

Институт за упоредно право
Православна Митрополија Црногорско-приморска

САВРЕМЕНО ДРЖАВНО-ЦРКВЕНО ПРАВО

– упоредноправни изазови
и националне перспективе –



Православна Митрополија
Црногорско-Приморска

Београд - Будва
2023.

**САВРЕМЕНО ДРЖАВНО– ЦРКВЕНО ПРАВО
CONTEMPORARY STATE–CHURCH LAW**

Издавачи /Publishers

Институт за упоредно право
Православна Митрополија црногорско–приморска

Уредници / Editors

Проф. др Владимир Ђурић
Проф. др Далибор Ђукић

Помоћник уредника / Assistant Editor

Василије Марковић

Уређивачки одбор /Editorial board

Gerhard Robbers, Emeritus Professor (СР Немачка) – Silvio Ferrari,
Emeritus Professor (Италија) – Emőd Veress, Full professor (Мађарска)
– Aleksandra Syryt, Associate Professor (Пољска) – др Милош Станић,
виши научни сарадник (Србија) – George Androutsopoulos, Associate
Professor (Грчка) – др Владимир Лепосавић (Црна Гора) – Kateřina
Frumarová, Associate Professor (Чешка Република) – Vojtech Vladár,
Assistant Professor (Словачка) – доц. др Бојан Влашки (БиХ)

Прелом и припрема/ Print breaking

„Догма“, Београд

Лектура/ Proof reading

Биљана Петровић
Мирјана Марић

Тираж/Circulation

250

Штампа/ Print

ЈП „Службени гласник“, Београд

ISBN 978-86-82582-04-5

DOI 10.56461/ZR_23. SDCP.

⋈ ✘ ⋈

ОВА КЊИГА СЕ ШТАМПА
СА БЛАГОСЛОВОМ
МИТРОПОЛИТА ЦРНОГОРСКО-ПРИМОРСКОГ,
И ЕГЗАРХА СВЕТОГ ТРОНА ПЕЋКОГ
ГОСПОДИНА ЈОАНИКИЈА

⋈ ✘ ⋈

САДРЖАЈ / CONTENTS

Владимир Ђурић, Далибор Ђукић	
РЕЧ НА ПОЧЕТКУ	20
FOREWORD	21

I

ТЕОРИЈА ПРАВА, ЈАВНО ПРАВО, АУТОНОМНО ЦРКВЕНО ПРАВО

Silvio Ferrari	
FREEDOM OF RELIGION IN AN ENFEEBLED EUROPE. IS IT POSSIBLE TO TURN DECLINE INTO OPPORTUNITY?	31
СЛОБОДА ВЕРОИСПОВЕСТИ У ОСЛАБЉЕНОЈ ЕВРОПИ: ДА ЛИ ЈЕ МОГУЋЕ ОПАДАЊЕ ПРЕТВОРИТИ У МОГУЋНОСТ?	39
Vladimir Đurić	
CHURCHES AND RELIGIOUS COMMUNITIES AS LEGAL ENTITIES OF PUBLIC LAW.....	41
ЦРКВЕ И ВЕРСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ КАО ПРАВНА ЛИЦА ЈАВНОГ ПРАВА.....	69
Vasilije Marković	
CONCEPTUAL COMPARISON OF „POLITICAL QUESTION“ AND „RELIGIOUS QUESTION“ DOCTRINES -AUTONOMY OF CHURCHES AND RELIGIOUS COMMUNITIES AND THE SCOPE OF JUDICIAL REVIEW	73
ПОЛМОВНО ПОРЕЂЕЊЕ ДОКТРИНЕ „ПОЛИТИЧКОГ ПИТАЊА“ И ДОКТРИНЕ „РЕЛИГИЈСКОГ ПИТАЊА“ – АУТОНОМИЈА ЦРКАВА И ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА И ОПСЕГ СУДСКЕ КОНТРОЛЕ.....	107
Милош Станић, Мирослав Ђорђевић	
ДРЖАВНИ СИМБОЛИ И СЕКУЛАРНОСТ ДРЖАВЕ У ОКВИРУ ЕВРОПСКИХ ДРЖАВА.....	113

STATE SYMBOLS AND SECULARITY OF THE STATE WITHIN THE FRAMEWORK OF EUROPEAN COUNTRIES	129
Невенко Врањеш, Бојан Влашки, Марко Ромић УЛОГА ОРГАНА ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У ОСТВАРИВАЊУ СЛОБОДЕ ВЈЕРОИСПОВИЈЕСТИ... 135 ROLE OF STATE ADMINISTRATION BODIES IN EXERCISING FREEDOM OF RELIGION	159
Giuseppina Scala THE CASES OF LUND AND TURIN AS POST-SECULAR CITIES	167
СЛУЧАЈЕВИ ЛУНДА И ТОРИНА КАО ПОСТ- СЕКУЛАРНИХ ГРАДОВА	176
Маја Настић ЗАШТИТА СЛОБОДЕ ВЕРОИСПОВЕСТИ У ПОСТУПКУ ПРЕД УСТАВНИМ СУДОМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	181
PROTECTION OF FREEDOM OF RELIGION IN PROCEEDINGS BEFORE THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA	196
Бојан Урдаревић, Јована Мисаиловић ПРАВО НА СИНДИКАЛНО УДРУЖИВАЊЕ СВЕШТЕНИКА У СВЕТЛУ ОДЛУКЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА „ПАСТИР ДОБРИ“ ПРОТИВ РУМУНИЈЕ	199
THE RIGHT OF PRIESTS TO FORM TRADE UNION IN THE LIGHT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW - CASE OF SINDICATUL “PĂSTORUL CEL BUN” V. ROMANIA	221
Зоран Деврња УСТАВНОСТ ЦРКВЕ – БОГОСЛОВСКА ПЕРСПЕКТИВА	227
CONSTITUTIONALITY OF THE CHURCH- THE THEOLOGICAL PERSPECTIVE	244

Дарко Р. Ђого	
ИМПЕРИЈА, НАРОД, НАЦИЈА – ДА ЛИ СУ ОДРЕДБЕ ЦРКВЕНОГ ПРАВА ПРИМЕЊИВЕ У СВАКОЈ ПОЛИТИЧКОЈ ЗАЈЕДНИЦИ?	247
EMPIRE, PEOPLE, NATION – ARE THE PROVISIONS OF CHURCH LAW APPLICABLE IN EVERY POLITICAL COMMUNITY?	261
Велибор Џомић	
ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СРПСКЕ ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ У СЈЕДИЊЕНИМ АМЕРИЧКИМ ДРЖАВАМА У XX И XXI ВЕКУ	263
LEGAL STATUS OF THE SERBIAN ORTHODOX CHURCH IN THE UNITED STATES OF AMERICA IN THE 20TH AND 21ST CENTURY	285
Владан Станковић, Зоран Милосављевић	
SOCIAL, POLITICAL AND LEGAL STATUS OF THE METROPOLITANATE OF MONTENEGRO AND THE LITTORAL OF THE SERBIAN ORTHODOX CHURCH.....	291
ДРУШТВЕНИ, ПОЛИТИЧКИ И ПРАВНИ СТАТУС МИТРОПОЛИЈЕ ЦРНОГОРСКО-ПРИМОРСКЕ СПЦ...	307
Матија Стојановић	
A TEMPLE OR A TOMB? CHAPEL CONTROVERSY BEFORE THE CONSTITUTIONAL COURT OF MONTENEGRO.....	311
ХРАМ ИЛИ ГРОБНИЦА? КАПЕЛСКА АФЕРА ПРЕД УСТАВНИМ СУДОМ ЦРНЕ ГОРЕ	335

II

УПОРЕДНО ПРАВО

Gerhard Robbers	
COOPERATION BETWEEN CHURCH AND STATE. GERMAN AND EUROPEAN PERSPECTIVES	341
САРАДЊА ЦРКВЕ И ДРЖАВЕ. НЕМАЧКА И ЕВРОПСКА ПЕРСПЕКТИВА	353

Elizabeth Clark	
LEGAL ENTITY STATE OF RELIGIOUS ORGANIZATION IN THE UNITED STATES.....	355
ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ВЕРСКИХ ОРГАНИЗАЦИЈА У СЈЕДИЊЕНИМ АМЕРИЧКИМ ДРЖАВАМА	371
George Androutsopoulos	
ORTHODOX CHURCH AND STATE RELATIONS UNDER THE GREEK CONSTITUTION OF 1975	377
ОДНОСИ ДРЖАВЕ И ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ ПРЕМА УСТАВУ ГРЧКЕ ИЗ 1975. ГОДИНЕ.....	389
Aleksandra Syryt	
LEGAL BASIS FOR THE FORMATION OF RELATIONS BETWEEN THE STATE AND CHURCHES AND OTHER RELIGIOUS ORGANISATIONS IN POLAND	393
ПРАВНИ ОСНОВИ УРЕЂИВАЊА ОДНОСА ИЗМЕЂУ ДРЖАВЕ И ЦРКАВА И ДРУГИХ ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА У ПОЉСКОЈ	411
Jarosław Matwiejuk	
INDIVIDUAL LAWS AS A FORM OF REGULATION OF THE RELATIONS OF THE STATE WITH CHURCHES AND OTHER RELIGIOUS ASSOCIATIONS IN POLAND.....	415
ПОЈЕДИНАЧНИ ЗАКОНИ КАО ОБЛИК УРЕЂИВАЊА ОДНОСА ДРЖАВЕ ПРЕМА ЦРКВАМА И ДРУГИМ ВЕРСКИМ ЗАЈЕДНИЦАМА У ПОЉСКОЈ.....	424
Kateřina Frumarová	
CHURCHES AND RELIGIOUS SOCIETIES IN THE CZECH REPUBLIC – PRIVATE OR PUBLIC INSTITUTIONS?	427
ЦРКВЕ И ВЕРСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ У ЧЕШКОЈ – ПРИВАТНЕ ИЛИ ЈАВНЕ ИНСТИТУЦИЈЕ?	441

Vojtech Vladár	
THE SYSTEM OF SOURCES OF STATE RELIGIOUS LAW IN THE SLOVAK REPUBLIC.....	443
СИСТЕМ ИЗВОРА ДРЖАВНО-ЦРКВЕНОГ ПРАВА У СЛОВАЧКОЈ	461
Lidia Rieder	
STATE INTERFERENCE WITH THE MINORITY RELIGIOUS GROUPS ON THE EXAMPLE OF CHRISTIANS IN TÜRKIYE.....	465
МЕШАЊЕ ДРЖАВЕ У МАЊИНСКЕ ВЕРСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ НА ПРИМЕРУ ХРИШЋАНА У ТУРСКОЈ	479
Александар Васиљевић	
ДРЖАВНО-ПРАВНИ ИЗВОРИ ВЕРСКОГ ГРАДИТЕЉСТВА	485
STATE-LEGAL SOURCES OF RELIGIOUS BUILDING	499
Далибор Ђукић	
STATE AND RELIGION IN POST-YUGOSLAV STATES: IS THERE A POST-YUGOSLAV MODEL OF RELIGION-STATE RELATIONSHIP?.....	503
ДРЖАВА И РЕЛИГИЈА У ПОСТЈУГОСЛОВЕНСКИМ ДРЖАВАМА – ПОСТОЈИ ЛИ ПОСТЈУГОСЛОВЕНСКИ МОДЕЛ ДРЖАВНО-ЦРКВЕНИХ ОДНОСА?.....	521
Миодраг Радојевић	
УСТАВНО ОБЛИКОВАЊЕ ОДНОСА ЦРКВЕ И ДРЖАВЕ У СРБИЈИ.....	527
CONSTITUTIONAL MOLDING OF RELATIONS BETWEEN CHURCHES AND STATE IN SERBIA.....	557
Emőd Veress, Attila Dudás	
RESTITUTION OF ECCLESIASTICAL PROPERTY IN HUNGARY, ROMANIA AND SERBIA – A COMPARATIVE SURVEY	565

РЕСТИТУЦИЈА ЦРКВЕНЕ ИМОВИНЕ У МАЂАРСКОЈ, РУМУНИЈИ И СРБИЈИ – УПОРЕДНИ ПРЕГЛЕД	582
---	-----

III

ИСТОРИЈСКЕ ОСНОВЕ

Iole Fagnoli	
LA LEGISLAZIONE RELIGIOSA DI TEODOSIO I - TRA UNITÀ E PLURALISMO	587
ВЕРСКО ЗАКОНОДАВСТВО ТЕОДОСИЈА I – ИЗМЕЂУ ЈЕДИНСТВА И ПЛУРАЛИЗМА	602
Mariateresa Carbone	
SULLA COSTRUZIONE DEL TITOLO TEODOSIANO DE FIDE CATHOLICA	605
О ФОРМИРАЊУ ПОГЛАВЉА DE FIDE CATHOLICA У ТЕОДОСИЈЕВОМ КОДЕКСУ	625
Antonio Saccoccio	
L'ELABORAZIONE DEL CONCETTO DI <i>IUS NATURALE</i> DA PARTE DEI GIURISTI ROMANI TRA POTERE PUBBLICO E CHIESA NEI PRIMI SECOLI DELL'IMPERO	631
РАЗВОЈ КОНЦЕПТА <i>IUS NATURALE</i> ОД СТРАНЕ РИМСКИХ ПРАВНИКА – ИЗМЕЂУ ЈАВНИХ ВЛАСТИ И ЦРКВЕ У ПРВИМ ВЕКОВИМА ЦАРСТВА	652
Ђорђе Степић	
ДРЖАВНО - ЦРКВЕНО ПРАВО У ЗАКОНОПРАВИЛУ СВЕТОГА САВЕ КРОЗ ПРИЗМУ ЦРКВЕНОИМОВИНСКОГ ПРАВА	657
CHURCH STATE LAW IN THE ZAKONOPRAVILO OF SAINT SAVA THROUGH THE PRISM OF CHURCH PROPERTY LAW	676
Александар Ђорђевић	
ЦРКВЕНО – ГРАЂАНСКИ КАРАКТЕР ДУШАНОВОГ ЗАКОНОДАВСТВА	681

THE ECCLESIASTICAL-CIVIC CHARACTER OF DUŠAN'S LEGISLATION	695
--	-----

Alarico Barbagli

NOTE SULLA REGIA GIUNTA DI GIURISDIZIONE DEI DUCATI DI PARMA, PIACENZA E GUASTALLA ALLA FINE DELL'ANTICO REGIME. UN SUPREMO DICASTERO PER I RAPPORTI TRA LO STATO E LA CHIESA.....	699
---	-----

БЕЛЕШКЕ О КРАЉЕВСКОМ ЈУРИСДИКЦИЈСКОМ ОДБОРУ ВОЈВОДСТАВА ПАРМЕ, ПЈАЋЕНЦЕ И ГВАСТАЛЕ С КРАЈА АНТИЧКОГ РЕЖИМА–ВРХОВНИ ФОРУМ ЗА ОДНОСЕ ДРЖАВЕ И ЦРКВЕ	711
---	-----

Самир Аличић

О ОДНОСУ ЦРКВЕ И ЦАРСТВА У СРПСКОЈ ТРАДИЦИЈИ У СВЕТЛУ РИМСКОГ ПРАВА	715
--	-----

ON THE RELATIONS BETWEEN CHURCH AND EMPIRE IN THE SERBIAN FOLK TRADITION IN THE LIGHT OF THE ROMAN LAW	725
---	-----

Душан Илић

ПРЕДСТАВЉАЊЕ ЦРКАВА И ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА У КОНТЕКСТУ РАСПРАВА О СТРУКТУРИ ПАРЛАМЕНТА – СРПСКА И ЕВРОПСКА ИСКУСТВА.....	729
--	-----

REPRESENTATION OF CHURCHES AND RELIGIOUS COMMUNITIES IN THE CONTEXT OF THE DEBATE ON THE STRUCTURE OF THE PARLIAMENT - SERBIAN AND EUROPEAN EXPERIENCES.....	738
--	-----

IV

МЕЂУНАРОДНО ПРАВО, ПРАВО ЕУ, ДИГИТАЛНЕ ТЕХНОЛОГИЈЕ

Милица Матијевић, Ана Здравковић	
SOME REFLECTIONS ON THE NON-DEROGABLE CHARACTER OF FREEDOM OF THOUGHT, CONSCIOUS AND RELIGION AND THE CONCEPT OF ABSOLUTE HUMAN RIGHTS	743
НЕКОЛИКО ЦРТИЦА О НЕДЕРОГАТИВНОМ КАРАКТЕРУ СЛОБОДЕ МИСЛИ, САВЕСТИ И ВЕРОИСПОВЕСТИ И КОНЦЕПТУ АПСОЛУТНИХ ЉУДСКИХ ПРАВА	764
Илија Јованов, Сара Јованов	
THE FREEDOM OF RELIGIOUS EXPRESSION AND JUDICIAL PRACTICE OF SUPRANATIONAL COURTS IN EUROPE	771
СЛОБОДА ИЗРАЖАВАЊА ВЕРЕ И ПРАКСА ЕВРОПСКИХ НАДНАЦИОНАЛНИХ СУДОВА	787
Ана Кнежевић Бојовић, Весна Ћорић	
FREEDOM OF RELIGION AND BELIEF IN INTERNAL AND EXTERNAL EUROPEAN UNION POLICIES	793
СЛОБОДА ВЕРОИСПОВЕСТИ ИЛИ УВЕРЕЊА У УНУТРАШЊИМ И СПОЉНИМ ПОЛИТИКАМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ	820
Милутин Трнавац	
THE DEVELOPMENT OF PRIMARY LAW REGARDING THE RELATION BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND CHURCHES AND RELIGIOUS COMMUNITIES.....	829
РАЗВОЈ ПРИМАРНОГ ПРАВА У ПОГЛЕДУ ОДНОСА ИЗМЕЂУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И ЦРКАВА И ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА	846
Миша Ђурковић	
ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЉУДСКА ПРАВА И СУЗБИЈАЊЕ ПРАВА ВЕРУЈУЋИХ.....	849
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND UNDERMINING RELIGIOUS RIGHTS AND FREEDOMS.....	862

Остоја Калаба	
ОБРАДА ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ ОД СТРАНЕ ЦРКАВА И ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА У ПРАВУ И ПРАКСИ ЕУ И РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	867
PROCESSING OF PERSONAL DATA BY THE CHURCHES AND RELIGIOUS COMMUNITIES IN THE LAW AND PRACTICE OF THE EU AND THE REPUBLIC OF SERBIA.....	892
Драгутин Аврамовић	
ДИГИТАЛНА РЕЛИГИЈА - ПРАВНИ ИЗАЗОВИ УБРЗАНОГ ПРЕЛАСКА ИЗ „ОФЛАЈН“ У „ОНЛАЈН“ ОКРУЖЕЊЕ.....	897
DIGITAL RELIGION – LEGAL CHALLENGES OF RAPID SHIFT FROM OFFLINE TO ONLINE ENVIRONMENT	911
Јелена Ђеранић Перишић, Александра Вишекруна	
ЦРКВА, ДИГИТАЛНЕ ТЕХНОЛОГИЈЕ И МЕТАВЕРЗУМ – ПЛЕДОАЈЕ ЗА НЕОПХОДНОСТ И НАЧИН ПРАВНОГ РЕГУЛИСАЊА	917
THE CHURCH, DIGITAL TECHNOLOGIES AND THE METAVERSE – PLEAS FOR THE NECESSITY AND MODE OF LEGAL REGULATION	937
Sanjeev P. Sahni	
A BEHAVIORAL SCIENCE PERSPECTIVE OVER THE GROWING RELIGIOUS INTOLERANCE IN CYBER SPACE.....	941
РАСТУЋА ВЕРСКА НЕТОЛЕРАНЦИЈА У САЈБЕР ПРОСТОРУ – ПЕРСПЕКТИВА БИХЕВИОРИСТИЧКЕ НАУКЕ	956
Monica Sahni	
AWARENESS OF CYBER SPACE: REDUCING COMMUNAL AND RELIGIOUS INTOLERANCE ON SOCIAL MEDIA.....	959

СВЕСТ О САЈБЕР ПРОСТОРУ: СМАЊЕЊЕ ДРУШТВЕНЕ И ВЕРСКЕ НЕТОЛЕРАНЦИЈЕ НА ДРУШТВЕНИМ МРЕЖАМА	972
---	-----

V

КРИВИЧНО ПРАВО

Анђела Ристић

СУШТИНА И СВРХА КАЗНИ – ИМАЈУ ЛИ КРИВИЧНО И ЦРКВЕНО ПРАВО НЕШТО ЗАЈЕДНИЧКО?	977
THE ESSENCE AND THE PURPOSE OF PUNISHMENTS - DO CRIMINAL AND CHURCH LAW HAVE ANYTHING IN COMMON?	1003

Ивана Марковић

ПОГЛЕД НА КЛАСИЧНО ИСЛАМСКО КРИВИЧНО ПРАВО, СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА HUDUD КРИВИЧНА ДЕЛА	1007
A LOOK AT THE CLASSIC ISLAMIC CRIMINAL LAW, WITH SPECIAL REGARD TO HUDUD CRIMES	1028

Pietro Lo Iacono

LA REPRESSIONE DELLA PEDOFILIA ECCLESIASTICA E IL DIVIETO DI BIS IN IDEM TRA CEDU, CONVENZIONE DI SCHENGEN E TRATTATO LATERANENSE	1033
САНКЦИОНИСАЊЕ ПЕДОФИЛИЈЕ У КАТОЛИЧКОЈ ЦРКВИ И ЗАБРАНА BIS IN IDEM У КОНТЕКСТУ ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ, ШЕНГЕНСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ И ЛАТЕРАНСКОГ УГОВОРА	1054

Вања Бајовић

ДОБРОБИТ ЖИВОТИЊА И ВЕРСКЕ СЛОБОДЕ – ПРОБЛЕМ РЕЛИГИЈСКОГ КЛАЊА	1061
ANIMAL WELFARE AND RELIGIOUS FREEDOMS- THE PROBLEM OF RELIGIOUS SLAUGHTER.....	1083

Милијана Буха	
ВЕРСКИ СЛУЖБЕНИК КАО СВЕДОК У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	1087
A RELIGIOUS OFFICIAL AS A WITNESS IN CRIMINAL PROCEEDINGS	1097

Гордана Николић	
ИСКЉУЧЕЊЕ ОД ДУЖНОСТИ СВЕДОЧЕЊА ВЕРСКИХ ИСПОВЕДНИКА.....	1101
EXCLUSION OF RELIGIOUS CONFESSORS FROM THE DUTY OF TESTIFYING	1116

VI

ПРИВАТНО ПРАВО

Владимир Чоловић	
СТАТУС ИМОВИНЕ ЦРКВЕНИХ ЗАДУЖБИНА	1123
STATUS OF PROPERTY OF CHURCH ENDOWMENTS	1141

Ивана Радомировић	
RES SACRAE –LEGAL STATUS AND LEGAL PROTECTION.....	1145
RES SACRAE –ПРАВНИ СТАТУС И ПРАВНА ЗАШТИТА	1162

Ива Тошић	
ОСИГУРАЊЕ ВЕРСКИХ ОБЈЕКТА – ИЗАЗОВИ И МОГУЋА РЕШЕЊА.....	1167
INSURANCE OF RELIGIOUS SITES – PROBLEMS IN PRACTICE AND POSSIBLE SOLUTIONS.....	1181

Мирјана Глинтић	
CHALLENGES IN REGULATING THE ORGANIZATION OF RELIGIOUS TRAVELS AS AN ECONOMIC ACTIVITY	1185
ИЗАЗОВИ У РЕГУЛИСАЊУ ОРГАНИЗОВАЊА РЕЛИГИЈСКИХ ПУТОВАЊА КАО ПРИВРЕДНЕ ДЕЛАТНОСТИ.....	1200

Стојана Петровић	
ВЕРСКИ СЛУЖБЕНИК КАО СВЕДОК У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ	1205
A RELIGIOUS OFFICIAL AS A WITNESS IN CIVIL PROCEEDINGS	1221
Моника Милошевић	
РЕЛИГИЈСКЕ ОСНОВЕ АЛТЕРНАТИВНОГ РЕШАВАЊА СПОРОВА	1225
RELIGIOUS BASIS OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION	1239
Олга Јовић Прлаиновић	
СЛОБОДА ВЕРОИСПОВЕСТИ ДЕТЕТА У КОНТЕКСТУ ПРАВА НА ОБРАЗОВАЊЕ.....	1243
CHILD'S FREEDOM OF RELIGION IN THE CONTEXT OF THE RIGHT TO EDUCATION	1256
Станка Стјепановић	
УТИЦАЈ ДРЖАВНО-ПРАВНОГ ПРИЗНАЊА ПРОМЈЕНЕ ПОЛА НА АУТОНОМНО ЦРКВЕНО ЗАКОНОДАВСТВО	1259
THE INFLUENCE OF STATE-LEGAL RECOGNITION OF GENDER CHANGE ON AUTONOMOUS CHURCH LEGISLATION.....	1273
Ана Човић, Оливер Николић	
THE INFLUENCE OF THE CRISIS OF RELIGION ON THE WEAKENING OF PATRIARCHAL FAMILY	1277
УТИЦАЈ КРИЗЕ РЕЛИГИЈЕ НА СЛАБЉЕЊЕ ПАТРИЈАРХАЛНЕ ПОРОДИЦЕ.....	1298

**САВРЕМЕНО
ДРЖАВНО-ЦРКВЕНО
ПРАВО**

**– упоредноправни изазови
и националне перспективе –**

РЕЧ НА ПОЧЕТКУ

Религија и право представљају, у више аспеката, међусобно повезане феномене. Оба феномена у својој суштини упућују на вредност, значај и сврха човека, било као индивидуе, било као члана заједнице. Историјски посматрано, многе правне институције које данас познајемо имају религијске корене или су биле дубоко инспирисане религијским вредностима. Исто тако, све религијске заједнице, а посебно оне које, језиком Европског суда за људска права у Стразбуру, „традиционално постоје у оквиру аутономних структура”, развијају своје, са научног становишта изразито интригантне, аутономне правне системе, који истовремено представљају и суптилан израз њиховог неутуђивог права на самоодређење. Повезаност религије и права, осим у историјској димензији, неизоставна је и у савремено доба из најмање два међусобно условљена разлога. Први је тенденција савремене државе да друштвене односе што је могуће детаљније, неретко и веома инвазивно, регулише нормама свог правног поретка, а други је у неспорној чињеници да и у савременом друштву нема животног сегмента, без обзира да ли се ради о појединцу или заједници, на који религија не утиче или не може да утиче на изврстан начин.

Управо у пресеку та два аспекта израста државно-црквено право као научна правна дисциплина чији је предмет посебно проучавање интеракције норми државноправног поретка и аутономног права црква и верских заједница. Ова правна дисциплина, на постјугословенском простору и даље у фази обнављања након деценија неоправданог занемаривања у социјалистичком окружењу, поседује драгоцен синтетички научни потенцијал, будући да се многа од истраживачких питања преплићу са другим правним дисциплинама, како из области јавног тако и из области приватног права.

Препознавши изузетан научни потенцијал, али и важну друштвену потребу научног приступа државно-црквеним односима, Институт за упоредно право из Београда, на челу са преминулим директором др Јованом Ћирићем, и Митрополија црногорско-приморска Српске православне цркве, на челу са блаженопочившим Митрополитом црногорско-приморским др Амфилохијем, започели су 2015. године организовање међународних научних скупова у Будви са пратећим зборницима радова из ове области. Први зборник радова

FOREWORD

Religion and Law are, in many aspects, mutually intersected phenomena. Both phenomena in their essence refer to the value, importance and purpose of a person, either as an individual or as a member of a community. Many legal institutions that we know today have, historically speaking, religious roots or were deeply inspired by certain religious values. Likewise, all religious communities, especially those that, in the terminology of the European Court of Human Rights in Strasbourg, “traditionally exist within autonomous structures”, develop their own, from a scientific point of view, extremely intriguing, autonomous legal systems, which, apart from the framework of their activities, also represent a subtle expressions of their inalienable right to self-determination. The intersection between religion and law, apart from the historical dimension, is also indispensable in these modern times, for at least two mutually preconditioned reasons. The first is the tendency of the modern state to regulate social relations in as much detail as possible, often in a very invasive manner, while the second reason lies in the indisputable fact that even in modern society there is no social segment, regardless of whether it is an individual or a community, where religion does not have influence or cannot potentially influence in a certain way.

The state - church law has been built on the foundation of those two aspects as a scientific legal discipline, which has as its subject the research of the interaction of the norms of the state legal order and the autonomous law of churches and religious communities. That legal discipline, in the post-Yugoslav space, being still in the phase of renewal after decades of unjustified neglectance in the socialist environment, has a valuable synthetic scientific potential, since many of the research questions can be found at the intersection with other legal disciplines, both from the field of public and private law.

By acknowledging the exceptional scientific potential as well as stressing the social need for a scientific approach to state-church relations, the Institute of Comparative Law from Belgrade, headed by the late director Jovan Ćirić, PhD and the Metropolitanate of the Montenegro and Litoral of the Serbian Orthodox Church, headed by His Eminence Metropolitan Amfilohije, PhD, has come up with the idea of organising international scientific meetings in Budva in 2015, accompanied by the collection of papers. The first collection of papers is entitled *Religion, Politics, Law* and represents, in

носи наслов *Религија, политика право* и по свом садржају представља најшири оквир изучавања различитих правних, али и ванправних аспеката односа државе и цркве. Настављајући успешно започету научну сарадњу, Митрополија црногорско-приморска и Институт за упоредно право, предвођени Митрополитом др Амфилохијем и проф. др Владимиром Чоловићем, директором Института, организовали су други међународни научни скуп 2019. године, са ког је изашао зборник радова под насловом *Државно-црквено право кроз вјекове*. Овај зборник радова био је вишеструко особен. Најпре, издат је у част значајног јубилеја – осам векова од аутокефалности Српске православне цркве. Ипак, не мање важно, међународни научни скуп 2019. године одржао се у предвечерје усвајања контроверзног црногорског закона о слободи вероисповести и правном положају верских заједница који је изазвао оштар вишемесечни општедруштвени отпор, кулминирајући демократском сменом власти, први пут у модерној историји Црне Горе. Намера тадашњег законодавца да се грубо наруши право на имовину, али и неспорни континуитет правног субјективитета Српске православне цркве у Црној Гори, суштински није била спојива са модерним европским приступом уређивању слободе вероисповести заснованом на плуралистичким и демократским вредностима. Зборник *Државно-црквено право кроз вјекове*, иако објављен свечаним поводом, представљао је у таквим условима својеврстан научни допринос конструктивном и на афирмацији слободе вероисповести и основних правних принципа заснованом разрешавању дубоке друштвене и правне кризе у Црној Гори.

Настављајући успешну сарадњу, Митрополит црногорско-приморски господин Јоаникије и директор Института за упоредно право, проф. др Владимир Чоловић, сагласили су се да се и 2023. године у Будви организује, сада већ традиционална, међународна научна конференција са зборником радова. Овај пут под називом *Савремено државно-црквено право*. Жеља уредника била је да се, након ширег оквира из 2015. године и омажа историјском аспекту државно-црквених односа из 2019. године, у зборнику радова пред вама примарни фокус, заузимањем различитих перспектива, упоредних и националних, помери ка савременим питањима која, због своје актуелности и дилема које покрећу, побуђују научну пажњу и чине је незаобилазном. Овај амбициозни али и подстичући циљ настоји да испуни 58 научних чланака који су за овај зборник радова приредили аутори из 13 земаља света, на српском, енглеском и италијанском језику. Уз неизоставни историјски осврт, аутори радова дотичу се питања остваривања и карактера слободе вероисповести у савременом, веома сложенем добу, као и

terms of its content, the broadest framework for the study of various legal and non-legal aspects of the relationship between the state and the Church. By continuing the successfully established scientific cooperation, the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral and the Institute of Comparative Law, led by Metropolitan Amfilohije and Prof. Vladimir Čolović, director of the Institute, organised the second international scientific conference in 2019, with a collection of papers entitled *State-Church Law Throughout the Centuries*. That collection of papers was unique in many ways. Firstly, it was issued in honour of a significant jubilee - eight centuries since the Serbian Orthodox Church obtained autocephal status. However, no less important, the international scientific conference in 2019 took place on the eve of the adoption of the controversial Montenegrin law on freedom of religion and the legal status of religious communities, which provoked several months of peaceful, but decisive mass social protests, a resistance that culminated in a democratic change of government on the elections, for the first time in modern Montenegrin history. The intention of the legislator at that time to grossly violate the right to property, as well as the indisputable continuity of the legal subjectivity of the Serbian Orthodox Church in Montenegro, was fundamentally incompatible with the modern European approach to regulating freedom of religion based on pluralistic and democratic values. The collection *State Church Law Throughout the Centuries*, although published on a festive occasion, represented in such conditions some kind of scientific contribution to the constructive and, based on the affirmation of freedom of religion and adherence to the basic legal principles, resolution of the deep social and legal crisis in Montenegro.

Continuing the successful cooperation, the Metropolitan of Montenegro and the Littoral, Joanikije and director Vladimir Čolović, agreed to organise the third, traditional international scientific conference in Budva in 2023, but this time under the title *Contemporary State-Church Law*. The editor's wish was that, after the broader framework from 2015 and paying homage to the historical aspect of state-church relations from 2019, the collection of papers, which you have before you, should shift its primary focus, through different perspectives, both comparative and national, to contemporary issues that since their actuality and the dilemmas they invoke, simply induce scientific attention and make it unresistable. Authors from 13 countries around the world, with 58 papers written in Serbian, English and Italian have tried to reach that ambitiously set, but deeply encouraging goal. With an indispensable historical insights, the articles before you touch on the issue of the exercising and character of freedom of religion in modern, very complex age, as well as the nature of the legal subjectivity of churches and religious communities. In this collection, the

природе правног субјективитета цркава и верских заједница. Аутори се у овом зборнику баве и питањима домаћаја примене аутономног црквеног права и начинима поступања редовних и уставних судова у случајевима са религијским елементима, и начелно и у конкретним савременим порецима. Посебну вредност овог зборника чине радови посвећени појединачним искуствима различитих држава у уређивању државно-црквених односа. Читаоци ће тако моћи да се упознају са особеностима односа државе и цркава и верских заједница у Сједињеним Америчким Државама, СР Немачкој, Чешкој Републици, Словачкој, Мађарској, Румунији, Шведској, Италији, Грчкој, Пољској, Турској, Србији и другим државама на простору бивше Југославије.

Савремено право од краја Другог светског рата посебно карактерише процес интернационализације људских права. Разуме се, слобода мисли, савести и вероисповести, као једно од најстаријих људских права, није изузета из тог процеса. У том смислу, аутори у више радова у овом зборнику разматрају одређена међународноправна питања од значаја за слободу вероисповести. Од теоријског разматрања сврставања слободе вероисповести у ред апсолутних људских права, преко, каткад и критички настројене, анализе праксе европских наднационалних судова у Стразбуру и Луксембургу, до разматрања регулативе Европске уније у областима које су у савременим условима све значајније за сагледавање правног положаја цркава и верских заједница, какво је, примера ради, питање обраде података о личности од стране цркава и верских заједница. Комплексни и научно изазовни спојеви аутономног црквеног и међународног права с кривичним правом (разматрање правила *ne bis in idem*) и с радним правом (разматрање права на синдикално удруживање свештеника) такође су нашли своје место у овом зборнику. Синтетички приступ државно-црквеном праву који Институт за упоредно право и Митрополија црногорско-приморска већ осам година брижљиво негују у својим издањима, потврђен је и у овом зборнику спектром радова из различитих приватноправних дисциплина (привредно право, стварно право, право осигурања, грађанско процесно право, породично право). Између осталог, аутори разматрају и за праксу веома важна питања попут правних аспеката организовања ходочансичких путовања, правног статуса светих ствари (*res sacrae*), положаја верских службеника у грађанским поступцима, као и права детета на слободу вероисповести у контексту права на образовање.

И док се еволуција људских права све више одвија под утицајем процеса интернационализације, дотле се читава савремена

authors also deal with the issues of the scope of application of autonomous church law, as well as the manner in which ordinary and constitutional courts behave in sensitive cases with religious elements, both in principle and in specific contemporary legal orders. The special value of this collection consists of articles dedicated to the specific experiences of different countries in regulating state-church relations. Thus, readers will be able to familiarise themselves with the peculiarities of the relationship between the state and churches and religious communities in the United States of America, FR Germany, the Czech Republic, Slovakia, Hungary, Romania, Sweden, Italy, Greece, Poland, Turkey, Serbia, as well as in other former Yugoslav countries.

Contemporary legal system, since the end of the Second World War, is particularly characterised by the process of human rights internationalisation. Of course, freedom of thought, conscience and religion, as one of the oldest human rights, is not an exemption from that process. In this sense, the authors in several articles in this collection, discuss certain international legal issues of significant importance for freedom of religion. From the theoretical consideration of postulating freedom of religion as an absolute human right, through, sometimes critical examination of the practice of the European supranational courts in Strasbourg and Luxembourg, to the consideration of the European Union regulations in areas that are of increasing importance in contemporary conditions for considering the legal position of churches and religious community, such as, for example, the issue of personal data processing, done by churches and religious communities. Complex and scientifically challenging mixture of autonomous church law and international law with criminal law (consideration of *the ne bis in idem rule*) and with labour law (consideration of the right of priests to form trade unions) have also found their place in this collection of articles. The above-mentioned synthetic approach to state-church law, which the Institute of Comparative Law and the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral have been carefully nurturing in their publications for 8 years, is confirmed in this edition as well, through a diverse spectrum of articles from different private law disciplines (Commercial Law, Real Law, Insurance Law, Civil Procedural Law, Family Law). Among other things, the authors of the articles, contained in this collection, consider very important and above all, practical issues, such as the legal aspects of organising pilgrimage trips, the legal status of sacred things (*res sacrae*), the position of religious officials in civil proceedings, as well as the child's right to freedom of religion in the context of the right to education.

And while the evolution of human rights is increasingly taking place under the influence of the process of internationalisation, entire

друштва, па тиме правни пореци, али и начини испољавања слободе вероисповести, све више мењају под утицајем дигитализације. Препознајући из угла слободе вероисповести и положаја црква и верских заједница одређене контроверзе, али у исто време и перспективе оваквог савременог преласка из офлајн у онлајн окружење, наши аутори разрађују питања остваривања слободе вероисповести у окружењу метаверзума, али и упозоравају на проблеме растуће верске нетолеранције у сајбер простору.

Међу корицама ове књиге сабрани су покушаји да се понуде научни, правни одговори на нека од најкомплекснијих питања која данас представљају изазов у хармоничном одвијању односа између државе и цркве, а на ползу како сваке демократски оријентисане државне власти, тако и црква и верских заједница које, попут Митрополије црногорско-приморске Српске православне цркве, осведочено настоје да дају допринос изградњи истински плуралистичког друштва. Уредници изражавају искрену наду да ће овај зборник представљати вредан допринос даљој научној изградњи државно-црквеног права на постјугословенском простору, али и да ће бити извор инспирације за будуће уређивање односа између државе и црква и верских заједница, засновано на свести о значајним повезницама које представљају основ за њихову кооперацију. На тај начин, већ осведочена међусобна испреплетаност права и религије може добити још једну нову димензију – од афирмације права на слободу вероисповести до оживљавања и оснаживања вере у право!

Зборник који је пред вама објављен је с благословом Његовог Високопреосвештенства Митрополита црногорско-приморског господина Јоаникија. Уз све залагање аутора и уредника, Зборник не би угледао светлост дана да у његовој припреми свој допринос нису дали лектори Биљана Петровић и Мирјана Марић, преламач Милован Парезановић, али и тим Института за упоредно право у чијем саставу су били проф. др Јелена Теранић Перишић, Александра Вишекруна, м. а., као и Василије Марковић, м. а. који је сталним трудом, несебичним залагањем и колегијалном и стручном помоћи појединим ауторима на месту помоћника уредника имао посебно значајан удео не само у техничкој већ и у научној припреми зборника, што нас уверава да научна дисциплина Државно-црквено право засигурно има своју будућност на нашим просторима. Свима њима дугујемо посебну захвалност.

Београд–Будва
3. октобра 2023.

Проф. др Владимир Ђурић, виши научни сарадник
Проф. др Далибор Ђукић

modern societies including legal orders as well as the ways of exercising freedom of religion, are increasingly changing under the influence of digitalisation. Recognising from the point of view of freedom of religion and the position of churches and religious communities, certain controversies, but at the same time the perspective of such a modern transition from offline to online environment, our authors elaborate the issues of exercising freedom of religion in the metaverse environment, but also cautiously warn about the potential threats in growing religious intolerance in cyberspace.

Between the covers of this book, you can find collected attempts, which offer scientific, legal answers to some of the most complex questions that nowadays represent a serious challenge for the harmonious development of state-church relations. Those attempts seek to contribute to the functioning of every democratically oriented state authority, as well as churches and religious communities that, like Metropolitanate of Montenegro and Littoral, honestly strive to develop a truly pluralistic society. The editors express their sincere hope that this Collection of Papers will represent a valuable contribution to the further scientific revival of state-church law in the post-Yugoslav area, but also that it will be a source of inspiration for the future regulation of relations between the state and churches and religious communities, which would be based on awareness of the significant links that represent the basis for their desirable and necessary cooperation. In that regard, the already proven intertwining of law and religion can gain another new dimension - from the affirmation of the *right to freedom of religion* to the revival and strengthening of *faith in law*!

The *Contemporary State–Church Law* collection of papers is published with the blessing of His Eminence the Metropolitan of Montenegro and the Littoral Joanikije. With all the efforts of the authors and editors, the collection would not have seen the light of day without the sincere help of Biljana Petrović and Mirjana Marić (proof reading), Milovan Parezanović (print breaking), and the team of the Institute of Comparative Law, consisted of prof. Jelena Čeranić - Perišić, Aleksandra Višekruna, LL.M. as well as Vasilije Marković, LL.M. who has, in the capacity of assistant editor, with his constant and selfless efforts as well as collegial and professional help to other authors, had a particularly significant role not only in the technical, but also in the scientific preparation of the collection of papers, which assures us that the scientific discipline of state-church law certainly has its bright future in our region. We owe them all a profound gratitude.

Belgrade – Budva
October 3rd, 2023,

prof. Vladimir Đurić, Senior Research Associate
prof. Dalibor Đukić

I
ТЕОРИЈА ПРАВА,
ЈАВНО ПРАВО,
АУТОНОМНО
ЦРКВЕНО ПРАВО

FREEDOM OF RELIGION IN AN ENFEEBLED EUROPE. IS IT POSSIBLE TO TURN DECLINE INTO OPPORTUNITY?

Summary

The article discusses how the decline of Europe has affected state-religion relationship. It focuses on the notion of secular state, de-privatization of religion and the legal regulation of religious freedom. The second part of the paper explores the possibility to turn the European decline into an opportunity for intercultural dialogue with non-European civilizations. It identifies the contributions the European model of state-religion relations can offer in this dialogue and what Europe can learn from the experience of non-European countries in the management of religious and cultural diversity.

Keywords: freedom of religion, Church and state relations, secularism, Europe.

1. History of a decline

The story I am about to tell is the story of a decline, the decline of the political, military, economic, demographic, and cultural hegemony of the West. The question I would like to ask at the end of the story is whether it is possible to turn this decline into an opportunity and, if so, how. My perspective will be a European one, which means that other Western voices may provide different perspectives.¹

* Professor Emeritus of Canon Law at the University of Milan and Professor of Church-State Relations at the University of Leuven, silvio.ferrari@unimi.it

¹ In this paper I will use the words West and Western frequently. I am aware that they encapsulate very different histories, cultures and societies and thus constitute a generalization. However, at the level at which my analysis is situated, which is concerned with precisely very general political and legal categories, I believe that they are useful in distinguishing the conception of religious freedom and the secular state that has emerged in one part of the world from those prevailing in other parts. On the notion of “the West” and the Western cultural tradition see H. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, 1983; a different point of view can be found in G. Haller, *Die Grenzen der Solidarität. Europa und die USA im Umgang mit Staat, Nation und Religion*, Aufbau Verlag, Berlino 2002.

The starting point for this story is the 1970s and 1980s of the last century, which, in my view, constitute the apogee of Western hegemony. Four ideas were dominant at that time. First, religion is a private matter, which should not influence public choices. Second, religious freedom is a right that, within these limits, must be guaranteed on equal footing to every individual and group. Third, the secular state is the best instrument to ensure freedom of religion and equal treatment and to avoid that public choices are conditioned by the majority religion. Fourth, these three principles have a universal nature and scope and must be applied throughout the world. As far as religion was concerned, the cultural hegemony of the West was founded on these four pillars and on the conviction that globally progress towards modernity consisted in extending them to those regions of the world that had not yet recognized, accepted and implemented them.

Then some events happened that cracked the solidity of the first principle, the neutralization of religion in the public sphere: the Iranian revolution and the birth of a theocratic state that is still in power today (1979), the role played by Solidarnosc in overthrowing the Communist regime in Poland (1980), the spread of liberation theology in Latin America in the 70s and 80s, the Palestinian martyrs (or “suicide bombers”, depending on the point of view) in the 90s are all events that, in different forms, witnessed that religion was again a powerful actor on the public scene, capable of generating major political changes. The reaction of the Western intellectual leadership was initially vitiated by a superiority complex: after all, these events occurred in Communist Poland, in the underdeveloped countries of Latin America, in the backward Muslim Middle East, but they could never have occurred in Western Europe or the United States. So we had to wait until the 1990s, with the publication of Gilles Kepel’s *La revanche de Dieu* and Jose Casanova’s *Public religions in the Modern World*, to realize that this was a real paradigm shift and that religion had come out of the cage of the “private”. The wars in the former Yugoslavia (1991-2001) were a tragic confirmation of the power of religions to mobilize people and send them to war.

So far for the the first principle upon which the Western hegemony was grounded, the privatization of religion. Coming now to the fourth principle, the universal nature and scope of the European conception of freedom of religion, in 2000, Samuel Eisenstadt published an article entitled “Multiple modernities”, in which he argued that Western modernity is not the only one possible but simply one modernity among many. This undermined confidence in the universality of Western values, the fourth principles I mentioned a few minutes ago, and raised a question mark not

only about the effectiveness of any attempt to export Western values but also about the moral legitimacy of this operation.

Precisely in those years, Eisenstadt's thesis is put to the test by the increase of migratory flows from Middle East and North African countries, that is from countries where Islam was the majority religion. Muslim immigrants brought with them their own modernities, which were obviously considered by the European public opinion as backwardness, and this triggered a feeling of mistrust towards people who were not willing to accept all Western values. The book published by Samuel Huntington in 1996, *The clash of civilizations and the Remaking of World Order* gives voice to this feeling; Europeans (but the same happens in the United States after 9/11) feel threatened and react with measures that erode religious freedom. Until then, freedom of religion had been considered something acquired forever: now it is being called into question by measures such as the ban on wearing conspicuous religious symbols in French schools, (2004) the prohibition to enter public spaces with the face covered by burqas or niqabs in France (2011), Belgium (2011), Bulgaria (2016), Austria (2017), Denmark (2018), The Netherlands (2019), and Switzerland (2021), the inclusion in the Swiss constitution of a provision prohibiting the construction of minarets (2011) because they are not part of the country's cultural heritage, the blanket bans on public worship during the Covid pandemic decreed by the Slovak government (2021). Security², secularism and nationalism are the three main justifications for these restrictions on religious freedom. Respect for national religious traditions underlies the ruling in the Lautsi case, the defense of the secular nature of the state prompted the prohibition of religious symbols in public schools, and security was invoked to prohibit religious ceremonies in COVID time and more recently to restrict the activity of the Russian Orthodox Church in some Baltic states because of its support of the war against Ukraine. Security, secularism and nationalism trump religious freedom, the second principle on which the cultural hegemony of the West was founded. The distance between the West and the parts of the world where religious freedom is not respected shortens and this creates uncertainty and disorientation among European citizens, a feeling that was expressed by the UN Special Rapporteur for freedom of religion or belief in an article entitled "Religious freedom, a human right under pressure".³

² About the relationship between freedom of religion and security, see S. Ferrari, „Are freedom of religion or belief and security reconcilable?“, in: *Secularism, Secularity, and Religion: Historical, Legal, and Philosophical Aspects*, BYU Law, Bishek 2020, 232–235.

³ H. Bielefeldt, "Religious freedom, a human right under pressure", *Oxford Journal of Law and Religion* 1/2012, 15–35.

Finally, the last cornerstone of the Western cultural hegemony, the idea that the secular state is the best possible state, is also undermined by these events.⁴ In the 1970s, the secular state was conceived as a means of ensuring the equal treatment of citizens in religious matters by limiting the power of the majority religion. The antithesis of the secular state was the confessional state that was still strong in Catholic and Orthodox Europe. This is no longer the case. The progressive erosion of the power of the traditional Churches and the arrival of new religious minorities born out of migratory processes shifts the terms of the problem: the main question becomes “inclusive citizenship”, that is whether the secular State is able to include in the political and social fabric groups of people who do not know and sometimes do not share the presuppositions on which this type of State is based.⁵ This leads Western political and cultural leadership to open a debate on the role of a secular state in a post-secular age. In 2006 Jürgen Habermas makes a distinction between the institutional space, where decisions must be made regardless of people’s religious beliefs, and the public space, which must instead be open to contributions that stem from the religious experiences of individuals and social groups.⁶ This version of the secular state is functional to the project of inclusive citizenship and responds to the need to find a way to include in the public life the new religious minorities, constituted by the groups that have entered Western countries as a result of migration flows. But Habermas’ arguments are met with mixed acceptance. In some countries the prevailing opinion is that the state must become even more secular to be able to include the new religious minorities, while in others, on the contrary, it is widely assumed that this goal can be achieved only through an “inclusive” or “open” secularism and in other countries still it is argued that only the rediscovery of the cultural value of each country’s religious tradition can allow the state to be truly secular. The notion of a secular State is far more confusing and controversial today than it was 50 years ago.

Summing up what I have said so far, the events of the last 50 years have undermined the solidity of the four pillars on which the Western model of relations between States and religions rested. These events have

⁴ The secular state and its transformations are discussed by S. Ferrari, “Law and Religion in a Secular World: A European Perspective”, *Ecclesiastical Law Journal* 3/2012, 355–370.

⁵ A discussion of the notion of “inclusive citizenship” can be found in: F. Petito, F. Daou, M. D. Driessen (eds.), *Human Fraternity and Inclusive Citizenship. Interreligious Engagement in the Mediterranean*, ISPI, Milano 2021.

⁶ J. Habermas, “Religion in the Public Sphere”, *European Journal of Philosophy* 14/1, 1–25.

weakened the cultural hegemony of the West, raising doubts that the Western model of State-religion relations and religious freedom not only cannot be exported to other parts of the world but also is not up to the challenges facing the West itself.

The war in Ukraine has added another element to this disturbing picture, not because it is being fought in Europe (it is not the first time: three decades ago another war was being fought in the very regions where we are now) but because it has the potential to accelerate the confrontation between East and West to which the history of recent decades seems to be leading us.

So far, endogenous factors of the European decline have been considered. But this decline takes place in a much broader scenario in which important exogenous factors play. Political analysts have been pointing out for some time that the balance of forces on the international stage has changed and that our future could be dominated by a showdown between a part of Asia on the one hand and the United States on the other, with Africa as the battleground and Europe as a fringe player. Russia is now politically aligned with Asia: sooner or later it will be back with us, because Russia culturally is European, but preventing it from falling into the arms of China has been a goal that unfortunately the European Union was unable to achieve.

If this confrontation happens, its outcome will have important consequences for the right to religious freedom. They need to be carefully analyzed as they could shape our future.

The modern origin of this right is traced back to two revolutions, the French and American ones.⁷ The first nationalized the right of religious freedom, affirming that it is the national state's duty to guarantee it to all on an equal footing and irrespective of their religion or belief; the second, with the free exercise clause, emphasized that each individual can assert this right against other citizens, the state, and the Churches themselves. Taken together, these two revolutions connoted religious freedom as a secular and primarily individual right, setting the stage for a conception that was largely incorporated into the international conventions signed after World War II.

Africa and Asia have not known these two revolutions, or, to be more precise, have known them as a product of foreign import, linked largely to the experience of colonization by European powers.⁸ This explains why

⁷ On the two revolutions that lie at the origin of the modern conception of religious freedom, see H. Brunkhorst, *Critical Theory of Legal Revolutions: Evolutionary Perspectives* Bloomsbury, New York–London 2014.

⁸ About the “exportation” of the Western notion of religious freedom to Africa and Asia see S. Mahmood, *Religious Difference in a Secular Age: A Minority Report*, Princeton University Press, Princeton 2016.

the latter found it difficult to establish the Western concept of religious freedom in these countries. The experience of the long British domination of India is paradigmatic: in more than three centuries, Great Britain failed to introduce the Western notion of religious freedom in India, and when it realized the futility of persisting in this attempt, it wisely preferred to give up. All this is not to say that many contemporary constitutional charters of these countries do not affirm the right to religious freedom in similar terms to the constitutions of Western countries. But the social fabric and legal traditions of these States remain different. One only has to look at many African countries to see that both the idea of nation-state and the idea of rights of the individual as independent from those of the community -i.e., the two cornerstones on which the notion of religious freedom in the West is founded- are recent and in some cases not fully accepted and established.

At this point it would be necessary to introduce another element, the religious tradition of each country. Generally speaking, non-Western countries where the Christian religion prevails have had less resistance to embracing the Western conception of religious freedom than those with Islamic or Hindu traditions. This is probably because the secular state was born on Christian soil and Christianity provides a more favorable humus for it than other religions.⁹ But this discussion would take us too far, so I simply point out its importance and move to the second part of my talk in which I would like to discuss whether the decline of the West's cultural hegemony can be transformed from weakness into opportunity and, if so, under what conditions.

2. From decline to opportunity?

The aim of the following considerations is not to assess the conditions for reconstituting a now impossible Western cultural hegemony but to consider what contributions the West can make and receive in dialogue with religious and cultural traditions prevailing in other parts of the world.¹⁰ Accepting that the European model is no longer hegemonic and must enter into an even relationship with other models is the precondition for turning decline into opportunity.

There are, in my view, three components of the Western model of religious freedom that, while rooted in a particular historical and cultural

⁹ On the connection between the religious tradition prevailing in one part of the world and the development of the secular state see S. Ferrari, "The Christian Roots of the Secular State", in: *Mapping the Legal Boundaries of Belonging. Religion and Multiculturalism from Israel to Canada* (ed. Rene Provost), Oxford Univ. Press, Oxford 2014, 25–40.

¹⁰ P. Costa's book, *The post-Secular City*, Brill, Leiden 2022. provides interesting insights into the contribution the West can make to intercultural dialogue.

context, the European one, can have significance that transcends the boundaries of that context and can play an important role in an inter-cultural society.

The first contribution the West could make to this cross-cultural dialogue is the primacy of individual conscience, which implies the right to adopt and change a religion or to have no religion at all. I am well aware that for many religions to persevere in one's faith after knowing the "true" faith is a sin and, even worse, to abandon the "true" faith after knowing it is a crime but I am deeply convinced that no one should be confronted with the alternative of abandoning one's religion or being killed, of converting to the religion of the strongest or having to emigrate, of educating one's children in a particular faith or running the risk of never seeing them again, of worshipping God when one is convinced that he does not exist. Unfortunately, as was tragically observed not so many years ago in the Middle East, these rules are far from being respected. The existence of a solid base of civil and political rights independent of citizens' religious (or nonreligious) beliefs would make it possible to recognize differences in treatment in more strictly religious matters -I am thinking here, for example, of the issues of days off work, food rules, religious symbols- without running the risk of breaking up the social fabric and endangering national cohesion.

The second contribution concerns the notion of citizenship and, more precisely, the idea that a core of civil and political rights is due to all citizens in equal measure regardless of the religion they profess. The deepest root of this idea goes back to the Christian distinction between God and Caesar, the closest to the liberal tradition from Locke onwards. These two roots join in the assertion that the fact of professing or not professing a religion does not and must not have any influence on the exercise of other rights, that of marrying and creating a family for example or that of taking part in the political life of a country. This is not the case in all parts of the world and on this point the cultural and religious tradition of the West has something to say.

The third contribution concerns the notion of secular State. As I said before, the role of the secular State today is to guarantee the inclusion in the political and social fabric of a country, and on an equal footing, of people who profess different religions or no religion at all. This implies, on the one hand, recognizing the significance and value of religious diversity in the public sphere and, on the other, guaranteeing the existence of non-religious forms of participation in public life. A couple of examples will clarify what I mean: the secular character of the State is betrayed both if only a religious marriage can be valid for the State legal order, as is the case in some non-Western countries, and if, as it happens in some Western

countries, only a civil marriage has this value and religious marriages have no legal value even when their rules do not conflict with the state legal system; the secular character of the state is defeated both if students in a public school cannot wear any religious symbols and if they can only wear the symbols of the majority religion. Finding legal ways to allow the manifestation in public space of citizens' religious and nonreligious beliefs without resorting to blanket prohibitions or discriminatory exceptions is probably the role of a genuinely secular state in contemporary society.

As in any true dialogue there is not only to teach but also to learn. The experience of Western countries appears less convincing when it comes to managing differences.¹¹ Here it is helpful to widen our horizon and consider the models existing in other parts of the world. In the West we have been very careful to guarantee the right to be equal through effective anti-discrimination legislation; we have been less good at guaranteeing the right to be different through measures aimed at promoting different religious identities, especially those of minorities. In this area, the right to religious freedom has revealed some weaknesses and has been too easily restricted not only because of health, security or war crises but also because of over-extensive interpretations of the notion of discrimination. One suggestion about how to address these shortcomings comes from the field of minority rights studies. When it comes to ensuring the rights of religious minorities, minority rights scholars emphasize the need to protect and promote their identity and not just their freedom¹². Promoting identity is a broader and more engaging concept than ensuring freedom as it implies that the existence of different identities should be supported as a means to achieve the common good. I believe it is possible to combine both, the protection of religious freedom, which is the "mission" of law and religion scholars, with the promotion of religious identities, which is the focus of minority rights scholars. These two notions perfectly complement and reinforce each other. One and the other -religious freedom and the promotion of religious identities- would have nothing but to gain in their dialogue.

These seem to me to be the strengths and weaknesses of the Western model of religious freedom and the contributions that the West could make and receive within a global intercultural dialogue. No one knows what the end point of this dialogue will be, but as of now we know that at the end of it we will never be the same.

¹¹ On the management of cultural and religious diversity, it is always useful to refer to R. Cover, "Nomos and Narrative", *Harvard Law Review* 97/1983, 4–68.

¹² On the specific needs of minorities see J. A. van der Ven, „Religious Rights for Minorities in a Policy of Recognition”, *Religion and Human Rights* 3/2008, 155–183.

Силвио Ферари

Професор Емеритус Канонског права, Правни факултет, Универзитет у Милану

СЛОБОДА ВЕРОИСПОВЕСТИ У ОСЛАБЉЕНОЈ ЕВРОПИ: ДА ЛИ ЈЕ МОГУЋЕ ОПАДАЊЕ ПРЕТВОРИТИ У МОГУЋНОСТ?

Сажетак

У чланку се говори о томе како је слабљење Европе утицало на однос државе и религије. Фокусира се на појам секуларне државе, деприватизацију вере и правно регулисање верских слобода. Други део рада истражује могућност да се европско слабљење претвори у прилику за интеркултурални дијалог са неевропским цивилизацијама. У њему се идентификују доприноси који европски модел односа државе и религије може да понуди у овом дијалогу и шта Европа може да научи из искуства неевропских земаља у управљању верском и културном разноликошћу.

Кључне речи: слобода вероисповести, односи цркве и државе, секуларизам, Европа.

REFERENCES

Monograph, articles

- A. van der Ven, J. *Religious Rights for Minorities in a Policy of Recognition*, in *Religion and Human Rights* 3/2008, 155–183.
- Costa P., *The post-Secular City*, Leiden, Brill 2022.
- Cover R. “Nomos and Narrative”, *Harvard Law Review* 97/1983, 4–68.
- Ferrari S., “Law and Religion in a Secular World: A European Perspective”, *Ecclesiastical Law Journal*, v. 14, 3/2012, 355–370.
- Ferrari S., “Are freedom of religion or belief and security reconcilable?”, in: *Secularism, Secularity, and Religion: Historical, Legal, and Philosophical Aspects*, BYU Law, Bishek 2020, 232–235.
- Ferrari S., “The Christian Roots of the Secular State”, in: *Mapping the Legal Boundaries of Belonging. Religion and Multiculturalism from Israel to Canada* (ed. René Provost), Oxford University Press, Oxford 2014, 25–40.

- Gret H., Die Grenzen der Solidarität, *Europa und die USA im Umgang mit Staat, Nation und Religion*, Aufbau Verlag, Berlino 2002.
- Harold B., *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge 1983.
- Hauke B., *Critical Theory of Legal Revolutions: Evolutionary Perspectives*, New York–London: Bloomsbury 2014.
- Petito F., Daou, F., Driessen, M. (eds.), *Human Fraternity and Inclusive Citizenship. Interreligious Engagement in the Mediterranean*, ISPI, Milano 2021.
- Saba M., *Religious Difference in a Secular Age: A Minority Report*, Princeton: Princeton University Press 2016.

CHURCHES AND RELIGIOUS COMMUNITIES AS LEGAL ENTITIES OF PUBLIC LAW

Summary

The subject of this paper is the analysis of the legal subjectivity of churches and religious communities. Starting from the division of rights into public and private, the paper points out to the characteristics of legal entities of public law. After the analysis of the autonomy of churches and religious communities and their position in comparative law, it is concluded that their legal subjectivity is close to the status of legal entities of public law. Churches and religious communities can, by their legal acts, create rights and obligations in the legal order of the state. They can generate new legal entities, perform public services, keep public records and issue public documents, and they do so as organisations sui iuris et sui generis. The public law character of the legal subjectivity of churches and religious communities is essential and legitimate in modern law.

Keywords: churches and religious communities, public law, legal subjectivity, legal entities of public law.

1. Introduction

Human existence is inextricably linked with religion. However, religion is not only a set of beliefs and their individual manifestation and practice. It permeates all spheres of an individual's life; it effects the understanding of concept of freedom, love and relationship with other people and thus determines the meaning of life and the meaning of existence. That is why religion is not, and can never be, reduced exclusively to privacy, nor is it individual. On the other hand, religion is not a material, and therefore temporary connection of individuals; it has its own deeper and broader social context and it effects the social system, cultures and civilisations, but it also outlives socio-economic systems. Therefore, it can be pointed out that religion is a public factor, a part of the public sphere.¹

* Senior research fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade, v.djuric@iup.rs

¹ G. Robbers, „Legal Aspects of Religious Freedom”, Opening Lecture, in: *Legal Aspects of Religious Freedom, International Conference Legal Aspects of Religious Freedom*, Ljubljana 2008, 11.

Since it is a part of the public sphere, religion inevitably encounters the state and its legal order. In this sense, it should be pointed out that the history of a large number of legal institutions is permeated with the influence of religion as well as the attempts to push it out of the state and the legal order. Religion and the legal order of the state always interweave and determine each other, starting from the issues of sovereignty to contemporary topics of human rights, discrimination and coexistence and preservation of diversity in supranational integrations, or multicultural societies. Such interweaving and mutual determination takes place at different levels and in different aspects, especially with regard to the legal position of churches, religious communities and other religious associations. The question of the character of the legal subjectivity of churches and religious communities, more precisely the necessity and legitimacy of their public legal status, is the subject of this paper. In terms of such a specific topic, it is necessary to first consider the understanding of the division of rights into public and private.

2. Division into Public and Private Law

Since Ulpian's definition from the Digest, i.e. *Institutiones publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*, there have been disputes in legal science about its true meaning, validity, usability, scope, and even authenticity and authorship. Fundamentally and in the broadest sense, all the interpretations of that famous formulation can be classified into three main theoretical directions: 1. the interest theories, according to which *publicum ius* is the right by which public interests are realised and protected, while *privatum ius* is the right by which private interests are realised and protected; 2. the subjects theories, according to which *publicum ius* is the right that refers to the state, its organization and the relationships in which the state participates, while *privatum ius* is a right that refers to individuals and their relationships; and 3. the norms' origin theories, according to which *publicum ius* consists of legal norms created by the state, i.e. which are adopted by the state, while *privatum ius* consists of norms that are not made by the state.² Throughout history, the three basic theoretical directions of the interpretation of Ulpian's division have separated into forty branches that take different factors as the determining criterion of distinction, which, with more or less success, are argumentatively affirmed or disputed, thus strengthening or undermining³ the validity of such a distinction between

² В. Водинелић, *Јавно и приватно право*, Службени гласник, Београд 2016, 54–55.

³ *Ibid.*, 67–132.

public and private law. or undermines, and the presentation of which would greatly exceed the nature and purpose of this paper. In the context of the determining criteria that are used in theory to support or challenge such a distinction, at this point it should only be pointed out their classification into three groups: intranormative criteria, extranormative criteria and social criteria.⁴

Just as there are great differences in theoretical positions regarding the meaning and validity of the division into public and private law, there are also, more precisely due to that, disagreements about the usability and scope of their distinction. Understandings range from the claims that there is the essential dividing line of the entire objective law, or rather that public and private law are two parts (even positive ones) of the law, whose distinction is inevitable and scientifically relevant,⁵ starting from the underlining the importance and usability of their distinction in systems, where positive law recognises such a division, to emphasising the function and importance of the division, possibly only for systematisation purposes, whereby public and private law would be understood only as the broadest parts of the scientific legal system.⁶

Theoretical disagreements regarding the meaning, validity, usability and scope of the distinction between public and private law have not remained without a face in the mirror of positive law and vice versa. Namely, in the positive law of different countries, the categories “public law” and “private law” are its integral part or, are completely omitted from it, while at the intersection of such approaches, there are positive rights which, although they do not explicitly and normatively postulate those categories, they contain, determine and refer to institutes of public (general) interest, public order, public order, public property, public prosecutor, public authorities, public services, public authority, public records, public documents, subjective public rights, and their corresponding antonyms, and even to the connections through public-private partnerships.

The dichotomy of rights into public and private rights cannot be equated with, also dichotomous, the division of rights into state and autonomous,⁷ but, from a historical point of view, it is gradually infiltrated in

⁴ С. Врачар, „Основи разликовања „јавног” и „приватног” права”, *Анали Правног факултета* 5/1982, 788.

⁵ *Ibid.*, 814.

⁶ An overview of different understandings about the functions of division and its (un) justification for practical, ideological and systematization purposes see in В. Водинелић, 459–482 and 555–611.

⁷ Д. Митровић, „О односу јавног, приватног, државног и самоуправног права”, *Анали Правног факултета* 5/1982, 852–856.

it, thus gaining some kind of legitimisation, not only in the sphere of state law, but also in the sphere of autonomous law, especially the one that deals with religion and churches and religious communities. Namely, from the explanation in the Digests, according to which public law consists of and relates to sacred objects, priests and magistrates - *publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*, over time, with the separation of state and church, in philosophical and legal thought, especially from the second part of the 18th century, within the Roman Catholic Church, and opposite to the part of rationalist legal philosophy that tried to extend the sovereignty of the state to the church area, the science of public ecclesiastical law (*ius ecclesiasticum publicum*) has been developed. It establishes the independence of the church area and the necessity of canon law in principle *ubi societas, ibi ius*, and it attributes the necessary possession of such a right⁸ to the church, as a perfect community, yet a community of people, which can have its consequences in the sphere of state law.

Since in traditional jurisprudence, with the exception of intra-normative criteria, extra-normative and social criteria are often used to explain and understand the distinction between public and private law, some authors point out that this makes some kind of “unconscious” acknowledgment of the narrowness and inadequacy of the normative concept of law.⁹ By advocating for a *realistic concept of law*, according to which law does not consist of only legal norms, taken separately or together, but it also includes, in addition to what are called legal norms, other elements of law such as legal entities, legal acts, legal relations, legal objects, etc., which are equally, and each in its own way, the bearers of specific legality thanks to which the wholeness and completeness of law as a separate social creation is established, those authors find the basis of the distinction between public and private law in the differentiation and polarisation that takes place in the content and forms of social life of people, and which confirm the presence of a specific and extremely important process for the state legal order itself — the process of political constitution of society as a whole, which inevitably implies the division of the public and private spheres, and consequently the distinction between those spheres in law as well.¹⁰ Precisely starting from the character of public and privacy as separate spheres of social relations in a politically organised community, and following the position on the validity of the division into public and private law, with an understandable indication of the absence of clear, firm and predetermined boundaries of those spheres of social relations and whose

⁸ С. Врачар, 788.

⁹ *Ibid.*, 795.

¹⁰ *Ibid.*, 812–814.

determination is, by the nature of things, the very subject of political (re) constitution of the community, we are of the opinion that in all the above mentioned elements of law, certain specificities inherent only to public, i.e. private law can be found. In this sense, mutually interwoven and mutually dependent elements of public law would constitute norms, most often imperative, which regulate social relations in the public sphere and with regard to the realisation of the public interest, most often explicitly determined by law, in which there is predominantly legal inequality of their participants to some extent and which (relationships) can be authoritatively based, regardless of whether they are regulated by the state or autonomous system of norms, in which subjects participate to a significant extent, which, due to their origin, character, legal regime to which their actions and property are subjected, as well as the prevailing type of legal acts they enact, and which decide on the rights and obligations of other persons and/or create legal consequences in the public sphere, are a special category of subjects.

3. Legal Entities Under Public Law

Having determined that with regard to subjects as a special element of law there are certain specificities inherent in public law, it is necessary to consider and explain them in more detail. However, before such a consideration and explanation, it is important to make a legal-philosophical and methodological note. Namely, among the various theoretical approaches in determining the essential criterion, and thus the meaning of the distinction between public and private law, the theory of entities has a special place. According to that approach, public law is determined by public law relations in which at least one party is the state, some part of it or a body or another so-called public legal entity. Not entirely unfounded, such theoretical approaches have been criticised and taken as a tautology, since public law is determined through a public law entity, and through public law is determined the feature of public law entity, as well as the fact that the same entities can participate in both public law and private law relations.¹¹ There is no disputing, in general, the validity of the above-mentioned comments. However, it is necessary to point out that the approach in this paper is integral, and that entities are only one of the elements of law, with certain public law particularities, which by no means implies that such entities cannot be participants in different, private law relationships.

Besides natural persons as subjects of law, more precisely as holders of rights and obligations, legal orders also recognise legal capacity to

¹¹ В. Водинелић, 108–110.

other entities. It is common for theoretical approaches and positive legislation to mention and define legal entities that are social constructions determined by special elements, or more precisely organisational units in which assets (funds) and people are united, which act through their bodies in order to achieve some goal and have an identity and a legal subjectivity recognised by the legal system.

However, the concept of a legal entity defined in such a way is too general and does not sufficiently express the features embodied in the manner of their creation, the character of their assets, their organisational structure, the goals they fulfil and the legal regime to which different types of legal entities are subjected. Also, the stated definition does not include the state and its bodies through which it acts, political-territorial communities narrower than the state, which are more frequently defined as legal entities in the positive law of many states (e.g. local self-government units and political-territorial autonomy), bodies through which the explicitly recognised collective rights of certain groups (e.g. national minorities) to non-territorial autonomy are realised *ex lege* in many legal orders, nor other types of entities which, although they do not have the status of a legal person, can at least, to a limited extent, be the holders of certain rights and obligations, (e.g. collectives and procedural communities that still do not have the status of a legal entity, and whose rights and obligations are decided in the administrative procedure).

Bearing in mind to some extent such deficiencies, and starting from the peculiarity of the national legal, both theoretical and positive, tradition, in many European countries there is a concept of public legal entities, i.e. legal entities under public law. In this sense, particularly French administrative law stands out, which uses the following criteria to determine the character of a legal entity under public law: a) institutions of public law (more precisely, government institutions) and public initiatives; b) rules on the organisation, functions and control of such persons are determined by the public authority; c) public law entities (institutions and establishments) can receive public subsidies and even mandatory payments (financing) from public (budgetary) funds; d) the public status of a person means that he has the prerogatives of the government, more precisely, that he can act authoritatively. Also, there are some derivative criteria, such as : a) establishment by the authorities by a state act, which is used to regulate their legal status and activity; b) established legal entities act on behalf of the state or on their own behalf, fulfilling some of the state functions; c) legal entities under public law carry out state management, more precisely, they

participate in the performance of administrative functions in accordance with their private responsibility; and d) legal entities under public law are granted the authorities to perform state duties.¹²

Unlike the interwar period, the concept of legal entities under public law and public law subjects has not been (fully) developed and accepted in contemporary legislation in the areas of the former Yugoslavia, as well as in local legal theory. In this context, it is necessary to point out the fact that the determination of the public law status of a subject in modern circumstances and tendencies of the development of public administration can be done in a functional sense, not only in a status-personal sense. Thus regarded, in a functional sense, the basic question is whether a subject has public powers understood as the possibility of authoritative representation, more precisely, decision on one's rights and obligations and/or passing general acts that have a generally binding character. Some subjects can have such powers because they originally have them or due to the state that entrusted them with power.

In domestic legal theory, under public powers, the majority of theoreticians understand the powers of non-state entities to act authoritatively¹³, which is just another name for certain prerogatives of the state government.¹⁴ Since it is considered that the basis for authoritative performance, i.e. the exercise of public powers, can only be the law,¹⁵ the definition of that term can be expanded so that under public powers are considered special, legally entrusted powers to non-state entities which allows them to use certain administrative powers¹⁶ in the performance of their basic economic or other activities. Bearing in mind that the new term "administrative powers" is being introduced in the definition of public powers, the question arises whether they are synonyms, i.e. whether public powers are the same as administrative powers. Therefore, further analysis of the concept of public powers should be directed towards the question of what is the content of authoritative performance.

According to some authors, public powers as the powers of their holders (non-state entities) to act authoritatively mean that their holders in that scope: 1. regulate certain relationships of broader interest with their general acts, 2. make decisions on specific situations through the adoption

¹² P. Bouvier, *Éléments de droit administratif*, De Boeck & Larcier, Bruxelles 2002.

¹³ Д. Милков, *Управно право*, књ.1, Правни факултет, Нови Сад 2009, 95.

¹⁴ З. Томић, *Управно право, систем*, Правни факултет, Београд 2002, 252.

¹⁵ Д. Милков, 96.

¹⁶ С. Лиљих, *Управно право / Управно процесно право*, Правни факултет, Београд 2013, 168.

of certain legal acts and 3 exercise other public powers (e.g. issuing public documents).¹⁷ What non-state entities do in such cases is to exercise those powers that the administration has and those are administrative powers.¹⁸ However, starting from the determination of the content of the authoritative performance of administrative bodies, which includes the adoption of administrative acts and the performance of administrative actions in certain situations, the adoption of general legal acts, the exercise of administrative supervision and the issuance of public documents, it is concluded that non-state entities can be entrusted with only certain powers. Those powers are not precisely defined by legal regulations, but it can be concluded that they include the adoption of administrative acts, the regulation of relations of broader social importance by general acts and the keeping of public records as well as the issuance of public documents, but not the exercise of administrative supervision and the performing administrative actions.¹⁹ предузимање управних радњи.

In theory, it is emphasized that the decision on which entities will be entrusted with public powers is not free, it does not depend on the discretion of the legislator, but that it is conditioned by the nature of the activities of certain entities.²⁰ In fact, the main reason why certain entities, such as public services, are entrusted with public powers, has to do with the need to ensure the orderly functioning of those services that perform activities that are of public interest. In order to perform that activity properly and easily, they need to have limited powers for authoritative performance.²¹ The interest of the state as well as its transfer of public powers, is reflected in the importance of those activities for the normal development of life in the community, so it is a question of vital, and not derivative interests.²²

In the presented theoretical framework of the understanding of the distinction between public and private law and the peculiarities of (public) legal entities in public law, the question of the character of the legal subjectivity of churches and religious communities has raised. In the attempt to understand the legal nature of their subjectivity, the need for a comparative legal analysis of positive solutions inevitably arises, but before that it is important to consider the essential frameworks of freedom of religion and

¹⁷ П. Кунјић, *Управно право (општи и посебни дио)*, Правни факултет, Бања Лука 2001, 290.

¹⁸ Д. Милков, 95.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*, 96.

²¹ Б. Милосављевић, *Управно право*, Правни факултет Унион, Београд 2013, 178.

²² Д. Милков, 96, 97.

the autonomy that such subjects enjoy, precisely for the purpose of realising freedom of religion, which is a framework to understand the dilemma regarding the question on what basis and to what extent such entities have public powers, as well as the other characteristics that would classify them as legal entities under public law.

4. The Autonomy of Churches and Religious Communities

Basically, autonomy is a form of organisation in which certain territories or social groups, due to their particularity, have a special status and autonomous rights. The set of those autonomous rights, the means for their realisation and the special organisation make up the autonomous status of those territories and social groups within a state that guarantees such status by its own will.²³

In many aspects, religious organisations are among the oldest communal structures known to mankind. Their self-determination with rooted existence often historically precedes the formation of modern states. In this sense, by guaranteeing freedom of religion, modern states accept the autonomy of churches and religious communities in structuring religious affairs and its protection as the core of the protection of freedom of religion. In fact, freedom of religion is not an exclusively individual right that only an individual can enjoy. According to the character of the subjects / entities who enjoy it and the way they enjoy it, freedom of religion is an individual right, but also a right that is enjoyed in community with others.²⁴

Exercising freedom of religion in community with others leads to the autonomous existence of churches and religious communities and it is the legal basis for the formation of *new* churches and religious communities. The European Court of Human Rights is of the opinion that Article 9 of the Convention, which guarantees freedom of religion, must also be interpreted in the context of its Article 11, which guarantees freedom of association and protects associations from unjustified interference by the state, *since religious communities traditionally exist in the form of organised structures*. In that perspective, according to the understanding of Court, the right of believers to freedom of religion, which includes the right to exercise their faith in community with others, also includes the expectation that

²³ Д. Митровић, „Аутономија као појам и облик. О смислу, врстама и домаћајима аутономије”,

Анали Правног факултета у Београду 3–4/2003, 417.

