неће учествовати у раду новоформиране Скупштине. Том састанку нису присуствовали чланови Југословенске муслиманске организације ни неки други изабрани посланици који су били расположени да уђу у Народну скупштину.⁴⁸

И тако, на првом сазиву новоизабране Народне скупштине, 3. јуна 1935. године, нису присуствовали посланици са листе удружене опозиције, сем Абдулаха Ибрахимпашића, изабраног у срезу Бихаћ.

Као последица изборних резултата и антивладиног расположења, иако је Јевтић изјављивао да не постоји криза владе, уследила је њена оставка. Краљевско намесништво је формирало нову владајућу гарнизур, на челу са Миланом Стојадиновићем.⁴⁹

После пада Јевтићеве владе, Мачек је поново одржао конференцију са својим присталицама, у свом стану у Загребу. Том приликом је размотрено питање – шта даље да ради Сељачко-демократска коалиција те је решено да се до декларације Стојадиновићеве владе остане у ишчекивању, а тек по њеном објављивању треба заузети одређени став.⁵⁰

⁴⁶ *Политика*, 5. јун 1935, 1, Резолуција Удружене опозиције.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, 4. јун 1935, 1; Архив Института за историју радничког покрета СР Хрватске, кут. 1935, Загреб. Среско начелство Нови 30. јуна 1935, пов. бр. 1168–1935. Предмет: Тримјесечни извештај о раду Опће управе за тромесечје април–јуни 1935. Кр. банској управи Савске бановине.

⁴⁹ *Политика*, 21. јун 1935.

⁵⁰ *Ibid.*, 28. јун 1935.

Изабрани посланици са листе удружене опозиције игнорисали су резултате и жеље бирача не желећи да оду у Народну скупштину, мада се са таквим њиховим ставом бирачи нису слагали. Тада су се могли чути гласови да би опозициони посланици ипак морали ући у Народну скупштину.

Веселин Маслеша, активни учесник тих догађаја, у свом чланку објављеном у септембарском броју *Наше стварности*, из 1937. године, изнео је своју оцену политичке ситуације изборног периода 1935. године: „Конкретно, то незадовољство код наших народних маса политички се испољило 5. маја и везало за др Мачека и удружену опозицију. Иако по разлозима постанка различито у разним покрајинама, оно је нашло једну заједничку компоненту у оној политичкој групацији коју је 5. маја представљала листа др Мачека, и то баш на основу свог заједничког негативног става, пошто свако незадовољство у првом реду тражи да се нешто измени.

То јединство незадовољства маса и њихова жеља да поведе борбу под вођством и паролама удружене опозиције, да активно учествује у једној великој бици за демократију, показало је да би се врло брзо могла она неодређеност идеологије уклонити, и да би се уместо тога, у непрестаној заједничкој акцији маса и вођства могла изградити једна одређена социјална и политичка идеологија.

То се, међутим, није догодило. Вођство удружене опозиције, демократско без сумње, није схватило свој задатак и улогу у изградњи једне борбене демократије. Оно је, нажалост, сматрало да је доста што је оно демократско и што се у једној недемократској игри врхова, која је почела да се види после 5. маја, приказује као демократско.“

У Београду 1961. године

Прилог

ИЗБОРИ ЗА НАРОДНУ СКУПШТИНУ 5. маја 1935. године

БАНОВИНЕ	Поједине земаљске кандидатске листе добиле су гласова												Поједине земаљ. канд. листе Добиле су посланика		
	Б. Јевтић		В. Мачек		Д. Љотић		Б. Максимовић		Б. Јевтић	В. Мачек	Укупно				
	број	%	број	%	број	%	број	%							
Дравска	125.160	83,5	22.220	14,8	47	0,0	2.530	1,7	27	2	29				
Дринска	215.177	65,8	106.557	32,6	3.640	0,1	1.482	0,5	34	5	39				
Дунавска	348.076	69,2	132.119	26,2	9.572	1,9	13.597	2,7	45	7	52				
Морavsка	255.075	80,0	54.652	17,1	8.194	2,6	805	0,3	39	2	41				
Приморска	68.380	33,7	133.308	65,6	366	0,2	1.048	0,5	14	10	24				
Савска	173.496	28,1	440.383	71,4	795	0,1	2.351	0,4	48	29	77				
Вардарска	255.528	84,1	44.092	14,5	3.303	1,1	968	0,3	44	1	45				
Врбаска	119.429	54,5	97.543	44,5	1.891	0,9	128	0,1	17	8	25				
Зетска	154.701	79,1	35.738	18,3	4.255	2,2	792	0,4	30	3	33				
Београд	31.957	73,4	9.733	22,3	1.486	3,4	387	0,9	5	–	5				
									303	67	370				

Извор: Статистички годишњак Краљевине Југославије бр. 124, Београд, 30. мај 1935.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Ђорђевић, Јован. 1962. *Уставно право и политички систем у Југославији*. Друго скраћено издање. Београд.
- [2] Рибар, Иван. 1949. *Политички записи*, књ. 2. Београд.
- [3] Смиљанић, Драгослав. 1960. *Сећања на једну диктатуру*. Београд.
- [4] V. Z. 15/1935. After the Election in Yugoslavia. *International Press Correspondence* 22. May 25.

Katarina RAŠIĆ MIHAJLOVIĆ

Historian (retired), Serbia

ELECTIONS FOR THE NATIONAL ASSEMBLY OF THE KINGDOM OF YUGOSLAVIA, HELD ON MAY 5, 1935

Summary

The paper analyzes the political situation in the Kingdom of Yugoslavia that preceded the elections for the National Assembly held on May 5, 1935, as well as the results of those elections. Based on available historical sources, the author provides exact data on the election results and analyzes the broader context in which political parties operated. Based on the conducted research, the author concludes that the leadership of the united opposition in the Kingdom of Yugoslavia, democratic without a doubt, did not understand its task and role in building democracy.

Key words: *Kingdom of Yugoslavia – National Assembly – Elections 1935 – United Opposition – Democracy.*

Article history:

Received: 4. 3. 2021.

Accepted: 2. 12. 2021.

Др Бранка БАБОВИЋ ВУКСАНОВИЋ*

РОЧИШТА НА ДАЉИНУ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

У чланку који се бави последицама пандемије корона вируса на парнични поступак, ауторка анализира институт рочишта на даљину у Републици Србији. Најпре је дат критички осврт на важећи Закон о парничном поступку и његове одредбе о извођењу доказа на даљину, а затим су анализирани могућности за измене и допуне у тој области. Сагледано је неколико аспеката уређења рочишта на даљину да би се формирали елементи будуће норме. Поводом питања усклађеност правила поступка са технолошким развојем друштва у стручној јавности се јавила сумња да ли је тај институт усклађен са начелима парничног поступка и правом на правично суђење. Ауторка је анализирала упоредноправна решења и праксу Европског суда за људска права како би дошла до закључака о усклађености рочишта на даљину са начелима парничног поступка и правом на правично суђење.

Кључне речи: Пандемија. – Видеоконференцијска веза. – Рочиште на даљину. – Начело непосредности. – Начело јавности.

* Доценткиња, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, *branka.babovic@ius.bg.ac.rs*.

1. ДИГИТАЛИЗАЦИЈА КАО РЕШЕЊЕ ЗА ПРОБЛЕМЕ УЗРОКОВАНЕ ПАНДЕМИЈОМ

Традиционално, рочиште се одвија уживо у згради суда. Међутим, развој интернета је донео бројна олакшања и погодности, између осталог, и у одржавању рочишта на даљину. Није, дакле, ново да закони којима се регулише парнични поступак садрже одредбе о извођењу појединих парничних радњи, укључујући и оне на рочишту, на даљину. Пред енглеским судом је још 1991. године путем видеоконференцијске везе саслушан сведок који се налазио у Њујорку у случају *Гарсин против Америнда* из 1991. године (према Schack 2014, 303–304). Ново је то што се видеоконференцијске везе, од 2020. године, примењују у већем обиму него икада раније и што се одредбе којима се регулише коришћење видеоконференцијске везе у парничном поступку мењају и допуњују широм света. Занимљиво је да је и раније било прогноза да ће од 2020. године доћи до убрзаног развоја рочишта на даљину (Susskind 2013, 110). Ипак, то се није догодило као резултат развоја дигитализације у парничном поступку, већ услед околности проузрокованих пандемијом ковида 19.

Широм света су, наиме, након избијања пандемије увођене мере физичког дистанцирања, у које је требало уклопити активности парничних судова. Пред правосуђе сваке земље која је мерама социјалне односно физичке дистанце покушала да спречи даље ширење вируса поставило се питање да ли прекинути рад или се прилагодити постојећим околностима. Правосудни системи су, углавном, наставили да раде, макар само у „хитним“ стварима, а у великом броју предмета који нису потпали под ту категорију је дошло до одлагања¹. Мере које су предузете широм света се углавном могу груписати у три категорије: мере које се односе на прекид поступака и прекид рада у судовима, мере које се тичу поступања у одређеним врстама хитних предмета, мере које се односе на дигитализацију парничног поступка јер су неке државе искористиле пандемију као катализатор у тој области (Узелац 2020, 17).

¹ Закључком Високог савета судства од 18. марта 2020. године у Републици Србији су као хитни предметни одређени: одлучивање о привременој мери, одлучивање о мерама заштите од насиља у породици, о забрани растурања штампе и ширења информација у средствима јавног информисања, о задржавању у здравственој установи која обавља делатност у области неуропсихијатрије, извршења извршних исправа у вези са породичним односима. Рочишта у свим осталим предметима су одложена почев од 19. марта 2020. године.

Међу државама које су пандемију искористиле као катализатор промена прави се разлика зависно од тога у којој фази дигитализације је избила пандемија. Неки правни системи који су већ имали правила о коришћењу електронске комуникације у парничном поступку, у оквиру правила о достављању и правила о одржавању рочишта путем видеоконференцијске везе, искористили су пандемију да убрзају процес примене постојећих норми које се односе на дигитализацију у парничном поступку. У нашем окружењу таква законска правила је имала Република Хрватска, али су тек у пандемији донети подзаконски акти којима је омогућена примена норми о електронском достављању пред свим првостепеним судовима, док су норме о рочиштима на даљину почеле полако да се примењују. Наиме, хрватски законодавац је 2019. године изменио и допунио Закон о парничном поступку сетом одредаба о дигитализацији на основу којих је за одређени круг субјеката постало обавезно и достављање електронским путем. Међутим, подзаконски акти од којих је зависила потпуна примена тих одредаба и у првостепеним судовима опште надлежности донети су тек у пандемији (Узелац 2020, 17–19). Неке државе су након ступања на снагу строгих мера физичког дистанцирања донеле посебне законе којима је регулисано одржавање рочишта на даљину у парничном поступку док траје пандемија. Такав случај је био у Енглеској и Велсу (Sorabji 2020, 16–19). У доба пандемије је либерализовано одржавање рочишта на даљину јер је служило да се превазиђе проблем потенцијалног затварања судова за грађане. Тако су судови почели да користе широк дијапазон програма за комуникацију на рочиштима. У неким земљама је саслушање могло да се обави и путем телефона², евентуално уз слање доказа мејлом.

Како је српски Закон о парничном поступку само у одређеној мери садржао правила о извођењу доказа на даљину, док је реакција на пандемију у виду посебних закона који би се примењивали на дигитализацију у поступку у околностима примене правила о физичкој дистанци изостала, Министарство правде Републике Србије се определило за измене и допуне Закона о парничном поступку на којима је рађено у првој половини 2021. године како би се њима обухватила и дигитализација поступка.³ Закон је писан тако да модернизује парнични поступак и за потребе функционисања у условима физичке дистанце

² Тако у држави Њујорк, вид. Hearing by Phone – OATH (nys.gov). Телеконференцијска веза је термин који се користи одраније.

³ Решење о образовању радне групе за израду радног текста Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку Републике Србије од 23. фебруара 2021. године.

и у редовним околностима. У овом раду ће бити анализирани само одредбе о рочиштима на даљину, не и друга питања дигитализације у парничном поступку.

2. РОЧИШТА НА ДАЉИНУ ПРЕ 2020. ГОДИНЕ

Правосуђа широм света уважавају чињеницу да је комуникација путем интернета постала уобичајена. Неки правни системи су у својим законима о парничном поступку садржавали одредбе које омогућавају извођење доказа на даљину, а други могућност одржавања било ког рочишта путем видеоконференцијске везе. Међутим, чак и у правним системима у којима је била предвиђена најшира могућност коришћења модерних технологија у парничном поступку, пракса је била врло оскудна (Susskind 2013, 110). Чини се да обим примене правила о одржавању рочишта на даљину није зависио ни од техничке опремљености судова ни од обучености кадрова (Нау 2020, 29). У судовима најразвијенијих земаља, које имају законске,⁴ техничке и кадровске предуслове за примену интернета у парничном поступку, она је остајала ретка, „готово мистериозна, од судија сматрана непоузданом и компликованом“ (Нау 2020, 29).

Српски Закон о парничном поступку⁵ (ЗПП) већ садржи поједине одредбе о извођењу доказа на даљину у делу о сведоку и о саслушању странака. То питање, дакле, није регулисано на систематски начин и то није учињено ни након избијања пандемије.

У чл. 245, ст. 3 ЗПП, наиме, предвиђено је да суд, у случају из ст. 2 (писана изјава сведока), решењем може да одлучи, по службеној дужности или на предлог странака, да се сведок саслуша путем конференцијске везе, коришћењем уређаја за тонско или оптичко снимање. Слична одредба је садржана у делу којим се регулише саслушање странака. У чл. 277, ст. 2 предвиђено је да суд може, по службеној дужности или на предлог странке, да одлучи да се странка саслуша путем конференцијске везе, коришћењем уређаја за тонско или оптичко снимање, у складу са чл. 245. Против тог решења није дозвољена посебна жалба, а по слову закона странке имају право на копију снимка.

⁴ Тако је у немачко право у коме је ретко примењивана та одредба видеоконференцијска веза уведена још 2001. године (Schack 2014, 303–304).

⁵ Закон о парничном поступку – ЗПП, *Сл. гласник РС* 72/2011, 49/2013 – одл. УС, 74/2013 – одл. УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020.

3. ИЗМЕНЕ И ДОПУНЕ ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

У овом раду се критички сагледавају поменуте одредбе Закона о парничном поступку како би се одредили елементи за његове измене и допуне. Постављају се питања да ли се важећим одредбама остварују циљеви због којих су рочишта на даљину уведена у парнични поступак, да ли је опсег примене одговарајући, односно какав треба да буде, какав је начин преноса звука и слике, односно како га треба унапредити, и да ли постоји сагласност са начелима парничног процесног права.

3.1. Циљеви одржавања рочишта на даљину путем видеоконференцијске везе

Рочишта на даљину се, наиме, одржавају како би се побољшала ефикасност и смањили трошкови поступка. Осим тога, рочишта путем видеоконференцијске везе су добар начин да се смањи стрес осетљивих сведока као што су деца (Препоруке ЕЦ 2015, 7; Rosenberg, Schwab, Gottwald 2010, 420). Видео-конференције се примењују у упоредном праву већ дуже време уколико се лице које треба саслушати налази у иностранству (Andrews 2013, 383) јер је тада уштеда ресурса очигледна. Избијањем пандемије, коришћење видео-конференције је постало не само погодност ради остваривања поменутих циљева, већ и потреба. Тако је у неким јурисдикцијама, као што је Аустрија,⁶ донет посебан закон да би се проширила могућност употребе видеоконференцијске везе у парничном поступку јер је правосуђе у доба пандемије нашло излаз у одржавању тих рочишта.

Да се ти циљеви остварују применом одредаба о рочиштима на даљину, потврђују нам и секундарни извори права Европске уније јер се одржавање рочишта на даљину предвиђа у поступку пружања правне помоћи како је предвиђено Уредбом Савета (ЕЦ) бр. 861/2007 од 28. маја 2001. године о сарадњи између судова држава чланица у извођењу доказа у грађанским и привредним стварима, која је измењена и допуњена Уредбом Европског парламента и Савета (ЕЦ) бр. 1103/2008 од 22. октобра 2008. године. Први пут је предвиђено као обавезно Уредбом Европског парламента и Савета (ЕЦ) бр. 861/2007 од 11. јула 2007. године о установљењу европског поступка у споровима мале

⁶ У Аустрији је 21. марта 2020. године донет посебан Други закон о ковиду 19, којим су уређене најразличитије области за време пандемије. Тако је чланом 21, пара. 3 уређена могућност одржавања рочишта на даљину.

вредности (*Службени лист ЕУ* 199/1 од 31. јула 2007) за прекограничне спорове мале вредности, имајући у виду да би трошкови приступа рочишту били несразмерно већи од вредности предмета спора.

Та два основна циља, ефикасност у поступку и уштеда трошкова, могу се остварити и у другим фазама поступка, а не само приликом саслушања сведока у смислу чл. 245 и странака, како је то предвиђено важећим законом Републике Србије. Неоправдано је потпуно изостала комуникација на даљину са вештаком, посебно ако вештака треба саслушати. Такво решење би имало оправдања с обзиром на то да су у питању професионални учесници у поступку за које се са више вероватноће може претпоставити да имају вештине потребне да би били саслушани путем конференцијске везе. Дакле, постојеће законско решење не одговара сасвим остваривању циљева рочишта на даљину јер сувише сужава опсег примене чак и приликом извођења доказа у општем парничном поступку. Осим тога, нису узете у обзир специфичности посебних парничних поступака, као што је поступак у спору мале вредности, у којем има простора за ширу употребу интернета у парничном поступку. С тим у вези се поставља питање како треба проширити опсег примене да би циљеви видео-конференција били остварени.

3.2. Опсег примене видео-конференције у парничном поступку

Услед пандемије је убрзан процес дигитализације парничног поступка, због чега је опсег примене у многим земљама проширен. Таква примена је често била утемељена на посебним законима који су доношени да важе у доба пандемије, а то је случај не само у Аустрији већ и у земљама англосаксонског права, као што је Енглеска.⁷ У неким другим земљама пандемија је била окидач шире примене постојећих одредаба о видеоконференцијској вези. С тим у вези, треба направити разлику између ситуација које су специфичне за услове ограниченог рада судова у доба пандемије и оних када постоји потреба за рочиштима на даљину и у редовним околностима. Поставља се, дакле, питање да ли законом треба ограничити опсег примене видеоконференцијске везе на поједине радње и поједине фазе поступка и ако да – на које, или је боље општом одредбом предвидети могућност одржавања рочишта путем видеоконференцијске везе па оставити судовима да граде праксу.

⁷ Закон којим се регулишу ситуације изазване пандемијом (*Coronavirusact*). *Coronavirus Act 2020. legislation.gov.uk*.

У Европској унији се коришћење видеоконференцијске везе усталило у прекограничним споровима мале вредности. Осим тога, реално је очекивати да се одржавање рочишта на даљину сматра пожељним међу привредницима за поступање на рочиштима у поступцима о привредним споровима. Рочиште на даљину је, затим, подобно за убрзање неких фаза у поступку, као што је припремно рочиште. Ипак, тешко је предвидети у којим све фазама поступка и за извођење којих радњи одржавање рочишта на даљину може имати предности у односу на рочишта уживо, а ту процену не треба да ограничава законодавац. Како би у сваком конкретном случају проценили да ли има места одржавању рочишта на даљину, сврсисходније је прописати могућност одржавања рочишта на даљину у општем делу, уздржати се од прописивања обавезности одржавања рочишта на даљину у било којем од тих случајева.⁸ На тај начин остаје на судовима да формирају праксу било у претходно поменутих фазама поступка и врстама спорова, било у неким другим. Да би се пракса ваљано формирала, потребно је организовати обуке судија у тој новој области.

Следеће питање које се поставља јесте – ко ће одлучивати о томе да ли ће се рочиште одржати уживо или путем видеоконференцијске везе – да ли је потребна сагласност странака или не.

3.3. Сагласност за одржавање рочишта на даљину

Један део стручне јавности напомиње да за одржавање рочишта на даљину обе странке треба да дају сагласност да се рочиште не одржи уживо већ путем интернета. С друге стране, уочава се да би такав услов осујетио могућност одржавања рочишта путем видеоконференцијске везе јер би противљење често водило одуговлачења поступка. Тај услов је у неким нама сродним правим системима превазиђен. На пример, раније се у немачком праву тражило да буде испуњен услов сагласности обеју странака за одржавање рочишта на даљину, али је тај услов укинут (Baumbach, Lauterbach, Albers, Hartmann 2014, 660). Словеначки закон је један од ретких који садржи одредбу да „уз сагласност странака, суд странкама, њиховим пуномоћницима... може дозволити“ да се у време одржавања рочишта налазе на другом месту.⁹ С друге стране, тај

⁸ У европском поступку поводом спора мале вредности предвиђено је да се рочишта, када се одржавају, одржавају на даљину.

⁹ Закон о парничном поступку Републике Словеније (незванично пречишћен текст бр. 27), чл. 114а, ст. 1.

услов се не тражи ни у мађарском¹⁰ ни у хрватском закону. Не само да је у упоредном праву често да суд (дискреционо или на основу законом прописаних критеријума¹¹) одлучује о одржавању рочишта већ је то решење суштински оправдано тиме што се односи само на коришћење једног техничког помагала у поступку. Сличан закључак је усвојен и на округлом столу у организацији Савета Европе (Савет Европе 2020, 6).

3.4. Начин преноса звука и слике

3.4.1. Видеоконференцијска веза и место издвојене везе

Рочиште на даљину се може одвијати у целини путем конференцијске везе или хибридно, у ком случају је место на коме се налази лице које треба саслушати место издвојене везе. Таква комуникација се може одвијати помоћу неког од читавог низа уређаја и програма за пренос слике и звука. Због пандемије 2020. године, употреба тих уређаја и програма је проширена, чиме нам је пружена могућност да на основу упоредноправних искустава пронађемо најбоље решење.

Конференцијска веза може бити организована тако да се преносе и слика и звук или само звук. Према актуелном законском решењу, у парничном поступку Републике Србије предвиђено је тонско или оптичко снимање кумулативно, са условом да се докази изводе путем конференцијске везе. У секундарним изворима права ЕУ предвиђено је да се таква рочишта одвијају путем видеоконференцијске или телеконференцијске везе. Тако је и Уредбом Савета (ЕС) бр. 861/2007 од 28. маја 2001. године о сарадњи између судова држава чланица у извођењу доказа у грађанским и привредним стварима, која је измењена и допуњена Уредбом Европског Парламента и Савета (ЕС) бр. 1103/2008 од 22. октобра 2008. године, предвиђено да се од замољеног суда може тражити да користи електронску комуникацију за извођење доказа, и то посебно видеоконференцијске или телеконференцијске везе. Истом уредбом је предвиђено да ће централни органи држава чланица у поступку правне помоћи подстицати коришћење електронских средстава комуникације. Слично је и са регулативом о споровима мале вредности, којом је предвиђено да ће се рочишта, када се одржавају, одржати путем видеоконференцијске или телеконференцијске везе. Европски

¹⁰ Мађарски Закон о парничном поступку, Одељак 624.

¹¹ Мађарски Закона о парничном поступку, Одељак 622.

законодавац је тиме обухватио широк дијапазон модалитета комуникације на даљину. Наиме, у појединим земљама се рочишта одржавају и путем телеконференцијске везе.¹² Међутим, та врста рочишта није шире заживела Србији и у земљама које имају исту правну традицију у области парничног процесног права.