²⁴ В. Димитријевић, М. Пауновић, *Људска права*, Београдски центар за људска права, Београд 1997, 176.

they will be allowed to associate freely, without arbitrary interference of the state,²⁵ and the right of religious communities to autonomous existence is at the very centre of guaranteeing freedom of religion.²⁶

Freedom of religion also includes institutional religious freedom, which the theory sometimes even calls corporate freedom.²⁷ Corporate freedom of religion is not a simple aggregation of the individual interests of members, it is not the totality of individual freedoms, but a set of rights, immunities, privileges and competencies of religious organisations (churches and religious communities), and in this sense it represents the freedom of a community of people, who share the same faith to organise and regulate corporate life in accordance with their ethical and religious rules.²⁸

The autonomy of churches and religious communities, in a narrower sense, imply the right of religious organisations to decide and manage their internal religious affairs, without interference of public authorities.²⁹ More precisely, the essential framework of religious autonomy includes: the ability to determine basic beliefs, dogmas, doctrines and teachings; the range of issues related to religious service (issues of rites, rituals and liturgy, establishment of places for service, preaching, clergy, religious employment and engagement, etc.); determination of affiliation to a religious organisation, participation in its activities, withdrawal and exclusion from it, determination of the nature, management and territorial arrangements of substructures, as well as financing; and, finally, but perhaps the most important for the topic of this paper, the right to exercise religious life within the framework of a corresponding legal entity (subjectivity) or without it, which is inextricably linked to the right to create one's own subentities and their recognition in accordance with the decisions of the religious organisation and encountering state regulation of their activities in culture, education, humanitarian work, health care, etc.³⁰ In one part of domestic

²⁵ *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, Application no. 45701/ 99, par. 118

²⁶ *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas v. Austria*, Application no. 40825/98, par.78–79; *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, Application no. 30985/96, para. 49.

²⁷ С. Аврамовић, *Црква и држава у савременом праву, Прилозу настанку државно-црквеног права у Србији*, Правни факултет, Београд 2007, 98.

²⁸ L. Bloß, „European Law of Religion – organizational and institutional analysis of national systems and their implications for the future European Integration Process”, *Jean Monnet Working Paper* 13/03, 28.

²⁹ W. C. Durham, „The Right to Autonomy in Religious Affairs: A Comparative View”, in: *Church Autonomy: A Comparative Survey* (ed. G. Robbers), Peter Lang, Frankfurt am Main 2001, 687.

³⁰ W. C. Durham, „Religion and the World's Constitutions”, in: *Law, Religion, Constitution* (eds. C. Durham et al.), Ashgate Publishing Limited, Farnham 2013, 9–10.

works dedicated to state church law, it is considered that the basic rights that churches and religious communities have on the basis of autonomy include: the right to self-determination, i.e. the right to be recognized not only the historical but also the eschatological dimension of the church, the right to independently organize and implement their order and organization and to independently and freely carry out their internal and public affairs, the right to be carriers and generators of legal subjectivity, i.e. to give and abolish the status of legal entity to their organizational units and institutions, the state's guarantee that they will not interfere with the application of autonomous legal regulations of churches and religious communities, the right to transmit and spread their culture and their spiritual experiences through the public media service, as well as through the educational system, i.e. the right to organize and conduct religious studies, and the right to independently manage their property and funds, in accordance with their own autonomous regulations.³¹

Moreover, in certain theoretical works, with reference to Calvinist terminology and understandings, it is pointed out to the separation of the concept of autonomy from the concept of *the internal sphere of sovereignty*. Starting from the position according to which it is necessary to make a distinction between the exercise of power and decision-making by an organization in terms of a concession given to it by another organisation, which is considered autonomy, on the one hand, and the exercise of internal authority in its own right, which is designated as the internal sphere of sovereignty, on the other hand, it is concluded that the sphere of internal sovereignty implies relations between two or more distinctive social entities such as church and state. In that relationship, the internal sphere of competences of those institutions (church and state) does not depend on the concession of the other party, but it belongs to each of them in accordance with their own right and it is based on their existence and functioning as independent components of human society.³² The presented approach mostly refers to analysis of the results of the internal exercise of power and management in churches and religious communities. The question that affects the character of the legal subjectivity of churches and religious communities in the state legal order is whether and to what extent the result of such an internal exercise of power and management in religious organisations has or can have

³¹ М. Радловић, *Обнова српског државно-црквеног права*, Фондација Конрад Аденауер, Београд 2009, 118.

³² J. D. van der Vyver, „Constitutional Protections and Limits to Religious Freedom”, in: *Law, Religion, Constitution* (eds. C. Durham et al.), Ashgate Publishing Limited, Farnham 2013, 106–107.

an impact on its external effects as well as the effects in the state legal order. For this reason, the focus of attention should be directed to the comparative legal analysis of the character of the legal subjectivity of churches and religious communities.

5. Legal Subjectivity of Churches and Religious Communities in Comparative Law

It is not surprising that in contemporary comparative law the range of organisational structures of churches and religious communities is as diverse as the range of the very religions.³³ Before the brief presentation of the basic characteristics and nature of the legal subjectivity that churches and religious communities enjoy in comparative law, it is important to point out the basic directions of the development of that issue and certain international standards regarding it.

The organisational structures and the character of legal subjectivity, which churches and religious communities enjoy in comparative law, undoubtedly depend on the historical heritage and the general relationship between the state and churches and religious communities, which can be positioned on a wide scale from strict separation to the regime of the state church or the prevailing religion, which is regulated by national constitutional provisions. Nevertheless, despite the existence and availability of various organisational structures, certain convergent processes in that field can be noticed, as well as international standards, developed primarily in the practice of the European Court of Human Rights. The most striking characteristic of comparative legislation, which deals with religious organisations is the one that it is primarily used to facilitate rather than to control religious activities, and to develop legal structures to increase religious pluralism, which religious organisations, to whom such structures are available, may find adequate for performing their legal and practical activities.³⁴ Basic international standards related to this issue include: the right of religious organisations to legal subjectivity, which will enable the performance of their activities; the prohibition of mandatory registration, or more precisely, the possibility of religious groups to choose whether they will perform their activities without acquiring formally such a status; the regulation of the registration process so that it does not present a major obstacle when it comes to the acquisition of legal subjectivity; the legal subjectivities of

³³ W. Cole Durham, „Legal Status of Religious Organizations: A Comparative Overview”, *The Review of Faith & International Affairs* 2/2010, 3.

³⁴ *Ibid.*, 3–14.

religious organisations should operate in the systems, based on the rule of law; the process of acquiring legal subjectivity must not be discriminatory; the requirement regarding the minimum number of members needed for the acquisition of legal subjectivity must not be high; the fact that it is a foreign religious group or a group based abroad is not a valid basis for denying legal subjectivity; the process of acquiring legal subjectivity should not be subject to manipulation by officials for the purpose of delay; in the process of acquiring legal subjectivity, discretionary decision-making by the state, when it comes to assessing the legitimacy of religious beliefs, is not allowed; in the process of acquisition of legal subjectivity, civil servants have a strict obligation of neutrality and impartiality with regard to religious organisations; it is not allowed to interfere in internal religious affairs; in accordance with the principles of autonomy of religious organisations, the state should not require religious groups to structure themselves in a way that is not according to their beliefs regarding that structure; in the process of acquiring legal subjectivity, legal remedies must be available; regarding the extent to what the registration rules impose restrictions on the exercise of religion, only restrictions provided for in international instruments are allowed and must be narrowly interpreted; in case of changes of the laws that regulate the acquisition of legal subjectivity, adequate transitional rules should be included in order to protect the acquired rights of religious bodies, organised under the previous law.³⁵

In comparative law, churches and religious communities do not have the same legal position, nor rights within the formal neutrality of the state and its separation from churches and religious communities. On the contrary, in many countries, there are significant differences in the legal position and scope of rights that certain churches and religious communities enjoy. Even in the systems where they, basically, have the status of legal entities under private law, churches and religious communities can differentiate from other associations and have access to a legal status that corresponds to their specific religious needs. Moreover, in the majority of, at least European countries, it is clear that the legal position of churches and religious communities is regulated in stages and that, upon meeting certain, stricter conditions, they can be recognised with a special status, including the status of legal entities under public law, which enables the exercise of certain sovereign rights (e.g. church tax), or they can be granted “special rights”, which include state financing, religious education in public schools and stronger cooperation with the state as well as performance

³⁵ *Ibid.*, 8.

of the activities within the public domain.³⁶ In the following sections, we will give several examples.

The legal position of churches and religious communities in France is regulated by laws from 1901, 1905 and 1907, which have been partially amended. The 1901 law regulates associations. The 1905 law on the separation of church and state ended the existence of “recognized churches”. According to that law, no religion receives state establishment, and churches and religious communities cease to be public institutions and become part of the private sector.³⁷ Although they are not public institutions, nor they are established by the state, which actually reflects the state’s neutrality towards them, churches and religious communities are subject to a series of special rules in French law. Those rules do not refer to the status of churches and religious communities as such, but rather to institutions and bodies that are important for their work. In fact, French legislation does not always treat churches and religious communities as institutions of private law, but foresees various forms of association through which they can have the access to a legal status, which corresponds to their specific religious needs and through which they can realise tax benefits and public financing of certain activities. Thus, an association founded under the provisions of the 1901 Law (and the majority of Protestant and Jewish organisations belong to that corpus) can be declared an association of public interest by decree. After the First World War and the improvement of relations between France and the Holy See, an agreement was reached according to which the Roman Catholic Church in France could establish diocesan associations (*associations diocésaines*). The core of such associations, which have been established since 1924, is that they can be considered religious associations with a special status.

According to Article 137 of the Weimar Constitution, which has become an integral part of the Basic Law of the Federal Republic of Germany, churches and religious communities acquire legal subjectivity in accordance with the general provisions of civil law, which *prima facie* would make them legal entities under private law. However, religious associations with legal subjectivity, acquired on the basis of civil law, are not associations like others. They do not lose the special constitutional protection, enjoyed by all religious communities, regardless of their legal subjectivity. In this sense, it should be underlined that their constitution is not an ordi-

³⁶ В. Ђурић, „Слобода вероисповести и правни субјективитет црква и верских заједница у европским земљама”, *Страни правни живот* 1/2012, 50.

³⁷ В. Basdevant-Gaudemet, „State and Church in France”, in: *State and Church in the European Union* (ed. G. Robbers), Baden-Baden 2005, 160.

nary association statute, but the independent right of religious communities to have specially regulated rules on membership, etc., which means that it must be taken into account that it is a religious association when interpreting and applying the provisions of the Civil Code on associations.³⁸

Starting from the situation present at the time of its adoption, the Weimar Constitution, in paragraph 5 of the same article, has provided that religious communities shall retain the status of corporate entities under public law (legal entities under public law) if, and to the extent they enjoyed that status in the past, while it has been provided that other religious communities shall have the same rights, i.e. the legal status of legal entities under public law shall be recognized (at their request) if their constitution, i.e. organisation and number of members guarantee permanence. For churches and religious communities that have the status of legal entities under public law, the Constitution explicitly provides that they have the right to collect taxes in accordance with the laws of the federal units. Moreover, the laws also contain a number of provisions that give legal advantages to churches and religious communities with the status of a public law corporation. Thus, besides tax collection, the status of a public law corporation includes several so-called corporate rights such as, for example: the right to employment in the status of employees as civil servants and to establish an employment regime of a public law nature; competence to create other subjects / entities of public law (within churches and religious communities); the right to establish autonomous legislation on the own affairs of churches and religious communities, which is also binding for the legal order of the state; parochial law (ie the right of the church to bind *ipso iure* all members living in a certain area); the right to create public church property, especially church buildings and church bells, to which the state law on public property applies. Bearing in mind the presented constitutional provision on the conditions for recognising the status of a legal entity under public law, the question arises as to whether public authorities have a broad area of assessment. In the decision in the case of the

³⁸ In this sense, the questions arise: does the self-determination of an association play a key role in determining its religious nature and what are the limits of state decision-making in that area? In its decision on February 5, 1991, in a dispute initiated by the Bahai religious community, the Federal Constitutional Court stated *that a community cannot claim to be a religious community based on its assertion and self-understanding, and on that basis justify invoking guaranteed constitutional freedom (...), moreover, it also must show by facts and the spiritual content and external appearance that it is a faith and religious community*. Further, it has stated that *in case of a dispute, and that is checked by a state body, as an application of the state-legal order; (...), as well as that the very term religious community indicates that it refers to the association based on the state-legal order, and not to a purely spiritual community of a cult*. - Bwerf GE 83, 341(353) – see comment in A. V. Campenhausen, H. De Wall, *Staatskirchenrecht*, 2006, 116.

religious community of Jehovah's Witnesses, which required the recognition of the status of a legal entity under public law, the Federal Constitutional Court partially specified those conditions. The court took the position that the conditions of constitutional structure and permanence do not imply only the legal act by which that structure is regulated, but also that they should be understood as a general current state of the church or religious community and a certain number of members. Moreover, the Court considered that the unwritten condition for the recognition of the status of a legal entity of public law consist of the loyalty, which the church or religious community should have towards the legal order. Such loyalty is reflected in acting in accordance with the law, especially when exercising the sovereign rights granted to churches or religious communities by that status, as well as in ensuring that the actions of the church or religious community will not jeopardize the basic principles contained in Article 79, paragraph 3 of the Constitution, fundamental rights of third parties, legal state and democracy. The recognition of the status of a legal entity under public law is within the competence of the federal units. The presented criteria for recognising the status of a legal entity under public law, contained in the provision of the Weimar Constitution, which is taken over by the Basic Law, and its interpretation given by the Constitutional Court, are not regulated more precisely by any lower general legal act passed at the federal level.³⁹ The recognition of the status of a legal entity under public law is carried out by various legal acts - a law (in Bremen, North Rhine-Westphalia), a decree (Hamburg), a conclusion of the provincial government (Baden Württemberg, Berlin, Lower Saxony, Saarland), or a decision of the Minister of Culture (Bavaria).⁴⁰ The decision on the recognition of the status of a legal entity under public law by the executive authority is by its legal nature an administrative act. As a "supra-regional act", the recognition of that status has a partial effect outside the federal province where it was carried out, in the sense that legal subjectivity is recognised throughout the territory of the federal state, while the sovereign powers, granted by that status are limited to the province, which has granted them.⁴¹

³⁹ On the contrary, in practice, they are determined so that the minimum number of members implies at least one per mille of the population of the federal unit, so that necessary the active participation of the religious community in the life of the local community, the availability of funds for financing, and the existence of the community for at least 30 years in FR Germany are necessary. - See more about those conditions in: B. Küster, „Germany, Administrative and Financial Matters in The Area of Religious Freedom and Religious Communities”, in: *Legal Aspects of Religious Freedom, International Conference Legal Aspects of Religious Freedom*, Ljubljana 2008, 343.

⁴⁰ A. V. Campenhausen, H. De Wall, 139.

⁴¹ *Ibid.*

By the way, the presented provisions were not the only norms by which the Weimar Constitution regulated the legal position of churches and religious communities, and which became an integral part of the Basic Law. Article 138 stipulates that the right of (all) religious associations to state aid, based on law, contract or other legal basis, shall be regulated by the laws of the federal units, based on the principles, determined by the Reich. The same article guarantees the right to property and other religious associations rights with regard to their institutions, establishments and other goods that serve worship, education and charitable activities. The stated provisions of the German Constitution on freedom of religion and the legal status of churches and religious communities were elaborated in the laws that were passed at the level of federal units after the entry into force of the Basic Law, but also in concordats and specific agreements between the state, i.e., federal units and churches and religious communities.⁴²

Article 16, paragraph 3 of the Spanish Constitution stipulates that no religion will have a state character, that public authorities will take into account all religious beliefs and will therefore maintain appropriate cooperation with the Roman Catholic Church and other denominations. The Spanish ecclesiastical legal system is regulated by acts that have a pyramidal structure, and the agreements with the Holy See, through which the Roman Catholic Church gets the most rights, are the part of that structure, just below the constitution. After that, there are the agreements concluded by the state, that is, those which the state can conclude with churches and religious communities that are entered in the register, provided it is justified by their influence in society according to the area or the number of followers. Such agreements have to be approved by Parliament in the form of law, and are therefore of a different legal nature than international agreements since they can be amended by a unilateral act of Parliament. Finally, the regime has been established by the Organic Law on Religious Freedom. Such a pyramidal structure shows a hierarchical legal order.⁴³ The above-mentioned sources of law prescribe different rights of individual churches and religious communities within the formal separation of state and church. In fact, it can be concluded that in Spain there are four different legal statuses of the following religious structures: The Roman Catholic Church, churches and religious communities that are entered in the register and that have a strong

⁴² On such contracts, see В. Ђурић, „Уговорно државно-црквено право”, у: *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Београд–Будва 2019, 357–392.

⁴³ I. C. Ibán, „State and Church in Spain”, in: *State and Church in the European Union* (ed. G. Robbers), Baden-Baden 2005, 246.

influence in Spanish society and based on that the state has concluded special agreements with them, churches and religious communities that are entered in the register and religious groups that are not entered in a special register, but may have the legal status of ordinary associations.⁴⁴

The most important law, after the Constitution, which regulates the legal position of churches and religious communities in the Czech Republic is the Law on Religious Freedom and the Position of Churches and Religious Communities from 2002, but their position in certain areas of social life is also regulated by special laws. A very important legal source that regulates certain aspects of the position and activities of churches and religious communities are the agreements between them and the state. Those agreements regulate the issues from certain areas of social life. The legal status of all churches and religious communities is not the same. There are churches that have “basic legal subjectivity”, ie. the status of a legal entity, and churches and religious communities that enjoy “special rights”, such as: teaching religion in public schools, founding schools, the right to state funding, pastoral care in prisons and the army, etc. However, it is an open question whether churches and religious communities that enjoy special rights can be subsumed under the category of legal entities under public law, since that term⁴⁵ is not defined in the Czech legal system. In fact, that model can be considered an adequately set symbiosis of (predominantly) private law and (partly) public law characteristics of churches in the Czech Republic.⁴⁶

In 2007, Slovenia adopted the Law on Religious Freedom, which is the basic legal act that, besides the Constitution, regulates relationship between the state and churches and religious communities. However, although there are no explicit constitutional provisions, in the Republic of Slovenia, besides the enacted law, special agreements have been concluded with churches and religious communities. By their nature, such agreements are not identical acts. The agreements with the Holy See are, by their nature, international agreements, which are above other acts in the hierarchy of legal acts.⁴⁷ Agreements with other churches and religious communities

⁴⁴ G. M. Morhn, „The Spanish System of Church and State”, *Brigham Young University Law Review* 2/1995, 541.

⁴⁵ J. R. Tretera, „State and Church in the Czech Republic”, in: *State and Church in the European Union* (ed. G. Robbers), Baden-Baden 2005, 41.

⁴⁶ See the chapter in this collection: K. Frumarová, „Churches and Religious Societies in The Czech Republic – Private or Public Institutions?”

⁴⁷ D. Čepar, „Religious Freedom and Religious Communities in the Republic of Slovenia”, in: *The State and Religion in Slovenia*, Ljubljana 2008, 20.

in Slovenia were concluded even before the 2007 Law entered into force. The Slovenian law explicitly prescribes in Article 6, paragraph 3 that registered churches are legal entities under private law.

6. The Necessity and Legitimacy of Public Law Subjectivity

On the basis of a very concise comparative law presentation, it is clear that churches and religious communities enjoy not only legal subjectivity, but in a different system of state-church relations, whether they are based on the principle of (strict) separation, cooperation or the existence of a state church/prevaling religion, they enjoy *public law* or *special* legal subjectivity, even when it is expressly determined as private law by positive law. That legal subjectivity is in many respects adaptable to the theoretical determinants of legal entities of public law, which were discussed in the previous sections of this paper, and the possible explicit norming of its private law character is rather a consequence of the normative consistency in the interpretation and postulation of the separation of the state and churches and religious communities than identical equalisation of its position with other private law subjectivities.

Such public law character of the legal subjectivity of churches and religious communities, which does not negate the possibility of their participation (and) in private law relations, is necessary and legitimate in modern law where the division into public and private is inevitable and scientifically relevant.

It is necessary primarily because autonomy, as an essential characteristic of churches and religious communities, implies the existence of their special normative order, their right to regulate relationships of their own importance and within their own structures. That autonomous normative order inevitably “meets”, mutually interacts and also, with all the differences, it forms some kind of intersection with the normative order of the state. Naturally, the possibility of autonomous creation of legal norms does not mean *eo ipso* that the entities that create them are legal entities under public law, since such way of thinking would lead to the pointless conclusion that individuals are also considered as the entities under public law, but it paves the way for consideration of the question of whether and if yes, when it is possible for the autonomous creation of legal norms to have effects in another normative order, the one created by the state and other entities of public law, as well as whether churches and religious communities as creators of autonomous law can effect the recognition of its effects in the normative legal order of the state.

In this sense, it is clear that even acts that regulate issues, which by its nature, purpose, *and even its own self-understanding* of churches and religious communities, fall within their exclusive, internal sphere of competence for making norms, can create rights and obligations for third parties. For example, the regulation of access to religious facilities and institutions, which is undoubtedly in the very field of affairs of churches and religious communities, may inevitably include the regulation of the third parties' rights to access those facilities and institutions. That also reflects the necessity of certain public law characteristics of the legal subjectivity of churches and religious communities.

Starting from their own autonomy, which also includes the right to self-organisation, churches and religious communities use their acts to form, change and abolish different forms and entities, which, in order to effectively carry out their mission, may have the status of a legal entity. Precisely the right to create legal subjectivity, i.e., to grant and abolish the status of legal entity to their organisational units and institutions, which is followed by the state's *obligation* to recognise such subjectivity, because the state must not deal with religious organisation, gives (adds) churches and religious communities the status of legal entities under public law. On the other hand, in order to prevent such creation of legal subjectivities, and even those of a public law character from continuing ad infinitum, or more precisely, to stop newly created legal subjectivity by churches and religious communities to further generate legal subjectivities, there must be a qualitative difference between them in rights and powers. It originates from the very acts of autonomous law and undoubtedly gives *potestas* to churches and religious communities as creators of the others' legal subjectivities, and the regulation of internal public legal relations must necessarily have effects in the state legal order as well.

Apart from creating norms, i.e. regulation by general norms, the autonomy of churches and religious communities also includes the right *to command* in internal affairs, which is carried out by adopting individual norms, most often in matters of election and appointment, management, adjudication, etc. The authority to command within the churches and religious communities would not be complete, nor possible if the state did not accept the decisions of church bodies and institutions. Also, it would not be possible without the immediate legal effect of such decisions, and any state acts that follow those decisions can only have a declarative legal effect, or more precisely, they can only state that the decision of competent authorities and bodies of churches and religious communities has been made. For example,

from a legal point of view, a person becomes the Patriarch of Serbia by the decision of the Holy Synod of Bishops and from the moment of making such a decision, and not by entering that fact in the appropriate register, maintained by the competent state authority that is obliged to make such an entry. That level also reflects the necessity of public law subjectivity of churches and religious communities.

Since churches and religious communities do not have their own bodies that would directly, and if necessary, also by using physical force and performing other material actions, implement their legally adopted decisions in the domain of public law, they must use state aid. *Brachium seculare*, state aid to which churches and religious communities have the right in case of need, and the state is obliged to provide it, is also an indicator of the necessity of their subjectivity under public law. Indeed, one could ask a question whether the autonomy of churches and religious communities could exist at all if, for example, decisions on dismissing priests or religious officials and ordering their eviction from religious buildings were not implemented.

Churches and religious communities as legal entities dispose of property. Of course, their disposal of property is possible in private law, civil relations and through civil law affairs. However, the property of churches and religious communities in many aspects is subject to a special legal regime. In this sense, it is enough to point out that they are the owners of movable and immovable cultural property whose status, on the one hand, greatly limits property rights, but, on the other hand, also protects them in a special way (e.g. by making impossible forced sale of property). There are also *res sacrae*, items that have a ritual purpose, tax reliefs that churches and religious communities enjoy, the impossibility of expropriation of religious property, the possibility of performing economic activities, but with adequate limitations arising from the role they have and the mission they perform, etc. All of those are the clear indicators of the special legal subjectivity of churches and religious communities and the necessity of its normative postulation.

The role and mission of churches and religious communities is inextricably linked with the performance of activities that serve the general interest and facilitate the satisfaction of citizens' needs in various areas of social life. They can perform public services and establish institutions for the purpose of - cultural, educational and scientific activities, health care, social and charitable activities, etc. Public services performance implies public powers in the domain of activities in which they are performed (e.g.

recognition of exams by the theological higher education institutions), as well as keeping adequate public records and issuing public documents (e.g. certificates that a person is a student of a religious school) that have effects in the sphere of state law and are provided with the assumption of accuracy, just as in other cases of public documents. The peculiarity of the performance of public services by churches and religious communities, which is realised through the right to generate new legal subjectivities, more precisely the right to establish institutions for their performance, which will be discussed more in the following sections, is not based on transferred public powers, but stems from the very role and mission of churches and religious communities.

The reasons that lead to the need for the public law subjectivity of churches and religious communities include the modalities of their inclusion in the activities and work of public authorities, other public services established by the state and other political-territorial units, as well as public media services, in order to satisfy religious needs of the population and easier realisation of the right to freedom of religion. In contemporary domestic works, which deal with the public powers of churches and religious communities, some part of such modalities is, not without reason and very lucidly, labelled with the term *participatory public powers*.⁴⁸ In this sense, it is necessary to mention that churches and religious communities must necessarily be involved in the creation, organisation and implementation of religious teaching in public educational institutions, if there are any, and there should be, since they are based on the right and need of parents and guardians, who are believers, but also taxpayers, to provide their children with a religious education in accordance with their own worldviews. Also, that set of reasons should include the performance of religious ceremonies as well as the organisation of pastoral care in the police, army, and prisons. Churches and religious communities are also approaching the status of legal entities under public law with their participation in the development of urban plans for the construction of religious buildings, since in that process they legitimately express the needs of believers. Finally, their participation in the creation of programs of public media services, based on the need of believers to be timely and objectively informed, among other things, on important religious issues, as well as to have the opportunity to follow a

⁴⁸ В. Марковић, „О јавним овлашћењима црква и верских заједница у светлу Митровданског устава и Закона о црквама и верским заједницама”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије*, Зборник радова са научног скупа поводом 15 година од доношења Закона о црквама и верским заједницама (ур. Владимир Ђурић, Владимир Чоловић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 113.

program that contains spiritual values, which can be institutionalised in different ways, undoubtedly classifies churches and religious communities as special entities of public law.

Since they can perform activities that realise the general interest and facilitate the satisfaction of citizens' needs in various areas of social life and participate in the activities and work of public authorities, public services established by public authorities, as well as public media services, in order to satisfy the religious needs of the population and easier realisation of the right to freedom of religion, churches and religious communities can receive subsidies from public, budgetary sources, and part of their activities, especially with regard to the maintenance of cultural assets, in many systems is necessarily financed with public funds.

Finally, but perhaps most importantly, the ways of regulation and institutionalisation of all the above - mentioned reasons and aspects of the relationship between the state and churches and religious communities, besides the one that entirely stems from the state and implies the regulation through legal and constitutional provisions, also include their contractual regulation through agreements, concluded by the state with churches and religious communities. That type of regulation does not occur only in the systems, where it is explicitly provided for by the norms of the state legal order (e.g. FR Germany, Spain), but also spontaneously, since a number of issues related to the inclusion of churches and religious communities in the activities and work of the public authorities, public services established by public authorities, as well as public media services, and with the aim to satisfy the religious needs of population and facilitate the realisation of the right to freedom of religion, cannot be pre-determined and regulated without the participation of churches and religious communities. By their legal nature, such contracts are undoubtedly public – law contracts, and through their conclusion, albeit in a limited sense and scope, the will of churches and religious communities, in cooperation with the state, becomes a source of law.⁴⁹ That is another reason for the necessity of the existence of public law subjectivity of churches and religious communities.

Besides consideration of all the above - mentioned reasons in favour of the necessity of existence of the public legal subjectivity of churches and religious communities, it is also necessary to refer to the questions of whether and if so, when and why such a character of the legal subjectivity of churches and religious communities is legitimate in modern society and the state.

⁴⁹ В. Ђурић (2019), 391.

As pointed out, certain religious organisations are among the oldest community structures known to mankind, and their self-determination and rooted existence, have often historically preceded the creation of modern states. In the process of political constitution of society as a whole, which inevitably implied the division of the public and private spheres, they were often an active participant, either by giving legitimacy to such constitution and making a significant contribution to historical, cultural, even national integration and state-building affirmation, or by opposing the ambitions of absolute secular rulers to subjugate all spheres of social life, and (even) religion. As a result of that process, they found themselves both in the sphere of privacy and in the sphere of the public. More precisely, they gained essential freedom from state control, but not in the sense of an equal sovereign, but in the form of essential autonomy, remaining subject to general state regulation and deserving special respect and special protection in the political community. The basis of such special respect and special protection of churches and religious communities is found in the fact that their members might not agree with the general social agreement that creates a political community, if their inclusion in such a community implies that they are exposed to the risk of violating their strong religious principles.⁵⁰

The special respect and protection that churches and religious communities enjoy in the political community implies the existence of complex and delicate organisational structures with different legal subjectivity, which the state order must make available to their choice. This is the way to satisfy the religious needs of different religious groups through the selection of appropriate organisational structures and types of legal subjectivity as well as to enable true social pluralism and peace. It is undeniably legitimate that different religious groups feel the need to act and organise their lives through different organisational structures, in a wide range, starting from informal associations to structures whose legal subjectivity and action require adequate effects in the sphere of public law. Just as the existence of different religious groups is one of the characteristics of social pluralism, so is the existence of different types of legal subjectivities, within which they act as a mirror, confirmation, but also as a special form of protection of such pluralism.

The existence of churches and religious communities that are legal entities under public law, whose actions and decisions can have public law effects, is not a violation of the separation of the state and the church, if it can be even spoken of such a separation in modern conditions of broad so-

⁵⁰ W. C. Durham (2013), 21.

cial participation. On the contrary, it could be also regarded as some type of corrective and limitation of state power, because the state power is deprived of the possibility to deal with delicate issues that are within the jurisdiction of churches and religious communities, and whose resolution, according to that, requires certain effects in its legal order. After all, the state is no longer, if it has ever been, omnipotent in the Hobbesian understanding of its sovereignty.

The possibility that certain churches and religious communities act within organisational structures that are legal entities under public law does not represent a violation of equality. On the contrary, it is just a simple fact that all churches and religious communities, just like the religious groups, which gather the religions, whose teachings they preach, are not the same. The equality of churches and religious communities through some uniform legal structure in which they would be allowed to act and which would be imposed on them by the state legal order, would not be in accordance with the fact that equality is not the only social value. The tiered legal subjectivity of churches and religious communities, which enables them to be recognised as legal entities under public law after meeting certain, stricter conditions and which is explicitly postulated by certain European countries, does not violate the anti-discriminatory norms of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, if churches and religious communities can apply for such status under equal conditions and provided that the established criteria are not applied in an arbitrary and discriminatory manner. Such an approach reflects the assumption that there are reasonable and objective reasons that justify different treatment, and that they stem from history, tradition, existing obligations, identity formation and limiting the role of government, preservation of social peace and the practicality of dealing with large churches and religious communities.⁵¹

In the context of the legitimacy of the public-law subjectivity of churches and religious communities and the reasons why it is imposed as such, one question calls for special attention. It is the issue of the past, more precisely the longevity and traditionality of certain churches and religious communities as a justification of the recognition of their status as legal entities under public law. That longevity and traditionality are legitimate bases for the public legal subjectivity of churches and religious communities, more precisely for the recognition that their actions and acts can have effects in the state legal order, is also clear from the fact that their

⁵¹ W. C. Durham (2010), 6.

existence is comparable to other ethno-cultural phenomena that precede the creation of modern states such as ethnic and linguistic groups. And just as such groups can have, most often non-territorial, autonomy in matters of vital importance for the preservation of their particularities and, through the bodies that represent them, decide on essential matters of importance for the preservation and development of their own culture and language, which public authorities should accept, in the same way, churches and religious communities must have the possibility to decide on issues of their own interest with the effect in the legal order of the state. Nevertheless, there is an essential difference between the public law subjectivity of churches and religious communities and the legal subjectivity of such non-territorial-autonomous bodies on the one hand, and churches and religious communities and other legal entities under public law, whose creator is the state, on the other. Namely, since churches and religious communities represent organisations *sui iuris et sui generis*, which means that the right to command has not been given to them by the state, but that, in certain areas, they have it by themselves,⁵² it is clear that their public law differs from all the others in its origin, and that public powers are inherent in them.

7. Conclusion

The old division into public and private law, which is even today inevitable and scientifically relevant, and which is based on the particularities of many elements of law inherent only to public or only private law, includes and refers to subjects of law as well. Subjects of public law are a special category of subjects based on their origin, character, legal regime to which their activities and property are subject, as well as the predominant type of legal acts they enact, which decide on the rights and obligations of other persons and/or create legal consequences in public sphere. Those are entities that have been established by the public authority and/or that, even if they have been established by private individuals, they perform public services and are provided with public powers in order to achieve the public interest.

Churches and religious communities are among the oldest communal structures known to mankind, and their existence often historically precedes the creation of modern states. Modern states, by guaranteeing freedom of religion, accept the autonomy of churches and religious communities as their right to decide and manage their internal religious affairs, without public authorities' interference. The essential framework

⁵² С. В. Троицки, *Црквено право*, Београд 2011, 180.

of religious autonomy includes, among other things, the right to exercise religious life within the framework of a corresponding legal entity (subjectivity) or without it, which is inextricably linked to the right of churches and religious communities to create their own subentities and their recognition in the state legal order in accordance with the decisions of religious organisations and encountering state regulation of their activities in culture, education, charity work, health care.

In comparative law, churches and religious communities do not have the same legal position, nor do they have the same rights within the formal neutrality of the state towards religion. The significant differences that exist in terms of the status and character of legal subjectivity, the legal position and scope of the rights enjoyed by certain churches and religious communities, reflect the diversity of religions and depend on the historical legacy and the general relationship between the state and churches and religious communities. However, even in the systems where, in principle, they have the status of legal entities under private law, churches and religious communities can differ from other associations and they can have access to a legal status that corresponds to their specific religious needs. Moreover, in most European countries, their legal status is arranged in stages and they can, upon meeting certain, stricter conditions, be granted a special status, even the status of legal entities under public law, which enables the exercise of “special rights”, which ordinary associations do not have, nor they could have them.

Such a “special status” of churches and religious communities is in many respects identical to the status of legal entities under public law. Moreover, it is necessary and legitimate in modern law. It is necessary, since autonomy as an essential characteristic of churches and religious communities implies the possibility that they regulate with their acts the rights and obligations of third parties to a certain extent, and that their decisions, made within the scope of the right of command, have direct legal effects in the domain of state law and, if necessary, they can be carried out with the help of state, that they generate new legal subjectivities, which the state is obliged to recognise, as well as that, by performing public services, they have public powers in the domain of activities in which those services are performed, such as deciding on individual rights and interests, keeping appropriate public records and issuing public documents that have effects in the sphere of state law and are provided with the presumption of accuracy, just as in other cases of public documents. Also, such status is necessary so that they can be included in the activities and work of public authorities,

other public services, established by the state and other political-territorial units and public media services (participatory public authorities) in order to achieve public interest and meet the needs of citizens, as well as to allow them to perform religious ceremonies and organise spiritual care in the police, the army, prisons, etc. If we add to that the special legal regime of the property of churches and religious communities, as well as the possibility of their participation in the regulation of the above - mentioned issues through special agreements, concluded with the state and its bodies, it becomes unequivocally clear that their subjectivity under public law cannot be contested. Such a character of the legal subjectivity of churches and religious communities is legitimate, since, in some cases, they preceded the political constitution of society and/or they have made a special contribution in that process. In this sense, the recognition of the public-law subjectivity of certain churches and religious communities, with the right that others too, under equal conditions, can apply for such a status, is not a violation of equality, but an expression of the simple fact that all churches and religious communities as well as the religious groups, which also gather the religions, whose teachings they preach, are not the same. Such an approach reflects the assumption that there are reasonable and objective reasons, which justify their different status and treatment, and which derive from history, tradition, existing obligations, identity formation and limiting the role of the government, the preservation of social peace and the practicality of dealing with churches and religious communities that gather large number of believers.

Владимир Ђурић

Виши научни сарадник, Институт за упоредно право Београд

ЦРКВЕ И ВЕРСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ КАО ПРАВНА ЛИЦА ЈАВНОГ ПРАВА

Сажетак

*Предмет овог рада је анализа правног субјективитета цркава и верских заједница. Полазећи од деобе права на јавно и приватно, у раду се указује на карактеристике правних лица јавног права. Након анализе аутономије цркава и верских заједница и њиховог положаја у упоредном праву, закључује се да је њихов правни субјективитет близак статусу правних лица јавног права. Цркве и верске заједнице могу својим правним актима стварати права и обавезе у правном поретку државе, генерисати нове правне субјективитете, вршити јавне службе, водити јавне евиденције и издавати јавне исправе, и то чине као организације *sui iuris et sui generis*. Јавноправни карактер правног субјективитета цркава и верских заједница је у савременом праву нужан и легитиман.*

Кључне речи: цркве и верске заједнице, јавно право, правни субјективитет, правна лица јавног права.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Аврамовић С., *Црква и држава у савременом праву, Прилозу настанку државно-црквеног права у Србији*, Београд 2007.
- Basdevant-Gaudemet B., „State and Church in France”, in: *State and Church in the European Union* (ed. G. Robbers), Baden-Baden 2005, 157–186.
- Bloß L., „European Law of Religion – organizational and institutional analysis of national systems and their implications for the future European Integration Process”, *Jean Monnet Working Paper* 13/03.
- Bouvier P., *Éléments de droit administratif*, De Boeck & Larcier, Bruxelles 2002.

- Водинелић В., *Јавно и приватно право*, Службени гласник, Београд 2016.
- Врачар С., „Основи разликовања „јавног” и „приватног” права”, *Анали Правног факултета* 5/1982, 747–811.
- Vyver J. D., „Constitutional Protections and Limits to Religious Freedom”, in: *Law, Religion, Constitution* (eds. Cole Durham *et al.*), Ashgate Publishing Limited, Farnham 2013, 105–124.
- Димитријевић В., Пауновић М., *Људска права*, Београдски центар за људска права, Београд 1997.
- Durham C. W., „The Right to Autonomy in Religious Affairs: A Comparative View”, in: *Church Autonomy: A Comparative Survey* (ed. Gerhard Robbers), Peter Lang, Frankfurt am Main 2001, 683–714.
- Durham C. W., „Legal Status of Religious Organizations: A Comparative Overview”, *The Review of Faith & International Affairs* 2/2010, 3–14.
- Durham C. W., „Religion and the World’s Constitutions”, in: *Law, Religion, Constitution* (eds. W. Cole Durham *et al.*), Routledge, London 2013, 3–36.
- Ђурић В., „Слобода вероисповести и правни субјективитет цркава и верских заједница у европским земљама”, *Страни правни живот* 1/2012, 24–52.
- Ђурић В., „Уговорно државно-црквено право”, у: *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско–приморска, Београд–Будва 2019, 357–392.
- Ibán I. C., „State and Church in Spain”, in: *State and Church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers), Baden-Baden 2005, 139–155.
- Кунић П., *Управно право (општи и посебни дио)*, Правни факултет, Бања Лука 2001.
- Küster B., „Germany, Administrative and Financial Matters in The Area of Religious Freedom and Religious Communities”, in: *Legal Aspects of Religious Freedom*, International Conference *Legal Aspects of Religious Freedom*, Ljubljana 2008, 335–357.
- Лилић С., *Управно право / Управно процесно право*, Правни факултет, Београд 2013.
- Марковић В., „О јавним овлашћењима цркава и верских заједница у светлу Митровданског устава и Закона о црквама и верским заједницама”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије*, Зборник ра-

- дова са научног скупа поводом 15 година од доношења Закона о црквама и верским заједницама (ур. Владимир Ђурић, Владимир Чоловић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 101–119.
- Милков Д., *Управно право*, књ.1, Правни факултет, Нови Сад 2009.
- Милосављевић Б., *Управно право*, Правни факултет Унион, Београд 2013.
- Митровић Д., „О односу јавног, приватног, државног и самоуправног права”, *Анали Правног факултета* 5/1982, 852–856.
- Митровић Д., „Аутономија као појам и облик, О смислу, врстама и домаћајима аутономије”, *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/2003, 417–440.
- Morhn G. M., „The Spanish System of Church and State”, *Brigham Young University Law Review* 2/1995, 535–553.
- Радловић М., *Обнова српског државно-црквеног права*, Фондација Конрад Аденауер, Београд 2009.
- Robbers G., „Legal Aspects of Religious Freedom”, Opening Lecture, in: *Legal Aspects of Religious Freedom*, International Conference *Legal Aspects of Religious Freedom*, Ljubljana 2008, 11–22.
- Томић З., *Управно право, систем*, Правни факултет, Београд 2002.
- Treter J. R., „State and Church in the Czech Republic”, in: *State and Church in the European Union* (ed. G. Robbers), Baden-Baden 2005, 35–54.
- Троицки С. В., *Црквено право*, Правни факултет, Београд 2011.
- Frumarová K., „Churches and Religious Societies in The Czech Republic – Private or Public Institutions?”, поглавље у овом зборнику.
- Campanhausen A. V., Wall H., *Staatskirchenrecht*, 2006.
- Ћепар Д., „Religious Freedom and Religious Communities in the Republic of Slovenia”, in: *The State and Religion in Slovenia*, Ljubljana 2008.

Остали извори

- Bverf GE 83, 341.
- Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, Application no. 45701/ 99.
- Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas v. Austria*, Application no. 40825/98.
- Hasan and Chaush v. Bulgaria*, Application no. 30985/96.

**CONCEPTUAL COMPARISON
OF “POLITICAL QUESTION“
AND “RELIGIOUS QUESTION“ DOCTRINES****

**Autonomy of churches and religious communities
and the scope of judicial review**

“...And I affirm that the magistrate’s power extends not to the establishing of any articles of faith, or forms of worship, by the force of his laws.“

John Locke, *Letter Concerning Toleration*

Summary

In this paper author performs a comparative conceptual analysis of two non-justiciability doctrines born in the practice of the US Supreme Court - the political question doctrine and the religious question doctrine. The rationales for both doctrines are somewhat complementary and are contained in the principle of separation of powers, ie the separation between state and church, as well as the epistemological impossibility of the courts to delve into issues that are political or religious at their essence. In the second part of the paper, author analyzes various theoretical attempts to, in the absence of clear guidelines arising from case law, clearly shape the religious question doctrine, i.e. limit its application, since the absolute exclusion of issues that contain an admixture of a religious component from judicial control in modern secular state is not acceptable. In this sense, theoretical attempts that distinguish between normative and positive religious issues, those that arise within the framework of public and private law, were analyzed, as well as the attempt of the so-called secular translation, as a modality of limiting the religious question doctrine. Nevertheless, the author in the paper, starting from the historical development of the religious question doctrine, points out the (re)affirmation of the

* Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade, v.markovic@iup.rs, ORCID: 0000-0001-9258-5015

** The article was made as a result of the scientific research work of the Institute of Comparative Law financed by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia according to the Agreement on Implementation and Financing of Scientific Research of SRO in 2023 (registration number: 451-03-47/2023-01/200049 of February 3, 2023).

institutional autonomy of churches and religious communities as the core and the most consistent criterion for shaping this doctrine. Questions of self-determination of churches and religious communities (such as internal organization regulation, the election of leaders, and the formulation of one's own religious teaching) must therefore undoubtedly remain beyond the reach of judicial review. The author concludes in the paper that the further course of development of the religious question doctrine, ie will it be stable and predictable, and thus legitimate, or will it be non-linear and turbulent, as is the case with the political question doctrine in contemporary legal systems, will exclusively depend on adherence to this criterion of institutional autonomy of churches and religious communities.

Keywords: political question doctrine, religious question doctrine, autonomy of religious organizations, separation of powers, judicial review.

1. Introductory remarks

Being faced with profound questions of religious doctrine and practice, civil courts have very often approached such cases very cautiously. The Holy Bible offers us two such vivid examples. Thus, Pontius Pilate, as someone who had the authority to impose the death penalty in the province of Judea, being involved in the simmering intra-Jewish religious conflict at the time, utters a somewhat powerless sentence that could be repeated by today's judge involved in a similar dispute: "What is the truth?"¹ On the same track, the Roman proconsul of Greece acted noticeably more decisively. Namely, on the accusations that the Apostle Paul "induce people to worship God contrary to the law", he responded that does not want to be a judge in matters over a Jewish doctrine, thus summarising the attitude that civil magistrates hold throughout the following centuries that they are not competent to judge of a religious truth!² The aim of this article is to examine such attitude of the judicial authorities towards cases with a religious element in contemporary conditions, to show its non-linear evolution based on case law, and to outline its theoretical contours and rationale, as well as to provide arguments *pro* and *contra* of such behavior of today's supreme courts, primarily in the American, decentralized system of judicial review. We see the reason for such an endeavour in accepting the stance that determination of the relationship between religious autonomy and judicial authority is the very core of

¹ See N. Foster, „Respecting The Dignity Of Religious Organizations: When Is It Appropriate For Courts To Decide Religious Doctrine?“, *University of Western Australia Law Review* 1/2020, 191.

² R. W. Garnett, „A hands – off approach to religious doctrine: what we are talking about?“, *Notre Dame Law Review* 2/2009, 842–843.

contemporary debates over conflicts between law and religion.³ The position that in the system of separation between Church and state, not even the judicial branch of government can decide religious question, i.e. declare religious truth nor should never take sides in religious matters,⁴ is widely known in the US legal system as “religious question doctrine”. However, naming one legal phenomenon is not even close to adequately defining it. In fact, it can be said that the name itself in this case causes more doubts than it provides answers. First of all, this concept of judicial *hands off* approach is far away from coherent one, as the term doctrine would imply. To begin with, what matters could actually be undoubtedly classified as religious? What rationale is justifying enough for such restraint of one branch of sovereign government in modern secular state? Does never “taking sides” really means never ever delving into religious disputable matters, or there are some tolerable, or even desirable exemptions? These are some of the issues that the article will try to shed the light on.

But firstly, it should be underlined, for the purpose of adequate conceptual analysis of the religious question doctrine, its obvious similarities, in the terminological, but also theoretical and evolutive sense, with the political question doctrine, another landmark of public law and praetorian practice of the US Supreme Court.⁵ The paper will therefore show, through

³ M. A. Helfand, „Litigating Religion”, *Boston University Law Review* 93/2013, 495. On the relationship of religious autonomy to the other two branches of government, primarily the executive see V. Marković, „Doktrina polja slobodne procene i njena primena u vezi sa članom 9. Evropske konvencije“, in: *Državno–crkveno pravo kroz vekove* (ur. Vladimir Čolović *et al.*), Mitropolija crnogorsko primorska – Institut za uporedno pravo, Beograd 2019, 297–324.

⁴ C. C. Lund, „Rethinking the “Religious Questions” Doctrine”, *Wayne State University Law School Research Paper* 6/2014, 1019.

⁵ Although historically it appeared at a similar time to the American concept of the doctrine of political questions, the French analogue concept, acts of government (*les actes de gouvernement*), was jealously considered as a peculiarity of the French system exclusively. S. Manojlović, *Pojedinačni politički akti. Razgraničenje od upravnih akata*, neobjavljena master teza, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, 1. With numerous similarities with the doctrine of political questions, acts of government, as Dendias described it, was one of the most discussed concepts in the French administrative law theory. (See R. Marković, *Izvršna vlast*, Savremena administracija, Beograd 1980, 102–103.). It is a matter of interesting curiosity, however, that one of the cases in the practice of the French State Council which were turning point in the evolution of the concept of *les actes de gouvernement* concerned religious issues, more precisely the decree on the dissolution of illegal religious congregations at the end of the 19th century. (M. Petrović, „Takozvani „akti vlade“ i pravni pojam politike”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 58/2011, 73) Although it is an interesting case of the intersection of religious and political issues, this and other cases of the French Council of State are not in the immediate focus of this article, since it primarily analyzes the practice and theoretical framework

the diachronic lens, the similarities between these two doctrines. These similarities have long been observed in theory, through providing their rationale in the first place. However, they are also sometimes noticeable on the verbal level as well. Thus, political question doctrine found its source in a quote from a Supreme Court decision that served as a very cornerstone of the decentralized system of judicial review (*Marbury v. Madison*), that "... questions in their nature political, or which are by the constitution or laws, submitted to the executive, can never be made in this court".⁶ Similarly, through the plethora of cases, the Supreme Court, while explaining the "hands off" approach to the religious questions, took the stance that they were *purely ecclesiastical in character*.⁷ Still, apart from the seductive similarities, there are certain differences between these two doctrines, some of which will be highlighted in detail in the article. For example, although analysis of political question doctrine seems quite instructive in our endeavors regarding religious question doctrine, it seems that the former one goes far beyond. This is because, while the courts avoid entering into the evaluation of a political question because they feel that one of the other two branches of government is better suited to resolve that question, there are cases, as later chapters will show, when the courts refrain from evaluating a religious question, although none another institution is not intended to fill such an adjudicative void. In such situations, however, one of the core functions of church autonomy is neglected, i.e. adjudicatory function whereby religious institutions are empowered to resolve their internal disputes.⁸ This important function, however, can be useful to us for one last introductory, terminological distinction, between seemingly identical concepts, such are dejudicialization of religion and religious question doctrine. In our article, we do not take those terms as synonyms, mostly because the dejudicialization of religion, as Mayrl and Venny defined it, represents the opposite process to the active involvement of courts in determining the limits of freedom of religion, that is, in other words, it represents the strengthening of other, non-judicial actors in managing religious issues (legislatures, bureaucracy,

of American jurisprudence, since it went the farthest in shaping the separate concept of "religious question doctrine". However, for more on the concept of acts of government in French administrative law, see G. Breban, *Administrativno pravo Francuske*, Službeni list SRJ – CID, Beograd – Podgorica 2002, 222–226.; and in more recent publications e.g. C. Saunier, *La doctrine des „questions politiques„ Étude comparée: Angleterre, États-Unis, France* LGDJ, Paris 2023; J. Bell, F. Lichère, *Contemporary French Administrative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2022, 164–166.

⁶ U.S. Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), par. 99.

⁷ See R.W. Garnett, 840.

⁸ M.A. Helfand, 499.

quasi-public bodies).⁹ As can be clearly seen, this definition clearly overlooks the role of religious institutions themselves, as relevant non-judicial actors. Religious question doctrine, on the other hand, very often highlights religious institutions and their autonomy and the right to self-determination. The ultimate purpose of this article is to reexamine the potential of such institutional autonomy of churches and religious communities to be served as adequate core of the contemporary religious question doctrine.

2. Political question doctrine

Like many other dangerous things, political question doctrine also gained itself safe appearance and innocuous name.¹⁰ Doctrine itself derives from the distinction between legal and political questions and reflects (self) imposed limits of courts due to contrasting functions of different branches of government.¹¹ The development of the doctrine in the system of decentralized judicial review, such as the American one, went casuistically, from case to case, which is why the attempts to reach a clear theoretical synthesis of the doctrine were weak.¹² Truthfully speaking, such not so successful attempts are partly a necessary consequence of the impossibility of a complete substantive demarcation of politics and law, i.e. the existence of numerous gray areas,¹³ which at the same time are often very sensitive social issues. What

⁹ D. Mayrl, D. Venny, „The dejudicialization of religious freedom?“, *Social Compass* 3/2021, 345.

¹⁰ R. F. Nagel, „Political Law, Legalistic Politics: A Recent History of the Political Question Doctrine“, *University of Chicago Law Review* 2/1989, 643.

¹¹ T. R. S. Allan, „Justiciability and Jurisdiction: Political Questions and the Scope of Judicial Review“, in: *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford 2003, 161.

¹² For more on political questions within centralized system of judicial review see V. Đurić, „Politička pitanja u sudskoj kontroli ustavnosti“, *Pravni život* 12/2006, 1185–1196.

¹³ O. Vučić, D. Stojanović, „Ustavno sudstvo na preseku prava i politike“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2009, 101. In this sense, Lon Fuller's position that “justiciability is essentially a matter of degree, since there are polycentric elements in almost all problems submitted to adjudication” appears as justified. According T.R.S. Allan, 188. Also interesting is the attempt to offer a theoretically coherent legal notion of politics, which is an endeavor made by Milan Petrović in Serbian legal theory. This author thus first distinguishes between the concepts of public authority and public service, whereby the dividing line is of an organic nature. Thus, the highest state bodies are not public service providers, but bearers of public authority instead. An additional, essential difference is found in the different types of subjective public rights that belong to state bodies. Thus, holders of public services have subjective public rights – functions, the characteristic of which is that they can be misused. On the other hand, the highest state bodies have absolute subjective public rights, whose characteristic is the impossibility of abuse in the legal sense, because they are exercised at the unlimited free discretion of their holders. For this

then can be considered as the rationale of the doctrine? In order to answer this question, it is necessary to briefly describe its evolution.

2.1. *From traditional towards
modern political question doctrine*

The roots of the political question doctrine go back to the very beginnings of judicial review in America and the famous case of *Marbury v. Madison*. The further colorful evolution of the political question doctrine can be seen in two phases: the traditional and the modern one, with the dividing line between the two phases being set by the Supreme Court itself in the case of *Baker v. Carr* in 1962. In the first, traditional phase, the political question doctrine was the doctrine of judicial restraint indeed, in the sense that the final decision on a certain factual question was left to the political branches of government, in accordance with the diction of Judge Marshall. After 1962, by the praetorian practice of the Supreme Court, the doctrine ceases to be an expression of judicial self-limitation, and becomes, quite the opposite, an expression of judicial power. Since the ruling in the case of *Baker v. Carr*, the Supreme Court grabs for itself *power to decide*, or to put it differently “deciding whether a matter has been committed by the Constitution to the another branch of government is a responsibility of the Supreme Court, as an ultimate interpreter of the Constitution, to decide”.¹⁴ How did this become possible? The answer is – by the Supreme Court’s attempt to synthesize previous cases into a coherent and applicable test for determining whether it is necessary to invoke a political question doctrine in a specific case.¹⁵ One such attempt was made in 1962 in a case concerning the refusal of the state of Tennessee to update its apportionment statute from 1901, despite the fact that the situation regarding the state population has changed dramatically, which supposedly gave some voters more voting rights than others.¹⁶ Considering this case to be justiciable, Judge William J. Brennan crystallized six criteria by which the Supreme Court in the future can decide whether to invoke the political question doctrine, thus reformulating the political question doctrine. Therefore, in order to be declared as question that is *political in its nature*, and thus excluded from

author, the exercise of absolute subjective public rights thus represents the legal concept of politics and the added value to all, until that, unsuccessful non-legal attempts to define concept of politics. M. Petrović, 81–83.

¹⁴ See T. L. Grove, „The lost history of political question doctrine”, *New York University Law Review* 90/2015,1914.

¹⁵ S. Dodson, „Article III and the Political-Question Doctrine”, *New York University Law Review* 116/2021, 694–695.

¹⁶ *Ibid.*

the judicial review, concrete issue needs to fulfill at least one of following requirements: (1) Textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; (2) A lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; (3) The impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; (4) The impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; (5) An unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; (6) The potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.¹⁷

Those six factors, besides founding the modern political question doctrine, also proved wrong the stance on impossibility of reducing the political question doctrine to rules or standards.¹⁸ Also, since other justiciability doctrines (e.g. mootness, ripeness, standing issues etc.) address the parties to the case or factual context, the political question doctrine addresses the issue of the case itself.¹⁹ Therefore, after the six Baker factors appeared, the key question has become whether the modern political question doctrine is jurisdictional or prudential? An analysis that, in approaching this question, directs attention towards the textual and teleological interpretation of the factors themselves seems meaningful. According to such an analysis, it is only the first, and the most straightforward factor, jurisdictional in its nature. The remaining ones are prudential. The first factor imposes a question is there a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinated political department, thus having its ground explicitly in the Constitution. Otherwise, if the first factor were also prudential, the court would enjoy discretion in referring to it, even in cases where it is obvious that factor one is present, which would not make sense. The rest Baker factors are prudential, treating the competence of a court to resolve the issue (factors 2 and 3), or being constructed as an additional means of safeguarding the principle of separation of powers (factors 4,5,6).²⁰ The key consequence arising from the described difference is that only cases that fall under factor 1 are forever barred from adjudication. On the other hand, the cases that fall under the remaining Baker factors are changeable, and thus are not definitively exempt from judicial review,

¹⁷ U.S. Supreme Court, *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

¹⁸ M. Tushnet, „Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine“, *New York University Law Review* 80/2002, 1208.

¹⁹ R. Park, „Is the Political Question Doctrine Jurisdictional or Prudential?“ *UC Irvine Law Review* 2/2016, 264.

²⁰ *Ibid.*, 276.

since in the future, with a changed factual context, they may be considered justiciable.²¹ Some scholars are of the stance that the formulation of these six factors actually has a more restrictive effect on the applicability of the doctrine, than it provides well-founded grounds for invoking it.²² It seems that the analysis that separates jurisdictional and prudential factors in the manner described actually leads to the same conclusion - restricting the political question doctrine.

Finally, the description of the evolution of the political question doctrine, from traditional to modern, would not be complete if we do not refer to one global trend. It is about the modern phenomenon of judicialization of *mega* or *pure* politics, which no longer represents restriction of political question doctrine, but rather its demise. Judicialization of *pure* politics is the theoretical concept that encompasses a more active role of courts in electoral processes, issues of national security, macroeconomic plans, but above all, judicial activism in issues of formatting the collective identity and struggles over the *raison d'être* of the political community as such.²³ The range of cases that can be subsumed under the modern phenomenon of judicialization of pure politics is very wide - from the case of bilingualism before the Canadian Supreme Court, to the German Federal Constitutional Court dealing with issues of relations between a united Germany and the EU. Nevertheless, from the aspect of the subject of this paper, and because of the deep significance it can have on the formation of the identity of a political community, the cases with a religious element within this phenomenon are particularly interesting. Thus, for example, the Supreme Constitutional Court of Egypt, determining the scope of Sharia law in Egypt public law, imposed itself as an authoritative interpreter of religious Sharia norms. Similarly, the Supreme Court of Israel, interpreting the provisions of the Law on Return and Citizenship, actually offered its answer to the question "what does it mean to be a Jew, in Israel as a democratic and Jewish state". Given the simultaneously both ethnic and confessional character of the Jewish tradition, the Supreme Court's decision to recognize non-orthodox ways of converting to Judaism done abroad unequivocally represents the entry of the Supreme Court into the domain of religious doctrine. A similar, but reversed role has the Constitutional Court of Turkey, which is considered a key guardian of the strictly secular character of the

²¹ *Ibid.*, 279.

²² See E. Gill, „Judicial Answer To Political Question: The Political Question Doctrine In The United States And Israel”, *Boston University Public Interest Law Journal* 2/2014, 259–260.

²³ R. Hirschl, „Judicialization of politics”, in: *The Oxford Handbook of Political Science* (ed. Robert Goodin), Oxford University Press, Oxford 2011, 258.

Turkish state and has a role in limiting anti-secularist movements. This last example, moreover, shows the tendency to legalize pure politics in cases of so-called constitutional disharmony, considering the fact that strict Turkish secularism is opposed by the fact that the vast majority of Turkish citizens identify themselves as Muslims.²⁴ It is inevitable to note that judicialization of pure politics, or juristocracy impose a serious challenge to the separation of power principle, as well as lead to the demise of the political question doctrine.²⁵ Will that demise be the definitive phase in the evolution of the political question? We are of the opinion that such a conclusion would still be premature, both for reasons of historical experience,²⁶ as well as because of the latest events in Israel, which show the desire of the executive and legislative authorities to undermine the authority of the judicial branch and the Supreme Court of Israel in particular.

2.2. Political question doctrine rationale

Dictum from the judgment of *Marbury v. Madison*, about the fact that “questions in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made to this court” is obviously of a disjunctive character, i.e. two categories of situations arise from it in which the judiciary cannot decide - issues that are political in nature and issues that, according to the constitution and the law, are delegated to the executive branch of government.²⁷ Despite this disjunctiveness, we can point out that the basic rationale of the political question doctrine lies in the separation of powers. The rationale of ill-equipment of the judiciary to resolve the cases which are *political in their nature* can be seen as a separate principle, but certainly deriving from the separation of powers. Or, to put it differently, if the court is incompetent to resolve the case, then the issue at stake is better committed to one of two other branches.²⁸ The

²⁴ R. Hirschl, „The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, *Fordham Law Review* 2/2006, 735–740, 746.

²⁵ *Ibid.*, 751.

²⁶ Comparative experience prompts us to be careful, since a withdrawal of acts of government (*le recul de les actes de gouvernement*) has already occurred once in France, due to both their frequent abuse and considering them as an anomaly. This tendency to narrow acts of government was prematurely greeted as a definitive prevention of the hypertrophy of political issues in the sphere of administrative law. (See R. Marković, 107–108 as well as S. Manojlović, 40).

²⁷ S. Dodson, 691.

²⁸ R. Park, 274. For a different position, which clearly separates these two categories into jurisprudential nature of political question doctrine (“question political in their nature”), and political nature (“question submitted to the executive”), and thereby also separates jurisprudential nature from the concept of separation of powers see E. Gil, 253–255.

understanding of the political question doctrine as a *primary function of separation of powers*, as it is stated in Baker case, was, however, also present in the traditional, pre-Baker phase of the doctrine.²⁹

Determining the immediate ground of the political question doctrine, however, is far from indisputable. Some authors believe that the immediate ground of the doctrine lies in Article III of the US Constitution, which extends judicial power to “cases” and “controversies”. This conclusion is supported by the Supreme Court itself, which in a case from 2006. took the position that the doctrine of political issue, together with the doctrines of mootness and ripeness, originate in Article III’s ‘case’ or ‘controversy’ language.³⁰ There are, however, some voices unwilling to accept such standpoint. According to them, the traditional stage of doctrine has nothing to do with Article III, nor was the argument of case and controversies requirement as a rationale for political question doctrine has ever been mentioned in that stage.³¹ Similarly, even in the modern phase of the doctrine, some authors deny that its source is in Article III of the Constitution. Instead of Article III, according to them, the source of the doctrine lies in the provisions of the substantive law that governs the question. So the key question remains whether the norm of substantive law (e.g. Equal Protection Clause) allocates decision to entity other than courts. If it is so, then reference to Article III is redundant.³² If this point of view is accepted, it further has significant and numerous consequences on the scope of application of the political question doctrine. Among other things, it may happen that the courts retain jurisdiction to decide matters that are peripheral to the political question. Such peripheral matters are, *inter alia*, determining which decision maker other than the judiciary has constitutional authority to resolve the question under the substantive law. More straight forwardly, it can happen that one substantive law allows judicial authority and another substantive law makes the same issue political (e.g. some redistricting plans may be non-justiciable under Guarantee clause, but may be justiciable under the Equal Protection Clause).³³ Although this departure from Article III towards substantive laws, as source of doctrine is justified by the fact that it makes the doctrine more workable,³⁴ the presented possible consequences

²⁹ R. Park, 265.

³⁰ US Supreme Court, *Daimler Chrysler Corp. v. Cuno*, 547 U.S. 332, 352 (2006); More on non justiciability doctrines see M. Davinić, *Koncepcija upravnog prava SAD*, Dosije, Beograd 2004, 169–190.

³¹ R. Park, 265.

³² S. Dodson, 683.

³³ *Ibid.*, 684–685.

³⁴ *Ibid.*, 735.

of this reorientation can actually be understood as another cause of narrowing the application of the political question doctrine.

2.3. Negation of political question doctrine

However, in contrast to theoretical positions and judicial practice, which ultimately have the result of narrowing the application of the doctrine of political issues, there are positions for which such an effect is simply not enough. Instead, they go towards a complete denial of the existence of political acts, i.e. political question doctrine. One of the greatest critics of judicially untestable acts of government on the Old Continent was the French public law scholar, Leon Duguit. He called the doctrine of acts of government *sinister and absolutist*, since, according to him, this doctrine enables arbitrary deviations from the principles of material legality. Disrespecting those principles would mean that there is no public law at all. Certain decisions of the Tribunal for conflicts of jurisdiction were, therefore, warmly welcomed by Duguit as the definitive end of acts of government, as a relic of the regime of arbitrariness,³⁵ and their, it will turn out to be temporary, disappearance from French law, were marked as a significant element of his main theoretical construction - the transformations of public law.³⁶

Even on the American continent, the political question doctrine has been criticized that actually, such doctrine, do not exist at all, because it is actually a cluster of disparate legal rules and principles which may lead to the decline of jurisdiction to hear a case or decide an issue.³⁷ Louis Henkin went the furthest in the seriousness of these criticisms, whose goal is not to minimize, but to completely eliminate exceptions from judicial review.³⁸ According to Henkin, the so-called the political question doctrine is nothing more than ordinary respect of the courts for the political domain, so there is no need for a special doctrine that would require judicial abstention.³⁹ In fact, he was of the opinion that the doctrine was a result of a progressive who considered judicial restraint as a necessary precondition to a certain social reforms.⁴⁰ Henkin was of the stance that the cases that are allegedly brought under the political question doctrine are not actually any extra abstention, but decisions on the merits, only that in the specific case such

³⁵ Cited according to M. Petrović, 74.

³⁶ L. Digi, *Preobražaji javnog prava*, Gece Kon, Beograd 1929, 199–206.

³⁷ M. E. Tigar, „Judicial Power, the Political Question Doctrine, and Foreign Relations”, *UCLA Law Review* 6/1970, 1135.

³⁸ R. Nagel, 1989.

³⁹ L. Henkin, „Is There a Political Question Doctrine”, *Yale Law Journal* 5/1976, 597.

⁴⁰ R. Nagel, 1989.

a decision on the merits means that the issue is within the constitutional authority of the President or Congress. Thus political question doctrine becomes nothing more than ordinary constitutional interpretation which results in the standard deference to the lawful decisions of other branches of government.⁴¹

It could be noted that Duguit's critique is pretty much prescriptive. In contrast, Louis Henkin, in addition to his clear negative attitude towards possibility that certain issues remain outside the scope of judicial review, has, however, offered an coherent, normative in its nature critique of considering those issues as a political question doctrine.

3. Religious question doctrine

As we have seen from this summary, the political question doctrine is facing considerable controversies, non-linear evolution, and a recent trend of narrowing, due to the phenomenon of judicialization of politics. Given that, analogously to this trend, in theory there is also notion about the judicialization of religious freedom,⁴² so one may rightfully ask: what about religious question doctrine? Long history of civil courts refraining from inquiry into religious issues was called religious question doctrine. Its analogies with the political question doctrine have long been recognized in the theory, which emphasized that the religious question doctrine is also a non-justiciability doctrine. In other words, as soon as a lawsuit appears before the court that would imply a judicial assessment of a question with a religious element, the court has no choice but to dismiss the case.⁴³ Moreover, even parallels between the key rationales of the two doctrines were drawn. Namely, the courts are equally incompetent to resolve both political and religious questions, and such incompetence derives from the constitutional principle of separation. In the case of political questions, it is a separation of powers, while in the case of religious question, it is the separation of state and church.⁴⁴ Similar to the political question doctrine, the religious

⁴¹ See M. Tushnet, 1208.

⁴² J. T. Richardson, „The judicialization of religious freedom: Variations on a theme”, *Social Compass* 3/2021, 375–391.

⁴³ J. Goldsetin, „Is There a “Religious Question” Doctrine? Judicial Authority to Examine Religious Practices and Beliefs”, *Catholic University Law Review* 2/2005, 499., as well as S. Levine, „The Supreme Court's Hands-Off Approach To Religious Questions In The Era Of Covid-19 And Beyond”, *U. Pa. Journal of Constitutional Law* 24/2022, 277.

⁴⁴ J. Goldstein, 500. In regard to the separation of church and state, which is embodied in the USA in the Non-establishment clause, it is inevitable to emphasize that comprehensive separation is neither possible nor desirable, even in the American experience. (R.

question doctrine was applied in a whole series of different cases. Furthermore, with religious question doctrine the plethora of case law is even more heterogeneous, so that it includes almost all spheres of litigation: consumer fraud, child custody, divorce, employment discrimination, torts, etc. L. Tribe described such heterogeneity as American courts treated almost everything that even resembled inquiry into religious matters as a forbidden domain.⁴⁵ In fact, this kind of shorelessness can be taken as the first slight difference between those two doctrines, but before pointing out some more significant differences, it is necessary to show a theoretical attempt on systematization as well as the evolution of religious question doctrine through the presentation of a few most notable cases.

3.1. From institution centred toward question centred doctrine – is it really helpful?

Given that the content of the dispute criteria was not particularly helpful for the theoretical systematization of the religious question doctrine, unlike the political question doctrine, scholars moved their focus to the analysis of the court's attitude in cases with a religious element, regardless of the content of specific cases. In this sense, it is notable to mention P. Dane's detailed schematism regarding the standpoint of the American courts, in the first place, towards cases with a religious element. This author classifies the approach of the courts in matters involving religious issues into four categories of abstention. The primary form of abstention is adjudicative abstention, which refers to the situations in which the court chooses not to hear certain intrareligious disputes at all. Besides adjudicative abstention, there is also a substantive interpretative abstention and it refers to the situation when courts do not abstain from hearing a case *in toto*, but still abstain from certain specific acts. This category can be split in two subcategories: jurisdictional interpretive abstention, in which a civil court would decline to try to identify the locus of religious authority within a religious community, and procedural interpretive abstention, in which a civil court declines to look into whether a religious community's own procedural forms have

W. Garnett, 851). As Professor Witte has observed in a witty manner, „wall” of separation in the public law has proved as more „serpentine“, both in the sense of winding and twisting, and in the Edenic sense of “seductively simple”. (according to R.W. Garnett, „Religion and Group Rights: Are Churches (Just) Like the Boy Scouts?”, *St. John's J. Legal Comment* 22/2007–2008, 523.). More on US understating of secularism in Serbian language see S. Gajin, „Skice za studiju o slobodi religije – princip odvojenosti crkve od države”, *Strani pravni život* 2/1997, 67–74.

⁴⁵ See J. R. Goldstein, 520.

been complied with.⁴⁶ Bearing in mind this extremely instructive classification, we can paraphrase Fuller and say that judicial abstention in the religious matters is essentially a matter of degree as well.

The religious doctrine has its roots in medieval English law, where there were separate and parallel jurisdictions of two courts- Crown's and church ones, each having their own province.⁴⁷ Nevertheless, on American soil, religious question doctrine, or as it is also named in the literature, church autonomy doctrine, was born in the Supreme Court decision *Watson v. Jones* from 1871. The case concerned the question of who is the rightful elder of the Walnut Street Presbyterian Church in Louisville, Kentucky. Property which has been central in the dispute was conveyed by a man and his wife to the local church who was in presbytery that was in tension with the national church. Tensions exploded shortly after the Civil War, and the Old School Presbyter Church, just like Methodists and Baptists before, split over the sensitive issue of slavery. The result of the schism was two competing groups claiming for court ruling that the property in question belonged to the group that adheres more faithfully to the original teachings of the church. In this case, the Supreme Court ruled out that civil jurisdiction does not have jurisdiction over disputes that are purely ecclesiastical in nature, because they must be resolved by the church authorities. In other words, internal church hierarchy is the one who should decide which faction was the rightful claimant to the property.⁴⁸ By quoting that "whenever the questions of discipline, or of faith, or ecclesiastical rule, custom, or law have been decided by the highest of these church judicatories", Supreme Court has actually understood the religious question doctrine as a hierarchical deference principle.⁴⁹ There

⁴⁶ P. Dane, „The Varieties Of Religious Autonomy”, in: *Church Autonomy: A Comparative Survey* (ed. Gerhard Robbers), Peter Lang, Frankfurt am Main 2001, 128–129. In addition to the categorization of abstention, this author also offers the classification of affirmative deference, which covers the variety of situations in which recognize the norm of religious institution at least, and rely in its own acting on the first order norms of religious community or decisions issued by its own decision-making body. Thus this author within the spectrum of affirmative deference includes recognition, substantive deference, decisional deference, constitutive and dynamic deference. P. Dane, 130. Affirmative deference actually means that the ultimate decision is still vested upon the court, but the court can now move focus from its determination of respective rights to the competent understanding of religious perspectives. A. Deagon, 80.

⁴⁷ J. R. Goldstein, 504.

⁴⁸ L. Weinberger, „The Limits of Church Autonomy”, *Notre Dame Law Review* 3/2023, 1261., as well as E. Osborne, M. Bush, „Rethinking Deference: How the History of Church Property Disputes Calls Into Question Long-Standing First Amendment Doctrine”, *SMU Law Review* 4/2016, 811–842.

⁴⁹ E. Osborne, M. Bush, 817. A similar position was confirmed more than 50 years later in the case of *Gonzalez v. Roman Catholic Archbishop*. In this case, the question of the

are, however, some scholars who saw in this judgment not only sincere, noble reasons for non-interference in internal religious matters, but rather a convenient tool for politically motivated support, to a faction that was more favorable to the Union in the after war period.⁵⁰

As it can be seen from the mentioned cases, which mainly related to the question of church property, in its initial phase, religious question doctrine played the role of constitutional analog to religious arbitration, or to put it differently, had the dispute resolution function. Such function has been entrusted to religious institutions which were the preferable forum to resolve their own internal affairs. This doctrine thus has relied on the institutional character of religious organization.⁵¹

Further evolution of the doctrine went in the direction of shifting the focus from the institutional towards the substantive character. Simply

Archbishop's refusal to appoint as his chaplain a minor who did not complete the necessary theological schools, although such an obligation arose from the deeds signed by the relative of the minor Gonzalez, was raised before the Court. Referring to the Watson case, the Court pointed out that the appointment of a chaplain is a canonical act and that it is up to the religious authorities to determine whether the candidate meets the requirements. Moreover, Court has stated that "In the absence of fraud, collusion, or arbitrariness, the decisions of the proper church tribunals on matters purely ecclesiastical, although affecting civil rights, are accepted in litigation before the secular courts as conclusive, because the parties in interest made them so by contract or otherwise." *Gonzalez v. Roman Catholic Archbishop of Manila*, 280 U.S. 1 (1929), par.4. However, it should be drawn one subtle difference between court approach in *Watson* and in *Gonzales*, in the context of Dane s schematism. While *Watson* is undoubtedly an example of jurisdictional interpretive abstention, noting of acceptance of church tribunals decision in litigation before the secular courts clearly led us to the conclusion that *Gonzales* is an example of affirmative deference. If we strive to be completely precise, it would be actually the decisional deference subcategory. Also, in another case involving a property issue arising from a schism between two Presbyterian churches in Georgia, the well-known judge Brennan pointed out that allowing the civil courts to determine ecclesiastical questions would lead to a total subversion of religious bodies and would not be consistent with the American understanding of state and church relations. (See R.W. Garnett, 845).

⁵⁰ E. Osborne, M. Bush, 836–837. One may note that either *Marbury vs. Madison*, as an initial case that mentioned political questions, was not fully deprived of similar perspicacious and not so naive intentions of the judges. Thus Krbeč states that judge Marshal purposefully chose this case for the establishing the judicial review, because he was sure that declaring the law unconstitutional went in favor of the administration in this case. See I. Krbeč, *Ustavno sudovanje*, Jugoslovenska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb 1960, 46.

⁵¹ M. Helfand, 533. This author further warns that the religious question doctrine was sometimes used to dismiss the cases even in situations where there was no appropriate forum to fulfill the adjudicative gap. In such cases, the religious question doctrine was used exactly contrary to its initial purpose, and instead of providing an adequate forum for discussing the religious question, it left the parties without a such an forum at all. *Ibid.*, 544–545.

put, the key question is not anymore *where* the dispute should end, but *what* types of issues the court cannot resolve. A key role in this evolutive shift, similar to the transition from the traditional towards the modern phase of the political question doctrine, was played by judge Brennan. In that sense, definitive transition was made in the case of the *Serbian Eastern Orthodox Diocese v. Milivojevich*. The Supreme Court of Ilionis has declared invalid the decision of the Holy Synod of the Serbian Orthodox Church in Belgrade to defrock the bishop Dionisije and to appoint administrator Fermilian, on the grounds that such an action was arbitrary, i.e. the internal church procedures were not followed. Judge Brennan influenced the Supreme Court to reverse this decision, considering that allowing civil courts to probe deeply enough into the allocation of power under the autonomous church law would violate the First Amendment, pretty much as civil determining the religious doctrine.⁵² According to the dictum of the judgment of the Supreme Court, the fatal error of the Illinois Supreme Court was that it rested upon an impermissible rejection of the decisions of the highest ecclesiastical tribunals of this hierarchical church upon the issues in dispute, and therefore impermissibly substituted its own inquiry into church polity and resolutions based on those disputes.⁵³ There is an opinion that in this way, Brennan actually put the cart before the horse, because deference to the religious institutions has become nothing more than a method of avoiding a religious question.⁵⁴ A somewhat analogous situation was in the case of over church property issues in *Kedroff v. Russian Orthodox Church*,⁵⁵ but also in the *Ballard* case, which had nothing to do with church property, but rather with the constitutional provision of Free Exercise which was interpreted by the Supreme Court in such a way that inquiry over the truth or falsity of religious claims, such as the miracles of new testament or after death life is

⁵² *Serbian Orthodox Diocese v. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976)

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ M. Helfand, 537.

⁵⁵ Similar to *Milivojevich*, in this case the Supreme Court reversed a decision of the New York Court of Appeals which had upheld a statute awarding control of the New York property of the Russian Orthodox Church to an American group seeking to terminate its relations with the hierarchical Mother Church in Russia. The New York Legislature had concluded that the Communist government of Russia was actually in control of the Mother Church, and that "the Moscow Patriarchate was no longer capable of functioning as a true religious body, but had become a tool of the Soviet Government primarily designed to implement its foreign policy," the Supreme Court did not follow this line of argumentation and concluded that Religious freedom encompasses the „power of religious bodies to decide for themselves, free from state interference, matters of church government as well as those of faith and doctrine." *U.S. Supreme Court Kedroff v. Saint Nicholas Cathedral*, 344 U.S. 94 (1952)

strictly forbidden.⁵⁶ At the first glance, one may notice that decision in *Bal-lard* is fully in line with the evolutive shift between institutional centered and question centered religious question doctrine.

But, despite that, we believe that it is precisely on the example of *Milivojevich* that it can be proven that the difference between these two phases, existing in theory, is at least exaggerated, if not completely unfounded. On a contrary, we are of a stance that the case of *Milivojevich*, like *Kedrof*, is completely on the track of institutional centered religious question doctrine. Firstly, that derives from the very dictum of the judgment. Just with reference to earlier church property disputes, Judge Brennan considered that the “First Amendment values are plainly jeopardized when church property litigation is made to turn on the resolution by civil courts of controversies over religious doctrine and practice. If civil courts undertake to resolve such controversies in order to adjudicate the property dispute, the dangers are ever present of inhibiting the free development of religious doctrine and of implicating secular interests in matters of purely ecclesiastical concern. . . . The First Amendment therefore commands civil courts to decide church property disputes without resolving underlying controversies over religious doctrine. This principle applies with equal force to church disputes over church polity and church administration.”⁵⁷ This quote can be understood as a preserving dispute resolution function, as well as promoting institutions centered religious question doctrine. Moreover, the number of situations in which the need for institutional deference may arise is so wide, but there is still one common denominator - respect for such institutional autonomy. So it would be pointless to emphasize every issue or group of issues as a turning point in the evolution. Therefore, in contrast to the political question doctrine, where judge Brennan really brought a significant turn, this was not the case with the religious question doctrine, and the division into *institution* and *question* centered phase is pretty much redundant. Moreover, insisting on such or similar divisions, in the consideration of religious question doctrine, can lead us back from one of the somewhat coherent factors, to an even greater casuistry.