У аутономном парничном процесном праву држава чланица уобичајено је коришћење видеоконференцијских веза. Према хрватском Закону о парничном поступку, рочиште на даљину се може одржати коришћењем „одговарајућих аудиовизуелних уређаја“.¹³ И у словеначком Закону о парничном поступку, у члану 114а, предвиђено је да, уз сагласност страна, суд странкама и њиховим пуномоћницима може дозволити да се у време рочишта налазе на другом месту и тамо обављају процесне радње, ако је обезбеђен звучни и сликовни пренос са места на коме се обавља рочиште на место/места на којима се налази/налазе странке и пуномоћници и обратно (видеоконференција). Дакле, у оба случаја се тражи истовремени пренос слике и звука.

Мађарски закон садржи нешто ширу формулацију пошто прописује да се саслушање врши „уз коришћење мреже за електронску комуникацију“. Шири израз који је употребио мађарски законодавац последица је конзервативнијег приступа коришћењу нових технологија у парничном поступку. У Мађарској се, наиме, захтева да лице које треба саслушати путем интернета дође у неки ближи суд или код другог органа у за то намењену просторију, док у Хрватској и Словенији лице које се саслушава може бити код куће или у својој канцеларији или било где друго.

Приступ сличан мађарском имају и друге земље, на пример, Народна Република Кина¹⁴ и Руска Федерација (World Bank 2021, 45). Одржавање рочишта путем видеоконференцијске везе са лицем које треба саслушати из другог, њему ближег суда најверније пресликава уобичајено рочиште које се одвија уживо. У тој ситуацији, судија тог суда

¹² Такав је случај у Естонији у којој је Законом о парничном поступку, пара. 350 (3), предвиђена могућност саслушавања телефоном под условом сагласности сведока и парничних странака. Вид. *Code of Civil Procedure – Riigi Teataja*.

¹³ Закон о парничном поступку Републике Хрватске, *Народне новине* 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19, чл. 115, ст. 3.

¹⁴ У Кини је понуђена јака инфраструктура која обухвата много просторија при судовима из којих је могуће путем видеоконференцијске везе учествовати на рочишту пред другим судом (излагање проф. Узелца на обуци судија БиХ 23. фебруара 2021. године), иако се рочиштима може приступити и из приватних просторија (World Bank 2021, 45).

упозорава сведока о његовим правима и обавезама, а јавност се може обезбедити и у судници и на месту издвојене видеоконференцијске везе. Међутим, такав начин је скуп и можда више прилагођен правосудним системима просторно великих земаља, као што су Кина или Руска Федерација.

Приликом регулисања рочишта на даљину у парничном поступку Републике Србије треба имати у виду потребе нашег правосудног система. Рочишта на даљину се у нашем парничном поступку могу применити онда када је то потребно због ефикасности и економичности поступка и уштеде трошкова и онда када треба саслушати лице које припада осетљивој категорији, као што је дете. У перспективи би било најкорисније када би се, као у ЕУ, рочишта на даљину заказивала у случајевима када се неко од странака или других учесника налази преко граница наше земље. За државу која је емиграциона и чија се привреда великим делом ослања на стране инвестиције тиме би се свакако убрзао поступак и смањили трошкови.

Законом, с друге стране, треба експлицитно предвидети да се видеоконференцијска веза одвија истовременим преносом слике и звука и у судници и на месту издвојене везе. Такав услов је детаљно описан у пара. 128а немачког Закона о парничном поступку, чији модел у овој области треба следити. Таквом детаљнијом регулацијом би се превазишле недоумице у тумачењу садашње алтернативно постављене формулације из чл. 245, ст. 3 – „оптичко или тонско снимање“, иако је предвиђено да до снимања долази путем конференцијске везе. Такође, за различито тумачење је подобна формулација из чл. 245, ст. 6 – „снимљена изјава“ јер може указати на накнадно прегледан снимак изјаве сведока што се не може поистоветити са саслушањем путем конференцијске везе.

3.4.2. Избор компјутерских програма

Препоруке Савета „Промовисање употребе и размене најбоље праксе прекограничних конференција у области правосуђа у државама чланицама и на нивоу ЕУ“ (2015/С 250/01) садрже и препоруку да се приликом одржавања рочишта путем видеоконференцијске везе користи нова технологија јер она може да осигура најбезбеднији приступ странака и других учесника у поступку и остваривање права на правично суђење.

Истовремено са радом на Нацрту закона о парничном поступку, Министарство правде је започело рад на развоју програма који су потребни како би парнични поступак био дигитализован. Није у свим државама тако – негде се користе и комерцијално доступни програми

за комуникацију у форми видеоконференцијске везе.¹⁵ Оба решења имају предности и мане. Најчешће навођена мана комерцијалних програма је потенцијална злоупотреба у виду виртуелног бомбардовања конференцијске везе – *Zoom bombing* (Крстић et al. 2021, 73), као најмаркантнији пример злоупотребе програма за комуникацију преносом слике и звука у форми видеоконференцијске везе у време пандемије. Тај конкретан технички проблем је отклоњен одавно, али је створена несигурност да се може поновити. Међутим, злоупотребу може претрпети сваки софтвер, па и онај који је посебно, под окриљем државе, развијен за потребе правосуђа. У избору софтвера треба имати у виду да је важно да програм буде одржаван на одговарајући начин како би могло правовремено да се реагује на све потенцијалне злоупотребе и како би платформа била редовно администрирана и унапређивана. Када држава може да обезбеди такву техничку подршку, добро је да постоји посебна платформа која ће се користити посебно за одржавање рочишта на даљину. У оба случаја, а посебно у случају коришћења комерцијалних платформи, неопходна је стандардизација коришћења у судском поступку како би се обезбедило да се оне користе на начин који је у складу са свим начелима парничног поступка, посебно са начелом јавности. Та стандардизација се може постићи обукама судија и других запослених у суду, али и других заинтересованих корисника.

Корисници таквих програма, странке и други учесници треба да буду што мање оптерећени техничким захтевима приликом приступа интернету у судском поступку. Довољно је да имају микрофон и камеру на свом рачунару повезаном на интернет, а софтверски захтеви треба да буду минимални тако да кликом на линк који суд учини доступним учествују у пуном капацитету.

4. САГЛАСНОСТ СА НАЧЕЛИМА ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА

У правничкој јавности се неретко могу чути скептичне изјаве о томе да ли је одржавање рочишта на даљину у складу са начелима парничног поступка и правом на правично суђење. Препоруке Савета „Промовисање употребе и размене најбоље праксе код прекограничних конференција у области правосуђа у државама чланицама и на нивоу ЕУ“ (2015/С 250/01) садрже и уклопљеност у процесна начела (препорака бр. 20).

¹⁵ Тако је у Републици Хрватској коришћен и програм *Jitsi OBAVIJEST* – одржавање роћишта на даљину на *Trgovačkom sudu u Varaždinu!* | *Sudovi Republike Hrvatske*, док су најчешће коришћени програми *WebEx*, *ZOOM* и *Skype for Business*, (излагање проф. Узелца на обуци судија БиХ 23. фебруара 2021. године).

4.1. Начело непосредности

Начело непосредности је наглашено проблематизовано у српском праву одредбама важећег ЗПП. У чл. 245, ст. 3 ЗПП, наиме, предвиђено је да, у случају из ст. 2 тог члана (писана изјава сведока), суд решењем може да одлучи, по службеној дужности или на предлог странака, да се сведок саслуша путем конференцијске везе, коришћењем уређаја за тонско или оптичко снимање. Ставом 6 истог члана предвиђено је да суд увек може да позове сведока чија је изјава снимљена или оног који је дао писану изјаву да своје сведочење потврди пред судом на рочишту. Према ст. 5 истог члана, изјаву из ст. 3 може да поднесе странка. Тиме сам законодавац јасно третира изјаву сведока дату путем техничких уређаја као одступање од начела непосредности, најпре јер због тога што је, у ставу 5, реч о снимку изјаве. Није оправдано да тај начин извођења доказа не буде одвојен од извођења доказа путем конференцијске везе истовременим преносом слике и звука, јер чл. 277 ЗПП, којим се предвиђа могућност саслушања странака путем конференцијске везе коришћењем уређаја за тонско или оптичко снимање, упућује на чл. 245.

Нејасно је и на који начин законодавац предвиђа извођење тог доказа. Према самом тексту закона, сведок може да се саслуша „путем конференцијске везе, коришћењем уређаја за тонско или оптичко снимање“. Према *Великом речнику страних речи и израза* Ивана Клајна и Милана Шипке, „оптички“ је онај „који се односи на оптику, светлосни, очни, видни“.¹⁶ У образложењу уз Предлог закона о парничном поступку из 2011. године написано је да је тим предлогом закона предвиђено саслушање сведока путем „видео– линка“.¹⁷ Ако ту реч потражимо у поменутом речнику, јасно је да се мисли на везу која подразумева пренос и слике и звука.¹⁸ Ипак, законодавац је прописао да пренос може бити „тонски или оптички“. Тиме се намеће закључак да је као алтернатива постављен и пренос који је само тонски, вероватно по угледу на поменуте регулативе ЕУ. Нема података да је тонски снимак коришћен у парничном поступку за важења закона из 2011. године. Саслушање које би се одвијало тонски, опет, ускраћује онај вид непосредности у поступању каква је могућа када се конференцијском везом истовреме-

¹⁶ Иван Клајн, Милан Шипка. 2010. *Велики речник страних речи и израза*. Нови Сад: Прометеј, 867.

¹⁷ Образложење уз Предлог закона о парничном поступку 2011, 113.

¹⁸ Под речју видео се подразумева „техника електронског снимања, обраде и репродуковања покретних слика и пратећег звука“. *Ibid.*, 267.

но преносе и слика и звук. Отуд и одредбе према којима суд може позвати сведока чија је изјава снимљена да свој исказ потврди пред судом на рочишту.

Дакле, не треба сматрати да је извођење доказа саслушањем сведока на даљину непомирљивосупротстављено начелу непосредности само по себи (Јакшић 2012, 163), али одредбе ЗПП треба прилагодити остваривању тог начела у што већој мери. Довољно је прописати да се саслушање може обавити конференцијском везом, истовременим преносом слике и звука јер би такво решење пратило решења у упоредном праву и потребе судске праксе. Таква формулација свакако не треба да буде садржана у чл. 245 већ треба да обухвати ширу могућност извођења доказа.

Не треба заборавити да је остваривање начела непосредности и подлога за правилну оцену доказа (Дика 2008, 904). Истовремени пренос слике и звука путем видеоконференцијске везе у битним елементима обезбеђује утисак какав се може стећи и уживо. У неким ситуацијама може чак и да олакша комуникацију на рочишту. У време пандемије, када је ношење маски обавезно, фацијална експресија се може пратити само помоћу техничких помагала. Истина је да суд у том случају не може да стекне утисак о целокупној физичкој појави лица које саслушава, али је већ широко прихваћено да може стећи утисак о свему што је потребно. У крајњој линији, према мишљењу неких аутора, реч је о изузетку од начела непосредности (Zöller 2014, 641) који је устаљен и општеприхваћен. Уосталом, о начелу електронске непосредности је писано и у нашем региону још 2008. године (Дика, *ibid.*).¹⁹

4.2. Начело јавности

Коришћење видеоконференцијске везе у парничном поступку, међутим, доводи у питање остваривање начела јавности. Суд је, наиме, дужан да омогући присуство јавности (Познић, Ракић Водинелић 2015, 360–361). Начело јавности, иако значајније у кривичном него у парничном поступку, служи томе да се обезбеди поверење у правосуђе и да се парничне странке заштите од доношења одлука у тајности (Jauering, Hess 2011, 112). У парничном поступку јавност подразумева право на транспарентан поступак и представља елемент права на пра-

¹⁹ Дика (2008) није детаљно анализирао непосредност приликом саслушавања сведока помоћу електронских средстава.

вично суђење (Jauering, Hess 2011, 113). Транспарентност мора бити обезбеђена у свакој фази поступка, и приликом одлучивања о томе да се рочиште одржи путем видеоконференцијске везе и на самом рочишту.

У ситуацији када се рочиште одржава на даљину, поставља се неколико дилема у вези са применом начела јавности у парничном поступку. Најпре се поставља питање да ли се рочиште одржава потпуно на даљину или хибридно, у судници и на даљину. У првој варијанти, учесници се налазе на различитим местима. У другој варијанти судија је у судници која је отворена за учеснике и јавност, а поједини учесници су на другој локацији и укључују се путем видеоконференцијске везе. У првом случају се јавност може обезбедити само преносом рочишта уживо путем интернета, док се у другом случају јавност може обезбедити и у самој судници, док физичко присуство јавности може, заправо, изостати на месту издвојене везе. Управо због могућности преноса рочишта уживо путем интернета може се обезбедити да рочиште прати шири круг лица,²⁰ али, с друге стране, сви учесници комуницирају на даљину, што онемогућава остваривање свих предности страначке, али и опште јавности, које подразумева људски контакт уживо и целокупно сагледавање просторије у којој се учесници налазе. Међутим, за хибридна рочишта у којима се само неки од учесника укључују на даљину јавност се обезбеђује на традиционалнији начин јер је судница отворена за јавност иако остаје нерешен проблем јавности на месту издвојене везе. У немачком праву је примењен тај модел (немачки Закон о парничном поступку, пара. 128а). Пренос рочишта путем интернета омогућио би шире учешће јавности, али процена свих аспеката остваривања начела парничног поступка и основних гаранција у поступку у случају таквог остваривања начела јавности (ако се изузму пандемијски услови) превазилази оквире овог рада.

4.3. Начело контрадикторности

Одржавање рочишта на даљину мора бити и у складу са начелом контрадикторности. Суд је, у другим земљама, обично тај који одлучује да ли ће се рочиште заказати путем видеоконференцијске везе или уживо. односно то питање се третира као питање управљања поступ-

²⁰ У том случају је потребна детаљније регулација којом ће бити утврђено да нису дозвољени снимање и репродуковање снимка рочишта, односно сликање. Таква правила су присутна у земљама у којима се рочиште преноси на даљину.

ком.²¹ Притом, суд треба да води рачуна о једнакости оружја међу странкама и да заказује рочиште тако да обе странке имају равноправан положај и приликом самог заказивања рочишта на даљину и приликом одржавања рочишта.

5. ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ И ОДРЖАВАЊЕ РОЧИШТА НА ДАЉИНУ

Суд је дужан да се стара о томе да се приликом одржавања рочишта на даљину поштује гаранција права на правично суђење. Да би се спречило кршење права на правично суђење приликом коришћења видеоконференцијске везе, Комитет министара Савета Европе је сачинио Смернице за решавање спорова на даљину у грађанским и управним судским поступцима,²² у којима је указано на то да државе треба да обезбеде једноставан приступ суђењу на даљину, али и поузданост и безбедност тог процеса. Европски суд за људска права је нашао да одржавање рочишта путем видеоконференцијске везе није само по себи неусклађено са остваривањем права на правично суђење из чл. 6 Европске конвенције о људским правима. То је само техничко средство које се користи у поступку, али мора бити омогућено да се користи без техничких сметњи.²³ Управо је у томе суштина – уз све поменуте модалитете и недоумице – коришћење видеоконференцијске везе је део технолошког прогреса који мора да нађе заслужено место и у парничном поступку. Због тога треба изменити Закон о парничном поступку, имајући у виду све у овом раду наведене разлоге за измену и елементе будуће норме.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Baumbach, Adolf, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers, Peter Hartmann. 2014. *Zivilprozessordnung*. München: C. H. Beck.

²¹ То је у складу и са закључцима са Округлог стола о искуствима у коришћењу видео-конференција, који је одржан у организацији Савета Европе (Савет Европе 2020, 6).

²² Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on online dispute resolution mechanisms in civil and administrative court proceedings, June 2021. вид. (Крстић et al. 2021)

²³ Одлука ЕСЉП 21272/03 у предмету *Сакхновски против Русије* од 2. новембра 2010. године, 97. Више о пракси ЕСЉП вид. (Крстић et al. 2021)

- [2] Dika, Mihajlo. 2008. O načelu neposrednosti u parničnom postupku *de lege lata* uz neke projekcije *de lege ferenda*. *Zbornik PFZG* 58/2008.
- [3] Council of Europe. 2020. Regional online round table „Videoconference in court proceedings: human rights standards“.
- [4] Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on online dispute resolution mechanisms in civil and administrative court proceedings, June 2021.
- [5] Haimo Schack. 2014. *Internationales Zivilverfahrensrecht*. München: C. H. Beck.
- [6] Nau, Wolfgang. 2020. Litigation in the time of Covid-19, Some observations from Germany. Septentrio report No. 5 (2020): *Civil justice and Covid-19*.
- [7] Јакшић, Александар. 2012. *Грађанско процесно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [8] Jauerling, Othmar, Bukhard Hess. 2011. *Zivilprozessrecht*. München: C. H. Beck.
- [9] Клајн, Иван, Милан Шипка. 2010. *Велики речник страних речи и израза*. Нови Сад: Прометеј.
- [10] Крстић, Ивана, Олга Тешовић, Ивана Миловановић, Душан Дакић. 2021. *Суђење на даљину, правни оквир и пракса*. Београд: Форум судија Србије.
- [11] Neil, Andrews. 2013. *Andrews on Civil Process*. Cambridge: Intersentia.
- [12] Познић, Боривоје, Весна Ракић Водинелић. 2015. *Грађанско процесно право*. Београд: Службени гласник.
- [13] Rosenberg, Leo, Karl Heinz Schwab, Peter Gottwald. 2010. *Zivilprozessrecht*. München: C. H. Beck.
- [14] Sorabji, John. 2020. English and Welsh Courts in the Age of Covid-19. Septentrio report No. 5 (2020): *Civil justice and Covid-19*.
- [15] Susskind, Richard. 2013. *Tomorrow's lawyers, An introduction to your future*. Oxford University Press.
- [16] Uzelac, Alan. 2020. Sudski postupak nakon korone: transformacija ili kapitulacija? *Suvremena trgovina* 4/45.
- [17] Zöller, Reinhard Greger. 2014. *Zivilprozessordnung*. Köln: Dr. Otto Schmidt.
- [18] Закључак Високог савета судства Републике Србије од 18. марта 2020.

- [19] World Bank. 2021. Improving Commercial Justice in BiH in the face of COVID-19 crises – Phase II Analysis – Medium to Long-Term Strategies.
- [20] Излагање проф. Узелца на обуци судија БиХ 23. фебруара 2021. године.
- [21] Образложење предлога Закона о парничном поступку 2011. године
- [22] Решење о образовању радне групе за израду радног текста Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку Републике Србије од 23. фебруара 2021. године.

Branka BABOVIĆ VUKSANOVIĆ, PhD

Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

VIRTUAL LITIGATION HEARINGS

Summary

In a paper dealing with the ramifications of the COVID-19 pandemic to the litigation proceeding, the author analyses the institution of remote hearings in the Republic of Serbia. A critical reflection was given to the current Law on Civil Litigation and its provisions on presenting evidence from a distance. Afterwards, suggestions were provided for changing and amending these provisions. Several ways for regulating distant hearings were analysed to form the elements of the future norm. When it comes to the actual issue of harmonising the proceeding with the society's technological advancements, there is scepticism in the expertly public on how to harmonise this institution with the principles of litigation proceedings and the right to the fair trial. The author analysed arrangements from the comparative law and the ECHR practice to reach a conclusion on harmonising remote hearings with the principles of litigation proceedings and the right to a fair trial.

Key words: *Pandemics. – Videoconference. – Remote hearing. – Principle of immediacy. – Principle of publicity.*

Article history:
Received: 3. 2. 2022.
Accepted: 27. 5. 2022.

/ПОЛЕМИКА

УДК 34:37.091.12:2-754(497.11); 378:34(497.11)

CERIF: H 250, H 180

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22208A

Др Милан ВУКОМАНОВИЋ*

NIHIL OBSTAT – СРЕДЊОВЕКОВНЕ СТРАНПУТИЦЕ ВИСОКОГ ОБРАЗОВАЊА У СРБИЈИ

Овај рад је осврт на три тематска оквира разматрана у тексту Душана Ракитића (Анали Правног факултета у Београду 1/2022) која су релевантна за расправу о спорном питању одобрења Синода Српске православне цркве за избор у наставничка звања на Православном богословском факултету Универзитета у Београду (ПБФУБ): законодавство Краљевине Југославије; одредбе српског Закона о црквама и верским заједницама из 2006. године; препознавање уставног начела кооперативне одвојености цркве и државе у Уставу из 2006. године. Осим тога, указује се на то да нови Закон о изменама и допунама Закона о високом

* Редовни професор, Филозофски факултет Универзитета у Београду, Србија, vukomano@hotmail.com.

образовању из 2021. није у сагласности с Уставом, јер се ту предвиђа сагласност надлежних црквених органа за упис студија, учешће у курсу, заснивање радног односа и губитак звања на ПБФУБ. Устав је, наиме, повређен у оним одредбама којима се јемче световност државе, аутономија универзитета и слобода научног и уметничког стварања.

Кључне речи: *Missio canonica*. – Православни богословски факултет. – Аутономија универзитета. – Световност државе. – Закон о високом образовању.

1. УВОД

У прошлом броју *Анала Правног факултета у Београду* (1/2022) објављен је текст Душана С. Ракитића „О пореклу обавезног благослова за избор професора богословских факултета – национални и упоредни план“ (Rakitić 2022). У том свом прилогу аутор полази од става да је у академској заједници Србије протеклих година била изражена супротстављеност мишљења о оправданости института обавезног црквеног благослова за универзитетске професоре теологије. Према речима самог Ракитића, његов рад представља покушај да се осветли порекло тог института, његове упоредне примене, пре свега у европском академском наслеђу, као и у националној правној традицији. Због тога су у његовом есеју најпре разматрани настанак универзитета у Европи у средњем веку и значај који су за ту појаву имали подршка, заштита и признање цркве. Посебна пажња је, разумљиво, посвећена одредбама права Римокатоличке цркве (РКЦ) у историјској перспективи, а анализирани су и примери неких националних правних традиција у погледу данашњег уређења тог питања. Ракитић је потом пружио увид у основне аспекте савременог теолошког става РКЦ о односу црквеног благослова за избор професора теологије са верском слободом, као и академском слободом, то јест аутономијом универзитета. У последњем делу рада су, најзад, размотрени и неки аспекти националног историјскоправног контекста института обавезног благослова у складу с правном традицијом Србије. Ако се узме у обзир укупан тематски обим споменутог рада, јасно је да је чак око 80 процената Ракитићевог текста посвећено разматрању историјске и упоредноправне грађе о повести европских универзитета, док је знатно мањи део рада одвојен за осветљавање и анализу националног контекста примене института обавезног благослова, који је у последње неколике године (особито од 2019. године) постао предмет озбиљних контроверзи у академској заједници Србије, а нарочито Универзитета

у Београду (УБ). Наиме, на основу одредаба у вези са давањем благослова за службу учења у статуту Православног богословског факултета Универзитета у Београду (ПБФУБ), одузето је звање чак тројици професора теологије, укључујући и једног епископа. Штавише, неусаглашеност статута ПБФУБ са Статутом УБ и Законом о високом образовању Републике Србије из 2017 (ЗВО) био је и један од главних разлога за доношење новог Закона о изменама и допунама Закона о високом образовању (*Службени гласник РС 67/2021*). Због актуелности тог питања за правну регулативу УБ, али и шири, уставноправни поредак Републике Србије, нагласак овог рада ће бити, пре свега, на националном контексту преиспитивања питања обавезног благослова за избор професора богословских факултета, којем је у Ракитићевом прилогу ипак посвећено много мање пажње.

Три су, наиме, главна тематска оквира у којима је Ракитић разматрао спорно питање сагласности епископа за конкурисање за звања наставника и одобрења Светог архијерејског синода за службу учења код избора у наставничка звања: 1. законодавство Краљевине СХС и Краљевине Југославије; 2. одредбе српског Закона о црквама и верским заједницама из 2006. године; 3. препознавање уставног начела кооперативне одвојености цркве и државе у Уставу Србије из 2006. године. Пре него што се непосредније и сам позабавим споменути тематским оквирима, желео бих да укратко осветлим друштвени, политички и правни контекст који је претходио томе да давање и одузимање сагласности за службу учења на ПБФУБ постане једна од највећих контроверзи и камен спотицања на УБ у последњих неколико година.