3.2. Religious question doctrine rationale

It has already been mentioned that the religious question doctrine, analogous to the political question doctrine, has two, mutually intertwined, rationales. Nevertheless, from the interesting observation that the cases in which the religious question doctrine was invoked, do not represent issues

⁵⁶ J. Goldstein, 510.

⁵⁷ *Serbian Orthodox Diocese v. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976)

of metaphysical nature, but rather what individuals or communities believed and how they acted, C. Lund draws an additional, intriguing conclusion. According to him, the rationale for the doctrine does not lie in judicial incompetence to resolve theological doubts, but rather lies in religious freedom. Thus, the decision whether to apply the doctrine depends on whether its application would make the Court better approach religious freedom.⁵⁸ Although it seems tautological and even insufficiently precise, we find this position worth mentioning, if for no other reason than the interesting possibility that the reason for the doctrine may be, analogous to Petrović's legal concept of politics, in the character of religious freedom as subjective public right. And indeed, if the state and its bodies that exercise public authority can be seen as bearers of subjective public rights, is it not all the more possible to consider individuals, and even more religious communities, as holders of the same subjective public right to freedom of religion?⁵⁹

Both rationales were very succinctly summarized by Judge Kennedy when he questioned both *wisdom* and *constitutionality* of acting of the Supreme Court to act as a national theology board.⁶⁰ Wisdom and constitutionality reasons for religious question doctrine were given different names in theory, but in essence they represent, analogous to Park's analysis of 6 Baker factors, jurisdictional and prudential reasons for religious question doctrine. A. Deagon names them pragmatic rationale and principled rationale. Principled rationale derives from the constitutional principles of non-establishment and free exercise and represents the prevention of giving one religion discriminatory or preferential treatment through judicial examination of religious question. Pragmatic rationale, on the other hand, is a consequence of lack of judicial competence to decide religious question. This adjudicative disability is a consequence of a deeper epistemological problem, that is, the impossibility of secular judges being equipped with analytical tools to examine questions based

⁵⁸ "When courts think that religious liberty is best served by avoiding religious questions, they avoid them. When courts think that religious liberty requires answering religious questions, they do it" C.C. Lund, 1022.

⁵⁹ An example of reasoning based on this point of view can perhaps be the practice of the Supreme Court in cases of challenging measures that limited attendance at religious services during the Covid-19 pandemic. In these situations, the Supreme Court, starting from the inseparableness of individual and collective components of religious freedom, recognized the importance personal attendance has for Jewish religious services, as well as the fact that communion for Catholics cannot be done online. By doing so, the Court deferred to the claimant's own understanding of religion (See S. Levine, 307), which can also be considered an example of the affirmative deference approach, only this time it is not about decisional, but rather a substantive deference.

⁶⁰ C. C. Lund, 1027.

on nonrational sources.⁶¹ In other words, religious truths are not a matter of true or false, because they are based on mysticism. They are not based on the logic of law, but, as was pointed out in the Milivojevich case, they are neither rational nor measurable by objective criteria.⁶² Therefore, in such circumstances, we can paraphrase Njegoš's verse, and say that these questions are where (all?) judicial knowledge fails.

While, to put it in R. Park's analysis terminology, jurisdictional rationale is mostly undisputed,⁶³ the justification of prudential reason is highly contested. At the same time, these theoretical challenges can be taken as a kind of attempt to shape the religious question doctrine, since due to the diversity of cases in which the doctrine can be invoked, its uncritical and absolute use is neither possible nor advisable.⁶⁴ The value of these shaping attempts depends exclusively on whether it concentrates on pragmatic rationale, or whether it also penetrates into the sphere of principled rationale. A valuable endeavor in that direction is made by Goldstein, who, being aware of the fact that even when a case involves religion, it is not always clear whether a religious question has been raised, distinguishes between *normative religious questions* and *positive religious questions*. Starting from the analogy with the political question doctrine, and the terminology of the Baker case, this author considers normative religious question to be those questions for which the court really cannot use objective and rational tools (whether religious teaching is correct or not, how a religious association should be organized, which practices should be followed).⁶⁵ There is indeed an unbridgeable epistemological gap regarding these issues. On the other hand, positive religious questions are those questions that the court can resolve without the risk of crossing the epistemological border, that is, in Baker's language, those for which it has judicially discoverable and

⁶¹ A. Deagon, "The 'Religious Questions' Doctrine: Addressing (Secular) Judicial Incompetence", *Monash University Law Review* 1/2021, 61–65. See also M. A. Helfand, „When Judges Are Theologians: Adjudicating Religious Questions“, *Legal Studies Research Paper Series* 12/2017,10.

⁶² R.W. Garnett, 856. Some authors, on the other hand, are of the opinion that the conception of law and religion as a systems with inherently distinct methodologies is actually an oversimplification of both law and religion. According to them, religious beliefs are based on the same type of evidence as secular ones, especially those that lack first-hand experience. See J.A. Goldstein, 536.

⁶³ Judicial dwelling into the profound religious matters would inevitably lead, even if the prudential reason of incompetence is abstracted, to a constitutionally prohibited entanglement with or endorsement of religion, which in the final consequence can rise to the level of prohibited denominational preference. M.A. Helfand, (2021), 11.

⁶⁴ J. A. Goldstein, 502.

⁶⁵ *Ibid.*, 533.

manageable standards for resolving it. Such standards are the ones courts use ordinary and are based mainly on fact finding, since in this case the question is what one religion says on a specific topic. Therefore, resolution of positive question does not interfere with the authority of religious organization on their own matters, or as Goldstein summarized it *the government plainly cannot tell the Catholic Church who the Pope should be, but it would be hard to find that a court unconstitutionally meddles with the Church by saying who the Pope is.*⁶⁶ As an *a fortiori* affirmation of positive religious questions as a method for narrowing of religious question doctrine, it is very often cited an argument that judges are not really theologians, but they also do not have knowledge of technology, complex knowledge of medicine and finance, and yet very often, based on fact findings, they are obliged to make decisions in these matters as well.⁶⁷ Additionally, it is stated that there is no difference between knowing the content of a positive religious question and the procedure of knowing the foreign legal norms. This attitude is easily confirmed precisely in cases where the court needs to know the legal norm of a foreign state, which, coincidentally, is a religious norm at the same time, as is the case with the legal system of Iran, India or Israel!⁶⁸

However, not everything is so simple and binary even with this division. Analogous to the normative/positive question dichotomy, Lund develops his terminology of first order and second order religious questions. Second order will encompass temporal and empirical questions, that lie fully within the investigative capacities of the court, in contrast to the theological and metaphysical claims under first order questions. Although he admits that the difficulties may arise because it is possible overlapping between these two categories, Lund classifies typical cases of religious question doctrine (*Watson* and *Milivojevich*) as a second order question, with the summary statement that these cases do not include any theological or metaphysical question.⁶⁹ Although it is not explained in more detail, we cannot agree with this statement. From our standpoint, the issue that was put before the Court in *Watson*, and even more in *Milivojevich* had sever theological, and, dare to say, even metaphysical roots. To start with, the Supreme court judgment succinctly states that the issue of reorganization of the Diocese involves solely a matter of internal church government, as an issue at the core of ecclesiastical affairs.⁷⁰ It is evident that the judgment

⁶⁶ *Ibid.*, 540. Or, in the same manner, it cannot be described as a meddling in Jewish doctrine an obvious subsumption that a ham sandwich is not kosher. A. Deagon, 70.

⁶⁷ M.A. Helfand, (2013), 548.

⁶⁸ J. A. Goldstein, 538.

⁶⁹ C. C. Lund, 1016.

⁷⁰ *Serbian Orthodox Diocese v. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976)

ab verbatim opposes the standpoint on this case as an example of second order, ie questions fully deprived of ecclesiastical elements. Our disagreement further stems from the concept of self-determination of churches and religious communities, which can be briefly described as self-regulation of one's own identity and internal organization in the first place. It is important to note that the ontological identity of the Church or the religious community exists beyond and before state recognition, which is thus nothing more than a matter of (declarative) legal reality.⁷¹ So, in both cases, and especially in the *Milivojević* case, ecclesiology expressed in concrete arrangement of internal organization is inseparable part of the theology. Although in specific cases the issues of property (*Watson*) and arbitrariness, yet autonomous, procedure (*Milivojević*) were disputed, these issues are only an external, surface manifestation of a deeper issue that was threatened, which is the self-evident identity of these religious communities as such. The duty of the state to recognize their right to self-determination in these cases was contained in the self-restraint of the judicial branch of government, which prevented undermining the dignity of the religious parties to internally decide and regulate their own doctrines, which, let's underline once again, is the very core of religious question doctrine.⁷² There is no doubt, therefore, that although the boundary between normative and positive, and first order and second order can indeed be blurred, the cases of *Watson* and *Milivojević*, as well as those similar to them, unequivocally belong to the justifiably applied religious question doctrine. The difference, however, is that *Milivojević* is undoubtedly a classic example of what Dane calls procedural interpretive abstention, and *Watson* is an equally classic example of jurisdictional interpretive abstention.

3.3. Attempts to shape religious question doctrine

The considered dilemma, however, only imposes the need to go deeper in the theoretical considerations of drawing contours to the religious question doctrine. This need is even more necessary because, judicial practice has not produced any coherent factors similar to those in the Baker case and political question doctrine. On the contrary, the Supreme Court has failed to clarify a number of descriptive and normative issues, thus leaving the religious question doctrine more like a grab bag of precedents rather than a clear rule of deference.⁷³ Some scholars, as one of the possible

⁷¹ B. Šijaković, *Ogledanje u kontekstu – o znanju i vjeri, predanju i identitetu, crkvi i državi*, Službeni glasnik, Beograd 2011, 471 –472.

⁷² N. Foster, 177.

⁷³ R.W. Garnett Garnett (2007), 526.

reasons for the absence of such a relevant test, which would emerge from judicial practice, marked the absence of agreed meaning upon the term “religion”.⁷⁴ Therefore, before presenting, in our opinion, three relevant theoretical attempts to shape the religious question doctrine, we will briefly refer to this significant (incidental) question.

3.3.1. Legal determination of the concept of religion as a incidental question

The basic problem of legal determination of the concept of religion (in the context of our paper, as a incidental question) originates from two legitimate but conflicting tendencies. The first respects the position that, according to Đurić, in a modern secular state, state authorities, including the courts, are considered unfit to determine whether a certain belief system can be considered a religion.⁷⁵ Durham and Evans go even further in affirmation of the deference approach, while stating that in some jurisdiction there is a fear that *any* attempt to define religion may *itself* be an inappropriate intrusion into religious matters.⁷⁶ On the other hand, legal (by legislative or judicial authorities) definition of religion is sometimes necessary, especially in procedures of acquiring legal subjectivity,⁷⁷ if for no other reason, then because of the *ratione personae* limitation of religious freedom, i.e. due to the determination the beneficiaries of freedom of religion within the legal order. This is simply because if the courts could not discern which practices are ‘religious,’ then they could not credibly assess governmental actions in the field of exercising religious freedom.⁷⁸

Hence the position that a demarcation line should still be drawn seems justified, but that drawing must be done with a gentle hand and must not be under- or over-exclusive.⁷⁹ In order to meet such goal, the theory

⁷⁴ J. A. Goldstein, 526.

⁷⁵ V. Đurić, „Pojam religije u pravu”, u: *Religija, politika, pravo* (ur. Jovan Ćirić, Velibor Džomić, Miroljub Jevtić), Institut za uporedno pravo, Mitropolija crnogorsko–primorska, Centar za proučavanje religije i versku toleranciju, Beograd – Budva 2015, 182.

⁷⁶ W. C. Durham, C. Evans, “Freedom of Religion and Religion–State Relations”, in: *Routledge Handbook of Constitutional Law* (eds. Mark Tushnet, Thomas Fleiner, Cheryl Saunders), Routledge London 2013, 245.

⁷⁷ For more on certain constitutional dilemmas related to the registration procedures of churches and religious communities, see V. Marković, M. Romić, „O ustavnosti registrovanja crkava i verskih zajednica – prilog proučavanju državno–crkvenog prava”, *Strani pravni život* 1/2020, 45–61.

⁷⁸ J. A. Goldstein, 528.

⁷⁹ J. L. Neo, „Definitional imbroglios: A critique of the definition of religion and essential practice tests in religious freedom adjudication”, *International Journal of Constitutional Law* 2/2018, 577.

offered several factors that can be helpful in defining religion within the legal order. Those factors include ensuring comprehensiveness, accounting for internal interpretational diversity, observing local particularities, and avoiding dominant sociocultural attitudes.⁸⁰ Exemplary case law of the European constitutional courts, on the other hand, gave birth to somewhat different criteria. The first, and the most important criteria, according to the practice of the Federal Constitutional Court of Germany, is the self-understanding of believers. However, self-awareness, as a subjective criterion, must necessarily be complemented by a second, objective criterion. This objective criterion is, according to the position of this Court, “factual confirmation, according to the spiritual content and external image, that it is really a religious community”. A similar condition is set by the Italian Constitutional Court, who talks about the need for a religious community “to prove the nature and characteristics of a religious organization in accordance with the criteria prescribed by the state”.⁸¹ The theory describes such criteria differently, in more or less detail. Nevertheless, among such criteria, the requirement for the existence of a minimum organizational structure is almost unavoidably mentioned,⁸² whereby the adjective *minimally* is no further described. In our opinion, this adjective should be understood as a concession to the criterion of organizational structure not being set under inclusive, and thus discriminatory. On the other hand, the condition of the organizational structure, together with the position of the Federal Constitutional Court of Germany that “the very concept of religious community a connection based on the state order, and not a purely spiritual community of a cult”,⁸³ can potentially ease the definitional difficulties of state authorities, including the judiciary. Of course, on the condition that the state authorities refrain from evaluating the specific form of the organizational structure.

3.3.2. Differentiation between public and private law disputes as a criteria for shaping the doctrine

The political question doctrine, with all the difficulties of its understanding, appeared for a long time in terms of a more or less classified group of issues (the relationship between the legislature and the executive,

⁸⁰ *Ibid.*, 579.

⁸¹ Cited according V. Đurić (2015), 184. For more information on attempts to define the concept of religion in the practice of European constitutional courts, see V. Đurić, *Sloboda veroispovesti u jurisprudenciji evropskih ustavnih sudova*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2012, 27–32, 62–88.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

the sphere of foreign affairs, appointment to high officials, powers related to the state of war or emergency). The cases, however, that are encountered in religious question doctrine are even more scattered. Therefore, it is attention worthy the attempt classification attempt made by Helfand, which in the second step can also serve as a theoretical criteria for shaping the doctrine as well. In determining the criteria for classification, he used an antique, well-known, but still not completely consistent division - the division into public and private law. According to this author, private law disputes implicating religious question doctrine usually involve the interpretation of contracts or other commercial agreements that include some sort of religious terminology (e.g. some purchase agreements for goods that have religious connotations, or marriage agreements stipulate a religious pattern of behavior). Invoking a religious question doctrine in those cases leaves the parties without legal recourse for a sometimes obvious legal wrongs. On the other hand, public law disputes implicating religious question doctrine are situations where the court is asked to apply the regulatory infrastructure in circumstances that invariably require some sort of interrogation of religious doctrine or the scope of religious assertions.⁸⁴ In these situations, considering the rule of *stare decisis*, the Supreme Court will actually remove from the legal order the regulation by which entanglement is concluded. Narrowing the religious question doctrine in the sphere of private law matter relies on the fact that not all religious-context issues are too hard to understand and resolve by courts, so the rationale of incompetence, or pragmatic rationale could be overcome by standard fact finding techniques, including expert testimonies⁸⁵ or even simplest subsumptions (e.g. that ham sandwich does not fit the Jewish kosher criteria).

This criteria for shaping the religious question doctrine is in accordance with one of its original functions, which was to ensure that the religious question is discussed before an adequate forum, only in an inverse way: by preventing the issue with religious terminology from being left without a forum for adequate resolution. Nevertheless, even in the private law case the absence of judicial self-restraint cannot mean disrespect for the right of a religious organization or its members to determine the meaning of their own religious commitments. This balance can be achieved with a contextual approach, where in addition to the objective meaning of a term, the meaning assigned to it by specific parties is also taken into account.⁸⁶

⁸⁴ M. A. Helfand, (2017), 3.

⁸⁵ *Ibid.*, 24–25.

⁸⁶ N. Foster, 182.

On the other hand, the reason why public law issues may rest as a core of religious question doctrine is that theological investigation conducted by court in such cases will lead to the kinds of inequalities that convey impermissible entanglement between religion and the state, by asking judges to identify the scope and true meaning of religious doctrine or practices.⁸⁷

Therefore, achieving a balance between protecting the freedom of religious groups to determine the doctrines of their own religion, as well as protecting the legitimate expectations of private parties who entered into arrangements based *inter alia* on the mutual understanding of their religious doctrines and terminology Foster called *hands off unless* approach. The term *unless* encourages courts to decline to decide a religious question unless it is in a private law context and the parties have chose to subject themselves to a specific religious regime. As an added value of this approach, Foster emphasizes the maximum respect and protection of religious freedoms of religious groups!⁸⁸

The attempt to shape the religious question doctrine through a classification based on the whether it is a private law or public law dispute, therefore, has its advantages. Those advantages are: *prima facie* known classification criteria, preservation of the function of not leaving parties without a forum for resolution, as well as sensitivity to the institutional component of religious freedom that occurs with the *hands off unless* approach.

Unfortunately, the first advantage is one of the two biggest disadvantages of this approach at the same time. This is because, although the existence of division into public and private law is indisputable today, neither theory nor practice has made a clear and unambiguous demarcation line, perhaps due to reasons of objective impossibility. Furthermore, it can be argued that in modern conditions, this subtle difference is further blurred, which, of course, lowers the value of this criteria for shaping the religious question doctrine. Proof for this claim can be found in the fact that sometimes the same religious issues arise in the context of public law, and sometimes in private law,⁸⁹ but, even more, that the cases around which the religious question doctrine arose historically (church property issues) can be classified within Helfand's classification as a private law rather than a public law dispute.

Another disadvantage of this framing criterion is the inconsistent practice of courts in the USA even within the division into private law and

⁸⁷ A. Deagon, 66–67.

⁸⁸ N. Foster, 183.

⁸⁹ M. A. Helfand, (2017) 5.

public law disputes. Thus, there were cases in which the company (ConAgra, as a parent corporation of the Hebrew National Brand) was sued that their meat products were not 100% kosher, even though they were advertised as such, and the courts accepted *ad literam* their statements on the defining the words kosher were intrinsically religious in nature, and thus, as courts regrettably recongized, left consumer without remedy.⁹⁰ On the other hand, in 2012 there was judicial approval of regulatory infrastructure touching religious issues - kosher law. Namely, it is stated that those laws did not violate the establishment clause because it did not prescribe a standard for kosher, but rather required sellers to identify, as a matter of disclosure, individuals that are certified to determine that their food is kosher indeed.⁹¹ With this inconsistent practice, the Supreme Court not only failed to develop the factors for shaping as it did with the political question doctrine, but also made it even more difficult and even somewhat meaningless the division into disputes of private and public law as a criterion for shaping the religious question doctrine. In other words, despite the initial potential, the criterion has become too casuistic for the two reasons mentioned. And to the problem caused by casuistry itself, further casuistry cannot be the answer.

3.3.3. (Lost in) secular translation

Absolute and unexceptionable application of the religious question doctrine can cause serious consequences. In cases of church property as well as alleged discrimination in employment, doctrine could be a fig leaf for maintaining the *status quo*, that is, preserving a powerful church stream or church institution as an employer immune to an otherwise potentially meritorious claim.⁹² Particularly severe consequences may arise in the matters of applying doctrine in marriage law situations, with significant implications for the position of children and their right to freedom of religion. For example, in *Zummo v. Zummo*, applying adjudicative abstention, the Court refused to enforce the prenuptial agreement according to which father (who after divorce became a Catholic) agreed not to take children to the services that are contrary to the Jewish faith. The court asked itself “what is covered by the terms religious services and contrary to them, as well as what constitutes Jewish faith” and thus rendered this particular norm of agreement unenforceable.⁹³ Those examples once again show the inadequacy of the

⁹⁰ US District Court District of Minnesota, Civil No. 12–1354 (DWF/TNL) from 6.6.2012.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² S. Levine, 282.

⁹³ Supreme Court of Pennsylvania, *Zummo v. Zummo*, 394 Pa. Superior Ct. 30 (1990).

previous criterion, but also impose the necessity of searching for its alternatives. One such alternative is offered by McCrudden in something we can define as a *translation endeavour*. According to this author, when dealing with the religious issues, courts will convert the religious language in which the religious believer or the religious group presents their case into a form that is more consistent with the courts' understanding of what would constitute acceptable reasons. This articulates relevant interests and tells the believer what they mean in language that is consistent with secular or public reason.⁹⁴ It is also suggested that this approach should be complemented not by the neutral approach of judges, but by the approach of *honest objectivity*, in order to avoid situations of disinterest or, in a worse scenario, to use neutrality as a veil for secularism understood as counter or anti-religious. Honest objectivity is thus "moral perspective which is fair to all concerned, but is simultaneously as free as possible from the subjective religious or ontological preferences of the adjudicator".⁹⁵ One may note the seemingly obvious similarities with what Dane subsumes under "affirmative deference." However, at this point we would like to draw a subtle demarcation line. Namely, if *honest objectivity* inevitably goes hand in hand with the idea of secular translation, as its corrector, than the thesis on its compatibility with the *affirmative deference* categories cannot be supported. This is because the logical consequence of secular, as well as any other translation, is the lapse of some of the meaning of the translated term, which can also be contained in a religious norm. Through secular translation, the religious term will be consumed either way, but with honest objectivity there is a chance that such consuming will not be *mala fide*. Idea of affirmative deference, rest upon a completely different assumption - secular courts respect (and accept) the norms adopted by religious bodies as such, only in different degrees - from simple (declarative) recognition, to relying on them during the procedure.

The purpose of such approach is to adequately treat "the pragmatic rationale", which, as we have already said, can be subject to an exception from the application of the religious question doctrine, even by using "regular" court techniques. The problem, however, arises when the court gets carried away and finds itself in the role of translator into the secular language,

⁹⁴ According A. Deagon, 71. Habermas thus offers a classic example of translation, according to which the biblical idea of humanity created by the image of God has its secular translation in inviolable dignity of human beings. (J. Habermas, J. Racinger, *Dijalektika sekularizacije – o umu i religiji* (prev. D. Stojanović), Dosije studio, Beograd 2007, 28.) Dane also cites an example of an admittedly more porous secular translation in statutory treatment of kosher food as no more than no fat, or organic.(P. Dane, 139.)

⁹⁵ According to A. Deagon, 76.

and thus the values of that language, not only questions that fall under pragmatic rationale, but also go into what is principled rationale. Such a situation occurred in the case of *Cobaw*, where the court has imposed its own views on religious doctrine, by deciding whether discrimination on the basis of sexual orientation occurred. Namely, Christian youth camps refused to make a reservation for a campsite to a complaint (Cobaw Community Health Service) who was running the project designed to support service to same-sex attracted people. Victoria Supreme Court was of the stance that particular view that homosexuality is contrary to God's will is a matter of finding a fact in the first place, and more importantly, not a core doctrine of this specific Christian community. According to the statutory provisions of Christian youth camps, the facilities in its object are to be conducted in accordance with the fundamental beliefs and doctrines of the Christian Brethren, which was in line with the fact that Equal opportunity act recognizes that compliance with the obligation to act in non discriminatory way may in some circumstances conflict with the religious freedom. However, court neglected those arguments, stating that those statutory requirements do not *convert* secular purpose into religious one. And since activity of booking is wholly secular, and without intrinsically religious character, court considered that question of doctrinal conformity can not meaningfully arise. So although those who were running the camp considered that their religion required them to refuse the booking, the Court considered that were not religiously obliged to do so.⁹⁶ From the above, it can be seen that this example does not meet the requirement for an honest objectivity approach, and it is also questionable whether it is based on what should be the purely pragmatic rationale of the religious question doctrine. Likewise, this case, although it borrows the terminology of conversion, clearly demonstrates certain shortcomings of the idea of secular translation. Those flaws derive from the core problem of translation itself – if the languages are so fundamentally different, there is a growing tendency that the spirit of the translated language remains lost. In this context, it means that translation done by courts may roughly curb the ability of religious individuals to participate in the democratic society on their own terms, and therefore undermine the opportunity for them to contribute to the democratic society. At the same time, translation approach is like to restrict the autonomy of religious institutions as well, by silencing them, or even worse, encouraging them to self-censor, because their vision does not coincide with what is publicly acceptable liberal language

⁹⁶ Supreme Court Of Victoria, *Christian Youth Camps Limited & Ors v Cobaw Community Health Services Limited & Ors* [2014] VSCA 75 (16 April 2014)

of natural and social statistical sciences.⁹⁷ Moreover, such an approach overlooks, as Durham described it plainly, the most fundamental insights that made modernity and modern pluralism possible—the recognition that within broad limits, society is both more stable and culturally enriched if it protects a wide array of different communities of belief—both religious and secular.⁹⁸ If there is no elementary guarantee that religious belief will be considered legitimate, at least, members of religious communities might not have agreed to the general social contract if joining the political community will expose them to the risk of violating their even deeper religious principles. Therefore, secular translation, especially if it does not contain *honest objectivity*, is thus a contribution to the tendency which, considering the essential incommensurableness of secular and spiritual values, creates presumptions in favor of the secular.⁹⁹

However, much more significant than the incompatibility with these profound and far-reaching theoretical assumptions, is the influence of the secular translation idea on the religious question doctrine itself. The secular translation idea makes sense as long as it is limited to pragmatic rationale. Since the tendency has shown to interfere in what is understood as principled rationale, the whole idea became inverted. Instead of being seen as a solid demarcation line, which would also encourage democratic inclusivity, the idea of secular translation is actually used to erase every line of demarcation, while undermining tolerance and coexistence of different worldviews in pluralistic society. We may conclude that secular translation as a criteria or method for shaping the contours of religious question doctrine

⁹⁷ A. Deagon, 73.

⁹⁸ W.C. Durham, „Religion and the World’s Constitutions”, in: *Law, Religion, Constitution* (eds. W. Cole Durham *et al.*), Routledge, London 2013, 20.

⁹⁹ W. C. Durham, 21–22. And Jürgen Habermas, in his famous polemic with Josef Ratzinger, emphasizes the need for secularized citizens to make an effort to translate certain contributions from the language of religion into publicly accessible language. However, the framework in which Habermas insists on this, which is his notion of post-secularity, is set, perhaps too optimistically, in such a way as to prevent a priori favoring of a secularist worldview. The basic feature of the post-secular framework is that in it naturalistic images of the world do not enjoy a *prima facie* advantage over those worldviews of a religious type. Therefore, in a post-secular society, the neutrality of the state authority when it comes to different worldviews is incompatible with the generalization of the secularist view of the world (J. Habermas, J. Ratzinger, 31–32). Hence, we can say that in the realized post-secular society, the idea of translation into a publicly accessible language is devoid of unfavorable attitudes towards religious opinion as such. What is a problem, however, is the question of whether the post-secular era has really arrived, and whether the insistence on secular translation, which often includes viewing religion as an inherently inferior category, is actually the clearest evidence that we answer on the first question is, unfortunately, still not affirmative.

cannot be endorsed, because instead of formulating, this idea proved to be a way to deny and even negate the very existence of religious question doctrine. In the given context, the real target was actually not the doctrine, but a very idea of religious autonomy instead!

3.3.4. Autonomy of churches and religious organizations as core of religious question doctrine – back to basics

As we have seen, various theoretical attempts to shape a religious question doctrine, in the absence of judicially created criteria, have their advantages and disadvantages. The attempt based on the division of disputes into public and private law ones is too imprecise, while the attempt that include the idea of a secular translation hides the danger of completely undermining the very existence of the doctrine. The division of disputes into normative and positive questions seems to be the most adequate, but one must bear in mind that it is not fully and completely precise either, and, therefore, must be supplemented. We see this necessary supplement, bearing in mind the historical development of the doctrine, in the (re)affirmation of the institutional autonomy of churches and religious communities. Such institutional autonomy can be divided into two main applications: matters that require a particular position on religious doctrine or belief, as well as matters that interfere with the religious institution's internal governance.¹⁰⁰ To be clear, first application should not be equated with positive questions, but under it are meant cases like expulsion of member of a church on the basis of the church's own doctrinal standards.

It was a common tendency of US judicial decisions and public conversations to primarily focus on matters of individual rights and practices, while the distinctive place of religious entities as such were so often overlooked.¹⁰¹ As a consequence of this tendency, the interpretation of question based, instead of institution based religious question doctrine appeared in the theory of religious question doctrine. The shortcomings of this interpretation have already been shown, so instead of repeating them, it is necessary to highlight, with a few words, the institutional autonomy of churches and religious communities, ie the right of religious communities to autonomy in structuring their religious affairs, as a very core of protecting religious freedom. Cole Durham, therefore, acknowledging that the first association see religious freedom is almost exclusively individual right, points out that religion virtually always has a communal

¹⁰⁰ L. Weinberger, 1260.

¹⁰¹ R. W. Garnett (2007–2008), 516.

dimension.¹⁰² Some of the commentaries of judgment in the *Kedrof* case, which inevitably represents an example of the application of religious question doctrine, understood such communal dimension, ie autonomy of religious organizations as a consequence of the fact that the state is not the sole possessor of the sovereignty. Further, this judgment implied that “the Church as a spiritual body has liberties which will be given protection directly rather than derivatively and those liberties differ from those possessed by the members of the Church.” Religious question doctrine should be oriented primarily, if not exclusively towards these liberties.¹⁰³ The difference between liberties of the Church and liberties of church members actually implies the primacy of the first freedom in situations of conflict between the Church and its members, either as individuals or as a group in the form of a church faction. This kind of primacy is possible and even self-evident if we keep in mind the theory of moral subjectivity, as a basis for recognizing collective rights, in this situation for churches and religious communities. According to the theory of moral subjectivity as the basis for the existence of collective rights,¹⁰⁴ what makes a group as such a holder of rights is not the common interests that bind individuals, its members, but the possession of moral status as a logical prerequisite that precedes the interests and rights of the group and its individuals. The minimum condition that a group must fulfill in this sense is having a clear identity,¹⁰⁵ that is, self-awareness of one’s own identity. Churches and religious communities, as we have already shown, undoubtedly possess such an awareness of their own identity, and fulfill the condition of having moral subjectivity, which, we repeat, precedes state recognition, but is separable and even independent of rights and interests, including rights to freedom of religion, of its own members.

Freedom of religion in its collective dimension, ie the autonomy of religious institutions as such can be understood, with the approach of concentric circles, for the undoubted core of the religious question doctrine. Hence, every time a question appears before the court that encroaches

¹⁰² W. C. Durham, „The Right to Autonomy in Religious Affairs: A Comparative View”, in: *Church Autonomy: A Comparative Survey* (ed. Gerhard Robbers), Peter Lang, Frankfurt am Main 2001, 683.

¹⁰³ R.W.Garneet, (2009), 863–864.

¹⁰⁴ There are authors who use the term corporative instead of collective rights for the rights of group entities as such. For more on this subtle, terminological distinction between those two concepts see P. Jones, *Group Rights*, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/rights-group>, 28.7.2023.

¹⁰⁵ M. Jovanović, „Postoje li kolektivna prava – I deo”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2008, 101,102.

on the institutional autonomy of a religious organization, the court should defer from resolving the case. Or, to put it briefly, every issue that touches the autonomy of religious organizations falls under religious question doctrine, but not every example of religious question doctrine is also an issue of institutional autonomy of churches and religious communities. In those situations that do not represent the institutional autonomy of churches and religious communities, in order to avoid confusion, one can resort to the criterion of distinguishing between normative and positive religious question. Thus, to sum up, first and core circle of issues that fall under the concept and application of religious question doctrine are issues of autonomy of churches and religious organizations, and second circle are (other) normative religious question, while positive religious question remain outside the application of religious question doctrine, and thus, justiciable without the risk of jeopardizing the separation between church and state principle. The attempt to shape the religious question doctrine in this way - (re)affirming a primary focus on autonomy of religious organizations, complemented by the normative religious question criterion is not only in line with the historic evolution of the doctrine itself (from its very beginnings in *Watson*, over cases such as *Milivojevich* to some newest, from the times of COVID pandemic), but it is also compatible with the most notable classification of the courts behavior on these matters present among scholars. Thus, institutional autonomy of religious organizations covers both forms of substantive interpretative abstention (jurisdictional and procedural), as well as forms of affirmative deference. The only difference is that the court's respect for institutional autonomy of religious organization is immediate in the case of interpretative abstention, and in the case of affirmative deference it is rather in indirect form.

4. Concluding remarks

Our intention was to deal with two issues in this paper. Firstly, to perform a conceptual comparison of two seductively similar doctrines – those of *political question* and of a *religious question*. And secondly, and perhaps too ambitiously, but certainly more importantly, based on case law of US courts in the first place, we considered various theoretical attempts to shape the religious question doctrine, from a set of extremely heterogeneous cases into some kind of coherent and predictable whole. This second aim was motivated by the awareness that such a theoretical formulation, i.e. the crystallization of predictable indicators for the application of the religious question doctrine, is necessary because the remaining alternatives are

two equally unacceptable extremes – uncritical use of the religious question doctrine, incompatible with the secular character of the modern state, or complete denial of the existence of religious question doctrine, incompatible with the principle of autonomy of religious communities, which is, *inter alia*, the reverse side of the principle of secularity of state.

A conceptual comparison of political question doctrine and religious question doctrine revealed one key similarity and two differences. The key similarity between these two doctrines is the complementarity of their two rationales. With the political question doctrine, it is the constitutional principle of separation of powers and judicial incompetence to resolve questions which are in their nature political. Analogous to that, when it comes to the religious question doctrine, rationales are constitutional principle of separation between Church and the State, as well as judicial fundamental incompetence to meddle in questions purely ecclesiastical. Asking which issues deserve to be described as “purely ecclesiastical” shifted us, however, towards the first of the two differences between the doctrines. Unlike the political question doctrine, where the Supreme Court developed a test in the form of 6 Baker factors to determine whether or not there is a political question in a specific case, such a judicial step forward does not exist with the religious question doctrine. However, we are of the stance that this difference should not be exaggerated. This is because the US courts, led by the Supreme Court very often, since the very beginning of the religious question doctrine, have emphasized more or less explicitly that the institutional autonomy of religious organizations is the very core of the religious question doctrine. In other words, the Supreme Court did not consider it appropriate to analytically, as in the Baker case, seek for the determination factors of the religious question, when, for him, it was perhaps self-evident that there is only one key factor, and that is the autonomy of religious organizations as such! Perhaps also due to the court’s inertia to emphasize this self-understanding position more decisively, various theoretical attempts to shape the religious question doctrine, and thereby necessarily limit it, appeared. Those attempts can be reduced to the distinction between normative and positive religious question, public and private law character of a dispute, as well as controversial secular translation, each with its own advantages and flaws.

Acknowledging the potential of distinction between normative and positive religious question, we, however, tried to reaffirm, or to make argument of autonomy of religious institutions more explicit in endeavor to shape the contours of religious question doctrine. We did it so because

the autonomy of religious organizations is a more solid criterion than the criterion of normative questions, although almost all normative questions can find its place and origin within the institutional autonomy of religious organizations, because of the self-determination argument. Moreover, autonomy of religious organizations as a key criteria in discerning whether or not a question falls under religious question doctrine proves to be even more valuable if we keep in mind the remaining, key difference between political question doctrine and religious question doctrine. First one went through and still is going through a non-linear, turbulent evolution, being (rightfully) too often contested, with uncertain and unpredictable directions of development in the future. In recent decades, we have witnessed the process of judicialization of pure politics, which has resulted in the demise of political question doctrine. But we truly doubt that such an demise would not be just another, temporal phase in the political question doctrine evolution. In contrast, religious question doctrine, having an autonomy of religious institutions as its well grounded, key criterion, has the potential to be applied in the future in one much more stable and predictable, and therefore, less contested manner. Such application will occur, in fact, despite all the heterogeneity that the diversity of life of which religion is a pervasive and indispensable part entails. That this is indeed the case is confirmed by Dane when he said that “religious autonomy as part of a discourse of legal pluralism is a necessarily complicated and contested idea, much like other great values such as democracy or freedom”.¹⁰⁶ Those values are not just great, but they are long lasting as well! Or to put it in Strasbourg Court words, “*religious communities traditionally exist in a form of organized structures*”,¹⁰⁷ so as long as religious communities last in contemporary societies, thus implying the need for religious question doctrine, there will be a stable and self-evident indicator of its adequate and legitimate application. At the same time, such indicator, in a form of autonomy of religious organizations will prevent that religious question doctrine ever enter into the phase of demise.

¹⁰⁶ P. Dane, 146.

¹⁰⁷ ECtHR, Case of Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova, Application no. 45701/99, Judgment from 13.12.2001, para. 118.

Василије Марковић

Истраживач приправник, Институт за упоредно право, Београд

ПОЈМОВНО ПОРЕЂЕЊЕ ДОКТРИНЕ ПОЛИТИЧКОГ И ДОКТРИНЕ РЕЛИГИЈСКОГ ПИТАЊА

Аутономија цркава и верских заједница и опсег судске контроле

Сажетак

Аутор у раду врши поредбено појмовну анализу две доктрине судског самоудржања настале у пракси Врховног суда САД – доктрине политичког питања и доктрине религијског питања. Разлози за обе доктрине донекле су комплементарни и садржани су у принципу поделе власти, односно одвојености државе и цркве, као и епистемолошке немогућности судова да улазе у питања политичка, односно религијска у својој сржи. У другом делу рада, аутор анализира различите теоријске покушаје да се, у недостатку јасних смерница изниклих из судске праксе, доктрина религијског питања јасно уобличи, односно њена примена ограничи, будући да апсолутно изузимање питања која у себи носе примесу верске компоненте од судске контроле у савременој секуларној држави није прихватљиво. У том смислу, анализирани су теоријски покушаји који разликују нормативна и позитивна религијска питања, она која се јављају у оквиру јавног и она у оквиру приватног права, као и покушај тзв. секуларног превођења, као модалитета ограничавања доктрине религијског питања. Ипак, аутор у раду, на основу историјског развоја доктрине религијског питања, истиче реафирмацију институционалне аутономије цркава и верских заједница као срж и најдоследнији критеријум уобличавања доктрине религијског питања. Питањарегулисања унутрашње организације, избор поглавара, те формулисања сопственог верског учења тако несумњиво морају остати изван домаћаја преиспитивања судске власти. Аутор у раду закључује да ће од привржености овом критеријуму институционалне аутономије зависити и даљи ток развоја доктрине религијског питања: да ли ће он бити стабилан и предвидив, те тиме и легитиман, или ће бити неправолинијски и турбулентан, као што је то случај са доктрином политичког питања у савременим правним системима.

Кључне речи: доктрина политичког питања, доктрина религијског питања, подела власти, судска контрола, аутономија верских организација.

REFERENCES

Monograph, articles

- Allan T.R.S., „Justiciability and Jurisdiction: Political Questions and the Scope of Judicial Review”, in: *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford 2003, 161–200.
- Bell J., Lichère F., *Contemporary French Administrative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2022.
- Breban G., *Administrativno pravo Francuske*, Službeni list SRJ –CID, Beograd – Podgorica 2002.
- Davinić M., *Koncepcija upravnog prava SAD*, Dosije, Beograd 2004.
- Dane P., „The Varieties Of Religious Autonomy”, in: *Church Autonomy: A Comparative Survey* (ed. Gerhard Robbers), Peter Lang, Frankfurt am Main 2001, 117–147.
- Digi L., *Preobražaji javnog prava*, Gece Kon, Beograd 1929.
- Deagon A., „The ‘Religious Questions’ Doctrine: Addressing (Secular) Judicial Incompetence”, *Monash University Law Review* 1/2021, 60–87.
- Dodson S., „Article III and the Political–Question Doctrine”, *New York University Law Review* 116/2021, 681–736.
- Durham C. W., Evans, C., „Freedom of Religion and Religion–State Relations”, in: *Routledge Handbook of Constitutional Law* (eds. Mark Tushnet, Thomas Fleiner, Cheryl Saunders), Routledge London 2013, 243–256.
- Durham C.W., „Religion and the World’s Constitutions”, in: *Law, Religion, Constitution* (eds. W. Cole Durham *et al.*), Routledge, London 2013, 3–36.
- Durham C.W., „The Right to Autonomy in Religious Affairs: A Comparative View”, in: *Church Autonomy: A Comparative Survey* (ed. Gerhard Robbers), Peter Lang, Frankfurt am Main 2001, 683–714.
- Đurić V., *Sloboda veroispovesti u jurisprudenciji evropskih ustavnih sudova*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2012.
- Đurić V., „Pojam religije u pravu”, u: *Religija, politika, pravo* (ur. Jovan Ćirić, Velibor Džomić, Miroljub Jevtić), Institut za uporedno pravo, Mitropolija crnogorsko–primorska, Centar za proučavanje religije i versku toleranciju, Beograd – Budva 2015, 177–194.
- Đurić V., „Politička pitanja’ u sudskoj kontroli ustavnosti”, *Pravni život* 12/2006, 1185–1196.

- Foster N., „Respecting The Dignity Of Religious Organizations: When Is It Appropriate For Courts To Decide Religious Doctrine?”, *University of Western Australia Law Review* 1/2020, 175–219.
- Garnett R.W., „A hands – off approach to religious doctrine: what we are talking about?”, *Notre Dame Law Review* 2/2009, 837–864.
- Gajin S., „Skice za studiju o slobodi religije – princip odvojenosti crkve od države“, *Strani pravni život* 2/1997, 67–74.
- Garnett R.W., „Religion and Group Rights: Are Churches (Just) Like the Boy Scouts?”, *St. John’s J. Legal Comment* 22/2007–2008, 515–533.
- Gill E., „Judicial Answer To Political Question: The Political Question Doctrine In The United States And Israel”, *Boston University Public Interest Law Journal* 2/2014, 245–286.
- Goldsetin J., „Is There a “Religious Question” Doctrine? Judicial Authority to Examine Religious Practices and Beliefs“, *Catholic University Law Review* 2/2005, 497–551.
- Grove T. L., „The lost history of political question doctrine”, *New York University Law Review* 90/2015, 1908–1974.
- Habermas J., Rancier J., *Dijalektika sekularizacije – o umu i religiji* (prev. D. Stojanović), Dosije studio, Beograd 2007.
- Helfand A.M., „Litigating Religion“, *Boston University Law Review* 93/2013, 493–561.
- Helfand A. M., „When Judges Are Theologians: Adjudicating Religious Questions”, *Legal Studies Research Paper Series* 12/2017, 1–31.
- Henkin L., „Is There a Political Question Doctrine”, *Yale Law Journal* 5/1976, 597–625.
- Hirschl R., „Judicialization of politics”, in: *The Oxford Handbook of Political Science* (ed. Robert Goodin), Oxford University Press, Oxford 2011, 253–274.
- Hirschl R., „The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, *Fordham Law Review* 2/2006, 721–752.
- Jovanović M., „Postoje li kolektivna prava – I deo”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2008, 89–107.
- Krbek I., *Ustavno sudovanje*, Jugoslovenska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb 1960.
- Levine S., „The Supreme Court’s Hands–Off Approach To Religious Questions In The Era Of Covid–19 And Beyond”, *U. Pa. Journal of Constitutional Law* 24/2022, 276–311.
- Lund C.C., „Rethinking the “Religious Questions” Doctrine”, *Wayne State University Law School Research Paper* 6/2014, 1013–1028.

- Manojlović S., *Pojedinačni politički akti. Razgraničenje od upravnih akata*, neobjavljena master teza, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009.
- Marković R., *Izvršna vlast*, Savremena administracija, Beograd 1980.
- Marković V., „Doktrina polja slobodne procene i njena primena u vezi sa članom 9. Evropske konvencije”, in: *Državno–crkveno pravo kroz vekove* (ur. Vladimir Čolović *et al.*), Mitropolija crnogorsko primorska – Institut za uporedno pravo, Beograd 2019, 297–324.
- Marković V., Romić M., „O ustavnosti registrovanja crkava i verskih zajednica – prilog proučavanju državno–crkvenog prava”, *Strani pravni život* 1/2020, 45–61.
- Mayrl D., Venny D., „The dejudicialization of religious freedom?”, *Social Compass* 3/2021, 342–358.
- Nagel R.F., „Political Law, Legalistic Politics: A Recent History of the Political Question Doctrine”, *University of Chicago Law Review* 2/1989, 643–669.
- Neo J.L., „Definitional imbroglis: A critique of the definition of religion and essential practice tests in religious freedom adjudication“, *International Journal of Constitutional Law* 2/2018, 574–595.
- Osborne E., Bush M., „Rethinking Deference: How the History of Church Property Disputes Calls Into Question Long–Standing First Amendment Doctrine“, *SMU Law Review* 4/2016, 811–842.
- Park R., „Is the Political Question Doctrine Jurisdictional or Prudential?”, *UC Irvine Law Review* 2/2016, 255–280.
- Petrović M., „Takozvani „akti vlade“ i pravni pojam politike”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 58/2011, 71–84.
- Richardson T. J., „The judicialization of religious freedom: Variations on a theme”, *Social Compass* 3/2021, 375–391.
- Saunier C., *La doctrine des „questions politiques„ Étude comparée : Angleterre, États–Unis*, France LGDJ, Paris 2023.
- Šijaković B., *Ogledanje u kontekstu – o znanju i vjeri, predanju i identitetu, crkvi i državi*, Službeni glasnik, Beograd 2011
- Tushnet M., „Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine”, *New York University Law Review* 80/2002, 1203–1235.
- Tigar M. E., „Judicial Power, the Political Question Doctrine, and Foreign Relations”, *UCLA Law Review* 6/1970, 1135–1179.
- Vučić O., Stojanović, D., „Ustavno sudstvo na preseku prava i politike”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2009, 89–109.

Weinberger L., „The Limits of Church Autonomy”, *Notre Dame Law Review* 3/2023, 1255–1231.

Other sources

Jones P., *Group Rights*, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/rights-group>, 28.7.2023.

ECtHR, *Case of Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova*, Application no. 45701/99, Judgment from 13.12.2001.

U.S. Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

U.S. Supreme Court, *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

US Supreme Court, *Daimler Chrysler Corp. v. Cuno*, 547 U.S. 332, 352 (2006).

US Supreme Court, *Gonzalez v. Roman Catholic Archbishop of Manila*, 280 U.S. 1 (1929)

US Supreme Court, *Serbian Orthodox Diocese v. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976)

U.S. Supreme Court, *Kedroff v. Saint Nicholas Cathedral*, 344 U.S. 94 (1952)

US District Court District of Minnesota, Civil No. 12–1354 (DWF/TNL) from 6.6.2012.

Supreme Court of Pennsylvania, *Zummo v. Zummo*, 394 Pa. Superior Ct. 30 (1990)

Supreme Court Of Victoria, *Christian Youth Camps Limited & Ors v Cobaw Community Health Services Limited & Ors* [2014] VSCA 75 (16 April 2014)

Милош Станић*
Мирослав Ђорђевић**

10.56461/ZR_23. SDCP.04

ДРЖАВНИ СИМБОЛИ И СЕКУЛАРНОСТ ДРЖАВЕ У ОКВИРУ ЕВРОПСКИХ ДРЖАВА***

Сажетак

На теоријском нивоу постоји расправа о томе какву би улогу у друштву требало да има религија. У овом раду се истражује оправданост постојања државних симбола са религијским елементима у оквиру европских земаља, где је углавном прокламована секуларност. Како бисмо правилно истражили тему, неопходно је да се пружи одговор на неколико посебних и повезаних питања. Прво, потребно је истражити појам и значај симбола. Друго, моделе односа држава и верских заједница. Треће, питање националног и уставног идентитета, а посебно његов однос према праву Европске уније. Четврто, неопходно је пружити одговарајуће упоредноправне примере и теоријска схватања, како би се, као пето, понудио одговарајући закључак. У закључачку, аутори доказују да је постојање државних симбола са религијским елементима у потпуности у складу са правилно дефинисаним појмом секуларне државе. Три су главна разлога за такво становиште: 1) уколико се правилно схвати појам секуларности, јасно је да постојање ових религијских елемената никако не може угрозити прокламовани концепт, као што га у пракси и не угрожава; 2) ти елементи су део дубоко укоренење традиције тих држава; и 3) чак и државе које признају секуларност су управо на тој традицији и настале, па и грађани који су атеисти, као и они који су припадници неке друге религије, те симболе доживљавају као своје. Другим речима, држава је прво морала да настане да би касније признала секуларност, које нема без државе.

Кључне речи: држава, црква, секуларност, државни симболи, национални и уставни идентитет, традиција.

* Виши научни сарадник Института за упоредно право, m.stanic@iup.rs

** Доцент Правног факултета Државног универзитета у Новом Пазару, научни сарадник Института за упоредно право, m.djordjevic@iup.rs

*** Рад је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број 451–03–47/2023–01/200049 од 3. фебруара 2023).

1. Значај религије

Човекова егзистенција нераскидиво је повезана са религијом, која прожима све сфере живота. У складу с тим, она има свој дубљи друштвени контекст, утичући на друштвени систем, културе и цивилизације, али и надживљавајући одређена друштва и државе. Дакле, она никада не може да буде искључиво сведена на приватност, нити је индивидуална,¹ већ се у највећем броју случајева мора посматрати са извесном ширином погледа. На теоријском нивоу се отвара расправа о томе какву би улогу у друштву требало да има религија, посебно у односу на право. Однос религије и права је такве природе да многи антрополози спроводе истраживања са циљем доказивања како су прве правне норме проистекле управо из религијских забрана. У сваком случају, чини се да су у људској историји религија и право нераздвојно повезани, јер и „када је право почело да се више везује за државу и да из ње извире, религија је још увек представљала важан ослонац недовољно јаким и организованим државним апаратом: кроз запрећење религијским санкцијама обезбеђивало се поштовање правних норми које он сам прописује, а није у стању да их ефикасно спроводи. Бројни закони старог века, али и они каснији, најчешће су се, на самом почетку текста, позивали на божанско порекло, вољу, инспирацију или диктат, придајући целокупном праву религијски карактер. Тенденција везивања права за религију се протеже све до модерних законодавстава, све до неуспелог Устава Европске уније, у чијем се припремању до последњег часа водила жестока борба хоће ли и он у преамбули садржити одредбу са инвокацијом Бога.”²

Дакле, будући да је део јавне сфере, религија се неминовно сусреће са државом и њеним правним поретком и требало би истаћи да је историја великог броја правних институција прожета утицајем религије, или представља покушај њеног истискивања из државе и правног поретка.³ У том смислу, специфичан је и однос државних

¹ В. Ђурић, „Религија и уставни идентитет”, у: *10 година часописа Политикологија религије* (ур. Мирољуб Јевтић, Марко Вековић), Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Београд 2017, 229.

² М. Станић, М. Ђорђевић, „Додир религије и секуларне државе – заклетва са религијским елементима председника и чланова парламената на примеру европских држава”, у: *Религија – политика – право* (ур. Јован Ђирић, Велибор Џомић, Мирољуб Јевтић), Митрополија црногорско-приморска, Институт за упоредно право, Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд 2015, 743–745.

³ В. Ђурић, „Уставноправни модели односа између државе и црква и верских заједница у Европи”, *Годишњак Факултета правних наука* 1/2011, 140.

симбола са религијским елементима у контексту схватања о односу религије и државе у оквиру савремених европских држава. На почетку, ваљало би да се напомене да је потребно направити дистинкцију између верских симбола на државним симболима и верских симбола у јавном простору, те да се укаже да ће предмет рада бити ови први, али ћемо се због значаја и богате праксе у раду дотицати и других. Како бисмо правилно истражили ову тему која често измиче оку истраживача, неопходно је да се истражи низ посебних и међусобно повезаних питања. Прво, потребно је истражити појам и значај симбола. Друго, моделе односа држава и верских заједница. Треће, питање националног и уставног идентитета, а посебно његов однос према праву Европске уније. Четврто, неопходно је пружити одговарајуће упоредноправне примере и теоријска схватања како би се, као пето, понудио одговарајући закључак. У том смислу ће бити и структуриран овај рад.

2. Појам и значај симбола

У променљивим историјским приликама симбол је и даље важан,⁴ те се може дефинисати као визуелни приказ или знак који представља идеју.⁵ По својој природи, он обухвата многа значења. Када је реч о верском симболу, он нема само једно значење које се може објективно утврдити, већ, супротно томе, носи мноштво значења.⁶ У контексту овог рада истражује се питање места државних симбола као што су застава и грб у правном поретку савремених европских држава. Дакле, данашње државе је немогуће замислити без ових симбола, који имају практичну употребу, са примарном функцијом друштвене комуникације. Они грађане неке државе подстичу на одређени облик понашања, будући им различите емоције, као обељежје заједнице која је удруженим снагама и жртвама изборила своју државност.⁷ Такође, имају велику важност и приликом креирања визуелног идентитета у оквиру међународне комуникације.⁸ Занимљиво је да крст као симбол носи најстарија застава на свету, застава Данске.⁹

⁴ М. Милош, „Слобода истицања вјерских симбола у свјетлу одвојености вјерских организација и државе”, *Зборник радова Правног факултета у Загребу* 1/2011, 181.

⁵ Ј. Иљић, *Боја и симболика на застави као визуелни идентитет земље*, завршни рад, Филозофски факултет Универзитета у Осиеку, Осиек 2015, 12.

⁶ С. Ферари, „Државна подршка истицању религијских симбола у јавном простору”, *Часопис за интердисциплинарне студије* 1/2015, 66.

⁷ Ј. Иљић, 6.

⁸ *Ibid.*, 16.

⁹ *Ibid.*, 13.

Историјски гледано, савремени национални симболи се код већине европских народа појављују у првој половини 19. века током процеса националне интеграције и стварања савремених нација.¹⁰

У оквиру њих су верски симболи били један од „камена темељаца” државне грађевине, па се налазе на бројним заставама и грбовима. То је и логичан процес, јер је у средњем веку постојао концепт хришћанске заједнице који је претходио настанку националних држава, а у оквиру које је употреба верских симбола била саставни део државног живота, а религија елемент јавног живота.¹¹ Дакле, у многим земљама, верски симболи су дубоко укорењени у историји и друштву, иако различитог интензитета.¹² Но, трзавице које верски симболи извлаче на површину друштва и јавног дискурса за собом носе мање-више исто основно питање. Докле се простире слобода истицања верских симбола као елемент слободе изражавања вероисповести, имајући у виду секуларност државе, предвиђену у уставима многих држава?¹³ У том контексту, ради добијања ваљаног одговора, битно је проучити моделе односа државе и цркве.¹⁴

3. Модели односа

Сумарно гледано, државе имају различите односе према религијама, а у неким државама се тврди да их уопште немају. У неким државама се чини да религија њима доминира, док у другим држава доминира религијом. Остале су секуларне и одвојене су од религије. Разуме се да се ови односи мењају током времена. Неке државе којима је религија доминирала могу да постану строго секуларне и обрнуто.¹⁵ Начелно, „односи између верских заједница и државе могу бити засновани на ставу преплитања и ставу раставе. У оквиру ових начелних опредељења јављају се различити системи односа који варирају од умерених ка екстремним. Тако су на ставу преплитања засновани системи теократске државе, државне цркве и милета, док се став раставе испољава у облику агресивног секуларизма, строге

¹⁰ *Ibid.*, 12.

¹¹ P. Sobczyk, M. Poniowski, „Summary”, in: *Religious Symbols in the Public Sphere Analysis on Certain Central European Countries* (ed. Paweł Sobczyk), Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, Central European Academic Publishing, Budapest, Miskolc 2021, 274.

¹² *Ibid.*, 276.

¹³ М. Милош, 182.

¹⁴ P. Sobczyk, M. Poniowski, 276.

¹⁵ M. Troper, „Sovereignty and laicity”, *Cardozo Law Review* 6/2009, 2561.

одвојености и кооперативне одвојености између верских заједница и државе.¹⁶ Упоредно гледано, у европским земљама нема једнообразног модела односа између државе и цркава и верских заједница,¹⁷ те „постоје различити видови односа између државе и цркава и верских заједница. Они се крећу у широком луку, од релативно стриктне одвојености државе од цркава и верских заједница, али са постојањем веза и подршке, у Француској и Холандији, до државних цркава или доминантних религија, као што је то случај у Уједињеном Краљевству, Данској и Финској.”¹⁸ Следеће је питање: шта конкретно обухвата принцип одвојености; да ли подразумева апсолутну и стриктну баријеру између државе и верских заједница, потпуну неутралност, немешање и изолованост једних од других, високи бедем раздвајања или дозвољава позитивну, конструктивну сарадњу у пословима од заједничког интереса? Као одговор, могло би се рећи да је у већини европских правних система доминантна идеја одвојености државе и верских заједница, али таква да подразумева њихову међусобну везу и сарадњу. Истиче се да је „у целокупној Европској унији сарадња између државе и верских заједница правило (...) Кооперација је данас кључни појам¹⁹ у односима између цркве и државе у државама Европске уније, а после пада комунистичког режима, у целој Европи.”²⁰

Дакле, одвојеност државе и цркве не подразумева, сама по себи, стриктну неутралност и раздвојеност компетенција, већ укључује и тзв. кооперативну одвојеност, модел све распрострањенији широм Европе (Немачка, Аустрија, Белгија, Шпанија, итд.), у коме се државно и црквено законодавство и активности вишеструко преплићу и допуњују.²¹ У складу с тим, многи су уставотворци уважили шири

¹⁶ Т. Маринковић, „Прилог за јавну расправу о уставности Закона о црквама и верским заједницама”, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011, 377.

¹⁷ В. Ђурић (2011), 143.

¹⁸ В. Ђурић, „Законско уређивање правног положаја цркава и верских заједница у Републици Србији”, *Свеске за јавно право* 13/2013, 45.

¹⁹ М. Станић, М. Ђорђевић, 744.

²⁰ S. Ferrari, „The Pattern of Church and State Relations in Western Europe”, *Fides et Libertas, The Journal of the International Religious Liberty Association*, Silver Spring, Maryland 2001, 59–60, према С. Аврамовић, „Поимање секуларности у Србији – рефлексije са јавне расправе у Уставном суду”, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 296.

²¹ Више о моделу кооперативне одвојености вид. В. Марковић, „О јавним овлашћењима цркава и верских заједница у светлу Митровданског устава и Закона о црквама и верским заједницама”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 102–103.

друштвени значај реалног међусобног утицаја између државне власти и религијских организација.²² Преовлађујућа идеја одвојености државе и верских заједница²³ данас подразумева њихове међусобне односе и садејство, што је у Европи нарочито присутно након слома реалсоцијализма.²⁴

Важно је подсетити се и недоречености појма секуларне државе. Иако тако не изгледа на први поглед, ове, секуларне државе карактеришу различити облици сарадње политичких и верских заједница које функционишу одвојено једна од друге.²⁵ Секуларизација се може посматрати као затварање религије искључиво у црквене институције ван јавног живота, уз немешање у однос цркве и грађана чије је право на вероисповест загарантовано. Чини се, међутим, да је такво мишљење погрешно, јер се секуларизам састоји у одвајању државе од религије, али нема за циљ да искључи религију из друштва, већ напротив, он подстиче да се религија третира као и други елементи друштва. Чињеница да држава води дијалог са црквама ни на који начин није у супротности са секуларизмом, већ је секуларизам одувек замишљен као инструмент мирења, усмерен на сарадњу цркве и државе за добробит свих.²⁶ У вези с тим, наводи се да „секуларна држава није непријатељски настројена према религијама. Секуларна држава не проглашава било коју религију као исправну нити промовише учења било које религије, а свакако не установљава неку званичну религију под својом јурисдикцијом. Држава нема потребе да се потпуно одвоји од религије”.²⁷ Другим речима, непризнавање или неприхватање цркве од стране државе не подразумева да држава нема или не жели да има

²² В. Петров, В. Микић, „Начело лаицитета у савременој уставности”, у: *Религија – политика – право* (ур. Јован Ћирић, Велибор Џомић, Мирољуб Јевтић), Институт за упоредно право, Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд 2015, 637.

²³ Д. Симовић, „Европски уставни модели односа државе и цркве”, у: *Религија – политика – право* (ур. Јован Ћирић, Велибор Џомић, Мирољуб Јевтић), Институт за упоредно право, Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд 2015, 723.

²⁴ S. Ferrari, 59–60, према: С. Аврамовић, 296; В. Петров, М. Станић, „Религијски елементи у преамбулама устава: са посебним освртом на европске земље”, у: *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Православна Митрополија Црногорско-приморска, Београд 2019, 341–342.

²⁵ P. Sobczyk, M. Poniatowski, 276.

²⁶ О. Николић, *Држава, црква и слобода вероисповести*, Институт за упоредно право, Београд 2022, 26.

²⁷ R. Blackford, *Freedom of Religion and the Secular State*, John Wiley & Sons/Blackwell, Malden, Oxford, Chichester 2012, 57; М. Станић, М. Ђорђевић, 745.

односе са религијама.²⁸ С друге стране, у Европи, чак и кад се установљава државна религија, то је формалног, церемонијалног карактера и нема утицаја на јавни живот, јер остале верске заједнице нису дискриминисане.²⁹ У том смислу, можемо да се осврнемо на пример Грчке, где се Уставом из 1975. године установљава да је Источна православна црква Христа преовлађујућа религија у држави, и да она представља посебан интерес за државу, али да се води рачуна да се не угрози једнакост осталих цркава. Појмом преовлађујуће религије утврђује се да је православна вера званична државна религија у Грчкој, али то не претпоставља да је она доминантнија од другеих вероисповести.³⁰ Као и у осталим државама, однос између државе и цркве у Грчкој резултат је посебног историјског развоја. Наиме, од стицања независности 1831. године, у Грчкој је започело развијање посебног модела односа између државе и цркве који је резултирао снажним везама између државе и Православне цркве. Важећи грчки Устав из 1975. године прихвата управо такав модел.³¹ У складу с тим, посебан третман који држава пружа Грчкој православној цркви није усмерен према индивидуама и стога је, према неким ауторима, у складу са начелом једнакости, јер би у противном такав третман значио дискриминацију грчких грађана на основу вероисповести. Иако је православна вера преовлађујућа у Грчкој, а Православна црква у доминантном положају, одређене повластице уживају и остале цркве и верске заједнице.³²

4. Питање идентитета

Истиче се да је „религија нераскидиво повезана са континуитетом као једним од аспеката уставног идентитета државе,³³ те је као елемент континуитета у уставном идентитету испољена и у уставноправном одређењу идентификационих обележја државе посредством којих се изражава припадност држави и њеном поретку. Тако изглед државних застава и грбова може да буде одређен и уставним одредбама, па се, упоредно гледано, у многим државама на државним заставама и грбовима налази крст као симбол хришћанске религије или у исламским државама где је на заставама присутна зелена боја, звезда, Месец или други симболи који представљају ислам.”³⁴ Појам

²⁸ О. Николић, 25.

²⁹ Д. Симовић, 723.

³⁰ О. Николић, 22.

³¹ В. Ђурић (2011), 147.

³² *Ibid.*, 148.

³³ В. Ђурић (2017), 234.

³⁴ *Ibid.*, 235.

идентитета може се дефинисати као скуп значења које неко лице или групу чине посебном, то јест различитом од неког другог лица или групе. Идентитет може постојати на културном, верском, језичком, економском, територијалном, политичком, друштвеном, те на бројним другим нивоима, који заједно могу чинити идентитет одређене државе. Неки аутори тврде како је развој националног идентитета заправо последица бурних догађаја између 15. и 19. века, када су током стварања модерних нација и држава грађени културни, друштвени и духовни идентитети који су их обележавали и разликовали од других.³⁵

У савремено доба у правној науци у контексту националног идентитета као правна категорија, посебну пажњу побуђује уставни идентитет, јер ако се нација схвати као доносилац устава, онда се концепт националног идентитета трансформише у концепт уставног идентитета.³⁶ Другим речима, поменути национални идентитет се оваплоћује кроз тзв. основне уставне и политичке структуре, пошто је неодојиво са њима повезан, па национални идентитет у овом смислу заправо значи уставни идентитет држава.³⁷³⁸

Уставни идентитет и његово ширење логична је последица притиска који су на националне уставе извршили глобализација и европеизација,³⁹ те је то својеврсна противтежа у одбрани виталних националних уставноправних вредности. Као такав, он је растегљив појам, и од саме државе зависи које све вредности обухвата, а најчешће је уставни суд тај који одређује шта све потпада под уставни идентитет. Гледано из угла судске праксе, схватање о уставном идентитету постало је актуелно још седамдесетих година прошлог века⁴⁰ када је немачки Савезни уставни суд у одлуци *Solange I*⁴¹ утврдио да члан 24 немачког Основног закона „не отвара пут за измену основне структуре Основног закона,

³⁵ Ј. Иљић, 4

³⁶ В. Ђурић (2017), 230–233.

³⁷ А. Blagojević, „Procedures Regarding National Identity Clause in the National Constitutional Court’s and the CJEU’s Case-Law”, *EU and comparative law issues and challenges series* 1/2017, 210.

³⁸ М. Станић, „Укратко о уставном идентитету као мосту сарадње Европског суда правде и националних уставних судова држава чланица”, *Ревуја за европско право* 2021, 62.

³⁹ J.-H. Reestman, „The Franco-German Constitutional Divide: Reflection on National and Constitutional Identity”, *European Constitutional Law Review* 3/2009, 384.

⁴⁰ М. Станић, „Предмети Тарико као вид компромиса Европског суда правде и италијанског Уставног суда”, у: *Увод у право Италије* (ур. Милица Матијевић, Јелена Костић, Алесандро Симони), Институт за упоредно право, Београд, 2022, 178.

⁴¹ *Administration des Douanes v. Solange Chiffre*, Reference for a preliminary ruling: Cour d’appel de Toulouse, Case C-368/92, Judgment (Fifth Chamber) of 24 February 1994.

која чини основу његовог идентитета, без формалне измене Основног закона, тј. не омогућава измену на такав начин, нормама међународних организација” што је потврђено и додатно продубљено његовим следећим одлукама, пре свега у предметима *Solange II*⁴² и *Solange III*.⁴³ Но, Савезни уставни суд Немачке није једини уставни суд који је развијао концепт уставног идентитета.⁴⁴ Уставни суд Италије, готово у исто време, формирао је своју доктрину контраограничења (*controlimiti*), којом се ограничава примат права Европске уније у случају угрожавања уставног идентитета. Основни проблем са концептом уставног идентитета је што је он оспораван и недовољно одређен, како у теорији тако и у пракси.⁴⁵ У Одлуци о Уставном уговору Европске уније из 2004. године,⁴⁶ шпански Уставни суд нагласио је да је шпанска држава задржала свој суверенитет, и да се суверене надлежности државе могу ограничити само ако и у мери у којој право Европске уније остаје компатибилно са идентитетом шпанског устава. Ова доктрина је у последње време поново потврђена у случају *Мелони*. Сличан мисаони пут нам показује судска пракса одређених источноевропских уставних судова, попут чешког Уставног суда, који се понекад упуштао у оштре мисаоне расправе са Европским судом правде, када је реч о овом питању.⁴⁷

Временски гледано, уставни идентитет неке земље, истина, потиче из прошлости, али садржи обавезе, пројекције и погледе који се тичу будућности; то јест елементи уставног идентитета нису уклесани у камен, већ се непрестано развијају.⁴⁸ То значи да уставни

⁴² *Wünsche Handelsgesellschaft v. Federal Republic of Germany*, Reference for a preliminary ruling: Bundesverwaltungsgericht, Case 126/81, Judgment (Second Chamber) of 6 May 1982.

⁴³ Cases 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, German Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht - BVerfG) Judgment of 12 October 1993. Видети D. Preshova, „Battleground or Meeting Point? Respect for National Identities in the European Union – Article 4 (2) of the Treaty on European union”, *Croatian Yearbook of European Law & Policy* 1/2012, 278.

⁴⁴ J.-H. Reestman, 375.

⁴⁵ K. Kovács, „The Rise of an Ethnocultural Constitutional Identity in the Jurisprudence of the East Central European Courts”, *German Law Journal* 7/2017, 1706; D. Preshova, 279.

⁴⁶ E. Cloots, „National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU”, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2/2016, 92.

⁴⁷ М. Станић, „Двосмерни однос права Европске уније и националних правних система држава чланица”, у: *Constitutio Lex superior: сећање на професора Павла Николића* (ур. Владимир Чоловић, Оливер Николић), Институт за упоредно право, Београд 2021, 318; D. Preshova, 280.

⁴⁸ T. Drinóczi, „Constitutional Identity in Europe: The Identity of the Constitution. A Regional Approach”, *German Law Journal* 2/2020, 115.

идентитет није фиксиран, већ променљив,⁴⁹ растегљив појам,⁵⁰ пре свега узимајући у обзир временску димензију. Проблем је и што уставни текстови имају сасвим ограничен потенцијал за пружање информација о уставном идентитету, те до садржине конкретног уставног идентитета можемо доћи тумачењем уставног текста, уз разумевање и познавање обичаја и политичке културе дате заједнице, пошто његов садржај зависи од уставних принципа отеловљених кроз њену политичку културу.⁵¹ Стога текст устава често остаје исти, али се његова тумачења могу разликовати. Разуме се, она могу ићи у два смера. У првом, тумачење остаје врло блиско дословном тексту, односно језичко, и у принципу не мења бит конкретног устава. У другом оно пак може бити креативно, дајући уставу сасвим ново значење.⁵² Све ово значи да је увек неопходно одредити о чијем уставном идентитету говоримо, зашто говоримо о том⁵³ одређеном идентитету, које су његове компоненте,⁵⁴ те тек након правилног одређивања ових компоненти одредити и правилну садржину уставног идентитета.⁵⁵

Сумарно гледано, чини нам се да је адекватна дефиниција која одређује „уставни идентитет као уставне идеје и принципе фундаменталне за уставни систем. Прво, односи се на уставне идеје и принципе који постоје на основном нивоу, друго, уставни идентитет је уставни у смислу да се односи на дубоке идеје које се односе на природу устава, уставну структуру, уставна права и социјално-економске уставне принципе који подупиру свакодневне уставне праксе, које су обично кодификоване у уставном тексту. Треће, уставни идентитет је идентитарни у смислу да уставне идеје и принципи представљају уверења о дугорочним циљевима, тежњама и опредељењима која чине суштину уставног права у некој држави.”⁵⁶

⁴⁹ B. N. Son, „Globalization of Constitutional Identity”, *Washington International Law Journal* 3/2017, 470.

⁵⁰ Љ. Ђорђевић, „Контрола уставности правних аката Европске уније”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 65/2013, 299.

⁵¹ K. Kovács, 1720

⁵² L. Corrias, „Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity”, *European Constitutional Law Review* 1/2016, 22; М. Станић (2021), 63

⁵³ М. Станић (2022), 180

⁵⁴ T. Drinóczy, 114.

⁵⁵ М. Станић (2022), 181.

⁵⁶ М. Станић (2021), 64; М. Станић (2022), 179; B. N. Son, 469.

5. Европска унија и идентитет држава чланица

С друге стране, и „поредак Европске уније успоставља везу према уставном поретку држава чланица јер посебно наглашава да Унија поштује национални идентитет држава чланица, који је нераз- двојно повезан са њиховим основним политичким и уставним струк- турама.”⁵⁷ Према члану 4, ст. 2 Уговора о Европској унији, Унија поштује једнакост држава чланица пред Уговорима, као и њихове националне идентитете, који су неодвојиво повезани са њиховим основним политичким и уставним структурама.⁵⁸ Ова клаузула није настала одједном, ни из чега, пошто је дужност европских инсти- туција да поштују националне идентитете држава чланица уведена први пут Уговором из Мастрихта. Разлози њеног доношења су многе значајне промене које су њиме установљене, те је оваквом одредбом учињен покушај мирења федералистичких тенденција на европском нивоу и оних суверенистичких.⁵⁹

Када је о религији реч, оснивачки уговори европских зајед- ница нису предвиђали било какву ингеренцију заједница у погледу религије и положаја цркава и верских заједница, што је и разумљиво имајући у виду саму природу тих заједница. Стварање Европске уније 1992. и концепт њена три стуба такође нису подразумевали било какав вид регулисања односа између Уније и цркава и верских зајед- ница. У каталогу циљева Уније није било помена религије и верских заједница. Ипак, у примарном праву Уније, до доношења Амстердам- ског уговора, било је и извесних одредаба које су задржане до дана- шњих дана и имају значај за однос између комунитарног права и права држава чланица у овој сфери. Реч је о одредбама према којима Унија поштује национални идентитет држава чланица и основна права гарантована Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. То је било јасно и на основу тога што је Деклара- цијом 11 уз Амстердамски уговор било истакнуто да Унија поштује статус који цркве и верска удружења и заједнице имају по нацио- налном праву, иако јој Амстердамским уговором није била поверена надлежности да регулише питања односа државе и цркава и верских заједница. Декларација није била правно обавезујућа, али је сматрана

⁵⁷ Љ. Ђорђевић, 295.

⁵⁸ Чл. 4, ст. 2 Уговора о Европској унији, *Службени лист Европске уније*, бр. 2016/C 202/01, 7. 6. 2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=FR>, 29. 7. 2023.

⁵⁹ D. Preshova, 269.

значајном за тумачење Уговора и држало се да стоји у блиској вези са чланом којим се гарантује да Унија поштује национални идентитет држава чланица, јер се у извесној мери њом наглашавала идеја да основна структура државног права држава чланица о црквама и верским заједницама може да буде сврстана под национални идентитет држава чланица.⁶⁰

Декларацијом се у извесној мери наглашавала идеја да основна структура државног црквеног права држава чланица може да буде сврстана под национални идентитет држава чланица. У том смислу, несумњиво је да обезбеђење националног идентитета држава чланица захтева поштовање традицијом развијених установа државног црквеног права у државама чланицама.⁶¹

Амстердамски уговор из 1997. предвидео је проширење надлежности Уније које је подразумевало да забрани дискриминацију и на основу религије или уверења, што је разрађено низом аката секундарног права. Регулисање питања положаја цркава и верских заједница у примарном праву Европске уније посебно је дошло до изражаја у дискусијама у вези са Уставним уговором, као и са Лисабонским уговором. У расправама у вези са Уставним уговором истицани су предлози, подржани од стране верских лидера, нарочито папе, да се у преамбули текста изричито наведу хришћанство и Бог. Касније, у преамбули Лисабонског уговора изостављено је помињање хришћанства и Бога, али је зато изричито наведено да се инспирација за закључење уговора изводи из културног, религиозног и хуманистичког наслеђа Европе из ког су се развиле универзалне вредности неповредивих и неотуђивих права људског бића, слободе, демократије, једнакости и владавине права.⁶²

6. Примери неколико европских земаља

Како је чланом 9, ст. 1 и 2 Устава Словачке предвиђено, њен државни грб је црвени раноготички штит са двоструким сребрним крстом подигнутим на централном, благо уздигнутом брду од три плава брда. Државна застави Републике Словачке састоји се од три хоризонталне траке – беле, плаве и црвене. На левој половини државне заставе налази се државни грб Републике Словачке.⁶³ Дакле, наведени

⁶⁰ В. Ђурић (2011), 157.

⁶¹ В. Ђурић (2017), 238.

⁶² В. Ђурић (2011), 158.

⁶³ Чл. 9, ст. 1 и 2 Устава Словачке, https://www.constituteproject.org/constitution/Slovakia_2017.pdf, 16. 8. 2023.

државни симболи у овој земљи у себи садрже хришћанске симболе и, разуме се, појављују се у седиштима свих органа јавне власти и широм Словачке. Према Закону о државним симболима у Републици Словачкој, симболе морају да користе органи законодавне, извршне, судске функције државне власти, оружане снаге, васпитно-образовне установе, органи локалне самоуправе, државне научне организације, музеји, галерије и спортисти који представљају Словачку. У земљи у којој се наглашава да не постоје државна идеологија и религија,⁶⁴ за коју је јасно да је секуларна, и поред постојања хришћанских симбола, никада се није постављало питање оправданости оваквих симбола. Сматра се да они имају више секуларно, културолошко значење.⁶⁵ Додали бисмо, другим речима, и да су ови симболи чврсто укорењени у свест грађана Словачке, те да представљају елемент њихове традиције, на коју су они сигурно поносни. У том контексту, *mutatis mutandi*, практично је по проблематици и аргументацији пресликан случај словачког суседа, Мађарске.

Када се погледа правни систем Мађарске, јасно је да се никако не сме занемарити веза између вере и културе, те потреба да држава штити те вредности као део мађарског културног наслеђа, којим се доприноси различитостима у оквиру европског јединства.⁶⁶ Устав Мађарске, тј. Основни закон, више пута помиње Бога и хришћанство. Тако почиње првим стихом мађарске националне химне: „Боже, благодислови Мађаре”. Сматра се да ово не значи да је Основни закон створен у име Бога, већ да је сврха референце која претходи нормативном тексту Основног закона да повеже све чланове нације. Поред тога, међу завршним одредбама констатује се да су творци Устава били свесни своје одговорности пред Богом и човечанством, што је веома слично немачком пандану, чија преамбула почиње са „свесни своје одговорности пред Богом и човечанством”. Преамбула обилује религијским елементима, те се констатује да је краљ Свети Стефан учинио земљу делом хришћанске Европе, али и признаје да је хришћанство имало и има улогу у очувању државности, што представља описну констатацију историјске чињенице, без жеље да се постави хришћанство као званична религија. Другим речима, овакве одредбе нису нормативне

⁶⁴ Чл. 1 Устава Словачке

⁶⁵ V. Vlado, „The Legal Regulation of Religious Symbols in the Public Sphere in Slovakia”, in: *Religious Symbols in the Public Sphere Analysis on Certain Central European Countries* (ed. Paweł Sobczyk), Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, Central European Academic Publishing, Budapest, Miskolc 2021, 196.

⁶⁶ Преамбула Основног закона Мађарске, https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2016.pdf, 16. 8. 2023.

већ прескриптивне, јер се не иде за тим да мађарска култура мора бити хришћанска, али се признаје да је култура хришћанска. Јасно је да Основни закон не захтева да земља буде „хришћанизована”, већ уместо тога обавезује државу да чува културу земље, која је хришћанска. У складу с тим, многи мађарски секуларни обичаји и празници имају хришћанске корене. У том погледу, Уставни суд Мађарске је испитивао да ли секуларност нарушава чињеница да су многи хришћански празници заправо државни празници, док празници других религија то нису. Суд је дошао до закључка да су Законом о раду као државни празници одређени дани које већина друштва, без обзира на веру, сматра празником. Тако и нерелигиозни људи славе Божић и Ускрс због опште културе. Приликом прописивања празника законодавац се не ослања на религију, већ на очекивања друштва и економске интересе. Већина грађана планира да ове дане проведе у породици, уз слободну активност или одмор, те је законодавство настојало да се признају историјска и друштвена очекивања, а не да се пружи предност једној религији над другим. Када је о нашој теми реч, улога хришћанства у историји Мађарске огледа се у многим националним симболима земље. У том смислу, најистакнутији је грб ове земље, који, како је утврђено чланом I Основног закона, садржи патријаршијски крст и Свету круну. Иначе, патријаршијски крст је најстарији део грба који се први пут појавио крајем 12. века. Света круна је један од најважнијих симбола суверенитета и релевантна је и у јавном праву. Њена доктрина је историјски јавноправни концепт у коме је Света круна јединствени носилац и донатор власти у земљи, моћи управљања земљом. Према овом концепту, традиционално, краљ и нација заједно су чинили Свету круну, која је била мистична персонификација мађарске државности и уставни симбол краљевине.⁶⁷

Када је о нашој земљи реч, Устав у члану 7 уређује ова питања само делимично, препуштајући законодавцу да ближе уреди изглед и употребу грба, заставе и химне. Наведеним чланом Устава одређено је да је химна Републике Србије свечана песма „Боже правде”, а случајеви када се изводи и начин њеног извођења регулисани су Законом о изгледу и употреби грба, заставе и химне Републике Србије. Оправдано се тврди да је химна „Боже правде” верски неутрална, не изражава и не афирмише ниједну одређену верску доктрину или

⁶⁷ О свему овоме L. Csink, „The Legal Regulation of Religious Symbols in the Public Sphere in Hungary”, in: *Religious Symbols in the Public Sphere Analysis on Certain Central European Countries* (ed. Paweł Sobczyk), Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, Central European Academic Publishing, Budapest, Miskolc 2021, 8–83.

учење, већ представља обраћање Богу као апстрактном, узвишеном бићу које је предмет веровања у сваком религијском систему, независно од карактера тог система, па је, према томе, јасно да она не нарушава, нити може да наруши верска осећања било ког сегмента, верски плуралног друштва Републике Србије и слободу вероисповести било ког лица, или групе лица. Законом о изгледу и употреби грба, заставе и химне Републике Србије предвиђено је и да саставни део Великог и Малог грба Републике Србије чини штит на којем је сребрни крст између четири иста таква оцила. Сматра се да „употреба крста у хералдичком контексту не мора нужно и искључиво да буде схваћена као израз хришћанског идентитета државе, или идентитета који држава намеће, и да, самим тим, нарушава верска осећања и слободу вероисповести припадника нехришћанских вера, јер државни грб не мора да симболизује етнокултурни плурализам становништва. Напросто, грб изражава државну традицију и историјски континуитет државности Србије и, сагласно томе, не представља симбол који недовољно уважава, или не поштује разлике које међу становништвом Србије постоје и због посебности верског идентитета њених грађана. Како то прописује члан 2 Закона о изгледу и употреби грба, заставе и химне, тим симболима представља се Република Србија и изражава припадност Републици Србији, дакле представља се држава и изражава припадност држави.”⁶⁸

Верска симболика у Европи је посве другачија у скандинавским земљама. Пет земаља из тог дела Европе има крст на застави, но иако су све настале по узору на заставу Данске, на свакој од њих боја и симболика крста и позадине има другачију конотацију. Према томе, плави крст на финској застави симболише хиљаде језера широм земље, док је бела позадина обележје снега који зими прекрива земљу, док шведски жути крст симболише три златне круне на плавој подлози, по узору на боје шведског грба.⁶⁹

7. Закључак

Уставна и законска решења о химни, грбу и застави, с једне стране, не зависе од верске структуре становништва, нити су условљена верским плурализмом у држави, док, с друге стране, не нарушавају световни карактер, верску неутралност државе и уставно

⁶⁸ В. Ђурић *et al.*, *Етноконфесионални и језички мозаик Србије*, Републички завод за статистику, Београд 2014, 59.

⁶⁹ Ј. Иљић, 14.

признавање верског плурализма.⁷⁰ У овом случају, симболи доминантне религије сматрају се делом културног идентитета државе, те се њима не крше религијске слободе⁷¹ и прокламована одвојеност државе и црква.

У свом издвојеном мишљењу, судија Бонело је указао на чињеницу да су милиони италијанске деце, током векова, били изложени слици распећа у школама, али Италију то није претворило у теократску државу. Присуство распећа у школској учионици није спречило било ког Италијана у његовој или њеној слободи да верује или не верује, да прихвати атеизам или, уколико је верујући, коју год веру или „јерес“ по свом избору, са истом снагом воље и емоције којом неко слободно прихвата хришћанску веру.⁷² Истакао је такође и да је унутар европске традиције, образовање укорењено историјски, *између осталог*, у оквиру хришћанске традиције. Забраном те традиције и захтевом од државе да не следи плуралистичку, већ престрогу (прим. аут.) секуларистичку агенду, ризикује се упуштање у поље нетолеранције, што би било супротно вредностима Европске конвенције о људским правима и основним слободама.⁷³ Дакле, уколико се исправно схвати појам секуларизма, тј. какви односи у оквиру њега суштински постоје између држава и религија, јасно се намеће одговор да државни симболи, са религијским елементима, као *елементи традиције* тих друштава, *укорењени и код грађана који су атеисти или припадају некој другој религијској групи*, никако не могу нарушити прокламовану секуларност. Уосталом, управо је држава која секуларност прокламује и јамчи и настала на идејама тих симбола.

⁷⁰ В. Ђурић *et al.*, 59.

⁷¹ С. Ферари, 65.

⁷² Издвојено мишљење судије Бонелија у предмету пред Европским судом за људска права *Lautsi and others v. Italy*, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-104040&filename=001-104040.pdf>, 41, 27. 8. 2023.

⁷³ *Ibid.*, 45. Више о схватању Европског суда за људска права о секуларизму у контексту симбола у јавној сфери види и В. Марковић „Појам секуларности – историјски, правни и аксиолошко-етимолошки аспекти”, *Богословље* 2/2020, 112–113.

Miloš Stanić

Senior Research Associate, Institute of Comparative Law

Miroslav Đorđević

Assistant professor, Faculty of Law, State University Novi Pazar, Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

**STATE SYMBOLS AND SECULARITY
OF THE STATE WITHIN THE FRAMEWORK
OF EUROPEAN COUNTRIES**

Summary

On a theoretical level, there is a debate about what role religion should play in society. This paper investigates the justification for the existence of state symbols with religious elements within the framework of European countries, in which, for the most part, secularism is proclaimed. In order to properly explore the topic, it is necessary to provide answer to several specific questions. First, it is necessary to explore the concept and significance of symbols. Second – models of relations between states and religious communities. Third, to address the issue of national and constitutional identity, and especially its relationship to European Union law. Fourth, it is necessary to provide appropriate comparative law examples and theoretical understandings, and fifth – to finally offer an appropriate conclusion. In terms of conclusions, the authors prove that the existence of state symbols with religious elements is fully consistent with the properly defined notion of a secular state. There are three main reasons for such point of view. First, if the concept of secularity is understood correctly, it is clear that the existence of religious elements cannot endanger the proclaimed concept from the theoretical perspective, just as it does not endanger it in practice. Second, those elements are part of the deep-rooted traditions of countries and societies. Thirdly, states that recognize secularism were created precisely on that tradition, and citizens who are atheists and those who belong to another religion also perceive the symbols in question as their own. In other words, the state first had to be created in order to recognize secularism later, which does not exist without the state.

Keywords: state, church, secularity, state symbols, national and constitutional identity, tradition.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Аврамовић С., „Поимање секуларности у Србији – рефлексije са јавне расправе у Уставном суду”, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 279–301.
- Blagojević A., „Procedures Regarding National Identity Clause in the National Constitutional Court’s and the CJEU’s Case-Law”, *EU and comparative law issues and challenges series* 1/2017, 210–237.
- Blackford R., *Freedom of Religion and the Secular State*, John Wiley & Sons/Blackwell, Malden, Oxford, Chichester 2012.
- Vladar V., „The Legal Regulation of Religious Symbols in the Public Sphere in Slovakia”, in: *Religious Symbols in the Public Sphere Analysis on Certain Central European Countries* (ed. Paweł Sobczyk), Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, Central European Academic Publishing, Budapest, Miskolc 2021, 171–210.
- Drinóczi T., „Constitutional Identity in Europe: The Identity of the Constitution. A Regional Approach”, *German Law Journal* 2/2020, 105–130.
- Ђорђевић Љ., „Контрола уставности правних аката Европске уније”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 65/2013, 291–306.
- Ђурић В., „Законско уређивање правног положаја цркава и верских заједница у Републици Србији”, *Свеске за јавно право* 13/2013, 43–55.
- Ђурић В., „Религија и уставни идентитет”, у: *10 година часописа Политикологија религије* (ур. Мирољуб Јевтић, Марко Вековић), Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Београд 2017, 229–248.
- Ђурић В. *et al.*, *Етноконфесионални и језички мозаик Србије*, Републички завод за статистику, Београд 2014.
- Ђурић В., „Уставноправни модели односа између државе и цркава и верских заједница у Европи”, *Годишњак Факултета правних наука* 1/2011, 139–165.
- Иљић Ј., *Боја и симболика на застави као визуелни идентитет земље*, завршни рад, Филозофски факултет Универзитета у Осиеку, Осиек 2015.

- Kovács K., „The Rise of an Ethnocultural Constitutional Identity in the Jurisprudence of the East Central European Courts”, *German Law Journal* 7/2017, 1703–1720.
- Маринковић, Т., „Прилог за јавну расправу о уставности Закона о црквама и верским заједницама”, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011, 367–385.
- Марковић, В., „Појам секуларности – историјски, правни и аксиолошко-етимолошки аспекти”, *Богословље* 2/2020, 103–126.
- Марковић В., „О јавним овлашћењима цркава и верских заједница у светлу Митровданског Устава и Закона о црквама и верским заједницама”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 101–119.
- Милош М., „Слобода истицања вјерских симбола у свјетлу одвојености вјерских организација и државе”, *Зборник радова Правног факултета у Загребу* 1/2011, 181–196.
- Николић О., *Држава, црква и слобода вероисповести*, Институт за упоредно право, Београд 2022.
- Петров В., Микић, В., „Начело лаицитета у савременој уставности”, у: *Религија – политика – право* (ур. Јован Ћирић, Велибор Џомић, Мирољуб Јевтић), Институт за упоредно право, Православна Митрополија Црногорско-приморска, ИИУ „Светигора”, Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд – Будва 2015, 625–644.
- Poniatowski M., „Religious Symbols in the Public Sphere in the Case Law of the European Court of Human Rights”, in: *Religious Symbols in the Public Sphere Analysis on Certain Central European Countries* (ed. Paweł Sobczyk), Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, Central European Academic Publishing, Budapest, Miskolc 2021, 245–271.
- Preshova D., „Battleground or Meeting Point? Respect for National Identities in the European Union – Article 4 (2) of the Treaty on European Union”, *Croatian Yearbook of European Law & Policy* 1/2012, 267–298.
- Reestman J.-H., „The Franco-German Constitutional Divide: Reflection on National and Constitutional Identity”, *European Constitutional Law Review* 3/2009, 374–390.
- Симовић Д., „Европски уставни модели односа државе и цркве”, у: *Религија – политика – право* (ур. Јован Ћирић, Велибор Џомић, Мирољуб Јевтић), Институт за упоредно право, Православна

- Митрополија Црногорско-приморска, ИИУ „Светигора”, Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд–Будва 2015, 721–739.
- Sobczyk P., Poniatowski M., „Summary”, *Religious Symbols in the Public Sphere Analysis on Certain Central, European Countries*, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, Central European Academic Publishing, Budapest, Miskolc 2021, 273–279.
- Son B. N., „Globalization of Constitutional Identity”, *Washington International Law Journal* 3/2017, 463–533.
- Станић М., „Двосмерни однос права Европске уније и националних правних система држава чланица”, у: *Constitutio Lex superior: сећање на професора Павла Николића* (ур. Владимир Чоловић, Оливер Николић), Институт за упоредно право, Београд 2021, 311–321.
- Станић М., Ђорђевић М., „Додир религије и секуларне државе – заклетва са религијским елементима председника и чланова парламената на примеру европских држава”, у: *Религија – политика – право*, (ур. Јован Ђирић, Велибор Џомић, Мирољуб Јевтић), Институт за упоредно право, Православна Митрополија Црногорско-приморска, ИИУ „Светигора”, Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд–Будва 2015, 741–758.
- Станић М., „Предмети Тарико као вид компромиса Европског суда правде и италијанског Уставног суда”, у: *Увод у право Италије* (ур. Милица Матијевић, Јелена Костић, Алесандро Симони) Институт за упоредно право, Београд 2022, 175–189.
- Станић М., „Укратко о уставном идентитету као мосту сарадње Европског суда правде и националних уставних судова држава чланица”, *Ревија за европско право* 23/2021, 61–71.
- Troper M., „Sovereignty and laicite”, *Cardozo Law Review* 6/2009, 146–159.
- Ферари С., „Државна подршка истицању религијских симбола у јавном простору”, *Часопис за интердисциплинарне студије* 1/2015, 61–72.
- Cloots E., „National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU”, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2/2016, 82–98.
- Corrias L., „Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity”, *European Constitutional Law Review* 1/2016, 6–26.
- Csink L., „The Legal Regulation of Religious Symbols in the Public Sphere in Hungary”, in: *Religious Symbols in the Public Sphere Analysis on Certain Central European Countries* (ed. Paweł Sobczyk), Ferenc

Mádl Institute of Comparative Law, Central European Academic Publishing, Budapest, Miskolc 2021, 73–101.

Остали извори

Administration des Douanes v. Solange Chiffre, Reference for a preliminary ruling: Cour d'appel de Toulouse, Case C-368/92, Judgment (Fifth Chamber) of 24 February 1994.

Издвојено мишљење судије Бонелија у предмету пред Европским за људска права *Lautsi and others v. Italy*, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-104040&file-name=001-104040.pdf>, 41, 27. 8. 2023.

Основни закон Мађарске, https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2016.pdf, 16. 8. 2023.

Устав Словачке, https://www.constituteproject.org/constitution/Slovakia_2017.pdf, 16. 8. 2023

Cases 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, German Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht – BVerfG) Judgment of 12 October 1993.

Wünsche Handelsgesellschaft v. Federal Republic of Germany, Reference for a preliminary ruling: Bundesverwaltungsgericht, Case 126/81, Judgment (Second Chamber) of 6 May 1982.

Невенко Врањеш*

Бојан Влашки**

Марко Ромић***

10.56461/ZR_23. SDCP.05

УЛОГА ОРГАНА ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У ОСТВАРИВАЊУ СЛОБОДЕ ВЈЕРОИСПОВИЈЕСТИ

Сажетак

Као једна од основних људских слобода – слобода вјероисповијести представља осјетљиво пространство за нормативну дјелатност државе. Ипак нужну, и због тога свака савремена држава, без обзира на облик државног уређења, тежи да својим уставним документима статуира, бар начелно, поштовање слободе вјероисповијести сваког њеног грађанина. Поменута нормативна пажљивост још више мора доћи до изражаја када се законским актима регулишу начини остваривања слободе вјероисповијести. Имајући то у виду, покушали смо да у уводном поглављу подсјетимо на важност и улогу слободе вјероисповијести за сваку државу, док смо у другом дијелу говорили о слободи вјероисповијести, али у контексту организације државне управе. Посљедња два питања, која се тичу регистрације цркава и вјерских заједница и праћења остваривања слободе вјероисповијести, представљају најважнија питања рада, из којих происходи наш закључак о важности државне управе за остваривање слободе вјероисповијести.

Кључне ријечи: државна управа, слобода вјероисповијести, јавна управа, државно-црквено право, регистрација.

1. Појам и правно одређење слободе вјероисповијести

Слобода вјероисповијести, слобода вјере или увјерења је основно људско право које се у већини демократских земаља данашњице прописује и гарантује уставом, законима али и међународно-правним актима. Еволуција овог права кретала се дијаметрално, од

* Ванредни професор, Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци, nevenko.vranjes@fpn.unibl.org

** Доцент, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, bojan.vlaski@pf.unibl.org

*** Асистент, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, marko.romic@pf.unibl.org

потпуне негације и непризнавања, преко принуде, до толеранције и потпуне слободе. Ово право потиче из далеке прошлости крећући се још од античке римске државе. У праву доминирају три основна принципа када је у питању слобода вјероисповијести, и то: 1) да је слобода вјерских увјерења апсолутна; 2) да је изражавање вјерских увјерења слободно (јавно), али подложно разним ограничењима; и 3) да је забрањена дискриминација на основу вјере.¹ Углавном, за афирмацију овог права, историјски гледано, предуслов је била слобода држава и њених народа. Такав примјер налазимо у Србији, у XIX вијеку када су, по стицању аутономије у односу на турску власт, донети национални правни акти којима се уређује положај цркава и вјерских заједница.² Не треба заборавити ни историјске периоде снажне доминације једне религије и државне цркве, те посебан утицај црквене власти на свјетовну.³ Слобода вјере или увјерења је право које обухвата слободу исповиједања вјере или увјерења које лица могу проводити самостално или у заједници са другима, у јавности или приватно, путем молитве, проповиједи, те обављања вјерских дужности и обреда. Слобода вјере или увјерења укључује и право на недискриминацију због вјере или увјерења.⁴ Право на слободу вјере и увјерења обухвата: право на промјену вјере или увјерења; право да се вјера или увјерење испољава јавно или приватно, било самостално или у заједници са другима; право да се вјера или увјерење испољава било кроз служење, поуку, праксу или поштовање; и право на неприпадање вјерској заједници, то јест неисповједање вјере или увјерења.⁵ Начелно, постоји обавеза немијешања државе у

¹ Ф. Станичић, Право на слободу вјероисповијести као темељно људско право, https://www.google.hr/url?sa=i&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=0CAIQw7AJah-cKEwiI85rWpZ-AAxUAAAAAHQAAAAAQ_Ag&url=https%3A%2F%2Fwww.pravo.unizg.hr%2F_download%2Frepository%2FPravo_na_slobodu_vjeroispovijesti_kao_temeljno_ljudsko_pravo.pptx&psig=AOvVaw2lpUdgr-H-GBmBpmTmt-uf&ust=1690011516474269&opi=89978449, 21. 7. 2023.

² В. Бурић, „Законско уређивање правног положаја цркава и верских заједница у Републици Србији: од оспоравања до унапређивања”, *Свеске за јавно право* 13/2013, 43.

³ По многим, средњи вијек је обиљежила снажна доминација Римокатоличке цркве. Она је несумњиво била генератор цјелокупног како духовног тако и свјетовног живота, давала је такт свим порам друштвеног живота, а као најбоље свједочанство служи знање да су норме црквеног права биле примјењиване као *ius cogens*.

⁴ Regional Youth Cooperation Office (RYCO), Centar za edukaciju i istraživanje (NAHLA) i Institucija Ombudsmena za ljudska prava BiH, *Pravo na slobodu vjere ili uvjerenja kao osnovno ljudsko pravo*, <https://www.osce.org/files/f/documents/a/3/511006.pdf>, 17. 7. 2023. Такође, упор. Ј. Омејец, *Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода, Стразбурички acquis*, Нови информатор, Загреб 2014, 1044.

⁵ *Ibid.*

остваривање права вјероисповијести.⁶ „Будући да је већина људских права у извјесној мјери ограничена због тога што би коришћење безрезервних права и слобода могло да угрози права и слободе других, такав је случај и с вјерским правима и слободама”.⁷ Битно је нагласити да се право на вјеру или увјерење не може ограничити јер спада у ред апсолутних права, за разлику од слободе изражавања вјере или увјерења која је релативно право и може се ограничавати. Конкретније, у већини земаља прописује се и могућност ограничања слободе јавног изражавања односно испољавања вјере или увјерења под одређеним околностима, а углавном под условима да: 1) ограничење мора бити прописано законом; 2) ограничење мора бити у сврху заштите јавног интереса (јавни ред и мир, здравље људи, морал, основна људска права и слобода и сл.); 3) ограничење мора бити нужно за остваривање конкретних циљева од јавног интереса, те сразмјерно циљу који се жели постићи и 4) ограничење не смије водити ка дискриминацији нити се примјењивати на дискриминирајући начин.⁸ Слобода вјероисповијести је чврсто повезана са слободом мишљења и увјерења. Стога је и Европски суд за људска права у многим својим одлукама навео да је слобода мишљења, савјести и вјероисповијести темељ демократског друштва. При томе, овај суд никада није покушао да ограничи заштиту права само на велике свјетске религије као што су хришћанство, јудизам и ислам, сматрајући да је подручје примјене религије нерестриктивно када су у питању мањинске религије и култови.⁹

У теоријском смислу, слобода мисли и опредјељења јесте право грађана да слободно мисле и изаберу свој поглед на свијет.¹⁰ Слобода вјере један је од најважнијих елементата личности вјерника и физиономије његовог живота, али је исто тако вриједност и за атеисте, агностике, скептике и оне неопредјељене. Највећа вриједност демократског друштва је плурализам, који се градио стотинама година.

⁶ О. Николић, *Држава, црква и слобода вероисповести*, Институт за упоредно право, Београд 2022, 51.

⁷ В. Петровић, „Право на слободу мисли, савести и вероисповести, једно од гарантованих људских права”, *Религија у јавном, политичком и друштвеном сектору* (ур. Јелена Јабланов Максимовић), Фондација Конрад Аденауер и Хришћански културни центар др Радован Биговић, Београд 2013, 108.

⁸ Упор. Х. Шаркиновић, „Слобода вјероисповијести у пракси Европског суда за људска права и Уставног суда Црне Горе”, у: *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 2/2020, 535–549.

⁹ М. А. Oprescu, „Freedom of religion in the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Modeling the New Europe* 19/2016, 31–32.

¹⁰ Ж. Мирјанић, „Претпоставке за законско уређивање празника”, *Годишњак Правног факултета универзитета у Бањој Луци* 38/2016, 221.

Вјерске слободе су питање индивидуе и њене савјести, али оне подразумевају слободу испољавања вјере, свједочење ријечима и дјелима повезаним с постојањем вјерских увјерења.¹¹ Као примјер свеобухватног одређења слободе вјере истичемо онај у Закону о слободи вјере и правном положају цркава и вјерских заједница у Босни и Херцеговини (у даљем тексту: ЗЦВЗ БиХ). Према овом закону, „слобода вјере или увјерења укључује право сваког лица, односно цркве и вјерске заједнице, да може испољавати своју вјеру или увјерење, било појединачно или у заједници са другима, јавно или приватно, укључујући, између осталих, право на јавно изношење вјере или увјерења уз избјегавање угрожавања слободе других; вршење вјерских обреда у прописаним условима; слободно и јавно организовање вјерских догађај и окупљања; оснивање и управљање вјерским установама, укључујући и образовне и хуманитарне установе; израду и промет предмета и материјала који се односе на обреде или обичаје њихове вјере или увјерења; оснивање средстава јавног информисања; издавачку дјелатност и организовање посјета и ходочашћа вјерника.”¹² Трагом наведеног, примјећујемо интензивну еволуцију слободе вјероисповијести и поступно конституисање свих њених елемената, да би данас могли констатовати да се ради о веома важном институту основних људских права који има развијен идентитет како у међународном праву тако и у националним правним системима.

2. Међународноправни оквир слободе вјероисповијести

Широк је и међународноправни оквир признања и гаранције овог права. Тако чл. 18 Универзалне декларације УН о људским правима прописује да „свако има право на слободу мишљења, савјести и вјере”.¹³ Операционализујући ово право, декларација надаље прописује да оно „укључује слободу да се мијења вјера или увјерење и слободу да се, било појединачно или у заједници са другима, јавно или приватно,

¹¹ Европски суд за људска права, *Кокинакис vs. Грчка и Ото Премингер Институт vs. Аустрија*, Наведено према: В. Галић, „Слобода мисли, савјести и вјероисповиједи са освртом на праксу Уставног суда Босне и Херцеговине”, у: *Слобода вјероисповијести у уставносудској пракси* (ур. Мирсад Ђеман), Уставни суд БиХ, Сарајево 2019, 28.

¹² Закон о слободи вјере и правном положају цркава и вјерских заједница у Босни и Херцеговини – ЗЦВЗ БиХ, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 5/04, чл. 7.

¹³ Универзална декларација о људским правима, https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/cnr.pdf, 21. 7. 2023.

исказује своја вјера или увјерење проучавањем, практичним вршењем, богослужењем и обредима.” Важно је напоменути и чл. 2 Универзалне декларације који забрањује дискриминацију по разним основама (раса, боја коже, пол, језик и др.), али и по основу вјере. Дакле, Универзална декларација забрањује другачије понашање према некоме на основу његовог вјерског одређења.

Европска конвенција о људским правима посвећује читав један члан слободи мисли, савјести и вјероисповијести. Тако чл. 9 прописује да „свако има право на слободу мисли, савјести и вјере”.¹⁴ Ово право, такође, као и код Декларације УН подразумијева слободу да лице промијени вјеру или увјерење и слободу да лице само или заједно са другима, било јавно или приватно, испољава своју вјеру или увјерење, обредом, проповједањем и вршењем вјерских дужности и ритуала. У ставу 2 поменутог члана прописује се да ће слобода вјере или увјерења бити ограничена законом уколико је то у интересу јавне безбједности, заштите јавног поретка, здравља или морала или заштите права и слобода других. Другим ријечима, Европска конвенција о људским правима слободу вјере не сматра апсолутним, већ релативним правом и оставља простор његовог ограничавања под извјесним околностима. Такође, чл. 14 Европске конвенције забрањује дискриминацију лица по основу њихове вјероисповијести.

Повељом Европске уније о основним правима, у чл. 10 прописано је право на слободу мишљења, савјести и вјероисповјести.¹⁵ Конкретније, свако има право на слободу мишљења, савјести и вјероисповијести. Такво право укључује слободу да лице промијени вјероисповијест или увјерење, као и слободу лица да појединачно или у заједници са другима, јавно или приватно изражава вјероисповијест или увјерење путем богослужења, поучавања, праксе и обреда. У ставу 2 наведеног члана признаје се право на приговор савјести у складу са националним законима који уређују остваривање овог права. Као и горенаведени, и овај документ прописује забрану дискриминације по многима основама, укључујући и религију и увјерење (чл. 21). Ваља запазити да је Повеља Европске уније направила значајне кораке напријед у односу на повељу УН и Европску конвенцију, те је у чл. 22 додатно прописала признавање културне, вјерске и језичке разноликости. Надаље, у чл. 14, прописујући право на образовање, у

¹⁴ Европска конвенција о људским правима и основним слободама, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_srp, 21. 7. 2023.

¹⁵ Повеља Европске уније о основним правима, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:12016P/TXT>, 21. 7. 2023.

ст. 3 Повеље Европске уније о основним правима наводи се да родитељи имају право да својој дјечи, у складу са националним законима, обезбиједе образовање и поучавање сходно сопственим вјерским, филозофским и педагошким увјерењима. Другим ријечима, Повеља гарантује извођење првенствено вјерске наставе у националним образовним системима.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима, који је Генерална скупштина УН усвојила 1976. године, у члану 18 детаљно прописује слободу мишљења, савјести и вјероисповјести дефинишући ово право, одређује његову операционализацију и ограничавање, као и обавезивање држава чланица Пакта на гаранцију вјерског и моралног васпитања дјече у складу са убјеђењима њихових родитеља односно законских старатеља.¹⁶ Најзад, важно је напоменути и Декларацију УН из 1981. године о елиминисању свих облика нетолеранције и дискриминације на основу вјере или вјероисповијести.

3. Кратак осврт на регионално уређење права слободе вјероисповијести

У наставку рада кратко ћемо се осврнути на уставноправни и законски положај слободе вјероисповијести у Босни и Херцеговини и региону (сусједним државама).

Устав Босне и Херцеговине у чл. III/3г, у оквиру људских права и основних слобода у Каталогу права, истиче право на слободу мисли, савјести и вјере, те забрањује дискриминацију по основу вјере.¹⁷ Такође, у БиХ је на снази јединствен и свеобухватан закон који је уредио слободу вјере и правни положај цркава и вјерских заједница.¹⁸ Босна и Херцеговина је потписала уговор са Римокатоличком црквом односно Светом столицом 2006. године, а 2007. године и уговор са Српском православном црквом. Уговор с Исламском вјерском заједницом још увијек није потписан.

Устав Републике Српске у чл. 25 јамчи слободу мисли и одређења, савјести и увјерења, као и јавног изражавања мишљења. Надаље, у чл. 28, јамчи се слобода вјероисповијести, све вјерске заједнице се изједначавају пред законом, даје се могућност оснивања вјерских школа, обављања привредних и других дјелатности,

¹⁶ Међународни пакт о грађанским и политичким правима, <http://www.mhrr.gov.ba/pdf/medunarodnipakt%20b.pdf>, 21. 7. 2023.

¹⁷ Устав Босне и Херцеговине, Анекс IV Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини и Службени гласник Босне и Херцеговине, бр. 25/2009 – Амандман I.

¹⁸ ЗЦВЗ БиХ, чл. 7.

примања поклона, стварања задужбина и др. Најзад, овај члан у ст. 3 има једну важну декларативну норму која гласи: „Српска православна црква је црква српског народа и других народа православне вјере.”¹⁹ Овим се, по неким мишљењима, Српска православна црква ставља у повлашћен положај. Будући да је Устав Републике Српске гарантовао слободу вјероисповијести, став је да оваква норма није у колизији са Уставом БиХ, нити са међународним стандардима људских права оличеним у Конвенцији о људским правима и основним слободама, који не гарантују једнак положај вјерских заједница нити секуларизацију.²⁰ Подсјећамо да је Амандманом LXXII на Устав Републике Српске обрисан ст. 4 члана 28, који је гласио да држава материјално помаже Православну цркву, сарађује са њом у свим областима, а нарочито на чувању, његовању и развијању културних, традиционалних и других вриједности. Надаље, Устав Републике Српске у чл. 31 забрањује политичко организовање и дјеловање усмјерено на угрожавање демократије, нарушавање интегритета Републике, кршење Уставом зајамчених слобода и права и распиривање националне, расне или вјерске мржње и нетрпељивости.

Устав Федерације БиХ у чл. 21 прописује основне слободе у које *inter alia* убраја и слободу религије, укључујући приватно и јавно исповиједање.²¹ У истом члану се забрањују и сви облици дискриминације, укључујући и оне засноване на религији или вјеровању. Исто тако ниједна особа не може бити лишена држављанства Федерације БиХ по вјерском основу (чл. 56 Устава Федерације БиХ). Надаље, вјероисповијест према члану 17а Устава Федерације спада у домен виталног националног интереса конститутивних народа.

Устав Републике Србије у члану 43 под насловом „Слобода мисли, савести и вероисповести” даје најшире могуће гаранције ових

¹⁹ Устав Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05 и 48/11.

²⁰ М. Сахацић, *Устав Републике Српске о људским правима и слободама и „осталим”* (ур. Далила Минович), Центар за политичке студије, Сарајево 2013, 19.

²¹ Устав Федерације БиХ, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 1/1994 – Амандман I, 13/1997 – Амандман II–XXIV, 13/1997 – Амандмани XXV и XXVI, 16/2002 – Амандмани XXVII–LIV, 22/2002 – Амандмани LVI–LXIII, 52/2002 – Амандмани LXIV–LXXXVII, 60/2002 – испр. Амандмана LXXXI, 18/2003 – Амандман LXXXVIII, 63/2003 – Амандмани LXXXIX–XCIV, 9/2004 – Амандмани XCV–CII, 32/2007 – испр., 20/2004 – Амандмани CIII и CIV, 33/2004 – Амандман CV, 71/2005 – Амандмани CVI–CVIII, 72/2005 – Амандман CVI, 88/2008 – Амандман CIX, 79/2022 – Амандмани CX–CXXX, 80/2022 – испр. и 31/2023 – Амандман CXXXI.

права, те у потпуности инкорпорира међународне стандарде који се на њих односе.²² У потоњим члановима (чл. 44–45) уређује положај црква и вјерских заједница, као и приговор савјести. Такође, на основу чл. 57, странац који основано страхује од прогона због своје расе, пола, језика, вјероисповијести (...) има право уточишта у Републици Србији. У чл. 202 Устава прописано је одступање од људских и мањинских права у ванредном и ратном стању, при чему постоји и норма да мјере одступања не смију да доведу до разлика на основу расе, пола, језика, вјероисповијести, националне припадности или друштвеног поријекла. На снази је и Закон о црквама и вјерским заједницама, који већ у првом члану јамчи право на слободу савјести и вјероисповијести.²³ Такође, Србија је усвојила Закон о забрани дискриминације који предвиђа и забрану вјерске дискриминације уколико се поступа „противно начелу слободног испољавања вјере или увјерења, односно ако се лицу или групи лица ускраћује право на стицање, одржавање, изражавање и промјену вјера или увјерења, као и право да приватно или јавно изнесе или поступи сходно својим увјерењима (чл. 18)“.²⁴ Република Србија није потписивала појединачне уговоре са црквама и вјерским заједницама, али се дио њихових права прописује у појединачним уговорима о заштити националних мањина.

Устав Републике Црне Горе на веома сличан начин као и Устав Републике Србије уређује слободу вјероисповијести. И овај устав у члану 46 конституише право на слободу мисли, савјести и вјероисповијести.²⁵ Одредбама члана 14 Устава уређено је да су вјерске заједнице одвојене од државе, свима се гарантују једнака права и слободе приликом вршења вјерских обреда и вјерских послова. Најзад, члан 50 Устава прописује да надлежни судови могу спријечити ширење информација и идеја путем средстава јавног обавјештавања ради спречавања пропагирања расне, националне и вјерске мржње или дискриминације. Током 2019. године Црна Гора је донијела Закон о слободи вјероисповијести или увјерења и правном положају вјерских заједница,²⁶ који је садржавао спорне одредбе по којима ће сви вјерски

²² Устав Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 98/2006 и 115/2021.

²³ Закон о црквама и верским заједницама – ЗЦВЗ Србија, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/2006.

²⁴ В. Петровић, 110.

²⁵ Устав Црне Горе, *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/2007 и 38/2013 – *Амандман I–XVI*.

²⁶ Закон о слободи вјероисповијести или увјерења и правном положају вјерских заједница, *Службени лист Црне Горе*, бр. 074/19 и 008/21.

објекти који представљају културну баштину, а били су имовина државе Црне Горе прије „губитка” њене независности 1918. године, и који касније нису на одговарајући начин прешли у својину неке вјерске заједнице, бити препознати као државна имовина.²⁷ На овакву одредбу енергично је реаговала Српска православна црква у Црној Гори и народ Црне Горе покренувши снажне мирне протесте који су трајали мјесецима широм земље и који су резултовали падом више-деценијског владајућег режима. Нова власт је годину дана касније обрисала спорну одредбу закона. Јединствен је то примјер у свијету како је једна вјерска заједница снагом аргумената, права и правде сачувала своју вјековима стицану имовину. У погледу уговора, Црна Гора има потписане уговоре са Светом столицом, Исламском вјерском заједницом у Црној Гори, Јеврејском заједницом у Црној Гори и Српском православном црквом.

У Републици Хрватској директне норме које уређују слободу вјероисповијести садржане су Уставу Републике Хрватске, Закону о правном положају вјерских заједница, уговорима између државе и вјерских заједница и другим прописима.²⁸ Устав Републике Хрватске садржи неколико чланова директно везаних за право на слободу вјероисповијести. То су чланови 40, 41 и нарочито „у очи пада” члан 17 (3) о немогућности ограничавања примјене одредаба Устава о „слободи мишљења и вјероисповијести”. Дакле, овај Устав искључује могућност да се и у случају непосредне опасности, *inter alia*, ограничи слобода мишљења и вјероисповијести. Важно је напоменути да Република Хрватска има велики број закључених уговора са црквама и вјерским заједницама, од чега чак четири са Светом столицом, затим са Српском православном црквом, Исламском вјерском заједницом, Евангелистичком црквом у Републици Хрватској, Реформисаном кршћанском црквом у Републици Хрватској, Еванђеоском црквом у Републици Хрватској, Кршћанском адвентистичком црквом у Републици Хрватској, Савезом баптистичких цркава у Републици Хрватској, Бугарском православном црквом у Републици Хрватској,

²⁷ Упор. С. Арежина, „Анализа имовинско-правних односа између Српске православне цркве и Црне Горе у контексту доношења Закона о слободи вјероисповијести или увјерења и правном положају вјерских заједница”, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу* 88/2020, 111–133.

²⁸ М. Арловић, „Уставноправно уређење права на слободу вјероисповијести у Републици Хрватској и његова заштита у пракси Еуropsког суда за људска права и Уставног суда”, у: *Слобода вјероисповијести у уставносудској пракси* (ур. Мирсад Пеман), Уставни суд БиХ, Сарајево 2019, 76.

Хрватском старокатоличком црквом и Македонском православном црквом у Хрватској, Координацијом жидовских општина у Републици Хрватској, Жидовском вјерском заједницом *Бет Израел*, Савезом цркава *Ријеч живота*, Црквом цјеловитог еванђеља и Протестантском реформисаном кршћанском црквом.²⁹

Овим кратким упоредним прегледом констатујемо висок ниво уређености и усклађености са међународноправним оквиром националних устава, закона и подзаконских аката, што ствара слику високих демократских стандарда слободе вјероисповијести и увјерења. Већина анализа показује и мали број уставних жалби,³⁰ као и малог броја жалби Омбудсмену за људска права³¹ на угроженост вјерских права. Гдје су онда проблеми? Велики је број напада на вјернике, вјерске службенике и вјерске објекте, нарочито у мањинским и повратничким срединама у БиХ³² и Хрватској. Затим, у погледу имовине цркава и вјерских заједница још увијек није извршена реституција. Присутан је и говор мржње заснован на вјерској основи као и „прекорачење” изражавања слободе вјероисповијести које често иде на штету других права и слобода.³³

²⁹ Е. Мемешевић, „Савремено регулисање слободе вјере или увјерења у Босни и Херцеговини, Хрватској, Србији и Црној Гори”, у: *Слобода вјере или увјерења: Приручник* (ур. Tore Lindholm, W. Cole Durham Jr., Bahia G. Tahzib- Lie), Центар за напредне студије, Сарајево 2015, 493.

³⁰ Упор. В. Ђурић, *Слобода вероисповести у јуриспруденцији европских уставних судова*, Институт за упоредно право, Београд 2012.

³¹ У петогодишњем периоду (2018–2022) Институција Омбудсмена за људска права БиХ укупно је регистровала 33 предмета која су се односила на повреду права слободе вјероисповијести. Дисперзија је слједећа: 2018. године – осам предмета; 2019 – седам предмета, 2020. године – три предмета; 2021. године – три предмета и 2022. године – 12 предмета. Уколико се узме у обзир да омбудсмени у просјеку приме 3000 жалби годишње, проценат учешћа предмета који се односе на повреду вјерских права је готово занемарив. Упућене су укупно двије препоруке јавним органима по свим запримљеним предметима у посматраном периоду од којих је једна остала нереализована. Извор: Годишњи извјештаји о раду Институције Омбудсмена за људска права Босне и Херцеговине, <https://www.ombudsmen.gov.ba/Dokumenti.aspx?id=27&tip=1&lang=SR>, 22. 7. 2023.

³² Вид. Међурелигијско вијеће БиХ, Извјештаји о нападу на вјерске објекте, <https://mrv.ba/lat/clanci/vijesti/arhive/4-godisnji-izvjestaj-o-monitoringu-napada-na-vjerske-objekte-u-bih/>, 22. 7. 2023.

³³ Вид. Вјерска мржња и дискриминација мањина у БиХ, <https://hayat.ba/state-department-vjerska-mrznja-i-diskriminacija-manjina-i-dalje-su-prisutni-u-bih/419623/>, 22. 7. 2023.

4. Креирање организације државне управе у функцији реализације слободе вјероисповјести

Реализација слободе вјероисповјести у савременим државама незамислива је без одговарајућег међусобног дјеловања државе и цркве, које је у правној теорији и пракси уређено правилима државно-црквеног права. *Per definitionem*, државно-црквено право, као посебна грана правног система, представља дио јавног права и „обухвата правне норме које доноси држава, а које регулишу правни положај цркве и верских заједница и њихов однос према држави.”³⁴

Однос државе и цркве (укључујући и друге вјерске заједнице) у савременим европским државама може се посматрати са становишта три основна типа система државно-црквеног права. Први тип се заснива на јединству државе и цркве који подразумева постојање државне цркве или доминантне религије (нпр. у Енглеској, Данској, Грчкој, Финској и на Малти), уз директне везе између државе и цркве. Други тип полази са супротних позиција и установљава систем строге правне одвојености државе и цркве (у Француској – изузев у три департмана, у Холандији, а дјелимично и у Ирској), при чему држава гарантује остваривање слободе вјероисповијести, а сфере дјеловања државе и цркве су одвојене. Коначно, трећи тип система начелно заговара систем кооперативне одвојености државе и цркве, које остају аутономне у својим доменима дјеловања, уз постојање међусобних модалитета сарадње у питањима од заједничког и опшtedруштвеног значаја, неријетко на основу посебних споразума између државе и цркве, због чега се овај систем понекада назива и споразумним³⁵.

Имајући у виду очигледне разлике између наведених типова система, не изненађује став Европске уније, према коме „не треба стварати неко наднационално законодавство које би у овој области суспендовало или себи подредило законодавства у појединим државама чланицама”³⁶.

³⁴ С. Аврамовић, *Прилози настанку државно-црквеног права у Србији*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007, 11.

³⁵ Вид. Г. Роберс, „Држава и Црква у Европској унији”, у: *Држава и Црква у Европској унији* (ур. Герхард Роберс), Православни богословски факултет, Београд 2012, 10.

³⁶ G. Robbers, „Der Dialog zwischen der Europäischen Union und den Kirchen, in: *Recht in Kirche und Staat: Joseph List zum 75. Geburtstag*, hgV. W. Rees, Duncker & Humboldt, Berlin 2004, 753–760. Наведено према: Б. Шијаковић, „Дужност државе да призна Цркву и њено право на самоодређење”, у: *Правни положај цркава и вјерских заједница у Црној Гори данас*, Зборник радова са међународног научног скупа (Бар, 23–25. мај 2008), Бона Фидес, Никшић 2009, 38.

Односи државе и цркве који настају у функцији остваривања слободе вјероисповијести могу се посматрати са формалноправног и материјалноправног аспекта. У формалноправном смислу, већина европских држава формира „посебне органе управе надлежне за односе са црквама и вјерским заједницама.”³⁷ Поред ових органа управе „опште праксе”, који обављају читав низ послова значајан за остваривање слободе вјероисповјести, и многи други органи управе по својој функцији обављају послове од значаја за остваривање слободе вјероисповијести, а самим тим и од значаја за несметано дјеловање цркава и вјерских заједница. Тако се, на примјер, „у оружаним снагама многих држава формирају посебне организационе јединице задужене за духовну помоћ и бригу о вјерским потребама војних лица. Поред тога, управно-организациона спона државе и цркве постоји у Њемачкој (и још неким државама попут Шведске и Финске – прим. аут. Н. В., Б. В. и М. Р.), гдје црквени порез прикупљају државни органи управе надлежни за прикупљање јавних прихода, при чему држава за ову „услугу” задржава дио наплаћених пореза.”³⁸ Надаље, духовна брига и помоћ се пружа и у полицијским тијелима, казнено-поправним и здравственим установама, а слобода јавног окупљања се штити од стране полицијских тијела и када је ријеч о црквама и вјерским заједницама.

Дакле, питање омогућавања несметане реализације слободе вјероисповијести се у готово свим државама (у већој или мањој мјери) повјерава органима јавне, углавном државне, али и недржавне управе. Штавише, вршењем појединих јавних овлашћења (нпр. у областима образовања³⁹, здравствене и социјалне заштите, заштите културних добара), цркве и вјерске заједнице у организационом смислу ступају у структуру „недржавних субјеката јавне управе”, то јест вршилаца јавних служби и појединих (не)управних послова у областима у којима им је то законом повјерено⁴⁰. Томе треба додати и једну историјску

³⁷ Н. Врањеш, Б. Влашки, „Управноправни аспекти аутономних послова цркве”, у: *Државно црквено право кроз вјекове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право – Митрополија Црногорско-приморска, Београд–Будва 2019, 394.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Према једном истраживању, око 10% школа у Њемачкој је под патронатом цркве, а исто се односи и на чак око 50% обданишта. Вид. П. Вајс, „О односима државе и цркве”, у: *Правни положај цркава и вјерских заједница у Црној Гори данас*, Зборник радова са међународног научног скупа (Бар, 23–25. мај 2008), Бона Фидес, Никшић 2009, 73.

⁴⁰ Вид. В. Марковић, *Јавна овлашћења етноконфесионалних облика нетериторијалне аутономије у Републици Србији*, мастер рад, необјављено, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2021, 117–130.

чињеницу од значаја за државно (управно) организовање: принцип хијерархијске организације управе у великој мјери је настао под утицајем организације црквене јерархије⁴¹.

Компаративно посматрано, у европским државама се могу уочити три приступа креирању државних (управно)организационих механизма намијењених превасходно несметаном одвијању односа између државе, на једној страни, и црква односно вјерских заједница, на другој.

Први приступ, који је преовлађујући, подразумијева формирање посебних органа државне управе или формирање посебних организационих јединица (основних или унутрашњих) у оквиру постојећих органа државне управе (најчешће министарстава), као што је то нпр. у Грчкој⁴², Чешкој⁴³, Мађарској⁴⁴, Италији⁴⁵, Летонији⁴⁶, Литванији⁴⁷,

⁴¹ G. Robbers, „Legal aspects of religious freedom”, in: *Legal aspects of religious freedom, International conference*, Ljubljana 2008, 21–22.

⁴² Генерални секретаријат за вјере дјелује у саставу Министарства просвјете и вјера. У оквиру Генералног секретаријата за вјере дјелује више унутрашњих организационих јединица: Одјељење за црквену управу, Одјељење за вјерско образовање и наставу, Одјељење за лица других религија и различитих вјероисповјести. Вид. Х. Папастатис, „Држава и црква у Грчкој” у: *Држава и црква у Европској унији* (ур. Герхард Роберс), Православни богословски факултет, Београд 2012, 58.

⁴³ У саставу Министарства културе је формирано Одјељење за цркве, које врши регистрацију црква и вјерских заједница, планира пружање финансијске подршке истима и учествује у припреми законских прописа који се на њих односе. Вид. Ј. Криж, „Religious freedom and state in the Czech Republic”, in: *Legal aspects of religious freedom, International conference*, Ljubljana 2008, 310–311.

⁴⁴ Секретаријат за црквене односе који дјелује у саставу Министарства просвјете и културе. Вид. А. Сепреги, „Facts about the relationship of state and church in Hungary”, in: *Legal aspects of religious freedom, International conference*, Ljubljana 2008, 360.

⁴⁵ Министарство унутрашњих послова у чијем саставу дјелује Одјељење за грађанске слободе и имиграцију чија је унутрашња организациона јединица Централна дирекција за вјере, која је даље састављена од неколико одсеја. Вид. М. Curcio, „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities”, in: *Legal aspects of religious freedom, International conference*, Ljubljana 2008, 377.

⁴⁶ Одбор за вјерске послове који је у саставу Министарства правде. Вид. Ј. Масука, „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities in Latvia”, in: *Legal aspects of religious freedom, International conference*, Ljubljana 2008, 384.

⁴⁷ Надлежни орган је Министарство правде, при чему су формиране и Владина Канцеларија за вјерске послове, у чијем оквиру дјелује савјетник Владе за вјерске послове, а 2000. године је формирана и међуминистарска комисија која координира активности различитих министарстава. Вид. D. Glodenis, „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities: case of

Пољској,⁴⁸ Словачкој,⁴⁹ Словенији,⁵⁰ Шведској⁵¹ и Шпанији.⁵² У складу са федералним уређењем, у Белгији су овлашћења лоцирана како на нивоу федерације (Министарство правде), тако и на нивоу федералних јединица (региона), уз уређивање међусобних односа и надлежности Споразумом о сарадњи од 4. маја 2004. године⁵³. Сличан приступ је заступљен и у СР Њемачкој, гдје одговорност за односе државе и цркве примарно имају федералне јединице – земље (које су нпр. надлежне у области образовања, здравства и социјалне заштите, а у складу са Основним законом су овлашћене да закључују и споразуме са црквама и вјерским заједницама, изузев питања из савезне надлежности, попут вјерске службе у оружаним снагама, за коју је овлашћена

Lithuania”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 2008, 392–393.

⁴⁸ Основни орган управе је Министарство унутрашњих послова и управе, у чијем саставу дјелује Одјељење за вјероисповјести и националне и етничке мањине, при чему главнину послова који се тичу односа државе и цркве врши унутрашња организациона јединица – Одсек за цркве и вјерске организације. Вид. М. Radajewski, „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 2008, 409–410.

⁴⁹ У саставу Министарства културе дјелује Одјељење за вјерске послове, а наведено министарство је 1997. године основало Институт за државно-црквене односе, који се бави научно-истраживачким и савјетодавним радом у области односа државе и цркве. Вид. Ј. Juran, „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 2008, 431–432.

⁵⁰ Канцеларија за вјерске заједнице успостављена је као Владино тијело задужено за послове у вези са односима државе са црквама и вјерским заједницама. Вид. D. Šepar, „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities in Latvia”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 2008, 438–439.

⁵¹ Министарство културе и Шведска комисија за Владину подршку вјерским заједницама. Вид. L. Friedner, „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 2008, 470.

⁵² Министарство правде, чија је унутрашња организациона јединица Одјељење за вјерске послове, а формирана је и Савјетодавна комисија за вјерске слободе као савјетодавно тијело именовано од стране министра правде. Вид. J. Ferrero, *State-religion relations in Spain: legal and constitutional framework*”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 2008, 42, 467–468.

⁵³ У Белгији је, слично француском и аустријском моделу, законом од 2. јуна 1998. године, формиран Информативни и савјетодавни центар за штетне култове и Управно координационо тијело за штетне култове. Вид. M. Tysebaert, „Administrative and financial matters – the situation in Belgium”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 2008, 289, 294.

савезна држава), посредством својих министарстава културе, док на савезном нивоу није формиран нити један орган управе искључиво задужен за државно-црквене односе. (Премда Савезна канцеларија и савезно Министарство унутрашњих послова, као и поједина ресорна министарства, остварују комуникацију у вези са питањима из своје надлежности).⁵⁴

У другим државама, организациони пунктови за одвијање односа државе и цркве лоцирани су у надлежним судовима али и одговарајућим (општим и посебним) органима управе. Тако су за регистрацију цркава и вјерских заједница у Бугарској надлежни Градски суд у Софији, односно окружни судови за вјерске заједнице које се региструју у јединицама локалне самоуправе изван Софије. С друге стране, у оквиру Владе формирана је Дирекција за вјерске послове као управно тијело координационог и савјетодавног карактера, док су ресорна министарства (образовања и науке, здравља, рада и социјалне заштите и др.) надлежна за контролу испуњености услова и давање сагласности на оснивање правних лица која формирају цркве и вјерске заједнице ради вршења образовних, хуманитарних и др. активности које се тичу наведених области.⁵⁵ Сличан модел усвојен је и у Естонији.⁵⁶

Коначно, „уникатан модел” је усвојен у Великој Британији, која није ни формирала орган државне управе надлежан за питања цркава и вјерских заједница, нити је такву надлежност повјерила судским или другим државним органима. Овакво рјешење је претежно посљедица усвојеног система државне цркве (Црква Енглеске којој је на челу британски монарх). Истини за вољу, поједини органи јавне управе, нарочито на локалном нивоу, остварују плодотворну сарадњу са црквама и вјерским заједницама.⁵⁷

⁵⁴ B. Küster, „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 2008, 335–336.

⁵⁵ Вид. I. Zhelev Dimitrov, „Legal settlement of the relations between the state and religions in Bulgaria today”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 2008, 306–309.

⁵⁶ Регистрацију цркава и вјерских заједница врше надлежни судови уписом у одговарајуће регистре, док је у оквиру Министарства унутрашњих послова формирано Одјељење за вјерске послове. Вид. R. Ringvee, „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 2008, 320–321.

⁵⁷ Вид. A. van Eck Duymaer van Twist, „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 2008, 476–495.

Наравно да без обзира на (не)постојање посебних органа управе надлежних за успостављање садржајних односа са црквама и вјерским заједницама, читав низ других органа управе ступа у различите видове односа са црквама и вјерским заједницама. Тако је, нпр. у области заштите културних добара, за уклањање или реконструкцију вјерских објеката који представљају културна добра у Аустрији, по правилу, неопходно прибавити сагласност Савезне канцеларије за заштиту споменика.⁵⁸ У појединим државама (Финска, Шведска, Њемачка и др.) порески органи управе прикупљају црквене таксе (уз сношење трошкова прикупљања од стране цркава и вјерских заједница).⁵⁹

Када је ријеч о управном оранизовању ради реализације слободe вјероисповјести у БиХ и сусједним државама, може се уопштено констатовати да је од три приступа усвојен првонаведени.

У Босни и Херцеговини је на нивоу БиХ донесен Закон о слободи вјере и правном положају цркава и вјерских заједница (*Службени гласник БиХ*, бр. 5/04), којим је у члану 15 Министарство за људска права и избјеглице БиХ одређено као надлежно министарство за односе са црквама и вјерским заједницама, док Министарство правде БиХ има надлежност у поступку регистрације цркава и вјерских заједница (чланови 16 и 18 истог закона). У Републици Српској, у складу са чланом 45 Закона о републичкој управи (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 115/18, 111/21, 15/22, 56/22 и 132/22), дјелује Републички секретаријат за вјере као посебна управна организација у саставу Министарства просвјете и културе, након што је Законом о министарствима (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 70/02) престало да постоји Министарство вјера. Иако у Федерацији БиХ нису формиран органи управе (или организационе јединице у саставу постојећих органа управе), који би као примарну надлежност имали успостављање и одржавање односа са црквама и вјерским заједницама, медијски подаци указују да се на кантоналном новоу обезбјеђује финансирање цркава и вјерских заједница.⁶⁰

У Републици Србији је Законом о црквама и верским заједницама (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/06) одређена

⁵⁸ R. Potz, „Religious freedom and concept of law and religion in Austria”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 2008, 282.

⁵⁹ M. Kotiranta, „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 2008, 325.

⁶⁰ У додјели новца вјерским заједницама у БиХ највеликодушнији кантони, предњачи сарајевски: <https://www.tacno.net/nasigradovi/u-dodjeli-novca-vjerskim-zajednicama-u-bih-najvelikodusniji-kantoni-prednjaci-sarajevski/>, 7. 8. 2023.

надлежност министарства надлежног за послове вјера (члан 17) за вођење регистра цркава и вјерских заједница. У складу са важећим Законом о министарствима (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 128/20 и 116/22), надлежно је Министарство правде у чијем саставу дјелује Управа за сарадњу с црквама и верским заједницама која афирмише слободу вјероисповијести вршећи дјелокруг послова из члана 10, став 2 Закона о министарствима. Штавише, чланом 28 Закона о црквама и верским заједницама уређена је сарадња државе са црквама и вјерским заједницама која на овакву сарадњу обавезује и друге државне органе, укључујући и органе управе.

У Црној Гори је након више деценија, крајем 2019. године, донесен Закон о слободи вјероисповијести или увјерења и правном положају вјерских заједница (*Службени лист Црне Горе*, бр. 74/19 и 8/21), чије су антиуставне одредбе знатно угрозиле слободу вјероисповјести. То је за резултат имало реакцију десетина хиљада вјерника Српске православне цркве широм Црне Горе, манифестовану величанственим литијама, што је довело до промјене власти и усвајања измјена и допуна овог закона у јануару 2021. године. Орган управе надлежан за провођење надзора над примјеном наведеног закона је Министарство правде, које води и Јединствену евиденцију вјерских заједница. У саставу овог министарства дјелује Директорат за сарадњу са вјерским заједницама.

У Републици Хрватској послове у вези са црквама и вјерским заједницама обавља Министарство правосуђа и управе, у складу са чланом 6, став 1 Закона о правном положају вјерских заједница.⁶¹ У саставу Министарства правосуђа и управе дјелује Управа за политички систем и општу управу, чија је унутрашња организациона јединица Сектор за непрофитна правна лица, у којем дјелује Служба за политичке странке и вјерске заједнице.⁶²

5. Послови државне управе и остваривање слободе вјероисповијести

Имајући у виду горенаведене органе државне управе чији примарни или супсидијарни посао представља брига о остваривању слободе вјероисповијести у конкретним државно-правним порецима, на овом мјесту а имајући обзир према очекиваном обиму рада, детаљније

⁶¹ Закон о правном положају вјерских заједница – ЗППВЗ, *Народне новине*, бр. 83/02 и 73/13.

⁶² Управа за политички систем и општу управу: <https://mpu.gov.hr/o-ministarstvu/ustrojstvo/uprava-za-politicki-sustav-i-opcu-upravu/22104>, 7. 8. 2023.

ћемо говорити о најважнијем (претходном) питању које се тиче несметаног рада цркава и вјерских заједница – регистрацији. Међутим, не треба смањити улогу коју државни органи управе обављају у погледу финансирања цркава и вјерских заједница, уређивања статуса вјерске наставе (надлежности ресорног министарства које се тиче услова и начина избора наставника вјерске наставе, одређивања наставног плана и програма, овлаштења просвјетне инспекције) и положаја вјерских школа, опорезивања цркава и вјерских заједница (пореске олакшице и/или ослобађања од плаћања пореза, преференцијалне пореске стопе), рјешавања имовинскоправних односа и питања реституције (посебно актуелно у државама насталим дисолуцијом социјалистичке Југославије), статуса културноисторијских споменика који су уједно вјерски објекти, рјешавања радноправног статуса вјерских службеника а посебно њихових права у погледу пензијског, здравственог и инвалидског осигурања. Оваквим и сличним маркантним питањима државно-црквеног права потребно је посветити посебне радове, што је и чињено, с обзиром на популаризацију државно-црквеног права у нашој академској јавности.

Регистрација цркава и вјерских заједница представља посебан управни поступак, што значи да се поред правила посебне управне процедуре, на цијели поступак сходно или супсидијарно примјењују одредбе законског прописа који регулише општи управни поступак.⁶³ Правилима посебних управних поступака за одређену област уређују се поједина питања поступка другачије него што их регулише *lex generalis*, и до таквог регулисања долази када је то нужно и неопходно, с обзиром на специфичност појединих управних области, и ако је то у складу са основним начелима општег управног поступка. Одступања због којих се примјењује посебан поступак морају да буду регулисана искључиво законом, те се посебни поступак никада не нормира цјеловито, већ само његов дио карактеристични за поједине управне области.⁶⁴

⁶³ Велика дилема је да ли се општи процесни закон примјењује супсидијарно или сходно. У теорији права познато је да супсидијарна примјена закона долази у обзир када постоје два или више закона од којих је један општи, а други посебни, и он се односи по начелу примјене општег на сва питања која нису уређена посебним законом (тзв. супсидијарни карактер општег прописа), док сходна примјена постоји када се једним прописом не уређује цјелокупна материја, а могла би се по називу и обухвати очекивати нормативна свеобухватност, те је у таквом случају неопходно упутити на сходну примјену правног прописа друге или исте правне материје како би се избјегло понављање. Види Ж. Мирјанић, *Лисање и доношење закона*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2014, 73–74.

⁶⁴ М. Ромић, „Примјена појединих процесних института Закона о општем управном поступку у поступку регистрације цркава и вјерских заједница у Републици

Као претходно питање поставља се: да ли се слобода вјероисповијести као људско право односно слобода може остварити и у оквирима нерегистроване (што не мора значити и непризнате!) цркве односно вјерске заједнице? Како се у теорији а и у уставносудској јуриспруденцији истиче – европски стандард слободе вјероисповијести подразумева уживање слободе вјероисповијести без ограничења, тј. без ограничења поготово за оне заједнице које би дјеловале, али не јавно.⁶⁵ Оваквом ставу оправдано се супротставља бојазан да би без регистрације могле да дјелују или да се представљају као вјерске заједнице и оне заједнице које немају такав карактер.

У Босни и Херцеговини диференцирају се историјске односно традиционалне цркве и вјерске заједнице, које имају континуитет постојања и рада на територији данашње Босне и Херцеговине (од времена турске и аустроугарске окупације све до периода двије Југославије), што је законом и признато. Ријеч је о Српској православној цркви, Исламској заједници БиХ, Католичкој цркви и Јеврејској заједници БиХ.⁶⁶ Другачију регулацију сусрећемо у Србији која распознаје традиционалне цркве и вјерске заједнице,⁶⁷ које одликује вишевјековни историјски континуитет и стечени субјективитет на основу посебних закона из периода Краљевине Југославије.⁶⁸ Такође, поред

Србији”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 152.

⁶⁵ В. Ђурић (2012), 65. Аутор наводи и двије одлуке уставних судова СР Њемачке и Словеније, у којима њемачки уставни суд сматра да уживање слободе вјероисповијести није повезано само са признатим црквама и вјерским заједницама, те да је у питању посљедица „религиозне и идеолошке неутралности државе и начела једнакости црква и конфесија.” Док његов словеначки колега једноставно констатује да је уставна заштита обезбјеђена подједнако регистрованим и неформалним вјерским заједницама, и да словеначки устав не предвиђа услов регистрованости за уживање слободе вјероисповијести.

⁶⁶ ЗЦВЗ БиХ, чл. 8, ст. 2.

⁶⁷ Нешто што ће се ријетко сусрести у упоредном (европском) законодавству јесу традиционалне цркве и вјерске заједнице, јер се не мисли на њихово традиционално присуство у српском друштву, већ на објективни критеријум који деривира из правног принципа опште природе. Важност ове напомене је у чињеници да поступак регистрације није различит већ јединствен, с тим да традиционалне цркве и вјерске заједнице само подносе пријаву, док новоформиране покрећу процедуру захтјевом. Више о томе видјети С. Аврамовић, 289.

⁶⁸ ЗЦВЗ Србија, чл. 10, ст. 2. Поред наведених услова и закон у Србији наводи које су то традиционалне цркве и вјерске заједнице у питању: Српска православна црква, Римокатоличка црква, Словачка евангеличка црква, Реформатска хришћанска црква, Евангеличка хришћанска црква, Исламска верска заједница и Јеврејска верска заједница.

поменутих, постоје и оне конфесионалне заједнице чији статус и рад је био регулисан законима из 1953. и 1977. године, те су такве вјерске заједнице обавезне да поднесу захтјев и тиме изврше упис у Регистар цркава и верских заједница.⁶⁹ Овакав тродијелни систем регистрације видљив је у фактичком смислу у Белгији, чији правни систем разликује непризнате религије (без статуса правног лица), законом признате религије, у оквиру којих се у први ред сврстава Римокатоличка црква која има положај *primus inter partes* (нпр. током државних празника и церемонија), тј. привилеговани положај, те се стога и сврстава у посебну категорију. Белгија има један спецификум који би *de lege ferenda* био користан за мултиетничку структуру Босне и Херцеговине – регистрација цркава и вјерских заједница завршава се у федералном парламенту, који има завршну ријеч након испитивања испуњености материјалних услова од стране Министарства правде.⁷⁰ Овакав модел би додатно ојачао механизам већ постојећег поступка пред надлежним министарством правде и осигурао примјену начела консоцијативне демократије и на нивоу овог посебног управног поступка. Вриједи споменути и аустријски модел⁷¹ у којем се такође разликују три категорије цркава и вјерских заједница – оне које су регистроване као удружења грађана, регистроване цркве и вјерске заједнице (у складу са одредабама Закона о конфесионалним заједницама из 1998. године), те цркве и вјерске заједнице које имају државно признање (тј. према одредбама Закона о признању из 1874. године стичу статус – правних лица јавног права⁷²). Ипак, поред ове три категорије, постоји и четврта

⁶⁹ ЗЦВЗ Србија, чл. 16. Ријеч је о два законска прописа из периода социјалистичке Југославије: Закон о правном положају верских заједница (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 22/53) и Закон о правном положају верских заједница (*Службени гласник СРС*, бр. 44/77).

⁷⁰ В. Марковић, М. Ромић, „О уставности регистрација цркава и вјерских заједница – прилог проучавању државно-црквеног права”, *Страни правни живот* 1/2020, 52.

⁷¹ Детаљан приказ односа државе са црквама и вјерским заједницама може се видјети у капиталном дјелу бечке професорице: I. Gampl, *Österreichisches Staatskirchenrecht*, Springer, Wien/New York 1971.

⁷² Правни конструкт *Körperschaften des öffentlichen Rechts*, типичан за њемачку школу државно-црквеног права, означава, у најкраћем, цркву односно вјерску заједницу са најширим правима и обавезама, ону која има државно признање. Таква заједница улази са државом у најшири спектар односа и успоставља сарадњу у погледу упражњавања вјере у образовању, здравству, оружаним и полицијским снагама, итд. Једна од теорија каже да су овај термин сковали њемачки правници римокатоличке провенијенције да би заштитили традиционалне цркве и вјерске заједнице, на правом мјесту римокатоличку и протестантску заједницу. Види код: P. Kirchhof, „Die Kirchen und und Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts”, in: *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik*

категорија цркава и вјерских заједница које су због своје историјске присутности и континуитета вршења духовне мисије признате посебним законима.⁷³

Све остале вјерске заједнице,⁷⁴ односно новоосноване цркве и вјерске заједнице у Босни и Херцеговини, морале су претходно да испуне материјалноправне услове у складу са законом, те да након проведеног поступка буду уписане у Регистар цркава и вјерских заједница који води Министарство правде БиХ.⁷⁵ Сходно одредбама закона, цркву или вјерску заједницу може да оснује група грађана од најмање 300 чланова, који морају да буду држављани Босне и Херцеговине (без обзира на ентитетско држављанство). Поднесак којим се покреће процедура мора да садржи: 1) статут или други акт цркве или вјерске заједнице из којег је видљив садржај и начин исповиједања вјере, обављања вјерских обреда, подручја и начин дјеловања; 2) документ о њеном службеном вјерском учењу; 3) потписе 300 грађана-сљедбеника (име и презиме, дан и мјесто рођења, садашња адреса, јединствени матични број и својеручни потпис); 4) одлуку о оснивању, усвојену од најмање 30 оснивача цркве или вјерске заједнице, име и презиме поглавара цркве или вјерске заједнице, његовог замјеника или других представника овлашћених да заступају цркву или вјерску заједницу пред државним органима.⁷⁶

Хрватски систем регистровања нових вјерских заједница поред разлике у броју вјерника/потписника (500 и доказ који то поткрепљује), садржи и одредбу да прије покретања поступка регистрације, нова вјерска заједница мора да дјелује пет година као удружење грађана.⁷⁷ Док је у неким правним системима прихваћен овакав систем такстативног прописивања услова за регистрацију, у упоредном законодавству има примјера да су услови утврђени у управној пракси. Такву ситуацију затичемо у белгијском праву, те да би једна црква или вјерска

Deutschland (ed. J. Listl, D. Pirson), Erster Band, Duncker & Humboldt, Berlin 1994, 651–687.

⁷³ В. Ђурић (2012), 76–77.

⁷⁴ Према наводима из медија ријеч је о око 1150 цркава и вјерских заједница у БиХ: <https://radiosarajevo.ba/metromahala/teme/u-bih-osnovane-jos-dvije-nove-vjerske-zajednice-sada-ih-je-1150/394837>, 1. 8. 2023.

⁷⁵ Сарадња на остваривању слободе вјероисповијести на нивоу Босне и Херцеговине остварује се путем сарадње Министарства људских права и избјеглица и Министарства правде у Савјету министара. Првонаведено министарство активно сарађује и остварује контакте са црквама и вјерским заједницама, док другопомећуто министарство води регистар.

⁷⁶ ЗЦВЗ БиХ, чл. 18, ст. 2.

⁷⁷ ЗППВЗ, чл. 21, ст. 1, т. 3.

заједница била призната, мора: да има значајан број сљедбеника, да је присутна у држави одређен временски период, да има друштвени значај, при чему се цијени да ли вјерска заједница одговара потребама становништва или бар његовог довољног дијела, да није укључена у активности које су супротне друштвеном (а не правном!) поретку, с посебним нагласком на јавни ред и безбједност, и најпослије, да је способна да организује јединствено репрезентативно тијело за односе са јавним властима, као и да предложи вјерске службенике.⁷⁸

Поднесени захтјев,⁷⁹ који испуњава процесне претпоставке (благовременост, уредност и комплетност) доставља се министру који, водећи рачуна о правима сваке цркве и вјерске заједнице да самостално организује своје послове, доноси рјешење о упису у регистар цркава и вјерских заједница. У случају ћутања управе, сматраће се да је упис извршен након протекла 60 дана од подношења захтјева за регистрацију.⁸⁰ Уколико министар рјешењем одбије захтјев, и тиме се не дозволи упис у регистар, црква односно вјерска заједница имају право на изјављивање жалбе Савјету министара, и то у посебном року од 30 дана од пријема рјешења о одбијању.⁸¹ Одлуком Савјета министара коначно се рјешава о одбијању захтјева или упису у регистар цркава и вјерских заједница. Коначно рјешење Савјета министара

⁷⁸ M. Tysebaert, „Administrative and financial matters – the situation in Belgium”, in: *Legal aspects of religious freedom* (eds. D. Čepar, B. Ivanc), Office of the Government of the Republic of Slovenia for Religious Communities, Ljubljana 2008, 289.

⁷⁹ Подзаконским актом је таксативно наведено шта мора да садржи поднесак, и то: а) пуни назив (и скраћени, ако постоји) Субјекта уписа; б) сједиште и број телефона Субјекта уписа; ц) садржај и опис печата Субјекта уписа; д) садржај и опис штамбиља Субјекта уписа; е) садржај и опис логоа или знака Субјекта уписа, ако постоји. Такође, прилаже се и: а) статут Субјекта уписа; б) исправу о службеном вјерском науковању Субјекта уписа; ц) списак 300 грађана-сљедбеника, који садржи: име и презиме, мјесто рођења, садашњу адресу становања, јединствени матични број и својеручни потпис грађана-сљедбеника; д) одлуку о оснивању, која је усвојена од најмање 30 оснивача цркве или вјерске заједнице, име и презиме предстојника цркве или вјерске заједнице, његовог замјеника или других представника овлашћених да заступају цркву или вјерску заједницу пред државним органима; е) податке за овлаштену особу. Вид. у: Правилник о успостави и вођењу јединственог регистра за упис цркава и вјерских заједница, њихових савеза и организационог облика у Босни и Херцеговини, Правилник, чл. 6.

⁸⁰ ЗЦВЗ БиХ, чл. 18, ст. 6

⁸¹ Правилник, чл. 11, ст. 2. Сматрамо да би овакво рјешење неоправдано одуговлачило поступак по захтјеву странке за упис у регистар, те да би сврсисходније било примјенити општи процесни рок од 15 дана из Закона о управном поступку (*Службени гласник БиХ*, бр. 29/2002, 12/2004, 88/2007, 93/2009, 41/2013 и 53/2016) из чл. 218, ст. 1. Разлог више била би и управносудска заштита гарантована законом, која властитим роковима додатно одужује поменути поступак правне заштите..

подлијеже правној контроли у управном спору пред Судом Босне и Херцеговине.⁸² Закон је пропустио да експлицитно одреди разлоге због којих би могао да се одбије захтјев за регистрацију, међутим поред непотпуног списка предмета односно писмене пријаве за регистрацију цркве односно вјерске заједнице, посебно је истакнуто да се жалба може изјавити и када би регистрација цркве односно вјерске заједнице била супротна Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода, те њених протокола, као и других међународних уговора који се тичу слободе вјере.⁸³ Извршени упис остварује дејство од тренутка коначног рјешења министра, уз остављање могућности да се у регистру изврше измјене постојећег стања. Обавезност пријаве промјена постоји уколико се мијења назив или било који од конститутивних елемената цркве или вјерске заједнице, Правилником предвиђен као обавезан приликом уписа. По пријави за промјену у регистру, надлежно министарство поступа у року од осам дана.⁸⁴ Такође, у случају престанка рада, прописана је обавеза цркве односно вјерске заједнице да поднесе пријаву за брисање уз коју се мора поднијети и одлука надлежног органа о престанку рада вјерске заједнице.⁸⁵ Приликом наредних новелирања законског текста у Босни и Херцеговини треба размислити о навођењу тачно одређених случајева када црква односно вјерска заједница престаје са радом (поред споменуте пријаве за брисање нормиране у Правилнику), као што је то учињено у Србији, гдје се предвиђа да ће црква односно вјерска заједница престати са радом у три законом одређена случаја: 1) ако поднесе захтјев; 2) ако наступе разлози због којих се одбија њен упис у регистар; и 3) ако је правноснажном судском пресудом установљено да вјерска организација остварује другачије циљеве од оних ради којих је основана.⁸⁶

На крају, треба се присјетити да постојање поступка регистрације, својеврсног државног признања одређене вјерске заједнице, казује много и о односу државе и цркве, па и о односу права и религије. А не треба заборавити да су и право и религија у већој или мањој мјери организовани системи норми, и да веза између њих не може да буде доведена у питање, тј. да је у питању „чвор који не може бити развезан” (*knot that cannot be untied*), а да истовремено сепаратисање

⁸² ЗЦВЗ БиХ, чл. 18, ст. 8.

⁸³ ЗЦВЗ БиХ, чл. 18, ст. 7.

⁸⁴ Правилник, чл. 12.

⁸⁵ *Ibid.*, чл. 13.

⁸⁶ ЗЦВЗ Србија, чл. 22.

једне појаве не доведе у питање кредибилитет и легитимитет оне друге.⁸⁷

6. Закључна разматрања

Питање односа државе и цркве све се више актуелизује, особито у европском контексту, а дати један исцрпан одговор или савршени модел на тако постављену дилему, чини се немогућим. Међутим, и те како је потребно трагати за уравнотеженим концептом државно-црквених односа, и као да се намеће полазна тачка (бар са стране државе) да се у тој теоријскоправној потрази крене од државне управе. Иако политичке смјернице доносе највиши државни органи (шеф државе, влада, парламент), операционализацију у свакодневном животу омогућава управа. Стога смо покушали да у уводном поглављу скицирамо важност слободе вјероисповијести као темељне људске слободе, коју ниједан међународноправни документ не пропушта да уврсти у свој каталог, али која је проузроковала и богату праксу Европског суда за људска права. Са такве начелне равни спустили смо се на материјални (управно)правни ниво показавши који су то органи државне управе са свим својим организационим јединицама (унутрашњим, основним) успостављени у Босни и Херцеговини, уз компаративни приказ земаља региона и респектабилних европских држава. Таква лепеза управних органа показује да ниједна држава, осим специфичности британског приступа, није препустила случају вјерске организације које су дубоко утакне у историју држава, традицију и културе народа тих држава, али врло често и у њихову активну политику. Европско искуство државно-црквених односа показује да ниједна искључивост није добра, нити радикална сепарација нити систем државне вјере/цркве. У тако екстремним условима на губитку су и држава и цркве односно вјерске заједнице. Простор сарадње је широк и представља нормативни потенцијал који треба да буде испуњен реалним садржајем на обострану корист. Таква сарадња се остварује путем корпуса процесних норми, а претходно питање којем смо се посветили јесте поступак регистрације цркава и вјерских заједница. Већ смо утврдили да се путем државног признања вјерске организације не ограничава право упражњавања слободе вјероисповијести, које као индивидуално право има апсолутни карактер, али се државно-правни поредак осигурава од могућих злоупотреба, штите

⁸⁷ F. Venter, *Constitutionalism and religion*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham Northampton 2015, 30.

се традиционалне цркве и вјерске заједнице које одликује континуитет дјеловања, и захтјева нужна озбиљност приликом остваривања слободе вјере у заједници. Осцилирање између симболичних услова за регистрацију и постављања рестриктивног оквира, који има за циљ онемогућавање стицања статуса регистроване вјерске организације, представља резултанту проучавања упоредног законодавства у Европи. Домаћа рјешења не заостају за мериторним узорима, нити одуарају од праксе Стразбуршког суда када је у питању област слободе вјероисповијести, с тим да су статусна питања почетна и сада их слиједи системско регулисање питања вјерске наставе, радноправног статуса вјерских службеника, финансирање цркава и вјерских заједница, итд. *Summa sumarum*, у нашем скромном прегнућу покушали смо да укажемо на незаобилазни значај државне управе у остваривању слободе вјероисповијести, њену позиционираност између заједница која упражњавају слободу вјероисповијести и државе као заштитника и регулатора те слободе.

Nevenko Vranješ

Associate Professor, Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka

Bojan Vlaški

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka

Marko Romić

Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Banja Luka

ROLE OF STATE ADMINISTRATION BODIES IN EXERCISING FREEDOM OF RELIGION

Summary

The freedom of religion, as one of the fundamental human freedoms, is a sensitive and vast area to be codified by the state. Still, it is a necessity and that is why every modern state, regardless of its system of government, strives to use its constitutional documents to stipulate, at least in principle, the respect for freedom of religion of every citizen. Therefore, the said precision in codification must come to the fore when laws and bylaws govern the methods for exercising the freedom of religion. Bearing that in mind, we made an attempt to remind of the importance and the role of freedom of religion for every state in the introductory chapter, while in the second section we discussed the freedom of religion, but in the context

of organisation of state administration. The last two issues, registration of churches and religious communities and monitoring the exercise of freedom of religion, are the core issues in our paper, to lead to our conclusion concerning the importance of state administration in exercising the freedom of religion.