2. ДРУШТВЕНИ КОНТЕКСТ

Године 1952, одлуком југословенске социјалистичке власти, ПБФ је удаљен са УБ¹, па је на тај начин дошао под јурисдикцију, окриље Синода Српске православне цркве (СПЦ). Иако су наставници ПБФ били склони томе да задрже аутономију коју су имали као део предратног УБ, Синод, који је преузео не само оснивачку него и финансијску одговорност над ПБФ, почео је да одлучује и у питањима избора наставног кадра, уписа студената и наставних планова и програма. Од 1952. до 2004. године та високошколска установа се звала *Богословски факултет*

¹ Решење Владе Народне Републике Србије, В.С. бр. 62 од 15. фебруара 1952. године.

Српске православне цркве. Године 2004, одлуком демократских власти (влада Зорана Живковића)², ПБФ је, након пола века изван УБ, враћен у састав тог универзитета, али притом није повратио и своју аутономију у односу на Синод, иако је решењем Владе Србије, њеним аутентичним тумачењем из 2004. године, одлука социјалистичких власти из 1952. оглашена ништавом. Дакле, ПБФ је враћен у састав УБ, оснивач му је поново постала Република Србија, али је Синод и даље имао формалан утицај на избор наставника тог факултета, а надлежни епископи на селекцију студената и конкурисање за избор наставника. Одговарајуће одредбе су ушле и у Статут ПБФУБ који се, у том погледу, до данас није мењао. Све то је, наравно, било у супротности са ЗВО и Статутом УБ, али је до 2019. године пренебрегавано као питање неусаглашености Статута ПБФУБ са тим вишим правним актима. Донедавно се СПЦ, институција која је Уставом Србије одвојена од државе (па тако и од државног универзитета) није превише упитала у академску делатност на ПБФУБ, па је својеврстан *modus vivendi* некако одржавао ту, иначе, врло фрагилну институционалну конструкцију. То питање је, међутим, поново постало актуелно 2019–2020. године, када је најпре суспендовано а затим и отпуштено троје професора ПБФУБ (Максим Васиљевић, Марко Вилотић, Родољуб Кубат)³, и то првенствено због својих јавних наступа или теоријских гледишта која нису била по вољи Синода СПЦ.⁴ Насупрот томе, као високошколским наставницима, њима је држава гарантовала пуну слободу изражавања својих научних идеја и концепција, али и моралних начела – и у факултетским салама и у широј јавности. На пример, у члану 5 (став 2) ЗВО јасно се истиче да академске слободе подразумевају слободу научноистраживачког и уметничког рада, укључујући слободу објављивања и јавног представљања научних резултата и уметничких достигнућа. Штавише, према Закону о црквама и верским заједницама (2006), цркве и верске

² Дана 9. јануара 2004. године, на предлог свих традиционалних цркава и верских заједница у Србији и уз подршку 22 факултета УБ, Влада Републике Србије је донела решење (05 бр. 02–82/2004 од 9. јануара 2004. године) о оглашавању ништавим решења Владе Народне Републике Србије број 62, од 15. фебруара 1952. године, којим је Богословски факултет СПЦ укинут као државна установа и искључен из састава Универзитета у Београду (*Службени гласник РС* 3/2004 и 51/2004 – аутентично тумачење).

³ <https://www.istinomer.rs/analize/crkva-i-vlast-udruzene-protiv-slobode/> (последњи приступ 25. мај 2022.)

⁴ Видети, на пример, Решење бр. 0101–595/1 од 9. октобра 2020. о забрани обављања послова наставника на академским студијама против проф. др Родољуба Кубата, редовног професора ПБФ. То решење је потписао декан ПБФУБ проф. др Зоран Ранковић.

заједнице имају право да самостално уређују и спроводе свој поредак и организацију и да самостално обављају своје унутрашње и јавне послове (чл. 6), али, исто тако, „верске образовне установе укључене у систем образовања дужне су да поштују услове и стандарде који важе у систему образовања, у складу са прописима о образовању“ (чл. 37).

У сваком случају, убрзо се на велика врата отворило питање неусаглашености Статута ПБФ са Статутом УБ и ЗВО. Постало је, наиме, јасно да су споменути професори Богословског факултета отпуштени мимо уобичајених законских процедура и норми, да су прекршена њихова људска права (Устав РС, чл. 73 и 36), па, дакако, и да имају утужива субјективна права јер је, између осталог, био повређен и Закон о раду Републике Србије (тако да неки од њих још увек воде спорове пред надлежним државним судом).⁵ Имајући све то у виду, јасно је зашто је управа УБ у јесен 2019. године, још пре отпуштања тројице професора ПБФ, покренула питање неусаглашености Статута ПБФ са Статутом УБ и ЗВО, с намером да се тај правни проблем на универзитету коначно реши. Најпре је крајем 2019. своје мишљење дао Одбор за статутарна питања УБ.⁶ Утврђено је, наиме, да је статут ПБФУБ противан Статуту УБ и ЗВО, па отуда он није ни могао да произведе некакво правно дејство. ПБФУБ се, међутим, није приклонио тој одлуци, па је на иницијативу Ректорке УБ Иванке Поповић формирана и универзитетска радна група с циљем да се помогне ПБФУБ у усклађивању њиховог статута са статутом универзитета. Петочлана Радна група УБ⁷, чији је задатак био да превазиђе проблем неусаглашености одредаба важећег Статута ПБФ са Статутом УБ, бавила се тим спорним питањем у периоду од октобра 2020. до марта 2021. године. Она је, између осталог, анализирали мишљење Одбора за статутарна питања од 8. новембра и 17. децембра 2019. године, позитивно

⁵ На пример, у решењу којим се забрањује обављање послова наставника на академским студијама проф. др Родољубу Кубату (9. октобар 2020), декан ПБФ се позива на „овлашћења из правоснажне и извршне (sic!) Одлуке Светог Архијерејског Синода СПЦ“, док у поуци о правном леку дословно стоји: „Против овог Решења није дозвољена жалба“.

⁶ Прецизније, реч је о седницама Одбора одржаним 8. новембра и 17. децембра 2019. Мишљење Одбора за статутарна питања (бр. 06-5156/3-19) од 17. децембра 2019. достављено је потом Сенату УБ на усвајање. На својој седници од 14. априла 2021, Сенат, који је радио на ивици кворума, није усвојио мишљење Одбора. То мишљење је подржало 18 декана УБ, али за усвајање су била потребна 24 гласа. Само троје професора било је уздржано, а декан ПБФУБ је био против. Из броја присутних чланова Сената јасно се види да они ни теоретски нису могли да дају потребну подршку на самом гласању.

⁷ Решење Ректорке УБ 02 бр. 612-3171/1-20, од 30. септембра 2020.

законодавство Републике Србије, праксу Уставног суда РС, упоредна решења (посебно у Немачкој, Хрватској и Грчкој), некада важеће прописе Краљевине Југославије те правила СПЦ и РКЦ. Радна група је, на крају свог мандата, већински подржала мишљење Одбора за статутарна питања УБ да је институт благослова (тј. сагласности епископа и Синода СПЦ) у супротности са ЗВО и Статутом УБ.

Јасно је да је за академску заједницу УБ најсврсиходнији пут решавања проблема статутарности и законитости рада ПБФУБ, као уосталом и сваког другог факултета, било усклађивање статута ПБФ са Статутом УБ и тада важећим ЗВО у оним спорним одредбама које се тичу давања сагласности епископа за упис студија и конкурисање за звања наставника и одобрења Синода за службу учења приликом избора у наставничка звања. На ту потребу је, још од новембра 2019. године, јасно указивао Одбор за статутарна питања УБ, а нешто доцније и универзитетска Радна група у својим настојањима да се превазиђе проблем неусаглашености Статута ПБФ са Статутом УБ и ЗВО. Тај релативно мањи проблем неусаглашености два статута на УБ је 2021. године, нажалост, соломонски „решен“ изазивањем далеко већег проблема: доношењем новог Закона о изменама Закона о високом образовању (*Службени гласник РС 67/2021*) који је у супротности са Уставом Републике Србије.

3. РАСПРАВА О ТРИ ТЕМАТСКА ОКВИРА

Осврнимо се сада на три споменута тематска оквира која је Ракитић издвојио с обзиром на спорно питање сагласности епископа за конкурисање за звања наставника и одобрења Синода за службу учења приликом избора у наставничка звања. У делу рада који се односи на национални контекст примене института благослова у правном систему Краљевине Југославије, Ракитић упућује на Закон о Српској православној цркви из 1929. године (чл. 18, ст. 2), у којем је било предвиђено да се „професори и доценти богословског факултета, који се бирају по Закону о универзитетима, постављају пошто се претходно утврди и верска подобност кандидата оценом Светог архијерејског Синода“.⁸ Међутим, пажљива анализа тог члана Закона показује да су се ти професори и доценти бирали по Закону о универзитетима (1930), а споменути Закон о СПЦ није аутоматски давао право Синоду да самостално интервенише него да покрене иницијативу код министра

⁸ Закон о Српској Православној Цркви од 8. новембра 1929. године, бр. 89870, *Службене новине Краљевине Југославије* 269, 16. новембар 1929.

просвете за отклањање ‘осведочених несугласности’ (Novaković 2012, 953). То је, уосталом, јасно из става 1 члана 18 споменутог закона где се наводи како „Свети Архијерејски Синод настојава и стара се да предавања на православним богословским факултетима државних Университета буду у сагласности са науком православне вере. У случајевима осведочене несугласности предузима код Министра просвете потребне мере, да се оне отклоне“.

Сасвим је, дакле, јасно да се први став члана 18 тиче искључиво хетеродоксних ставова, то јест јереси. Другим речима, предавања на ПБФУБ треба да буду ‘у сагласности са науком православне вере’, односно да не буду јеретичка. А приликом осведочене (не само наслућене или претпостављене) несагласности, односно осведочене неправоверности, јереси, Синод нема непосредног права да сам интервенише него се мора обратити министру просвете како би се тај проблем разрешио. У другом ставу члана 18 се затим тврди да се професори и доценти постављају тек пошто се претходно утврди и верска подобност кандидата оценом Светог архијерејског синода. Но пошто је јасно да ‘верска подобност’ значи исто оно што и ‘сагласност са науком православне вере’ из првог става члана 18, онда се и овде заправо тврди да се професори ПБФ бирају уколико нису јеретици. То је био једини услов који је постављао Синод, али чак ни тај услов он није могао да спроводи самостално него је његово спровођење зависило од процене министра просвете.

Иако се законодавство Краљевине Југославије не примењује од 1946. године те није непосредно релевантно за савремено просветно законодавство у Србији, увид у уредбе ПБФ које су потписивали министри просвете 1921, 1932–1934 или 1935. године јасно показује да институт благослова није био део факултетске (ПБФ), али ни универзитетске регулативе у тој држави.⁹ Штавише, на захтев министра просвете др Илија Шуменковића (потписника Уредбе ПБФУБ из 1934), 20. априла исте године донето је следеће решење: „Решавам: да сви факултети у земљи најдаље до 20 маја ове године поднесу нове пројекте факултетских уредаба за своје факултете. Приликом израде нових пројеката факултетских уредаба факултети се имају у свему строго придржавати

⁹ Видети, на пример, Уредбу Православног богословског факултета на Универзитету Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца од 8. јуна 1921. коју је потписао тадашњи министар просвете Светозар Прибићевић (*Службене новине* III, бр. 127) или пак Уредбу ПБФУБ од 11. јуна 1935 (год. XVII, бр. 133-XXXIII, 1935), коју је потписао министар просвете Стеван Ђирић. Министар просвете је, штавише, имао врховни надзор и над активностима свих верских школа у Краљевини.

прописа Закона о универзитетима, Опште уредбе универзитета и параграфа 21 тач. 5 Финансијског закона за 1934/35. У уредбе се не сме унети ниједна одредба која би била супротна поменути прописима.¹⁰ Јасно је, дакле, да су се у Краљевини сви факултети без изузетка, па и ПБФ, морали строго придржавати универзитетских прописа, закона и уредаба, што аутоматски искључује и било какав утицај Синода СПЦ на рад Богословског факултета. То, уосталом, потврђују и записници Савета ПБФУБ из периода од 1937. до 1944. године, у којима је забележено заиста много случајева избора у звања, од асистента до редовног професора, али без спомињања било каквог благослова Синода приликом избора наставног особља.¹¹ Уосталом – а то је једно од кључних питања – које би биле научне компетенције чланова Синода приликом избора универзитетских професора ПБФУБ? Синод није стручно академско тело за избор наставника јер га чине чланови који најчешће немају (иако понекад могу имати) универзитетска звања. Већина чланова Синода обично нема ни докторат наука, па према универзитетским прописима не могу уопште учествовати у комисијској процедури потврђивања избора у звање доцента, ванредних и редовних професора ПБФУБ.

У правном поретку Републике Србије, све до доношења Закона о изменама и допунама Закона о високом образовању 2021. године, није постојао никакав уставни, законски или статутарни основ за увођење института благослова (*missio canonica*) у аутономно право УБ, укључујући ПБФУБ. *Missio canonica* је, као што је добро познато, специфично римокатолички институт, а основ за његово уношење у национално право је конкордат потписан с Ватиканом (као, на пример, у случају Немачке и Хрватске), који Република Србија није никада потписала. Штавише, чак и да такав међународни уговор постоји, питање је да ли би се он могао примењивати на ПБФУБ, с обзиром на то да је реч о факултету на којем се изучава теологија друге хришћанске конфесије. Најзад, чак ни у Републици Грчкој, у којој црква уставом није одвојена од државе, не постоји институт давања сагласности црквеног органа за избор наставника или за упис студената на Каподистријски универзитет у Атини и Аристотелов универзитет у Солуну, док у Руској Федерацији не постоје теолошки факултети у саставу државних универзитета. У том смислу с великом резервом треба прихватити и

¹⁰ Наведено према тексту из факсимила овог документа.

¹¹ Имао сам непосредан увид у факсимиле читавог низа записника из тог периода (1937–1944) и ни у једном од њих се не спомиње благослов Синода за избор било ког наставника ПБФУБ.

Ракитићев став да су „пракса, право и теолошки ставови Римокатоличке цркве значајни за анализу предмета овог рада на националном плану не само зато што је та црква у суштинском смислу традиционална у државама српског народа, а у формалном законском смислу и у савременој Србији, већ и зато што се право којим се уређује положај Српске православне цркве, као њено аутономно право, пракса и теолошки ставови у XX веку о предметном питању у битним аспектима поклапају са правом, праксом и теолошким ставовима Римокатоличке цркве“ (Rakitić 2022, 303).

Ракитић кратко разматра и Закон о црквама и верским заједницама из 2006. године, имајући посебно у виду два начела која проистичу из тог закона: гаранцију коју цркве и верске заједнице уживају јер су ‘слободне и аутономне у одређивању свог верског идентитета’ (чл. 6, ст. 2) и обавезу државе да не омета ‘примену аутономних прописа цркава и верских заједница’ (чл. 7, ст. 1). Ракитић притом с правом примећује да је обавеза државе ограничена императивним нормама позитивног права, али је она важна због тога што уводи начелну обавезу уважавања аутономног права цркава и верских заједница у границама Устава и императивних норми. Ту најпре треба истаћи да спорна питања о давању благослова на службу учења нису уређена Законом о црквама и верским заједницама из 2006, већ тек Законом о изменама и допунама Закона о високом образовању из 2021. године. Тај новији закон је у потпуности отворио врата СПЦ да одлучује о упису студената, конкурсима, избору, па чак и отпуштању наставника на ПБФУБ. Никад раније такве одредбе нису постојале у законима о универзитетима или високом образовању, па чак ни у Закону о СПЦ Краљевине Југославије, којим је додуше било предвиђено да се Синод, уколико прибави доказе о нечијој ‘осведоченој несугласности’ са ‘науком православне вере’, обрати министру просвете да се те неусаглашености уклоне, што је неупоредивно мање право од онога које је Синоду дато законом из 2021. године.

И најважније: уместо да се ПБФУБ статутарно ускладио с осталим факултетима УБ, озбиљно је нарушена аутономија УБ. Наиме, од 2021. године једној вануниверзитетској и недржавној институцији (СПЦ) омогућено је да легално утиче на упис студената, избор и отпуштање наставника државног универзитета. То што је једна вануниверзитетска институција, уз помоћ Министарства просвете, укинула аутономију универзитета, више није само проблем ПБФУБ и његовог статута него и проблем за државни (Београдски) универзитет јер су одредбе Закона из 2021. године у супротности са Уставом и неким темељним статутарним нормама УБ, које важе од његовог оснивања. Када је, пак, реч о Закону о црквама и верским заједницама, подсетимо на одредбу тог

закона према којој су „верске образовне установе укључене у систем образовања дужне да поштују услове и стандарде који важе у систему образовања, у складу са прописима о образовању“ (чл. 37). Ако то важи за верске образовне установе, још више би требало да важи за државни теолошки факултет на државном универзитету.

Осврнимо се, најзад, и на Ракитићеву тезу о кооперативној одвојености државе и цркве у Србији. Начело секуларности је у Уставу из 2006. године утврђено као једно од темељних уставноправних начела. Не само да је опредељење за световну државу тим Уставом изричито зајемчено (за разлику, на пример, од Устава из 1990), већ је оно уздигнуто и на ранг уставног начела (чл. 11). Имајући на уму одредбе Устава из 1990, писци и доносиоци актуелног Устава су изоставили да спомену материјалне или неке друге облике помоћи државе цркви, што свакако није било случајно; ту је, наиме, изражена намера да се принцип одвојености доследно спроведе (Маринковић 2011, 378–379; Драшкић 2013, 38–40). Може се стога закључити да се Устав из 2006. определио за систем строге сепарације између цркава (верских заједница) и државе, док је Устав из 1990. оставио то питање донекле отвореним, допустивши да се законодавним путем признају и поједини елементи кооперативне одвојености.

Упућивање на начело кооперативне одвојености цркве и државе темељи се на претпоставци да је само то начело изражено у неколике одлуке Уставног суда Србије.¹² Истакнимо опет да Устав Републике Србије, у складу са својим одредбама, није утемељен на начелу *кооперативне* одвојености већ *стриктне* одвојености цркве и државе (Маринковић 2011; Драшкић 2013). Световност, секуларност државе је, штавише, једно од основних уставних начела, а одвојеност цркве од државе темељна вредност садашњег уставноправног поретка у духу европске просвећености. Не постоји, штавише, никаква норма или одредба у Уставу Србије из 2006. године која би се могла тумачити у смислу кооперативне одвојености цркава и верских заједница од државе. Осим тога, Уставни суд није никад до сада донео ниједну одлуку у спорној материји која се односи конкретно на питање давања благослова/сагласности (*missio canonica*) у правном систему државних универзитета. Било би, дакле, неопходно да, у свом тумачењу Устава, судије Уставног суда наведу ваљане уставноправне, упоредноправне, историјске или неке друге аргументе да би се могло недвосмислено закључити како се

¹² Уставни суд Србије, IUz-455/2011, од 16. јануара 2013; Уставни суд Србије, IUo-175/2012, од 15. октобра 2014.

Устав из 2006. године није определио за систем стриктне одвојености цркве и државе већ за систем 'кооперативне одвојености' (Маринковић 2011, 377–383; Драшкић 2013, 39).

Устав Републике Србије (чл. 72), Закон о високом образовању (чл. 6) и Статут УБ (чл. 10) експлицитно одређују и домен аутономије универзитета. Аутономија универзитета (према чл. 10 Статута УБ) подразумева, између осталог, право на: утврђивање студијских програма; утврђивање правила студирања и услова уписа студената; уређење унутрашње организације; доношење статута и избор органа управљања и пословљења и студентског парламента; избор наставника и сарадника; издавање јавних исправа; располагање финансијским средствима; коришћење имовине; одлучивање о прихватању пројеката и о међународној сарадњи, као и друга права која произлазе из добрих академских обичаја. Јасно је стога да вануниверзитетска тела и органи не могу и не смеју да утичу на описане процедуре. У члану 72 Устава Републике Србије изричито се гарантује аутономија универзитета, високошколских и научних установа. Према тој уставној одредби, аутономија високошколских и научних установа се огледа у њиховој самосталности у одлучивању о унутрашњој организацији и раду (чл. 72, ст. 2). Штавише, аутономија универзитета је уграђена у корпус неотуђивих људских права. Како би онда уопште могла да постоји аутономија универзитета у избору наставника ако сагласност за конкурисање и одобрење за избор дају вануниверзитетска тела, која то одобрење могу у свако доба (и без икаквог образложења) повући те на тај начин по аутоматизму довести до губитка звања наставника? Уставом је зајемчена и световност државе као једно од основних уставноправних начела и прецизирана одвојеност цркве и верских заједница од државе (чл. 11). Држава, а не црква (СПЦ), јесте оснивач и власник ПБФУБ од 2004. године, а она је то била и у периоду од оснивања тог факултета па све до 1952. године. Повреда аутономије универзитета води последично и повреди члана 73 Устава, којим се гарантује слобода научног стваралаштва, па самим тим и повреди члана 5 Закона о високом образовању којим се гарантују академске слободе.

Необично је, заиста, што у свом раду Ракитић истиче да „утицај цркве на избор професора теологије по себи не представља повреду аутономије високошколске установе, али може бити израз аутономије самог професионалног теолошког факултета, управо због тога што је реч о специфичној установи, чије је суштинско одређење њена професионална природа“ (Rakitić 2022, 323–324). Аутономија факултета у оквиру аутономног универзитета категорија је која, бојим се, не постоји у концепцијама које су довеле до правних аката (у нашем случају: Устав,

ЗВО, Статут УБ) којима се дефинише аутономија универзитета. Ракитићу, на неки начин, парадоксално „штити“ аутономију ПБФ у оквиру аутономног УБ, али истодобно не види проблем у томе што утицај цркве (на пример, Синода СПЦ) на избор професора универзитета непосредно нарушава аутономију тог универзитета!

Нови Закон о изменама и допунама Закона о високом образовању (2021) није у сагласности с Уставом Републике Србије у одредбама којима се предвиђа сагласност надлежних црквених органа за упис студија, учешће у конкурсима, заснивање радног односа и губитак звања (престанак радног односа), који би важио за ПБФ као чланицу УБ. С обзиром на начело световности државе и стриктну правну дистинкцију између цркава и верских заједница, с једне стране, и државе, с друге стране, као и зајамчену аутономију универзитета која би била угрожена уколико би утицај на упис студената и избор наставника имао неко вануниверзитетско тело, Устав је, дакле, директно повређен у оној одредби којом се јемчи аутономија универзитета: „(1) Јемчи се аутономија универзитета, високошколских и научних установа. (2) Универзитети, високошколске и научне установе самостално одлучују о своме уређењу и раду, у складу са законом“ (чл. 72 Устава РС).