Keywords: state administration, freedom of religion, public administration, ecclesiastical law, registration.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Аврамовић С., *Прилози настанку државно-црквеног права у Србији*, Београд 2007, 11-289.
- Арежина С., „Анализа имовинско-правних односа између Српске православне цркве и Црне Горе у контексту доношења Закона о слободи вјероисповјести или увјерења и правном положају вјерских заједница”, у: *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*, 111–133.
- Арловић М., „Уставноправно уређење права на слободу вјероисповиједи у Републици Хрватској и његова заштита у пракси Еуропског суда за људска права и Уставног суда”, у: *Слобода вјероисповијести у уставносудској пракси* (ур. Мирсад Ћеман), Уставни суд БиХ, Сарајево 2019, 65–103.
- Вајс П., „О односима државе и цркве”, у: *Правни положај цркава и вјерских заједница у Црној Гори данас*, Зборник радова са међународног научног скупа (Бар, 23–25. мај 2008), Бона фидес, Никшић 2009, 73.
- Van Eck Duymaer van Twist A., „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 15–18 September 2008.
- Venter F., *Constitutionalism and religion*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham Northampton 2015.
- Врањеш Н., Влашки Б., „Управноправни аспекти аутономних послова цркве”, у: *Државно црквено право кроз вјекове* (ур. Владимир Чоловић *et. al.*), Институт за упоредно право – Митрополија Црногорско-приморска, Београд–Будва 2019, 393–429.

- Gampl I., *Österreichisches Staatskirchenrecht*, Springer, Wien/New York 1971.
- Glodenis D., „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities: case of Lithuania”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 15–18 September 2008.
- Dimitrov Z., „Legal settlement of the relations between the state and religions in Bulgaria today”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 15–18 September 2008.
- Ђурић В., „Законско уређивање правног положаја цркава и верских заједница у Републици Србији: од оспоравања до унапређивања”, *Свеске за јавно право*, 13/2013, 43–55.
- Ђурић В., *Слобода вероисповести у јуриспруденцији европских уставних судова*, Институт за упоредно право, Београд 2012.
- Juran J., „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 15–18 September 2008.
- Kirchhof P., *Die Kirchen und und Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts*, in: *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland* (eds. J. Listl, D. Pirson), Erster Band, Duncker & Humboldt, Berlin 1994.
- Kotiranta M., „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 15–18 September 2008.
- Križ J., „Religious freedom and state in the Czech Republic”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 15–18 September 2008.
- Küster, „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 15–18 September 2008.
- Марковић В., *Јавна овлашћења етноконфесионалних облика нетериторијалне аутономије у Републици Србији*, мастер рад, необјављено, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2021.
- Марковић В., Ромић М., „О уставности регистравања цркава и вјерских заједница – прилог проучавању државно-црквеног права”, *Страни правни живот* 1/2020, 45–63.

- Macuka J., „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities in Latvia”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 15–18 September 2008.
- Мемишевић Е., „Савремено регулисање слободe религије или увјерења у Босни и Херцеговини, Хрватској, Србији и Црној Гори”, у: *Слобода вјере или увјерења: Приручник*, (ур. Tore Lindholm, W. Cole Durham Jr., Bahia G. Tahzib-Lie, Центар за напредне студије, Сарајево 2015, 535–549.
- Мирјанић Ж., *Писање и доношење закона*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2014.
- Мирјанић Ж., „Претпоставке за законско уређивање празника”, у *Годишњак Правног факултета универзитета у Бањој Луци* 38/2016, 205–225.
- Николић О., *Држава, црква и слобода вероисповести*, Институт за упоредно право, Београд 2022.
- Омејец Ј., *Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода*, Стразбушки *acquis*, Нови информатор, Загреб 2014.
- Oprescu M. A., „Freedom of religion in: the jurisprudence of the European Court of Human Rights” in *Modeling the New Europe* (ed. Nicolae Răun), Cluj-Napoca 2016, 29–45.
- Папастатис Х., „Држава и црква у Грчкој”, у: *Држава и црква у Европској унији* (ур. Герхард Роберс), Православни богословски факултет, Београд 2012, 10–58.
- Петровић В., „Право на слободу мисли, савести и вероисповести, Једно од гарантованих људских права”, у: *Религија у јавном, политичком и друштвеном сектору*, (ур. Јелена Јабланов Максимовић), Фондација Конрад Аденауер и Хришћански културни центар др Радован Биговић, Београд 2013, 107–111.
- Potz R., „Religious freedom and concept of law and religion in Austria”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 15–18 September 2008.
- Radajewski, M. „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 15–18 September 2008.
- Ringvee R., „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 15–18 September 2008.

- Robbers G., „Der Dialog zwischen der Europäischen Union und den Kirchen”, Recht in: *Kirche und Staat: Joseph List zum 75. Geburtstag*, hg. v. W. Rees, Duncker & Humboldt, Berlin 2004.
- Роберс Г., „Држава и Црква у Европској унији”, у: *Држава и Црква у Европској унији* (ур. Герхард Роберс), Православни богословски факултет, Београд 2012, 10-58.
- Robbers G., „Legal aspects of religious freedom”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 15–18 September 2008.
- Рومیћ М., „Примјена појединих процесних института Закона о општем управном поступку у поступку регистрације цркава и вјерских заједница у Републици Србији”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Београд 2022, 151–159.151-159
- Сахацић М., *Устав Републике Српске о људским правима и слободама и „осталим”*, (ур. Далила Мирковић), Центар за политичке студије, Сарајево 2013, 19.
- Tysebaert M., „Administrative and financial matters – the situation in Belgium”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 15–18 September 2008.
- Ferrero J. „State-religion relations in Spain: legal and constitutional framework”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 15–18 September 2008.
- Friedner L., „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 15–18 September 2008.
- Csepregi, „Facts about the relationship of state and church in Hungary”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 15–18 September 2008.
- Curcio M. „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 15–18 September 2008.
- Ћепар Д., „Administrative and financial matters in the area of religious freedom and religious communities in Latvia”, in: *Legal aspects of religious freedom*, International conference, Ljubljana 15–18 September 2008.
- Шаркиновић Х., „Слобода вјероисповијести у пракси Европског суда за људска права и Уставног суда Црне горе”, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 2/2020, 535–549.

Шијаковић Б., „Дужност Државе да призна Цркву и њено право на самоодређење”, у: *Правни положај цркава и вјерских заједница у Црној Гори данас*, Зборник радова са међународног научног скупа (Бар, 23–25. мај 2008), Бона фидес, Никшић 2009.

Остали извори

- Европска конвенција о људским правима и основним слободама, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_srp, 21.07. 2023.
- Закон о министарствима, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 128/20 и 116/22.
- Закон о правном положају верских заједница, *Службени гласник СРС*, бр. 44/77.
- Закон о правном положају верских заједница, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 22/53.
- Закон о републичкој управи, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 115/18, 111/21, 15/22, 56/22 и 132/22.
- Закон о слободи вјере и правном положају цркава и вјерских заједница у Босни и Херцеговини, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 5/04.
- Закон о црквама и верским заједницама, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/2006.
- Закон о црквама и верским заједницама, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/06.
- Закон о правном положају вјерских заједница, *Народне новине*, бр. 83/02 и 73/13.
- Закон о слободи вјероисповијести или увјерења и правном положају вјерских заједница, *Службени лист Црне Горе*, бр. 074/19 и 008/21.
- Закон о управном поступку, *Службени гласник БиХ*, бр. 29/2002, 12/2004, 88/2007, 93/2009, 41/2013 и 53/2016.
- Међународни пакт о грађанским и политичким правима, <http://www.mhrr.gov.ba/pdf/medunarodnipakt%20b.pdf>, 21. 7. 2023.
- Повеља Европске уније о основним правима, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:12016P/TXT>, 21. 7. 2023.
- Правилник о успостави и вођењу јединственог регистра за упис цркава и вјерских заједница, њихових савеза и организационох облика у Босни и Херцеговини.

- Универзална декларација о људским правима, https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/cnr.pdf, 21. 7. 2023.
- Упутство о спровођењу Закона о слободи вјере и правном положају цркава и вјерских заједница, *Сл. гласник БиХ*, бр. 28/2019.
- Устав Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 98/2006 и 115/2021.
- Устав Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05 и 48/11.
- Устав Босне и Херцеговине, Анекс IV Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 25/2009 – Амандман I.
- Устав Црне Горе, *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/2007 и 38/2013 – Амандмани I–XVI.
- Устав Федерације БиХ, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 1/1994, – Амандман I, 13/1997 – Амандмани II–XXIV, 13/1997 – Амандмани XXV и XXVI, 16/2002 – Амандмани XXVII–LIV, 22/2002 – Амандмани LVI–LXIII, 52/2002 – Амандмани LXIV–LXXXVII, 60/2002 – испр. Амандмана LXXXI, 18/2003 – Амандман LXXXVIII, 63/2003 – Амандмани LXXXIX–XCIV, 9/2004 – Амандмани XCV–CII, 32/2007 – испр., 20/2004 – Амандмани CI и CIV, 33/2004 – Амандман CV, 71/2005 – Амандмани – CVI–CVIII, 72/2005 – Амандман CVI, 88/2008 – Амандман CIX, 79/2022 – Амандмани CX–CXXX, 80/2022 – испр. и 31/2023 – Амандман CXXXI.
- Вјерска мржња и дискриминација мањина у БиХ, <https://hayat.ba/state-department-vjerska-mrznja-i-diskriminacija-manjina-i-dalje-su-prisutni-u-bih/419623/>, 22. 7. 2023.
- Годишњи извјештаји о раду Институције Омбудсмена за људска права Босне и Херцеговине, <https://www.ombudsmen.gov.ba/Dokumenti.aspx?id=27&tip=1&lang=SR>, 22. 7. 2023.
- Европски суд за људска права, *Кокинакис вс. Грчка и Ото Премингер Институт вс. Аустрија*,
- Међурелигијско вијеће БиХ, Извјештаји о нападу на вјерске објекте, <https://mrv.ba/lat/clanci/vijesti/arhive/4-godisnji-izvjestaj-o-monitoringu-napada-na-vjerske-objekte-u-bih/>, 22. 7. 2023.
- Regional Youth Cooperation Office (RYCO), Centar za edukaciju i istraživanje (NAHLA) i Institucija Ombudsmena za ljudska prava

BiH, Pravo na slobodu vjere ili uvjerenja kao osnovno ljudsko pravo, <https://www.osce.org/files/f/documents/a/3/511006.pdf>, 17.7. 2023, 1–2.

Станичић Ф., Право на слободу вјероисповијести као темељно људско право, https://www.google.hr/url?sa=i&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=0CAIQw7AJahcKEwiI85rWpZAAxU-AAAAAHQAAAAAQAg&url=https%3A%2F%2Fwww.pravo.unizg.hr%2F_download%2Frepository%2FPravo_na_slobodu_vjeroispovijesti_kao_temeljno_ljudsko_pravo.pptx&psig=AQv-Vaw2IpUdgr-H-GBmBpmTmt-uf&ust=1690011516474269&opi=89978449, 21. 7. 2023.

У додјели новца вјерским заједницама у БиХ највеликодушнији кантони, предњачи сарајевски, <https://www.tacno.net/nasigradovi/u-dodjeli-novca-vjerskim-zaj-ednicama-u-bih-najvelikodus-niji-kantoni-prednjaci-sarajevski/>, 7. 8. 2023.

Управа за политички систем и општу управу, <https://mpu.gov.hr/o-ministarstvu/ustrojstvo/uprava-za-politicki-sustav-i-opcu-upravu/22104>, 7. 8. 2023.

THE CASES OF LUND AND TURIN AS POST-SECULAR CITIES**

Summary

A comparison between two European cities – Lund and Turin – is presented on the basis of the post-secular approach. Within the framework of the participation of different groups in urban policies adopted by the two cities, the article aims to investigate whether institutional dialogue can be a relevant tool in a post-secular age in order to guarantee the needs and claims of religious communities within city spaces.

Keywords: post-secular, city-space, urban policies, co-participation, collaborative dialogue.

1. The “postsecular” approach within the framework of urban spaces

After many decades in which the presence of religion within the public space has been marginalized as an obsolete and an outmoded phenomenon¹, an innovative pattern of *living together* has emerged.² Nowadays,

* Post Doc Fellow in Law and Religion in the University of Tuscia (Viterbo), Adjunct Professor Bocconi University (Milan), giuseppina.scala@unibocconi.it

** This article is part of a broader research project on the concept of the “Post-secular City”. The project was first presented at the World Congress of Constitutional Law at the University of Johannesburg, 5-9 December 2022.

¹ Some authors specifically refer to the so-called “death of God theology” or the “Eclissi del sacro”. For an overview of this process, see S. Acquaviva, *Eclissi del Sacro nella civiltà industriale*, Edizioni Comunità, Roma 1961. Other authors refer to a “dequalification of the religious stance” and its “exclusion from human dimensions”, see P. Lillo, “Rilevanza pubblica delle comunità religiose nella dimensione giuridica europea”, *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale* 28/2018, 1

² The pattern of “living together” would mean a coexistence based on the respect of all human differences, including religious differences. For an overview of this expression and its religious perspective, see Council of Europe, *Living Together As Equals in Dignity: White Paper on Intercultural Dialogue*, Strasbourg, www.coe.int/t/dg4/inter-cultural/whitepaper_interculturaldialogue_2_EN.asp#P151_42603, Section 3.5. The Religious Dimension, para. 70–75, 2008. The EU has a crucial role to play in this peculiar process and, in particular, the European Court of Human Rights has delivered several judgments concerning the “living together” pattern. One of the most controversial judgments has been *SAS v France* Application no. 43835/11, delivered in 2013 and 2014 in

modern society seems in search of a new form of human co-existence based on a more plural ethical and spiritual paradigm instead of excluding religious actors from the public sphere.³ This new scenario is characterized by the recognition in the public arena of different claims and needs: religious, non-religious views, different moral and philosophical convictions, humanistic beliefs. This is what scholars call a post-secular approach which is attentive to the cohabitation of the perspectives of all human beings.

This approach can be perceived among many different contexts at an international, national and local level. This paper aims at studying the urban setting of the city space.⁴ European cities are certainly characterized by the presence of religion in the sense they are heavily rooted in a religious background and in religious historical traditions, also based on ritual popular events. Cities are architecturally characterized by religious monuments⁵, which have given a local sense of individual and collective identity and memory for centuries, considering their role as public gathering places. Sometimes, however, in recent years - in line with the post-secular approach - we have seen the transformation of these buildings. They have become new multi-religious spaces of social aggregation involving a constellation of both religious and non-religious groups, such as humanists, philosophical, agnostic and non-confessional organizations, living together and generating new forms of common existence.

Besides remaining spaces dedicated to the right to profess and freely practice one's religion, the aim of these transformations is to build

which the Court ruled that the French ban on face covering did not violate the European Convention on Human Rights provision on religious freedom (art. 9) but accepted the French claim on the necessity of the ban for "living together" harmoniously. Moreover, in the *Lautsi v Italy* Application no. 30814/06, Judgment from 18.3.2011, the same Court seems to recognize the role of religion in society confirming the legitimacy of the presence of the crucifix in the classrooms in public schools in its "cultural" sense.

³ On a new understanding of the religious role in the society instead of excluding it, see R. Mazzola, „Divergenze e convergenze delle politiche in materia di libertà religiosa”, *Il Diritto Ecclesiastico* 3–4/ 2017, 742.

⁴ Postsecularity is a concept that can be conceived from many points of view, and it is used in many different contexts. For an overview of these multiple perspectives, see J. Beaumont (ed.), *The Routledge Handbook of Postsecularity*, Routledge, Oxford 2019. With a specific reference to the the city space, see J. Beaumont, C. Baker, „Introduction: The rise of the postsecular city”, in: *Postsecular cities: Space. Theory and Practice* (eds. Justin Beaumont, Christopher Baker), Routledge, London 2011, 1–14.

⁵ i.e., physical religious buildings. For example, considering Europe, one should think of ancient cathedrals, bell towers and baptisteries built in the main squares of the cities; considering Muslim countries, one could think of mosques and minarets; in Asia there are pagodas; for Buddhist architecture one can think of holy gates; for Jews the religious buildings are the synagogues.

partnerships between different groups which do not share the same ethos, culture or values. These partnerships create strong dynamism, vital debates and generate more opportunities to address crucial social issues such as for example: marginalization, social divisions and insecurity, tensions, homelessness, undocumented people, political extremism, polarization or disintegration of groups.⁶ Within this new scenario, the policies of city governments have started to consider the involvement, the integration and the direct participation of all different urban social groups in order to give effective responses to pluralism, inclusion and cohesion.⁷

All this considered, in this brief essay I will try to answer to the following question: is the post-secular approach a useful tool to conceive the “city” as a democratic constitutional space where fundamental rights, including religious freedom, are guaranteed? To answer to this question, I here consider two cities as case studies: Lund and Turin.

2. Lund and Turin: a preliminary European and international contextualization

Lund is a Northern European city located in Sweden in the region of Scania; Turin is a Southern European city located in Italy and it is the capital of the Piemonte region.⁸ Although there is a remarkable difference

⁶ On the many social conflicts within the city space also as a result of immigrations' flows see, R. Mazzola, „Laicità e spazi urbani. Il fenomeno religioso tra governo municipale e giustizia amministrativa”, *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale* 2010, 6. and P. Cloke, J. Beaumont, “Geographies of Postsecular Rapprochement in the City”, *Progress in Human Geography* 2013, 28.

⁷ On the “city” as a space in which cultural and integration policies play a relevant role for cohesion, see R. Mazzola, „Libertà di culto e „sicurezza urbana” nella „Direttiva” del Ministro dell'Interno per le manifestazioni nei centri urbani e nelle *aree sensibili*”, *Quad. dir. pol. eccl.* 2/2009, 403–414.

⁸ Sweden and Italy have two different forms of government (Sweden is a constitutional monarchy and Italy is a parliamentary republic); they have different systems of regional and local government (concerning Sweden, see G. Scala, „Le Regioner nell'ordinamento giuridico svedese. I progetti pilota quali fuga in avanti di un regionalismo non del tutto maturo”, *Le Regioni* 5/2021, 1231–1248); and they are both considered democratic legal systems. Moreover, even though they both share the presence of a religion with a relevant position (in Sweden the Lutheran Church still plays a peculiar role despite the “presumed” *disestablishment* which occurred in 2000 (see, i.a. G. Scala, „Le monarchie di Norvegia e Svezia e il rinnovamento incompiuto del costituzionalismo nordico”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 4/2018, 975–1002); in Italy, Catholicism is still today the most common religious creed to which the population adheres (for more details, see F. Garelli, *Religion Italian Style*, Ashgate, Aldershot 2014). When it comes to the society, Sweden and Italy are two secularized countries. More precisely, „Sweden is regarded as a very secular country, religion being basically a „private matter” not to be publicly

in the size of the population (Lund has almost 110,000 inhabitants whereas Turin up to 900.000), the two cities are similar in many aspects.

For example, they were primarily blue-collar industrial towns that then developed as high-tech industrial centers.⁹ They both share a peculiar religious background history. Lund, as part of the Danish Empire,¹⁰ became an episcopal see in 1060 and an archbishopric of the all the Nordic Countries in 1103.¹¹ Canute the Holy made a donation in 1085 and a cathedral was built at the heart of the city centre, serving as both a scientific and a religious centre. During the Middle Ages, the city became an ecclesiastical center and was referred to both as Metropolis¹² and Scandinavia's Rome¹³. Lund had 27 churches but the majority of these were demolished after the reformation (in 1536). The Albertine Statute, the first declaration of civil rights and freedom of religion (accorded to the Waldesian and Jewish communities) was passed in Turin in 1848 (Becci, Burchardt, Giorda, 2017, 73-91). More specifically, it is thanks to the aforementioned Statute that some religious congregations gained the right to erect places of worship making Turin, from that time onwards, an on-going example of a super-diversity city from a religious point of view paving the way towards the label of "City of Rights".¹⁴

Lund and Turin are both university cities. Turin University was founded in 1404 and Lund University in 1666. Today both have a vibrant university life with a strong international vocation.

demonstrated". See M. Jänterä-Jareborg, „Religion and the Secular State in Sweden”, in: *Religion and the Secular State: National Reports prepared on the occasion of the 18th Congress of the International Academy of Comparative Law* (eds. J. Martínez-Torron, W. Cole Durham Jr, D.T. Thayer), Universidad de Complutense, Madrid 2015, 670–686. About the process of secularization in Italy, see for example L. Diotallevi, “Il dibattito sulla secolarizzazione e il caso italiano”, *Religioni e Società* 2007, 1–9.

⁹ The City of Turin promotes the many initiatives of “Torino City Lab” that involves local and international partners of the private and public sector, and all stakeholders in supporting and promoting local high-tech innovation in different sectors (<https://www.torinocitylab.it/en/>). As for Lund one can think of the “Lund Innovation District project” https://www.mediconvillage.se/app/uploads/2023/06/Lund-InnovationDistrict_magazine_8-6-2023.pdf).

¹⁰ It should be noted that Lund and all of Skåne, Halland, Blekinge and Gotland (which are territories of today's Sweden) was the eastern part of Denmark until the middle of the 17th century.

¹¹ Until Trondheim/Nidaros and Uppsala became the archiepiscopal sees of Norway and Sweden later in the 12th century.

¹² I.e. the see of the Danish archbishopric.

¹³ Notes to the history of Lund, <https://kulturportallund.se/en/notes-to-the-history-of-lund/>, 8.7.2023.

¹⁴ Torino diventa città dei diritti, http://www.comune.torino.it/ucstampa/2019/article_850.shtml, 8.7.2023.

From a European and international profile, Lund has been named Europe's most creative and cultural city in its size according to "The Cultural and Creative Cities Monitor".¹⁵ Turin was awarded the title of "City of Design" in 2014 by UNESCO as a member of the Creative Cities Network and, moreover, it is an Intercultural City since it belongs to the "City of Dialogue" network.¹⁶ They are both "Human rights cities".¹⁷ The latter expression is applied "where the local government, local grassroots organizations and city residents commit through a declaration and working together to uphold international human rights standards and norms).¹⁸ More specifically, a "human rights city" should base itself on eleven "foundations" as listed by the European Union Agency for fundamental rights.¹⁹ These foundations are: 1. Commit to respect, protect and fulfill the rights and freedoms in the EU Charter of Fundamental Rights and the EU law; 2. Commit to protect, respect and fulfill international human rights standards; 3. Commit to the UN's SDGs and the 2030 Agenda for Sustainable Development; 4. Commit to contribute to international monitoring mechanisms; 5. Adopt a declaration to affirm the city's commitment to human rights; 6. Nominate

¹⁵ How cultural and creative is your city?, <https://composite-indicators.jrc.ec.europa.eu/cultural-creative-cities-monitor/countries-and-cities/lund>, 8.7.2023.

¹⁶ Intercultural cities – Italy, <https://www.coe.int/en/web/interculturalcities/italy>, 8.7.2023.

¹⁷ The literature on the matter is vast. For a detail overview about "Human Right Cities", see G. Tieghi, „Human Rights Cities: lo Human Rights-Based Approach per la governance locale”, *DPCE online*, 3/2019, 1933–1959. For a critical definition of the expression, see T. Sabchev, „Urban Politics and the Human Rights City. The case of Bologna”, in: *Urban Politics and the Human Rights* (ed. J.E. Nijman, et al.) New York 2022, 97. In particular, as with regard to Lund, in 2018 the city council appointed the city as a Human Rights City „(...) making it the first Human Rights City in both Sweden and Scandinavia. The decision was preceded by work in cooperation with the Raul Wallenberg Institute of Human Rights (RWI), in Lund, in which the city and the RWI investigated the prerequisites for Lund to work systematically on human rights, with the intention of becoming a Human Rights City. At the same time, Lund and the RWI also entered into a partnership with the aim of promoting work with human rights and Human Rights Cities in Lund and Sweden as a whole. The city council members made the decision to designate Lund a Human Rights City because they were convinced that social issues such as inclusion, social sustainability, gender equality, accessibility, good governance and the delivery of public services are best handled at the local level rather, than the regional, national or international levels. People in the local community have considerable knowledge about their needs and want to contribute their ideas toward finding solutions. Becoming a Human Rights City means that the local level's knowledge will be better utilised and contribute to the realisation of universal human rights in Lund)". See Human rights cities – Lund, <https://humanrightscities.net/humanrightscity/lund/>, 8.7.2023.

¹⁸ *Human rights cities in the European Union, A guide to support local authorities in making human rights part of people's daily life*, European Union Agency for fundamental rights, March 2022, 2.

¹⁹ FRA, <https://fra.europa.eu/en>, 3.8.2023.

an elected representative on human rights; 7 Establish a human rights office or department; 8. Establish a consultative participatory council on human rights; 9. Establish an anti-discrimination office or local ombudsperson. 10. Report annually on human rights in the city; 11. Cooperate and develop partnerships with national, EU and international human rights bodies.²⁰

As for foundation n. 8, the aforementioned European Agency underlines that it is necessary – in a human rights city - to promote the involvement of people, as participation is a key element of a human rights-based approach. The actors that should be encouraged in the consultation procedures are, among many others, religious groups settled within the borders of the consistent area (*i.e.* the city). In order to achieve this aim, the human rights city should organize intercultural and interreligious activities. The Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe has a toolkit to facilitate these activities, which include principles for interfaith and interreligious dialogues at local level.²¹

3. Two case studies in which religion is a key element of a participatory model

3.1. Lund. The “Municipality’s action plan against violent extremism” and the dialogue with local religious communities

In Sweden, the collaboration between religious groups and local authorities²² such as city councils started well before the launch of the “Human Rights City” programs adopted by the EU. This collaboration should be conceived as the result of perceived criticalities of integration of religious minority communities within Swedish society and aimed at including them in the participatory procedures of local development and urban governance²³. In this context, Lund represents a good case study when it comes to analyzing specific policies adopted by the city with the aim of guaranteeing fundamental rights and, in particular, religious freedom.

²⁰ *Human rights cities in the European Union*, fn. 19, 9.

²¹ See: principles for interfaith dialogue at local level. See <https://mycloud.coe.int/index.php/s/JJ2k5RY62b7CCE9?dir=undefined&path=%2F1.%20ENGLISH&openfile=1153509>, 8.7. 2023.

²² It should be noted that in Sweden there are programmes for state funding of religious groups through the Agency for Support for Faith Communities (www.myndighetenst.se/engelska/myndigheten-for-stod-till-trossamfund.html) and of other civil society organisations through the Agency for Youth and Civil Society (<https://www.mucl.se/en>).

²³ For a general overview of the institutional collaboration between religious groups and local governments in Sweden, see M. Nordin, „Interreligiösa grupper samarbete med kommuner i Sverige”, *Tidsskriftet Politik* 4/2014, 37–44.

In April 2021²⁴ Lund adopted a “Plan for action against violent extremism”,²⁵ as such extremism was perceived as a threat to democracy. The Plan, while aiming at protecting the value of democracy within civil society,²⁶ underlines how the city must be conceived as an area where people should “feel safe, where human rights apply to everyone regardless of gender, age, functional ability, sexual orientation and ethnic or religious affiliation”.²⁷ The target groups that the Plan is aimed at are those practicing violence within the city in order to promote their religious positions. These groups are: right-wing extremists, left-wing extremists and violent religious extremists. In order to cope with this phenomenon of violence, the local government of the city of Lund decided to cooperate, also with a preventative approach, not only with the security police (SÄPO) but also with local religious groups aiming at reinforcing the universal value of democracy, active citizenship (*i.e.* participation) and inclusion²⁸. In particular, the “Plan for action against violent extremism” affirms that Lund -together with the local police - “cooperate with the issues concerned, e.g. [...] local religious communities”²⁹.

3.2. Turin. The “Pact of Collaboration for Turin against racism”³⁰ and the involvement of local religious communities

Turin was one of the first Italian cities to promote intercultural relations and social welfare such as the right to an inclusive citizenship.

Despite Turin’s historical background of pluralism as has already been mentioned, the Muslim community experiences some difficulties in Turin. This is true mainly when it comes to places of worship, which still

²⁴ This decision has been adopted by the so called *Kommunstyrelsen*. For an overview of the system of Swedish local authorities, see G. Scala, (2021), 1231–1248; and H. Wenander, „Administrative Law”, in: *Swedish Legal System* (eds. Michael Bogdan, Christoffer Wong), Stockholm, 2022, 62–84.

²⁵ From now on “The Plan”. This measure is a result of a governmental programme and it is coordinated at a local level by the *Center mod våldsbejakande extremism* (CVE, Centre against violent extremism, <https://cve.se/omcve/inenglish.4.44140c6e18408651f69bb1.html>).

²⁶ Lunds kommuns handlingsplan mot våldsbejakande extremism (VBE) 2021, 2024, 2.

²⁷ Lunds kommuns handlingsplan mot våldsbejakande extremism (VBE) 2021, 2024.

²⁸ On the relationship between democracy and inclusive citizenship, see M. Ricca, „Diritto errante. Spazi e Soggetti”, *Democrazia e Sicurezza* 4/2014, 1 etc. It should also be mentioned that inclusiveness is one of the principles cited in *The New Leipzig Charter*, the document approved in November 2020 as a guideline for European cities (*new_leipzig_charter_en.pdf* (europa.eu) 6, 5.8.2023).

²⁹ Lunds kommuns handlingsplan, fn. 27, 6.

³⁰ From here “The Pact of collaboration”.

today are represented by the popular “garage (or storehouse) mosques”. Muslims communities experience difficulties in acquiring legal permissions from the city authorities to build official mosques and generally many legal conflicts arise during the bargaining phases.³¹ This is also the case of other Italian cities such as for example Milan,³² Florence³³ or Padova.³⁴

But how is the city of Turin promoting an urban space able to integrate people with different religious beliefs and non-believers nowadays?

In 2020, the city of Turin launched a public call for proposals in order to collect expressions of interest and specific contributions to plan a process of integration amid different subjects of the civil society.³⁵ The call, based on the democratic method procedures of participation, gained attention from: youth centres, trade unions, work networks, neighborhood centres, cultural associations, migrant communities, local cultural institutions, and also religious communities. Based on this call, Turin signed a “Pact of Collaboration”. It is a singular document containing projects, actions and commitments aiming at guaranteeing a strategic approach and the participative involvement of different communities with different backgrounds

³¹ On the debate concerning a “right to a mosque”, see P. Consorti, *Diritto e Religione*, Laterza, Bari–Roma 2020, 263–265. The Italian scholarship refers to the case of the “anti-mosques” legislations. See, N. Marchei, „Le nuove leggi regionali ‘antimoschee’”, *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale* 25/2017, 1–16.

³² As for the city of Milan the issue refers to the so called “moschee abusive”. More specifically, Italian scholars have long debated on specific legislation of the Regione Lombardia concerning religious building that has also been referred to the Italian Constitutional Court and partially defined as “anti-constitutional”. For more details on the cases see, for example, N. Marchei, „L’edilizia e gli edifici di culto”, in: *Nozioni di diritto ecclesiastico* (ed. Giuseppe Casuscelli), Giappichelli, Torino 2012, 33–345.

³³ The Florentine case on the erection of the mosque has been analysed in detail by Pierluigi Consorti who affirms the following: „The Florentine example demonstrates the many difficulties that Islamic communities encounter every time they claim the right to have an official mosque”, P. Consorti, „The ‘Mosque Affaire’ in European Divided Societies. The Florence Case: a New Participatory Model”, in: *Bridging Religiously Divided Societies in the Contemporary World* (ed. Marcello Mollica), Pisa University Press, Pisa 2015, 154. In particular, the author points out that in Florence, the bargaining between local authorities and Muslim communities did not result in a positive outcome since the mosque did not appear. But even though the new mosque was not constructed, what is new is that the participatory process had its own good outcomes. In fact, it brought awareness and brought together people of different origins and religious views thus reducing fears, social tensions and violence.

³⁴ As for the city of Padova, in 2015 the anti-immigrant Northern League mayor said that no more permits would be granted for the construction of mosques just after the Paris attacks. In general, in Italy the Northern League oppose the “[...] construction of mosques, describing them as a threat to the stability of Italian society”, see P. Consorti (2015), 156, fn. 33.

³⁵ Deliberazione della Giunta Comunale 2020, 00859/130.

and origins with regard to the conception, implementation and evaluation of public policies in line with democratic principles. What is more interesting is that, analysing the “Deliberazione della Giunta Comunale”³⁶ of the Turin City of March 19th 2021, one should note that the legal framework on which the “Pact of Collaboration” has been approved is art. 3 of the Italian Constitution concerning the principle of equality. The wording of the article is: “All citizens have equal social dignity and are equal before the law, without distinction of sex, race, language, religion, political opinion, personal and social conditions. It is the duty of the Republic to remove those obstacles of an economic or social nature which constrain the freedom and equality of citizens, thereby impeding the full development of the human person ...”.³⁷

This gives more relevance to a decision of the Turin city council concerning one specific action of the aforementioned Pact. In fact, the council decided that one action should regard the promotion of integration, inclusive citizenship and the fight against social exclusion on the basis of efforts to contrast discrimination, including religious discrimination. More specifically, the inclusiveness should be improved through the collaboration between local authorities and religious groups.³⁸ This should be conceived perfectly in line with the fact that in 2021 the Interfaith Committee of Turin (formed on the occasion of the 2006 Winter Olympics) became one of the advisory bodies of the city. This means that the “Committee’s opinion comes into play on some issues that may concern the relationship between faiths and the city”.³⁹

4. Postsecularity as a pattern for the “City” space. Some preliminary remarks on participative policies

What general lesson emerges from the two peculiar cases? When it comes to Lund, the plan that the city adopted demonstrates that local religious groups have been collaborating with the authorities in combating

³⁶ Deliberazione della Giunta comunale, Atto 208 del 19.3.2021. <https://www.integrazionemigranti.gov.it/AnteprimaPDF.aspx?id=1671>, 3.7.2023.

³⁷ For a comment on art. 3 of the Italian Constitution see L. Paladin, *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, A. Giuffrè, Milano 1965. Here, it should be noted that the principle of equality refers to “Tutti i cittadini”, i.e., all citizens. More in particular, one should note that a new dimension of equality gains peculiar attention within the framework of “Carta dei valori della Cittadinanza e dell’Integrazione” a legal document approved by the Minister of the Interior Giuliano Amato in 2007.

³⁸ Art. 4 and 5 of The Pact of Collaboration.

³⁹ The Interfaith Committee of Turin becomes one of the advisory bodies of the city, <https://www.nev.it/nev/2021/01/18/the-interfaith-committee-of-turin-becomes-one-of-the-advisory-bodies-of-the-city/>, 3.7.2023.

extremism. Similarly, when it comes to Turin, the “Pact of Collaboration” is also based on collaboration between local authorities and religious groups. This confirms that the exclusion of religion from the public arena, including city policies, is an overstepped paradigm. Thus, whether we like it or not, religion still plays an important role in social welfare. For this reason, the two specific programmes we analysed seem to validate the new trend of post-secularism as a pattern for a new understanding of social co-existence. Moreover, the target groups of the participative models are not only religious groups. In fact, city governments have also included non-believers as urban groups capable of strengthening inclusion, dialogue and social justice. So, to return to the question I addressed at the beginning of this essay it goes without saying that the post-secular approach could be a useful tool to conceive a “city” as a democratic constitutional space wherever different voices have the possibility to participate in urban management, to facilitate the construction of a constitutional space and foster institutional dialogue. This means that all the different voices are conceived as active subjects and even potential protagonists of an institutionalized collaboration within urban practices delivered by local governments. The needs, claims and commitments of religious communities and the views of non-religious and humanist groups all together could enrich the democratic participatory processes and they should be compulsory elements of the political agenda of the city space worldwide.

Ћузепина Скала

Професор на Универзитету Бокони, Милан, постдокторски истраживач државно–црквеног права на Универзитету у Тускији

СЛУЧАЈЕВИ ЛУНДА И ТОРИНА КАО ПОСТ-СЕКУЛАРНИХ ГРАДОВА

Сажетак

Поређење између два европска града – Лунда и Торина – представљено је на основу постсекуларног приступа. У оквиру учешћа различитих група у политикама усвојеним у два града, овај чланак има за циљ да истражи да ли институционални дијалог може бити релевантно средство у доба постсекуларизма како би се гарантовале потребе и захтеви верских заједница у градским просторима.

Кључне речи: постсекуларизам, град-простор, урбане политике, ко-партиципација, колаборативни дијалог.

REFERENCES

Monograph, articles

- Acquaviva S., *Eclissi del Sacro nella civiltà industriale*, Edizioni Comunità, Roma 1961.
- Beaumont J., (ed.), *The Routledge Handbook of Postsecularity*, Routledge, Oxford 2019.
- Beaumont J., Baker C., „Introduction: The rise of the postsecular city”, in: *Postsecular cities: Space. Theory and Practice* (eds. Justin Beaumont, Christopher Baker), Routledge, London 2011, 1–14.
- Cloke P., Beaumont J., „Geographies of Postsecular Rapprochement in the City”, *Progress in Human Geography* 2013, 27–51.
- Consorti P., *Diritto e Religione*, Laterza, Bari – Roma 2020.
- Consorti P., „The ‘Mosque Affaire’ in European Divided Societies. The Florence Case: a New Participatory Model”, in: *Bridging Religiously Divided Societies in the Contemporary World* (ed. Marcello Mollica), Pisa University Press, Pisa 2015, 149–174.
- Diotallevi L., “Il dibattito sulla secolarizzazione e il caso italiano”, *Religioni e Società* 2007, 1–9.
- Garelli F., *Religion Italian Style*, Ashgate, Aldershot 2014.
- Jänterä-Jareborg M., „Religion and the Secular State in Sweden”, in: *Religion and the Secular State: National Reports prepared on the occasion of the 18th Congress of the International Academy of Comparative Law* (eds. J. Martínez-Torron, W. Cole Durham Jr & D.T. Thayer), Universidad de Complutense, Madrid 2015, 670–686.
- Lillo P., „Rilevanza pubblica delle comunità religiose nella dimensione giuridica europea”, *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale* 28/2018, 1–45.
- Marchei N., „Le nuove leggi regionali ‘antimoschee’”, *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale* 25/2017, 1–16.
- Marchei N., „L’edilizia e gli edifici di culto”, in: *Nozioni di diritto ecclesiastico* (ed. Giuseppe Casuscelli), Giappichelli, Torino 2012, 33–345.
- Mazzola R., „Divergenze e convergenze delle politiche in materia di libertà religiosa”, *Il Diritto Ecclesiastico* 3–4/ 2017, 731–742.
- Mazzola R., „Laicità e spazi urbani. Il fenomeno religioso tra governo municipale e giustizia amministrativa”, *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale* 2010, 1–19.
- Mazzola R., “Libertà di culto e “sicurezza urbana” nella “Direttiva” del Ministro dell’Interno per le manifestazioni nei centri urbani e nelle aree sensibili”, *Quad. dir. pol. eccl.* 2/2009, 403–414.

- Nordin M., „Interreligiösa grupper samarbete med kommuner i Sverige”, *Tidsskriftet Politik* 4/2014, 37–44.
- Paladin L., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, A. Giuffrè, Milano 1965.
- Ricca M., „Diritto errante. Spazi e Soggetti”, *Democrazia e Sicurezza* 4/2014, 1–101.
- Sabchev T., „Urban Politics and the Human Rights City. The case of Bologna”, in: *Urban Politics and the Human Rights* (ed. J.E. Nijman) New York 2022, 97–119.
- Scala G., „Le Regioner nell'ordinamento giuridico svedese. I progetti pilota quali fuga in avanti di un regionalismo non del tutto maturo”, *Le Regioni* 5/2021, 1231–1248.
- Scala G., „Le monarchie di Norvegia e Svezia e il rinnovamento incompiuto del costituzionalismo nordico”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 4/2018, 975–1002.
- Tieghi G., „Human Rights Cities: lo Human Rights-Based Approach per la governance locale”, *DPCE online* 3/2019, 1933–1959.
- Wenander H., „Administrative Law”, in: *Swedish Legal System* (eds. Michael Bogdan, Christoffer Wong) Stockholm 2022, 62–84.

Other sources

- ECtHR, Case of *SAS v France* Application no. 43835/11, Judgment from 1.7.2014.
- ECtHR, Case of *Lautsi v Italy* Application no. 30814/06, Judgment from 18.3.2011.
- Council of Europe, *Living Together As Equals in Dignity: White Paper on Intercultural Dialogue*, Strasbourg, www.coe.int/t/dg4/intercultural/whitepaper_interculturaldialogue_2_EN.asp#P151_42603, 8.7.2023.
- Lund Innovation District project, https://www.mediconvillage.se/app/uploads/2023/06/Lund-InnovationDistrict_magazine_8-6-2023.pdf, 8.7.2023.
- Notes to the history of Lund, <https://kulturportallund.se/en/notes-to-the-history-of-lund/>, 8.7.2023.
- Torino diventa città dei diritti, http://www.comune.torino.it/ucstampa/2019/article_850.shtml, 8.7.2023.
- How cultural and creative is your city?, <https://composite-indicators.jrc.ec.europa.eu/cultural-creative-cities-monitor/countries-and-cities/lund>, 8.7.2023.

- Intercultural cities –Italy, <https://www.coe.int/en/web/interculturalcities/italy>, 8.7.2023.
- Human rights cities – Lund, <https://humanrightscities.net/humanrightscity/lund/>, 8.7.2023.
- Human rights cities in the European Union, A guide to support local authorities in making human rights part of people's daily life*, European Union Agency for fundamental rights, March 2022.
- FRA, <https://fra.europa.eu/en>, 3.8.2023.
- Principles for interfaith dialogue at local level, <https://mycloud.coe.int/index.php/s/JJ2k5RY62b7CCE9?dir=undefined&path=%2F1.%20ENGLISH&openfile=1153509>, 8.7. 2023.
- CVE, Centre against violent extremism, <https://cve.se/omcve/inenglish.4.44140c6e18408651f69bb1.html>, 8.7.2023.
- The New Leipzig Charter, new_leipzig_charter_en.pdf* (europa.eu), 5.8.2023
- Deliberazione della Giunta Comunale 2020, 00859/130.
- Deliberazione della Giunta comunale, Atto 208 del 19.3.2021. <https://www.integrazionemigranti.gov.it/AnteprimaPDF.aspx?id=1671>, 3.7.2023.
- The Interfaith Committee of Turin becomes one of the advisory bodies of the city, <https://www.nev.it/nev/2021/01/18/the-interfaith-committee-of-turin-becomes-one-of-the-advisory-bodies-of-the-city/>, 3.7.2023.

ЗАШТИТА СЛОБОДЕ ВЕРОИСПОВЕСТИ У ПОСТУПКУ ПРЕД УСТАВНИМ СУДОМ СРБИЈЕ**

Сажетак

Предмет овог рада је уставносудска интерпретација слободе вероисповести у светлу решења садржаних у важећем уставноправном оквиру Републике Србије. Полазећи од уставних гаранција слободе вероисповести, ауторка настоји да анализира најважнија питања која су била предмет тумачења Уставног суда Србије. Улога Уставног суда као врховног тумача Устава посматра се у контексту његових данас најзаступљенијих надлежности, нормативне контроле и уставне жалбе. Заштита слободе вероисповести анализира се и из угла утицаја Европске конвенције за заштиту људских права и праксе Европског суда за људска права у обликовању ставова Уставног суда.

Кључне речи: слобода вероисповести, Устав, Уставни суд Србије, Европски суд за људска права.

1. Уставноправни оквир слободе вероисповести

Устав Србије у оквиру главе „Људска права и слободе” обухвата традиционални корпус либералних и политичких права, као и социјална, економска и културна права. Када је реч о духовним слободама, Устав Србије гарантује слободу мисли, савести и вероисповести, и то тако што најпре означава институционалну гаранцију изражену у формулацији да се јемчи слобода мисли, савести, уверења и вероисповести, право да се остане при свом уверењу или вероисповести или да се они промене према сопственом избору.¹ Истовремено, нико није дужан да се изјашњава о својим верским и другим уверењима.² Слобода вероисповести обухвата слободу испољавања своје вере или убеђења вероисповедањем, обављањем верских обреда, похађањем

* Ауторка је редовна професорка Правног факултета Универзитета у Нишу, маја@prafak.ni.ac.rs

** Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација РС, према уговору евиденциони број 451-03-47/2023-1/20200120 од 03. 02. 2023. године.

¹ Чл. 43, ст. 1 Устава Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006, 115/2021.

² Чл. 43, ст. 2 Устава Србије.

верске службе или наставе, али и изношењем верских уверења. Уставом је препозната како индивидуална тако и колективна димензија ове слободе, као и приватно и јавно изражавање верских уверења. Устав формулише право родитеља и законских стараоца да својој деци обезбеде верско и морално образовање у складу са сопственим уверењима. У контексту гаранција слободе вероисповести, Устав утврђује да лице није дужно да, противно својој вери или убеђењима, испуњава војну или другу обавезу која укључује употребу оружја, односно предвиђа позивање на приговор савести.³

За уставни концепт значајна је и чињеница да слобода испољавања вере или уверења није апсолутна и да подлеже ограничењима чији је домаћај такође утврђен Уставом. Она се може ограничити законом само ако је то неопходно у демократском друштву, ради заштите живота и здравља људи, морала демократског друштва, слобода и права зајемчених Уставом, јавне безбедности и јавног реда и ради спречавања изазивања или подстицања верске, националне или расне мржње.⁴ Напоменућемо да мере одступања од људских и мањинских права у ванредном и ратном стању нису дозвољене у погледу слободе вероисповести, као и да оне, између осталог, не смеју да доведу до разликовања између осталог, на основу вероисповести. Начело забране дискриминације утврђено је као општи принцип важења људских права (чл. 21). Устав забрањује сваку дискриминацију, непосредну или посредну, по било ком основу, укључујући и вероисповест. У контексту слободе вероисповести, од значаја су одредбе које се односе на световни карактер државе (чл. 11) и уставни положај цркава и верских заједница (чл. 44). С обзиром на ограничен обим рада, нема простора да се детаљније бавимо и овим питањима детаљније, те ће у фокусу бити слобода вероисповести у контексту гаранција садржаних у члану 43 Устава.

2. Уставни суд Србије: функција заштите људских права

Полазећи од тога да је функција заштите основних људских права и слобода једна од основних функција Уставног суда, у наставку ћемо анализирати како се овако утврђени нормативни оквир слободе вероисповести остварује у пракси Уставног суда Србије.

Функција заштите основних људских права и слобода остварује се у поступку нормативне контроле и у поступку решавања по уставним жалбама грађана. Ови поступци се разликују у погледу

³ Чл. 45 Устава Републике Србије.

⁴ Чл. 43, ст. 4 Устава Републике Србије.

начина покретања, овлашћених учесника и по свом садржају, али су оба значајна са становишта заштите људских права.⁵ Имајући у виду да уставне норме често одликује апстрактан стил, који долази до изражаја и у одредбама о људским правима, као и да су оне нужно вредносно оријентисане, Уставни суд је у прилици да у овим поступцима изнесе своју перцепцију основних права. Уставносудска интерпретација основних права је значајна јер долази од органа који је надлежан за тумачење устава. Тиме се остварује субјективна сврха заштите људских права, али и објективна, која се тиче тумачења каталога људских права.

Нормативна контрола је централна надлежност Уставног суда и односи се, првенствено, на решавање уставних спорова. Решавајући ове спорове, Уставни суд заправо решава „сукоб воља изражен у два правним нормама”.⁶ Апстрактна нормативна контрола овлашћује Уставни суд да укине акт власти на основу тога што се тиме крши Устав, укључујући и одредбе о људским правима. Тиме Уставни суд остварује врховни ауторитет у области уставне контроле на територији државе, што га чини заинтересованим да дефинише аутономију свог правног поретка у којем има контролу уставности над захватима других правних система и надлежношћу осталих судова.⁷

Нормативна контрола коју спроводи Уставни суд Србије обухвата како оцену уставности (која укључује и оцену уставности међународних уговора) тако и оцену законитости. Она има универзални карактер и њоме су обухваћени сви општи акти. Значајна новина уведена Уставом (2006) јесте оцењивање валидности закона и других општих норми и у односу на општеприхваћена правила међународног права и потврђене међународне уговоре.

Из угла теме овог рада, од кључне важности је Одлука Уставног суда донета у поступку оцене уставности Закона о црквама и верским заједницама.⁸ Поменути закон усвојен је 20. априла и ступио је на снагу 5. маја 2006. године. Тиме је попуњена правна празнина у виду непостојања општег правног акта који би регулисао положај црква и верских заједница, почев од 1993. године када је стављен

⁵ Више о томе вид. М. Насмић, *Уставна заштита људских права*, Правни факултет, Ниш 2021, 110.

⁶ Р. Марковић, *Покретање уставног спора о уставности нормативних аката*, Савремена администрација, Београд 1973, 17.

⁷ F. Schimmelfenning, „Competition and Community: Constitutional Courts, Rhetorical Action, and the Institutionalization of Human Rights in the European Union”, *Journal of European Public Policy* 8/2006, 1249.

⁸ Закон о црквама и верским заједницама, *Службени гласник РС*, бр. 36/2006.

ван снаге Закона о правном положају верских заједница СР Србије из 1997.⁹ Оспорени закон донет је на основу раније важећег Устава (1990), и није мењан ни допуњаван након доношења новог Устава (2006). Наиме, Уставном суду поднета су четири предлога за утврђивање неуставности и две иницијативе за покретање поступка за оцену уставности више одредаба овог закона, као и оцену уставности закона у целини. Пошто су се у овом поступку поставила питања од ширег уставноправног значаја, тим поводом одржана је и јавна расправа у Уставном суду. У решавању овог уставног спора Уставни суд имао је у виду и одговарајуће потврђене међународне уговоре¹⁰. Он је донео Одлуку о одбијању предлога за оцену уставности наведеног закона¹¹.

Поменућемо да је предмет оцене уставности пред Уставним судом био и Закон о враћању (реституцији) имовине црквама и верским заједницама.¹² У спроведеном поступку Уставни суд је утврдио да Закон о враћању (реституцији) имовине црквама и верским заједницама уређује послове, начин и поступак враћања имовине која је на територији Републике Србије одузета од цркава и верских заједница применом прописа о аграрној реформи, национализацији и других прописа донетих у периоду од 1945. године. Оспорени закон, по налажењу Уставног суда, има свој легитимни циљ, а то је враћање конфесионалне имовине коју је држава одузела без (тржишне) накнаде и отклањање учињене неправде. Уставни суд је нашао да нема основа за покретање поступка за утврђивање неуставности оспореног закона и несагласности са потврђеним међународних

⁹ В. Бурић, *Слобода вероисповести у јуриспруденцији европских уставних судова*, Институт за упоредно право, Београд 2012, 142.

¹⁰ Уставни суд имао је у виду Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода (чл. 9, чл. 2 Протокол бр. 1, чл 1 Протокол бр. 12, Међународни пакт о грађанским и политичким правима (чл. 26), Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (чл. 13, ст. 3).

¹¹ Одлука Уставног суда IУз-455/2011 којом се утврђује да одредбе члана 46 став 6, члана 4г став 6 и члана 4д став 2 Уредбе о мерама за време ванредног стања, *Службени гласник РС*, бр. 31/20, 36/20, 38/30, 39/20, 43/20, 47/20, 49/20, 53/20, 56/20, 57/20, 58/20 и 60/20 (...) нису у време важења биле у сагласности са Уставом и потврђеним међународним уговором.

¹² Поводом Закона о враћању (реституцији) имовине црквама и верским заједницама, *Службени гласник РС*, бр. 46/06. Уставном суду поднете су три иницијативе за покретање поступка за оцену уставности наведеног закона. У иницијативама се наводи да је оспорени закон „дискриминаторски Закон” јер једним субјектима враћа имовину, а други, који су такође оштећени, нису обухваћени овим законом. Наводи се да је оспорени закон неуставан јер угрожава једнакост грађана пред законом и нарушава начело владавине права.

уговорима, и донео је решење о неприхватању иницијатива за покретање поступка.¹³

Из угла остваривања слободе вероисповести током ванредног стања релевантна је одлука Уставног суда која се односи на поступак оцене уставности Уредбе о мерама за време ванредног стања.¹⁴

Ефекти уставносудске заштите људских права најизразитији су у поступку по уставној жалби. Ефикасности уставних жалби доприноси то што омогућују судску заштиту против повреда уставних права, подносе их лица која су директно погођена односним актом, а суд који одлучује по жалби овлашћен је да „жртви” врати њено/његово право.¹⁵ Имајући у виду да је уставна жалба у функцији заштите Уставом гарантованих права, тиме се потврђује уставноправни значај основних права и њихова супериорност у односу на обично законодавство.¹⁶

Заштита људских права у поступку по уставној жалби у нашем систему широко је постављена у персоналном смислу. Активну легитимацију за изјављивање уставне жалбе има свако физичко или правно лице, домаће или страно, уколико је титулар Уставом зајемчених права и слобода. У својству подносиоца уставне жалбе због повреде слободе вероисповести појављују се цркве и верске заједнице. Уставна жалба по својој правној природи представља супсидијарно правно средство и може се изјавити након што су искоришћена сва расположива правна средства или ако таква правна средства нису предвиђена.

Предмет наше анализе биће одлука Уставног суда донета у поступку по уставној жалби Исламске заједнице Србије, са седиштем у Београду, поднете против пресуде Врховног касационог суда и због непоступања надлежног министарства по захтеву, односно пријави подносиоца за упис у Регистар цркава и верских заједница. У овом предмету Уставни суд посебно је анализирао чињенице и околности које се односе на положај Исламске заједнице Србије и Исламске заједнице у Србији. Ова одлука је релевантна јер Уставни суд елаборише критеријуме ограничења права на слободу вероисповести налазећи значајан ослонац у пракси Европског суда за људска права. Дакле, иако је реч о одбијајућој одлуци у којој није утврђена повреда слободе

¹³ Решење о неприхватању иницијативе IУз-119/2008, *Сл. гласник РС*, бр. 44/2011.

¹⁴ Одлука о неутврђивању несагласности IУо-45/2020 од 17. 09. 2020. *Сл. гласник РС*, бр. 126/2020.

¹⁵ G. Danneman, „Constitutional complaints: The European perspective, *International & Comparative Law Quarterly* 1/1994, 142.

¹⁶ М. Насић, „Одлучивање Уставног суда Србије у поступку по уставној жалби”, *Правни живот* 12/2018, 522.

мисли, савести и вероисповести из члана 43. Устава, вредно је навести релевантне ставове Уставног суда који се тичу интерпретације наведеног члана. Поменућемо одлуку, донету по уставној жалби Српске православне цркве, која је релевантна у контексту права цркава и верских заједница из члана 44. Устава.¹⁷

Правило је да одлуке Уставног суда делују према свима (*erga omnes*) али је јасно да „природа спора по уставној жалби тражи уже дејство одлуке”.¹⁸ Одлучујући по уставној жалби, Уставни суд поступа као специјална инстанца по жалбама грађана на принципу *inter partes*. Одлуком којом усваја уставну жалбу Уставни суд одређује конкретно лице коме је повређено или ускраћено право, конкретан акт или радњу којом је повреда или ускраћивање учињено, као и које право и слобода су повређени или ускраћени подносиоцу уставне жалбе.¹⁹ Оваква одлука, разумљиво, има дејство према учесницима у поступку, подносиоцу уставне жалбе и суду, односно другом органу који је донео оспорени појединачни акт. Тиме се одлучивање Уставног суда приближава редовном судском одлучивању, а Уставни суд постаје суд обичних грађана.

Да ли се разлике у дејству одлука у поступку нормативне контроле и у поступку по уставној жалби рефлектују и на изнете ставове и интерпретацију основних права садржаних у њима? С обзиром на то што су одлуке и у једном и у другом случају обавезујуће, и што се приликом тумачења уставних норми ослањамо на образложење, из угла теме којом се бавимо, подједнаку важност даћемо ставовима Уставног суда како у поступку нормативне контроле тако и у поступку одлучивања по уставној жалби.

3. Слобода вероисповести: општи оквир примене

Полазећи од уставне гаранције слободе вероисповести (садржане у члану 43, ст. 1 и 2), Уставни суд Србије указује да је наведеним одредбама Устава обухваћена унутрашња сфера ове слободе (*forum internum*) која ужива апсолутну заштиту и не може бити подвргнута ограничењима.²⁰ *Forum internum* обухвата све оне видове слободе мисли, савести и вероисповести који се односе на сферу слободног и неспутаног духовног живота коју појединац задржава за себе и не

¹⁷ Одлука о усвајању Уж 6875/2011 од 22.03.2012.

¹⁸ В. Чок. *Врсте и дејство одлука уставних судова*, Институт за упоредно право, Београд 1972, 42.

¹⁹ М. Настић, 129–130

²⁰ Одлука Уставног суда Србије Уж 303/2017 од 16. 07. 2020.

саопштава другима.²¹ Међутим, слобода вероисповести није искључиво индивидуално право које би уживао само појединац већ и право које се испољава у заједници са другим. Спољашња сфера слободе (*forum externum*) односи се на испољавање вере или убеђења вероисповедањем, обављањем верских обреда, похађањем верске службе или наставе, и може имати индивидуални или колективни аспект. У том делу, слобода вероисповести није апсолутна, јер испољавање верских уверења може имати последице по друге.²² *Forum externum* ове слободе може бити подвргнут само оним ограничењима која су прописана законом и неопходна у демократском друштву у интересу јавне безбедности, ради заштите јавног реда, живота и здравља људи, морала или права и слобода других.²³ Вера се може исповедати и на јавним местима и отвореним просторима, и тиме се, уз ограничења која прате ову слободу, не нарушава световни карактер простора²⁴.

Уставни суд примећује да слобода вероисповести има наглашен колективни аспект и доводи га у везу са слободом удруживања са другима ради испољавања вере, односно слободом међусобног повезивања и организовања у верску заједницу на основу заједничког веровања. За већину верника могућност да се слободно образује верска заједница од истог је значаја као и право да се уопште има одређена вера, јер се слобода испољавања вере првенствено врши у организованом облику.²⁵ Тек оснивањем верских заједница стварају се пуни услови за уживање слободе вероисповести.²⁶

Наведене компоненте слободе вероисповести препознате су и у пракси Европског суда за људска права, поводом члана 9 Европске конвенције. *Forum internum* односи се на саму срж члана 9 Европске конвенције, који настоји да спречи државну индоктринацију појединца тиме што ће допустити развој, усавршавање и коначну промену мисли, савести и вероисповести.²⁷ Члан 9 Конвенције обухвата право човека да сам или заједно са другима испољава веру, како у приватној тако и у јавној сфери. Молитва са другим верницима можда представља најочигледнији облик колективног изражавања вере.²⁸

²¹ Одлука Уставног суда Србије ИУз 455-2011, *Сл. гласник РС*, бр. 23/2013.

²² Одлука Уставног суда Србије Уж 303/2017 од 16. 07. 2020.

²³ Одлука Уставног суда Србије ИУз 455-2011, *Сл. гласник РС*, бр. 23/2013.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Одлука Уставног суда Србије Уж 303/2017 од 16. 07. 2020

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Ц. Мурдок, *Заштита права на слободу мисли, савести и вероисповести у оквиру Европске конвенције о људским правима*, Савет Европе, Стразбур 2013, 19.

²⁸ *Ibid.*

Уставни суд је констатовао да је право на слободу вероисповести од суштинског значаја за идентитет верника и заштиту њиховог животног става, јер омогућава духовну независност појединца, доводећи до развоја најразличитијих погледа на свет.²⁹ Сваки човек својом слободном вољом и вером приступа цркви као религијској заједници и ти односи припадају црквеном праву јер су приватноправног карактера.³⁰ Аутономно постојање верских заједница неутуђиви је и саставни део плурализма у демократском друштву.³¹

Негативни аспект слободе вероисповести дошао је до изражаја приликом оцене уставности Закона о црквама и верским заједницама. Тада је, у расправи пред Уставним судом, постављено питање да ли законска обавеза достављања личних података оснивача верске заједнице представља повреду права на неизјављивање о верским уверењима. Аргумент којим би се могло оспорити ово тврђење, а који је Народна скупштина изнела у свом одговору, јесте да лица која се појављују у својству оснивача верских заједница не морају бити њихови чланови. Међутим, то се у пракси врло ретко дешава. У сваком случају, нико не може бити приморан да учествује у оснивању верске организације, нити је у обавези да открије своја верска уверења. Право на неизјашњавање о верском опредељењу отворено је у контексту организовања верске наставе. По оцени Суда, ово право се не може повредити док је похађање верске наставе предвиђено као слободан избор.³² Осим тога, право је родитеља да изабере да ли ће користити право да децу школују у складу са својим религиозним и филозофским уверењима.

Уставни суд препознаје да слобода вероисповести конституише одређене обавезе на страни државе. Уставна обавеза државе је да створи услове за уживање и остваривање Уставом гарантованих људских и мањинских права и слобода, те да у погледу низа права и слобода подразумева и јемство њиховог остваривања, у складу са законом, а да се слобода вероисповести остварује самостално, као слобода сваког појединца лично, или удруживањем и окупљањем са другим лицима.³³ Основна обавеза државе „као гаранта слободе вероисповести је да не омета рад верских организација”.³⁴ Држава је дужна

²⁹ Одлука Уставног суда IУз-455/2011.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Н. Ђурђевић, *Остваривање слобода вероисповести и правни положај цркава и верских заједница у Републици Србији*, Заштитник грађана, Службени гласник, Београд 2009, 1.

³² Одлука Уставног суда IУз-455/2011.

³³ *Ibid.*

³⁴ Одлука Уставног суда Србије Уж 303/2017 од 16. 07. 2020.

да поштује како позитивне тако и негативне аспекте слободе вероисповести; позитивни аспекти су бројнији, чешће заступљени у пракси, док је заштита негативних аспеката прецизнији и деликатнији посао.³⁵

Приликом разматрања да ли је дошло до повреде слободе вероисповести заштићене чланом 43 Устава, Уставни суд примењује методологију развијену у пракси Европског суда за људска права.³⁶ То значи да се узимају у обзир одређени критеријуми, и то: 1) да ли је дошло до мешања у гарантовану слободу, 2) да ли је мешање у складу са законом, 3) да ли мешање има легитиман циљ и 4) да ли је мешање неопходно у демократском друштву. Принцип ограничења људских права је важна тачка сусретања праксе Европског суда и Уставног суда Србије.³⁷

У контексту првог услова, препознаје се улога државе у смислу њеног неометања рада верских организација, што долази до изражаја у поступку регистрације. Уставни суд сматра да мешање у слободу испољавања вероисповести постоји и у случају када надлежни орган у дужем периоду није извршио упис пријављених података у Регистар, без обзира на то што није донео одлуку којом одбија регистрацију.³⁸

Разматрајући да ли је утврђено ограничење слободе вероисповести предвиђено у закону, Уставни суд је констатовао да слобода вероисповести спада у релативне слободе јер је Уставом утврђено да њена заштита може бити ограничена ако су се за то стекли одређени услови. Приликом испитивања да ли постоји оправдано мешање у живот верске заједнице, Уставни суд подсећа да слобода испољавања вере и уверења може бити подвргнута само ограничењима из Уставом утврђених разлога. У демократском друштву је неопходно да се ограниче права на слободу вероисповести како би се помирили интереси различитих верских група.³⁹ Улога државе је да допринесе јавном реду, верској хармонији и толеранцији у оквиру демократског друштва.⁴⁰ Када се испитује да ли је мешање неопходно у

³⁵ Д. Ђукић, „Негативни аспект слободе вероисповести у пракси Европског суда за људска права”, *Harmonius: Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 1/2014, 76.

³⁶ Одлука Уставног суда Србије Уж 303/2017 од 16. 07. 2020.

³⁷ М. Настић, „Утицај праксе Европског суда за људска права на одлучивање Уставног суда Србије у поступку по уставној жалби”, у: *Уставна жалба у правном систему Републике Србије* (ур. Един Шарчевић, Дарко Симовић), Сарајево 2019, 292.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Пресуда *Kokinakis v. Republic of Greece*, бр. представке 14307/88 од 25. маја 1993, ст. 33.

⁴⁰ Пресуда *Refah Partisi u drugi v. Republic of Turkey*, бр. представки 41340/98, 41342/98, 41343/98 и 41344/98, од 13. фебруара 2003, ст. 91.

демократском друштву, Уставни суд полази од тога да у демократском друштву постоји више религија или више огранака исте религије, те је понекад потребно ограничити слободу вероисповести да би се ускладили интереси разних верских група и осигурало поштовање свачијег уверења.⁴¹ Европски суд за људска права признаје државама одређено дискреционо право како би могле да утврде да ли је и у којој мери неко ограничење испољавања слободе вероисповести неопходно у демократском друштву. У сваком случају, све одлуке које државни органи доносе у тој области морају да се заснивају на прихватљивој процени релевантних чињеница.⁴²

Начело ограничења људских и мањинских права једно је од основних начела које Устав Србије препознаје⁴³. Устав Србије изричито предвиђа ограничења појединих права, што је случај са слободом мисли, савести и вероисповести (чл. 43, ст. 4). У контексту ограничења слободе вероисповести, подсећамо на разлику у погледу унутрашњег аспекта ове слободе и њене спољашње димензије, индивидуалног и колективног. Уставом је загарантована апсолутна неповредивост унутрашње димензије и индивидуалног аспекта, док је ограничење њене спољне димензије допуштено само у изузетним ситуацијама, и углавном се односи на колективни аспект.

Систем заштите људских и мањинских права у правном поретку Републике Србије укључује принцип пропорционалности. Овај принцип је садржан у уставној одредби о „границама” ограничења људских права. Наиме, при ограничавању људских и мањинских права, сви државни органи, а нарочито судови, дужни су да воде рачуна о суштини права које се ограничава, односу ограничења и његове сврхе, и о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права (чл. 20, ст. 3). Путем нормативне контроле Уставни суд је у прилици да оцењује колико је успешно законодавац спровео тест пропорционалности, уколико је било потребе за тим. У поступцима по уставној жалби Уставни суд је у прилици да оцењује како су принцип пропорционалности применили, пре свега, судови.⁴⁴

⁴¹ Одлука Уставног суда Србије Уж 303/2017 од 16. 07. 2020

⁴² Пресуда *Светомихајловска парохија против Украјине*, бр. представке 77703/01, од 14. јуна 2007. године, ст. 138.

⁴³ Људска и мањинска права зајемчена Уставом могу законом бити ограничена ако Устав допушта ограничење, у оне сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права.

⁴⁴ М. Настић (2021), 54.

Ограничење основних права треба разликовати од дерогације или укидања људских права, до којег долази када се држава налази у ванредном или ратном стању. Уставно регулисање ванредног и ратног стања, те посебног режима важења људских права својствено је Уставу Србије. Ове норме треба да представљају механизам за самоодбрану демократије, односно начин да се обезбеди демократска отпорност када се држава суочава са озбиљним претњама и изазовима.⁴⁵ Дерогацију права треба применити само ако је то неопходно и у обиму у коме је то неопходно. Мере одступања не смеју довести до разликовања на основу расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности или друштвеног порекла. Устав Србије препознаје апсолутно заштићена права од којих нису дозвољена одступања. Листа ових права је широко постављена, а њоме је обухваћена и слобода мисли, савести и вероисповести (чл. 43).

Ово питање отворено је током скорашње пандемије ковида 19. Наиме, на самом почетку пандемије, Влада Србије усвојила је Закључак којим се црквама и верским заједницама препоручује да верске обреде врше без присуства верника, а да се верски обреди приликом сахрањивања обављају уз присуство малог броја људи.⁴⁶ Међутим, Уредбом о мерама за време ванредног стања утврђена је, између осталог, забрана кретања за време васкршњих празника. То је била и најдужа забрана кретања током читаве пандемије. Ограничавање, односно потпуна забрана слободе кретања током васкршњих празника, одразила се на остваривање слободе вероисповести. Подносиоци иницијативе за оцену уставности поменуте уредбе сматрају да је оваквим решењем повређено њихово право на слободу вероисповести јер нису били у могућности да присуствују верским службама и обаве чин причешћа.

Уставни суд налази да се не ради о мери којом се дерогира слобода вероисповести, већ о мери којом се дерогира слобода кретања за време проглашеног ванредног стања. Уставни суд, такође, указује да тиме што су у конкретном случају верници били спречени да обаве верску службу током Васкрса у самим црквама, односно тиме што је забраном кретања свим лицима за време васкршњих празника, било онемогућено васкршње бденије, односно учешће у васкршњој служби, као и могућност присуствовања васкршој литургији и причешће на сам Васкрс, православним верницима није повређено Уставом

⁴⁵ E. Bulmer, *Emergency Powers*, International IDEA, Sweden 2018, 6.

⁴⁶ Закључак (Владе којим се препоручује црквама и верским заједницама безбедно вршење верских обреда за време трајања ванредног стања и епидемије), *Сл. гласник РС*, бр. 43 од 27. 03. 2020.

зајемчено право на слободу вероисповести. Из оправданих разлога, ради спречавања ширење заразне болести, забрањени су само неки облици испољавање вера у конкретним околностима, и то они који би, због своје садржине и бројности људи у затвореном простору, подразумевали већи ризик од заразе и обољевања. Уставни суд наводи да постоји више облика испољавања вере, и да се неки од њих могу манифестовати у кућним условима, и уопште у условима који су са становишта интереса грађана да се заштите од опасне заразне болести свакако прихватљиви у датим околностима. Како се у конкретном случају ради о највећем хришћанском празнику, Уставни суд посебно указује да је у историји хришћанства било много случајева када су верници своју веру у конкретним околностима, попут оних које су некада произилазе из верских празника, али и оних које су настале услед ратова и елементарних непогода, испољавали на начин који је био адекватан или једини могућ у датим околностима.⁴⁷

Подсећамо да слобода вероисповести, сходно Уставу Србије, представља апсолутно заштићено право које не подлеже дерогацији у ванредном стању. Но, Устав оставља могућност да се слобода испољавања вере или уверења може ограничити законом, ако је то неопходно у демократском друштву, између осталог, и ради заштите живота и здравља људи. То подразумева примену поменутих критеријума, као и испитивање да ли су наведене мере испуниле тест сразмерности и да ли се сврха ограничења могла постићи и мањим ограничењем права. Подржавамо став да ове мере нису испуниле тест сразмерности, односно да су мере предузете у контексту празновања Ускрса далеко *испод линије теста сразмерности*.⁴⁸ Истовремено, подсећамо да индивидуални аспект, у смислу *forum internum*, спада у апсолутна права, која су ван домаћаја дерогације. Ограничењима је подложен колективан аспект. Треба, међутим, имати у виду да је у поменутом случају онемогућено причешће, које представља *место преклапања индивидуалне и колективне компоненте*.⁴⁹ Причешће је спољни одраз слободе вероисповести, али и њена срж. У том смислу, наведена аргументација Уставног суда није довољно „оправдање” за поменуто, пре-терано ограничење слободе вероисповести.

⁴⁷ Одлука о неутврђивању несагласности IУо-45/2020 од 17. 09. 2020, *Сл. гласник РС*, бр. 126/2020.

⁴⁸ В. Ђурић, В. Марковић, „Слобода вероисповести и мере за сузбијање вируса ковид 19 —нови приступ, домаћа искуства и упоредна решења”, у: *Пандемија ковида 19: правни изазови и одговори* (ур. Владимир Ђурић, Мирјана Глинтић), Институт за упоредно право, Београд 2021, 45.

⁴⁹ *Ibid.* 42.

4. Слобода вероисповести и верске заједнице

Питање регистрације верске заједнице доведено је у везу са слободом вероисповести из члана 43 у поступку по уставној жалби Исламске заједнице Србије. Повреда слободе вероисповести обрађује се непоступањем Министарства правде по захтеву, односно пријави подносиоца за упис у Регистар цркава и верских заједница. У уставној жалби је наведено да је подносилац био уписан у одговарајући Регистар цркава и верских заједница по раније важећим прописима, пре доношења Закона о црквама и верским заједницама и да испуњава све прописане услове за „поновни” упис.

Одлучујући у овом предмету, Уставни суд је од надлежне Управе Министарства правде добио информацију да делују две исламске заједнице: Исламска заједница Србије и Исламска заједница у Србији, и да обе у односима са Управом имају третман традиционалних верских заједница, без обзира на то што није извршен њихов упис у Регистар. Суочавајући се са подељеним верским заједницама које су у прошлости биле јединствене, Уставни суд се, одлучујући о повреди слободе вероисповести, позвао на богату праксу Европског суда за људска права: пресуду Великог већа у предмету *Хасан и Чауш против Бугарске*⁵⁰ и пресуду у предмету *Свети синод Бугарске православне цркве (митрополит Инокентије) против Бугарске*⁵¹.

Уставни суд је нашао да неуписивање у Регистар података о подносиоцу уставне жалбе није имало за последицу фаворизацију друге исламска заједнице, која је такође поднела пријаву за упис и по

⁵⁰ У предмету *Хасан и Чауш против Бугарске*, бр. представке 30985/86 од 26. 10. 2000, ЕСЉП је утврдио да се мешање власти у слободу вероисповести састојало у одбијању да се први подносилац представке региструје као главни муфтија на основу резултата избора, при чему су власти признале руководство супротстављене групе као једину легитимну организацију која представља исламске вернике у Бугарској. Након подробног испитивања свих околности случаја, Велико веће је закључило да је први подносилац представке, који је уклоњен са положаја главног муфтије, стварно изгубио своја овлашћења да представља верску заједницу и управља њеном имовином.

⁵¹ У предмету *Свети синод Бугарске православне цркве против Бугарске*, бр. представке 412/03 и 35677/04 од 22. 01. 2009, ЕСЉП је сматрао да за процену да ли постоји повреда слободе вероисповести није одлучујуће то што је одбијена регистрација подносиоца представке, већ мешање државе у унутрашње ствари једне заједнице подељене између две хијерархије од којих је свака сматрала ону другу неканонском. Помажући једну од страна у сукобу да добије искључиво право представљања и контроле над пословима целе православне заједнице, држава је прекршила обавезу неутралности.

којој је надлежно министарство поступило на сличан начин као по пријави подносиоца жалбе. У вези с тим, Уставни суд сматра да би се држава у случају да само подносилац уставне жалбе буде уписан у Регистар као традиционална верска заједница одрекла своје неутралности у стварима вере, а посебно у верским споровима.

У поступку оцене уставности Закона о црквама и верским заједницама, Уставни суд је пошао од тога да регистар цркава и верских заједница, по својој природи, представља јавну евиденцију о основаним верским организацијама и да је легитимно право сваке државе да успостави и води овакву евиденцију. Прописивањем могућности да се „верско удружење” које јесте удруживање грађана, али није удружење грађана, упише у јавну евиденцију коју држава установљава, не утиче на суштину зајемчене слободе вероисповести, нити се оно може сматрати ограничењем те слободе. Уставни суд је овде направио јасну дистинкцију између удруживања на верској основи, које је покривено чланом 43 Устава, и слободом удруживања из члана 55 којом се јемчи слобода политичког, синдикалног и сваког другог удруживања. Удружења обухваћена слободом удруживања (из чл. 55 Устава) оснивају се без претходног одобрења, уз упис у регистар који води државни орган; док се у погледу цркава и верских заједница прави термилошко разликовање између „пријаве”, коју подносе традиционалне цркве и верске заједнице, и „захтева”, који подносе остале верске организације. Законом је даље прописан поступак за решавање о захтеву за упис у регистар, тако да надлежно министарство може да тражи исправку и допуну поднеска, да га одбаци ако је неразумљив или непотпун, и да донесе решење којим одбија упис верске организације у регистар.⁵²

Уставни суд указује да је од суштинског значаја да су верници равноправни у испољавању вере или убеђења вероисповести, да слободно обављају верске обреде, похађају верску службу или наставу, независно од тога да ли се ради о традиционалним црквама и верским заједницама, или о конфесионалној заједници.⁵³ Слобода вероиспо-

⁵² Члан 20 Закона о црквама и верским заједницама.

⁵³ Уставни суд сматра да је прихватљиво означити да су субјекти верске слободе цркве или верске заједнице које су квалификоване као традиционалне, с једне стране, односно конфесионалне и све друге верске заједнице, које немају тај статус, с друге стране. Овом приликом Уставни суд је објаснио да равноправност цркава и верских заједница садржаних у члану 44 не значи и њихову једнакост. Овде долази до изражаја принцип „различити, али равноправно”, садржан и у Смерници за ревизију законодавства која се односи на религију или веровање ОЕБС-а и Венецијанске комисије. Наведене разлике су прихватљиве све док се не употребљавају као оправдање за дискри-

вести оних верника који су следбеници нетрадиционалних цркава и верских заједница ни у чему није умањена или ограничена због тога што их законодавац није означио као традиционалне.⁵⁴

Уставни суд сматра да зајемчена слобода мисли, савести и вероисповести (чл. 43) и утврђен положај цркава и верских заједница (чл. 44) подразумева да свештеници односно верски службеници за време богослужења верских обреда могу слободно да износе своје мишљење, док тиме не дођу у ситуацију да евентуално учине кривично дело. У погледу оспоравања одредбе Закона (чл. 8, ст. 9) према којој држава штити службену униформу, као и обележја чина и достојанства свештених лица, односно верских службеника, Уставни суд налази да је један од начина слободе испољавања вере управо ношење службене униформе и њених делова, као и обележја чина и достојанства свештених лица. Ова питања спадају у домен аутономног права цркве односно верске заједнице и држава се у то не меша. Обавеза је државе да штити ношење службене униформе и њених делова, као и обележја чина и достојанства свештених лица односно верских службеника. *Ratio legis* одредбе Закона о црквама и верским заједницама (члан 8, ст. 4) којим је прописано да свештеници односно верски службеници не могу бити позвани на одговорност пред државним органима за своје поступање при обављању богослужбене делатности у складу са аутономним правом цркве или верске заједнице и у складу са законом, јесте у обезбеђивању остваривања Уставом зајемчене слободе из члана 43.⁵⁵

5. Закључак

Садржај слободе вероисповести утврђен највишим правним актом је вишедимензионалан и обухвата: слободу избора уверења и вероисповести, слободу да се оне промене према сопственом избору, слободу неизјашњавања о својим верским уверењима, слободу испољавања вере или убеђења појединачно или у заједници са другима, слободу приватног и јавног изношења верских уверења и слободу родитеља да својој деци обезбеде верско образовање. У пракси Уставног суда развијаној након доношења Устава (2006) наилазимо на свега неколико случајева који тангирају питање слободе вероисповести. У том смислу, охрабрујући је до сада развијен домашај овог права. Наиме, Уставни

минацију. За Уставни суд пуко термилошко разликовање цркава и верских заједница које су знатно млађе, али ни у чему нису дискриминисане, може да буде толерисано са уставноправног становишта. Одлука Уставног суда Србије IVз 455-2011.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Одлука Уставног суда Србије IVз 455-2011.

суд Србије у својој досадашњој јуриспруденцији одлучивао је о аспектима слободе вероисповести, и то: о интерној и спољној димензији, индивидуалној и колективној димензији, ограничењу и важењу у ванредном стању. Европска конвенција и пракса Европског суда за људска права појављују се као значајан ослонац Уставном суду у контексту слободе вероисповести. Утицај Европског суда препознајемо приликом дефинисања критеријума за ограничење слободе вероисповести.

Уставносудска интерпретација слободе вероисповести доприноси остваривању субјективне, али и објективне сврхе заштите права, која се тиче тумачења уставног каталога људских права. Уставни суд препознаје да је право на слободу вероисповести од суштинског значаја за идентитет верника, указујући да разликовање између традиционалних и конфесионалних верских заједница има само терминолошко значење, али не утиче на суштину остваривања слободе вероисповести.

Maја Nastić

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

PROTECTION OF FREEDOM OF RELIGION IN PROCEEDINGS BEFORE THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA

Summary

The subject of the paper is the constitutional court's interpretation of freedom of religion in the light of the solutions contained in the current constitutional legal framework of the Republic of Serbia. Starting from the constitutional guarantees of freedom of religion, the author analyzes the most important issues that have been subject of the interpretation by the Constitutional Court of Serbia. The role of the Constitutional Court as the supreme interpreter of the Constitution is seen in the context of its most represented competences today, normative control and constitutional appeal. In the practice of the Constitutional Court developed after the adoption of the Constitution (2006), we come across only a few cases, which touch upon the issue of freedom of religion. In this sense, the scope of this right developed so far is encouraging. In its previous jurisprudence, the Constitutional Court decided on the following aspects of freedom of religion: international and external dimension, individual and collective dimensions, limitation and validity in a state of emergency. The ECHR and the case law of the ECtHR appear as a

significant support for the Constitutional Court. The Constitutional court's interpretation of freedom of religion contributes to the realization of the subjective purpose of protecting rights, but also the objective one, which concerns the interpretation of the constitutional catalog of human rights. The Constitutional Court recognizes that the right to freedom of religion is essential for the identity of believers, pointing out that the distinction between traditional and confessional religious communities has only a terminological meaning, but does not affect the essence of exercising freedom of religion.

Keywords: freedom of religion, Constitution, Constitutional Court of Serbia, ECtHR.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Bulmer E, *Emergency Powers*, International IDEA, Sweden, 2018, 6.
- Danneman G., „Constitutional complaints: The European perspective”, *International & Comparative Law Quarterly*, 43(1) 1994, 142–153.
- Ђукић Д., „Негативни аспект слободе вероисповести у пракси Европског суда за људска права”, *Harmonius: Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 1/2014, 56–77.
- Ђурђевић Н., *Остваривање слободе вероисповести и правни положај цркава и верских заједница у Републици Србији*, Заштитник грађана, Службени гласник, Београд 2009.
- Ђурић В., *Слобода вероисповести у јуриспруденцији европских уставних судова*, Институт за упоредно право, Београд 2012.
- Ђурић В., Марковић В., „Слобода вероисповести и мере за сузбијање вируса ковид 19 – нови приступ, домаћа искуства и упоредна решења”, у: *Пандемија ковида 19: правни изазови и одговори* (ур. Владимир Ђурић, Мирјана Глинтић), Институт за упоредно право, Београд 2021, 35-49.
- Марковић Р., *Покретање уставног спора о уставности нормативних аката*, Савремена администрација, Београд 1973.
- Мурдок Ц., *Заштита права на слободу мисли, савести и вероисповести у оквиру Европске конвенције о људским правима*, Савет Европе, Стразбур 2013.
- Насић М., „Одлучивање Уставног суда Србије у поступку по уставној жалби”, *Правни живот* 12/2018, 521–537.

- Настић М., *Уставна заштита људских права*, Правни факултет, Ниш 2021.
- Настић М., „Утицај праксе Европског суда за људска права на одлучивање Уставног суда Србије у поступку по уставној жалби”, у: *Уставна жалба у правном систему Републике Србије* (ур. Един Шарчевић, Дарко Симовић), Сарајево 2019, 282–304.
- Schimmelfenning F., „Competition and Community: Constitutional Courts, Rhetorical Action, and the Institutionalization of Human Rights in the European Union”, *Journal of European Public Policy* 13 8/2006, 1247–1264.
- Чок В., *Врсте и дејство одлука уставних судова*, Институт за упоредно право, Београд 1972.

Остали извори

- Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006, 115/2021.
- Закон о црквама и верским заједницама, *Службени гласник РС*, бр. 36/2006.
- Закључак (Владе којим се препоручује црквама и верским заједницама безбедно вршење верских обреда за време трајања ванредног стања и епидемије), *Сл. гласник РС*, бр. 43/2020.
- Одлука Уставног суда Србије о неутврђивању несагласности IУо-45/2020 од 17. 09. 2020, *Сл. гласник РС*, бр. 126/2020.
- Одлука Уставног суда IУз-455/2011, *Сл. гласник РС*, бр. 23/2013.
- Одлука о неутврђивању несагласности IУо-45/2020 од 17. 09. 2020, *Сл. гласник РС*, бр. 126/2020.
- Одлука Уставног суда Уж 6875/2011 од 22. 03. 2012.
- Одлука Уставног суда Србије Уж 303/2017 од 16. 07. 2020.
- Решење Уставног суда Србије о неприхватању иницијативе IУз-119/2008, *Сл. гласник РС*, бр. 44/2011.
- Пресуда *Kokinakis v. Republic of Greece*, бр. представке 14307/88 од 25. маја 1993.
- Пресуда *Refah Partisi и други v. Republic of Turkey*, бр. представки 41340/98, 41342/98, 41343/98 и 41344/98, од 13. фебруара 2003.
- Пресуда *Светомихајловска парохија против Украјине*, бр. представке 77703/01 од 14. јуна 2007, ст. 138.
- Пресуда *Хасан и Чауш против Бугарске*, бр. представке 30985/86 од 26. октобра 2000.
- Пресуда *Свети синод Бугарске православне цркве против Бугарске*, бр. представке 412/03 и 35677/04 од 22. јануара. 2009.

ПРАВО НА СИНДИКАЛНО УДРУЖИВАЊЕ СВЕШТЕНИКА У СВЕТЛУ ОДЛУКЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У ПРЕДМЕТУ СИНДИКАТ „PĂSTORUL CEL BUN” ПРОТИВ РУМУНИЈЕ

Сажетак

Иако су у многим сферама строго одвојени, државно и аутономно црквено право, имају блискост и испреплетаност које се сликовито приказују у радним правима свештеника и верских службеника. Разлог за то је обавеза државе да с једне стране, у складу са начелом аутономије цркава и верских заједница, остане неутрална у погледу црквених питања, али и да, са друге стране, заштити све своје грађане, укључујући и свештенике и верске службенике у погледу права из радног односа. Аутори анализирају оправданост ограничења права на синдикално удруживање свештеника у контексту прве пресуде Европског суда за људска права који је одлучивао о „судару” колективног аспекта испољавања слободе вероисповести и колективног права на синдикално удруживање свештеника.

Кључне речи: право на синдикално удруживање, пракса Европског суда за људска права, аутономија цркава и верских заједница, радноправни положај свештеника и верских службеника.

1. Увод

Право на удруживање, из којег извире и право на синдикално удруживање као људско право, гарантовано је међународним и регионалним актима и националним законодавствима, и једно је од кључних колективних права. Као ни многа друга, ни оно није апсолутно право, па се тако у складу са унапред предвиђеним условима може ограничити, и то најчешће припадницима одређених професија које су од круцијалне важности за функционисање државе.

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, bojan.urdarevic@gmail.com

** Асистент, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, jovana.misailovic@yahoo.com

На темељу оправданости ограничења уживања људских права може се поставити питање да ли је и ако јесте, под којим је околностима ограничење права на синдикално удруживање свештеника и верских службеника легитимно у контексту посебног (радно)правног положаја који они уживају, а који извире из посебности правног субјективитета цркава и верских заједница. Да би се дао адекватно аргументован одговор на постављено питање, неопходно је претходно установити да ли су свештеници и верски службеници запослени у контексту радног права, тј. да ли потпадају под домен субјеката који уживају право на синдикално организовање које се гарантује актима радноправног законодавства. Ово би свакако требало посматрати са аспекта интригантног питања да ли димензија *божанског призива* даје служби духовни карактер који је неспојив са секуларним запослењем, односно да ли постојање „духовне димензије” која се везује за свештенички позив искључује могућност да постоји уговор предвиђен државним законом који се на њих примењује,¹ и који би регулисао њихов правни положај. Наиме, радноправни положај свештеника и верских службеника често је упитан с обзиром на то да на првом месту зависи од односа државе и цркве, тј. аутономије која се оставља цркви да и овај аспект друштвеног живота уреди у складу са својим канонским и аутономним правом. Глобално, осетљивост односа државе и цркве није реткост, а имајући у виду еманципацију која погађа готово све сфере друштвеног живота, ни идеја о свештеницима као „регуларним” запосленима није потпуно непојмљива. Перципирати свештенике и друге верске службенике као посебну категорију запослених могло би бити оправдано са аспекта државног права, али степен аутономије цркава и верских заједница у доношењу одлука у овим питањима зависи од више међусобно условљених претходних питања.² Једно од тих јесте питање општег уставног односа државе и цркава и верских заједница у конкретној држави. Плаузибилним се чини став по коме је аутономија цркава и верских заједница и у домену уређивања колективних радних права свештеника у системима државне цркве на нижем нивоу од оне у системима одвојености, било стриктног било кооперативног типа.³ Међутим, овај став

¹ G. R. Evans, „The Employment Status of Ministers of Religion”, *Law & Justice – The Christian Law Review* 132/1997, 26.

² „Однос између цркве и њених службеника није подобан, у недостатку јасних назнака супротне намере у документу, да се регулише уговором.” S. Russell, „The employment status of ministers: a judicial retcon?”, *Religion and Human Rights* 1/2018, 30.

³ Постојање различитих облика односа државе и цркве узроковано је историјским позадинама, као и његовим делимично двосмисленим садржајем који може да се

неопходно је двоструко кориговати. Најпре, општа аутономија црква и верских заједница, као нужна последица њиховог посебног статуса у држави и друштву, изричита је или барем прећутна уставна категорија у свим државама, независно од уставне типологије њиховог односа са црквама и верским заједницама.⁴ С друге стране, и у системима одвојености могу се појавити одређене недоумице, посебно уколико се аутономија црква и верских заједница изражава на тај начин да се свештеници и верски службеници уподобљавају радноправном режиму успостављеном државним правом, али непотпуно и недоследно. Посебно се проблематичном чини ситуација у којој таква недоследност нема упориште у државном законодавству, представљајући чак селективно тумачење и примену самих одредаба канонског и/или аутономног црквеног права. У таквим околностима радноправни положај свештеника остаје у „лимбу” између аутономног црквеног и државног права, јер би било неоправдано лишити свештенике и лаике који закључују уговор о раду са црквом права проистеклих по основу рада, на темељу одредаба аутономног црквеног права. То лако доводи до дилеме у погледу тога – да ли је одлука о правима које свештеници уживају на основу државног права оправдано остављена на доношење црквеним великодостојницима на основу института благослова, чак и када то није *explicite* утемељено у државном праву али ни у аутономном црквеном праву. Другим речима, основано искрсава питање о томе да ли је прави *raison d'être* легитимног постојања аутономије цркве испуњен онда кад је остављено црквеним великодостојницима да *ad hoc* одлучују о правима свештеника, конкретно о радним правима, чак и онда када је последица њихових одлука одступање од радноправног режима свештеника и верских службеника, иначе

тумачи на различите начине. Међутим, у односу између државе и цркве који је такав да поред одвојености омогућава и одређена прожимања, па чак и у случајевима тзв. строге одвојености, можемо видети да је управо радно право терен на коме је изразито тешко повући херметичку демаркациону линију између државног и црквеног права, посебно у питањима колективних радних и социјалних права свештеника и верских службеника. Вид. И. Тошић, Ј. Мисаиловић, „Осигурање свештеника и верских лица у Републици Србији”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије – Зборник радова са научног скупа поводом петнаест година од доношења Закона о црквама и верским заједницама* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 173–182; Ј. Рајић Ђалић „Слобода вероисповести и аутономија цркве у радним односима световних лица”, у: *Државно црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право–Митрополија црногорско-приморска, Београд 2019, 741–752.

⁴ В. Ђурић, „Хегемонија државног и аутономија црквеног права у СР Немачкој и Републици Србији”, *Страни правни живот* 3/2013, 80–81.

утврђеног државним законодавством.⁵ Управо је једна оваква ситуација била предмет случаја пред Европским судом за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП) током 2012/2013. године, који је (Суд) током протеклих неколико деценија еволуирао у упадљиву, често спорну силу у биткама на више нивоа око места религије у европској јавној сфери.⁶ Реч је о случају *Синдикат “Păstorul cel Bun” против Румуније*⁷ поводом које је ЕСЉП одлучио да свештеници Румунске православне цркве немају право на синдикално организовање услед одсуства благослова Синода, у складу са аутономним црквеним правом.

Аутори у раду најпре сумирано приказују однос слободе удруживања и слободе вероисповести, будући да је предметни случај тим занимљивији јер у опозит доводи два колективна права – право на синдикално удруживање и колективни аспект слободе вероисповести, оличен у овом случају у аутономији цркве као колективитета, чији је значај више пута истицан у јуриспруденцији Европског суда за људска права, а најочигледније у антологијској сентенци да „цркве и верске заједнице традиционално постоје у виду аутономних структура”.⁸ Аутори потом анализирају чињенице конкретне случаја, а посебно околности које су довеле до различите одлуке Већа а потом Великог већа, које је донело коначно одлуку. Напошетку, у раду се, концепцијски и у конкретном случају, разматрају аргументи *pro et contra* ограничења права на синдикално удруживање свештеника, полазећи од хипотезе да ограничавање права на синдикално удруживање свештеника не може бити легитимно уколико претходно није јасно утврђено да су свештеници били у правном односу који се може уподобити радноправном односу, и тиме им се ограничити људско право искључиво на темељу *ad hoc* одлука црквених великодостојника, које се, засноване на принципу арбитражног одлучивања, могу разликовати у сваком конкретном случају. Ова хипотеза се примењује имајући константно на уму да у складу са слободом која је остављена црквама и верским заједницама да уреде своја

⁵ ЕСЉП је у више наврата у предметима истицао значај начела аутономије цркава и верских заједница у околностима одлучивања о правима и обавезама свештеничких лица и лаика у оквиру њиховог (радно)правног односа са црквом. Вид. нпр. D. D. Thayer, „Religious Autonomy in Europe and the United States – Four Recent Cases”, *Oxford Journal of Law and Religion* 2/2012, 510–514.

⁶ E. Fokas, „Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence”, *Oxford Journal of Law and Religion* 4/2015, 54.

⁷ *Case of Sindicatul “Păstorul Cel Bun” v. Romania*, Application no. 2330/09, Judgement from 9 July 2013.

⁸ *Case of Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, Application no. 45701/99, Judgement from 13. December 2001, para. 118.

питања, не можемо очекивати да се одредбе радног права на исти начин тумаче и у односима цркве и њених запослених.

2. Право на слободу окупљања и удруживања и право на слободу мисли, савести и вероисповести у духу Европске конвенције о основним људским правима и слободама

Слобода окупљања и удруживања грађана представља једну од основних слобода Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода⁹ (у даљем тексту: Конвенција). Поред Конвенције, ово право гарантује се и Међународним пактом о грађанским и политичким правима из 1966. године,¹⁰ Универзалном декларацијом о људским правима из 1948. године¹¹ и донекле Међународним пактом о економским, социјалним и културним правима из 1966. године.¹² Конвенција у члану 11, став 1 прописује да „свако има право на слободу мирног окупљања и слободу удруживања са другима, укључујући и право да оснива синдикат и учлањује се у њега ради заштите својих интереса”. Међутим, ово право није гарантовано без ограничења. Могућност и услови ограничења прописани су у ставу 2, којим се истиче да се „за вршење ових права неће постављати никаква ограничења, осим оних која су прописана законом и која су неопходна у демократском друштву у интересу националне или јавне безбедности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.”¹³ С обзиром на тежиште рада

⁹ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр. и *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010 и 10/2015 – Конвенција, чл. 11.

¹⁰ Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/71.

¹¹ Текст доступан на: <https://www.ohchr.org/en/universal-declaration-of-human-rights>, 25. 7. 2023.

¹² Закон о ратификацији Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/71.

¹³ Наведена ограничења поменута у тексту Конвенције односе се на првом месту на припаднике оружаних снага, полиције или државне управе, којима је најчешће одређени аспект колективног деловања ускраћен националним законима. Из постављене дикције члана 11 Конвенције јасно је да се штите два комплементарна, али и садржински различита права. Једно представља право на слободу мирног окупљања, а друго право на слободно удруживање са другима. Тешко је замислити остваривање једног од ових права без оног другог, јер иако су она призната сваком појединцу, могу се остварити једино уз учешће других.

чији је циљ анализа аргумената о (не)оправданом ограничењу права на синдикално удруживања свештеника, важно је нагласити однос члана 11 и члана 9 Конвенције о праву на слободу мисли, савести и вероисповести, које је у конкретном случају и ЕСЉП довео у везу. У складу са тим истичемо да слобода удруживања из члана 11 Конвенције, једнако као и слобода вероисповести из члана 9, припада тзв. квалификованим члановима Конвенције, што значи да се ова права у појединим, унапред прописаним случајевима могу подврћи одређеним ограничењима. При томе треба нагласити да веза између ова два члана и права која се њима гарантују није само текстуалне природе већ проистиче и из вредности које леже у основи њиховог тумачења.¹⁴

У контексту остваривања колективних радних права свештеника и верских службеника прво питање на које треба понудити одговор јесте који од легитимних циљева може доћи у обзир при ограничавању ових права. Логички посматрано, колективна радна права свештеника и верских службеника, као један од израза права на слободу удруживања могу бити ограничена једино уколико дођу у сукоб са правима и слободама других, у конкретном случају слободом мисли, савести и вероисповести. На тај начин долази се до занимљиве ситуације у којој су супротстављена два права и иначе подложна истоврсним ограничењима – право на слободу удруживања и право на слободу мисли, савести и вероисповести. Наредно питање јесте да ли се слобода удруживања у виду синдикалног удруживања свештеника и верских службеника може ограничити позивањем на индивидуални или колективни аспект права из члана 9 Конвенције. Много се оправданијим чини став по коме се право на синдикално удруживање пре може ограничити позивањем на колективни аспект слободе вероисповести, него на индивидуални. То је стога што се, према пракси Европског суда за људска права, будући да верске заједнице традиционално постоје у облику организованих структура, члан 9 мора тумачити у светлости члана 11 Конвенције.¹⁵ Заштита која се пружа овом

¹⁴ Ц. Мурдок, *Слобода мисли, савести и вероисповести – Водич за примену члана 9 Европске конвенције о људским правима*, Савет Европе, Београд 2008, 11.

¹⁵ *Case of Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, Application no. 45701/99, Judgement from 13. December 2001, para. 118; Чл. 9, ст. 1, предвиђа да „Слобода испољавања вероисповести или уверења подлеже само оним ограничењима која су прописана законом и неопходна у демократском друштву.” Као што је Европска комисија за људска права навела, овај члан „не покрива сваки чин који је мотивисан религијом или је под утицајем религије или уверења.” Из перспективе подносиоца представке поводом повреде члана 9, ово је значило да појединац мора показати да је одређена пракса, за коју подносилац представке жели да добије заштиту, као „манифестација”

колективном аспекту слободе мисли, савести и вероисповести према члану 9 управо је илустрована свим случајевима у којима су државне власти покушале да се умешају у унутрашњу организацију верских заједница¹⁶, што је великим делом предмет анализе пресуде на странама које следе. Посреди је, наиме, обавеза неутралности државе спрам верских заједница и поштовање њихове аутономије, која може обухватити два аспекта – доктринарну слободу и слободу унутрашњег руковођења, што подразумева и унутрашње уређење организације¹⁷, укључујући, на пример, и дозволу или одбијање дозволе формирања свештеничких синдиката.¹⁸ У погледу заштите свештених и верских лица право на слободу удруживања и остваривање права на синдикално удруживање као његов посебан аспект има другачију димензију. Како смо истакли раније, слобода делања свештеника и верских службеника зависи примарно од садржине аутономног црквеног права. Такво стање ствари унутар државе може довести у питање могућност државних органа да омогуће адекватно уживање права преузетих Конвенцијом овим лицима уколико претходно није установљен основ за ограничење.

Један од еклатантних примера задирања у колективни аспект слободе вероисповести био је приметан у спору *Бесарабијска митрополија против Молдавије*.¹⁹ Бесарабијска митрополија, као јединица унутар Румунске цркве, одбијена је у поступку регистрације под образложењем да у Молдавији делује друга Православна црква под окриљем Московске патријаршије, а државни орган је био мишљења

вере или уверења, неопходна или наложена од стране религије или усвојена под окриљем система вере који заступа. I. Leigh, A. Hamblen, „Religious Symbols, Conscience, and the Rights of Others”, *Oxford Journal of Law and Religion* 1/2014, 9.

¹⁶ Ц. Мурдок, 11.

¹⁷ В. Марковић, „Доктрина поља слободне процене и њена примена у вези са чланом 9 Европске конвенције”, у: *Државно црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Београд 2019, 321.

¹⁸ Илустрације ради, у новијој литератури могу се пронаћи мишљења према којима државни судови не би требало да се мешају у спорове о људским правима који настају унутар верских група. Када случај укључује осетљиве интерне одлуке верске организације, као што је, примера ради, избор ко је квалификован да подучава веру, судови се све чешће одлучују за тзв. приступ „без руку”. Овај глобални консензус формиран је како међународним уговорима тако и кроз праксу судова у европским и америчким земљама. D. V. Thomson, K. A. Toney, „Sacred Spheres: Religious Autonomy as an International Human Right”, *Catholic University Law Review* 2/2023, 151.

¹⁹ *Case of Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, Application no. 45701/99, Judgement from 13. December 2001.

да је циљ ове верске заједнице подривање националног опстанка и припајање Румунији. У конкретном случају, држава није могла да се меша у сукоб унутар Бесарабијске митрополије Молдавије без кршења своје обавезе да остане неутрална у стварима религије.²⁰ ЕСЉП је у овом случају инсистирао на томе да молдавске власти у прилог својој тврдњи понуде убедљиве разлоге, што се није десило, те је овај случај, као и сентенце цитиране у пресуди поводом њега, постао незаобилазан чинилац обликовања аутономије црква и верских заједница онако како је види ЕСЉП.²¹

3. Одлука Европског суда за људска права у предмету *Синдикат „Păstorul cel Bun” против Румуније*

ЕСЉП је у предмету *Синдикат „Păstorul cel Bun” против Румуније* одлучио да је спречавање свештеника да формирају синдикат у циљу заштите аутономије Румунске православне цркве у складу са Конвенцијом. ЕСЉП ову пресуду није једногласно донео – једанаест чланова наспрам шест гласало је у корист Румунске православне цркве након примене трипартитног теста којим ЕСЉП прибегава приликом доношења коначне одлуке. Једно од кључних посебности донете пресуде јесте да је у питању прва пресуда у којој је ЕСЉП анализирао сукоб између верског послодавца и запослених који делују колективно. До тада, предмети у којима је ЕСЉП поступао када су у питању сукоби поводом запошљавања и рада са елементом религије, укључивали су само једног запосленог.²² У том смислу, интересантно је указати на превагу критеријума којима је Велико веће Европског суда за људска права дало предност у конкретном случају, с обзиром на то што је утврдило да је одбијање да се свештеницима дозволи да формирају синдикат, неопходно у демократском друштву у циљу

²⁰ Начелни је наратив да слобода удруживања као посебно право подразумева да појединци могу да стварају удружења и да буду њихови чланови без претходне дозволе државе, будући да су државе уговорнице према члану 1 Конвенције у обавези да свакоме гарантују права и слободе обухваћене Конвенцијом. У том смислу, члан 11 Конвенције признаје појединцу не само заштиту од мера државе, него и од мера донетих од стране трећих лица. Другим речима, држава уговорница је у обавези да сва права заштићена Конвенцијом осигура свим особама које су под њеном јурисдикцијом. Б. Тратар, „Утјецај Еуропске конвенције о људским правима на приватно право држава уговорница”, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 4/2014, 784.

²¹ Вид. В. Марковић, 322.

²² S. Rădulețu, „The Right of Members of the Clergy to Form and Join Trade Unions and the Autonomy of Religious Organizations—a Recent Case of the European Court of Human Rights”, *Oxford Journal of Law and Religion* 1/2014, 171.

поштовања начела аутономије црква и верских заједница иако је представљало мешање у слободу удруживања свештеника.

3.1. Чињенично стање

У априлу 2008. године, 35 чланова свештенства и лаичког (несвештеног) особља Румунске православне цркве одлучило је да оснује синдикат. Изабрани председник је тражио од првостепеног суда да се синдикату додели статус правног лица, те да се под називом „*Păstorul cel Bun*” (срп. Добри пастир) упише у регистар. Државно тужилаштво подржало је пријаву наводећи да није у супротности ни са једном одредбом закона, а како су запослени радили по уговору о раду, сматрали су да имају право, као и сви други запослени, да се удруже у синдикат, што није био први случај, јер су и претходно оснивани синдикати свештеника у оквиру Цркве. Архиепископија Крајова се умешала у поступак тврдећи да је статутом Римске православне цркве забрањено оснивање синдиката и учешће у грађанском поступку без дозволе надбискупа.²³ Архиепископ је навео да оснивање синдиката у складу са државним правом (закона којима се уређује поступак, оснивање и регистрација синдиката) подразумева да би, уколико синдикат буде регистрован, органи Цркве који доносе одлуке били у обавези да се консултују са новим телом које није везано за традицију Цркве и правила аутономног црквеног права која регулишу консултације и доношење одлука.²⁴ У мају 2008. године, суд је усвојио захтев синдиката и наложио упис у регистар, те му је тако доделио статус правног

²³ Корисно је на пример истаћи да се у Уједињеном Краљевству у пракси утврдило да однос цркве и свештеника уопште није уговорни однос. То у ствари значи да проповедници вера нису у могућности да траже обештећење путем правног система у случају било каквог спора око свог третмана од стране црквене власти. J. Duddington, *Ministers of Religion in UK civil law: obstacles to employment status and potential reforms to achieve a degree of employment protection*, PhD Thesis, University of Manchester, 52.

²⁴ Црква је раније дозволила свештенству и особљу да оснивају удружења, заправо неки од свештеника који су подносиоци представке основали су такво удружење 2010. године уз одобрење надбискупа, који им је чак понудио просторије које би користили као своје седиште. Међутим, у конкретном случају архиепископ је тврдио да би појава формалнијег синдиката унутар структуре Цркве озбиљно угрозила слободу верских конфесија да се организују у складу са сопственим традицијама и учењем. Последица регистрације синдиката била би додавање нове правне институције постојећим црквеним институцијама без дозволе јерархије, што би угрозило аутономију верских заједница. Вид. A. Henderson, *No trade unions for clergy if the Archbishop says no, rules European Court*, 2013, <https://ukhumanrightsblog.com/2013/08/01/no-trade-unions-for-clergy-if-the-archbishop-says-no-rules-european-court/>, 19. 8. 2023.

лица. Архиепископија је уложила жалбу против те пресуде, а Окружни суд је, коначном пресудом, донетом у јулу 2008. године, усвојио жалбу, укинуо првостепену пресуду те, одлучујући у меритуму предмета, одбио захтев синдиката за доделу статуса правног лица и упис у регистар синдиката.

Свештеници и лаици су након одбијања предали случај Европском суду за људска права, тврдећи да је одбијање регистрације синдиката кршење члана 11²⁵ јер су запослени у Цркви и да је облик запошљавања такав да обухвата заштиту која је гарантована чланом 11. Даље, подносиоци представке ЕСЉП тврдили су да постоји разлика између верских активности верске заједнице и њених грађанских и комерцијалних делатности. Цивилне и комерцијалне активности, као што је запошљавање, нису биле повезане са духовном мисијом и стога би требало да буду регулисане државним правом. Влада је напослетку признала да је одбијање да се дозволи регистрација синдиката мешање у слободу удруживања. Међутим, негирала је да су свештеници запослени и да су обухваћени заштитом која се гарантује Законом о раду, јер обављају своје дужности под надлежношћу архијереја. Такође, Влада је тврдила да је пропуст да се региструје синдикат свештеника прописан законом, да је тежио легитимном циљу заштите слободе и аутономије верских заједница и да је био неопходан и сразмеран.²⁶

У јануару 2012. године ЕСЉП (у првом степену) је пресудио у корист свештеника, налазећи да је забрана оснивања синдиката кршење члана 11 Конвенције, а предмет је потом прослеђен Великом већу, које је донело другачију одлуку.

3.2. Резон Европског суда за људска права

3.2.1. Одлука Већа

Ставови које је навело Веће приликом одлучивања касније су од стране Великог већа тумачени супротно, што је резултирало и опречним коначним ставом Европског суда за људска права у конкретном случају. Наиме, на првом месту ваља указати на елементе трипартитног теста које је Веће ЕСЉП користило приликом одлучивања у конкретном случају – да ли је предузета радња била у складу са законом? да ли је имала легитиман циљ? и да ли је била неопходна у демократском друштву?

²⁵ Конвенција, чл. 11.

²⁶ *Case of Sindicatul „Păstorul Cel Bun” v. Romania*, Application no. 2330/09, Judgment from 9 July 2013, para. 1–26.

Констатујући да су свештеници и несвештена лица запослена у Румунској православној цркви своје дужности обављали по уговорима о раду, да су добијали плате које су се углавном финансирале из државног буџета и да су били обухваћени општом шемом социјалног осигурања, Веће је нашло да однос базиран на уговору о раду не може да се изузме из свих правила државног права, што је водило закључку да свештенство и *a fortiori* несвештена лица запослена у Цркви не могу да се изузму из подручја примене члана 11 Конвенције. Веће је даље нашло да су први и други услов трипартитног теста испуњени, на основу чињенице да Закон о синдикатима и Закон о верским слободама, како га је тумачио Окружни суд у светлу Статута Православне цркве, дају основа за забрану оснивања синдиката свештеним и верским лицима и да је забрана имала легитиман циљ – очување јавног реда, које обухвата слободу и аутономију верских заједница, јер се забраном покушала спречити разлика између права и праксе о оснивању синдиката лица запослених у Цркви, иако таква забрана није била *explicite* предвиђена. Међутим, Веће није нашло да је забрана оснивања синдиката оправдана у демократском друштву, односно да је несразмерна циљу коме се тежи, јер Окружни суд није установио да су програм синдиката подносиоца представке, изложен у његовим оснивачким актима, или ставови његових чланова неспојиви са „демократским друштвом”, а камоли да представљају опасност за демократију. Овоме је допринело и то што су право лица запослених у Румунској православној цркви да се прикључе синдикату већ признали домаћи судови у случају других синдиката.²⁷

3.2.2. Одлука Великог већа

Супротно Већу, Велико веће ЕСЉП дошло је до закључка да мера забране оснивања синдиката у конкретном предмету није била противна члану 11 Конвенције.

Наиме, Велико веће је нашло да је први критеријум трипартитног теста испуњен – предузета мера је прописана у домаћем праву; иако у домаћем праву изричита забрана оснивања синдиката свештених и верских службеника није прописана, Статутом Румунске православне цркве, потврђене Уредбом Владе, предвиђено је да удруживање није могуће без претходног благослова надлежног епископа. У конкретном случају Окружни суд је свој став о

²⁷ Одлука Већа у првом степену: *Case of Sindicatul “Păstorul Cel Bun” v. Romania*, Application no. 2330/09, Judgement from 31 January 2012, [https://hudoc.echr.coe.int/#/%22itemid%22:\[%22001-108867%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/#/%22itemid%22:[%22001-108867%22]), 18. 7. 2023.

забрани оснивања синдиката засновао првенствено на чињеници да је забрана удруживања без благослова предвиђена Статутом Цркве, што је довело у питање тумачења овог акта као институционалног, те и оправданост његове примене од стране Окружног суда приликом одлучивања. Велико веће је потврдило став Већа у погледу оправданости легитимног циља – другог критеријума трипартитног теста – и то заштиту права других, конкретно права Румунске православне цркве.

У циљу утврђивања испуњености трећег критеријума да ли је одбијање да се региструје синдикат подносиоца представке било у демократском друштву неопходна мера, сразмерна легитимном циљу, Велико веће је оценило да је и овај критеријум испуњен јер је тужена држава једноставно одбила да се укључи у организацију и рад Румунске православне цркве, чиме је поштовала своју дужност да буде неутрална, што је у складу са чланом 9 Конвенције. Овакав став изнет на Великом већу био је супротан ономе што је закључило Веће годину дана раније. Наиме, Велико веће је сматрало да Окружни суд није у довољној мери узео у обзир све релевантне аргументе, оправдавши своје одбијање да региструје синдикат чисто верским основама базираним на одредбама Статута Цркве. Оваквим приступом Окружни суд је, према виђењу Европског суда за људска права, применио принцип аутономије верских заједница, и његово одбијање да региструје синдикат подносиоца представке јер није испунио услов добијања дозволе надлежног епископа било је директна последица права предметне верске заједнице да сама осмисли своје организационо уређење и да функционише у складу са одредбама свог статута. Имајући у виду да је ЕСЉП мишљења да државе уживају шире поље слободне процене у овој сфери, што обухвата право да одлуче да ли ће признати синдикате који делују унутар верских заједница и имају циљеве који могу да ометају остваривање аутономије тих заједница, у конкретном случају је закључио да одбијањем да региструје синдикат подносиоца представке, Окружни суд није прекорачио поље слободне процене дато домаћим властима у овој сфери, и сходно томе, то одбијање није било несразмерно, па самим тим није било ни повреде члана 11 Конвенције, јер је одбијање било прописано у домаћем праву и служило је легитимном циљу.²⁸

²⁸ *Case of Sindicatul „Păstorul Cel Bun” v. Romania*, Application no. 2330/09, Judgment from 9 July 2013, para. 165–171.

4. (Не)оправданост ограничења права на синдикално организовање свештеника – *pro et contra*

Одлука Европског суда за људска права у представљеном предмету *Синдикат „Păstorul cel Bun” против Румуније* наишла је на такав пријем у теорији и стручној јавности широм света да је осетно већинска подршка пружена становишту Великог већа изнетом у коначној одлуци. Међутим, далеко је од тога да ова пресуда даје основа за једнозначне и дефинитивне закључке. Иако је одлука утицала на разматрање сличних питања много шире од европског континента²⁹ и тиме оправдала значај који јој је указан, ипак, неколико је питања поводом којих се може дискутовати и поред тога што је ЕСЉП дао одговор.

Уколико пођемо од чињеничног стања конкретног случаја и посматрамо га са аспекта потребе да се утврди постојање првог критеријума трипартитног теста који примењује ЕСЉП, а односи се на „прописаност мере ограничења домаћим правом” – може бити упитно да ли је оправдано да државни суд одлучи на основу одредбе Статута Румунске православне цркве као кључног извора права (подвукли аутори). Наиме, како је Окружни суд одлучио, забрана оснивања синдиката од стране свештених и верских службеника није нити једним правним извором домаћег права *explicite* прописана. Закон о верским слободама, Закон о раду и Закон о синдикатима Румуније³⁰ тумачени су у конкретном случају у контексту Статута Румунске православне цркве, којим се предвиђа да удруживање свештеника није могуће без претходног благослова надлежног епископа. Оправдано је запитати се да ли Статут Румунске православне цркве, иако значајан извор аутономног црквеног права, као подзаконски општи акт, дакле акт ниже правне снаге, може дерогирати право на оснивање синдиката прописано Уставом и законима Румуније, тако што ће онемогућити свештеницима да уживају право на слободу удруживања, у конкретном случају слободу синдикалног удруживања.³¹

²⁹ Примера ради вид. S. Khuzwayo, „The Possibilities of a Clergy Labour Union within the Covenantal Relationship of the Methodist Church of Southern Africa”, *Studia Historiae Ecclesiasticae* 3/2020, 14 и даље; F. Genova, „Labor in faith: A comparative analysis of Hosanna-Tabor v. EEOC through the European court of human rights’ religious employer jurisprudence”, *Notre Dame Law Review* 1/2014, 444–451; D. D. Thayer, 510–514.

³⁰ Ауторима нису били доступни оригинални нити званични преводи наведених закона већ је упућивање на садржину истих узето у обзир у складу са садржајем анализираних пресуда Европског суда за људска права – *Case of Sindicatul „Păstorul Cel Bun” v. Romania*, Application no. 2330/09, Judgement from 9 July 2013.

³¹ Потребно је објаснити да цркве и верске заједнице у складу са аутономијом могу својим општим прописима ограничити одређена права предвиђена државним

Ово, наравно, с друге стране, ипак морамо посматрати узимајући у обзир да цркве и верске заједнице уживају аутономију у погледу уређивања питања своје унутрашње организације и деловања.³² Када је у питању судска пракса Румуније о овом питању, можемо слободно рећи да она даје недоследан одговор у погледу надлежности државних судова. Тако је у пресуди из 2005. године Високи касациони суд нашао да државни судови имају надлежност да пониште разрешење свештеника и да надзиру извршење судске одлуке којом се наређује његово враћање на посао и исплата његове зараде; у пресуди из 2010. године Високи касациони суд је потврдио пресуду у којој је Апелациони суд у Букурешту одбацио тужбу православног свештеника против одбијања Инспекције рада да изврши ревизију примене Закона о раду од стране његовог послодавца (епископије). Суд је нашао да су у том предмету примењиви само релевантни аутономни прописи, те да они у овом контексту имају већу снагу од општих правила Закона о раду и да инспекција рада није имала надлежност да изврши ревизију над радом епископије; у три одлуке које су донесене 2008. и 2011. године Уставни суд је признао постојање унутрашњих дисциплинских тела у верским заједницама и чињеницу да то што њихове одлуке не могу да се оспоре пред државним судовима представља ограничење права приступа суду, али је исто тако нашао да је то ограничење оправдано због аутономне природе верских заједница. Исто тако, Уставни суд је закључио да су по закону једини предмети у којима државни судови имају надлежност да суде када се ради о свештеним лицима они предмети који се односе на кривична дела.³³

На темељу наведеног, аргумент који би ишао у прилог тврдњи подносилаца представке у предмету *Синдикат „Păstorul cel Bun” против Румуније* да им је ускраћено колективно право на синдикално

законима. Међутим, у конкретном случају децидна забрана уживања права на синдикално организовање свештеника није предвиђена ниједним актом.

³² Врло је корисно указати на уврежена мишљења у земљама англосаксонске правне мисли где се на поштовање начела аутономије цркава и верских заједница гледа двојако. На пример, по једном схватању, верске организације могу бити изузете од примене државних закона само уколико они утичу на верску праксу, тј. у њу задиру. По ширем схватању влада не сме да се меша у унутрашње црквене послове без обзира на то да ли су активности религијске природе или су у питању уобичајене, административне ствари. К. А. Brady, „Religious Organizations and Free Exercise: The Surprising Lessons of Smith”, *Brigham Young University Law Review* 5/2004, 1635; Додатно вид. и К. А. Brady, „Religious Group Autonomy: Further Reections about what Is at Stake”, *Journal of Law and Religion* 1/2006, 153–213.

³³ *Case of Sindicatul „Păstorul Cel Bun” v. Romania*, Application no. 2330/09, Judgment from 9 July 2013, para. 53–55.

удруживање јесте да је Окружни суд узео у обзир као кључан фактор то што је у конкретном случају изостао институт благослова како би одбио регистрацију синдиката свештеника, а не одредбу државног права којом се предвиђају поступак и услови оснивања синдиката. Наведено се, разумно, може чинити легитимним у светлу поштовања аутономије цркава и верских заједница. Али, отвара питање о томе да ли је апсолутно прихватљиво да суд чак и ако су свештена лица подвргнута примени државног права што је могући случај у домену њиховог положаја као радника са аспекта радног права, и у складу са тиме испоштовала слово државног закона у поступку оснивања синдиката, ускрати исто, а на основу Статута Румунске православне цркве, који не садржи посебне одредбе у погледу одређене ствари (оснивање синдиката у конкретном случају), осим начелне да је за *удруживање* неопходан благослов.³⁴ Додатна сумња у апсолутну оправданост одлуке Европског суда за људска права рађа се и на темељу тога што је Окружни суд првобитно изоставио да у довољној мери размотри постојање уговора о раду између подносилаца представке, а посебно да размотри разлику између свештенства и лаика запослених у Цркви и питање да ли су црквена правила којима се забрањује чланство у синдикатима, под условом да таква правила уопште постоје, спојива са домаћим и међународним прописима у којима су гарантована синдикална радничка права.³⁵ Наведено можда не би отворило простор расправи да домаћи органи нису првобитно пристали на регистрацију синдиката свештеника, а потом од ње одустали искључиво на основу чињенице да је изостао благослов надлежног епископа – који је, да ствар буде контроверзнија, заправо испрва усмено дат, па потом повучен (*sic!*). То води закључку да норме којима се предвиђа оснивање синдиката према домаћем праву Румуније нису од примарне важности јер исте могу бити дерогиране применом института благослова. Међутим, аргумент који је истакнут као подршка коначној одлуци Великог већа од стране невладиних организација *Бекетов фонд* и *Међународни центар за право и верске студије* јесте да је првобитна одлука Већа погрешна, јер је одступила од става да „одредбе радног права нису примењиве на лица запослена

³⁴ У теорији се тако могу пронаћи мишљења према којима давање апсолутне слобде црквама и верским заједницама подразумева одсуство могућности државних судова да одлучују у погледу питања која нису из верске праксе и „носи са собом више штете него користи”. L. S. Underkuffler, „Thoughts on Smith and Religious-Group Autonomy”, *Brigham Young University Law Review* 5/2004, 1787.

³⁵ *Case of Sindicatul „Păstorul Cel Bun” v. Romania*, Application no. 2330/09, Judgement from 9 July 2013.

у верским институцијама, било да су свештена лица или лаици и да би супротна одлука имала негативан утицај на верску аутономију у томе што би држава, уколико би се потврдила пресуда Већа, морала да суди у споровима између верских заједница и њихових чланова”.³⁶ Слично је тврдила и пољска влада указујући на то да „чињеница да су права која је тражила група свештеника била економске и социјалне природе није довољна да се изведе закључак да признавање њиховог синдиката неће поткопати аутономно деловање дотичне верске заједнице.”³⁷

Даље има места дебати уколико се узме у обзир да није искључено у легислативи многих земаља да се за поједине професије чији је рад уређен законом предвиде ограничења у погледу остваривања права на удруживање, услед специфичног режима којем су подвргнути.³⁸ Примера ради, у Републици Србији Законом о Безбедносно-информативној агенцији, у члану 20,³⁹ припадницима Агенције изричито је забрањено да оснивају синдикате и да организују штрајк. Такође, у Шпанији је Уставом⁴⁰ изричито прописано да судије и јавни тужиоци, док су активно на функцији, не могу бити чланови политичких партија или синдиката.⁴¹ На овом трагу, више него у било ком другом случају, а у духу анализе конкретног случаја, аргумент *pro* у погледу оправдања ограничења овог права свештеника ишао би уколико би оно било изричито предвиђено аутономним црквеним правом! Тиме би се доследно поштовале одредбе Конвенције да се право на слободу удруживања може ограничити само законом, уколико имамо на уму да ЕСЉП, као „чувар и тумач” Конвенције, под законом не подразумева само законе у ужем смислу те речи већ и друга општенормативна

³⁶ *Case of Sindicatul „Păstorul Cel Bun” v. Romania*, Application no. 2330/09, Judgment from 9 July 2013, para. 115–117.

³⁷ K. Dzehtsiarou, „Conversations with friends: ‘friends of the Court’ interventions of the state parties to the European Convention on Human Rights”, in: *Legal Studies* (eds. Rachel Cahill-O’Callaghan *et al.*), Cambridge University Press, Cambridge 2023, 13.

³⁸ Додатно о оправданости ограничења права на слободу удруживања за припаднике појединих професија вид. А. Кнежевић Бојовић, Ј. Мисаиловић, „Judges’ associations and trade unions – international standards and selected national practices”, *Страни правни живот* 4/2022, 387–410.

³⁹ *Службени гласник РС*, бр. 42/2002, 111/2009, 65/2014, 66/2014 и 36/2018.

⁴⁰ *Constitucion Espanola*, BOE num. 311, de 29/12/1978.

⁴¹ Ова забрана је потом поновљена у Органском закону о правосуђу, где је даље разрађено да је судијама забрањено присуствовање било каквим јавним актима или састанцима који нису судијске природе, осим када их за то овласти Генерално веће судства. *Lei Organica 6/1985*, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE num. 157, de 02 de julio de 1985 esp.

правила.⁴² Тим пре, јер је домен уређивања правног статуса свештеника и верских службеника остављен аутономном црквеном праву, па је оправдано аспекте остваривања њихових права подредити свим посебностима које обављање свештеничког позива подразумева, имајући у виду да се ни радни однос *per se* не може сагледати на исти начин у односу цркве и свештеника и других запослених и послодаваца на које се без сумње примењују одредбе радног права. У супротном, свештеници и верски службеници који испуне услове за оснивање синдиката које предвиђа државни закон, а који могу основати само запослени, сматрају да је њихов радноправни положај такав да се на њих примењују одредбе радног права. Следствено томе, домен радног односа, ако није легитимно ограничен, обухвата сва индивидуална и колективна права која се примењују на лица која уживају заштиту по основу рада.⁴³ Илустрације ради, супротно оваквом виђењу вреди у пракси Сједињених Америчких Држава, где је Врховни суд одлучио исто као и ЕСЉП у два широко позната предмета, при чему је посебно значајно нагласити да је у овим случајевима Врховни суд узео у обзир ставове Европског суда за људска права. У предмету *Национални одбор за радне односе против Католичке бискупије Чикаго*⁴⁴ Врховни суд нашао је да домаће власти не могу да занемаре вољу бискупа тако што ће признати синдикат наставника из католичких школа, сматрајући да би такво признавање синдиката представљало задирање у аутономни рад верских институција. Додатно, у предмету *Евангелистичка Лутеранска црква и школа Хосана-Табор против Комисије за једнаке могућности запошљавања*⁴⁵ Врховни суд је применио доктрину „изузимања свештеника”, (енг. *ministerial exemption*) нашавши да одредбе радног права нису примењиве на лица запослена у верским институцијама, било да су свештеници или лаици.⁴⁶ Када је

⁴² Вид. К. Dzehtsiarou, „What is Law for the European Court Of Human Rights”, *Georgetown Journal of International Law* 1/2017, 89–134.

⁴³ Врло је важно бити обазрив приликом утврђивања ко је субјекат права на заштиту по основу рада јер многа национална законодавства пружају заштиту искључиво лицима која су субјекти радног односа – запослени, док лица која раде на основу уговора којима се не заснива радни однос могу уживати само поједина права, а колективна права често нису нека од њих. Зато је неопходно утврдити да ли је лице субјект заштите радног права у домену онога што је национални законодавац прописао.

⁴⁴ *National Labor Relations Board v. Catholic Bishop of Chicago*, 440 U. S. 490 (1979), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/440/490/>, 20. 7. 2023.

⁴⁵ *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 U.S. 171 (2012), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/565/171/>, 20. 7. 2023.

⁴⁶ F. Genova, „Labor in faith: A comparative analysis of Hosanna-Tabor v. EEOC through the European court of human rights' religious employer jurisprudence”, *Notre Dame Law Review* 1/2014, 444–451.

реч о домашају поштовања начела аутономије, издвајамо и пример у судској пракси Уједињеног Краљевства, где су заступљена јасна становишта у погледу укључености судова у спорове између цркава и свештених службеника запослених у цркви. У овом примеру, истиче се да треба признати да свештена лица могу истовремено бити и слуге Божије и службеници цркве,⁴⁷ и да свакако, ако постоје реципрочна права и дужности и однос између њих и цркве који може бити прекинут на основу недоличног понашања, то подразумева да је успостављен радни однос. Међутим, уколико је претходно наведено, државни судови не би требало да се мешају у доктринарна питања када понашање свештеника утиче на суштинска питања конкретне религије, али када се понашање не односи на таква питања, нема разлога да се државни судови не укључе.⁴⁸

Под суштинским питањима једне религије од чије оцене државни судови треба да се уздрже у теорији се, између осталог, истичу унутрашња организација и одабир вођства верске заједнице⁴⁹ у циљу, како Даглас Лејкук наглашава, заштите цркава и верских заједница и њихових верника од мешања световних власти.⁵⁰ Овакав став је важан за анализу у конкретном случају јер шири свест о потреби да се свештеници и лаици сагледају у домену свог статуса запосленог када томе има основа, али и да чињеница да би потенцијално требало да буду субјекти радног односа не може бити у потпуности занемарена, тим пре јер би од тога могло да зависи да ли је питање оснивања синдиката свештеника домен само унутрашњег организовања цркве или верске заједнице, а тиме и део доктринарне аутономије од

⁴⁷ *Percy v Board of National Mission of the Church of Scotland* [2005] UKHL 73, <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051215/percy.pdf>, 20. 7. 2023.

⁴⁸ К. Calitz, „The precarious employment position of ministers of religion: servants of god but not of the church”, *Stellenbosch Law Review* 2/2017, 306.

⁴⁹ Р. Billingham, „The Scope of Religious Group Autonomy: Varieties of Judicial Examination of Church Employment Decisions”, *Legal Theory* 4/2019, 246–247.

⁵⁰ D. Laycock, „Church Autonomy Revisited”, *Georgetown Journal of Law and Public Policy* 1/2009, 253–278; Куриозитета ради требало би поменути историјски пример из времена социјализма када су управо формирана синдикална удружења свештеника противно вољи црквених власти, овај пут Српске православне цркве. Намера југословенских социјалистичких власти која је стајала иза формирања ових удружења није била ни скривена и била је усмерена на грубо мешање у унутрашње ствари и устројство СПЦ. У светлу овог историјског искуства, одређена резерва цркава и верских заједница, посебно православних цркава на постсоцијалистичком простору коме припада и Румунија, није претерано зачуђујућа. Више о историјским околностима у СФР Југославији види код Р. Радић, *Држава и верске заједнице 1945–1970*, Институт за новију историју Србије, Београд 2002.

које судови треба да се уздрже. Ако је дужност државе да неутралност према верским заједницама тумачи као потпуно повлачење из било које надзорне јурисдикције у питањима дисциплине или права из радног односа, резултат може бити такав да и свештенство и лаици остану претежно незаштићени.⁵¹ Исто тврди и Леих: „Заиста постоје добри разлози зашто је пожељно да се радни спорови са верским елементом третирају тако да укључују сукобљена права која треба да буду на одговарајући начин избалансирана, уместо да их третирамо као зону у којој се људска права (мимо слободе вероисповести, прим. аут.) уопште не примењују.”⁵²

Поред тога, они који су заговорници увреженог схватања да *ratio* односа између послодавца и запосленог није исти у погледу односа цркве и свештеника и верских службеника као „запослених” у цркви, наводе да свештенство није на исти начин део друштвене заједнице као остали грађани – „запослени”, па тако увођење синдиката у цркви подразумева деформисање начела унутрашње организације цркве и суспензију њене аутономије која верским заједницама нуди могућност регулисања рада онако како оне сматрају прикладним и одговарајућим.⁵³ На истој страни је и грчка влада која је навела да у случају конфликта између права која се штите чланом 9 и чланом 11 Конвенције, аутономија верских заједница треба да превагне, и те заједнице треба да уживају право да утврде односе са запосленима на основу својих унутрашњих прописа, чак и ако они ограничавају остваривање одређених права. Такође, Грчка је указала и на то да је „од када свештеници имају суштински верску функцију, разлика између верских и не-верских активности ирелевантна”.⁵⁴ Став Грчке донекле потврђује премису да уколико је Црква регулисала однос са својим запосленима као радноправни, то онда подразумева да је реч о запосленима који уживају и радна права гарантована државним правом, уз напомену да иста подлежу посебном режиму који је предвиђен аутономним црквеним правом. Примењујући то у конкретном случају, свештеници и лаици Румунске православне цркве навели су да

⁵¹ J. Duddington, *The Church and Employment Law – A Comparative Analysis of The Legal Status of Clergy and Religious Workers*, Routledge, London–New York 2023, 229.

⁵² I. Leigh, „Balancing Religious Autonomy and Other Human Rights under the European Convention”, *Oxford Journal of Law and Religion* 1/2012, 109, 123.

⁵³ E. Tăvală, „Law and religion in the workplace: Romanian report”, in: *Law and Religion in the Workplace*, Proceedings of the XXVIIth Annual Conference Alcalá de Henares (ed. Miguel Rodríguez Blanco), Granada 2015, 342.

⁵⁴ *Case of Sindicatul „Păstorul Cel Bun” v. Romania*, Application no. 2330/09, Judgment from 9 July 2013, 110–111.

имају сличан статус као државни службеници. Наиме, они су, попут државних службеника запошљавани путем конкурса а затим их је именовано епископ одлуком у којој се наводе њихова права и обавезе; полагали су заклетву након рукоположења; њихове зараде одређене су законом којим се уређују зараде свих запослених у јавном сектору и смањиване су пропорционално свим зарадама из тог сектора у случају економске кризе; уплаћивали су доприносе у генералну шему социјалног осигурања и имали су право на пуни обим бенефиција из социјалног осигурања.⁵⁵ Узевши у обзир горенаведене аргументе, ЕСЉП је исправно констатовао да дужности које обављају чланови предметног синдиката имају многа карактеристична обележја радног односа. На пример, они обављају своје делатности на основу одлуке епископа којом их он поставља одређујући њихова права и обавезе. Осим службе литургије и других верских обреда и пастирског рада са парохијанима, ти послови обухватају подучавање и управљање имовином парохије а свештенство је такође задужено и за продају црквених и богслужбених предмета. Уз то, домаће право предвиђа посебан број радних места за свештенство и лаике који се углавном финансирају из државног буџета и буџета локалних власти, и где се зараде лица на тим радним местима одређују на основу зарада запослених у Министарству просвете.⁵⁶ Такође, у прилог третирању свештеника као запослених иде и то што Румунска православна црква као послодавац плаћа доприносе на зараде које се исплаћују њеним запосленима, а свештеници плаћају порез на приход, уплаћују допринос у државну шему социјалног осигурања и имају право на сва социјална давања која су на располагању редовним запосленим лицима, као што су здравствено осигурање, пензија када се достигне законски одређена старост за пензионисање или осигурање у случају незапослености. Међутим, како је румунска влада истакла, нарочита карактеристика рада свештеника јесте то што они имају духовну сврху и што се тај рад обавља у оквиру Цркве која ужива одређени степен аутономије.⁵⁷

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*, пара. 30, 143.

⁵⁷ Ово се може сагледати у светлу мишљења да су „право и религија дијалектички повезани. Свака већа религијска традиција тежи да се помири са правом (законом) успостављајући равнотежу између рационалног и мистичног, пророчког и свештеничког, структуралног и духовног. Свака велика правна традиција се бори да повеже своје формалне структуре и процесе са веровањима и идеалима свог народа. Право и религија су различите сфере и науке људског живота, али постоје у дијалектичкој интеракцији, непрестано се укрштају и међусобно оплођују”. J. Witte, F.S. Alexander, „Christianity and Law: An Introduction”, in: *Christianity and Law*

Сходно томе, свештенство преузима обавезе посебне природе јер их обавезује већа дужност оданости, која се сама базира на личном, и у принципу неопозивом обавезивању сваког свештеника. Стога може бити деликатно направити прецизну разлику између строго верских активности свештенства и активности које су више световне природе.⁵⁸ Надаље, требало би истаћи и то да, слично универзитетима, Румунска православна црква добија средства из државних фондова за исплату зарада својим запосленима, па је синдикат који је подносилац представке навео да ни пракса Румунске православне цркве да не потписује (подвукли аутори) уговоре о раду са својим запосленима, а ни чињеница да је Румунска православна црква плаћала део њихових зарада из својих средстава, није могла да утиче на стварну природу односа између Цркве и њених запослених, пошто је тај однос обухватао све аспекте уговора о раду и био је сличан односу између државних службеника и институције која их је запошљавала.⁵⁹

5. Уместо закључка – не колика, већ каква аутономија?

Идеја о синдикату свештених лица који би их ставио у јачу преговарачку позицију чини се тешко замисливом, па се у литератури може пронаћи и мишљење да су „свештеници у таквим slabим преговарачким позицијама да их треба штитити као и друге угрожене групе запослених.”⁶⁰ Да би уопште могло да буде речи о оснивању синдиката свештеника, потребно је да се претходно утврди да ли су они запослени у смислу радног права, а ако јесу којим ограничењима су подвргнути у складу са одредбама аутономног црквеног права.

Став је аутора да ограничење права на синдикално удруживање свештеника може бити легитимно уколико је ограничено законом, онако како се он тумачи у смислу Конвенције. Како је испуњење овог услова у конкретном случају изостало, има оправдања стати на становиште да је ограничење искључиво на основу изостанка благослова Синода раније синдикатима дато, ограничење на право које су свештеници уживали по одредбама државног права – неоправдано. Овај став у потпуности је на трагу полазне хипотезе рада. Аутори су,

(eds. John Witte, Frank S. Alexander), Cambridge University Press, Cambridge–New York 2008, 1–2.

⁵⁸ *Case of Sindicatul „Păstorul Cel Bun” v. Romania*, Application no. 2330/09, Judgment from 9 July 2013, para. 144.

⁵⁹ *Ibid.*, para. 145.

⁶⁰ K. Calitz, 307.

међутим, свесни једнако непобитне чињенице да цркве и верске заједнице генерално не можемо сматрати „обичним послодавцима”. Ово за последицу има да ни свештеници ни лаици запослени у цркви не могу бити „обични запослени”. Основни разлог за овакав став лежи у чињеници аутономије цркава и верских заједница коју ови особени правни субјекти неизоставно упражњавају у различитим сферама друштвеног живота, укључујући и радно право. Следствено томе, аутори, донекле и одступајући од почетне хипотезе, а полазећи од уочених проблема у анализираном судском случају у Румунији, нуде нијансирани приступ који испуњава како услов ограничења у виду прописаности (државним) законодавством, тако и принцип аутономије цркава и верских заједница.

Први корак у овом изнијансираном приступу, који представља у извесном смислу и државно саглашавање са аутономијом цркава и верских заједница у области ограничавања права на синдикално удруживање свештеника и верских службеника, могао би да подразумева „позакоњење” института благослова. Другим речима, поред општих услова за остваривање права на синдикално удруживање, као законски услов, у погледу свештеника и верских службеника, био би прописан и услов претходно прибављеног благослова у складу са аутономним правом конкретне цркве или верске заједнице.

Већ следећи корак нема много везе са државним законодавством и у потпуности припада сфери аутономног црквеног права. Тај корак јесте даља нормативна и практична разрада института благослова за оснивање синдиката свештеника и верских службеника. Поменута разрада, како је виде аутори, може ићи у два правца. Први правац развоја јесте одлука цркве или верске заједнице да примену института благослова не регулише општим правним актима, већ да испуњавање законом предвиђеног услова врши правно неvezано и у потпуности на основу личне одлуке даваоца благослова – у конкретном случају најчешће надлежног епископа. Други правац развоја јесте да законом остављену не само могућност већ и обавезу примене института благослова цркве и верске заједнице регулишу општеноормативним актом сопственог аутономног права и тиме спрече неповољне ситуације арбитрарне и недоследне примене института благослова.

Аутори рада, напослетку, своју наклоност приклањају другој варијанти, и то не само због правне сигурности, као општеприхваћеног начела на коме се има изграђивати целокупни, и државни и аутономни правни поредак, већ и из дубоке уверености да би доношење

једног таквог општег акта било ништа друго до узорита еманација начела аутономије цркава и верских заједница. Но, полазећи од чињенице да аутономија деловања цркава и верских заједница не подразумева само независност од државног мешања, већ и од теоријских академских препорука, аутори су свесни да и сам одабир између ове две варијанте такође представља, из угла државноправног поретка, легитиман израз аутономије цркава и верских заједница.

Bojan Urdarević

Full Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac, Serbia

Jovana Misailović

Assistant, Faculty of Law, University of Kragujevac, Serbia

**THE RIGHT OF PRIESTS TO FORM TRADE UNION
IN THE LIGHT OF THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS CASE LAW – CASE OF SINDICATUL
„PĂSTORUL CEL BUN” V. ROMANIA**

Summary

The relationship between state and autonomous church law, although strictly separated in many spheres, vividly shows its closeness and intertwining when it comes to the labour rights of priests. The reason for this is the state's obligation to remain neutral in church matters in accordance with the principle of the autonomy of churches and religious communities on the one hand, but also the need to protect all its citizens, including priests, in terms of labour rights, on the other hand. In the paper, the authors analyze the justification of the limitation of the right of priests to form trade union in the context of the pioneering judgment of the European Court of Human Rights, which ruled on the „collision” of the collective aspect of the expression of religion and the collective right of priests to form trade union.

Keywords: the right of priests to form trade unions, European Court of Human Rights case law, the autonomy of churches and religious communities, labor law position of priests and religious officials.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Billingham P., „The Scope of Religious Group Autonomy: Varieties of Judicial Examination of Church Employment Decisions”, *Legal Theory* 4/2019, 244–271.
- Brady K. A., „Religious Group Autonomy: Further Reections about What Is at Stake”, *Journal of Law and Religion* 1/2006, 153–213.
- Brady K. A., „Religious Organizations and Free Exercise: The Surprising Lessons of Smith”, *Brigham Young University Law Review* 5/2004, 1633–1714.
- Witte J., Alexander F. S., „Christianity and Law: An Introduction”, in: *Christianity and Law* (eds. John Witte, Frank S. Alexander), Cambridge University Press, Cambridge–New York 2008, 1–32.
- Genova F., „Labor in faith: A comparative analysis of Hosanna-Tabor v. EEOC through the European court of human rights’ religious employer jurisprudence”, *Notre Dame Law Review* 1/2014, 444–451.
- Dzehtsiarou K., „What is Law for the European Court Of Human Rights”, *Georgetown Journal of International Law* 1/2017, 89–134.
- Dzehtsiarou K., „Conversations with friends: ‘friends of the Court’ interventions of the state parties to the European Convention on Human Rights”, in: *Legal Studies* (eds. Rachel Cahill-O’Callaghan et al.), Cambridge University Press, Cambridge 2023, 1–21
- Duddington J., *The Church and Employment Law – A Comparative Analysis of The Legal Status of Clergy and Religious Workers*, Routledge, London–New York 2023.
- Duddington J., *Ministers of Religion in UK civil law: Obstacles to employment status and potential reforms to achieve a degree of employment protection*, PhD Thesis, University of Manchester.
- Ђурић В., „Хегемонија државног и аутономија црквеног права у СР Немачкој и Републици Србији”, *Страни правни живот* 3/2013, 79–104.
- Evans G. R., „The Employment Status of Ministers of Religion”, *Law & Justice – The Christian Law Review* 132/1997, 26.
- Кнежевић Бојовић А., Мисаиловић Ј., „Judges’ associations and trade unions – international standards and selected national practices”, *Страни правни живот* 4/2022, 387–410.

- Khuzwayo S., „The Possibilities of a Clergy Labour Union within the Covenantal Relationship of the Methodist Church of Southern Africa”, *Studia Historiae Ecclesiasticae* 3/2020, 1–23.
- Laycock D., „Church Autonomy Revisited”, *Georgetown Journal of Law and Public Policy* 1/2009, 253–278.
- Leigh I., „Balancing Religious Autonomy and Other Human Rights under the European Convention”, *Oxford Journal of Law and Religion* 1/2012, 109–125.
- Марковић В., „Доктрина поља слободне процене и њена примена у вези са чланом 9 Европске конвенције”, у: *Државно црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Београд 2019, 297–324.
- Мурдок, Џ., *Слобода мисли, савести и вероисповести – Водич за примену члана 9 Европске конвенције о људским правима*, Савет Европе, Београд 2008.
- Радић Р., *Држава и верске заједнице 1945–1970*, Институт за новију историју Србије, Београд 2002.
- Rădulețu S., „The Right of Members of the Clergy to Form and Join Trade Unions and the Autonomy of Religious Organizations – a Recent Case of the European Court of Human Rights”, *Oxford Journal of Law and Religion* 1/2014, 168–172.
- Рајић Ђалић Ј., „Слобода вероисповести и аутономија цркве у радним односима световних лица”, у: *Државно црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Београд 2019, 741–752.
- Russell S., „The employment status of ministers: a judicial retcon?”, *Religion and Human Rights* 1/2018, 27–48.
- Tăvală E., Law and religion in the workplace: Romanian report, in: *Law and Religion in the Workplace*, Proceedings of the XXVIIth Annual Conference Alcalá de Henares (ed. Miguel Rodríguez Blanco), Granada 2016, 337–347.
- Тошић И., Мисаиловић Ј., „Осигурање свештених и верских лица у Републици Србији”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије – Зборник радова са научног скупа поводом петнаест година од доношења Закона о црквама и верским заједницама* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Београд 2022, 173–182.

- Тратар Б., „Утјецај Еуропске конвенције о људским правима на приватно право држава уговорница”, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 4/2014, 773–793.
- Thayer D. D., „Religious Autonomy in Europe and the United States – Four Recent Cases”, *Oxford Journal of Law and Religion* 2/2012, 510–514.
- Thomson D. V., Toney K. A., Sacred Spheres: Religious Autonomy As An International Human Right, *Catholic University Law Review* 2/2023, 151–192.
- Underkuffler L. S., Thoughts on Smith and Religious-Group Autonomy, *Brigham Young University Law Review* 5/2004, 1773–1788.
- Fokas E., „Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence”, *Oxford Journal of Law and Religion* 1/2015, 54–74.
- Hambler L., „Religious Symbols, Conscience, and the Rights of Others”, *Oxford Journal of Law and Religion* 1/2014, 2–24.
- Calitz K., „The precarious employment position of ministers of religion: servants of god but not of the church”, *Stellenbosch Law Review* 2/2017, 287–307.

Остали извори

- Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр. и *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010 и 10/2015.
- Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/71.
- Закон о ратификацији Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/71.
- Универзална декларација о људским правима, <https://www.ohchr.org/en/universal-declaration-of-human-rights> 25. 7. 2023.
- Закон о Безбедносно-информативној агенцији, *Службени гласник РС*, бр. 42/2002, 111/2009, 65/2014, 66/2014 и 36/2018.
- Case of Sindicatul „Păstorul Cel Bun” v. Romania*, Application no. 2330/09, Judgement from 9 July 2013.
- Case of Sindicatul „Păstorul Cel Bun” v. Romania*, Application no. 2330/09, Judgement from 31 January 2012.

- Case of Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, Application no. 45701/99, Judgement from 13. December 2001.
- Constitucion Espanola, BOE num. 311, de 29/12/1978.
- Lei Organica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE num. 157, de 02 de julio de 1985.
- National Labor Relations Board v. Catholic Bishop of Chicago, 440 U. S. 490 (1979), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/440/490/>, 20. 7. 2023.
- Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC, 565 U.S. 171 (2012), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/565/171/>, 20. 7. 2023.
- Percy v Board of National Mission of the Church of Scotland [2005] UKHL 73, <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051215/percy.pdf>, 20. 7. 2023.
- Henderson A., No trade unions for clergy if the Archbishop says no, rules European Court, 2013, <https://ukhumanrightsblog.com/2013/08/01/no-trade-unions-for-clergy-if-the-archbishop-says-no-rules-european-court/>, 19. 8. 2023.

УСТАВНОСТ ЦРКВЕ

БОГОСЛОВСКА ПЕРСПЕКТИВА

Сажетак

Пракса уставног нормативизовања црквеног устројства и организације представља наслеђе развоја правних система у ослобођеним националним државама 19. века. Уставност као идеализовани правни принцип спонтано се накалемила на праксу дефинисања еклесијалних вредносних норматива и као таква до данас је остала актуелан принцип у црквеној свакодневици. Пресликавање поимања државне уставности на ниво црквености довело је умногоме до неразумевања саме суштине Цркве, њене историјске мисије, организације и вредносних квалитатива које црквено предање препознаје као аутентичније критеријуме за устројавање историјског Тела Цркве. Какво је заиста место Устава Цркве у њеном животу и сложеној структури норматива којима се руководи и каква је његова будућа судбина као вредносног критеријума црквеног организовања, показаће време. Оно што неспорно можемо рећи за Устав Цркве јесте да је он данас најтранспарентнији и најпрепознатљивији нормативни документ којим се Црква декларише, легитимише и самоделифинише у веома комплексној, вишеслојној и разноликој правној структури савремених друштава и државних заједница.

Кључне речи: Устав СПЦ, канонско предање, саборност Цркве, црквене институције, помесност и васељенскост Цркве.

1. Увод

Свештени организам Црква источног православног предања дуги низ векова опстојавао је и преживљавао под игом арапског и отоманског ропства.¹ То је био период када је акценат, унутар тако

* Ванредни професор Универзитета у Београду, Православни богословски факултет, Катедра за канонско право, zdevrnja@bfspc.bg.ac.rs

¹ Ширење исламизоване арапске популације са Арабијског полуострва на запад, према источним и јужним обалама Медитерана у 7. веку довело је до губитка великих територија Источног римског царства у јужним областима што је узроковало пад под туђу власт најважнијих црквених катедри Истока, патријарашког

поробљених друштвених, националних и црквених заједница, био превасходно на голом биолошком опстанку и очувању минимума непрекинутог културног, националног и духовног идентитета. Било је премало простора за доследно и континуирано слеђење предања, на које је сећање тињало дубоко у ткиву спутаног националног и црквеног бића православних народа, али које се није могло оваплотити или се са немерљивим потешкоћама у минималном опсегу остваривало у реалности њиховог социјалног и сакралног живљења. Колико су манастири и оскудно свештенство успевали, превасходно богослужењем, аскетском праксом и мистириолошким опитом, да успоставе живу везу са духовним наслеђем претходних генерација и допринесу очувању континуитета еклесијалног и сотириолошког сведочења током периода арабократије² и туркократије,³ толико је на црквено-организационом плану, током истог овог периода, било недоследности и нужних импровизација⁴ које су као такве могле бити оправдане и толерисане искључиво у контексту неповољних и поражавајућих друштвених околности у којима су народ и Црква живели.⁵

нивоа организовања (Александрије, Антиохије и Јерусалима). Осам векова касније сличан процес ће се одвијати у Малој Азији и на Балканском полуострву са експанзијом турске популације, поробљавањем хришћанских народа и урушавањем њихових државно-правних и црквених структура.

² Ж. К. Шене, Б. Флизен, *Византија – Историја и цивилизација*, СЛЮ, Београд 2010, 91.

³ Отоманска империја овладаола је балканским народима и њиховим државама средином 15. века и своју репресивну власт спроводила је до средине 19. и почетка 20. века, тј. у трајању од 400 до 450 година.

⁴ О последицама дисконтинуитета у погледу неговања црквене свести и канонских принципа говори много и епизода из историје Цркве у Србији у вези са архимандритом Мелентијем Стефановићем и Карађорђевићем покушајима да га посвети за епископа, што је, по речима Ђока Слијепчевића, било праћено „непознавањем црквених прописа” и „гажењем основних принципа Православне Цркве.”; вид. Ђ. Слијепчевић, *Историја Српске Православне Цркве том 2*, БИГЗ, Београд 1991, 302–304.

⁵ Једина међу источним црквама која је од краја 7. и почетка 8. века па све до периода тзв. Латинског царства, почетком 13. века, живела неспутано и у пуном еклесијалном капацитету била је Цариградска патријаршија, док су у том периоду остале источне катедре биле поробљене. Оне су махом постојале у полурегуларном статусу, често годинама без поглавара и довољног броја епископа, са непотпуним саборима, изложене прогону, финансијској оскудици, корупцији и неутемељеној канонској организацији. То је у великој мери оснажило положај Цариградске патријаршије у односу на остале источне катедре, које су се у том периоду највише ослањале на управне и организационе капацитете ове – прве међу једнаким црквеним катедрама, стварајући у свакодневици црквеног живљења велики број преседана који, опстајући до данас, производе озбиљне еклесијолошке неспоразуме и сукобе међу православним црквама. Антиохија пада под власт Арапа 636, а

Вековима образујући своју црквену и националну свест у горе описаном контексту, православни народи су развијали и дуго неговали охрабрујућу идеју о коначном националном и политичком ослобођењу и обнови свог духовног и еклисијалног идентитета у достојанству и слави коју памте још из периода раног и развијеног средњовековља. Највећи број црквених првопрестолних катедри ове епохе, патријарашког или архиепископског нивоа организовања, са њима канонски прибројаним епископским седиштима црква привремено укинутаг аутокефалног достојанства помесног организационог статуса,⁶ функционисале су у домену рудиментарних црквених институција, доминантно јерархијског, а у мањој мери управно-црквеног карактера. Окончањем наведене епохе организационо-управног дисконтинуитета дошло је до особеног прожимања, али и до поистовећивања, не само националних и еклисијалних идентитета већ и организационих модела који спонтано прихватани,⁷ иако настали у другачијим друштвено-политичким и црквено-духовним срединама, постају окосница и критеријум организовања обновљеног националног и еклисијалног бића православних народа.⁸

Александрија први пут 642. године Г. Острогорски, *Историја Византије*, Народна књига – Алфа, Београд 1998, 126–130.

⁶ У групу оваквих црквених јединица које су турским освајањима изгубиле аутокефални статус и помесни оквир организовања спада и Пећка патријаршија, односно, српска средњовековна Црква која падом Смедерева губи свој самоуправни еклисијални идентитет, обновивши га 1557. и опет изгубивши 1766. године, да би га у новијој историји поново добила Томосом 1832. као аутономна Београдска митрополија, 1879. као аутокефална Црква Краљевине Србије и, коначно, 1920/22. као обновљена аутокефална Уједињена Српска Црква у рангу Патријаршије. Поред ње, међу црквама балканских народа и нација, свој еклисијални статус су губиле и периодично обнављале Бугарска патријаршија и Охридска архиепископија.

⁷ Б. Гардашевић, „Организационо устројство и законодавство Православне Цркве између два светска рата”, у: *Избор црквено-правних радова* (ур. Димитрије Калезић, Радомир Поповић, Ненад Милошевић), Православни богословски факултет Београд 2002, 209.

⁸ Крај 18. и почетак 19. века доносе идејно и идеолошко поистовећивање националног и црквеног идентитета код православних народа Балкана. То доводи до формирања веома снажних национално-ослободилачких покрета у тим народима, и интензивног развоја идеја о обнови свих аспеката и носилаца духовног и националног идентитета, од којих је Црква једна од најважнијих и најјачих. Такав развој догађаја на таласу револуционарне националне ренесансе доводи до појаве извесних аномалија у црквеном организовању, које бисмо могли, употребом политичке терминологије, сврстати у еклисијални сепаратизам који ће оставити трага на црквену свест православних верника током целог 19, 20. и почетком 21. века. Случај аутокефалије Атинске архиепископије из 1850. или проблем успостављања тзв. Бугарског егзархата из 1870. године, и све то у контексту панхеленског црквеног

Феномен уставности, као релативно нов и модеран формат државног и друштвеног устројавања, постаје инспиративан и изазован за највећи број или готово све националне и црквене заједнице које почетком и средином 19. века отпочињу дуг, трновит и неизвештан процес националног и духовног уцељења и обнове.⁹ Овај тренутак у развоју обновљене црквене свести православних народа може се сматрати моментом преузимања државно-правних модела у сфери црквеног организовања, што не подразумева само усвајање принципа уставности већ и свих других пратећих нормативних формата и механизма,¹⁰ чиме ток развоја црквене и канонске свести новијих генерација православних хришћана добија сасвим нов и од претходног периода другачији правац развоја, са истим основним циљем очувања аутентичног апостолског црквеног идентитета у новим историјским, друштвено-политичким и социјалним условима.

У овом раду, вредносну амбивалентност наведеног процеса, као и његове последице, процењиваћемо водећи рачуна о свим афирмативним и негативним аспектима у нормативном развоју Цркве новијих времена, у последњих две стотине година, а у нашим помесним националним оквирима од Првог и Другог српског устанка до данас.

2. Законодавство Цркве и Црква у 19. веку као модернистички феномен

Национална ренесанса прве половине 19. века, обележена народнослободилачким устанцима, а потом и покушајима првог темељнијег нормативног организовања на основама модерног схватања друштва са елементима трипартитне поделе власти, за православне народе већином представља увод у епоху модерне коју суштински карактерише раскид са традиционалним облицима друштвених вредности и формама организовања. У дубинама овакве усмерености у развоју друштвених токова и националне свести као њиховог свепрожимајућег амалгама, почивају анахрони вредносни процеси. Они у форму савремених нормативних образаца, какав је несумњиво Устав, желе да „упакују” друштво, које на свом базичном плану постојања, нпр. породичних односа, али и сложенијих социјалних структура, као

национализма, као и феномен полувековног тзв. Македонског раскола од 1967. до 2022. године у оквиру Српске Православне Цркве.

⁹ М. Екмечић, *Стварање Југославије 1790–1918*, 2. том, Просвета, Београд 1989, 388.

¹⁰ *Први српски закон о црквеним властима (Начертаније о духовној власти у Србији)*, (ур. Чедомил Митровић), Београд 1909, 3–6.

што су организација власти, јавне финансије, образовање или здравствено обезбеђење, постоји у обрасцима и вредносним категоријама замрзнутим у епохи позног феудализма. Ове категорије и обрасци су током туркократије имали позитивну функцију очувања националног и верског идентитета, али у сусрету са променама насталим у 19. веку на нивоу друштвених вредности код већине европских народа не представљају довољно развијену основу за садржајније друштвено и нормативно повезивање. Због тога неуспех, нпр. Сретењског устава, не треба разумети само као последицу потребе постојећих европских империја да очувају своју друштвену и правну доминацију над једним малим, али самосвесним балканским народом, какав су несумњиво били Срби, већ и као његову нормативну неуклопивост у етос и вредносни поредак тог и таквог нашег народа у овом периоду.¹¹ Поменути неуспех горенаведеног уставног експеримента представљао је јасан и лако читљив показатељ да се уцељивање друштва које излази из петовековне епохе националног и културног ропства, појединаца у њему и мноштва друштвених интеракција које га испуњавају, не постиже само нормативном променом и иновацијом, односно, преузимањем правних транспланта, који су свакако неопходни као пратећи и употпуњавајући феномен, већ дубљим духовним, политичким и организационим сазревањем за које често нису довољне деценије, већ векови.