4. ЗАКЉУЧАК

На крају бих се сложио с констатацијом Душана Ракитића да „разумевање института обавезног благослова у контексту права и правне традиције Србије не изгледа могуће без разумевања многих претходних питања, међу која спадају и заједничка правна традиција европских народа и национална правна традиција, тумачење важећих уставних начела, као и битни елементи за уравнотежавање конфесионалног и верског самоодређења у погледу идентитета и доктрине, као суштинског аспекта верске слободе, са организационим аспектима аутономије универзитета и правима из радног односа“ (Rakitić 2022, 322). Није, међутим, свеједно којим од тих претпоставки треба, у контексту савременог универзитета, придавати већи или мањи значај. Када је реч о правном поретку Републике Србије у трећој деценији XXI века и правној традицији која је томе претходила, јасно је да важећи Устав, као и темељне норме на којима је заснован правни систем Универзитета у Београду, ту нужно треба да однесу превагу над правним наслеђем других европских народа у којима је црква (нарочито РКЦ) имала већег утицаја на високошколско образовање, па тако, наравно, и на историјат подучавања на теолошким факултетима државних универзитета. Када је, пак, реч о интерпретацији важећих уставних начела, у Србији би

Уставни суд тек требало да изнесе оцену уставности или законитости Закона о изменама и допунама Закона о високом образовању из 2021. године, нарочито с обзиром на питање заштите аутономије универзитета (чл. 72), слободе научног и уметничког стварања (чл. 73), световности државе (чл. 11) и права на правно средство (чл. 36).¹³ Верским и академским слободама, најзад, доприноси и пуна слобода професора теологије да, у оквирима своје матичне црквене и религијске традиције, излажу сопствене теоријске и теолошко-филозофске идеје, концепте и тумачења која не повређују границе евентуалне хетеродоксије, а могу представљати допринос развоју теологије и подстицај на дијалог и с представницима властите вероисповести и с колегама из других професионалних средина и традиција.

Православну теологију на ПБФУБ формулишу, предају, али и доносе планове и програме професори православне теологије. Архијереји који седе у Синоду СПЦ нису нужно, а ни по правилу, православни теолози. Они су високо свештенство СПЦ и старају се о својим епархијама, митрополијама и о Цркви у целини, али не и о наставним плановима и програмима ПБФУБ. Они, пре свега, немају одговарајуће *научне* компетенције. Међу тим архијерејима има, додуше, понекад и теолога с професорским звањима, али је далеко мањи број њих у саставу Синода, а најчешће их у том телу уопште и нема. Све то помало личи на разлику између правника на високим положајима у судској власти и професора права. Професори права доносе планове и програме на Правном факултету УБ, али то, на пример, не чине судије Уставног суда, иако се међу њима може наћи и понеки професор Правног факултета. Али и те судије предлажу и доносе, заједно са својим колегама, планове и програме Правног факултета као *професори* тог факултета, а не као судије Уставног суда. Када је пак реч о садржајима и литератури појединих предмета на ПБФУБ, сви професори који предају на том факултету су, по правилу, теолошки образовани верници СПЦ, а неки од њих и (архи)јереји, па се од њих не би ни очекивало да предају нешто што би се косило с православним учењем. Ако би се у том погледу и јавиле неке несугласице, ту је, као и до сада, Велики црквени суд, који може да буде ангажован у разматрању евентуалних спорних питања. Међутим, када су поменути професори избацивани са ПБФУБ, Велики црквени суд уопште није консултован, мада би његово мишљење за академску заједницу било једнако ирелевантно колико и мишљење Синода.

¹³ Овде имам у виду следеће одредбе Закона о изменама и допунама Закона о високом образовању које би оправдано могле да буду предмет нормативне контроле: чл. 18, чл. 20, чл. 21 и чл. 24.

Преузимање ингеренција Синода СПЦ над програмским садржајима ПБФУБ могло би даље стварати и низ стручних и практичних проблема као што су они с којима се УБ сусретао још од маја 2017. године када је група теолога ПБФУБ, углавном млађе генерације, потписала саопштење, као реакцију на петицију српских креациониста, у којем су, између осталог, тврдили да у овом часу не постоји ниједна плаузибилна алтернативна научна теорија која би могла да замени теорију еволуције. Штавише, ти богослови су заступали став да не постоји никаква 'библијска теорија стварања' која би се могла схватити као научна теорија, односно научна алтернатива теорији еволуције. То саопштење је наишло на врло негативну реакцију Синода СПЦ. Убрзо након завршетка мајског Сабора СПЦ 2017. године, појединим наставницима ПБФУБ са свештеничким звањима ускраћене су главне дужности у њиховим парохијама, а само им је било дозвољено да саслужују у литургијама. Неки су отпуштени и из редакција електронских и штампаних медија СПЦ, а ту одлуку је донео лично почивши патријарх Иринеј. Он је уједно чак петорици професора забранио да убудуће дају јавне изјаве без његовог благослова. Све то је било праћено упозорењем да ће против оних који прекрше то правило бити покренут црквени дисциплински поступак (Vukomanović 2020).

У периоду од 2019. до 2021. године чак тројици теолога је одузето право да предају на ПБФУБ из разлога сличних онима који су изазвали неуобичајено строг наступ црквеног врха 2017. године. Бојим се да је доношење Закона о изменама и допунама Закона о високом образовању из 2021, уместо да повољно утиче на 'идентитет, доктрину и перцепцију' СПЦ, само утрло пут ка новим чисткама на ПБФУБ и замирању оних гласова у српској православној теологији који су у стању да прате знакове времена у којем живимо.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Draškić, Marija. 12/2013. Ustav Srbije: Striktna ili kooperativna odvojenost crkve i države? *Sveske za javno pravo* 12: 37–46.
- [2] Маринковић, Танасије. 1/2011. Прилог за јавну расправу о уставности Закона о црквама и верским заједницама. *Анали Правног факултета у Београду* 59: 367–385.
- [3] Novaković, Dragan. 2/2012. Versko zakonodavstvo Kraljevine Jugoslavije. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 33: 939–965.

- [4] Rakitić, Dušan S. 1/2022. O poreklu obaveznog blagoslova za izbor profesora bogoslovskih fakulteta – nacionalni i uporedni plan. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 70: 301–327
- [5] Vukomanović, Milan. 2020. Univerzitet pod blagoslovom. <https://pescanik.net/univerzitet-pod-blagoslovom/> (last visited 10 March, 2022).

Milan VUKOMANOVIĆ, PhD

Full Professor, University of Belgrade Faculty of Philosophy, Serbia

NIHIL OBSTAT – MEDIEVAL ROAMING OF HIGHER EDUCATION IN SERBIA

Summary

This work is an assessment of three topics considered in Dušan Rakitić's article (*Anali* 1/2022). All three are relevant for the discussion of the disputed issue of the Holy Synod's blessings for the appointment of theology professors at the University of Belgrade Faculty of Orthodox Theology: (a) legislation of the Kingdom of Yugoslavia; (b) the provisions of the 2006 Serbian Law on Churches and Religious Communities; (c) the constitutional principle of the cooperative separation of church and state in the Constitution of Serbia. Furthermore, the 2021 Law on Amendments to the Law on Higher Education is not in compliance with the Constitution of Serbia regarding the provisions implying the consent of church bodies for enrollment of students, employment and loss of appointment pertinent to the Faculty of Orthodox Theology.

Key words: *Missio canonica. – Faculty of Orthodox Theology. – University autonomy. – Secularity of the State. – Law on Higher Education.*

Article history:
Received: 1. 3. 2022.
Accepted: 4. 5. 2022.

/АНАЛИЗА ЗАКОНОДАВСТВА

УДК 347.634(698.2); 341.96:347.634

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22209A

Goran GEORGIJEVIC, PhD*

LEGAL ASPECTS IN MAURITIUS OF MEDICAL PROCEDURES PERFORMED ABROAD

There are several medical procedures that may be undergone by Mauritian citizens abroad where no harm is suffered by a patient, and yet, important legal questions may stem from them. The main examples of it are surrogacy medical procedures and medically assisted reproduction procedures performed abroad on a Mauritian citizen. The legal aspects of those types of medical procedures performed abroad, which could one day become legal issues before the Mauritian Supreme Court are analyzed in this paper.

Key words: *Mauritius. – Medical. – Procedure. – Law. – Surrogacy. – Assisted. – Procreation.*

* Lecturer in Law, Law Department, Faculty of Law and Management, University of Mauritius, Mauritius, g.georgijevic@uom.ac.mu.

The situation may occur, and it probably happens very often in everyday life, that Mauritian citizens travel abroad and undergo medical procedure in foreign countries¹ either because that particular type of procedure is not available in Mauritius or because the service available abroad is of higher quality. In most cases, medical procedures performed abroad do not raise important legal questions in Mauritius, except the issue of the damage suffered by a patient due to fault or negligence of a medical practitioner who performed the procedure abroad. However, there are few cases of medical procedures undergone by Mauritian citizens abroad where no harm is suffered by a patient, and yet, important legal questions may stem from those procedures. The main examples of it are surrogacy medical procedures and medically assisted reproduction procedures performed abroad on a Mauritian citizen. The legal aspects of those types of medical procedure performed abroad, which could one day become legal issues before the Mauritian Supreme Court, will be analyzed in this paper.

The method used in the preparation of this paper is essentially critical analysis based on desk research. This paper addresses issues pertaining to the Mauritian civil law. Thus, French case law and French scholarly writings, which, for historical reasons,² represent a persuasive authority in Mauritius,³ are taken into account (Law Reform Commission 2010; Domingue 2002, 62; Agostini 1992, 21; Venchard 1982, 31; Angelo 1970, 237; Bogdan 1989, 28; Burgeat 1975, 315; Marrier d’Unienville 1969, 96; Moolan 1969, 137; Palmer, 2012). French Law is a persuasive and not a binding authority, which means that Mauritian judges do not have any formal

¹ For example, an intervention performed on a cardiac patient, a plastic surgery, etc.

² The French Civil Code of 1804 was incorporated into the positive law of Mauritius in 1805, because Mauritius was a French colony in the early 19th century. After the English took possession of the Island, the Mauritian Civil Code remained in force, thanks to Article 8 of the Act of Surrender, signed in 1810, which stipulated that the people of the island would maintain their religion, laws and customs.

³ In the judgement of the Supreme Court of Mauritius *Lingel-Roy M. J. E. M. and ORS v. The State of Mauritius and Anor* 2017 SCJ 411 we can read: “It is appropriate to recall the practice that when it comes to the interpretation of a law borrowed from French law we stand guided for its interpretation by French doctrine and case law. One can quote in that respect the following passage from *L’Etendry v The Queen* [1953 MR 15]: ‘the normal rule of construction laid down time and again by this court (...) is to the effect that when our law is borrowed from French law we should resort for guidance as to its interpretation to French doctrine and case law.’ But, it has to be pointed out that the practice of relying on French authorities has always been for guidance and not in application of the stare decisis principle.” (highlighted by author)

obligation to follow the decisions of their French counterparts.⁴ A Mauritian judge will only cite and follow the reasoning developed in a judgement of the French Court of Cassation if the judge considers them appropriate for the Mauritian context. For the above-mentioned reasons, our analysis will draw upon the French case law and doctrine but the outcome will not necessarily be the same as in French law.

1. LEGAL ASPECTS OF A SURROGACY PERFORMED ABROAD

Surrogacy can take two different forms (Garrigue 2018, 702; Courbe, Gouttenoire 2017, 430–431; Hess-Fallon, Simon 2014, 193; Neirnick 2019, para. 48). First of all, there can be gestational surrogacy, where an embryo has been conceived with the gametes (genetic material) of the couple wishing to have a baby or with the gametes of another donors and, after that, the embryo has been transferred into the surrogate mother's uterus. The surrogate mother is supposed to forfeit the baby after she gives birth and to hand it over the child to the couple which are usually called *the intended parents*. The intended parents may sometimes use the medical technique known as *surrogate mother*, where the surrogate mother is inseminated artificially with the sperm of the intended father. Of course, as it is also the case in gestational surrogacy, the surrogate mother will forfeit and hand over the child to the intended parents, after giving birth. This second technique of surrogacy differs from the first one in that the surrogate mother will not only carry the child but also conceive it with her genetic material. The surrogate mother gives her genetic material for the conception of the child and carries it to term, when it will be handed over to the intended parents. In other terms, the surrogate mother is in every possible way the baby's biological mother (Mirkovic 2008, 1–2).

Surrogacy is a legal gap in the current legal system in Mauritius (Law Reform Commission of Mauritius, 2013). Thus, there are no rules pertaining to it either in the Mauritian Civil Code nor in a special legislation. From the point of view of the current legislation in Mauritius, surrogacy, performed either in Mauritius or abroad, is not prohibited by any law. As already

⁴ This rule has been applied, for instance, to the issue of reparation for indirect damage suffered by an unmarried partner in the event of the death of the other partner. See the judgements of the Mauritian Supreme Court in *Jugessur Mrs Shati & ORS v. Bestel Joseph Christian Yann & Anor* 2007 SCJ 106 and *Naikoo v. Société Héritiers Bhogun* 1972 MR 66 1972, as well as the judgements of the French Court of Cassation ch. mixte, 27 February 1970 n° of pourvoi: 68–10276, and Cass. crim. 17 March 1970 n° of pourvoi: 69–91040.

outlined in the introduction of this paper, Mauritian citizens will sometimes have recourse to medical procedures abroad, if a procedure is not available in Mauritius or is available but with many obstacles and difficulties or is of lesser quality than the same procedure performed abroad. This also applies to surrogacy.⁵ Thus, the performance of a surrogacy can be the purpose of a trip of a Mauritian citizen abroad. The first legal issue which arises from that kind of tourism is the treatment that a Mauritian Judge will give, from the legal point of view, to a child conceived abroad with the aid of a surrogate mother. In certain countries surrogacy is legal. For instance, for many years, India was an ideal destination for medical tourism aiming at surrogacy. There were many prospective surrogate mothers in India, the country has broadly allowed this medical practice and the financial cost was not unreasonable. Moreover, medical facilities, such as private clinics, are well equipped to perform this kind of procedure. However, since 2015, major legislative changes have been brought to Indian legislation and now the intended parents have to be Indian. Foreigners cannot come in India and have recourse to a surrogate or gestational mother (Surrogate.com 2022a; The Guardian 2015; Sherwell 2015). Moreover, surrogacy is legal in some other countries, and especially in the United States of America (Intraius Legal Consulting 2018). In some of them surrogacy is available to foreigners.⁶ For example, “if you live outside of the United States and are looking to have a child via surrogacy in another country, using an American surrogacy agency is likely your best choice. Many surrogacy professionals in the States have developed programs specifically for international parents where you can connect with qualified American surrogates who are more than happy to carry a child for an international couple” (Surrogate.com 2022b). As previously pointed out, for historical reasons, Mauritian civil law is strongly influenced by French law. Even today, the judgments of the French Court of Cassation on civil law issues are considered as persuasive authority by Mauritian courts of justice, and the legal reasoning of French judges will often (but not always⁷) be followed by their Mauritian counterparts. Thus, there is a strong probability that, if and when a legal issue pertaining to a surrogacy performed abroad

⁵ As far as we are aware, and after having discussed with medical practitioners and other professionals, surrogacy is not performed in Mauritian clinics and hospitals.

⁶ “Experts say that countries popular with parents for surrogacy arrangements are the US (...) Thailand, Ukraine and Russia. Mexico, Nepal, Poland and Georgia are also among the countries described as possibilities for surrogacy arrangements” (Cheung 2014).

⁷ Thus, the question of compensation of unmarried partner as indirect victim for the detriment suffered is differently solved in French Law and in Mauritian Law. See: *Lingel-Roy M. J. E. M. & Ors v The State of Mauritius & Anor* 2017 SCJ 411; *Jugessur*

for the benefit of Mauritian citizens (e.g. in the United States of America) is raised, a Mauritian judge will follow the solutions and spirit of the French Court of Cassation, which is the persuasive authority in Mauritius.

1.1. Prohibition of Surrogacy Agreements

Article 16–7 of the French Civil Code formally prohibits the surrogacy contracts (Garrigue, 2018, 701; Le Gidec, Chabot 2019, para. 35; *see* Dekeuwer-Défossez, Leroyer, Dionisi-Peyrusse 2018, 583; Pichard 2017, 1143 *ff.*; Le Gac-Pech 2016, 486; Tourame 2016, 275 *ff.*), because, “any agreement relating to procreation or gestation on behalf of others is void.” This rule is directly linked to the public interest, i.e. the directional public order (*ordre public de direction*) (Porchy-Simon 2021, 152; Tranchant, Egea 2021, 44–45; Ancel 2020, 57 *ff.*), which is comprised of the fundamental values in French society such as the dignity of women (Courbe, Jault-Seseke 2019, 16). That is why the nullity of surrogacy agreements is an absolute one (Hess-Fallon, Simon 2014, 193). Any interested person can invoke this nullity (Courbe, Gouttenoire 2017, 431.) and the surrogacy contract cannot be confirmed by the gestational/surrogate mother and the intended parents. Even before Article 16–7 of the French Civil Code came into force, surrogacy agreements were strictly prohibited by the French Court of Cassation. In the famous judgment of all chambers of the Court of Cassation given on 31 May 1991 (Courbe, Gouttenoire 2017, 430, translated by author), we can read: “Considering Articles 6 and 1128 of the Civil Code, together Article 353 of the same Code; whereas, the convention by which a woman undertakes, even free of charge, to conceive and carry a child and to abandon it after its birth is contrary both to the public order principle of the unavailability of the human body as well as to the principle of the unavailability of the state of persons”. This position led the French Court of Cassation to declare the adoption, by the intended parents, of the child carried by a surrogate mother, void and without legal effects, because this kind of adoption amounts to a fraud. On the other hand, the link of filiation⁸ could be established between the child and its biological mother, who was the surrogate mother (Fenouillet 2019, 500).

Mrs Shati & ORS vs Bestel Joseph Christian Yann & ANOR 2007 SCJ 106; *Naikoo vs Société Héritiers Bhogun* 1972 MR 66; *Moutou vs Mauritius Government Railways* 1933 MR 102.

⁸ The link of filiation is a legal bond between a child and its parent to which the Mauritian Civil Code attach certain rights and obligations. For instance, parents have the right and the obligation to educate their children (Article 371 *ff.* of the Mauritian Civil Code), to provide food and clothes to them (Article 203 of the

In other words, the refusal by the French Civil Code and the Court of Cassation to validate contracts on surrogacy is based on the idea that a woman and her body should not be used as a mere production tool. The capacity to carry a child is not something ordinary but one of the most intimate aspects of a women's existence. The pregnancy is not and cannot be considered as usual work (Mirkovic 2008, para. 8; Courbe, Gouttenoire 2017, 430). Moreover, the idea to abandon a baby, a human being as a whole, to a couple who "ordered" it seems to be morally shocking (Garrigue 2018, 702,)), and that is why the French Court of Cassation, in its decision dated 31 May 1991 cited Article 1128 of the Civil Code, prohibiting an object of contract which would not be in conformity with the law, public interest and good morals. It is certain that a baby (a human being) cannot be considered as an ordinary goods nor handed over by one party to a contract to another.

As mentioned previously, the case law of the French Court of Cassation is the persuasive authority in Mauritius regarding civil law cases. Thus, if and when in the future the legal issue of validity of surrogacy agreements, concluded abroad by Mauritian citizens, is raised before the Supreme Court of Mauritius, there is a strong probability that the Supreme Court will follow its French counterpart and will declare this type of agreement null and void, whether consideration is given or promised to the surrogate mother or not. Even though the principle of the unavailability of the human body is not explicitly set out in the Mauritian Civil Code, there is no doubt that it can be inferred from the existing legislation in Mauritius (*Cf.* Marais 2018, 173–174). Section 6 of the Mauritian Constitution prohibits slavery,⁹ which means that no one in Mauritius can be sold for good consideration and deprived of his or her liberty. The human body as a whole is a material object that cannot be sold by contract (Penneau, Terrier 2019, para. 55). This rule stems also from Articles 1128 and 1598 of the Mauritian Civil Code.¹⁰ For the same reason, contract on surrogacy should be illegal in Mauritius. This type of contract seems to be contrary to the public interest mentioned in Article 6 of the Mauritian Civil Code (Marais 2018, 174), as well as to the dignity of the child, who cannot be treated as an object for sale. Moreover, the dignity of a

Mauritian Civil Code), etc. On the other hand, children have the right to bear their father's family name (Article 27 of the Mauritian Civil Code), to receive part of their parents' property upon the parents' death (Article 913) of the Mauritian Civil Code, etc.

⁹ "No person shall be held in slavery or servitude".

¹⁰ On other illegal objects from the point of view of the Mauritian Contract Law, see: Section 6 of the Dangerous Drugs Act 2000; section 3 of the Firearms Act 2006; sections 4, 5 (1) and 17 of the Human Tissue (Removal, Preservation and Transplant) Act.

mother prohibits her body from being treated as a simple tool of production in Mauritius. Thus, if a child is born abroad thanks to a surrogacy to which Mauritian citizens have reverted, it seems that the recourse to this technique should be declared illegal in Mauritius. The next issue which that will be considered is the legal status in Mauritius of a baby conceived abroad, carried by a surrogate mother and handed over to Mauritian intended parents (Garrigue 2018, 703).

1.2. Impossibility to Establish the Link of Filiation in Mauritius of a Baby Born Abroad to a Surrogate Mother

On 6 April 2011 the French Court of Cassation answered an important question of the legal status of a surrogacy performed abroad by French intended parents. The French Ministry of Justice (Attorney General's Office) had required that the Civil Status Service refuse to transcribe in the French Civil Status Register the filiation link of the child conceived abroad (in the United States of America) with the aid of a surrogate mother. This refusal of the French Court of Cassation is based on the principle of the unavailability of the status of persons (Neirinck 2011, abstract; Fenouillet 2019, 500 *ff.*, para. 581; Garrigue 2018, 706). However, this position of the French Court of Cassation has been criticized by the European Court for Human Rights in its judgments in *Mennesson* and *Labassee* dated 26 June 2014 (Garrigue 2018, 707–708; Hess-Fallon, Simon 2014, 197; *see* Hilt 2019, 2190 *ff.*). According to the Court, the refusal to bestow upon a child a link of filiation is contrary to the right of the child to its private life. The French Court of Cassation has followed in the steps of the European Court for Human Rights and has abandoned its position taken on 6 April 2011. Thus, when a child is conceived abroad with the aid of a surrogate or gestational mother, its link of paternal filiation established abroad could be transcribed in the French Civil Status Register (Fenouillet 2019, 503–504). This rule was set out in several judgments of the French Court of Cassation dated 5 July 2017 (Garrigue 2018, 711).¹¹ As from the day those judgments have been given, the paternal filiation established abroad can be transcribed in the French Civil Status Register, because it is contrary to the supreme interest of the child not to have such a filiation. According to some French academics, the position adopted by the French Court of Cassation has abolished Article 16–7 of the French Civil Code prohibiting surrogacy agreements (Chenede 2017, 375). On the other hand, it has to be noted that the abovementioned solution will

¹¹ Cass. 1st Chamber, 12 September 2019, comment ChénéDé 2019, 531.

not apply to the woman who has not given birth to the child, even though she may have given her genetic material for the child's conception. Her link of filiation will not be transcribed in the French Civil Status Register, because the biological mother (gestational or surrogate mother) is mentioned in the civil status document produced abroad. However, the intended mother will be able to establish the link of filiation through an adoption of the child (Fenouillet 2019, 505–506; Garrigue 2018, 711–712; see Granet-Lambrechts, 2017, 729 *ff.*, Part III, sub-part B).¹² In October 2019, the French Court of Cassation allowed for the transcription of the link of filiation of the intended mother in the French Civil Status Register.¹³

It is the author's opinion that the solution adopted by the European Court for Human Rights and followed by the French Court of Cassation is the most suitable one for Mauritius. The supreme interest of the child should not be used as the argument authorizing the intended parents to circumvent the prohibition on surrogacy agreements. This prohibition does not prevent the surrogate mother, who gave birth to the child, from establishing her link of filiation, but the intended parents should not be able to do so. The acknowledgement in Mauritius of the link of filiation established abroad for the benefit of intended parents would amount to fraud, given the recommendation that surrogacy agreements be considered void in Mauritius.

2. MEDICALLY ASSISTED PROCREATION

In Mauritius, medically assisted procreation is a legal gap, i.e. this medical mechanism is not regulated by any law. However, according to available data, some private clinics in Mauritius offer the services that qualify as medically assisted procreation.¹⁴ Thus, *in vitro* and *in vivo* inseminations are performed in Mauritius. These techniques do not entail anything bad

¹² Cass. 1st Chamber, 12 September 2019, comment ChénéDé 2019, 531.

¹³ Cass. Pl. Ass. 4 October 2019; see Cass. Pl. Ass. 5 October 2018; and ECHR Opinion 10 April 2019.

¹⁴ "At Wellkin Hospital, the following fertility services are provided:

- Intra Uterine Insemination;
- In Vitro Fertilization with Intra Cytoplasmic Sperm Injection (ICSI);
- Cryopreservation of Embryos, Spermatozoa and Eggs;
- Frozen embryo transfer;
- Semen testing" (Wellkin Hospital. 2018. In Vitro Fertilisation (IVF). <https://www.wellkinhospital.com/medical-specialities/in-vitro-fertilisation-ivf/> (last visited 18 May 2022)).

or illegal. The desire of a married couple, or even of an unmarried one, to conceive and give birth to a child is easy to understand and if the medical science can help them in doing so, it should not be a priori illegal. However, two types of issues may arise from this type of medical procedure. The first is under what conditions may a married and/or unmarried Mauritian couple legally have access to medically assisted procreation. The second is determining the legal consequences in Mauritius of a medically assisted procreation performed abroad.

2.1. Uncertainty Pertaining to the Conditions for Medically Assisted Procreation

Unlike Mauritius, France has regulated the conditions under which a couple may have recourse to medically assisted procreation. In France, on one hand, the Code of Public Health (*Code de la santé publique*) sets out the conditions required for an individual to be eligible for medically assisted procreation, whereas, on the other hand, the French Civil Code governs its effects. Medically assisted procreation is defined by article L. 2141-1 of the French Code of Public Health as “clinical and biological practices allowing in vitro conception, preservation of gametes, germinal tissues and embryos, embryo transfer and artificial insemination.” The common characteristic of all those techniques (*see Amice, Beuvillard, Piraud 2015, 1 ff.*) is the absence of the conception of a child in a natural way, i.e. through sexual relationship between the parents (Courbe, Gouttenoire 2017, 421). The list of medically assisted reproduction techniques available to the future parents is defined by a decision of the Minister of Health. Those techniques have to conform to the public order, i.e. with the core principles of the French society, such as human dignity, security of the mother and child, etc. (Fenouillet 2019, 481 *ff.*).

Article L. 2141-2 (1) of the French Code of Public Health provides that “the purpose of medically assisted procreation is to remedy the infertility of a couple or to avoid transmission to the child or to a member of the couple of a disease of a particular gravity” (Courbe, Gouttenoire 2017, 425; Mallet-Bricout, 2004, alert 46; Neirinck, 2013, landmark 2). Thus, the French legislator has specified in which cases a couple living together in a stable and continuous manner, whether married or not, may have recourse to medically assisted procreation. Those cases seem to justify properly the recourse to medically assisted reproduction techniques, and it is highly probable that the Supreme Court of Mauritius will not consider illegal the desire of the parents who cannot conceive a child naturally, or who wish to avoid the birth of a sick child, to have recourse to medically assisted procreation.

However, as we have already mentioned, medically assisted procreation is not currently regulated by Mauritian law; there is a legal gap pertaining to this medical technique. Thus, the question might be raised before the Supreme Court of Mauritius whether medically assisted procreation techniques can be used in circumstances different from those mentioned in article L. 2141–2 (1) of the French Code of Public Health, for example, in order for an individual (a woman) living alone to ensure offspring (Fulchiron 2014, para. 1).

It is not certain how the Supreme Court of Mauritius would resolve such an issue, and what would be the position of the Mauritian Supreme Court when, for instance, a widow wishes to implant into her uterus an embryo created with her egg and the sperm of her husband or non-married partner while he was still alive (Blanc 2015, 44). On one hand, every individual in Mauritius has the right to their private life including the right to create a family (Fenoullet 2019, 477). This right is guaranteed by Article 22 of the Mauritian Civil Code. However, and on the other hand, it is in the best interest of the child to have both parents and to be raised in the best possible environment (Blanc 2015, 49; Courbe, Gouttenoire 2017, 434–435). It is the author's opinion that the latter argument should prevail. Medical aid and assistance in a conception of a child should be a remedy to serious difficulties and problems that some Mauritian couples might be facing and such aid and assistance have to lead to the creation of a stable family background, which is one of the core values in Mauritius (*ordre public*). Medically assisted procreation must not be used as a tool for satisfaction of an individual's selfish interests or desires.

Article L. 2141–2 of the French Code of Public Health provides that medically assisted reproduction is available only to the couples composed of a man and a woman (Fenoullet 2019, 483; Courbe, Gouttenoire 2017, 433–434; Garrigue 2018, para. 1116 *ff.*);¹⁵ they must be alive, of reproductive age and must consent to the medical procedure before the embryo transfer or artificial insemination. The aim of those conditions is, on one hand, to allow people to get offspring and, on the other hand to protect the interests of the child – which is to have a stable family environment. Those conditions prevent some categories of persons in France from having recourse to medically assisted procreation. Thus, single women, widows, and women who are getting divorced cannot be medically assisted in order to ensure offspring. Elderly couples are also excluded from medical assistance in order to get a child (Fenoullet, 2019, 483–484). It is currently uncertain what the position of the Supreme Court of Mauritius would be regarding such questions if an issue pertaining to a procreation performed abroad is raised before the

¹⁵ They can be legally married or not (unmarried partners).

Court. There is nothing in the current legislation in Mauritius to prevent a single woman, not married (Fenouillet 2019, 479; Courbe, Gouttenoire 2017, 432–433; Pichard 2019, 2143 *ff.*) or a widow (Blanc 2015, 44; *see* Labrusse-Riou 2019, para. 61),¹⁶ or an elderly married or unmarried couple to have legally recourse to medically assisted reproduction performed abroad (*see* Blanc 2015, 45–46). In the author’s opinion, despite the legal gap, the abovementioned groups of individuals should be excluded from the right to medically assisted procreation. Indeed, such aid and assistance must lead to the creation of a stable family situation, which is one of the core values in Mauritius (*ordre public*). Moreover, medically assisted procreation cannot be used as a tool for satisfaction of an individual’s selfish interests and desires.

2.2. Legal Consequences in Mauritius of a Medically Assisted Procreation Performed Abroad

As previously explained, there does not exist any reason, in the current Mauritian law, why medically assisted procreation should be prohibited in Mauritius when a woman who gives birth to the child is his intended mother and when she lives in a couple. Thus, where a medically assisted reproduction has been performed abroad for the benefit of a Mauritian couple of reasonable age, they will be able to establish in Mauritius the link of filiation with the child in conformity with the Mauritian Civil Code. In other words, the link of filiation will be established between the child created by medical procedure and the intended parents.

Article 311–20 (2) of the French Civil Code stipulates that “the consent given for medically assisted procreation excludes any action for the purpose of establishing or contesting the link of filiation unless it is proved that the child is not created by a technique of medically assisted procreation or that the consent has been deprived of effect” (translated by author). Moreover, article 311–19 of the French Civil Code stipulates that “in case of a medically assisted procreation with a third donor, no link of filiation may be established between the author of the donation and the child born out of that procreation”. In addition, this article provides that “no liability action can be brought against the donor” (Fenouillet 2019, 497; Courbe, Gouttenoire 2017, 440). Thus, where a medically assisted procreation is

¹⁶ According to some authors, the possibility for a widow to have recourse to a medically assisted procreation after the death of her husband or unmarried partner would contribute to the blurring of the lines between life and death.

performed abroad with the aid of a third donor, i.e. with the help of a donor of sperm or of an egg, such a donor, whether a man or a woman, cannot come before a court in order to establish his or her link of filiation with the child. The French law considers that the intended parents of the child, i.e. the woman who gave birth to the child and her spouse or partner, are the biological parents and thus, they are the only persons who are parents of the child from the legal point of view. It is the author's opinion that the same logic should be respected by the Supreme Court of Mauritius if the issue is raised one day before the Court. Thus, the members of a married couple are considered as parents of the child and the link of filiation will be established between them and the child. Moreover, even if the members of the couple are not married, the link of filiation with the child will be established between them and the child, through acknowledgment (*reconnaissance*). The third donor, who gave his or her genetic material for the conception of the child will not be able to contest this link. On the other hand, the link of filiation can be contested for the reasons applicable to all parents, for instance if the child is not created by a medically assisted procreation but is the result of an adultery committed by his mother.¹⁷

Article 311–20 (4) of the French Civil Code creates an obligation for the man who is the intended father to recognize the natural child born out of a medically assisted procreation. A man (the intended father) who does not comply with this obligation would incur “the responsibility towards the mother and towards the child”. Moreover, the paternity of such a father may be judicially declared, i.e. it can be established by the court (Fenouillet, 2019, 495–496). The similar question may be raised one day before the Supreme Court in the case of a child conceived abroad with the aid of a medically assisted reproduction. In other terms, if the Supreme Court considers that a medically assisted reproduction performed abroad is not illegal when unmarried partners living together in a stable and continuous manner have recourse to it abroad, the father of such child will be allowed to establish his link of filiation through acknowledgement. This is stipulated in Article 334 of the Mauritian Civil Code.¹⁸ The refusal of the intended father to do so could be construed as abusive behavior and impose an obligation upon him to make up the material and moral damage caused to the mother and/or the child.¹⁹ The abuse stems from the contradictory nature of the father's

¹⁷ Article 312 (2) of the Mauritian Civil Code and article 315.

¹⁸ “The acknowledgement of a natural child will be made in an authentic act, when it has not been in his birth certificate”.

¹⁹ Articles 1382 and 1383 of the Mauritian Civil Code.

behavior: after having encouraged the intended mother (his unmarried partner) to resort to medically assisted reproduction, the intended father has changed his mind and does not want to assume the material and legal responsibility for the child by acknowledging it.

The Mauritian Civil Code does not prevent the mother of a child, conceived abroad with the aid of a medically assisted reproduction to bring an action before the Supreme Court of Mauritius in order to establish the link of filiation between her unmarried partner and the child. In fact, Article 340 of the Mauritian Civil Code provides that “paternity outside marriage can be judicially declared (...) in the case where the alleged father and the mother lived in notorious cohabitation state during the legal period of conception”.

The situation is much simpler where a Mauritian married couple goes abroad for a medically assisted reproduction and returns to Mauritius. According to Article 312 (1) of the Mauritian Civil Code, the man who was, at the time of conception, the husband of a mother who gave birth to a child, will be considered by law as the child’s father, i.e. the link of filiation will be automatically presumed (Courbe, Gouttenoire 2017, 439). The fact that the child was conceived with the aid of a reproductive technique does not change anything regarding his link of filiation with the child.

3. CONCLUSION

In this paper it has been shown that medical tourism, involving Mauritian citizens going abroad and undergoing medical procedures, may raise some practically very important and theoretically very interesting questions, especially when a Mauritian couple goes abroad and resorts to surrogacy or to medically assisted procreation. On one hand, it is the author’s opinion that civil law surrogacy agreements are not in conformity with the current law and public interest in Mauritius, and that the link of filiation between a child and the intended parents, established abroad, cannot be recognized in Mauritius. On the other hand, it is the author’s opinion that, provided the fulfillment of certain conditions, medically assisted procreation is in conformity with the current law and public interest in Mauritius. If it is performed abroad, the link of filiation between the intended parents, married or not, and the child can be recognized in Mauritius.

REFERENCES

- [1] Agostini, Eric. 1992. Heurs et malheurs du mariage religieux à l'Île Maurice. 21–33 in *Etudes offertes à Pierre Jobert*, edited by Gérard Aubin. Bordeaux: Presses universitaires de Bordeaux.
- [2] Amice, V., D. Beuillard, M. Piraud. 2015. Présentation des techniques de l'assistance médicale à la procréation. 1 in *La procréation pour tous*, edited by Astrid Marais. Paris: Dalloz.
- [3] Ancel, Pascal. 2020. *Droit des obligations en 12 thèmes*. 2nd ed. Paris: Dalloz.
- [4] Angelo, A. H. 2/1970. Mauritius: The Basis of the Legal System. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 3: 228–241.
- [5] Blanc, Nathalie. 2015. La procréation *post mortem* ouverte aux veuves. 44 ff in *La procréation pour tous?*, edited by Astrid Marais. Paris: Dalloz.
- [6] Bogdan, Michael. 1989. *The Law of Mauritius and Seychelles: A Study of Two Small Mixed Legal Systems*. Lund: Jurisförlaget I Lund, Wallin & Dalholm Boktryckeri.
- [7] Burgeat, Éric. 1975. La revision du Code civil à l'Île Maurice. *Annuaire des Pays de l'Océan Indien* 2: 315–321.
- [8] Chénéde, François. 2017. De l'abrogation par refus d'application de l'article 16–7 du code civil. *AJ Famille*: 375.
- [9] Chénéde, François. 2019. Cass. 1st Chamber, 12 September 2019, comment. *AJ Famille*: 531.
- [10] Cheung, Helier. 2014. Surrogate babies: Where Can You Have Them, and Is It Legal?. *BBC*, 6. August. <https://www.bbc.com/news/world-28679020> (last visited 3 January, 2022).
- [11] Courbe, Patrick, Adeline Gouttenoire. 2017. *Droit de la famille*. 7th ed. Paris: Sirey.
- [12] Courbe, Patrick, Fabienne Jault-Seseke. 2019. *Droit des personnes, de la famille et incapacités*. 10th ed. Paris: Dalloz.
- [13] Dekeuwer-Défossez, Françoise, Anne-Marie Leroyer, Amélie Dionisi-Peyrusse. 2018. Remise en cause de l'interdiction de la GPA en France?. *AJ Famille*: 583.

- [14] Domingue, Pierre Rosario. 2002. The Historical Development of the Mixed Legal System of Mauritius during the French and British Colonial Periods. *Research Journal, Law, Management and Social Sciences* 4: 61–93.
- [15] Fenouillet, Dominique. 2019. *Droit de la famille*. 4th ed. Paris: Dalloz.
- [16] Fulchiron, Hughes. 2014. La Lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale. *Journal du Droit International* 2: 563–588.
- [17] Garrigue, Jean. 2018. *Droit de la famille*, 2nd ed. Paris: Dalloz.
- [18] Granet-Lambrechts, Frédérique. 2017. Droit de la filiation, January 2016–February 2017, *Recueil Dalloz*: 729 ff.
- [19] Hess-Fallon, Brigitte, Anne-Marie Simon. 2014. *Droit de la famille*. 9th ed. Paris: Sirey.
- [20] Hilt, Patrice. 2019. Repenser la maternité. *Recueil Dalloz*: 2190 ff.
- [21] Intraius Legal Consulting. 2018. Countries where Surrogacy is Legal. <https://intraius.com/en/countries-2/> (last visited on 3 January, 2022).
- [22] Labrusse-Riou, Catherine. 2019. *Rép. civ. Dalloz, Filiation: généralités, Notion de filiation*. Paris: Dalloz.
- [23] Law Reform Commission. 2010. Background Paper, Reform of Codes. <http://lrc.govmu.org/English/Reports/Pages/Reports-and-Papers.aspx> (last visited 18 January, 2022).
- [24] Law Reform Commission of Mauritius. 2013. Review Paper, Law on Surrogacy (Maternité pour autrui). <https://lrc.govmu.org/lrc/?p=2599> (last visited 18 January, 2022).
- [25] Le Gac-Pech, Sophie. 2016. Pour une indispensable légalisation des conventions de mère porteuse. *AJ Famille*: 486.
- [26] Le Gidec, Raymond, Gérard Chabot. 2019. *Rép. civ. Dalloz. Filiation: modes extrajudiciaires d'établissement. – Etablissement de la filiation par effet de la loi*. Paris: Dalloz.
- [27] Mallet-Bricout, Blandine. 2004. L'assistance médicale à la procréation dans la loi "bioéthique" du 6 août 2004: quelques avancées dans la continuité. *Droit de la Famille* 10: 46.
- [28] Marais, Astrid. 2018. *Droit des personnes*. 3rd ed. Paris: Dalloz.

- [29] Marrier d'Unienville, Raymond. 1969. L'évolution du droit civil mauricien, 96 in *Etudes de droit privé français et mauricien*. Congrès tenu à Saint-Denis de la Réunion (1er au 4 juillet 1965). Paris: Presses universitaires de France.
- [30] Mirkovic, Aude. 2008. A propos de la maternité pour autrui. *Droit de la famille* 6: 15.
- [31] Moolan, Hamid. 1969. Les difficultés d'application des codes français à l'île Maurice et les projets de codification. 137 in *Etudes de droit privé français et mauricien, Congrès tenu à Saint-Denis de la Réunion (1er au 4 juillet 1965)*. Paris: Presses universitaires de France.
- [32] Neirinck, Claire. 2011. La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'Etat civil français de l'enfant qui en est né. *Droit de la famille* 5: 14.
- [33] Neirinck, Claire. 2013. Réforme de la PMA: la création de la famille par convenance personnelle. *Droit de la Famille* 2: 2.
- [34] Neirnick, Claire. 2019. *Rép. civ. Dalloz, Enfance – Enfant, un être à protéger*. Paris: Dalloz.
- [35] Palmer, Vernon Valentine (ed.). 2012. *Mixed Jurisdictions Worldwide, The Third Legal Family*. 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press.
- [36] Penneau, Jean, Emmanuel Terrier. 2019. *Rép. civ. Dalloz, Corps humain, Bioéthique*. Paris: Dalloz.
- [37] Pichard, Marc. 2017. La commande d'enfant par son géniteur (est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d'autrui?). *Recueil Dalloz*: 1143 ff.
- [38] Pichard, Marc. 2019. Toutes les femmes?. *Recueil Dalloz*: 2143 ff.
- [39] Porchy-Simon, Stéphanie. 2021. *Droit des obligations 2022*. 13th ed. Paris: Dalloz.
- [40] Sherwell, Philip. 2015. India Surrogacy Ban Dismays British Couples: Government Stops Foreign Would-Be Parents from Paying Local Women to Carry Their Unborn Babies. *The Telegraph*, 18. November. <https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/india/12001903/India-surrogacy-ban-dismays-British-couples.html> (last visited 3 January, 2022).
- [41] Surrogate.com. 2022a. Intended Parents: All You Need to Know About Completing a Surrogacy in India. <https://surrogate.com/intended-parents/international-surrogacy/surrogacy-in-india/> (last visited 3 January, 2022).

- [42] Surrogate.com. 2022b. About Surrogacy: What is International Surrogacy?. <https://surrogate.com/about-surrogacy/types-of-surrogacy/what-is-international-surrogacy/> (last visited 3 January, 2022).
- [43] *The Guardian*. 2015. India Bans Foreigners from Hiring Surrogate Mothers. 28 October <https://www.theguardian.com/world/2015/oct/28/india-bans-foreigners-from-hiring-surrogate-mothers> (last visited 3 January, 2022).
- [44] Tourame, Pierre. 2016. Quelle liberté pour la mère porteuse, *Les Cahiers de la Justice*: 275.
- [45] Tranchant, Laëtitia, Vincent Egea. 2021. *Droit des obligations 2021*. 24th ed. Paris: Dalloz.
- [46] Venchard, Loise-Edwin. 1982. L'application du droit mixte à l'île Maurice. *Mauritius Law Review* 4: 31-44.

Article history:

Received: 15. 3. 2022.

Accepted: 27. 5. 2022.

/ПРИКАЗИ

Nina KRŠLJANIN, PhD*

Collin, Peter (Hrsg.) 2021. *Konfliktlösung im 19. und 20. Jahrhundert. Handbuch zu Geschichte der Konfliktlösung in Europa, Band 4* (Ghrsg. David von Mayenburg). Berlin: Springer, XXXVI + 738.

The monumental *Handbuch zur Geschichte der Konfliktlösung in Europa* (Handbook of the history of dispute resolution in Europe) is composed of four volumes, covering Antiquity, the Middle Ages, the Early Modern period, and the 19th and 20th centuries, respectively. All four volumes were published in 2021, as the result of a State Offensive for the Development of Scientific and Economic Excellence (LOEWE) project under the same name, initiated in October 2013, under the general editorial guidance of David von Mayenburg, professor at the Goethe-Universität Frankfurt am Main Faculty of Law. While all four volumes, beyond any doubt, merit scholarly attention and can be recommended to any reader interested in the subject for a given period,¹ this review will focus on the fourth and final book, dealing with dispute resolution in the 19th and 20th centuries, i.e. in modern legal

* Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia, *nina.krsljanin@ius.bg.ac.rs*.

¹ The editors of the volume on Antiquity are Nadine Grotkamp and Anna Seelentag, for the Middle Ages – David von Mayenburg, and for the Early Modern period – Wim Decock. More information can be found at <https://www.springer.com/series/16478> (last accessed 25 February, 2022.) The volume reviewed here is the longest in the series, despite covering the shortest period, obviously reflecting the disproportional abundance of available source material on modern legal systems compared to earlier periods.

systems. The editor of the volume, Peter Collin, is a long-time affiliate of the Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, and an expert on the history of public law, including judicial history.

The book opens with a brief Introduction, printed in all four volumes, explaining the methodological framework of the project, such as the concept of dispute resolution (*Konfliktlösung*) and the history of its research throughout the 20th century, a multidisciplinary approach to the problem in the series and its focus on European legal systems, with a few exceptions.

The first chapter, written by Peter Collin, gives the reader a general overview of the matter in this particular volume, pointing out the dominance and specific profiling of state courts in the dispute resolution of this period, yet underlining the insufficient state of research in the history of procedural law in most European countries (Germany, England and France are mentioned as exceptions), not to mention alternative modes of dispute resolution. He points out other common factors for the period, such as the professionalisation of judges, the courts' focus on state-made written law, as opposed to other social norms (with some exceptions), but also the spread of certain models of judicial organisation and procedural law (from Napoleon's conquest on), leading to increased uniformity in the area. Access to justice gradually expanded for all layers of society, as did the procedures' general openness to the public, while features such as judicial privileges of the nobility (and, to a large extent, of churches and religious communities) were relegated to history. The 20th century led to an increased specialisation of courts in particular areas of law and types of conflicts (e.g. labour law), but also to a gradual internationalisation of justice and proliferation of arbitration. In the final section of his text, Collin asks whether we are witnesses to a process of erosion of state judiciary, gradually being pushed out by various alternative institutions. However, he points out that similar processes have existed and waxed and waned in many periods, and that their significance and supposed radical character have regularly been overestimated by contemporaries. He admits that while such procedures often do not come with all the guarantees of due process before state courts, this is not necessarily a flaw in itself, as long as parties willingly consent to it. However, since no strict line can be drawn between free and forced consent, the state should insist on at least a minimum of guarantees in such procedures. He finishes by stating that these two modes of dispute resolution tend to influence each other: ADR methods are becoming more professionalised, while state courts are under pressure to become more efficient. One might say that a convergent tendency is visible.

The first part of the book deals with fundamentals and fundamental problems (*Grundlagen und Grundprobleme*) and it contains five papers. The first three chapters, fairly short, do cover some basic topics relevant for the entire scope of the book: Access to Justice, by Pia Letto-Vanamo – a comprehensible text that explains the concept well, although it might be argued that its dominant focus on the period after the concept itself was invented in the 1960s overlooks an important part of the analysis;² two chapters by Heinz Mohnhaupt discuss the importance of the principle of publicity (*Medien der Konfliktlösung*) and legal certainty/security (*Rechtssicherheit*), including the methods of publication of verdicts and proceedings (as well as laws and their commentaries). The fourth paper, on places where courts sit (*Gerichtsorte*), by Pierre Friedrich, deals with a subject that one probably would not name as one of the main issues in the history of judiciary, but which is nevertheless interesting and relevant (although focused on Germany), showing an evolution from the baroque buildings of the 18th century and the grand palaces of justice of the early 19th, full of symbolism, to the modern glass-and-steel buildings of the 20th century.