Међутим, националној и духовној елити српскога и осталих народа Балкана, средином и у другој половини 19. века, учинило се довољно опортуним да се ослони на поступак преузимања већ формиране и довољно вредносно етаблиране правне традиције настале у другачијим друштвеним и социјалним условима,¹² што се у датом моменту могло схватати као процес националног напредовања и сазревања, односно хватања прикључка у националном и друштвеном развоју са оним политичким и правним формама које карактеришу развијена друштва Западне Европе.¹³ Промисљање тог свенационалног прогресивистичког друштвеног и политичког тренда свакако се односило и на Цркву, која се због свог места и улоге у друштву није могла заобићи у процесу хватања у коштац са модерном и њеним феноменима, нарочито на плану имплементације правних института и нормативних образаца. Иако у својој суштини контрадикторан, процес „осавремењавања” Цркве ишао је много брже и „успешније”, али

¹¹ М. Екмечић, 230–232.

¹² М. Ковић, „Национализам”, у: *Срби 1903–1914 – Историја идеја* (ур. Милош Ковић), СЛЮ, Београд 2015, 202–212.

¹³ С. Антонић, „Демократија”, у: *Срби 1903–1914 – Историја идеја* (ур. Милош Ковић), СЛЮ, Београд 2015, 36–39.

и насилније, од сличних процеса у другим сегментима друштва. Већ век и по провејава питање о томе да ли је криза урушавања целокупне црквене структуре и формирања нове изван природних и спонтаних токова црквеног живота, криза која се збила 1881. године у време владавине краља Милана Обреновића и министровања Владином департаманом за вере оца српске историографије Стојана Новаковића,¹⁴ представљала само сукоб политичких оријентација,¹⁵ државе на Запад ка Аустроугарској, а Цркве на Исток ка Русији, или је имала и елементе насилног идеолошког трансформисања Цркве са традиционалног на савремени колосек њеног социјализовања и вредносно-нормативног дисциплиновања преласком у друштвене форме сагласне модернистичким трендовима тадашње Европе. Сличну, али по много чему радикалнију и свеобухватнију интервенцију државе на плану „модернизовања” Цркве доживела је Православна Црква у Русији у време владавине Петра Великог и њеног чувеног непредањског синодалног система организовања. Суштински, нимало другачија није била ни судбина Цркве других малих балканских народа.

Паралелно са постепеном обновом државности током четврте деценије 19. века траје и поступак (ре)организовања црквеног живота у Србији.¹⁶ Тај процес је био релативно спор и неефикасан, што је преваходно узроковано директним уплитањем државе у процесе црквеног уређивања, али исто тако и нормативним уцењивањима, при чему се оклевало са уређењем црквених институција због непотпуне

¹⁴ Црквена криза у Кнежевини (Краљевини од 1882. године) Србији била је првенствено иницирана сукобом кнеза (краља) Милана и Митрополита Михаила у погледу политичке оријентације Србије и српског народа у последње две деценије 19. века. Држава крајем 1881. године приступа радикалном решењу проблема хапшењем архијереја Светог Синода Цркве у Србији и свргавањем Митрополита Михаила, чиме Црква улази у период неканонског организовања администрацијом Епископа Мојсија, а потом, од 1883. године, од епохе познате и као тзв. неканонска јерархија, предвођењем наметнутим Митрополитом Теодосијем Мраовићем. Овако трпљено стање добиће канонску верификацију 1883. године од стране Митрополита Карловачког Германа Анђелића и Светог Синода Цариградске патријаршије, и трајаће до 1889. године и повратка Митрополита Михаила на чело Цркве у Србији. Ђ. Слијепчевић, 389–408.

¹⁵ М. Екмечић, 372–374.

¹⁶ Постустаничка Србија кнеза Милоша Обреновића заокружује свој правни статус Хагишерифима које је издала Порта 1830. и 1833. године, односно Конкордатом, уговором са Цариградском патријаршијом из септембра 1831/32. године, а за Митрополита београдског изабран је Петар Јовановић, крајем 1833. године, са великим амбицијама да Цркву устроји на канонски и свештеном предању сагласан начин. Убрзо ће Митрополитове амбиције бити угушене, а процес црквене обнове ће тећи под стриктном контролом и утицајем државе. Ђ. Слијепчевић, 312–353.

уређености државних, односно због непостојања државног устава¹⁷ као кровног документа. Независно од тога да ли је нормативно уређење положаја Цркве у Милошевој Србији било засновано на Сретењском уставу из 1835. или Хатишерифу из 1830. године,¹⁸ важно је напоменути да је њен статус у сваком случају био условљен и претходно дефинисан актима која су донела државна тела покушавајући да организацију и друштвену функцију Цркве тумаче и дефинишу очима сопствених етатистичких интереса, а не интересима саме Цркве у њеном свештеном предању. Оно што одређује процес нормативизовања црквене организације у овом периоду јесте пренаглашена потреба државних органа да контролишу све процесе који представљају не само спољашњи већ и унутрашњи живот Цркве, у који би свакако спадала и институција црквених судова епархијског и митрополијског нивоа. У маказама паралелних процеса нормативизовања државе и друштва, с једне, и Цркве, с друге стране, дошло се до решења која су *Начертанијем о духовним властима* из 1836, као документом који озакоњује моделе црквеног динамизма *ad extra* и *ad intra*, *Устројенијем* из 1847, као и Законом из 1862. и 1890,¹⁹ од правно-организационог преседана постала нормативно правило које ће као такво бити експлоатисано у свим наредним законодавним реформама у 20. веку којима се уређује положај Цркве у друштву и њен однос са државним органима. Наиме, нормативно прикривена, али суштинска потчињеност и условљеност црквених јерархијских тела и управних институција самом кнезу, а потом и другим органима извршне власти,²⁰ представља манифестацију модернистичког поимања улоге верских заједница у друштву које се налази у процесу свог нормативног конституисања и које, и поред круцијалне улоге Цркве у његовом ослобађању и најдубљем идентитетском саморазумевању, не дозвољава њеној свештеној самосвести да се вредносно позиционира у том процесу као етаблирани носилац темељних и доказаних вредности, већ више као конзумент либертаријанских идеја и процеса који не подразумевају само политичко

¹⁷ Д. Новаковић, *Државно законодавство о Православној Цркви у Србији од 1804. до 1914. године*, Институт за теолошка истраживања – ПБФ, Београд 2010, 59.

¹⁸ *Ibid.*, М. Екмечић, 223.

¹⁹ Д. Новаковић, 8. Поред наведених аката којима се регулише положај Цркве у постустаничкој Србији, донет је 1882. године, у жеку спорова државе са високом црквеном јерархијом, Закон о изменама Закона ... из 1862, којим је у још већој мери Црква потчињена државним институцијама и службеницима. Д. Новаковић, 125.

²⁰ *Ibid.*, 154. Потчињеност Цркве државним органима манифестовала се у највећој мери преко финансијске зависности и условљености, нарочито епископата.

ослобађање и обнављање националне заједнице већ и друштвених институција и самих појединаца од носилаца традиционалних вредносних модела претходних епоха, чији је свакако чувар и репрезент била и остала Православна Црква. Декларативно чувајући предањски јерархијски поредак Цркве,²¹ *Начертаније* архијерејима начелно признаје врховну духовну власт, али их у њој као и у обављању управних надлежности, које су суштински у њеној свештеној пракси јединствене и међусобно неодвојиве, у великој мери потчињава кнезу Милошу и Конзисторији, која опет, поред своје јерархијске структурисаности, за секретара има лице које именује Влада из редова својих чиновника.²² Законско регулисање положаја Цркве у Милошевој Србији централистичким решењима одузима аутентичан свештени ауторитет постављеним епископима и доводи до пасивног отпора црквене јерархије која безуспешно покушава да оспоравањем неколицине предложених норматива изрази своје свештено самопоимање утемељено на наслеђу и традицијама црквеног организовања развијеног феудализма и епохе пре периода туркократије. Овоме у великој мери доприноси живо сећање и присуство сакралних вредносних модела које у ери турског ропства из средњовековне Србије исцртава Законоправило Светог Саве, које можда више не живи као документ којим се руководи друштво у својој структуралној организованости, јер она више као таква не постоји, али које је у великој мери постало део унутрашњег етоса живљења појединаца и целине нашег народа ове епохе. Пролазећи кроз наведени процес дефинисања свога места и улоге у друштву, црквено предање и свест о организационој самосвојности Цркве, какви су неговани не само у Источном римском царству већ и у државама наследницама његовог државотворног генија, каква је несумњиво била средњовековна Србија, постају жртва модерничког организационог модела свештено се простирући слободно само у скученим димензијама нормативних ограничења и правних надлежности и надређености државних институција над црквеним.

Поред негативних аспеката које смо навели, интересовање за законско позиционирање Цркве у оквирима настајуће српске државности имало је и одређених позитивних елемената. Посебно треба истаћи чињеницу да законским препознавањем институција Цркве она више не постоји као једва толерисани страни ентитет друштва који често трпи страшне последице таквог положаја путем организованог

²¹ З. Деврња, „Дијалогски идентитет Цркве и последице његовог урушавања”, *Црквене студије* 15/2018, 238–241.

²² Д. Новаковић, 65–66.

терора и дискриминације од стране државе, како је то било у периоду непосредно пред ослобођење. С друге стране, социјални потенцијал, реални опсег права и обавеза, могућност дубљег и садржајнијег друштвеног и политичког утицаја са појачаним ауторитетом на плану подизања духовне и националне свести нашег народа у региону, Цркву смештају у епицентар динамичних трансформативних процеса, што је после вишевековне супресије сасвим нова околност у саморазумевању Цркве и њене јерархије. Уз ову чињеницу неопходно је навести да увођењем Цркве и њених унутрашњих темељних вредности у законски оквир, који је био још у повоју, и као такав нестабилан и подложен променама,²³ она стиче чвршћу законску идентификацију која јој омогућава да снажније наступи у циљу заштите својих институционалних, статусних и имовинских права, нарочито по стицању аутокефалног статуса 1879. године. Може се сматрати да су управо овако чврста нормативна позиционираност Цркве и њена тиме спецификована друштвена улога допринели сукобу са државом само две године по стицању наведеног аутокефалног статуса, који се завршио неславним урушавањем црквено-јерархијских и црквено-управних тела, како смо то раније навели.

Ситуација у којој се наша Црква у овом периоду није нова и у великој мери подсећа на ону у којој је већ била крајем 4. и у првој половини 5. века, када је држава оивичена империјалним границама Источног и Западног римског царства саму себе нормативно иновирала прилагођавајући се новонасталим последицама Константинове државно-правне (р)еволуције почетком 4. века²⁴ и сасвим новим местом и улогом Цркве у држави и друштву након реформи императора Теодосија I (Великог) крајем истог века. Чувени Теодосијев законик (*Codex Theodosianus*)²⁵ представља први свеобухватан покушај нормативног увођења црквених институција у правни поредак државе. Иако је Црква и после једног века слободног организовања унутар Империје и даље била велика непознаница за већи део ондашњег друштва, нарочито за војне, културне и политичке елите, законодавна интервенција императора Теодосија II у првој половини 5. века препознаје Цркву као самосвојан и аутономан друштвени субјект који се са сакралном самосвешћу организује у сагласности са својим

²³ *Ibid.*, 96.

²⁴ С. Шаркић, *Правне и политичке идеје у Источном римском царству*, Научна књига, Београд 1984, 197–205.

²⁵ *The Theodosian Code (Th.C.)*, латински *Codex Theodosianus* или посрбљено Теодосијев законик, донео је римски император Теодосије II 438. године у Костантинопољу.

свештеним предањем покушавајући да црквене институције и канонске институте неизмењене апсорбује у државноправни систем закона и других нормативних аката.²⁶ Још садржајнији процес инкорпорисања црквено-канонских правила у систем државног законодавства имамо у 6. веку, у време владавине императора Јустинијана I. Његову свеобухватну законодавну реформу поред многих особености одликује и поступак озакоњења црквених норматива, односно изједначавања њиховог ауторитета са законским прописима које прокламује император/држава.²⁷ Позитивни тренд симбиотичког развоја државног и црквеног нормативног корпуса који је усмерен на формирање јединственог система државног и канонског законодавства продужава се низом номоканонских докумената који као особеност источноримског правног генија од 9. века нормативизују положај Цркве у држави и њихово узајамно институционално саодношење све до пада Константинопоља и престанка нормативног суверенитета Византије и на њеном државноправном идентитету формираних мањих околних држава, од којих је једна и средњовековна Србија, у другој половини 15. века.

Поред сличности у саодношењу државе и Цркве у ова два упоређена периода, законски оквир којим се уређују сложени односи током њиховог трајања садрже и битне разлике. Током законодавне реформе Теодосија II и Јустинијана I интенција интервенција на законским и канонским текстовима била је да се пракса Цркве, њена тек успостављена аутономна организација и управна традиција доследно апсорбују у државни законодавни оквир (*Iust. Nov. XLII Aug. 536*).²⁸ Наиме, римска држава позне антике и раног средњовековља и *Iust. Nov. CXXXVII praef. Aug. 565*,²⁹ поред огромних проблема које је Црква својим теолошким, највише догматским и антрополошким а умногосте и јурисдикцијским сукобљавањима уносила у искуство целог друштва и државне организације, имала је много више толеранције и разумевања за специфичност и аутономност црквеног канонског нормативног израза и самосталност Цркве у одлучивању о питањима која се тичу њеног унутарњег уређења и динамике односа са институцијама државе и друштва, него што је то било већ од 7. и 8. века па надаље.³⁰ Односно, држава је прилагођавала свој вишевековни,

²⁶ Вид. *The Theodosian Code (Th.C.)* 2. 8. 20; 15, 8, 1.

²⁷ С. Шаркић, 252–257.

²⁸ *Ibid.*, 253.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ У 7. веку водили су се важни спорови у погледу односа природа, воља и енергија у Христу, познати као *монотелитски спорови*. И раније, нпр. у време Зенона у 5.

традиционалан, развијен и вишеслојан правни поредак новом поретку који се тек формирао у оквирима Цркве³¹ као институције која чак и нема правну заснованост, и у својој суштини се опире правним дефиницијама и крутим нормативним формама. Као она која је у потрази за путем и поступком који на најбољи и најистинитији начин изражавају њено биће, мисију, веру и идентитет Црква свој аутентичан, али променљив и флексибилан нормативни *credo*, без комплекса и без компромиса, ставља у службу целини друштва, доживљавајући га, посредством државе, њених институција и правног поретка, као простор проповеди своје јеванђеоске киригме.³² Христова блага вест постаје делимично нормативизована и као таква, уграђивањем црквеног норматива у онај државни, својина и тековина свих друштвених група и чинилаца, као и сваког појединца који свој лични и јавни етос жели да утемељи и изгради на вредностима Јеванђеља.

С друге стране, законодавни процес инкорпорирања Цркве у правни поредак државе и законско регулисања њене друштвене улоге током 19. века обилују условљавањем и занемаривањем њених организационих особености, оспоравањем њене нормативне аутономности и јерархијско-управне самосвојности и аутентичности. Тиме је у великој мери занемарена њена примарна служба појединцу, народу и целини друштва, делимично је оспорена њена традиција и знатно је трансформисана њена харизматско-просветитељска и културолошка служба. Измењена је донекле и њена примарна друштвена улога— од оне која својим христоводним вредностима богати националну,

или Јустинијана I у 6. веку, постојала је воља императора да се мешају у актуелне догматске спорове, са жељом да се донекле арбитражу у сукобу, да се процес теолошких сукобљавања држи под контролом и да му се умањи дестабилишући друштвени потенцијал. Међутим, као што ни Зенонов *Енотикон* крајем 5. века није постигао успостављање сагласности међу странама у монофизитском спору, још мање је то успео император Ираклије у 7. веку својим *Ектесисом* или Констанс својим *Типосом* у спорењу са монотелитима и моноенергитима. Интервенционизам у теолошким споровима са позиција супериорне императорске моћи увек се показивао као бесмислен, неефикасан и недовољан, усложњавајући тако проблем и одлажући тренутак његовог решавања. Г. Острогорски, 133.

³¹ Интересантно је да су норме о светим местима и предметима (стварима), које су настале још у претхришћанском периоду, биле актуелизоване у контексту постојања Цркве у оквирима Римске империје у време императора Јустинијана I. Вид. *Digesta Iustinianus: De divisione rerum et qualitate*, Marcianus *libro tertio institutionum* §1, §2, §3, §4, §5. et Marcianus *libro quarto regularum* §1, §2; Ulpianus *libro sexagensimo octavo ad edictum* §1, §2, §3, §4, §5.

³² Z. Devrnja, „The Sources of the Canon Law – Presence of the Roman Law in Canons of the Church”, in: *History of Legal Sources – The Changing Structure of Law* (eds. Andreja Katančević et al.), Faculty of Law, Belgrade 2018, 59.

културну и социјалну средину, развијајући и ширећи у њој своју свештену мисију, у једну од многих друштвених институција чији је циљ да афирмишу пролазне и ововремене идентитете, као што су државни, идеолошки или чак национални, схваћени у категоријама поимања тог идентитета као политички условљеног и детерминисаног. Сагледаван у том смислу, овај процес није Цркви давао много могућности да изрази себе и да у том, у овом случају само нормативном изразу, испољи све богатство свог духовног и културног наслеђа и акцентује своје сотириолошко призвање да се стави у службу сваког појединца и друштвене целине, већ ју је свео на пуког конзумента већ профилисаних и као таквих преузетих нормативних вредности које доприносе важним, али само тренутним и променљивим етатистичким циљевима и амбицијама младе државе и њене политичке елите, што је често Цркву на друштвеној сцени неприродно позиционирало као невољног актера политичких и вредносних сукобљавања.

3. Уставност Цркве као последња фаза њеног нормативног интегрисања у државни законодавни оквир

Драматичан период 19. века, династичке смене, политички сукоби, насилна свргавања владара, али и ослобађање већег дела нашег народа и националних територија, међународно признање српске државности и аутокефалног статуса Цркве у Србији били су увод у последицама бремениту трансформацију положаја Цркве у друштву које се неумитно развија у једном слободарском и државотворном духу.³³ Мајски преврат, балкански ратови и драма Великог рата,³⁴ са

³³ Драма народних устанака 1804. и 1815, убиство Карађорђа 1817. године, ауторитарна владавина кнеза Милоша Обреновића са много злочина мотивисаних политичким и личним разлозима, Милошева абдикација и повратак на власт, смењивање и постављање црквених поглавара (митрополита) вољом политичких ауторитета, атентат и убиство кнеза Михаила Обреновића, неконзистентна владавина кнеза (краља) Милана Обреновића и његова абдикација, као и хировита и ауторитарна владавина краља Александра I Обреновића са честим укидањем устава и још чешћим обарањем влада (вид. М. Ковић, „Либерализам”, у: *Срби 1903–1914 – Историја идеја* (прир. Милош Ковић), СЛЮ, Београд 2015, 182–184.), перманентан и често малигни утицај великих европских сила на политичку реалност Србије у 19. веку чинили су ово столеће веома драматичним и вредносним преплитањима комплексним периодом српске историје.

³⁴ Срби започињу 20. век краљеубиством, тј. политичким и династичким превратом који је кулминирао убиством краља Александра I Обреновића (вид. М. Ковић, 185–187.), затим крвавим и исцрпљујућим балканским ратовима 1912. и 1913. године као уводом у драму свих европских народа оличену у Великом рату (Првом светском рату 1914–1918.) који је донео огромне (вишемилионске) жртве, стварајући друштвену, духовну и политичку сцену којом за Србе почиње век ве-

несхватљивим биолошким и духовним жртвама почетком 20. века, уводе српски народ и његову Цркву у период нових великих промена отпочињањем процеса канонског, литургијског и законског обједињавања свих црквених територија које су преко сто педесет година у континуитету опстајале одвојено у државноправном, јурисдикцијском и канонско-организационом смислу, све време чувајући свест о свом јединству и идентитетској и духовној повезаности, као и о коренитој припадности духовном ауторитету Пећке патријаршије.

Процес црквеног уједињења, као и канонскоправног и литургијско-организационог обједињавања свих црквених јединица, које су дуже од једног и по века постојале у неколико државноправних и канонских јурисдикција, схваћен је као државно питање првог реда и као такав је вођен од стране државних органа. *Raison d' état* је превагнуо над црквеним разлозима, тако да је током трајања тог процеса Црква дуже од једне деценије била пасивни посматрач активности државних институција усмерених на правно регулисање њеног положаја у ново-насталој Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца, иако то није желела и својим деловањем се томе супротстављала.³⁵ Сама иницијатива за уједињење настала је и испољена је саборски од стране епископа, као духовних предводника тих црквених јединица, али ју је веома брзо преузела Влада, која је своје разлоге за вођење овог процеса увек стављала испред црквених,³⁶ и која је наметнула уставни модел његовог правног регулисања. Свака иницијатива Цркве да се питање њеног положаја реши законски и доношењем црквеног устава који би она предложила наилазила је на неразумевање и блокаду³⁷ под изговором да још увек не постоји законски оквир у чијој би форми таква правна решења могла бити предложена и прихваћена.³⁸ Влада Краљевине

ликих трагања, идеолошких заблуда (комунизам, југословенство и др.) и биолошког страдања током Другог светског рата са карактеристикама геноцида који су спроводиле усташе (хрватски фашисти), као и немачки, мађарски, италијански, муслимански, албански, бугарски и румунски фашиста.

³⁵ Да је Цркви у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца (од 1931. године Краљевина Југославија) била намењена пасивна друштвена улога говори и криза око потписивања Конкордата између те државе и Свете столице (Ватикана) 1935, односно 1937. године када се очекивало да Српска Православна Црква без икакве резерве и критике прихвати другоразредно и дискриминисано место у друштву; вид. Ђ. Слијепчевић, 579–584.

³⁶ Б. Гардашевић, 210–211.

³⁷ *Ibid.*, 217–221.

³⁸ Д. Новаковић, *Српска Православна Црква у законодавству Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца и Краљевине Југославије*, Институт за теолошка истраживања – ПБФ, Београд 2015, 115–121.

СХС одбија неколико аутентичних предлога црквеног устава које је Свети Архијерејски Синод доставио на разматрање и евентуално усвајање условљавајући изгласавање таквог документа претходним доношењем Закона о СПЦ. Важно је нагласити да црквени устав није схватан као аутентични и аутономни нормативни акт саме Цркве, већ је представљао државни законски документ којим се регулише унутрашњи и спољашњи живот Цркве. У том смислу концепција у вези са доношењем Устава СПЦ није отишла даље од нормативног оквира које су поставили *Начертаније* скоро цео век раније³⁹ или Устав Светог Синода у Кнежевини Црној Гори из 1903. године, који је такође за Цркву, по истом моделу, донела држава (Кнежевина Црна Гора).⁴⁰ Државне институције Краљевине СХС понашале су се као да им и није стало да се процес правног нормирања места и улоге Цркве у новој држави и друштву што пре реши, већ напротив, као да се у томе тенденциозно одуговлачило.⁴¹ Закон о СПЦ донет је тек 1929. године,⁴² скоро једанаест година после настанка државе СХС и девет година од уједињења свих српских епархијских јединица под окриљем Патријаршије у Београду.⁴³ Устав СПЦ је приликом изгласавања 1930/31. године формално прошао све црквене процедуре и као такав, уз одређене услове, одобрен од стране Светог Архијерејског Сабора, али у својој суштини то је био државни документ иза којег је стајао

³⁹ Избор поглавара Цркве, финансијска и други облици управне контроле показују да нормативни модели за уређење односа државе и Цркве из 19. века не само да се нису променили већ су и радикализовани. *Ibid.*, 108.

⁴⁰ Б. Гардашевић, 206–207.

⁴¹ Д. Новаковић (2015), 109.

⁴² Закон о Српској Православној Цркви из 1929, *Столеће Православног богословског факултета* 1. том, – *Правна и регулативна акта*, (ур. Владимир Вукашиновић), Православни богословски факултет – Универзитет у Београду, Београд, 2023, 57–63.

⁴³ Важно је истаћи да је Закон о СПЦ из 1929. године донет у време велике политичке кризе у којој се Краљевина СХС нашла. Увођењем државе у тзв. диктатуру, 6. јануара 1929. године, краљ Александар Карађорђевић желео је да умањи интензитет националних нетрпелјивости и политичких сукобљавања снажећи пројугословенску државну идеологију. Ниједна национална идеја, па ни српска, нису биле тада на цени, нити се са њима рачунало. Југословенство је утопистички схваћено као идејни амалгам који може да повеже сукобљене делове сложене државе, каква је била Краљевина СХС, која је почела да пуца по националим шавовима. Свакако да у том контексту ни Српска Црква, која је била кључни носилац српског духовног, културног и националног идентитета, није била у фокусу централних власти, тако да ни донети Закон о СПЦ није превише марио за аутентичне црквене интересе. В. Ћоровић, *Историја Срба 3. том*, БИГЗ, Београд 1989, 248–249; и В. Крстић, „Југословенство”, у: *Срби 1903–1914 – Историја идеја* (ур. Милош Ковић), СЛЮ, Београд 2015, 143–153.

ауторитет краља Александра I који га је и потписао без консултација са Патријархом Варнавом и члановима Синода, тако да када је реч о овом црквеном Уставу увек морамо имати на уму извесне елементе октроисаности који га недвосмислено одређују.⁴⁴ Процес спонтаног наметања Устава, као и самог уставног принципа дефинисања регулативе црквеног положаја, није имао особено насилне методе, као што је то можда било век раније, већ је више намерно временско отезање и планско нерешавање горућих питања из области саодношења државе и Цркве довело до прихватања макар каквог понуђеног решења од стране Цркве, са свешћу да је боље имати икакав него никакав правни оквир којим се нормирају наведени односи. О томе говори и уставни текст који оскудева у еклисиолошким особеностима уређења Православне Цркве које имају вишевековну традицију, не комуницира са њеним канонским одредбама са којима је често и у несагласности, као и у стриктном формализму нетипичном за црквене нормативе какви су до нас стигли из епохе од 4. до 9. века, када је канонскоправна делатност у Цркви била најинтензивнија.

Парадоксалност положаја и улоге Устава у свештено-јерархијској и организацијско-управној реалности Цркве посебно је изражена стављањем овог документа на четврто или пето место по ауторитету међу актима којима се она сама влада у својој свештеној свакодневици.⁴⁵ Наиме, сасвим је разумљиво да документ какав је црквени Устав својим значајем не може бити испред канона васељенских сабора или других обласних сабора 4. и 5. века, као и канона Светих Отаца, нити испред новијих одлука архијерејских сабора савремених помесних цркава које својим значајем и утицајем исијавају импликације на целину свештеног тела Православне Цркве. У том кључу посматрано, ради бољег разумевања амбиваленције вредносног поимања црквеног Устава, неопходно је нагласити да се велики део црквеног живота и искуства спонтано одвија испод или изван његовог нормативног сагледавања. То нам даље говори да је рефлектујућа обзорност његовог нормативног израза у великој мери ограничена, што га суштински и формално разликује од државног устава као *par excellence* супериорног правног акта који у њему не познаје невидљиве *мртве углове* друштвене стварности који су као такви недоступни и нормативно непокривени. Процењиван из перспективе теорија уставности принцип црквеног устава унутар свог оправдавајућег разлога садржи извештан *contradictio in adjecto*, односно унутар концепта

⁴⁴ Д. Новаковић (2015), 121.

⁴⁵ Устав Српске Православне Цркве, § 7, 5–6.

ограничене покривености сакралног искуства Цркве његовим нормативима, с једне, и његове примене, с друге стране, постоји парадоксални категоријални расцеп који му одузима нормативну конститутивност, логичку претпоставку сваког документа уставног карактера. У том смислу, концепт нормирања црквене стварности и унутрашњег живота њених институција путем адекватних правилника увезаних у јединствен и међусобно условљен нормативни систем био би свакако много аутентичнији и природи Цркве прилагођенији метод правног регулисања њеног свештеног присуства у друштву, односно њеног унутрашњег и спољашњег социјалног динамизма од уставног, који је актуелан дуже од једног века. Управо оваква позиција црквеног Устава води до још једне парадоксалне чињенице да је ово документ који својом недовољношћу непрестано призива и тражи извесну ревизију или чак темељно преиспитивање и реформу, али је реалност таква да је то један од најстаријих, најтрајнијих и најмање коригованих нормативних аката.⁴⁶ Поред тога, савремена црквена свест, формирана паралелно са настајањем црквене уставности или, боље речено, под њеним утицајем, потребује Устав да би се могла конституисати и изразити; готово да би било незамисливо, из перспективе тако конципиране црквене свести, замислити живот Цркве и њену организацију без документа какав је Устав. То је легитимну и оправдану идеју да се темељно реформише актуелни Устав СПЦ, идеју која се појавила крајем 90-их година 20. века, а оваплотила кроз адекватну и компетентну Синодску комисију, редуковало на ниво термиолошког исправљања и нормативног прилагођавања текста постојећег Устава. Предлог тако исправљеног и прилагођеног уставног текста, као еклисиолошки и канонски много убедљивији, иако суштински нов, постоји дуже од пет година. Не прошавши прописану саборску процедуру, још увек неизгласан, већ је у многим сегментима због црквене реалности постао превазиђен, што опет указује на формалну и садржинску неадекватност и недовољност уставног модела у поступку нормативизације свештене и друштвене улоге Цркве. У том контексту треба разумети зашто у овом раду тенденциозно не отварамо питање комплексности процеса измене Устава Цркве не апострофирајући његову нормативну укоченост, што га додатно чини некомпатибилним потребама Цркве и предањским облицима њеног самопоимања и изражавања њеног свештеног идентитета.

⁴⁶ Устав Српске Православне Цркве је на снази од 1931. године (са прилагођеним и редукованим текстом из 1947. године у издању Светог Архијерејског Сабора) до данас. О измени Устава СПЦ 1947. године вид. Ђ. Слијепчевић, 203.

4. Закључак

Већ дуже од два века траје нормативистичко искушење за Цркву оличено у тријумфалистичком разумевању и практиковању законитости и уставности у процесу правног позиционирања Цркве у друштву. Сви су изгледи да се од таквог концепта убудуће неће одустати и да ће се исти приступ наведеним процесима социјализовања Цркве наставити. Устав Цркве је постао симбол њеног друштвеног позиционирања, правног легитимисања и носилац њеног службеног идентитета. Принцип уставности је у великој мери овладао свешћу савремених хришћана. Настао у освиту модэрне принцип црквене уставности се појавио као озбиљан и неочекиван системски баласт испољавању њене сакралне аутентичности. Превладавши искушења савремености, а у сусрету са постмодернистичким разумевањем државе и актера на друштвеној позорници, уставност се, парадоксално, у периоду после Другог светског рата показала као *черст борац* и поуздан ослонац у одупирању Цркве идеологији релативизма, негирању традиционализма и профанизацији сакралних тема и идеја. Данас, у епохи хиперреализма, када стварност не постоји као чињеница и сам живот, већ се увек изнова медијски и политички креира и конструише, када се верске заједнице, а у највећој мери оне хришћанске, њихови чланови и представници све чешће доживљавају као опоненти универзалног технолошког и информатичког просперитета и тзв. моралног напретка, особито његовог западно-прогресивистичког културног миљеа, и када се традиционалне вредности, нарочито оне религиозне провенијенције, све више перципирају као непријатељ човечанства у његовом незадрживом стремљењу ка трансхуманистичким облицима човечности, нормативистичка крутост закона о Цркви и црквених устава може се пројавити и као поуздана препрека у процесу овладавања теолошким наративима и сакралном праксом, што је нескривено пројављено у виду доминирајућих друштвентрансформишућих агенди. Због тога ламентирање над двама вековима притисака и условљавања, којима је Црква била изложена, неће донети неки нови и бољи поглед на свештену историју ове епохе. У том смислу је неопходно направити концепцијски компромис и у разрађеним моделима нормативистичког изражавања предањских наратива и теолошких концепција пронаћи начине испољавања што аутентичније црквености и културне свештености, и тако преосмислити и оцерковити форме правног дефинисања аутентичног идентитета Цркве и њеног христоподобног лика у искуству савремености.

Zoran Devrnja

Associate Professor, Faculty of Orthodox Theology, University of Belgrade

CONSTITUTIONALITY OF THE CHURCH - THE THEOLOGICAL PERSPECTIVE

Summary

The practice of codifying church governance and organization symbolizes the legacy of the juridical development of liberated national states at the beginning of the 19th century. Constitutionality as an idealized judicial principle was spontaneously grafted into the practice of defining ecclesiological normative values and stayed actual in church everyday life as such. The copying of understanding the state constitutionality on the ecclesiastical level brought a huge misunderstanding of the essence meaning of the Church, its historical mission, organization, and valued qualificatifs, which its sacred tradition recognizes as authentic criteria for governing the historic body of the Church. The time will show what the real place of the Constitution is in church life, what its place is in the complex normative structure by which it is governing itself, and what its destiny is in the future as a valuable criterion of church organization. For the Church Constitution, we can undoubtedly say that it is the most transparent and recognizable document nowadays by which the Church declared itself, legitimized itself, and defined itself in the very complex, multileveled, and various judicial structures of contemporary societies and states.

Keywords: The Constitution of the Serbian Orthodox Church, The Canonical tradition, The Conciliarity of the Church, Church institutions, Locality and Universality of the Church.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

Антонић С., „Демократија”, у: *Срби 1903–1914 – Историја идеја* (ур. Милош Ковић), СЛЮ, Београд 2015, 27–142.

Гардашевић Б., „Организационо устројство и законодавство Православне Цркве између два светска рата”, у: *Избор црквено-правних*

- радова (ур. Димитрије Калезић, Радомир Поповић, Ненад Милошевић), Православни богословски факултет, Београд 2002, 206–233.
- Devrnja Z., „The Sources of the Canon Law – Presence of the Roman Law in Canons of the Church”, in: *History of Legal Sources – The Changing Structure of Law* (eds. Andreja Katančević et al.), Faculty of Law, Belgrade 2018, 55–67.
- Деврња З., „Дијалогски идентитет Цркве и последице његовог урушавања”, *Црквене студије* 15/2018, 235–246.
- Екмечић М., *Стварање Југославије 1790–1918 1. и 2. том*, Просвета, Београд 1989.
- Ковић М., „Либерализам”, у: *Срби 1903–1914 – Историја идеја* (ур. Милош Ковић), СЛЮ, Београд 2015, 153–201.
- Ковић М., „Национализам”, у: *Срби 1903–1914 – Историја идеја* (ур. Милош Ковић), СЛЮ, Београд 2015, 202–269.
- Крестић В., „Југословенство”, у: *Срби 1903–1914 – Историја идеја* (ур. Милош Ковић), Београд 2015, 143–153.
- Новаковић Д., *Државно законодавство о Православној Цркви у Србији од 1804. до 1914. године*, Институт за теолошка истраживања – ПБФ, Београд 2010.
- Новаковић Д., *Српска Православна Црква у законодавству Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца и Краљевине Југославије*, Институт за теолошка истраживања – ПБФ, Београд 2015.
- Острогорски Г., *Историја Византије*, Народна књига – Алфа, Београд 1998.
- Слијепчевић Ђ., *Историја Српске Православне Цркве 2. и 3. том*, БИГЗ, Београд 1991.
- Ђоровић В., *Историја Срба 3. том*, БИГЗ, Београд 1989.
- Шаркић С., *Правне и политичке идеје у Источном римском царству*, Научна књига, Београд 1984.
- Шене Ж. К., Флизен, Б., *Византија – историја и цивилизација*, СЛЮ, Београд 2010.

Остали извори

- Први српски закон о црквеним властима (*Начертаније о духовној власти у Србији*), друго издање, (ур. Чедомил Митровић), Београд 1909.

Устав Српске Православне Цркве 1931/1947, Син. бр. 1899/зап. 520, 12. јун / 30. мај. 1947, Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве, Београд 1957.

The Theodosian Code (Codex Theodosianus) and Novels and the Sirmondian Constitutions (a translation with commentary, glossary, and bibliography by Clyde Pharr I colaboration with Theresa Sherrer Davidson and Mary Brown Pharr), Princeton University Press, Princeton 1952.

Јустинијанова *Digesta (Digesta Iustinianus)*: Конституција *Deo Auctore*, Конституција *Tanta*, Конституција *Omnes rei publicae* (прев. Антун Маленица), Службени гласник, Београд 2003.

Закон о Српској Православној Цркви из 1929, *Столеће Православног богословског факултета I. том, Правна и регулативна акта* (ур. Владимир Вукашиновић), Православни богословски факултет – Универзитет у Београду, Београд 2023, 57–63.

ИМПЕРИЈА, НАРОД, НАЦИЈА: ДА ЛИ СУ ОДРЕДБЕ ЦРКВЕНОГ ПРАВА ПРИМЈЕЊИВЕ У СВАКОЈ ПОЛИТИЧКОЈ ЗАЈЕДНИЦИ?

Сажетак

У канонском праву Православне Цркве данас није уобичајено да се приликом описивања односа Цркве и државе постављају питања о карактеру, устројству, друштвеној динамици или разлогу постојања одређене државе. Ипак, показало се да такав приступ не даје довољно добре резултате када се ради о осмишљеном концептовању односа Цркве и државе. У историјској и теоријској перспективи, такав однос затамњује проблематику непостојања универзалне православне империје која би ступила на мјесто константинопољских царева и тиме омогућила реактуелизацију оних аспеката црквеног права који су настали подразумијевајући једну такву политичку стварност. Ништа мање није важан проблем одређивања Цркве према биополитичким промјенама у савременом друштву. Показало се, такође, да је суштински значајно уочити феномене етничког инжењеринга, савремене етногенезе и разбијања јединства Православне Цркве како би се тим феноменима приступило на одговарајући начин и предузела дејства за суочавање са њиховим штетним дјеловањем.

Кључне ријечи: црквено право, империја, нација, политикологија, биополитика, друштво, динамика.

1. Увод

Кад год је ријеч о црквеном и канонском праву, врло је уобичајено да се појмови попут „државе”, „империје” и „власти” употребљавају као саморазумљиви концепти чије значење није потребно ближе одређивати. То не значи да је непотребно одредити или макар описати однос између Цркве и државе – напротив: готово сваки уџбеник из црквеног права неизоставно садржи макар краћи одјељак посвећен

* Редовни професор Православног богословског факултета Св. Василија Острошког у Фочи, Универзитет у Источном Сарајеву, darkodjogo@gmail.com

њиховом односу.¹ Међутим, тиме проблем не бива нарочито расвјетљен, и то из више разлога.

Први разлог је што се појам „државе” углавном концептуално не диференцира – о каквој држави то говоримо: древној, савременој, империјалној, националној? Парадоксално је да се у оквиру расправе о односу Цркве и државе често описују разни модалитети њиховог односа, иако се не улази ни у дијахронијско разликовање карактера одређене помјесне Цркве, ни у дијахронијско или политичко разликовање *карактера* одређене државе. Све постаје компликованије ако се узме у обзир ноторна чињеница да држава није једина колективна друштвена структура са којом се човјек данас идентификује. Шта је, рецимо, са односом Цркве и националног идентитета, поготово оних националних идентитета који, стицајем околности, нису успјели да изграде или сачувају модерну националну државу? Шта је са оним националним идентитетима који су проистекли недавно, у XX вијеку, као плод одређених политичких токова, притисака и пројектовања? Да ли су сви национални идентитети и све државе исти пред црквеном теологијом или канонским правом?² (Не смијемо заборавити да,

¹ Консултовали смо уџбенике црквеног права доступне на српском језику. Један од њих је уџбеник Д. Перића, *Црквено право* – друго, измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1999, 177–228. Овај уџбеник садржи врло опсежан историјски преглед односа Цркве према разним државама, уз врло занимљиве теолошке рефлексије и историјска запажања, мада понекад сасвим субјективног карактера. (Нпр. показала су се као сасвим нетачна запажања о карактеру православне вјеронауке у Републици Српској, 227). Затим: С. В. Троицки, *Црквено право*, Правни факултет, Београд 2011. Овај уџбеник је без посебног трактата о Цркви и држави, али са опсежним увидима у преплитање црквеног и грађанског права; П. Ј. Бумис, *Канонско право*, Букбриц, Сарајево–Београд 2011, 157–161. У њему је однос Цркве и државе кратко и разубљено описан. В. Фидас, *Канонско право – богословска перспектива*, Богословски факултет СПЦ, Хиландарски фонд, Београд 2001, уџбеник је без посебног дисертовања или прегледа односа Цркве и државе.

² Вјероватно да је интуитивни одговор већине православних теолога потврдан: сви народи и било која држава могу засновати своје постојање у Христу и у Његовој Цркви. Како су национални идентитети субјективни осјећаји засновани на одређеним историјским наративима и свјетоназорним парадигмама, ограничења оваквог одговора једноставније је илустровати навођењем једног примјера националне државе какве је била Независна држава Хрватска. Да ли је једна таква злочиначка држава могла да рачуна са канонском Црквом у њеним оквирима? Проблем настајања тзв. Хрватске православне цркве није садржан само у проблематичности њеног канонског статуса већ и у чињеници да је она настала као дио геноцида над Србима у НДХ (о томе вид. Д. Ђукић, „Правни положај Хрватске православне цркве”, у: *Правни поредак Независне Државе Хрватске* (ур. Зоран Мирковић, Борис Беговић), Правни факултет, Београд 2017, 269–283. Да ли то значи да је немогуће да

попут држава, ни национални идентитети нису једнолични облици колективног идентитета.)

Сва ова питања нису само теоријска већ улазе у срж данашње проблематике примјене црквеног права. На примјер, у црквено-правној идеологији, коју данас емитује Патријаршија са сједиштем у Фанару, понекад се може чути тврдња да се јурисдикција једне помјесне Цркве простире само на територији матичне државе, па се сецесијом од државе укида њена јурисдикција на оцјепљеној територији³. Овај резон пропраћен је инсистирањем на томе да је једино могуће начело организације помјесних цркава оно које би се повиновало политичким границама држава, а не националном принципу. Таква идеологија је непосредно уписана у тзв. Томос о аутокефалији Православне цркве Украјине који је потписао патријарх Вартоломеј.⁴ Међутим, херменеутичка недоследност која се игнорише оваквом интерпретацијом садржана је у чињеници да су новостворене државе плод новијих национализама или чак шовинизама (Шта значи да се давањем аутокефалије Цркви Украјине избјегава национализам ако је сама Украјина као држава настала због украјинског национализма?) Такође, с обзиром на то што су у референдуму о сецесији, рецимо Украјине од СССР-а, или Црне Горе од Државне заједнице Србије и Црне Горе, учествовали и грађани који нису православне вјероисповјести или нису вјерници канонске Цркве, то значи да је политичка воља људи који не припадају Цркви постала, први пут у историји Цркве, саставни и конститутивни дио црквеног права. Очигледно је, дакле, да прости херменеутички трикови данас не помажу да се осмисли један досљедан систем примјене црквеног права уколико се озбиљно не размисли о природи феномена као што су „држава” или „нација”.

било који Хрват постане члан Православне Цркве? Свакако да не. Међутим, питање одређивања не само хрватског шовинизма већ и хрватског национализма према Православљу није тако једнозначно. Политичка пракса показује не само то да ипак постоји сасвим екстремна десничарска идеологија већ и национализми негативно усмјерени према некој посебној помјесној Православној цркви (а тиме и према Православној цркви у цјелини).

³ А. Νανάκης, Η Μητέρα Εκκλησία στη Δημοκρατία της Βόρειας Μακεδονίας, <https://fosfanariou.gr/index.php/2022/05/14/ecum-patr-sti-dimokratia-tis-boreias-makedonias/>, 26. 7. 2023.

⁴ „Стога, како је најблагочестивија и најбогомчуванија земља Украјина Вишим Промислом утврђена и узвеличана, остваривши потпуну политичку независност и будући да су њени државни и црквени управитељи више од тридесет година тражили њену црквену само-управу...” образлаже своју одлуку о давању „аутокефалије” цариградски патријарх Вартоломеј (вид. Томос <https://teologija.net/tomos/>, 18. 7. 2023)

2. Православна Црква и која и каква држава?

Неминовна је извјесна општост када се, рецимо, у уџбеницима црквеног права говори о односу Цркве и државе. Проблем настаје управо у тој педагошкој општости која се затим подразумијева у свим осталим контекстима. Но и Кијевска Русија и НДХ су обухваћене појмом „државе”, мада њихова улога у историји Православне цркве, њихов државни карактер и функција стоје у дијаметралној супротности.

Ствар је додатно компликована ако узмемо у обзир да се, на примјер, у себепоимању Римске империје ништа није нарочито промијенило 313. године, а Источно римско царство је наставило да његује политички идентитет „Римљана” до 1453, иако се у правном, политичком, културном и теолошком смислу све промијенило већ од Диоклецијана до Теодосија Великог, а много тога ни након њих није остало исто. Иако се понекад код православних канониста појављују оцјене *природе државне власти*, ријетко кад се указује да је разлог постојања једне државе инхерентно теолошки релевантан за однос Цркве према тој држави⁵. Држава увијек има свој разлог настанка и постојања, као и оно што је Слободан Јовановић називао „државном вољом”⁶. Црква, такође, има свој разлог настанка и постојања, као и „вољу Христову” као меритум свог бића, мада не смијемо на Њено појављивање у историји гледати само као на идеалну пројекцију Њеног бића (будући да њен богочовјечански организам од вијека сачињавају и још неспасени и неусавршени људи).

Питање о карактеру „државе” која ступа у неки *правни* али и *друштвени* однос са једном помјесном Црквом мора бити вишеструко постављено као питање: 1) о њеном уређењу; 2) друштвеном садржају и динамици; и 3) политичком резону. Сваки од ових аспеката може пресудно утицати на однос државе према Цркви али и Цркве према држави. У црквеном праву је, међутим, врло уобичајено да се појам државе рашчлањује сходно наведеним категоријама или узимајући бар у обзир теоријске и практичне феномене који би указивали на то да не постоје просто Црква и држава. Заправо, у црквено-правној

⁵ „За црквено право је од посебног значаја познавање грађанског права државе у којој дела Православна црква. За православне није исто да ли живе у хришћанској царевини, или у социјалистичкој, комунистичкој, римокатоличкој или исламској држави. Црква је пак кроз историју показала да свуда може опстати.” Д. Перић, 25.

⁶ С. Јовановић, *О држави – основи једне правне теорије*, Правни факултет, Београд 2011, 143.

литератури као да постоји или идеално-теоријска држава (понекад се идеална држава поистовјећује са Византијом)⁷ или слијед конкретних држава,⁸ али се не указује на њихове у основи различите карактере. То све доводи до једне трајно педагошки бесмислене ситуације: ми учимо студенте како ће се односити или према замишљеној и индиферентно конципованој држави или према државама са којима су се наши односи већ окончали. Али како се односити према данашњим државама? Како на наш однос утичу устројство, друштвена динамика и државотворни разлог генезе и функционисања једне државе?

Кад год се спомену идеални односи Цркве и државе, најчешће је ријеч о теорији (и пракси) симфоније.⁹ Њено пројектовање на данашњицу ипак поставља питање могућности примјене једне теолошке и друштвене теорије, настале у епоси у којој је *монархија* била подразумевани облик државне власти, у времену у коме практично не постоји нити једна православна монархија, чак ни парламентарног типа. Монархија по сили културне инерције задржава извјесну привлачност а нису ни данас ријетка богословска заснивања монархије као јединог православног облика власти, тј. државног уређења.¹⁰ Ово питање, међутим, није важно само као илустрација односа између *друштвене стварности*, политичког уређења и црквеног права. (До збацивања или укидање монархије у свим православним земљама дошло је револуцијама, страним окупацијама или побунама против монархије, али ни у једној од тих земаља монархија није обновљена након прекида трајања политичких фактора који су довели до збацивања монархије, будући да се у међувремену *друштво* у српским земљама, Русији, Румунији, Хеллади и Бугарској обликовало као друштво са републиканским уређењем као својеврсном неупитном основном државног устројства).

За функционисање Православне цркве неопходан је неки систем сабирања, усклађивања, комуникације, па и рјешавања конфликата између помјесних цркава. Како је васељенски сабор као уставна црквеног права проистицао из потреба Цркве, али су га (макар и *iure delegationis*)¹¹ сазивали византијски императори, непостојање

⁷ П. Бумис, 157–158. Истини за вољу, Бумис наводи неколико типичних односа Цркве и државе, мада није сасвим јасно на које помјесне цркве и које државе се типизација односи. Чини се да су по сриједи различите хеленске државе и цркве.

⁸ Д. Перић, 179–228.

⁹ *Ibid.*, 181.

¹⁰ Вид. З. М. Пено, *О монархији*, Удружење за повратак монархије „Краљевина Србија”, Панчево–Београд 2001.

¹¹ М. Петровић, „Положај и права византијског цара у Цркви”, *Теолошки погледи* 4/1971, 312.

не само било какве империје већ једне средишње православне империје ставља пред Православну Цркву неколико изазова. Најприје, ту је онај практичног карактера: ко данас сазива васељенски сабор? Но то нас доводи и до темељнијег питања одређивања самог карактера оних одредаба црквеног права донесених на васељенским саборима које су биле напоредно повезане са политичким и друштвеним реалијама Византије. То нас доводи до још темељнијег питања, оног које разликује хеленофоно и славенофоно Православље, а то је питање смисла васељенских сабора данас. Да ли су, на пример, привилегије дате Цркви у некадашњем Константинопољу због политичких привилегија („цар и сенат“) трајне категорије или су зависне од политичких реалија ради којих су уопште дате? Да ли постоје „цркве чија је аутокефалија неупитна јер су им их додијелили васељенски сабори“ и оне чије су аутокефалије „упитне“ јер их нису потврдили васељенски сабори?¹² Који орган уопште игра улогу коју су имали римски хришћански императори? Да ли Патријаршија у Истанбулу, као заинтересована страна, са амбицијама, претензијама и политичком зависношћу може да игра улогу саборног и координационог органа, тј. да преузме улогу царске власти? Да ли политичка моћ Русије може уопште да претендује на то да постане нова православна империја када је по сриједи савезна држава републиканског уређења? Свако од ових питања означава јасна ограничења која проста примјена једне подразумијеване схеме „Црква – држава“ на данашњу ситуацију подразумијева, али и ограничења једностраних рјешења која би настојала да некадашњу империјалну моћ замијене данашњим реалијама.

Таква империја за сада се не чини могућом, али чак и када би се појавила, тешко је данас повјеровати да би могла да се реконструише метафизичка актуелност православне вјере присутна у средњовјековним државама или у Московској Русији прије епохе Петра Великог.¹³ Друштвена динамика оних држава које баштине православне традиције није искључиво – па чак ни доминантно – обиљежена том традицијом (што не значи да је она сасвим нестала). Идеолошке амплитуде Русије, Хеладе, српских земаља у XX вијеку показују

¹² Вид. Д. Р. Ђого, „Да ли данас постоји Пентархија? (о „аутокефалији“, „старим“ и „новим“ патријаршијама данас), *Перспективе примјењене теологије у савременом добу – зборник радова са научног скупа*, Фоча 2023, 61–76.

¹³ О томе колико је православна вјера била друштвена стварност Московске Русије за вријеме раних царева из династије Романов вид. Д. Р. Ђого, *Русь, Руско-украјинско црквено питање (Црквена историја, идентитети, теологија)*, Књига прва: *Од Почетка Руси до 1670*, Православни богословски факултет Светог Василија Острошког, Београд, Москва, Кијев, Фоча 2020.

превртљивост са којом се тешко могу наћи одговарајуће историјске аналогije. Врло је значајна – мада у теолошким и нарочито црквено-правним студијама готово занемарена – проблематика *биополитике* као основног културног, врједносног, друштвеног процеса којим су трансформисани православни народи и њихове државе. Иако се црквено право бави проблемима абортуса, планирања породице и сл. на плану индивидуалног морала и приватне сфере живота, најкрупнија чињеница садашњице – она о претварању народа у биомасу – измиче и теоријском погледу и практичном дјеловању свештенства. Шта би конкретно значила реконструкција једне православне империје ако она нема суверену *биополитичку моћ*? Осјетљивост али и значај тог питања можемо најбоље да видимо у актуелном тренутку у коме је очигледно да Русија, као једина православна суперсила, јесте у стању да поврати геополитичку, економску и војну моћ, али не и демографску виталност и културну самобитност и независност. Уосталом, важење канона данас на подручју сексуалности не одређују доминантно интерпретативни модели (акривија – икономија), већ конкретан друштвени контекст чије садржаје није одредило Предање већ субјект културне и демографске окупације који Слободан Владушић успјешно назива Мегалополисом.¹⁴ То да ли данас живимо у државама и друштвима са православним друштвеним садржајима и државним институцијама које би те садржаје подржале не зависи више само од суверености државе или од статуса Цркве у њој већ од културних чинилаца који су изван ње, али су у њој присутни, дејствени и врло често одлучујући. Сексуална револуција, контракултура, етичко растакање друштва и постмодернистичка философија живота (са њеним етичким релативизмом) значајнији су (био)политички фактори који одређују важење канонског права и његову интерпретацију него што су то бројна „актуелна” питања канонског права.

Овдје би, свакако, било умјесно напоменути идеју о одумирању државе као стварности коју је марксизам постулирао а глобализам покушао да доведе до њеног крајњег исходишта. Показало се, међутим, да архитектура наших живота – и када су у питању наша вјеровања и облици политичког организовања – није била спремна да тако лако сасвим одустане од државе као концепта. Међутим, ако је глобализам престао да важи као политички концепт доминације Запада са циљем да обухвати читав свијет као јединствену економску,

¹⁴ Вид. С. Владушић, *Црњански, Мегалополис*, Службени гласник, Београд 2012, 22–39. „Јапански бизнисмен Оме Кеичи тврди да ће националне државе врло брзо бити замењене са неколико стотина градова-држава.”

политичку и културну средину, то значи да су фактори са којима је он и даље рачунао престали да дјелују, чак и унутар суверених сила попут Русије.

Глобализација је окончана политички, али није биополитички. Мегалополис се наставља не као претварање свијета у глобално село, већ као, засада, незаустављива агломерација цјелокупног свјетског становништа у стотињак мегалополиса који би и сами представљали просторе исте или врло сличне културе становања, живота и опхођења према другима. Та култура би рачунала са остацима „религије” као декоративним атавизмима у „урбаном дискурсу”. Док се ми питамо о карактеру и могућностима нове „православне империје”, Русија све више постаје Москва + Санкт Петербург + велика пустиња, а слично се дешава и са српским земљама и Хеладом. Како и на који начин Црква може пружити отпор овом току? Тако што ће активно осмислити стратегије другачијег живота – и то такве стратегије које неће бити само евоцирања руралне прошлости већ ће доносити синтезу врједносног кода наших предака и једне другачије културе живота унутар које ће бар нешто од корисних домета човјечанства послужити ревитализацији православних народа и њиховој врједносној оријентацији.

3. Народ-нација и Црква – динамика једног односа

Иако је процес формирања мегалополисне замијене за националну државу увелико у току, то не значи да се он одвија свугдје истим интензитетом или да су све досадашње тековине политичке и правне теорије и праксе већ одбачене. Заправо, паралелно са „одумирањем државе” (и у оквирима обједињујућих геополитичких пројеката и у оквирима биополитичке мегалополитизације), управо у вријеме најинтензивније вјере у „крај историје”, дошло је до разбијања вишенационалних надржава чију су етничку срж, па и идентитетски мит, примарно носили руски и српски народ (СССР и СФРЈ). Разбијање ових држава, али и ширег етничког простора српског и руског народа остварено је најприје унутар комунистичког императива „борбе са великодржавним хегемонизмима” (руским и српским) да би се затим то наслеђе операционализовало деведесетих година XX вијека у корист колективног Запада као побједника у Хладном рату и носиоца идеје „глобализације”. Тако смо дошли до само наизглед парадоксалног рјешења да су двије велике надржаве распарчане на много малих нација и држава, а затим су оне, сходно геостратешким интересима

или културно-политичким афилијацијама, интегрисане у ЕУ, НАТО и друге органе наднационалне интеграције. Привремена „независност” новостворене националне државе подарена је само као први корак ка жртвовању националног суверенитета. Да таква афилијација може да има и биополитичке посљедице најбоље показују Хрватска, а у извјесној мјери и Бугарска и Румунија: првој је обилата војна и политичка помоћ обезбјеђена како би се насилно издвојила из СФРЈ и „ријешила српско питање” етничким чишћењем, док су друге двије државе савршено економски и друштвено неспремне интегрисане у НАТО и ЕУ. Демографске посљедице ових процеса су за националне економије и друштвени живот тих држава катастрофалне, будући да су њихови грађани суштински претворени у честице биомасе чија је сврха опслуживање сектора услуга и индустријских капацитета развијених чланица.

Овдје се опет морамо вратити на питање *разлога настајања једне државе* као фактора који инхерентно одређује карактер те државе (бар у периоду у коме су актуелни политички разлози за њено настајање, а врло често, због културне и идентитетске инерције, и дуже). Иако црквено право данас рачуна да је свака држава – држава, тешко да је могуће ставити знак једнакости између, с једне стране, Србије или Републике Српске које су настале у оквиру покрета отпора страним завојевачима или устанцима против поробљавања и асимилације и, с друге стране, оних држава које су настале са јасном намјером да се српско становништво у њима елиминише или асимилије (занимљив, али и трагичан примјер јесте Црна Гора која је као нововјековна српска држава настала са намјером да буде облик отпора завојевачу, али је политичким манипулацијама и етничким инжењерингом њен *raison d'être* умногоме измијењен и окренут процесима опресије и асимилације Срба на њеном подручју).

Може ли се Православна Црква у сваком од ових случајева поставити савршено једнако и незаинтересовано – иако је јасно да у појединим примјерима, као на примјер у Украјини, сецесионистички порив који је довео до стварања или уобличења нове државе јасно дјелује и на пољу црквеног сецесионизма, па и отвореног непријатељства и насиља према Цркви? Ако данас погледамо канонску Украјинску православну цркву – најпрогоњенију хришћанску заједницу на свијету – зачуђује нас бруталност прогона којима је канонска Црква изложена, безочност власти и ћутање Истанбулске патријаршије која је непосредно учествовала у (не)канонској легализацији тзв. УПЦ, али је лако примијетити и невољност клира УПЦ да увиди да Украјина

никада није ни била конципована као „неутралан” или „доброћудан” државотворни пројекат. Тачно је да у појединим случајевима оформљавање националистичког наратива и новог националног идентитета пролази најприје кроз фазу грађанског национализма, као увод у етнички национализам коме се тежи. Но, свакоме са иоле солиднијим познавањем политичких процеса било је јасно да је Украјина из 1992. систематски направљена као слоган са наслова књиге њеног председника „Украјина – није Русија”.

Овдје такође можемо да видимо два основна феномена савремене православне теологије и праксе: политичку наивност канонске Цркве и политичку и канонску бескрупулозност Фанара, његових спонзора и његових експонената. Аргумент који је канонска Црква деценијама употребљавала – да је она *канонска* Црква – није у политичком животу Украјине играо одлучујућу улогу (мада јесте играо извјесну улогу). Међутим, са политичким токовима који су фаворизовали потпуно одвајање Украјине од Русије и руског наслеђа по себи, појачавао се притисак на УПЦ, да би на крају неканонске заједнице добиле „Томос” од Фанара, чиме се показало да аргумент каноничности у политичком и друштвеном животу Украјине на крају није успио да заштити Цркву од „неутралне” државе. Шта нам то онда говори?

Најприје нас упућује на једну непријатну чињеницу – да је цјелокупно познавање канонског права какво се данас предаје на богословским училиштима широм васељене савршено неоперативно без познавања основа политичких наука, студија национализма и културе. Спор око канонске јурисдикције РПЦ у Украјини није настао као херменеутички спор између Цариграда и Москве, већ је интерпретацијска површ само дубљи одраз токова који са канонским предањем немају много везе, тј. само је одраз жеље Фанара да посуди политичку моћ и уобличи је у црквену моћ под одређеним политичким околностима. Призма за разумијевање 28. канона Халкидонског сабора¹⁵ не долази из неког спецификума текстологије грчких канонских зборника, па чак ни из неког унисоног правничког хеленофоног консензуса, већ искључиво из етногенезе неохеленизма (у којој се категорија „варвара” и даље фингира као валидан концепт), из амбиција Фанара и из потреба глобалне моћи да лојални црквени центри контролишу што је могуће више територије на што репресивнији начин.

Шта ово конкретно може да значи за студије црквеног права, али и за праксу регулисања правног статуса православних помјесних

¹⁵ Вид. С. Троицки, „Црквена јурисдикција над православном дијаспором”, *Избране студије из црквеног права*, Београд 2008, 53–65.

Црква према новоствореним или старијим државама? Чини се да би студије црквеног права, социологије, политикологије и студија национализма требало интегрисати у практичнију црквено-практичну науку која би омогућавала адекватније сагледавање проблема са којима се Црква суочава.

Студије национализма могу бити врло корисна помоћна наука студијама црквеног права, бар као дескриптивни оквир којим се могу предвидјети одређене ситуације. Иако је православна теологија у XX вијеку врло паушално и некритички примјењивала преузете наративне образце само из појединих грана студија национализма (попут увјерења да су све савремене нације, без разлике, плод просветитељске политичке мисли),¹⁶ помније бављење студијама национализма, друштвеном и правном историјом, социјалном и политичком феноменологијом омогућило би боље сагледавање друштвеног и правног положаја, тј. друштвене, политичке и правне динамике која доводи до одређених посљедица. Као добар примјер може се узети Црна Гора. Многи су били изненађени када је 2020. године тадашња власт донијела одлуку о низу политичких акција које су кулминирале доношњем закона о слободи вјероисповијести којим је епархијама СПЦ практично одузета имовина. Међутим, политичка и друштвена динамика од 1998. година надаље указивала је на такав исход (а он је постао нарочито предвидљив након сецесија 2006. године). Иако данас није популарно указивати на чињеницу да се савремене етногенезе не догађају, како је говорио Милован Данојлић, „зачете од хегелијанског Духа Историје, а не као плод силовања Историје”,¹⁷ чињеница која се показује као неумитна јесте да нације и њихове државе настале на агресивном одвајању од сопствене прошлости нису благодатне према Цркви као залогу духовног јединства са онима од којих се нови идентитети и државе одвајају. Зато су, рецимо, студије национализма

¹⁶ Када је ријеч о студијама национализма, вриједи напоменути да није довољно узети само једну књигу или једног аутора, па на основу њега уобличити неку приручну и сажету концепцију савремене нације (или нација) за потребе православне теологије (како се то до сада најчешће чинило). Поред популарности Ерика Хобсбаума и његових теза, вриједило би указати на Ентонија Смита као еминентног познаваоца и проучаваоца нација и национализма, али и на српске ауторе попут Радована Самарџића, Жарка Видовића или Милоша Ковића. Вид. А. Д. Смит, *Национални идентитет*, Чигоја штампа, Београд 2010; А. Д. Смит, *Myths and Memories of the Nation*, Oxford University Press, Oxford 1999; Е. Hobsbawm, *Nations and Nationalism since 1780 – Programme, Myth, Reality*, Cambridge University Press, Cambridge 2000; М. Ковић, „Косовски завет и национални идентитет Срба”, *Историја и предање*, Катена мунди, Београд 2023, 40–78.

¹⁷ М. Данојлић, Писмо Милораду Поповићу, <https://srpska24.me/ismo-milovana-danojlica-miloradu-popovicu-nijeste-vi-srbofob-vi-mrzite-sami-sebe/>, 15. 7. 2023.

изузетно важне када нам објашњавају разлике између различитих типова националног осјећања и нација.

Несумњиво је тачно да Црква приступа сваком човјеку као створеноме по слици и прилици Божијој и нуди му улазак у Тијело Христово као мјесто његовог спасења. Та врата су отворена сваком човјеку, без обзира на његове личне или колективне слојеве идентитета. Међутим, поједнако је тачно да истине вјере нису само лабава културолошка увјерења која немају своје политичке импликације. Те политичке импликације могу имати своје црквено-правне последице. Ако је нечији културни миље „православан” али тај неко или његов колектив, рецимо, не жели да има било шта са Светим Савом, првим архиепископом српским или Светим Серафимом Саровским, само зато што су по сриједи српски или руски светитељи, ту кохезивни фактор културног миљеа очигледно не треба пренаглашавати као одлучујући како бисмо могли да се ослонимо на „православље” једног таквог човјека или идентитета. У ситуацији у којој се у друштвеној клими и политичком животу неке земље непрестано генеришу садржаји и наративи агресивни према, рецимо, светитељима Цркве или данашњим великодостојницима који симболизују црквено јединство са „непожељним” идентитетом, питање није: да ли ће се појавити агресивни црквени сецесионизам, већ када ће се он појавити као резултанта политичких фактора? Пасивно држање Цркве или, још горе, уљуљкивање у нади да држава постоји као гарант остваривања њених права, не пружају никакве гаранције да ће канонска Црква бити заштићена у будућности.

Такође, иако се на студијама теологије с времена на вријеме појављују и студије хришћанске социологије или социологије хришћанства (врло често управо повезане са студијама црквеног и канонског права), чини се да недостају адекватнији методолошки обрасци који би указивали на постојање вјерских истина и богослужбених пракси у друштву и објашњавали динамику симбола, наратива, лингвистичких и друштвених идентификатора са бићем Цркве. Иако је аналитички приступ питањима економске стратификације православних вјерника у једној земљи важан за разумијевање социјалне динамике и припадања тијелу Цркве, ништа мање нису важна ни питања језичке или вриједносне оријентације једног друштва. Динамика односа према руском језику у Украјини и односа према канонској УПЦ, на примјер, никада није довољно истражена да бисмо могли да утврдимо њихове корелације. Дуго се просто подразумијевало једноставно пресликавање афинитета па би се очекивало да су русофони Украјинци и

етнички Руси (између којих је граница свакако била порозна) морали бити присталице УПЦ а украјинофони Украјинци присталице црквених сецесиониста. Међутим, друштвена динамика у посљедње двије деценије знатно је измијенила и политичку, идентитетску и врједносну самоидентификацију русофоних Украјинаца доводећи их често у ситуацију сличну оној у којој се налази УПЦ – сви изрази лојалности, патриотизма, све жртве положене на олтар савремене Украјине не чине русофоне Украјинце мање сумњивим „исправним” Украјинцима. Иако се тенденције ка украјинизацији примјећују одавно и у канонској УПЦ, чињеница је да се њени клирици и медији њој блиски и даље понекад оглашавају на руском језику. Канонска Црква, међутим, никада није заузела неки експлицитан став о језичком питању сматрајући га „политичким питањем”. У каквом су, међутим, односу језичко и црквено питање? Да ли су по сриједи два аспекта истог чворишта? Да ли је могуће одбранити храмове и цркве, а немати коментар на питање језика, мјеста гдје, како каже Хајдегер, „пјеснички станује човјек”? Да ли је језичко право наших вјерника, право на запослење, право на образовање – само лично право човјека који иде у Цркву или су та права, као права вјерујућег народа, уједно и обавеза Цркве засноване на културном, језичком и врједносном идентитету који је маргинализован и угрожен?

4. Умјесто закључка

Није могуће лако ни набројати ни сажети све проблеме који настају на раскршћу црквеног права (тј. стварности Православне Цркве у свијету) са проблемима и изазовима савремених друштава. За неке од тих проблема више је него јасно да се не могу ријешити само репродукцијом устаљених образаца, нити сањивим зазивањем политичких и друштвених реалија које су прошле (попут хришћанске Римске империје). Такође, иако нас понешто у савременим православним државама може подсјетити на некадашња устројства, и премда је свакако за једну државу и народ здравије да се афирмативно односи према своме православном наслеђу, данас не постоји ниједна православна монархија као институција позвана да спроводи црквено право као државну политику или друштвену динамику. У таквој ситуацији морамо се замислити на који начин ћемо примјењивати одредбе црквеног права и нарочито да ли ће институције засноване на политичкој моћи византијских императора (попут, рецимо, данашњег диптиха помјесних цркава) моћи да оправдају саме себе.

Чини се да суштински проблем на политичком и правном пољу представља неспремност на то да Црква живи унутар новостворених држава са јасном критичком свијешћу о томе шта од политичких и друштвених феномена може да буде христјанизовано а шта непосредно спријечава спасење људских душа. Биополитичка тј. културнополитичка прекомпозиција човјекове егзистенције која настоји да од народа створи „биомасу”, „становништво” без идентитета и осјећаја за прошлост и будућност (Завјет и есхатон) представља опасност за коју се чини да до сада не налази на адекватан одговор ни у црквеном праву, ни у црквеној друштвеној пракси у православним државама и нашим помјесним црквама.

Слично ствари стоје и када су у питању нови национални пројекти и нове „државе” створене како би се разорила кохезивна сила Православне Цркве а завјетни православни народи били сведени на управљиве микростносе вазалног карактера (и на пољу културе и политике). Досадашње искуство XX и почетка XXI вијека показало је да црквено право не располаже одговарајућим методолошким приступом нити аналитичким апаратом само по себи, већ да је неопходно укључити политичке науке, социологију и студије национализма како би се свештенство и вјерни народ адекватније припремили за изазове које доживљавају и које ће опет доживљавати. Етнички инжењеринг, изградња грађанских национализма, поништавање језичког и културног наслеђа, асимилација и маргинализација чији смо свједоци у новоствореним „државама” нису случајности, већ проистичу из дубљег разлога постојања тих држава. Зато је умрежавање (свјетовног) права и канонског права, политикологије, социологије, студија културе и национализма једини методолошки оправдан пут којим Црква може да сагледа све аспекте стварности у друштву у коме живи, без деструктивне наивности, без самозаваравања и без бјежања од невоља и одговорности.

Darko R. Djogo

Full Professor of The St Basil of Ostrog Theological Faculty
University of East Sarajevo

EMPIRE, PEOPLE, NATION – ARE THE PROVISIONS OF CHURCH LAW APPLICABLE IN EVERY POLITICAL COMMUNITY?

Summary

In the canon law of the Orthodox Church today, it is not usual to ask questions about the character, organization, social dynamics or the reason for the existence of a certain state when describing the relationship between the Church and the state. However, it turned out that such an approach does not give adequate results when it comes to a well-thought-out conception of the relationship between the Church and the state. In a historical and theoretical perspective, such a relationship obscures the problem of the non-existence of an Orthodox universal empire that would take the place of the Byzantine emperors and thereby enable the reactualization of those aspects of church law that arose implying such a political reality. No less important is the problem of defining the Church according to biopolitical changes in contemporary society. Also, it has been shown that it is essential to notice the phenomena of ethnic engineering, contemporary ethnogenesis, breaking the unity of the Orthodox Church in order to be able to achieve an appropriate approach to these phenomena and take actions to deal with their harmful effects.

Keywords: ecclesiastical law, empire, nation, political science, biopolitics, society, dynamics.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

Бумис П. Ј., *Канонско право*, Букбриц, Сарајево–Београд 2011.

Владушић С., *Црњански, Магалополис*, Службени гласник, Београд 2012.

Ђого Д. Р., *Русь, Руско-украјинско црквено питање (Црквена историја, идентитети, теологија)*, Књига прва: Од Почетка Руси

- до 1670, Православни богословски факултет Светог Василија Острошког, Београд, Москва, Кијев, Фоча 2020.
- Ђого Д. Р., „Да ли данас постоји Пентархија? (о „аутокефалији”, „старим” и „новим” патријаршијама данас)”, *Перспективе примјене теологије у савременом добу – зборник радова са научног скупа*, Фоча 2023, 61–76.
- Ђукић Д., „Правни положај Хрватске православне цркве”, *Правни поредак Независне Државе Хрватске* (ур. Зоран Мирковић, Борис Беговић) Правни факултет, Београд 2017, 269–283.
- Јовановић С., *О држави – основи једне правне теорије*, Правни факултет Универзитета, Београд 2011.
- Ковић М., „Косовски завет и национални идентитет Срба”, *Историја и предање*, Катена мунди, Београд 2023, 40–78.
- Пено З. М., *О монархији*, Удружење за повратак монархије „Краљевина Србија”, Панчево–Београд 2001.
- Перић Д., *Црквено право – друго, измењено и допуњено издање*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1999.
- Петровић М., „Положај и права византијског цара у Цркви”, *Теолошки погледи* 4/1971, 307–315.
- Смит, А. Д., *Национални идентитет*, Чигоја штампа, Београд 2010, Anthony D. Smith, *Myths and Memories of the Nation*, Oxford University Press, Oxford 1999.
- Троицки С. В., *Црквено право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011.
- Тројицки С. В., „Црквена јурисдикција над православном дијаспором”, *Изабране студије из црквеног права*, Београд 2008, 53–65.
- Фидас В., *Канонско право – богословска перспектива*, Богословски факултет СПЦ, Хиландарски фонд, Београд 2001.
- Hobsbawm E., *Nations and Nationalism since 1780 – Programme, Myth, Reality*, Cambridge University Press, Cambridge 2000.

Остали извори

- Данојлић М., Писмо Милораду Поповићу, <https://srpska24.me/ismo-milovana-danojlica-miloradu-popovicu-nijeste-vi-srbobof-vi-mrzite-sami-sebe/> 15. 7. 2023.
- Νανάκης Α., Η Μητέρα Εκκλησία στη Δημοκρατία της Βόρειας Μακεδονίας, <https://fosfanariou.gr/index.php/2022/05/14/ecum-patr-sti-dimokratia-tis-boreias-makedonias/>, 26. 7. 2023.

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СРПСКЕ ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ У СЈЕДИЊЕНИМ АМЕРИЧКИМ ДРЖАВАМА У XX И XXI ВЕКУ

Сажетак

Српска Православна Црква већ дужи од једног века врши своју духовну мисију међу православним Србима у Сједињеним Америчким Државама. На територији Сједињених Америчких Држава Српска Православна Црква данас има три епархије, више од 130 храмова, капела и богослужбених места, десетак манастира, више од сто црквено-школских општина, око 150 парохијских и умировљених свеищенослужитеља и ђакона, велики број омладинских кампова, хорова, кола српских сестара и српских православних гробаља. Епархија американско-канадска Српске Православне Цркве је 1927. године стекла правни субјективитет у савезној држави Илионис по Закону о верским корпорацијама и Српска Православна Црква од тада постоји као субјекат права у Сједињеним Америчким Државама. У раду се анализира правни положај Српске Православне Цркве и њених епархија од оснивања Епархије американско-канадске 1921. године до данас.

Кључне речи: Српска Православна Црква, Патријаршија српска, епархија, Устав Српске Православне Цркве, правно лице, корпорација.

1. Увод

Историја Српске Православне Цркве на простору Сједињених Америчких Држава исписује се већ скоро 130 година. Први српски досељеници су ступили на тло Америке 1815. године, а већ негде око 1850. године Срби су почели да се организованије досељавају у Сједињене Америчке Државе. Први српски досељеници су у Сједињене Америчке Државе долазили из Хабзбуршке монархије и Црне Горе, а потом и из других српских земаља. Духовне потребе новодошлих православних Срба су у „новом крају” биле посебно изражене, па су одлазили на богослужења у руске православне храмове у Сједињеним Америчким Државама. Данас се може рећи да су Срби у

* Протојереј-ставрофор, виши научни сарадник / ванредни професор, Српска Православна Црква, Београд, otacvelibor@gmail.com

Цексону (Калифорнија) 1894. године, трудом Архимандрита Севастијана (Дабовића), свој духовни пут у Северној Америци почели са Светим Савом и од тада се исписује историја Српске Православне Цркве на простору Сједињених Америчких Држава, али и других држава у Северној, Средњој и Јужној Америци. Срби су свој први православни храм у Цексону у Калифорнији посветили Светом Сави као духовном оцу српског народа без обзира на то што су се, све до 1913. године, налазили у канонској јурисдикцији Руске Православне Цркве.¹ На Српском црквено-народном сабору 1913. године донета је одлука да се православни Срби у Сједињеним Америчким Државама са својим свештенством и храмовима ставе под канонску управу Митрополије београдске у Краљевини Србији на чијем се трону налазио тадашњи Митрополит београдски Димитрије (Павловић).

После завршетка Првог светског рата, стварања Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца и другог обновљења Српске Патријаршије (1918–1922), изван граница новостворене државе, а у саставу канонске јурисдикције обновљене Српске Патријаршије, нашао се и одређени број епархија, парохија, манастира и других црквених установа. У том периоду, под Српску Православну Цркву у духовном и јерархијском јединству потпале су „Православна чешка епархија са седиштем у Прагу, Мукачевско-прјашевска православна епархија у Прикарпатској Русији у Чехословачкој Републици са седиштем у Мукачеву, Српска православна епархија задарска са седиштем у Задру, Српски православни викаријат скадарски са седиштем у Скадру”,² као и „Српска Православна Црква у Сједињеним Државама Америке и Канаде са седиштем у Чикагу”.³ У Уставу Српске Православне Цркве од 1947. године прописано је да, поред осталих, „под Српску Православну Цркву у духовном и јерархијском погледу потпада и Српска Православна Црква у Сједињеним Државама Америке и Канаде, са седиштем у Чикагу, односно у манастиру Светога Саве код Либертивила”.⁴ Имајући у виду бројност различитих православних јурисдикција на простору Сједињених Америчких Држава и Канаде, није необично што је једна епархија Српске Православне Цркве на простору Сједињених Америчких Држава у Уставу Српске Православне Цркве од 1931.

¹ Вид. С. Вуковић, *Историја Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама и Канади 1891–1941*, Каленић, Крагујевац 1994.

² Чл. 13 Устава Српске Православне Цркве од 1931. године, Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве, Београд 1931.

³ *Ibid.*

⁴ Чл. 15, ст. 1, тач. 1 Устава Српске Православне Цркве од 1947. године, *Гласник*, бр. 7–8.

године и у Уставу Српске Православне Цркве од 1947. године означена као *Српска Православна Црква у Сједињеним Државама Америке и Канаде*, али се мора приметити да такав приступ није еклисиолошки најисправнији. С обзиром на то што се радило о почетку успостављања редовне црквене организације на тако великом простору Северне Америке, осећала се потреба да се нагласи да је реч о Српској Православној Цркви која је била оличена у Епархији америкаанско-канадској.

Свети Архијерејски Сабор је 1921. године, водећи рачуна о својој пастви, пре свега о православним Србима у далеком свету, а посебно на територији Сједињених Америчких Држава и Канаде, где их је и било највише, донео одлуку о оснивању Епархије америкаанско-канадске Српске Православне Цркве. Новооснованом епархијом управљали су најпре епископи-администратори.⁵ Свети Архијерејски Сабор је 1925. године за првог Епископа америкаанско-канадског изабрао Архимандрита Мардарија (Ускоковића).⁶ Новоизабрани Епископ америкаанско-канадски Мардарије је пред собом имао бројне пастирске, али и административне обавезе. Посебан труд је уложио да установи епархијске органе на исти начин на који су били установљени и у другим епархијама Српске Православне Цркве. Било је неопходно да се после тога предузму активности да новооснована Епархија америкаанско-канадска стекне и правни субјективитет у складу са Свештеним канонима, Светим Предањем, унутрашњим актима Српске Православне Цркве, али и са тада важећим прописима у два државама на чијим је територијама имала своју канонску јурисдикцију – Сједињеним Америчким Државама и Канади. Иако се свега десетак година налазио на челу Епархије америкаанско-канадске, Епископ Мардарије је поставио и утврдио темељ српске црквене организације у Сједињеним Америчким Државама и Канади.