However, the final chapter in this part, “Justice in National Socialism” (*Justiz im Nationalsozialismus*), by Annemone Christians, stands out. While it does cover the issue of this very delicate question fairly well (even without quoting the often-indispensable Gustav Radbruch), its position in the introductory part of the book, which is devoted to basic problems, seems misplaced. As dark and widespread as the influence of National Socialism had been, placing the chapter about it among the core issues of the judiciary in 19th and 20th century Europe, alongside chapters dealing with very general themes, creates a skewered perspective. It probably would have been better had this chapter been placed in the part providing country overviews, either as part of the existing chapter on Germany, or as a separate one (this approach could be defended for several reasons) but still describing the issue in a single state under a single regime.

The second part, “Actors in Dispute Resolution” (*Akteure der Konfliktlösung*), contains only three chapters, but they all deal with highly important aspects of modern judiciary: gender and the position of women, the professionalization of judges, and lay participation in dispute resolution. The chapter “*Frauen vor und im Gericht*”, by Marion Röwekamp, deals with the evolution of women’s access to justice and entry into the legal profession, focusing on such issues as married women’s capacity to appear

² A good example of a broader historical approach to the subject can be seen in Rhode 2004, 47–78.

as parties before courts and the obstacles faced and gradually overcome by women aiming to appear as judges, jurors and attorneys. The chapter can be commended for providing a broad overview of countries involved, although some were inevitably reduced to short examples. The chapter on professional judges (*Berufsrichter*), co-authored by Peter Collin, Lena Foljanty and Zeynep Yazici Caglar, gives a very engaging and enlightening overview of the patterns in a professional judge's career, from social background, education and recruitment (an important step, not to be overlooked!), social position and reputation, to issues of judicial independence and organisation. While it could be criticized for limiting itself to the already fairly well-studied countries – Germany, England and France – it is clear that the authors sacrificed breadth for depth. Finally, the chapter on laymen as judges (*Laien als Richter*), by Peter Collin, gives an (again geographically broader) overview of various forms of participation of laymen in the workings of both ordinary courts and specialised courts and arbitrations. Collin shows a particularly interesting tendency towards professionalisation of the latter, particularly in the case of commercial and trade arbitrations, leading to the fact that one can only speak of lay judging there in a very limited sense (*“hier kann man nur noch eingeschränkt von Laiengerichtsbarkeit sprechen”, 134*).

The third part discusses dispute resolution in various forms of procedure and institutions (*Konfliktlösung in Verfahren und Institutionen*). Two chapters are devoted to civil procedure (in continental Europe and in England), two to criminal procedure (in continental Europe and, more broadly, in the Common Law legal space), two to international dispute resolution (international arbitration and international criminal procedure), and a final chapter to justice in the EU. Different approaches have been taken in the chapters, to good effect. The chapter on civil procedure in continental Europe (*Der Zivilprozess in Kontinentaleuropa*), by Dirk Heirbaut, is commendable for an overview of main influences – dividing the period into the French 19th century, the Austrian 20th and – with an inevitable question mark – the European 21st century. On the other hand, the chapter on criminal procedure (*Der kontinentaleuropäische Strafprozess*), by Martin Heger, adopts a different, but equally useful approach to the main subjects that can be traced throughout the period, from the codification of criminal procedure law and its relation to material criminal law, to various important procedural principles and issues in practice.

Some avoidance of difficult and delicate subjects can be noticed: for example, the chapter on international criminal courts (*Internationale Strafgerichtsbarkeit*), by Daniel Segesser, fails to mention – except perhaps in the most indirect manner – the controversies surrounding the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and, to a lesser extent, Rwanda.

While the author's main area of expertise lies in the first half of the 20th century, and thus his unwillingness to address politically sensitive subjects may be understandable, it could still be argued that this leaves the reader with incomplete information. The chapter on EU justice (*Justiz im EU-Raum*), by Alexander Thiele, does discuss the European Court for Human Rights and its relation to the EU Court of Justice, but given the ECtHR's significance in the European space, perhaps it would have merited a separate chapter – despite the fact that it does not solve cases between individuals – as individual disputes are at the heart of its decisions.

The fourth part of the book is dedicated to fields in which disputes arise (*Konfliktfelder*), showcasing specific environments of dispute resolution other than the regular civil and criminal procedure. Some speak of specific areas of law where special dispute resolution is a novelty of the Modern age – administrative disputes, individual and collective labour disputes. There are also chapters on dispute resolution related to rural areas, commerce, the military, and family matters. The specificities of these areas are by no means new, but major changes occurred during in this period. The chapter on rural areas (*Konfliktlösung auf dem Lande*), by Anette Schlimm, is particularly interesting, as it shows the impact of the abolishment of patrimonial courts – after the French Revolution – on the possibilities for dispute resolution in rural communities, that had for a millennium been under a drastically different form of judiciary, but also property relations, compared to urban communities. In the chapter on disputes in the family (*Formelle und informelle Regelung familiärer Konflikte*), Margareth Lanzinger briefly but poignantly shows the evolution from the patriarch's dominance, which included the right to punish his wife and children, to the modern approach to mediation in family disputes, showing not only the advances in gender equality, but also excellently illustrating the impact of material law on the procedural.

Of particular interest is the chapter on dispute resolution in European colonies (*Konfliktlösung in europäischen Kolonialgebieten*), by Harald Sippel, as it places European colonial powers in the necessary imperialist context, which would have been painfully absent had the volume focused only on their internal laws – but also as it draws attention to insufficient research in this field so far.

The final four chapters in this part are devoted to dispute resolution pertaining to major religious communities: the Catholic Church, the Protestant churches, Jewish communities, and Islamic (Shariah) law. Two things stand out in this section. Firstly, while the first three chapters discuss dispute resolution *within* a given religious community, the last chapter (*Rechtskulturkonflikte mit dem islamischen Recht*), by Raja Sakrani, discusses

legal culture conflicts *with* Islamic law, drawing heavily on the concept of the Other, and showcasing the status of Muslim communities and Shariah tribunals in the UK, France, and Germany. The approach is highly appropriate, given the expansion of parallel normative systems and means of dispute resolution, and the author's conclusion that a peaceful and balanced solution currently seems like a utopia is justified. Secondly, there is no chapter on dispute resolution related to the Orthodox Church(es), despite the fact that the Orthodox Church is the second largest single Christian denomination in the world, numbering over 220 million believers worldwide, most of them in Eastern Europe (O'Brien and Palmer 2007, 22).

The fifth, final and longest part, encompassing more than half of the volume, is devoted to research on dispute resolution in individual countries (*Länderforschungsberichte*). The order of the chapters is curious – an approximate geographical clockwise circle, starting with Germany, going to the south and east of Europe, and then gradually back to the west and north, thus ending in Scandinavia. As described by Collin in the introductory chapter (5–6), since the European landscape changed during the analysed period, some concessions had to be made in that regard relating to countries that ceased to exist or were formed during this period. Thus, Russia and the Soviet Union, or the Ottoman Empire and Turkey are covered in the same chapters, while, on the other hand, the chapter on Yugoslavia doesn't span beyond that country's existence. Collin also points out that no authors could be found to cover Albania and Bulgaria, although he does refer to several existing works covering the latter.

However, the picture is not as simple as it might seem. The smallest European countries have been omitted as a matter of course: there is no mention of, say, Andorra, Liechtenstein, Monaco, or Cyprus. Countries that were created for the first time as the result of the recent break-ups of larger ones were not included by design, due to their short existence, which could be justified in principle, but the treatment is nevertheless unequal. The chapter on Russia/the Soviet Union seems understandable, as Russia had existed as an independent country long before the USSR was created (unlike other successor states), and it had a judiciary drastically different from the subsequent Soviet one. However, a similar logic could be applied to Yugoslavia, as Serbia and Montenegro existed as independent countries prior to the Yugoslav unification, yet their history of dispute resolution in the 19th and early 20th centuries is not covered. On the other hand, the Czech and Slovak lands had a similar history under Habsburg rule, prior to the formation of Czechoslovakia, yet the chapter concerns only Czechia and Czechoslovakia. All five Scandinavian countries have been placed together

in a single chapter by Robert Kessel, although the length of the bibliography seems to indicate that it was not for a lack of material on the individual countries. On the other hand, there is a chapter on Great Britain and Ireland until the latter's independence – and a separate, albeit short one, on independent Ireland.

The matter of selection aside, the chapters are well-written, and provide comprehensive basic information on both the judiciary and alternative methods of dispute resolution in the countries covered. This is of particular importance for those countries for which the literature on this issue in major Western European languages is scarce, as these chapters are bound to become default reference works for some time to come. This is especially the case for the chapters on Romania (by Manuel Gutan) and on Portugal (by Miguel Lopes Romão), where all the references are in the local languages, but very few references in English, German and French are also noticeable in many other chapters: on Czechoslovakia/Czechia (by Jaromír Tauchen), on Poland (by Danuta Janicka), on Italy (by Bernardo Sordi), on Spain (by Fernando Martínez-Pérez), and the chapter on Yugoslavia (by Zoran Mirković and Zoran Pokrovac). The latter is particularly noteworthy since there has been little recent research on the subjects of judicial procedure and arbitration during this period even in the ex-Yugoslav languages, and thus it can be viewed as a part of a wave of renewal of interest in the history of procedural law.³ On the other hand, a fairly negative example can be apparent in the chapter on Russia/the Soviet Union, by Sandra Dahlke. Despite an impressively long bibliography – over 7 pages in small print – only a handful of the references are in Russian, mostly articles on narrow subjects, while recent major reference works, such as Kolokolov 2009 (and later editions) have not been included.

To summarize, the fourth volume of the *Handbuch zur Geschichte der Konfliktlösung* is an impressive reference work, containing many high-quality texts by experts in the field. As such, it is bound to be indispensable for some time, especially given the scarcity of literature on such subjects for many countries and specific issues. However, it is not without its flaws. Not counting some peculiarities in the structure of the chapters, the main flaw seems to be the West-Eurocentrism of its contents, as less attention is devoted to subjects relevant to Eastern European countries. These countries form the majority of those omitted from the individual country reports. Most of the chapters focusing on common themes in the first four parts of the

³ Notable recent exceptions, i.e. other parts of the wave, being Ilić 2020 and Davinić 2020, two papers published in a book on the law of the “First Yugoslavia”, edited by Begović and Mirković, published after the *Konfliktlösung* was finalised.

book omit any reference to Eastern Europe, and even where it would have been logical to devote a chapter to a relevantly Eastern European subject (the Orthodox Church) – this was not done.

Naturally, such an approach is not at all unusual for Western European publishing houses; quite to the contrary, the number of books claiming in their title to deal with a certain subject in Europe – while in fact covering solely *Western* Europe – is likely beyond count. However, it is a shame that a worthwhile publishing effort, which seemingly aimed for an egalitarian perspective and the coverage of the entire continent, has nevertheless fallen prey to some of the usual traps. Still, a step was taken in the right direction. May the next one take us even further.

REFERENCES

- [1] Davinić, Marko. 2020. Organizacija i delovanje upravnih sudova u novoj državi. 143–170 in *Sto godina od ujedinjenja – formiranje države i prava*, ur. Boris Begović, Zoran S. Mirković. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.
- [2] Ilić, Goran P. 2020. Uspostavljanje sudske vlasti nove države. 123–142 in *Sto godina od ujedinjenja – formiranje države i prava*, ur. Boris Begović, Zoran S. Mirković. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.
- [3] Колоколов, Никита Александрович (ред.). 2009. *История российского правосудия*. Москва: Юнити-Дана.
- [4] O'Brien, Joanne, Martin Palmer. 2016. *The Atlas of Religion*. Oakland: University of California Press.
- [5] Rhode, Deborah L. 2004. *Access to Justice*. Oxford – New York: Oxford University Press.

Boris BEGOVIĆ, PhD*

Mulder, Nicholas. 2022. *The Economic Weapon: The Rise of Sanctions as a Tool of Modern War*. New Haven and London: Yale University Press, 614.

The timing was exquisite. The book with such a title and content was published just in time: only weeks before all hell broke loose in Ukraine and in relations between the West and Russia, demonstrating vividly that economic sanctions are indeed a tool of modern war. In the case of Russia's 2022 invasion of Ukraine, economic sanctions have actually been a substitute, at least for the time being, for fully-fledged war, i.e. military combat engagement of the West.

The book is, nevertheless, not about ongoing developments, but rather about the history of modern economic sanctions. The author traces their origin to the First World War and provides their history through the end of the Second World War in 1945.¹ According to the author, the subject of the book is how economic sanctions arose in the three decades after the First World War and how they developed into their modern form. The author believes that the emergence of economic sanctions signalled the rise of a distinctively liberal approach to the world conflict, the one that is very much alive and well today. At the very beginning of the book he points out that economic sanctions have shifted the boundary between war and peace, producing new ways "to map and manipulate the fabric of the world

* Professor (retired), University of Belgrade Faculty of Law, Serbia, *begovic@ius.bg.ac.rs*.

¹ The author refers to Thucydides' account of relations between rival city-states in Ancient Greece. In *History of the Peloponnesian War*, he records Athens's commercial ban on merchants from the Greek port city of Megara in 432 BC – an event that, according to the author, international relations scholars have proclaimed the first case of economic sanctions in history.

economy”, changing the way how liberalism considers coercion, and altering the course of international law. Well, the burden of proof for all these observations is on the author, one way or the other.

The book is composed of three parts, each of which examines a consecutive phase in the history of economic sanctions. Part I, “The Origins of the Economic Weapon”, covers the period of economic blockade of the Central powers, pursued by Britain and France from 1914, spanning the Great War and the immediate post-war years, up to the restoration of trade with Bolshevik Russia in 1921, i.e. with the end of first peacetime economic sanctions imposed.

It is indisputable that the origin of the modern economic sanction, those imposed in a globalised world, should be traced back to the First World War. However, such an origin provides for a basic contradiction regarding the economic sanctions. Are they or at least should they be a mechanism for winning an ongoing war or a mechanism to prevent a future war? The economic sanction, basically trade blockade, against the Central powers (Germany *et al.*), imposed in 1914 by the Entente countries and enforced mainly by the (British) Royal Navy, were wartime sanctions, aimed at undermining the war effort of the foe in any feasible way, including decreasing the living standard of the civilian population, but primarily by cutting-off inputs to German war-related manufacturing. The author provides a vivid case study of manganese as a crucial input in steel production, answering the questions what were the mechanisms of foreign trade and options that were available for the German steel industry (Krupp *et al.*) to purchase the input at the time of the first globalisation. Then the author analyses the mechanisms used to prevent the supply of manganese to the German steel industry. Obviously, the idea of the trade blockade to bring the enemy down was a supplement to military operations, especially as at the time these operations provided no visible gain at huge human and material costs.

There was a dilemma regarding how the economic sanctions should be applied: by a naval (trade) blockade (the Admiralty approach) or by financial blockade (the Treasury approach). The naval blockade approach ran into technical difficulties as for neutral countries, such as Netherlands, the freedom of the seas and transportation were not to be violated. The author points out the complicated and administratively demanding mechanisms to ensure that the goods delivered to the Netherlands did not end up in neighbouring Germany. For some reason, the author did not mention the German countermeasure, a naval blockade of the Entente countries by unrestricted submarine warfare. Irrespective of how effective it was in regard to the Entente’s war efforts, this was instrumental in bringing the USA into the war in 1917.

It is a rather widely accepted insight that the naval blockade was the reason for the German defeat in 1918, so it was economic sanctions, weakening the German economy and undermining morale of the civilian population, that decided the outcome of the war. The author points out that there is no evidence to support such a thesis. Furthermore, it is a bit counterintuitive, because in 1918 the German victory on the Eastern Front, embodied in the Treaty of Brest-Litovsk, made Ukrainian resources available to them to compensate for the effects of the blockade. So, the blockade-driven defeat explanation is, to the great extent, part of the post-war “stab-in-the-back” myth (*Dolchstoßlegende*), according to which it was the home front that collapsed, not the “heroic” German Army. The author subscribes to the view that it was the military collapse of the German Army on the Western Front and surrender of the German soldiers *en masse* that was decisive for Germany’s defeat (Ferguson 1998; Geyer, 2001). It was, it seems, the US enhanced military might of the Entente that brought the Great War to an end, rather than the trade blockade and the collapse of the home front.² The first caveat about the efficacy of the economic sanctions came rather early. For those ready to listen to the arguments and to re-evaluate their own actions.

Starting with the “war to end all wars”, economic sanctions have become the inseparable companion of war. Nonetheless, the appalling costs of the Great War provided both incentives and fertile ground for consideration of the mechanism to prevent such bloodshed in the future. Accordingly, the 1919 Paris Peace Conference after all was not only about reparations and new borderers (MacMillan 2001). The leading proponent of the brave new world at the Conference indisputably was the US President Woodrow Wilson, who championed economic sanctions as a mechanism to prevent the war, as he, the author points out, believed that a threat of “an absolute isolation ... that brings a nation to its senses just as suffocation removes from the individual all inclinations to fight ... Apply this economic, peaceful, silent, deadly remedy and there will be no need for force” (pp. 1–2). Wilsonian idealism of liberal internationalism at work! With “suffocation” as an appropriate metaphor! President Wilson’s persuasive effort was effective, as the peacemakers in Paris incorporated the economic weapon of sanctions into Article 16 of the Covenant of the League of Nations, and they transformed them, as the author points out, from a wartime to a peacetime instrument, allowing

² After all, general Erich Ludendorff who on 29th September 1918 requested from Kaiser Wilhelm to ask the Entente powers for armistice (Neiberg 2017) was (effective) commander-in-chief of the German armed forces (officially he was a Chief of German General Staff) not in the command of the home front.

the League of Nations to apply blockade-style sanctions without declaring war on aggressor states. Nonetheless, the wartime origin of the economic sanctions could not be erased.

The basic problem was that wartime mechanism was to be used as a peacetime instrument, aimed to be a deterrent, i.e. never to be used, similar to strategic nuclear weapons during the Cold War, the author remarks. Ostensibly, according to the Wilson's belief, it is quite sufficient to threaten a nation with economic sanctions and peace will prevail. As in many other things, President Wilson was wrong – starting with his blunder about the willingness of the US Congress to ratify documents he signed at the Paris Peace Conference. At the beginning of the 1920s, America reverted to isolationism and neutralism, it did not join Wilson's League of Nations project and left other great powers to deal with the economic sanctions.

The first peacetime economic sanctions, after the Great War, were those against the Communist regimes in Soviet Russia and Béla Kun's Soviet Hungary, obviously the motivation being regime change, according to the contemporary parlance, not their aggression against any other nation. Hence, preserving the peace was hardly an aim of the first modern peacetime economic sanctions. The author claims that this episode launched a public debate across Europe, not about the aim but about the ethics of economic war on civilians, with vocal campaigns by feminist, humanitarian, leftist, and liberal groups. The episode ended with the demise of the soviet republic in Hungary and with the end of the civil war in Soviet Russia, with the West recognising Bolsheviks' domestic victory. The ethical dilemmas regarding economic war on civilians remain to this day.

Part II of the book, "The Legitimacy of the Economic Weapon", provides the answer how the national elites of the great powers at the time and the technocrats in the League of Nations managed the powerful but incomplete system of economic sanctions that took shape during the 1920s, beginning with the League's convening of an International Blockade Committee in 1921 and ending with the international crisis over Japan's invasion of Manchuria in 1931, and especially how successful they were in their task.

The author has no doubts that there was a profoundly imperial dimension to the way the economic weapon operated during this period. Threats of economic sanctions within the framework of the League of Nations were used to restrain border wars in the Balkans, convince Turkey to give up territorial claims in Iraq, and were continuously considered against striking workers and anticolonial nationalist resistance in China. The threat of sanctions worked well in the case of border troubles and skirmishes in the

Balkans in the 1920s between Yugoslavia (officially Kingdom of Serbs, Croats, and Slovenes) and Albania, and between Greece and Bulgaria – it precluded wars in the Balkan region. There are two important points, regarding the outcomes. First, it was the threat of economic sanctions, not the sanctions themselves that worked. Second, this was done against small, poor nations, not powerful international players. Well, as the author points out “Despite their supposed universality, League sanctions were considered suitable for use mainly against peripheral European states and ‘semi-civilized’ countries” (p. 8). The dilemma remains whether “suitable” refers to the efficacy of the economic sanctions in preventing wars or to the moral terms.

During this period, even given the consensus against whom the sanctions could and should work, according to the author, there was a struggle within the countries that championed such an intervention to secure wider legitimacy for economic sanctions against civil society and private economic interests, which led to a deep political rift within Western liberal elites. This split between pro-sanction and neutralists attitudes weakened the imperial-internationalist consensus on which the League of Nations rested and complicated the organisation’s relations with external powers, especially with the United States, which was overwhelming neutralist during this period. The early period of economic sanctions came to an end with the advent of the Great Depression and its economic and political consequences.

Part III of the book, “Economic Sanctions in the Interwar Crisis”, assesses the role of the economic weapon in the global political crisis of the 1930s and 1940s, from the Great Depression through to the end of the Second World War. The period starts with the unchecked Japanese invasion of Manchuria, as the League of Nations failed to stop Japan from aggression against China, effectively starting the Second World War (Overly 2021). Perhaps the most prominent failure of the economic weapon, the economic sanctions against Mussolini’s regime during the Italo-Ethiopian War, which did not work as a deterrent and did not produce the desired outcome, as the aggressor won the war, is thoroughly analysed in the book. The author suggests that the focus of the sanctions, in this case, changed, arguing that this crisis produced a new understanding of sanctions, which focused on attrition. The Italo-Ethiopian War was a dress rehearsal for the ultimate failure of economic sanctions to prevent the outbreak of the Second World War. The author asks the crucial question why economic sanctions did not prevent the return of conflict and the eventual outbreak of another world war. His answer (save the previous one that the sanctions were designed for second-grade countries) is that the threat of economic sanctions provided incentives for the imperialistic competition for raw materials, financial reserves, and territory.

The mechanism of these incentives is straightforward. Under sanctions, Italy was on the brink of economic collapse and that lesson was carefully learned in both Berlin and Tokyo. In Germany, the lesson was augmented by the memory of the Great War blockade, and the domestic front collapse narrative, which was the conventional wisdom at the time about the failure of losing the war. Accordingly, all the future Axis powers started programs of becoming autarkies, i.e. self-sufficient economies, independent of import of inputs for their economies, especially their military-related industries and, above all, for their war machines. It was especially Germany that moved towards autarky with its Four Year Plan, a plan of substitution of imported inputs, or with tight political and military control of the territories from which the inputs were imported (Tooze 2006). Hence, it was the threat the economic sanctions and something that the author calls “blockade-phobia” – brought on by memories of the 1914–1918 economic war and kept alive by interwar sanctions – that provide incentives for Germany to enlarge the Reich and obtain new territories. The war in the East was for Germany, among other historically undisputed motives, a way to secure vast resources, inputs for its economy and war machine, from the territory of the Soviet Union.³

Accordingly, one of the crucial findings of the book is that the economic sanctions actually backfired in the 1930s and provided incentives for the crucial authoritarian powers of the time, which become the Axis powers in due course, for their invasions of other countries. Not only neighbours, but for the imperialist grabbing of the territory far from the metropole and obtaining, under preferential terms, resources from those territories. “The internationalist search for more effective sanctions and the ultra-nationalist search for autarky thereby became locked in an escalatory spiral” (p. 11). This was hardly the idea of those supporting economic sanctions as a deterrent to aggression.

However convincing the analysis of economic sanctions backfiring in the case of great powers may be, it seems that the author went too far with his “materialist interpretation” of the Second World War as a conflict revolving around the construction of coalitions for resource control. This is

³ Treaty of Non-Aggression between Germany and the Soviet Union (Molotov–Ribbentrop Pact) and accompanying German–Soviet Credit Agreement concluded in 1939 provided Germany access to strategic inputs from the Soviet Union, with an enhanced trade agreement concluded in 1940, but it is firm control of the supply under own terms that was preferable for Germany (Johnson 2021). The other motives of Hitler’s decision for the June 1941 aggression and breach of the non-aggression treaty with the Soviet Union, such as the creation of the *Lebensraum* and the extermination of the Jews that lived on that territory, are herewith not disputed.

not to say that resources control motivation was absent from the strategic consideration of the great powers, but this interpretation alone can hardly explain the developments leading up to the global conflict and during the war. The reader, however, easily subscribes to the author's view that "while historians have given plenty of attention to conventional military factors, as well as the ideological, political, economic, and social origins of war, the role of sanctions in shaping the aggression of fascist and militarist powers in the late 1930s has not been sufficiently examined" (pp. 11–12).

The substantial change during this period was the return of America to the international scene with the new administration, the presidency of Franklin Delano Roosevelt (FDR), and the New Deal liberal spirit with its liberal interventionism attitude in international relations. Although the isolationist sentiment was still very strong, the USA become an active international player, particularly on the Pacific Rim and especially toward Japan's war excursion into China. The author explains that the US sanctions were introduced gradually, step by step, with the final one being the oil embargo, effectively imposed in July 1941 after Japan took over French Indochina. The motive for that escalation of economic sanctions remains unknown to the reader. Nonetheless, this information is important since the escalation, the airtight Anglo-Dutch-American oil embargo, was the final straw for Japan's political and military elite (somewhat merged at that time) to decide to go to war against both the US and UK, primarily to get hold of the oil-rich Dutch East Indies (Indonesia) by military means.

The author refers to the testimony of commander-in-chief of the US Navy Admiral Harold Stark, who believed in July 1941 that the Japanese military would "consolidate their positions and await world reaction to their latest move." He doubted that they would attack "unless we embargo oil shipments to them.... They will do nothing ... until the outcome of the German-Russian war on the continent is more certain." (p. 279). Therefore, a senior US military official gave his clear and unambiguous warning about the outcome of the oil embargo on Japan. It is difficult to believe that his voice was lost in the corridors of power in Washington. It may have been disregarded, or perhaps misunderstood (with the blunder that the sanctions would work in opposite direction),⁴ it is possible that a cacophony of opinions dominated,

⁴ According to the author, the threat of an oil embargo worked for the US in the case of Spain a year earlier, influencing Franco's decision for his country to remain neutral, so the hope could have been that the oil embargo would work well again. However, Spain and Japan had substantially different strategic positions and foreign policy aims. The author refers to the memorandum of Stanley Hornbeck, a special adviser to the US Secretary of State, dated October 1941, as being positive that the oil embargo was working, and that Japan would not commence any military activity.

or the US administration knew exactly what it was doing⁵– or at least it was aware of what the risk of such a policy was.⁶ The author remains silent about the relative merits of these hypotheses.

Nonetheless, what is indisputable is that the US administration advanced the idea of a dual policy of economic sanctions: negative sanctions, in the form of a trade blockade of the aggressor country, and positive sanctions, embodied in support for the country that is the victim of the aggression. The author points out that it is actually with the US Lend-Lease program, which unified coercion against the aggressor and aid to the victim into a single constellation, that the pro-sanction segment of the Western political elite belatedly attained the collective security that had eluded it in the 1930s. It is a bit ironic, the reader concludes, that this happened in the middle of a global war. Considering that very global war, what is missing from the book, for some reason, is the reference to the practice of negative sanctions in the war, with thorough trade blockades, with deadly unrestricted submarine warfare in both the Atlantic (against Great Britain) and Pacific (against Japan), with its pinnacle in 1945 mining of Japanese ports to prevent merchant and fishing vessels from going out to sea. The latter military operation had a telling codename– Operation Starvation.

The book concludes by examining how the legacy of the interwar economic weapon shaped the post-1945 international order and what this history means for our present twenty-first century, as the widespread use of sanctions today raises new questions about the politics of globalisation. In explaining the omnipresence of sanctions in the modern world (the UN estimates that in 2015 about one third of the world population lived under some form of sanctions), the author refers to the change in the aims of

⁵ This is not to propose a conspiracy theory that FDR knew about the Japanese plans to attack Pearl Harbor and withheld that information from the US military. But this is rather about FDR wanting to involve the US in the world conflict and his careful political manoeuvring because of the strong neutralist and isolationist sentiment in the US, which dominated the US Congress, which held the power to declare war. This is not to say that there was a straightforward plan by the US administration, but rather not dismissing the possibility that perhaps the motive was to put additional pressure on Japan's political and military elite to do something stupid. Which they did. Also, there is ample evidence of Roosevelt's skilful political manoeuvring regarding the declaration of war with Germany in December 1941, when he allowed Germany (FDR accepted the "Germany first" sequence) to declare war on the US, leaving the US Congress no choice (Simms, Laderman 2021).

⁶ Winston Churchill was obviously aware of the risk as he wrote to Roosevelt on 5 November 1941 that the Anglo-Dutch-American front had been "brilliantly successful. But our joint embargo is steadily forcing the Japanese to decisions for peace or war" (p. 282).

the sanction. “Interwar sanctions were focused narrowly on the *external* goal of stopping inter-state war. Multilateral and unilateral sanctions since 1945 have usually had *internal* goals: to address human rights violations, convince dictatorships to give way to democracy, smother nuclear programs, punish criminals, press for the release of political prisoners, or obtain other concessions” (p. 294, italics in the original). Furthermore, the author points out that since the norms of liberal internationalism have been largely determined by the transatlantic alliance, sanctions objectives are also an index of changing foreign policy concerns. In short, economic sanctions have become the universal method of accomplishing a comprehensive set of foreign policy aims, although the reader can only speculate about the origin of such a change, as the author provides no explanation.

Furthermore, the author emphasises that the efficacy of sanctions is not high, as to him the historical record is relatively clear: most economic sanctions have not worked. According to Hufbauer *et al.* (2007), in the 20th century, only one in three uses of sanctions was at least partially successful, although this observation of the poor record is disputed by estimates that are far worse.⁷ The author has no second thought that, from the available data, it is clear that the history of sanctions is largely a history of disappointments. What is striking for the author, as well as to the reader, is that this limited utility of sanctions has not affected the frequency of their application. On the contrary: sanctions use doubled in the 1990s and 2000s compared to the period between 1950 and 1985; by the 2010s it had doubled again. Yet while during the 1985–1995 period, at a moment of great relative Western power, the chances of sanctions success were still around 35–40 percent, by 2016 this had fallen below 20 percent. “In other words, while the use of sanctions has surged, their odds of success have plummeted” (p. 296).

So, the reader wonders about the explanation of this paradox. Why would rational people continuously apply something that does not produce results? Furthermore, the fewer the results, the higher the frequency of application – it is puzzling. The author points out that “Sanctions would no doubt work better in a world of perfectly rational, consistently self-interested subjects, but this is not the world that we actually inhabit” (p. 297). Well, a trained economist would just point out that self-interest is a subjective category, that preferences of the individuals are their own free choices and that perhaps the author mistakes self-interest for material wealth. Nonetheless, human

⁷ Pape (1997) and Pape (1998) has convincingly challenged the previous edition of this study and argued that of its 40 supposed successes out of 115 cases examined, only 5 stand up to real scrutiny in the sense that the policy success in question can be feasibly attributed to economic coercion.

beings are much more than material wealth, their utility function often include a wide range of (non-material) items. Furthermore, it is hardly that Western political elite and decision makers are not aware of the “world that we actually inhabit”, but they still continue to insist and insist even more on economic sanctions. One way or the other, this cannot be a convincing explanation of the paradox.

The problem, as it appears to the reader, is not a wrong reaction on the sanctioned side but rather on the sanctioning side, whatever the ostensible objective of the sanctions may be. Hence, the crucial question is why such inefficient sanctions are imposed, i.e. what is the rationale of the Western political elite, who champions economic sanction these days, to persist in doing something that has by and large proved to be a failure? Well, the author did not provide the answer to these questions.

It seems to the reader that the answer must have something to do with the costs. The author emphasises that back in the spring of 1919, Robert Cecil, one of the British early advocates of economic sanctions, waved away protests against using a blockade to overthrow Bolshevism by responding that he saw “no other alternative”. Nonetheless, there was an alternative – a full scale military intervention and Western military engagement in the Civil War that was going on in Russia, siding with White Russian. That would have been truly liberal internationalism, committed to the political and economic freedom that the Bolsheviks had started to repress, and some politically relevant people, such as Winston Churchill, advocated that option. The only problem, the Western political elite realised, was the high costs of such an engagement. Many of today’s internationalists see no (viable) alternatives, precisely because of their high costs.

Accordingly, it seems to the reader that economic sanctions have been a cost minimising operation, as sanctions generate very limited, almost non-existent costs to those who impose them. It was Woodrow Wilson who claimed “Apply this economic, peaceful, silent, deadly remedy and there will be no need for force. ... It does not cost a life outside of the nation boycotted.” (p. 2). In the author’s words – it is about a pen, not a sword.

So, economic sanctions are the easy path for liberal internationalists, especially with the public option crying “do something”, the media frenzy about some heinous person or his deeds, and with NGOs advocating whatever they advocate—with admirable zest. Hence, the internationalists pretend that by imposing sanctions they are doing (right) things, and it is reasonable to assume, or at least should not be ruled out, that they are not quite interested in the results of their actions in the countries on which the sanctions are imposed. After all, they are accountable to their own constituencies, to their

home countries, not to the people of some “far-away country ... of whom we know nothing”. Accordingly, whoever is annoying to the political elite and the public of Western countries, or who is perceived as a security threat – Lenin’s Soviet Russia, Mussolini’s Italy, militaristic Japan, Kim’s North Korea (whichever the Kim in the office), Islamic Iran (whoever is running it), Milošević’s Serbia, or even Putin’s Russia invading Ukraine – it is much less costly to impose economic sanctions than to do anything else. Sanctions are the easiest way for those who imposed them, whatever the outcome for the country on which the sanctions are imposed. The cost minimising rational behaviour of the decision-makers in the West explains why the sanctions are employed with increased frequency despite their decreasing efficiency.

It seems that this is about to change with the economic sanctions against Russia, in connection with its 2022 invasion of Ukraine. In terms of relative costs, it is evident that imposed economic sanctions, for the time being, are less costly for the West than fully fledged military confrontation with Russia. However, these sanctions are also harming the countries that imposed them, especially in the energy sector, and it seems that there are long-term plans to completely stop dealing with Russia in that sector. The sanctions will bring energy deficits, with fuel and food prices soaring, substantial inflation, and possibly a recession in the countries who imposed them on Russia. It is definitely time for the Western political elite to demonstrate whether it is committed to the reason for the sanctions, which is not only to influence Russia’s political elite decision-making process regarding the war in Ukraine, but rather to isolate Russia politically and economically from the West and to weaken its economic and military potential in due course. For the first time the sanctions are being imposed on a global power, with a strong energy sector, with a nuclear arsenal, and a KGB-cradled political elite with a superpower mentality – although the country they run is not. This time is different!

At the time of this review going to press, the “special military operation” against Ukraine is about to enter its fourth month, and so are economic sanctions imposed on Russia. The sanctions are wide ranging and escalating almost on a daily basis. No one knows what the future brings. Only time will tell whether the sanctions will be effective and efficient, whether the countries that imposed them will stick to the letter and spirit of the sanctions, and what will be the long-term effects on the Russian economy and politics. Perhaps some books not yet written will be reviewed in years to come with insights about that.

REFERENCES

- [1] Ferguson, Naill. 1998. *The Pity of War 1914 – 1918*. London: Allen Lane.
- [2] Geyer, Michael. 3/2001. Insurrectionary Warfare: The German Debate about a Levée en Masse in October 1918. *Journal of Modern History* 73: 459–527.
- [3] Hufbauer, Gary Clyde, Jeffrey J. Schott, Kimberly Ann Elliott, Barbara Oegg. 2007. *Economic Sanctions Reconsidered*. 3rd Edition. Washington, DC: Peterson Institute for International Economics.
- [4] Johanson, Ian Ona. 2021. *Faustian Bargain: The Soviet-German Partnership and the Origins of the Second World War*. Oxford: Oxford University Press.
- [5] MacMillan, Margaret. 2001. *Peacemakers: Six Months that Changed the World*. London: John Murray Publishers.
- [6] Neiberg, Michael, S. 2017. *The Treaty of Versailles: A Concise History*. Oxford University Press.
- [7] Overy, Richard. 2021. *Blood and Ruins: The Last Imperial War, 1931–1945*. London: Penguin.
- [8] Pape, Robert. 2/1997. Why Economic Sanctions Do Not Work. *International Security* 22: 90–136.
- [9] Pape, Robert. 1/1998. Why Economic Sanctions Still Do Not Work. *International Security* 23: 66–77.
- [10] Simms, Brendan, Charlie Laderman. 2021. *Hitler's American Gamble: Pearl Harbor and Germany's March to Global War*. New York: Basic Books.
- [11] Tooze, Adam. 2006. *The Wages of Destruction: The Making and the Breaking of the Nazi Economy*. London: Allan Lane.

Nikola ILIĆ, PhD*

Devlin, Alan J. 2021. *Reforming Antitrust*. Cambridge, the United Kingdom & New York, United States: Cambridge University Press, 330.

“Every reform movement has a lunatic fringe.”

Theodore Roosevelt

Since 2020, the US antitrust law has been undergoing a massive overhaul. Congress has introduced several new bills, including the Klobuchar Bill, which could radically amend the pillars of the US antitrust law.¹ The New Brandeis movement, on one side, claims that these bills will reduce the market power and industry concentration, and make the US economy prosper (Klobuchar 2021, Hawley 2021). On the other side of the spectrum, many scholars strongly disagree with the proposed amendments and warn of possible adverse economic consequences (Crane 2020, Hovenkamp 2021). Alan J. Develin’s book, with new ideas and stances on antitrust law reform, could significantly contribute to this ongoing public debate.

The book consists of three logical parts. In the first part, the author describes in detail the role and features of the US antitrust law. In the second part, he analyses the warning signals in the US economy that may indicate or justify the need for antitrust law reforms. Finally, in the last part of the book, the author discusses possible reforms and the future evolution of the US antitrust law.

* Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia, nikola.ilic@ius.bg.ac.rs.

¹ Ilić (2022) provides a detailed review of the Klobuchar Bill and the antitrust law reform.

Each of these three major parts in the book further consists of three subsections – all related to the antitrust law reform in one way or another. The reader may take those subsections separately, depending on individual preferences and interests in specific antitrust topics. Regardless of their choices, in any event, the reader finds a gold mine of references and a fairly objective analysis of burning antitrust law issues.

The author opens the first part of the book by posing a relatively simple question. What is the purpose of antitrust law, i.e. what is its *raison d'être*? After an in-depth discussion, he admits that maximizing competition – in the most simplistic sense of the term – would be self-destructive, and, thus, it is not and should not be the sole purpose of antitrust law. Perfect competition leaves no room for a considerable profit margin, meaning that firms cannot recoup their fix-cost investments in R&D (i.e. they cannot innovate) and consequently cannot considerably improve their productivity. Furthermore, the author points out that the protection of consumers also cannot be the purpose of antitrust law because consumer interests can justify almost any government intervention in a market.

It might seem that by noting what the purpose is not, the author intentionally avoids explaining what the purpose of antitrust law should be. However, while this may disappoint some readers, it may also assist others in learning more about antitrust law and preparing them for a more detailed discussion about the role of antitrust law and burning issues, such as market power and industry concentration.

Market power and industry concentration are at the heart of the ongoing public debate calling for radical antitrust law reform in the US. The Neo-Brandeisians claim that big companies, such as Google, Amazon, Microsoft, Facebook, etc., possess significant market power. This enables them to take over incumbent competitors and increase their profit margins, i.e. further increase their market power. In this way, these big companies may considerably increase the industry concentration and prices and, thus, harm the US economy and consumers. In the opinion of the Neo-Brandeisians, the radical antitrust law reform should break this causal link, decrease industry concentration, and make the US economy great again! However, supporters of neoclassical economics fundamentally challenge this line of reasoning by questioning the alleged causal link and warning of potential adverse economic consequences that the planned antitrust law reform may have.

The author contributes to this debate in two ways. First, he meticulously describes the historical development of the US antitrust law and policy and discusses the initial purpose of the antitrust law. Second, he unbiasedly and in detail presents the core attitudes of the opposing sides in the ongoing

debate. While doing so, the author tries to provide sufficient evidence for readers, based on available findings in economic theory and evidence, to help them reach independent and impartial conclusions. For instance, the author analyses “the missing link: concentration and market power”. Even though the title of this subsection in the book is suggestive, the author uses more than 140 relevant references and invokes the most important theoretical and empirical findings on the link between concentration and market power from the early twentieth century to the present. He provides plenty of food for thought and enables readers to observe different factors that may affect concentration and market power (such as characteristics of industries and products, the potential for innovation and further development, etc.). In other words, the main finding that the causal link between concentration and market power is fragile and often missing is objective and well supported. Therefore, the author’s conclusions could be relevant for all participants in the debate and all the readers – those inclining toward neoclassical economics, as well as those supporting the New Brandeis movement.

The second part of the book discusses the warning signals in the US economy that may be a sound reason for antitrust law reform. One can immediately notice that the author excludes (i.e. does not consider) signals such as economic inequality, environmental protection, cultural diversity, etc. In this way, the author implicitly (and consistently with the first part of the book) implies that the antitrust law is not the proper policy tool for addressing those and similar concerns raised by the New Brandeis movement. The signals that the author is concerned about are solely those related to an ostensible competition decline.

In the author’s opinion, one of the most visible warning signals is the raising consolidation in specific US industries, such as the airline industry. The big wave of consolidation, driven by mergers and acquisitions, significantly reduced the number of market participants in these industries. In the airline industry, Delta acquired Northwest Airlines in 2008, United Airlines purchased Continental Airlines in 2010, and American Airlines merged with US Airways in 2013.² As a result, only three companies (American, United, and Delta) account, along with the low-cost carrier Southwest Airlines, for almost three-quarters of the industry sales. These companies have increased their profit margins (pre-COVID) and, in some cases, significantly decreased their services. The same happened in the US mobile phone industry,

² The DOJ assessed and approved all these mergers and acquisitions, the latter two under additional conditions.

video-content programming, insurance, food, beer industries, etc. Moreover, all these anecdotal observations seem to be confirmed by various statistical analyses of the US industrial concentration.³

In the author's opinion, the consolidation phenomenon is noticeable at the voter level and thus "fuels a political reawakening in antitrust" (p. 119). The New Brandeis movement often uses consolidation examples and industry concentration as irrefutable evidence that the US faces a massive competition issue.⁴ The author does not explicitly deny those claims. However, he attempts to bring some objectivity to this debate by claiming that the trend of consolidation and industry concentration is more modest than the New Brandeis movement would suggest. To support this argument, among other sources, the author invokes the OECD report (2018) that evaluates industry concentration in the US. The report explicitly states that "concentration in US markets is more likely to be increasing than decreasing, though the increase is not a dramatic one".⁵ The same report concludes: "even where there is evidence to suggest an increase in concentration, in the absence of evidence on the movements of other indicators it is extremely difficult to draw any conclusion on whether there has been a change in competitive intensity."

However, the author notably omits some significant parts of the OECD report, such as the part stating that "mark-ups and profits in the US have significantly increased" or the general remark that the broad measure of concentration "tells us little about competitive intensity".⁶ While this may cast a shadow on the author's objectivity, it certainly does not undermine his conclusions on the New Brandeis movement and political reawakening.

Some of the readers may even conclude that the author is against antitrust reforms based on the critiques of the New Brandeis movement and the relativization of the issues such as consolidation and industry concentration. However, it seems the author supports antitrust law reform, but not for the same reasons as the New Brandeis movement. This becomes obvious in the third part of the book, where he rethinks some of the fundamental principles of the US antitrust law and discusses its further evolution.

³ Among other sources, the author refers to the US Council of Economic Advisers study (2016), White and Yang (2017), and Grullon *et al.* (2019).

⁴ See, for instance, Amy Klobuchar's (the New Brandeis movement prominent supporter) statement, available at: <https://www.klobuchar.senate.gov/public/index.cfm/2021/2/senator-klobuchar-introduces-sweeping-bill-to-promote-competition-and-improve-antitrust-enforcement> (last visited 5 May 2022).

⁵ The report is available at [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)46/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)46/en/pdf) (last visited 5 May, 2022).

⁶ *Ibid.*

First, it seems the author is not satisfied with the antitrust law enforcement in the US. He claims that the antitrust agencies are too afraid of making mistakes when accessing mergers, and, thus, they have a relatively small number of cases of challenged mergers. In the author's opinion, these agencies should challenge more mergers, i.e. bring more antitrust cases to the courts and make more Type I errors. The main argument for such a claim is that the market will eventually undo the mischief of a Type I error that blocks procompetitive mergers. By contrast, a Type II error, which would allow harmful mergers to materialize, may take years for the market to erode. In addition, the author claims that an increase in the number of challenged mergers, i.e. antitrust cases, would lead to more consistent antitrust law enforcement and further evolution of the common law. Interestingly, he is not concerned about the magnitude of the Type II errors and what could happen if the DOJ loses its already damaged credibility due to those errors. One thing is clear, a prominent Washington-based antitrust lawyer, such as the author of this book, would not complain about additional cases.

When considering further antitrust law development, the author suggests replacing the consumer-welfare standard with a new effect-based standard founded on "preserving competitive pressure". The book does not provide detailed guidelines on specifying and interpreting the suggested legal standard in antitrust law practice. Instead, it concludes, once again, that the FTC and DOJ should bring and lose more cases because the litigation clarifies the scope of the law and leads doctrine to evolve. Following the same line of reasoning, the author suggests altering the relevant market definition in antitrust cases in a way that it becomes broader. Namely, a broader defined relevant market could shift the antitrust law focus from protecting competition and consumer welfare to preserving competitive pressure. Consistently with other ideas in this book, implementing a broader relevant market definition would lead to more antitrust cases in practice and further evolution of the US antitrust law.

Finally, it remains upon the readers to decide whether the author is trying to bring some objectivity to the public debate concerning the antitrust law reform or to represent a new interest group in this debate – the US antitrust lawyers. It is important to emphasize that one does not exclude the other. Regardless of the author's intentions and objectives, in any event, one thing is for sure – readers interested in antitrust law and the ongoing antitrust legislative reform in the US will enjoy this book.

REFERENCES

- [1] Hawley, Josh. 2021. *The Tyranny of Big Tech*. New York: Regnery Publishing.
- [2] Klobuchar, Amy. 2021. *Antitrust: Taking on Monopoly Power from the Gilded Age to the Digital Age*. New York, Toronto: Alfred A. Knopf.
- [3] Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). 2018. *Market Concentration*.
- [4] US Council of Economic Advisers. 2016. *Benefits of Competition and Indicators of Market Power*. Washington, DC.
- [5] White, J. Lawrence, Jasper Yang. 3/2017. What has been Happening to Aggregate Concentration in the U.S. Economy in the Twenty-First Century?. *Contemporary Economic Policy* 38: 483–495.
- [6] Hovenkamp, Herbert. 2021. The Looming Crisis in Antitrust Economics. *Boston University Law Review* 101: 489–545.
- [7] Grullon, Gustavo, Yelena Larkin, Roni Michaely. 4/2019. Are US Industries Becoming More Concentrated?. *Review of Finance* 23: 697–743.
- [8] Crane, Daniel. 1/2020. The New Crisis in Antitrust (?). *Antitrust Law Journal* 83: 253–268.
- [9] Ilić, Nikola. 1/2022. The Klobuchar Bill: Is Something Rotten in the US Antitrust Legislative Reform?. *Annals of the Belgrade Faculty of Law* 70: 101–120.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Анали Правног факултета у Београду објављују текстове на српском и енглеском језику.

Аутори задржавају ауторско право на своме делу. Међутим, услов за објављивање у *Аналима Правног факултета у Београду* јесте да аутори издавачу дозволе да објави дело, да гарантују право да ће *Анали* бити наведени као изворни издавач у случају поновног објављивања и да неискључиво уступе овлашћење на умножавање те овлашћење да се текст учини доступним јавности и да се дистрибуира у свим облицима и медијима. Објављени текстови се дистрибуирају под условима лиценце “Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY)”.

Предајом текста, аутор изјављује да текст није ни објављен ни прихваћен за објављивање те да неће бити предат за објављивање било ком другом медију. Аутор такође изјављује да је носилац ауторског права, да је обавештен о правима трећих лица и да је испунио захтеве који произлазе из тих права.

Пријем свих текстова биће потврђен електронском поштом. Редакција ће размотрити подобност свих радова да буду подвргнути поступку рецензирања. Подобни текстови шаљу се на двоструку анонимну рецензију.

Информације о уредничкој политици *Анала Правног факултета у Београду* видети на: ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/about/editorialPolicies#open%20AccessPolicy.

Ако желите да предате свој рад *Аналима Правног факултета у Београду*, молимо вас да пратите следећа упутства.

Ако предајете рад на енглеском језику, молимо вас да пратите посебно упутство које је доступно на: ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/information/authors.

Рукопис треба да буде уређен на следећи начин:

1. насловна страна,
2. апстракт и кључне речи,
3. рукопис и списак литературе,
4. додаци, табеле и слике.

1. НАСЛОВНА СТРАНА

Насловна страна рукописа треба да садржи следеће податке:

- наслов текста,
- име, презиме, годину рођења и афилијацију свих аутора,
- пуну адресу за кореспонденцију и адресу електронске поште.

Ако је текст коауторски, молимо вас да доставите тражене податке за сваког аутора.

2. АПСТРАКТ И КЉУЧНЕ РЕЧИ

Тексту претходи апстракт који је строго ограничен на 150 речи. Апстракт не сме да садржи неодређене скраћенице или референце.

Молимо вас да наведете пет кључних речи које су прикладне за индексирање.

Радови на српском језику треба да садрже апстракт и кључне речи и на српском и на енглеском језику. У том случају, апстракт и кључне речи на енглеском језику треба да се налазе иза списка литературе.

3. РУКОПИС И СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ

Због анонимног рецензирања, имена аутора и њихове институционалне припадности не треба наводити на страницама рукописа.

Текстови морају да буду написани у следећем формату:

- величина странице: А4,
- маргине: 2,5 cm,
- фонт: Times New Roman,
- размак између редова у главном тексту: 1,5,
- размак између редова у фуснотама: Easy,
- величина слова у главном тексту: 12 pt,
- величина слова у фуснотама: 10 pt,
- нумерација страница: арапски број у доњем десном углу странице.

Друге ауторе треба наводити по имену и презимену када се први пут помињу (Петар Петровић), а затим само по презимену (Петровић). Не треба наводити „професор“, „др“, „г.“ нити било какве титуле.

Све слике и табеле морају да буду поменуте у тексту, према редоследу по којем се појављују.

Све акрониме треба објаснити приликом првог коришћења, а затим се наводе великим словима.

Европска унија – ЕУ,

The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL

Бројеви од један до девет пишу се словима, већи бројеви пишу се цифрама. Датуми се пишу на следећи начин: 1. јануар 2012; 2011–2012; тридесетих година 20. века.

Фусноте се користе за објашњења, а не за навођење литературе. Просто навођење мора да буде у главном тексту, са изузетком закона и судских одлука.

Поднасловe треба писати на следећи начин:

1. ВЕЛИКА СЛОВА

1.1. Прво слово велико

1.1.1. Прво слово велико курсив

Цитирање

Сви цитати, у тексту и фуснотама, треба да буду написани у следећем формату: (аутор/година/број стране или више страна).

Домаћа имена која се помињу у реченици не треба понављати у заградама:

- Према Милошевићу (2014, 224–234)...
- Римски правници су познавали различите класификације ствари (Милошевић 2014, 224–234)

Страна имена која се помињу у реченици треба да буду транскрибована, а у заградама их треба поновити и оставити у оригиналу. У списку литературе страна имена се не транскрибују:

- Према Коциолу (Koziol 1997, 73–87)...
- О томе је опсежно писао Коциол (Koziol 1997, 73–87).
- Koziol, Helmut. 1997. *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I: Allgemeiner Teil. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Домаћа дела се цитирају писмом којим су штампана. У списку литературе дело штампано латиницом наводи се само латиницом, а дело штампано ћирилицом наводи се ћирилицом и латиницом, при чему се латинична референца ставља у заграде:

- Према Милошевићу (2014, 347–352)...
- Милошевић, Мирослав. 2014. *Римско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Досије студио. (Milošević, Miroslav. 2014. *Rimsko pravo*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Досије студио.)
- Вукадиновић (Vukadinović 2015, 27) истиче да јемац испуњава туђу, а гарант своју обавезу.
- У литератури се наводи (Vukadinović 2015, 27)...
- Vukadinović, Radovan. 5–6/2015. О правном regulisanju posla bankarske garancije u novom Грађанском законик. *Правни живот* 64: 17–36.

Пожељно је да у цитатима у тексту буде наведен податак о броју стране на којој се налази део дела које се цитира.

Исто тако и / Исто / Као и Константиновић (1969, 125–127);

Према Бартош (1959, 89 фн. 100) – *тамо где је фуснота 100 на 89. страни;*

Као што је предложио Бартош (1959, 88 и фн. 98) – *тамо где фуснота 98 није на 88. страни.*

Пре броја стране не треба стављати ознаку „стр.“, „р.“, „f.“ или слично.

Изузетно, тамо где је то прикладно, аутори могу да користе цитате у тексту без навођења броја стране дела која се цитира. У том случају аутори могу, али не морају да користе неку од назнака као што су: *видети, посебно видети, видети на пример и др.*

(видети, на пример, Бартош 1959; Симовић 1972)

(видети посебно Бакић 1959)

(Станковић, Орлић 2014)

Један аутор

Цитат у тексту (Т): Као и Илај (Ely 1980, број стране), тврдимо да...

Навођење у списку литературе (Л): Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Т: Исто као и Аврамовић (2008, број стране), тврдимо да...

Л: Аврамовић, Сима. 2008. *Rhetorike techne – вештина беседништва и јавни наступ*. Београд: Службени гласник – Правни факултет Универзитета у Београду. (Avramović, Sima. 2008. *Rhetorike techne – veština besedništva i javni nastup*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Т: Васиљевић (2007, број стране),

Л: Васиљевић, Мирко. 2007. *Корпоративно управљање: правни аспекти*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Vasiljević, Mirko. 2007. *Korporativno upravljanje: pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Два аутора

Т: Као што је указано (Daniels, Martin 1995, број стране),

Л: Daniels, Stephen, Joanne Martin. 1995. *Civil Injuries and the Politics of Reform*. Evanston, Ill.: Northwestern University Press.

Т: Као што је показано (Станковић, Орлић 2014, број стране),

Л: Станковић, Обрен, Миодраг Орлић. 2014. *Стварно право*. Београд: Номос. (Stanković, Obren, Miodrag Orlić. 2014. *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos.)

Три аутора

T: Као што су предложили Сесил, Линд и Бермант (Cecil, Lind, Bermant 1987, број стране),

L: Cecil, Joe S., E. Allan Lind, Gordon Bermant. 1987. *Jury Service in Lengthy Civil Trials*. Washington, D.C.: Federal Judicial Center.

Више од три аутора

T: Према истраживању које је спровео Тарнер са сарадницима (Turner *et al.* 2002, број стране),

L: Turner, Charles F., Susan M. Rogers, Heather G. Miller, William C. Miller, James N. Gribble, James R. Chromy, Peter A. Leone, Phillip C. Cooley, Thomas C. Quinn, Jonathan M. Zenilman. 2002. Untreated Gonococcal and Chlamydial Infection in a Probability Sample of Adults. *Journal of the American Medical Association* 287: 726–733.

T: Поједини аутори сматрају (Варади *et al.* 2012, број стране)...

L: Варади, Тибор, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић. 2012. *Међународно приватно право*. 14. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić. 2012. *Međunarodno privatno право*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Институција као аутор

T: (U.S. Department of Justice 1992, број стране)

L: U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. 1992. *Civil Justice Survey of State Courts*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.

T: (Завод за интелектуалну својину Републике Србије 2015, број стране)

L: Завод за интелектуалну својину Републике Србије. 2015. *95 година заштите интелектуалне својине у Србији*. Београд: Colorgraphx. (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2015. *95 godina zaštite intelektualne svojine u Srbiji*. Beograd: Colorgraphx.)

Дело без аутора

T: (*Journal of the Assembly* 1822, број стране)

L: *Journal of the Assembly of the State of New York at Their Forty-Fifth Session, Begun and Held at the Capitol, in the City of Albany, the First Day of January, 1822.* 1822. Albany: Cantine & Leake.

Цитирање више дела истог аутора

Клермонт и Ајзенберг сматрају (Clermont, Eisenberg 1992, број стране; 1998, број стране)...

Баста истиче (2001, број стране; 2003, број стране)...

Цитирање више дела истог аутора из исте године

T: (White 1991a, page)

L: White, James A. 1991a. Shareholder-Rights Movement Sways a Number of Big Companies. *Wall Street Journal*. April 4.

Истовремено цитирање више аутора и дела

(Grogger 1991, број стране; Witte 1980, број стране; Levitt 1997, број стране)

(Поповић 2017, број стране; Лабус 2014, број стране; Васиљевић 2013, број стране)

Поглавље у књизи

T: Холмс (Holmes 1988, број стране) тврди...

L: Holmes, Stephen. 1988. Precommitment and the Paradox of Democracy. 195–240. *Constitutionalism and Democracy*, ed. John Elster, Rune Slagstad. Cambridge: Cambridge University Press.

Поглавље у делу које је издато у више томова

T: Шварц и Сајкс (Schwartz, Sykes 1998, број стране) тврде супротно.

L: Schwartz, Warren F., Alan O. Sykes. 1998. Most-Favoured-Nation Obligations in International Trade. 660–664, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. II, ed. Peter Newman. London: MacMillan.

Књига са више издања

T: Користећи Гринов метод (Greene 1997), направили смо модел који...

Л: Greene, William H. 1997. *Econometric Analysis*. 3. ed. Upper Saddle River, N.J.: Prentice Hall.

T: (Поповић 2018, број стране),

Р: Поповић, Дејан. 2018. *Пореско право*. 16. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. 16. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Навођење броја издања није обавезно.

Поново издање – репринт

T: (Angell, Ames [1832] 1972, 24)

Л: Angell, Joseph Kinniaut, Samuel Ames. [1832] 1972. *A Treatise on the Law of Private Corporations Aggregate*. Reprint, New York: Arno Press.

Чланак

У списку литературе наводе се: презиме и име аутора, број и година објављивања свеске, назив чланка, назив часописа, година излажења часописа, странице. При навођењу иностраних часописа који не нумеришу свеске тај податак се изоставља.

T: Тај модел користио је Левин са сарадницима (Levine *et al.* 1999, број стране)

Л: Levine, Phillip B., Douglas Staiger, Thomas J. Kane, David J. Zimmerman. 1999. *Roe v. Wade and American Fertility*. *American Journal of Public Health* 89: 199–203.

T: На то је указао Васиљевић (2018, број стране)

Л: Васиљевић, Мирко. 2/2018. Арбитражни уговор и интеркомпанијскоправни спорови. *Анали Правног факултета у Београду* 66: 7–46. (Vasiljević, Mirko. 2/2018. Arbitražni ugovor i interkompanijskopравни sporovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 7–46.)

T: Орлић истиче утицај упоредног права на садржину Скице (Orlić 2010, 815–819).

Л: Orlić, Miodrag. 10/2010. Subjektivna deliktна odgovornost u srpskom pravu. *Pravni život* 59: 809–840.

Цитирање целог броја часописа

Т: Томе је посвећена једна свеска часописа *Texas Law Review* (1994).

Л: *Texas Law Review*. 1993–1994. *Symposium: Law of Bad Faith in Contracts and Insurance*, special edition 72: 1203–1702.

Т: Осигурање од грађанске одговорности подробно је анализирано у часопису *Анали Правног факултета у Београду* (1982).

Л: *Анали Правног факултета у Београду*. 6/1982. *Саветовање: Нека актуелна питања осигурања од грађанске одговорности*, 30: 939–1288. (*Анали Правног факултета у Београду*. 6/1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288.)

Коментари

Т: Смит (Smith 1983, број стране) тврди...

Л: Smith, John. 1983. Article 175. Unjust Enrichment. 195–240. *Commentary to the Law on Obligations*, ed. Jane Foster. Cambridge: Cambridge University Press.

Т: Према Шмаленбаху (Schmalenbach 2018, број стране), јасно је да...

Л: Schmalenbach, Kirsten. 2018. Article 2. Use of Terms. 29–55. *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, eds. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach. Berlin: Springer-Verlag GmbH Germany.

Т: Перовић (Perović 1980, број стране) тврди да...

Л: Perović, Slobodan. 1980. Član 45. Predugovor. 221–224. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović. Gornji Milanovac: Kulturni centar – Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

Чланак у часопису или дневним новинама без аутора

Т: објављено у *Политици* (2019)

Л: *Политика*. 2019. Србија снажно посвећена европском путу. Март 2019. (*Politika*. 2019. *Srbija snažno posvećena evropskom putu*. Mart 2019)

T: Као што је објављено у часопису *Newsweek* (2000)...

L: *Newsweek*. 2000. MP3.com Gets Ripped. 18 September.

Чланак у часопису или дневним новинама са аутором (ауторима)

T: У *Времену* је објављено (Švarn, Georgijev 2018) да...

L: Švarn, Filip, Slobodan Georgijev. 2018. Razgraničenje je model u skladu sa politikom etničkog čišćenja. *Vreme*. Avgust 2018.

T: (Mathews, DeBaise 2000)

L: Mathews, Anna Wilde, Colleen DeBaise. 2000. MP3.com Deal Ends Lawsuit on Copyrights. *Wall Street Journal*. 11 November.

Необјављени рукопис

T: (Аврамовић, Тодоровић 2017)

L: Аврамовић, Павле, Ненад Тодоровић. 2017. Стицање без основа у римском праву. Необјављен рукопис. Универзитет у Нишу, Правни факултет, август. (Avramović, Pavle, Nenad Todorović. 2017. Sticanje bez основа u rimskom pravu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, avgust.)

T: (Daughety, Reinganum 2002)

L: Daughety, Andrew F, Jennifer F. Reinganum. 2002. Exploiting Future Settlements: A Signaling Model of Most-Favored-Nation Clauses in Settlement Bargaining. Unpublished manuscript. Vanderbilt University, Department of Economics, August.

Радни документ

T: (Стојановић, Савић 2017)

L: Стојановић, Огњен, Мартин Савић. 2017. Правна природа уговора о кредиту. Радни документ. Институт за право и финансије, Београд. (Stojanović, Ognjen, Martin Savić. 2017. Pravna priroda ugovora o kreditu. Radni dokument. Institut za pravo i finansije, Beograd.)

T: (Eisenberg, Wells 2002)

Л: Eisenberg, Theodore, Martin T. Wells. 2002. Trial Outcomes and Demographics: Is There a Bronx Effect? Working paper. Cornell University Law School, Ithaca, NY.

Нумерисани радни документ

Т: (Томић, Павловић 2018)

Л: Томић, Јанко, Саша Павловић. 2018. Упоредноправна анализа прописа у области радног права. Радни документ бр. 7676. Институт за упоредно право, Београд. (Томић, Јанко, Сања Павловић. 2018. Uporodnopravna analiza propisa u oblasti radnog prava. Radni dokument br. 7676. Institut za uporedno pravo, Beograd.)

Т: (Glaeser, Sacerdote 2000)

Л: Glaeser, Edward L., Bruce Sacerdote. 2000. The Determinants of Punishment: Deterrence, Incapacitation and Vengeance. Working Paper No. 7676. National Bureau of Economic Research, Cambridge, Mass.

Лична кореспонденција/комуникација

Т: Као што тврди Дамњановић (2017),

Л: Дамњановић, Вићентије. 2017. Писмо аутору, 15. јануар. (Damjanović, Vićentije. 2017. Pismo autoru, 15. januar.)

Т: (Welch 1998)

Л: Welch, Thomas. 1998. Letter to author, 15 January.

Стабилни интернет протокол (URL)

Т: Према Заводу за интелектуалну својину Републике Србије (2018),

Л: Завод за интелектуалну својину Републике Србије. 2018. Годишњи извештај о раду за 2017. годину. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html>, последњи приступ 28. марта 2018. (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2018. Godišnji izveštaj o radu za 2017. godinu. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html>, poslednji pristup 28. marta 2018.)

Т: According to the Intellectual Property Office (2018)
Л: R.S. Intellectual Property Office. 2018. Annual Report for 2017. <http://www.zis.gov.rs/about-us/annual-report.106.html>, last visited 28 February, 2019.

У штампи

T: (Богдановић 2019, број стране)

Л: Богдановић, Лука. 2019. Економске последице уговарања клаузуле најповлашћеније нације у билатералним инвестиционим споразумима. *Номос*, том 11, у штампи. (Bogdanović, Luka. 2019. Ekonomске posledice ugovaranja klauzule najpovlašćenije nacije u bilateralnim investicionim sporazumima. *Nomos*, том 11, у štampi.)

T: (Spier 2003, број стране)

Л: Spier, Kathryn E. 2003. The Use of Most-Favored-Nations Clauses in Settlement of Litigation. *RAND Journal of Economics*, vol. 34, in press.

Прихваћено за објављивање

T: У једном истраживању (Petrović, прихваћено за објављивање) посебно се истиче значај права мањинских акционара за функционисање акционарског друштва.

Л: Petrović, Marko. Prihvaćeno za objavljivanje. Prava manjinskih akcionara u kontekstu funkcionisanja skupštine akcionarskog društva. *Pravni život*.

T: Једна студија (Joyce, прихваћено за објављивање) односи се на Колумбијски дистрикт.

Л: Joyce, Ted. Forthcoming. Did Legalized Abortion Lower Crime? *Journal of Human Resources*.

Судска пракса

Ф(услуге): Врховни суд Србије, Рев. 1354/06, 6. 9. 2006, Paragraf Lex; Врховни суд Србије, Рев. 2331/96, 3. 7. 1996, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 4/96, 27; CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, пара. 16; Opinion of AG Mengozzi to CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, пара. 16.

T: За референце у тексту користити скраћенице (BCC Рев. 1354/06; CJEU C-20/12, или Giersch and Others; Opinion of AG Mengozzi) конзистентно у целом чланку.

Л: Не треба наводити судску праксу у списку коришћене литературе.

Закони и други прописи

Ф: Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014, чл. 2, ст. 1, тач. 3; Regulation (EU) No. 1052/2013 establishing the European Border Surveillance System (Eurosur), OJ L 295 of 6/11/2013, Art. 2 (3); Directive 2013/32/EU on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), OJ L 180 of 29/6/2013, 60, Art. 6 (3).

Т: За референце у тексту користити скраћенице (ЗКП или ЗКП РС; Regulation No. 1052/2013; Directive 2013/32) конзистентно у целом чланку.

Л: Не треба наводити прописе у списку коришћене литературе.

4. ПРИЛОЗИ, ТАБЕЛЕ И СЛИКЕ

Фусноте у прилозима нумеришу се без прекида као наставак на оне у остатку текста.

Нумерација једначина, табела и слика у прилозима почиње са 1 (једначина А1, табела А1, слика А1 итд., за прилог А; једначина Б1, табела Б1, слика Б1 итд., за прилог Б).

На страни може бити само једна табела. Табела може заузимати више од једне стране.

Табеле имају кратке наслове. Додатна објашњења се наводе у напоменама на дну табеле.

Треба идентификовати све количине, јединице мере и скраћенице за све уносе у табели.

Извори се наводе у целини на дну табеле, без унакрсних референци на фусноте или изворе на другим местима у чланку.

Слике се прилажу у фајловима одвојено од текста и треба да буду јасно обележене.

Не треба користити сенчење или боју на графичким приказима. Ако је потребно визуелно истаћи поједине разлике, молимо вас да користите шрафирање и унакрсно шрафирање или друго средство означавања.

Не треба користити оквир за текст испод или око слике.

Молимо вас да користите фонт Times New Roman ако постоји било какво слово или текст на слици. Величина фонта мора бити најмање 7.

Графици не садрже било какву боју.

Наслови слика су наведени и на засебној страници са двоструким проредом под називом – Легенда коришћених слика.

Слике не могу бити веће од 10 cm x 18 cm. Да би се избегло да слика буде значајно смањена, објашњења појединих делова слике треба да буду постављена у оквиру слике или испод ње.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = The Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Belgrade law review / главни и одговорни уредник Марија Караникић Мирић. – [Српско изд.]. – Год. 1, бр. 1 (1953)–. – Београд : Правни факултет Универзитета у Београду, 1953– (Београд : Бирограф). – 24 cm

Тромесечно. – Преузео је: Annals of the Faculty of Law in Belgrade.
– Друго издање на другом медијуму: Анали Правног факултета у Београду (Online) = ISSN 2406-2693.

ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду

COBISS.SR-ID 6016514

Факултетски научни часопис *Анали Правног факултета у Београду* излази од 1953. године (ISSN: 0003-2565) као потомак часописа *Архив за правне и друштвене науке* који је излазио од 1906. године.

Главни уредници *Архива за правне и друштвене науке* били су: Коста Кумануди и Драгољуб Аранђеловић (1906–1911), Коста Кумануди (1911–1912), Чедомиљ Митровић (1920–1933), Михаило Илић (1933–1940), Ђорђе Тасић (1940–1941) и Јован Ђорђевић (1945).

Главни уредници *Анала Правног факултета у Београду* били су: Михајло Константиновић (1953–1960), Милан Бартош (1960–1966), Војислав Бакић (1966–1978), Војислав Симовић (1978–1982), Обрен Станковић (1982–1985), Дејан Поповић (1996), Миодраг Орлић (1997–2004), Данило Баста (2004–2006), Сима Аврамовић (2006–2012), Мирољуб Лабус (2013–2015) и Мирко Васиљевић (2016–2018).

У часопису се објављују научни чланци, критичке анализе, коментари судских одлука, прилози из међународног научног живота и прикази књига. Часопис излази и у електронском облику (eISSN: 2406-2693).

Радови објављени у часопису подлежу анонимној рецензији двоје рецензената, које одређује редакција.

Ставови изражени у часопису представљају мишљење аутора и не одражавају нужно гледишта редакције. За те ставове редакција не одговара.

Часопис излази тромесечно.

ISSN 0003-2565



БУЛЕВАР КРАЉА АЛЕКСАНДРА 67
11000 БЕОГРАД
СРБИЈА
analif@jus.bg.ac.rs
anal.rs