2. Црквено-правни положај епархија Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама

Имајући у виду да је у време избора Архимандрита Мардарија за Епископа америкаанско-канадског припреман будући Устав Српске Православне Цркве, а да је за стицање правног субјективитета

⁵ Епархијом америкаанско-канадском Српске Православне Цркве су од 1921. до 1925. године администрирали епископи-администратори: Епископ охридски Николај (Велимировић) – до 1923. године и Патријарх српски Димитрије (Павловић) – до 1925. године.

⁶ С. Вуковић, *Српски јерарси од IX до XX века*, Евро, Унирекс, Каленић, Београд–Подгорица 1996, 308.

новоформиране Епархије у правном поретку Сједињених Америчких Држава, поред осталог, био неопходан и унутрашњи организациони акт Епархије, Епископ Мардарије је, са свештенством и часницима епархијских органа, 1927. године припремио Устав Српске Источно-Православне Епархије у Сједињеним Државама Северне Америке и Канади.⁷ Црквено-народни сабор Епархије американско-канадске је 1927. године прелиминарно усвојио епархијски Устав, који је упућен Светом Архијерејском Сабору на коначну потврду и одобрење. Свети Архијерејски Сабор је 1928. године одобрио и потврдио Устав Српске Источно-Православне Епархије у Сједињеним Државама Северне Америке и Канади.⁸ Ускоро ће се навршити 100 година од тог догађаја који је представљао преседан у свеукупној историји Српске Православне Цркве.

Због реалних и специфичних црквених потреба, Устав Српске Источно-Православне Епархије у Сједињеним Државама Северне Америке и Канади усвојен је пре усвајања Устава Српске Православне Цркве од 1931. године. У то време, устројство обновљене Патријаршије Српске није било у потпуности нормирано у црквено-правном погледу, а организација Српске Православне Цркве је нормирана различитим уредбама које је, са мањим или већим степеном сагласности са Светим Архијерејским Синодом и Светим Архијерејским Сабором Српске Православне Цркве, а често и једнострано, доносила државна власт новостворене Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца (Уредба о устројству Средишњег Архијерејског Сабора,⁹ Привремена уредба о Српској Патријаршији,¹⁰ Уредба о Светом Архијерејском Сабору и Светом Архијерејском Синоду Српске Православне Цркве,¹¹ Уредба о избору првог српског патријарха успостављене Патријаршије¹² итд.).

Епископ Мардарије је, одмах после усвајања и ступања на снагу Устава Српске Православне Цркве 1931. године, са епархијским

⁷ Устав Српске Источно-Православне Епархије у Сједињеним Државама Америке и Канаде од 1927. године, Београд 1928.

⁸ Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве, АС бр. 14/77 од 25. октобра 1928. године.

⁹ Уредба о устројству Средишњег Архијерејског Сабора од 1919. године, *Службене новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, бр. 90/1919.

¹⁰ Привремена уредба о Српској Патријаршији од 1920. године, *Службене новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, бр. 238/1920.

¹¹ Уредба о Светом Архијерејском Сабору и Светом Архијерејском Синоду Српске Православне Цркве од 1920. године, *Службене новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, бр. 18/1921.

¹² Уредба о избору првог српског патријарха успостављене Патријаршије од 1920. године, *Службене новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, бр. 238/1920.

органима започео припрему измена и допуна Устава Српске Источно-Православне Епархије у Сједињеним Државама Северне Америке и Канади од 1927. године, са циљем да се тај епархијски општи црквено-правни акт у потпуности усагласи са Уставом Српске Православне Цркве и да у црквено-правном и правном смислу буде израз јединства у нашој Цркви.¹³ Одредбе епархијског Устава су и касније усклађиване са одредбама Устава Српске Православне Цркве (1938. године). После смрти Епископа Мардарија, Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве је за администратора Епархије американско-канадске поставио Епископа Иринеја Ђорђевића који је Епархијом управљао од 16. јула 1936. до 1. јула 1938. године.¹⁴ После њега, за Епископа американско-канадског је изабран Епископ Дамаскин Грданички, који је Епархијом управљао од 1. јула до 8. децембра 1938. године.¹⁵ Епископ Дионисије Миливојевић је 1939. године изабран за Епископа американско-канадског и на тој дужности је остао до рашчињења 1964. године.¹⁶

После несрећног и од комунистичког режима изазваног раскола у Сједињеним Америчким Државама и Канади 1963. године, рашчињени Епископ американско-канадски Дионисије је са делом свештенства и народа наставио да функционише на свој начин користећи назив Епархија американско-канадска. Они су доносили своје акте и задржали „свој Устав”. Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве је 10. маја 1963. године донео одлуку о подели дотадашње Епархије американско-канадске на три епархије: Епархију средњезападноамеричку, Епархију источноамеричку и Епархију западноамеричку, и изабрао је за њих три епархијска архијереја: Фирмилијана (Оцокољића), Стефана (Ластавицу) и Григорија (Удицког). Новоформиране епархије су се у црквеном погледу управљале на основу Свештених канона Православне Цркве, Устава Српске Православне Цркве и епархијског Устава.

Три епархије Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама су 1981. године одлучиле да у америчком правном поретку користе заједнички назив *Српска Православна Црква у Сједињеним Америчким Државама и Канади*, а на Црквено-народном сабору 1980. и 1981. године усвојен је нови Устав Српске Православне

¹³ Устав Српске Православне Епархије у Сједињеним Државама Северне Америке и Канади од 1931. године, Сремски Карловци 1939.

¹⁴ Ђ. Слијепчевић, *Историја Српске Православне Цркве*, III, БИГЗ, Београд 1991, 348.

¹⁵ С. Вуковић, 150.

¹⁶ *Ibid.*, 172.

Цркве у Сједињеним Америчким Државама и Канади,¹⁷ који је Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве потврдио 1982. године. Не треба губити из вида да су то биле године у којима је тзв. амерички раскол био на врхунцу међу православним Србима у Сједињеним Америчким Државама, али и све до Аустралије и Новог Зеланда. Епархија америчанско-канадска у расколу је касније прогласила тзв. Слободну Српску Православну Цркву и, такође, донела унутрашњи црквено-правни акт који је назвала уставом, али је та групација све до 1992. године остала изван црквено-правног поретка Српске Православне Цркве. Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве је 1983. године донео одлуку да се од дела Епархије источно-америчке и канадске на територији Канаде оснује Епархија канадска. Статут Епархије канадске је усвојен 1995. године, а потврђен је одлуком Светог Архијерејског Сабора Српске Православне Цркве 1995. године¹⁸ (измене и допуне Статута Епархије канадске извршене су 2011. године и исте године су одобрене од Светог Архијерејског Сабора Српске Православне Цркве)¹⁹.

Зацељењем тзв. америчког раскола на Сретење 1992. године и даље су, по икономији, остали на снази Устав Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама и Канади и Устав Слободне Српске Православне Цркве. Такво стање у коме су четири епархије у Сједињеним Америчким Државама имале два устава остало је све до 2007. године, када је Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве²⁰ потврдио Устав Српске Православне Цркве у Северној и Јужној Америци,²¹ који је претходно усвојен на заједничком Црквеном сабору Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама и Канади и Српске православне митрополије новограчаничке – Епархије за Сједињене Америчке Државе и Канаду, 25. априла 1998. године.

Три епархијска архијереја Српске Православне Цркве из Сједињених Америчких Држава су 23. априла 2018. године поднела

¹⁷ Устав Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама и Канади од 1982. године, Српска Православна Црква у Сједињеним Америчким Државама и Канади, Либертивил 1982.

¹⁸ Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве, АС бр. 16 / зап. 111 од 24. маја 1995. године.

¹⁹ Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве, АС бр. 53 / зап. 127 од 23. маја 2011. године.

²⁰ Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве, АС бр. 8 / зап. 91 од 22. маја 2007. године.

²¹ Устав Српске Православне Цркве у Северној и Јужној Америци од 2007. године, Чикаго 2008.

предлог Светом Архијерејском Сабору Српске Православне Цркве да се „изврши територијално ограничење правоснажности Устава Српске Православне Цркве у Северној и Јужној Америци из 2007. године само на епархије у Сједињеним Америчким Државама”.²² Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве је 7. маја 2018. године донео одлуку којом је усвојио предлог тројице епископа из Сједињених Америчких Држава и одобрио „територијално ограничење” дотадашњег Устава Српске Православне Цркве за Северну и Јужну Америку искључиво на српске православне епархије у Сједињеним Америчким Државама, и то на основу члана 13, тачка 15 и члана 33 Устава Српске Православне Цркве у Северној и Јужној Америци и наложио је да се тадашњи Епископски савет Српске Православне Цркве за Северну и Јужну Америку преименује у Епископски савет Српске Православне Цркве за Северну, Средњу и Јужну Америку.²³ Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве је истом одлуком умолио Епископски савет Српске Православне Цркве за Северну, Средњу и Јужну Америку да „предузме све потребне мере, у погледу извесних прописа и ингеренција у горепоменутом Уставу, а сходно одобреном ограничењу, ради извршења неопходних измена овог Устава (укључујући ограничење ингеренција Централног црквеног савета на територији Сједињених Америчких Држава)”²⁴ уз обавезу да „о томе благовремено извести Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве и да се измењени текст Устава достави у надлежност и на коначну потврду Светом Архијерејском Сабору Српске Православне Цркве”.²⁵

„Уставно питање Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама” је без ваљане црквено-правне потребе стављено на дневни ред 22. Црквеног сабора, 16. августа 2019. године у Манастиру Нова Грачаница код Чикага. Чланови Црквеног сабора су укратко информисани о „извршеним изменама и допунама Устава Српске Православне Цркве у Северној Америци”, као и о промени назива устава у „Устав српских православних епархија у Сједињеним Америчким Државама”.²⁶ Судаћи по садржају Устава српских

²² Српска Православна Црква – Епархије у Сједињеним Америчким Државама – Епископски савет, без деловодног броја, 23. април 2019. године.

²³ Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве, АС бр. 45 / зап. 171 од 7. маја 2018. године.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Устав српских православних епархија у Сједињеним Америчким Државама од 2019. године, Српске православне епархије у Сједињеним Америчким Државама, Либертивил, Илиноис 2019.

православних епархија у Сједињеним Америчким Државама може се закључити да то нису биле измене и допуне важећег Устава Српске Православне Цркве у Северној и Јужној Америци од 2007. године, него се радило о новом уставу за три епархије чија се јурисдикција простирала на територији Сједињених Америчких Држава. Придржавајући се одлуке Светог Архијерејског Сабора Српске Православне Цркве од 7. маја 2018. године, Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве је, због одређеног броја отворених питања у овом случају донео одлуку којом је ставио ван снаге све одлуке Црквеног сабора Српске Православне Цркве у Северној и Јужној Америци од 2019. године које се тичу устројства српских православних епархија на том подручју, а Епископском савету Српске Православне Цркве за Северну, Средњу и Јужну Америку је ставио у дужност да сазове ванредно заседање Црквеног сабора и спроведе наведену одлуку.²⁷ Имајући у виду значај наведене одлуке, Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве је новом одлуком позвао Епископски савет Српске Православне Цркве за Северну, Средњу и Јужну Америку да без одлагања приступи извршењу синодске одлуке од 25. септембра 2019. године.²⁸ Коначно, на ванредном заседању Црквеног сабора, 29. фебруара 2020. године у Клирвотеру на Флориди, стављен је ван снаге Устав српских православних епархија у Сједињеним Америчким Државама од 2019. године. На Црквеном сабору је изречена и веома снажна порука црквено-правне и правне природе: „Једна Црква – један устав!”

Српска Православна Црква данас, век после оснивања прве српске епархије за Сједињене Америчке Државе и Канаду, у Северној, Централној и Јужној Америци има пет епархија од којих се три налазе на територији Сједињених Америчких Држава, једна на територији Канаде и једна на територијама више држава у Централној и Јужној Америци. Епархија канадска и Епархија буеносајреска и јужноцентралноамеричка имају своје статуте који су се начелно показали као примерени општи црквено-правни акти не само у црквено-правном него и у правном погледу.

Устав Српске Православне Цркве у Северној и Јужној Америци је, како се више пута показало у пракси, неприродно и недопустиво постао црквено-правни акт коме су, посебно у Сједињеним Америчким Државама, у одређеним ситуацијама придавани већи

²⁷ Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве, бр. 995 и 1009 / зап. 638 од 25. септембра 2019. године.

²⁸ Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве, бр. 1218 од 22. октобра 2019. године.

значај и правна снага од Устава Српске Православне Цркве. Норме Устава Српске Православне Цркве у Северној и Јужној Америци се у најмањој могућој мери ослањају на Устав Српске Православне Цркве, а посебно проблематичне су, како се показало током претходних година, одредбе о тзв. административној аутономији. Показало се да су тзв. централни црквени органи у Сједињеним Америчким Државама (Црквени сабор, Централни црквени савет, Епископски савет и др.) правно позиционирани готово као еквивалентни највишим органима Српске Православне Цркве – Светом Архијерејском Сабору, Светом Архијерејском Синоду, Великом црквеном суду и Патријаршијском управном одбору. Осим тога, велика пространства Северне и Јужне Америке у сваком погледу отежавају рад тих тзв. централних органа, а отворено је и питање кадровске оспособљености и функционалности лица која су у њима вршила и врше одређене дужности.

Првенствено посматрано са еклисиолошког, а потом и са црквено-правног и правног становишта, нема оправдања да пет епархија једне помесне Цркве има посебан устав (све епархије су, по важећем Уставу Српске Православне Цркве, у истом рангу и части, и са истим правима и обавезама). Неспорно је да је епархијама Српске Православне Цркве у Северној и Јужној Америци потребан општи црквено-правни акт за регулисање њиховог правног положаја у државама у којима врше еванђељску мисију, али је, такође, неспорно да то не може бити устав. Исти црквено-правни и правни разлози важе и за Устав Митрополије аустралијско-новозеландске од 2011. године.²⁹ Оптимални црквено-правни акти за сваку епархију Српске Православне Цркве у Западној Европи, Северној и Јужној Америци, Аустралији и Новом Зеланду јесу епархијски статuti који треба да буду у сагласности са Свештеним канонима Православне Цркве и Уставом Српске Православне Цркве за чије ће доношење, измене, допуне и укидање једино бити надлежан Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве.

Имајући у виду значај јединства Српске Православне Цркве, Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве је у току 2021. и 2022. године, поред осталих, донео и три веома важне одлуке које се односе на јединство црквено-правног поретка Српске Православне Цркве. Пре свега, Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве је 2021. године потврдио одлуке Светог Архијерејског Синода

²⁹ Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве, АС бр. 1 и 2 / зап. 128 од 23. маја 2011. године и АС бр. 41/зап. 103 и бр. 42 / зап. 104 од 20. маја 2016. године.

од 2018. и 2019. године којим је Устав српских православних епархија у Сједињеним Америчким Државама од 2019. године стављен ван снаге.³⁰ Даље, 20. маја 2022. године донео је две веома важне одлуке: прву – о промени назива Устав Митрополије аустралијско-новозеландске у Статут Митрополије аустралијско-новозеландске³¹ и другу – о припреми три статута за три епархије Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама, а потом и за стављање ван снаге Устава Српске Православне Цркве у Северној и Јужној Америци.³²

Треба имати у виду да данас, на срећу, не постоје некадашњи политички разлози који су по разним основама делили и завађали православне Србе у Сједињеним Америчким Државама и свуда по свету. После горких искустава из тзв. америчког раскола, православни Срби из Северне, Средње и Јужне Америке, као и из целокупног српског расејања, желе интензивнији контакт са „старим крајем”, а посебно са Патријаршијом српском која је била, јесте и остаје чувар и гарант њиховог духовног, националног и културног идентитета.

3. Правни положај епархија Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама

Питању правног положаја Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама, најпре једне њене епархије, па три епархије, а потом и бројних манастира, црквених општина и других црквених установа није посвећивана одговарајућа правничка пажња.³³ Без сумње, реч је о веома важном питању, али треба имати у виду да је правни систем Сједињених Америчких Држава представљао непознаницу за српске црквене правнике.

У Сједињеним Америчким Државама не постоји јединствен општи правни акт – закон о правном положају цркава, верских заједница и верских организација. Амандманом I од 1791. године на Устав Сједињених Америчких Држава прописано је да „Конгрес не може да доноси никакав закон о установљењу државне религије, као ни закон који забрањује слободно исповедање вере, а ни закон који ограничава слободу говора или штампе или право народа на мирне зборове

³⁰ Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве, АС бр. 53 / зап. 95 од 29. маја 2021. године.

³¹ Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве, АС бр. 39 / зап. 82 од 20. маја 2022. године.

³² Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве, АС бр. 38 од 20. маја 2022. године.

³³ Вид. С. Спасовић, *Историја Српске Православне Цркве у Америци и Канади 1941–1991*, Источник, Торонто 1997.

и упућивање петиције влади за исправљање неправди”.³⁴ Судаћи по наведеној одредби, највишим правним актом Сједињених Америчких Држава забрањено је законско успостављање државне религије, али је свакоме загарантовано слободно исповедање вере. Регулисање правног положаја црква, верских заједница и верских организација, на принципима слободног исповедања вере или уверења и одвојености црква и верских заједница од државе, спада у надлежност сваке савезне државе у Сједињеним Америчким Државама.

Посматрајући са ове временске дистанце, уочава се да је Епископ Мардарије веома добро схватио значај питања правног субјективитета и регулисања правног положаја Епархије американско-канадске, а преко ње и Српске Православне Цркве – Патријаршије српске у правном поретку Сједињених Америчких Држава. Епископ Мардарије је 1927. године, пред надлежним органом савезне државе Илиноис, покренуо поступак за упис Епархије у евиденцију верских организација под називом *Српски источно-православни Епархијски савет за Сједињене Америчке Државе и Канаду*.³⁵ Данас, непуни век касније, можемо да тумачимо због чега је у евиденцију верских организација Илиноиса уписан Епархијски савет као епархијски орган, а не Епархија која, по црквеном праву, увек има црквено-правни субјективитет, али може, у складу са прописима државе у којој се налази њено седиште, да стекне и правни субјективитет. Као што је горе наведено, у време покретања поступка за упис Епархије американско-канадске у евиденцију верских организација у Илиноису још увек није био донет Устав Српске Православне Цркве, а Епархија американско-канадска је била прва новооснована српска православна епархија после 1918. године која је имала своју канонску јурисдикцију изван граница нове државе – Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца – на чијој се територији нашао простор историјске канонске јурисдикције Пећке Патријаршије. После доношења Устава Српске Православне Цркве 1931. године, Епископ Мардарије је са члановима епархијских органа покренуо поступак са циљем да у евиденцију верских организација у савезној држави Илиноис упише Епархију американско-канадску у складу са Уставом Српске Православне Цркве. Пред надлежним органом савезне државе Илиноис покренуо је 15. маја 1935. године поступак за упис Епархије у евиденцију верских организација под називом

³⁴ Устав Сједињених Америчких Држава од 1787. године, Амбасада Сједињених Америчких Држава у Београду, Београд 1978.

³⁵ Други измењени и допуњени Оснивачки акт Српске Православне Цркве – Патријаршије српске у Сједињеним Америчким Државама, *Гласник*, бр. 2/2023, 9.

*Српска источно-православна епархија за Сједињене Америчке Државе и Канаду.*³⁶ Извршени упис није био конститутивног, него деклараторног карактера, а наша Црква је, на основу тог уписа у евиденцију, у правном поретку Сједињених Америчких Држава уживала одређене повластице, укључујући и оне пореског карактера, као и остале цркве, верске заједнице и верске организације које су постале субјекти права. Назив Епархије под којим је уписана у евиденцију верских организација у савезној држави Илиноис 1935. године био је у употреби скоро пола века, то јест до 9. марта 1984. године, када је њен назив промењен у *Српска Православна Црква у Сједињеним Америчким Државама и Канади.*³⁷

У току 2017. и 2018. године предузете су одређене правне радње и правне активности које су у интерној црквеној кореспонденцији неправилно означене као „правна нормализација”. Дотадашњи званични назив Српске Православне Цркве у евиденционим актима савезне државе Илиноис – *Српска Православна Црква у Сједињеним Америчким Државама и Канади* промењен је на црквено непрописан начин у *Српске православне епархије у Сједињеним Америчким Државама.*³⁸ Извршена је и статусна промена превођењем наше Цркве из реда верских непрофитних у ред секуларних непрофитних организација на које се примењује законски акт о непрофитним организацијама (корпорацијама), а за остварење тог циља су донети нови оснивачки акт и статут који нису били у сагласности са Свештеним канонима Православне Цркве и Уставом Српске Православне Цркве. После одлука са ванредног заседања Црквеног сабора Српске Православне Цркве у Северној и Јужној Америци, који је одржан 28. фебруара 2020. године у Клирвотеру на Флориди, назив трансформисане непрофитне секуларне корпорације је у току 2020. године промењен у *Епархије Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама,*³⁹ а управљачка структура је делимично промењена. И у овом случају се појавио велики број отворених питања која нису била у сагласности са Свештеним канонима Православне Цркве, Уставом Српске Православне Цркве и одлукама Светог Архијерејског Сабора и Светог Архијерејског Синода Српске Православне Цркве.

У том периоду су у евиденције надлежних органа у шест савезних држава у Сједињеним Америчким Државама (Илиноис,

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, 10.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

Индијана, Калифорнија, Њујорк, Пенсилванија и Охајо) као новоформиране „секуларне непрофитне корпорације” уписане и Епархија новогрчаничко-средњезападноамеричка у Чикагу и Епархија источноамеричка у Њујорку, Манастир Светога Саве у Либертивилу, Манастир Покрова Пресвете Богородице – Нова Грачаница на Трећем језеру, Манастир рођења Пресвете Богородице у Њу Карлајлу, Манастир Сабора Светог Архангела Гаврила – Нова Марча у Ричфилду и Манастир Пресвете Богородице у Шејдленду. Епархија западноамеричка је у евиденцију надлежног државног органа Калифорније уписана као непрофитна верска корпорација из Лос Анђелеса. У свим наведеним случајевима појавио се, такође, велики број отворених питања која нису била у сагласности са Свештеним канонима Православне Цркве, Уставом Српске Православне Цркве и одлукама Светог Архијерејског Сабора и Светог Архијерејског Синода Српске Православне Цркве. Са црквено-правног и правног становишта су посебно спорни уписи епархија Српске Православне Цркве на територији Сједињених Америчких Држава као новоформираних секуларних, непрофитних, а не верских корпорација (организација) чији су оснивачи били епископи као физичка лица – „пунолетни амерички грађани”. Треба имати у виду да, сходно члану 16 Устава Српске Православне Цркве, епархију искључиво оснива Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве.

Правне активности тројице епископа Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама од 2017. до 2020. године у великој су мери задирале у црквено-правни поредак и правни положај наше Цркве на територији шест савезних држава у Сједињеним Америчким Државама. Читав процес, иако назван „правном нормализацијом”, није био ни у складу са прописаним црквеним процедурама. Притом, недовољна или готово никаква унутарцрквена транспарентност изазвала је велику забринутост Светог Архијерејског Сабора и Светог Архијерејског Синода Српске Православне Цркве, али и свештенства, монаштва и верног народа првенствено у Сједињеним Америчким Државама, као и шире јавности. Захваљујући подацима из евиденционих регистара у Сједињеним Америчким Државама, у јавност су доспеле информације о „оснивању нових секуларних непрофитних корпорација” под званичним називима епархија и манастира Српске Православне Цркве, али и о преносу црквене имовине велике вредности у својину тих корпорација.

Уочљиво је да термин „корпорација” уопште није правилно схваћен пре свега од актера процеса који је назван „правном

нормализацијом у Сједињеним Америчким Државама”. Следствено томе, тај термин није ни објашњен у црквено-правном и правном смислу током процеса, а ни касније. Без икакве сумње, новоформиране „непрофитне секуларне српске православне корпорације” су изазвале доста забуна и нејасноћа међу свештенством и верним народом Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама, али и шире. Са црквено-правне и правне тачке гледишта, није исправно поимање и тумачење креатора и заговорника „процеса правне нормализације у Сједињеним Америчким Државама” по коме је „корпорација секуларни правни ентитет или продужена рука епархије или манастира”.⁴⁰ *Шта су, заправо, „корпорације”* и шта оне означавају у праву уопште, у правном поретку Сједињених Америчких Држава и у црквено-правном поретку Српске Православне Цркве?

Корпорације (енгл. *corporation* – тело, удружење, савез) постоје још од римског права под називима *corpus* или *universitas*. Корпорације су у средњем веку означавале одређена удружења. У савременом праву, корпорације означавају различита удружења или организације – једном речју, различите друштвене организације, које стичу правни субјективитет и као правна лица заступају и штите права и интересе својих припадника остварујући одређене циљеве, укључујући и могућност остваривања верских циљева. Корпорације/организације (правна лица) су нарочито развијене у новом веку, а посебно карактеришу правне системе Сједињених Америчких Држава и Велике Британије, при чему се термин *corporation* искључиво користи да означи различите врсте друштвених организација које у правном поретку државе имају правни субјективитет, тј. својство правног лица, и као такве могу да учествују у правном промету. Корпорација се у правном поретку Сједињених Америчких Држава често означава додатком *Inc. (Incorporated)*, а у Великој Британији додатком *Ltd. (Limited)*.

Постоји више врста, а самим тим и више подела корпорација (правних лица). Основна подела је на приватне и јавне корпорације, а постоје и пословне (*business corporations*) и непрофитне корпорације (*non-profit corporations*), у које се убрајају и различите верске организације (цркве, верске заједнице, религиозни покрети и сл.), универзитети, удружења грађана и сличне институције које стичу правни субјективитет у правном поретку државе. Корпорације су дужне да делују у складу са правним поретком државе, али и у границама својих

⁴⁰ *Историјски преглед правних структура епархија Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама (1921–2020)*, интерни документ, Чикаго – Њујорк – Лос Анђелес 2020.

овлашћења прописаних у њиховим оснивачким актима (*Articles of Incorporation* или *Certificate of Incorporation*) и статутима (*Bylaws*).

Ради правилног поимања овог правног питања треба имати у виду да релевантно законодавство у овом случају представљају закони о верским и непрофитним корпорацијама у савезним државама Илиноис,⁴¹ Њујорк⁴² и Калифорнија,⁴³ јер се на територији тих савезних америчких држава налазе седишта три епархије Српске Православне Цркве.

Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве је у току 2019. и 2020. године донео одлуке у вези са конкретним случајевима задирања у унутрашње црквено устројство на територији Сједињених Америчких Држава и формирао је Комисију коју је задужио да проучи целокупан предмет о одређеним неканонским и незаконитим решењима спроведеним у епархијама Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама. Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве је 29. маја 2021. године донео одлуку којом се „Устав, Општа правила и уредбе, Једнообразна правила и уредбе за парохије и црквено-школске општине Српских православних епархија у Сједињеним Америчким Државама стављају ван снаге, а у погледу корпорација и других структура црквене управе наших епархија на тлу америчког континента вратити на стање пре 2017. године у свим оним тачкама где је то могуће с обзиром на законе Сједињених Америчких Држава. Ставити у дужност Светом Архијерејском Синоду Српске Православне Цркве да у сарадњи са нашим архијерејима у Новом свету спроведе ову одлуку”.⁴⁴

У поступку извршавања одлуке Светог Архијерејског Сабора, Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве је од надлежних архијереја из Сједињених Америчких Држава затражио да доставе законе о непрофитним секуларним корпорацијама и верским организацијама савезних држава у којима су основане нове секуларне

⁴¹ The Illinois General Not for Profit Corporation Act, (805 ILCS 105/), <https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2280&ChapterID=65>, 15. 9. 2023. The Illinois Religious Corporation Act, (805 ILCS 110/), <https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2281&ChapterID=65>, 15. 9. 2023.

⁴² The New York Not-for-Profit Corporation Law, <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/NPC> 15. 9. 2023. The New York Religious Corporations Law, <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/RCO> 15. 9. 2023.

⁴³ Corporations Code –The California Nonprofit Corporation Law, https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CORP&division=2.&title=1.&part=&chapter=&article= 15. 9. 2023.

⁴⁴ Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве, АС бр. 53 / зап. 95 од 29. маја 2021. године.

непрофитне корпорације; комплетну статусну документацију новоформираних секуларних корпорација (оснивачке акте, статуте, изводе о упису у државне регистре са свим променама од 2017. године); и изводе из државних регистара непокретности за непокретну црквену имовину која је од 2017. године пренета на новоформиране секуларне корпорације. Комисија Светог Архијерејског Синода под председништвом Патријарха српског, г. Порфирија усвојила је правне ставове свог правног тима који је проучио комплетну документацију. Правни тим је Комисији и Светом Архијерејском Синоду Српске Православне Цркве поднео исцрпан извештај са предлозима за решење овог црквено-правног и правног питања у складу са Свештеним канонима Православне Цркве и Уставом Српске Православне Цркве. Питање црквено-правног и правног положаја Српске Православне Цркве и њених епархија на територији Сједињених Америчких Држава разматрано је у Патријаршији српској у Београду од 6. до 10. децембра 2021. године.

Правни тим Комисије Светог Архијерејског Синода Српске Православне Цркве је, имајући пре свега у виду одлуку Светог Архијерејског Сабора Српске Православне Цркве АС бр. 53/зап. 95 од 29. маја 2021. године, али и потенцијалне правне ризике у погледу црквене имовине, предложио читав низ правних радњи и активности које је без одлагања требало спровести пред надлежним државним органима у Сједињеним Америчким Државама. Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве је 21. децембра 2021. године донео одлуку којом је, сходно предлогу правног тима и уз сагласност надлежних архијереја из Сједињених Америчких Држава, утврдио да је неопходно да се изврше: промена облика организовања из секуларних непрофитних у верске корпорације (осим у савезним државама у којима важеће законодавство не препознаје верске корпорације); промене постојећих назива тако да будући називи епархија и манастира у правном саобраћају у Сједињеним Америчким Државама јасно указују да су то епархије и манастири Српске Православне Цркве; измене оснивачких аката у којима је неопходно да се истакне историјат сваке епархије, односно манастира, у црквено-правном и правном погледу, са јасним навођењем да је оснивач сваке епархије Српске Православне Цркве на територији Сједињених Америчких Држава Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве, који је надлежан за избор, премештај и смену епархијских епископа са прецизирањем да се на њих примењују Свештени канони Православне Цркве и Устав Српске Православне Цркве; измене оснивачких аката, статута и регистрације корпорације у погледу увођења забране располагања и свих видова

оптерећивања црквене имовине на територији Сједињених Америчких Држава без претходног одобрења Светог Архијерејског Синода Српске Православне Цркве, као и забране будућих измена и допуна оснивачких аката и статута без претходног писменог одобрења Светог Архијерејског Синода Српске Православне Цркве, уз јасно навођење да црквена имовина може бити пренета само на другу организациону јединицу која припада Српској Православној Цркви и за коју важе Свештени канони Православне Цркве и Устав Српске Православне Цркве, а после изричитог писменог одобрења Светог Архијерејског Синода Српске Православне Цркве. Неопходно је да се пропише да је у питању црквена имовина организационих делова Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама и да она може служити само за потребе и циљеве Српске Православне Цркве, сходно одредбама Устава Српске Православне Цркве, осим у случају претходног изричитог писменог одобрења Светог Архијерејског Синода Српске Православне Цркве, а да се приходима од црквене имовине управља у складу са одговарајућим одредбама Устава Српске Православне Цркве; у случају ликвидације и престанка рада епархије или манастира из било ког разлога, потребно је да се нагласи да је, пре одлуке о расподели конкретне црквене имовине, неопходна изричита писмена сагласност Светог Архијерејског Синода Српске Православне Цркве о томе на који ће организациони део Српске Православне Цркве са правним субјективитетом на територији Сједињених Америчких Држава бити пренета имовина; повећање броја чланова управног одбора до броја који прописује важећи закон, али тако да, сходно Уставу Српске Православне Цркве, надлежни архијереј са клирицима има већину; измене и допуне оснивачких аката и статута, као и захтеви за промену у регистрима које воде надлежни органи у Сједињеним Америчким Државама, подлежу претходном писменом одобрењу Светог Архијерејског Синода Српске Православне Цркве. Неопходно је да се пропише и да све измене и допуне оснивачких аката и статута, као и захтеви за промену у регистру корпорација у Сједињеним Америчким Државама, ступају на снагу тек када их својом писменом одлуком одобри Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве, а наведене измене и допуне треба извршити у року од два месеца, уз претходну обавезу да се Светом Архијерејском Синоду Српске Православне Цркве претходно доставе предлози свих измена и допуна ради давања додатних обавезујућих упутстава.⁴⁵

⁴⁵ Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве, бр. 1653 / зап. 1123 од 21. децембра 2021. године.

Измене и допуне оснивачких аката и статута су извршене у складу са Одлуком Светог Архијерејског Синода Српске Православне Цркве уз поштовање Свештених канона Православне Цркве и Устава Српске Православне Цркве током прве половине 2022. године. Правни тим Комисије Светог Архијерејског Синода Српске Православне Цркве је, у сарадњи са правним саветницима у епархијама Српске Православне Цркве на територији Сједињених Америчких Држава, претходно припремио коначне текстове оснивачких аката и статута које су прихватили надлежни епархијски архијереји наше Цркве у Сједињеним Америчким Државама, а после тога их је појединачно одобрио Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве. Надлежни државни органи у савезним државама Илиноис, Индијана, Калифорнија, Њујорк, Пенсилванија и Охајо прихватили су измене и допуне оснивачких аката и уредно их завели у своје евиденционе регистре тако да измењени и допуњени оснивачки акти и статuti имају правну снагу у правном поретку Сједињених Америчких Држава. Сва отворена црквено-правна и правна питања у наведеним случајевима су затворена у складу са Свештеним канонима Православне Цркве и Уставом Српске Православне Цркве.

У овом сложеном и обимном црквено-правном и правном подухвату остало је отворено питање статуса најстарије непрофитне корпорације под последњим називом *Епархије Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама*, јер су Епархија новограчаничко-средњезападноамеричка, Епархија источноамеричка и Епархија западноамеричка Српске Православне Цркве појединачно стекле правни субјективитет у правном поретку Сједињених Америчких Држава. Правни тим је предложио да се њен назив промени тако да гласи: *Српска Православна Црква – Патријаршија српска*, као и да се измене и допуне оснивачки акт и статут, те да убудуће буде под непосредном управом Светог Архијерејског Сабора и Светог Архијерејског Синода Српске Православне Цркве на челу са Патријархом српским.⁴⁶ Српска Православна Црква – Патријаршија српска је од 22. априла 2022. године под тим називом препозната у правном поретку и пред државним органима у Сједињеним Америчким Државама, а правно је позиционирана као једини оснивач Епархије новограчаничко-средњезападноамеричке, Епархије источноамеричке и Епархије

⁴⁶ Други измењени и допуњени Оснивачки акт Српске Православне Цркве – Патријаршије српске у Сједињеним Америчким Државама и Други измењени и допуњени Општи акт/статут Српске Православне Цркве – Патријаршије српске у Сједињеним Америчким Државама од 2022. године, *Гласник*, бр. 1/2023.

западноамеричке Српске Православне Цркве, уз поштовање црквеног устројства и Устава Српске Православне Цркве.⁴⁷ Унутрашње црквено устројство и јединство добило је на тај начин и свој видљиви правни израз у правном поретку Сједињених Америчких Држава. Канонске и уставне надлежности Светог Архијерејског Сабора и Светог Архијерејског Синода Српске Православне Цркве унете су у оснивачке акте и статуте три епархије Српске Православне Цркве на територији Сједињених Америчких Држава,⁴⁸ а све канонске и уставне надлежности епархијских архијереја и епархијских органа су унете у оснивачке акте и статуте манастира Српске Православне Цркве⁴⁹ на територији Сједињених Америчких Држава.⁵⁰ У свим случајевима који се тичу Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама, Свети Архијерејски Синод и Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве надлежни су једино за тумачење Свештених канона Православне Цркве и Устава Српске Православне Цркве.⁵¹

Правни значај извршења одлуке Светог Архијерејског Сабора АС бр. 53 / зап. 95 од 29. маја 2021. године и више одлука Светог Архијерејског Синода из 2021. и 2022. године веома је велики и дугорочан. Наиме, у правном поретку Сједињених Америчких Држава потврђено је и признато да су то епархије и манастири Српске Православне

⁴⁷ В. Цомић, „Измене и допуне оснивачких аката и статута епархија и манастира Српске Православне Цркве на територији Сједињених Америчких Држава”, *Гласник*, 1/2023, 2–5.

⁴⁸ Други измењени и допуњени Оснивачки акт Епархије новограчаничко-средњезападноамеричке Српске Православне Цркве и Други измењени и допуњени Општи акт/статут Епархије новограчаничко-средњезападноамеричке Српске Православне Цркве од 2022. године; Други измењени и допуњени Оснивачки акт Епархије западноамеричке Српске Православне Цркве и Други измењени и допуњени Општи акт/статут Епархије западноамеричке Српске Православне Цркве од 2022. године; Други измењени и допуњени Оснивачки акт Епархије источноамеричке Српске Православне Цркве и Други измењени и допуњени Општи акт/статут Епархије источноамеричке Српске Православне Цркве од 2022. године, *Гласник*, бр. 2/2023.

⁴⁹ В. Цомић, „Измене и допуне оснивачких аката и статута Манастира Светога Саве, Манастира Покрова Пресвете Богородице – Нова Грачаница, Манастира Рођења Пресвете Богородице, Манастира Сабора Светог Архангела Гаврила – Нова Марча и Манастира Пресвете Богородице у Сједињеним Америчким Државама”, *Гласник* 3/2023, 82–84.

⁵⁰ Измене и допуне оснивачких аката и општих/аката за пет манастира Српске Православне Цркве на територији Сједињених Америчких Држава, *Гласник*, бр. 3/2023.

⁵¹ В. Цомић, „Измене и допуне оснивачких аката и статута Епархије новограчаничко-средњезападноамеричке, Епархије западноамеричке и Епархије источноамеричке Српске Православне Цркве”, *Гласник*, 2/2023, 26–28.

Цркве на које се непосредно примењују Свештени канони Православне Цркве и Устав Српске Православне Цркве, а не само државни закони као што је раније био случај.

Државни органи у Сједињеним Америчким Државама уопште немају право да се мешају у унутрашња питања цркава и верских заједница, а њихово аутономно право је признато у правном поретку. Илустративна је и значајна пресуда Врховног суда Сједињених Америчких Држава у предмету *Српска православна епархија против Миливојевића* /426 U. S. 696 (1976)/. Наиме, Врховни суд Сједињених Америчких Држава је још тада, признајући важност Устава Српске Православне Цркве, признао Српску Православну Цркву као „јерархијску” по законима Сједињених Америчких Држава и пресудио да се одлуке које доносе највиша јерархијска тела/органи Српске Православне Цркве, тј. одлуке Светог Архијерејског Сабора и Светог Архијерејског Синода Српске Православне Цркве признају као коначне и обавезујуће по законима Сједињених Америчких Држава и да не подлежу ревизији и тумачењу државних органа и судова Сједињених Америчких Држава. Ту се јасно види једна од добрих страна примене уставног система одвојености државе од цркава и верских заједница. Свакако треба имати у виду да је Српска Православна Црква, на пример, препозната у законима о верским организацијама у савезним државама Њујорк и Илиноис.

Пред садашњим и будућим епископима, свештеницима и часницима епархијских и црквено-општинских органа Српске Православне Цркве на територији Сједињених Америчких Држава уз непромењене пастирске стоје и нове обавезе. Наиме, неопходно је да се у будућем периоду оснивачки акти и статуту црквено-школских општина у потпуности усагласе са Свештеним канонима Православне Цркве и Уставом Српске Православне Цркве. Одређене црквено-школске општине су самостално, приликом оснивања, ради стицања права својине на непокретностима (земљиште, храмови, црквене зграде итд.) уз сагласност надлежних архијереја и епархијских органа, доносили своје оснивачке акте и статуте и стекле правни субјективитет. У тим случајевима такође постоји одређени број отворених питања која треба решити у складу са Свештеним канонима Православне Цркве и Уставом Српске Православне Цркве (довољно је илустративан, али и опомињући пример Црквено-школске општине и парохије Светог Луке у савезној држави Вирџинија, које су 1961. године основана у оквиру тадашње Епархије источноамеричке и канадске Српске Православне Цркве. Црквено-школска општина и парохија Светог Луке су

1981. године, на основу својих правних аката, а уз противљење скоро половине парохијана и против воље виших црквених органа, прешле у канонску јурисдикцију Православне Цркве у Америци у којој се и данас налазе под називом *Saint Luke Serbian Orthodox Church of McLean Orthodox Church in America*.

4. Закључак

Од изградње првог српског православног храма у Сједињеним Америчким Државама прошло је 129 година, а 102 године од оснивања прве српске православне епархије у тој држави. Од тада до данас су вером, трудом и жртвом српских епископа, свештеника, монаха, монахиња и верника на простору Сједињених Америчких Држава умножаване епархије, парохије, мисионарске парохије, црквено-школске општине, манастири, основан је Богословски факултет и друге установе Српске Православне Цркве. Свети Архијерејски Сабор и Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве на челу са српским патријарсима непрекидно су посвећивали велику пажњу и водили пастирску бригу о православним Србима на територији Сједињених Америчких Држава.

Српска Православна Црква је првенствено бринула и брине о духовним потребама своје пастве, али и о очувању духовног, националног и културног идентитета православних Срба у Сједињеним Америчким Државама и другде по свету. Српски православни храмови и манастири у Сједињеним Америчким Државама су, пре свега, били и остали духовни светионици нашег народа, али су своју мисију, у тешким и новим условима у којима се из различитих разлога нашао наш по свету развезани народ, проширивали, поставши и оставши образовни и културни народни домови – чувари српског језика, ћирилице, просвете и културе.⁵² Парохијски свештеници су првенствено били духовни пастири, али и учитељи српске деце и омладине, и зато су наше црквене заједнице по свету називане црквено-школским општинама.

На територији Сједињених Америчких Држава данас Српска Православна Црква има три епархије, више од 130 храмова, капела и богослужбених места, десетак манастира и скитова, стотинак

⁵² Вид. *The Serbian Cristian Heritage of America* (ed. Maxim L. Vasiljević), Sebastian Press, The Episcopal Council of the Serbian Orthodox Dioceses in the North and South America, The Faculty of Orthodox Theology – University of Belgrade, Blago Fund, Serbica Americana, Interklima-grafika, Los Angeles – Chicago – New York – Toronto – Belgrade 2019.

црквено-школских општина, око 150 парохијских и умировљених свештенослужитеља и ђакона, више омладинских кампова, хорова, кола српских сестара и српских православних гробалја. Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве на челу са српским патријарсима је у том периоду изабрао 15 епархијских архијереја који су управљали епархијама Српске Православне Цркве на територији Сједињених Америчких Држава. Развијена је издавачка и мисионарска делатност Српске Православне Цркве, а скоро при сваком храму постоји црквена сала са парохијским домом и лепим црквеним имањима. Уколико се то посматра спрам осмовековне историје Српске Православне Цркве, Срби су се у том, не тако дугом историјском периоду, сходно својим могућностима, у веома тешким условима уграђивали у Светиње Српске Православне Цркве на територији Сједињених Америчких Држава, о чему постоји обиље изузетних и дирљивих сведочанства и доказа.

СТИЦАЊЕ ПРАВНОГ СУБЈЕКТИВИТЕТА ИЛИ „ИНКОРПОРИСАЊЕ” НЕКЕ ЦРКВЕНЕ УСТАНОВЕ – ЕПАРХИЈЕ, МАНАСТИРА ИЛИ ЦРКВЕНО-ШКОЛСКЕ ОПШТИНЕ СРПСКЕ ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ – НИЈЕ САМО ПО СЕБИ ПРОБЛЕМАТИЧНО И НЕДОЗВОЉЕНО. Напротив, у питању је реална потреба црквеног живота, али она мора бити спроведена у складу са Свештеним канонима Православне Цркве, Уставом Српске Православне Цркве и другим важећим општим и појединачним црквено-правним актима и уз знање и коначно одобрење највиших органа Српске Православне Цркве – Светог Архијерејског Сабора и Светог Архијерејског Синода. У правном поретку Сједињених Америчких Држава не постоји ниједан правни акт који би спречавао примену унутрашњег канонског и црквеног права у епархијама и другим установама Српске Православне Цркве.

„Амерички уставни и правни случај” треба да послужи као подстицај да се питању црквено-правног и правног положаја епархија Српске Православне Цркве у бројним европским и јужно-централно-америчким државама, Канади, Аустралији, Новом Зеланду, посвети дужна црквено-правна и правна пажња, уз пуно сазнање да се, на крају крајева, чувањем и примењивањем Устава Српске Православне Цркве чува и благословени црквено-правни поредак Српске Православне Цркве и њено духовно, национално, културно и просветно наслеђе.

Velibor Dzomic

Serbian Orthodox Church

Belgrade

LEGAL STATUS OF THE SERBIAN ORTHODOX CHURCH IN THE UNITED STATES OF AMERICA IN THE 20TH AND 21ST CENTURY

Summary

The Serbian Orthodox Church has been carrying out its spiritual mission among Orthodox Serbs in the United States of America for more than a century. The Serbian Orthodox Church on the territory of the United States of America today has three dioceses, more than 130 temples and chapels, 10 monasteries, more than a hundred church-school congregations, about 150 parish and retired priests and deacons, a large number of youth camps, choirs and other church institutions. The American-Canadian Diocese of the Serbian Orthodox Church acquired legal personality in the Illinois in 1927 under the Law on Religious Corporations, and the Serbian Orthodox Church has existed as a legal entity in the United States of America since then. The paper analyzes the legal status of the Serbian Orthodox Church and its dioceses from the founding of the American-Canadian Diocese in 1921 until today.

Keywords: Serbian Orthodox Church, Serbian Patriarchate, diocese, Constitution of the Serbian Orthodox Church, legal entity, corporation.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, часописи

Вуковић С., *Историја Српске Православне Цркве у Америци и Канади*, Каленић, Крагујевац 1994.

Вуковић С., *Српски јерарси од IX до XX века*, Евро, Унирекс, Каленић, Београд–Подгорица–Крагујевац 1996.

Историјски преглед правних структура епархија Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама (1921–2020), интерни документ, Чикаго – Њујорк – Лос Анђелес 2020.

- Слијепчевић Ђ., *Историја Српске Православне Цркве*, књ. III, БИГЗ, Београд 1991.
- Спасовић С., *Историја Српске Православне Цркве у Америци и Канади 1941–1991*, Источник, Торонто 1997.
- The Serbian Cristian Heritage of America* (ed. Maxim L. Vasiljević), Sebastian Press, The Episcopal Council of the Serbian Orthodox Dioceses in te North and South America, The Faculty of Orthodox Theology – University of Belgrade, Blago Fund, Serbica Americana, Interklima-grafika, Los Angeles – Chicago – New York – Toronto – Belgrade 2019.
- Цомић В., „Измене и допуне оснивачких аката и статута епархија и манастира Српске Православне Цркве на територији Сједињених Америчких Држава”, *Гласник*, 1/2023.
- Цомић В., „Измене и допуне оснивачких аката и статута Епархије новогрраничко-средњезападноамеричке, Епархије западноамеричке и Епархије источноамеричке Српске Православне Цркве”, *Гласник*, 2/2023.
- Цомић В., „Измене и допуне оснивачких аката и статута Манастира Светога Саве, Манастира Покрова Пресвете Богородице – Нова Грачаница, Манастира Рођења Пресвете Богородице, Манастира Сабора Светог Архангела Гаврила – Нова Марча и Манастира Пресвете Богородице у Сједињеним Америчким Државама”, *Гласник*, 3/2023.

Остали извори

- Устав Сједињених Америчких Држава од 1787. године, Амбасада Сједињених Америчких Држава у Београду, Београд 1978.
- Устав Српске Православне Цркве од 1931. године, Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве, Београд 1931.
- Устав Српске Православне Цркве од 1947. године, Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве, Београд 1957.
- Устав Српске Православне Цркве у Сједињеним Америчким Државама Северне Америке и Канади од 1982. године, Српска Православна Црква у САД и Канади, Либертивил 1982.
- Устав Српске Православне Цркве у Северној и Јужној Америци са спроведбеним уредбама од 2007. године, Чикаго 2008.
- Устав, општа правила и уредбе и једнообразна правила и уредбе за парохије и црквено-школске општине Српских православних

- епархија у Сједињеним Америчким Државама од 2019. године, Српске православне епархије у Сједињеним Америчким Државама, Либертивил, Илиноис 2019.
- Устав Српске источно-православне епархије у Сједињеним Државама Северне Америке и Канади од 1927. године, Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве, Београд 1928.
- Устав Српске источно-православне епархије у Сједињеним Државама Северне Америке и Канади од 1939. године, Епархија америчко-канадска, Сремски Карловци 1939.
- Уредба о устројству Средишњег Архијерејског Сабора од 1919. године, *Службене новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, бр. 90/1919.
- Привремена уредба о Српској Патријаршији од 1920. године, *Службене новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, бр. 238/1920.
- Уредба о Светом Архијерејском Сабору и Светом Архијерејском Синоду Српске Православне Цркве од 1920. године, *Службене новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, бр. 18/1921.
- Уредба о избору првог српског патријарха успостављене Патријаршије од 1920. године, *Службене новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, бр. 238/1920.
- Други измењени и допуњени Оснивачки акт Српске Православне Цркве – Патријаршије српске у Сједињеним Америчким Државама од 2022. године, *Гласник*, бр. 1/2023.
- Други измењени и допуњени Општи акт/статут Српске Православне Цркве – Патријаршије српске у Сједињеним Америчким Државама од 2022. године, *Гласник*, бр. 1/2023.
- Други измењени и допуњени Оснивачки акт Епархије новограчаничко-средњезападноамеричке Српске Православне Цркве од 2022. године, *Гласник*, бр. 2/2023.
- Други измењени и допуњени Општи акт/статут Епархије новограчаничко-средњезападноамеричке Српске Православне Цркве од 2022. године, *Гласник*, бр. 2/2023.
- Други измењени и допуњени Оснивачки акт Епархије западноамеричке Српске Православне Цркве од 2022. године, *Гласник*, бр. 2/2023.
- Други измењени и допуњени Општи акт/статут Епархије западноамеричке Српске Православне Цркве од 2022. године, *Гласник*, бр. 2/2023.

- Други измењени и допуњени Оснивачки акт Епархије источноамеричке Српске Православне Цркве од 2022. године, *Гласник*, бр. 2/2023.
- Други измењени и допуњени Општи акт/статут Епархије источноамеричке Српске Православне Цркве од 2022. године, *Гласник*, бр. 2/2023.
- Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве АС бр. 14/77 од 25. октобра 1928. године.
- Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве АС бр. 16 / зап. 111 од 24. маја 1995. године.
- Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве АС бр. 8 / зап. 91 од 22. маја 2007. године..
- Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве АС бр. 53 / зап. 127 од 23. маја 2011. године.
- Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве АС бр. 1 и 2 / зап. 128 од 23. маја 2011. године.
- Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве АС бр. 41 / зап. 103 и бр. 42 / зап. 104 од 20. маја 2016. године.
- Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве АС бр. 45 / зап. 171 од 7. маја 2018. године.
- Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве АС бр. 53 / зап. 95 од 29. маја 2021. године.
- Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве АС бр. 39 / зап. 82 од 20. маја 2022. године.
- Свети Архијерејски Сабор Српске Православне Цркве АС бр. 38 од 20. маја 2022. године.
- Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве бр. 995 и 1009 / зап. 638 од 25. септембра 2019. године.
- Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве бр. 1218 од 22. октобра 2019. године.
- Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве бр. 1653 / зап. 1123 од 21. децембра 2021. године.
- Српска Православна Црква – Епархије у Сједињеним Америчким Државама – Епископски савет без деловодног броја, 23. април 2019. године.
- The Illinois General Not for Profit Corporation Act, <https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2280&ChapterID=65>, 15. 9. 2023.
- The Illinois Religious Corporation Act, <https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2281&ChapterID=65>, 15. 9. 2023.

The New York Not-for-Profit Corporation Law, <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/NPC>, 15. 9. 2023.

The New York Religious Corporations Law, <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/RCO> 15. 9. 2023.

Corporations Code – The California Nonprofit Corporation Law, https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CORP&division=2.&title=1.&part=&chapter=&article=15.9.2023.

Vladan Stanković*
Zoran Milosavljević**

10.56461/ZR_23. SDCP.12

SOCIAL, POLITICAL AND LEGAL STATUS OF THE METROPOLITANATE OF MONTENEGRO AND THE LITTORAL OF THE SERBIAN ORTHODOX CHURCH

Summary

This research paper deals with the status of the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral of the Serbian Orthodox Church (Metropolitanate) from a social, historical, political and legal perspective. For their research subject, the authors chose the status of the Metropolitanate from its inception to the present day, with special reference to the period between the withdrawal of Montenegro from its federation with Serbia in 2006 and the present day. The aim of the research is to prove the continuity of existence of the Metropolitanate as part of the Serbian ecclesiastical realm until the present day. The basic assumption of the paper is the following: the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral was, and remains, the mainstay of the Serbian national identity. The social significance of the research lies in the following: questioning the role and importance of the Metropolitanate as the guardian of the Serbian collective consciousness, preserving the presence of the Serbian Orthodox Church (SOC) in today's Montenegro, strengthening the integrative ties among Serbian people. The scientific contribution of this research is seen in: deepening the cognitive insights about the place and role of the Metropolitanate in preserving the Serbian national identity, questioning crisis situations and coming up with innovative solutions in crisis management, interpreting legal regulations concerning the status of the Metropolitanate in present-day Montenegro. Methods: observation, content analysis, developmental method, comparative approach; dogmatic-normativist and teleological interpretation of legal provisions.

Keywords: Metropolitanate of Montenegro and the Littoral of the Serbian Orthodox Church, Law on Freedom of Religion or Belief and the Legal Status of Religious Communities, Montenegro, identity, Serbs, Montenegrins.

* Senior research fellow, Institute for Political Studies, Belgrade, vladan.p.stankovic@gmail.com

** Research fellow, Institute for Political Studies, Belgrade, zoran.milosavljevic@napa.gov.rs

1. The Status Of The Metropolitanate Of Cetinje Throughout History, In Documents And Facts

In an era long bygone, in the autumn of 1918, in a Montenegro liberated from Austria-Hungary, conditions were created for the Podgorica Assembly to be held in November of the very same year, at which the decision on the unification of Montenegro and Serbia was made. Among other things, preconditions were created for all Serbian ecclesiastical districts to be unified once again. At the May 1919 council of all Serbian bishops, a conclusion was arrived at and a decision was made to achieve the spiritual unity of all Serbian ecclesiastical districts and to commence the procedure which would lead to formalization of the unification via the appropriate canonical procedure, which was carried out in cooperation with the Patriarchate of Constantinople.¹ The ultimate outcome was that in June 1920 the Metropolitanate of Cetinje was united with all Serbian ecclesiastical districts into one, autocephalous Serbian Orthodox Church, dubbed *The Serbian Patriarchate*.² The Constitution of the Serbian Orthodox Church (1931) confirmed the appointment of the bishop of the Diocese of Montenegro and the Littoral, headquartered in Cetinje, who had the rank of metropolitan. The dioceses of Zahumlje and Raška (Nikšić), of the Bay of Kotor, and of Peć were abolished and ceased to exist.³

Nowadays, certain political circles in Montenegro tend to dispute the thesis that local churches belonging to the Patriarchate of Peć have been unified into a single Serbian Orthodox Church. Seen from their point of view, the Metropolitanate of Cetinje was not united with other Serbian dioceses either, but rather, the “Church of Montenegro” was abolished and forcibly annexed to the Serbian Orthodox Church. Moreover, in their opinion, throughout history, the Metropolitanate of Cetinje was not Serbian even in its character, but rather it was exclusively the guardian of Montenegrin national identity and spirituality. If we analyze carefully the historical development of the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral, we can very easily arrive to the conclusion what the historical truth is and thus distinguish facts from arbitrary and unfounded insinuations.

¹ S. Graovac, Crna Gora 1918. godine – okupacija ili ujedinjenje, <https://www.kcns.org.rs/vest/odrzana-tribina-crna-gora-1918-godine-okupacija-ili-ujedinjenje/?script=lat#>, 15.7.2023.

² L.J. Durković–Jakšić, *Mitropolija crnogorska nikada nije bila autokefalna*, Sveti arhijerejski sinod Srpske pravoslavne crkve – Mitropolija crnogorsko-primorska, Beograd Cetinje 1991.

³ A. Stamatović, *Kratka istorija Mitropolije crnogorsko-primorske (1219–1999)*, Svetigora, Cetinje 1999.

We must return to the very beginning, i.e. to the moment of the foundation of the diocese, whose immediate successor is the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral.⁴ Sava Nemanjić, the first Serbian archbishop, founded eight or nine dioceses, the diocese of Zeta being among them, which was the beginning of today's Metropolitanate of Montenegro and the Littoral of the Serbian Orthodox Church. Throughout history, the Diocese of Zeta has changed its names, as well as the boundaries to which it extended, as well as the jurisdictions of the bishops who governed it, but it has always remained Serbian in its character. It shared the fate of the unified Serbian church as late as its abolition. Even during the Turkish conquests, the essence of the diocese of Zeta was not altered. When the autocephalous Serbian church was restored in 1557 with the establishment of the Patriarchate of Peć, the Montenegrin diocese was once again part of it. In difficult times of trouble, when in the wake of the First Migration of the Serbs led by Patriarch Arsenije III Čarnojević a diarchy was established within the Serbian patriarchate, Patriarch Arsenije fled the country, and the Turks put a Greek person on the patriarchal throne of Peć. Even then, the Montenegrin bishop Danilo refused to be enthroned by a Greek, claiming that he could only be enthroned by a Serbian patriarch. Bishop Danilo headed to Austro-Hungarian land, to join his patriarch Arsenije III who had fled, who consecrated him archbishop of the Serbian Church.⁵ The Turkish invaders were greatly bothered by the Serbian spirit of the church, so the Ottoman authorities noncanonically abolished it in 1766 and handed its administration over to the Greek Phanariotes in Constantinople. After that, Serbian bishops were exiled, and Greek bishops were appointed in their stead. The only diocese that survived in those adverse circumstances was the one in Montenegro, and that was solely because it operated in a territory that did not recognize the authority of the sultan. At that time, Montenegro was formally still part of the Ottoman Empire, but in a state of constant rebellion, so Turkish rule was not exercised in its territory.⁶

It is precisely in this event that certain proponents of the thesis about the autocephaly of the Montenegrin church are trying to find the proof they need to back up their claims, which – first and foremost – are not, nor can be, founded. In particular, they do not dispute anything that happened up to 1766, but after that year, they consider the Cetinje metropolitanate as having had a special historical development and having built a different character from the previous, irrefutably solely Serbian one. For

⁴ S. Graovac, *Ibid.*

⁵ A. Stamatović, *Ibid.*

⁶ S. Graovac, *Ibid.*

them, the process of building of the Montenegrin national identity found its confirmation then. How the champions of this thesis are cardinaly wrong is best seen from the fact that the bishop Sava Petrović stayed faithful to the Serbian church and the Serbian cause even after the abolition of the Patriarchate of Peć. Historical records corroborate the view that he never sought autocephaly from the Patriarch of Constantinople. He did not make any canonical preparations to that effect, such as passing church laws. In a way, Cetinje became the hegemon of Serbian unification. It was never an option for any of the bishops from the Petrović line to sign themselves as some kind of “autocephalous bishops of the Montenegrin church“. Moreover, members of the Petrović dynasty worked relentlessly to effectuate the restoration of the Patriarchate of Peć, mainly relying on the Russian Empire in the process. Even Sava Petrović, on behalf of all the exiled Serbian bishops, wrote to the Metropolitan of Moscow, Platon, informing him about the state of the Serbian church, and asked for help, using the following wordage: “Free the throne of the Serbian Archdiocese of Peć from the Greeks; there resides in your empire the archimandrite of the holy patriarch Vasilije Brkić, who fled to Russia during the last war, whereas the blessed patriarch died. He, the archimandrite Avakum, is going to be willing to become the archbishop of the Serbian holy throne; all the Serbian bishops will receive him with joy, because he knows Turkish and Greek, and he is a Serb by birth”. It is these very words of his that unambiguously attest to the loyalty of bishop Sava to the Peć throne of the Serbian church.

Sava Petrović’s successors on the episcopal throne always confirmed their affiliation with the Serbian church and the Serbian nation. Petar I Petrović Njegoš, together with serdar Ivan Petrović and guvernadur [governor] Radonjić, during an attempt to forge an alliance with Austria, submitted to the emperor his proposal for mutual cooperation called “*The Agreement*”. The official document, more specifically *its eleventh point*, says: “We want the Metropolitan of Montenegro to be dependent on the Patriarch of Peć in Serbia. In the wake of the then Metropolitan’s death, we wish that his successor be enthroned in Karlovci, selected in accordance with the age-old custom, more specifically, that he be chosen by the guvernadur, local leaders subordinate to him and the entire people of Montenegro, but only as long as the Turks rule Serbia, therefore we are not at liberty to send him to Peć”. Historical facts show that at the beginning of his reign Petar I wasn’t in agreement with Russia. Despite the great influence this powerful empire exerted in Montenegro, Petar I preserved his position owing to the support of the leaders and the people. In 1804, the leaders held an assembly in Cetinje and sent out a clear message to the Russian side: “In

all likelihood, the Russian Synod doesn't know that the Serbian Orthodox people used to have their own patriarch, to whom the Serbian bishops were subordinate as late as 1769. During the war waged between the Ottoman Porte and the Russian Empire, the patriarch of Serbian Illyricum, Vasilije Brkić, took refuge in Russia, because an assassination had been planned on him; he presented himself in Petersburg, and this is how the Slavic-Serbian patriarchs lost their importance. Therefore, His Grace the Metropolitan remained alone, by himself, in the then church, independent of any authority whatsoever. No one had heard until then that the Russian Holy Synod had authority over the Slavic-Serbian people beyond the Russian borders. The current one, if he were to take care of the people, he couldn't have any authority over the Slavic-Serbian people. The Montenegrin people chose the Serbian patriarch for this role, to be consecrated an archbishop; not the then former Serbian patriarch. He was sent to Hungary to visit the Orthodox Metropolitan, who consecrated him together with other bishops and entrusted him with supreme shepherdship of our people."⁷

The mentioned quotes clearly testify to the mood of both the people and their Metropolitan Petar I Petrović Njegoš. It is important to note that Petar I wrote a history of Montenegro in which he did not mention anywhere that the church there was autocephalous. It is such an important piece of information for the author of such a writing that it is impossible for him not to mention it, if it is correct, of course. Petar II Petrović Njegoš, the successor of Petar I, in a conversation with the secret commissioner of the Serbian government, Matija Ban, expressed his stance on what role he should occupy in the future united Serbian state with the following words: "First of all, Serbdom should be liberated and united. His wish for himself was to go to my Patriarchate of Peć, and for the Serbian prince to go to Prizren. The spiritual authority over the liberated and united people should go to Njegoš, and Ban should have the secular one." The successor of Petar II, Danilo Petrović, separated the spiritual from secular authority in Montenegro. Unlike his predecessors, he took the title of prince, whereby *the Petrović ruling dynasty* was established in Montenegro. Since then, the Cetinje bishops have not been chosen from inside the house of Petrović, but have been appointed by Montenegrin rulers. Neither Danilo Petrović nor his predecessors did anything to the effect of achieving the autocephaly of the Montenegro church. He passed laws, but they did not deal with canon law.

As much as King Nikola worked on the political affirmation of the autocephaly of the Metropolitanate of Cetinje, he confirmed the Serbian character of the church in the Montenegrin state all the more. There is not

⁷ A. Stamatović, *Ibid.*

a single reference to the autocephaly of the church in Montenegro in the register of the Patriarchate of Constantinople, which is the only one that is competent to decide on such matters. We can only speculate why the Russian side also entered the Montenegrin church onto its list of autocephalous churches. Most likely, the reasons behind this are the political wishes of the Russian side to underscore the independence of its ally Montenegro in relation to the Ottoman Empire. They wanted to pay a special tribute to the metropolitans of Montenegro and the entire littoral. After all, the Russian church never had the power to determine who has and who doesn't have the right to autocephaly. In the last thousand years, it has been the exclusive canonical right of the Patriarchate of Constantinople.

Data from the Russian catalogue and the Greek "Syntagma" cannot by any means be considered proof of the autocephaly of the church in Montenegro. The Syntagma only confirms that the Patriarchate of Constantinople never issued a tomos to the Metropolitanate of Cetinje and eo ipso did not include it in its register of autocephalous churches. With the 1766 abolition of the Patriarchate of Peć, the Metropolitanate of Cetinje became independent, operated independently, but in the ecclesiastical and legal sense it was never autocephalous. Equally, the Karlovci Metropolitanate operated independently, on its own, for centuries, but it was also not autocephalous in the canonical sense. Having considered all these facts, any insistence that the church in Montenegro was autocephalous and that it represented the cornerstone of Montenegrin national identity is nothing else but a flagrant fabrication of historical facts. Such constructions are clearly aimed at promulgating untruths and misinforming the public using straw man fallacies to justify the implementation of the political project, the creation of the Montenegrin nation.⁸ For centuries, the Metropolitanate of Cetinje, among other things, was the guardian of the Serbian identity of Montenegro, which it remains to this day. On top of that, the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral was the beacon and custodian of the memory of the oldest Serbia, which had stretched from the Cetina River in the north to the Drim River in the south, and included the lands of Ras and Bosnia.

As long as it exists, such as it is, the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral will be the custodian of the memory of the oldest, littoral Serbia. It is still, in these troubled times, the cornerstone of the Serbian national feeling, the custodian of tradition and the witness, a pan-Serb Piedmont-like pivot and the main authority among Serbian folk.⁹

⁸ Z. Milosavljević, „Bosna i Hercegovina i Crna Gora – neodržive multinacionalne tvorvine“, *Srpska politička misao* 4/2012, 311.

⁹ S. Graovac, *Ibid.*

2. Status Of The Metropolitanate Of Montenegro And The Littoral Of The SOC In The Modern Period

The status of the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral became completely clear and indisputable only after it had acquired the tomos of the Serbian Orthodox Church in 1922. The Metropolitanate became part of “the Autocephalous United Orthodox Serbian Church of the Kingdom of Serbs, Croats, and Slovenes”.¹⁰ The church is the legal successor of the Patriarchate of Peć with headquarters in Belgrade (Sremski Karlovci, Peć). In this way, all local churches were united under the umbrella of the Serbian Orthodox Church (SOC), which is the sole successor of the Patriarchate of Peć. It was precisely the uninterrupted unity of the Patriarchate of Peć that would be the guarantor of the Serbian legacy between the Kingdom of Serbia and the Kingdom of Montenegro. What is in question is the people of the same blood, which migrated across the same territories and settled in areas spanning from central Pannonia to the Adriatic Sea.

More serious attacks against the SOC commenced in 1992, when a group of enthusiasts registered the noncanonical so-called “Montenegrin Orthodox Church” at the Cetinje police station.¹¹ During the 1990s, the canonical SOC would seek to ignore the activities of this para-religious community. It was a time of “differentiation” within the ruling Democratic Party of Socialists (DPS) into a “pro-Montenegrin” and “pro-Serbian” faction, of conflict between the government of Montenegro and the federal authorities of the shared state in Belgrade, the strengthening of separatist tendencies.¹² The separatist option prevailed, so the leader of the “pro-Montenegrin bloc of sovereignists” Milo Đukanović effected the withdrawal of Montenegro from its union with Serbia in a 2006 referendum with a majority that comprised less than 50% of voters registered and eligible to vote who voted for independence. The so-called “Montenegrin Orthodox Church”, save for a slightly larger number of the faithful in Cetinje itself, did not have a significant number of “believers” or a serious infrastructure anywhere else in Montenegro.

¹⁰ Tomos of the Patriarchy and the Synod (1922). Protocol number 1148.

¹¹ V. Stanković, D. Petrović, *Zajednička država Srbije i Crne Gore*, Institut za političke studije, Beograd 2006.

¹² V. Todorović, „Raspad zajedničke države Srbije i Crne Gore“, *Politička revija* 3/2006, 237. „An important moment on the Montenegrin political scene took place when the ruling Democratic Party of Socialists of Montenegro, after it had split into the Democratic Party of Socialists of Montenegro (DPSCG) and the Socialist People’s Party of Montenegro (SNPCG), adopted the politics of the LSCG (Liberal Alliance of Montenegro) in 1997.“

However, a few years after the withdrawal of Montenegro from its confederation with Serbia, Đukanović made a strategic decision to deal with the Serbian Orthodox Church (SOC). He and the people in his immediate surroundings, from that moment on, until today, have been accusing the SOC of being “an instrument for the effectuation of Greater-Serbia nationalism”.¹³ Đukanović openly accused the canonical church of hindering the process of Montenegrin emancipation in every sense, especially the national one. Soon after Montenegro had declared its independence, a project was conceived to challenge the canonical supremacy of the SOC in Montenegro. The idea was that the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral of the SOC, the Diocese of Budimlja and Nikšić and the Diocese of Žiža, and a minor part of the Diocese of Zahumlje and Herzegovina (which extends in part into of the municipality of Herceg Novi) should withdraw from under the umbrella of the SOC and create the Orthodox Church of Montenegro.¹⁴



D.Živković, SPC -eparhije u Crnoj Gori, available at:
<https://nastavnikdamir.wordpress.com>

¹³ RTL Danas, „Srbiji je Crna Gora kompenzacija za Kosovo, nezaobilazna za održanje ideje Velike Srbije“, RTL, 17. rujna 2021.

¹⁴ M. Knežević, *Izneverena država – Srbija i Crna Gora u vremenu razlaza*, Institut za političke studije, Beograd 2007, 491.

The idea was that these four united dioceses of the SOC should follow the state borders of Montenegro and, first indirectly and then directly, rename themselves the Orthodox church of the modern Montenegrin state, with an underlying tendency for it to later grow into a kind of new “Montenegrin Orthodox Church“. A number of scientific, educational and propagandistic-media institutions in Montenegro were included in putting the idea into practice, and they were tasked with disputing the presence of the canonical church. A political construct was created according to which the local church of the Patriarchate of Peć, the so-called “Church of Montenegro” – in fact the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral (headquartered at the Cetinje Monastery) – was forcibly annexed to the “Patriarchy of Belgrade” in 1920. Proponents of this thesis refer to the 1905 constitution of the “secular Principality of Montenegro”, where one of the articles states that “the Montenegrin church is autocephalous”.¹⁵ This provision of the constitution, however, is merely an expression of Prince Nikola’s megalomaniac aspirations to be the head of both the state and the church in Montenegro. Following the same interpretation, the autonomous local churches, the Metropolitanate of Karlovci and Cetinje, and several Dalmatian dioceses were forcibly abolished and annexed to the Serbian Orthodox Church.¹⁶ Essentially, the creators of Montenegrin independence and the Montenegrin national project, are most bothered by the pan-Serb conception of the Serbian Orthodox Church, which is a kind of umbrella for the unification of all territories where Serbs live.

But the truth actually lies elsewhere: the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral (as it was called in the late 19th century) was a dependent ecclesiastical unit, and was only colloquially, localistically, called a “church”. More specifically, the Metropolitanate of Cetinje had never had at least three dioceses in order to be able to put in a request for autocephaly in the first place, nor had it ever acquired a tomos from the Patriarchate of Constantinople. On the other hand, the growing movement of Montenegrin nationalists exerted continuous pressure on the ruling Democratic Party of Socialists (DPS) so they could be allowed the right to practice religious rites “in Montenegrin

¹⁵ Article 40, paragraph 2 of the Constitution for the Kingdom of Montenegro states: „The Montenegrin church is autocephalous.“ King Nikola by all means sought to round off the sovereignty of his position by treating the metropolitanate as a national institution of special importance for the state of Montenegro (in which „no one else but pure Serbs of three faiths“ live). However, when the unification of dioceses and metropolitanates into a single national Serbian Orthodox Church finally took place, modelled on other national Orthodox churches, the Metropolitanate of Cetinje became one of the metropolitanates of the SOC, maybe even the first in terms of rank and importance.

¹⁶ V. Džomić, *Crkva i država u Crnoj Gori*, Svetigora – Oktoih, Cetinje Beograd 2013.

facilities usurped by the SOC”.¹⁷ The intention was clear: the nationalisation of church property should have been enabled pluralism in the practicing of religious rites in the facilities the ownership of which is held by the only, canonical Orthodox church in Montenegro – the SOC. This request, however, was by no means simple, because even the majority of DPS members worshipped at the canonical SOC. In order to break down resistance at the top of the DPS, Đukanović decided to intimidate SOC believers in his own ranks. Having swept away his opponents, the most significant of whom was the DPS founder Svetozar Marović, Đukanović scheduled the 8th Congress of DPS for the late November 2019, and promoted the “restoration of the Montenegrin church” as the main item on the agenda of the party assembly.¹⁸ Đukanović’s initial idea was that the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral of the SOC, with all four SOC dioceses that extend to the borders of the AVNOJ [the Anti-Fascist Council for the National Liberation of Yugoslavia] Montenegro, should defect from the SOC and merge into some new “Orthodox Church in Montenegro” (under the guardianship of the Phanariotes and the Patriarchy of Constantinople), and to make it an instrument of the independent state of Montenegro in order to strengthen the long projected civic concept of the Montenegrin nation.¹⁹ At that time already, it became clear to Đukanović that the episode concerning the so-called “Montenegrin Orthodox Church” was exhausted. He was aware that if he did not usurp the property and other goods of the Serbian Orthodox Church in Montenegro, he would not be able to create “the Montenegrin Church” that would be managed after the Lutheran model – from a state center.²⁰ The new national, Montenegrin church would become the unification hub of the new Montenegrin nation within the borders of the AVNOJ Montenegro. Using the example of the national state church of Greece, Đukanović often liked to underscore that such a model would be in the spirit of Orthodoxy and that such a model existed.²¹ In that case, it

¹⁷ S. Jovanović, „SPC je neprijatelj države i nacije“, RTCG, Podgorica, 7. jul 2014, <https://rtcg.me/vijesti/drustvo/57757/spc-je-neprijatelj-drzave-i-nacije.html>, 16.7.2023.

¹⁸ Milo Đukanović stated at the 8th Congress that the DPS: „(...) understands the expectations of a part of our public to restore the historically unquestionable Montenegrin Orthodox Church via procedures based on civil and canonical regulations and rules.“ Address at the 8th congress of the DPS of Montenegro, Podgorica, November 30, 2019, <https://dps.me/govor-predsjednika-dps-a-mila-jukanovica-na-viii-kongresu-partije/>, 16.7.2023.

¹⁹ В. Станковић, „Грађански концепт црногорске нације – процес асимилације Срба *in vivo*“, *Политичка ревија* 4/2011, 79–80.

²⁰ G. Sekulović, „Crnogorska identitetska prava i slobode“, *Matica crnogorska* 44/2010, 24–25.

²¹ „(...) in the other (Greece) the state simply controls everything but undeniably favors its national church in every respect.“ O. Nikolić, *Država, crkva i sloboda veroispovesti*, Institut za uporedno pravo Beograd 2022, 17.

would be possible for Đukanović to start the process of montenegrinization to a level satisfactory to him of that part of the people in Montenegro that feels Serbian in the national sense, and Montenegrin in the regional one. The canonical SOC would be turned into a noncanonical so-called “the Montenegrin Orthodox Church”, the Serbs would be reduced to a national minority, and they would be left without the possibility to lay claim to the Serbian statehood of Montenegro.²² Therefore, Đukanović would state in 2020: “We offered a solution that there is an Orthodox church that would gather all Orthodox believers. If the SOC rejects it, then it is the church of national Serbs in Montenegro. But then we will create a church of national Montenegrins, although I don’t think that is the best solution”.²³ Aware that it is much simpler and easier to snatch something from another person and make it one’s own through an act of robbery, than to painstakingly create one’s own, Đukanović offered a “compromise” with the canonical SOC in Montenegro. According to his opinion: “the restoration of Montenegrin independence cannot yield results if we have anti-constitutional operation of a foreign subject in our own state.”²⁴ Đukanović was simply preoccupied with the project of turning the national Serbs in Montenegro into national Montenegrins, guided by the domicile principle: “on the basis of subjection”, so he saw the main obstacle and adversary for that project of his in the SOC.²⁵ Therefore, he practically declared war on the SOC, and both in effect and legally made possible the passing of the new Law on freedom of religious communities, which nationalizes church property, curtails the autonomy of the church and confiscates all its sacred facilities that had been built before the 1918 Podgorica Assembly.²⁶ The government of Montenegro included

²² R. Vojinović, „Ustavno-pravno razdvajanje srpske i crnogorske nacionalne zajednice – ključni uslov opstanka srpskog naroda u Crnoj Gori“, *Naučni skup: Kako do zaštite identiteta srpskog naroda u Crnoj Gori?*“, Književna zadruga „Srpskog narodnog vijeća“, Podgorica 2008, 268–275.

²³ S. Janković, „Đukanović: If the SOC rejects the agreement, we will form an Orthodox church in Montenegro“, *Radio Slobodna Evropa*, Prag, 18. maj 2020.

²⁴ „(...) At the party conference of the Democratic Party of Socialists (DPS), Đukanović sharply criticized the operation of the Serbian Orthodox Church (SOC) in Montenegro, calling it the guardian of infrastructure of Greater Serbia.” S. Janković, „Đukanovićevo obnavljanje Crnogorske pravoslavne crkve“, *Radio Slobodna Evropa*, Prag, 10. juni 2019.

²⁵ “Montenegro was declared a civic state: the civic concept of assimilation is being imposed, and the public opinion that they are insufficiently loyal to the Montenegrin state is constantly being thrust upon Serbs and other minority nations.” V. Stanković, „Srpski identitet i crnogorstvo – trenutni odnosi snaga“, *Politička revija* 2/2018, 91.

²⁶ When it comes to church property, Đukanović said: *Everything that someone acquired legally – good luck to them, and what was snatched away will be returned to Montenegro.*“

the draft law for discussion at the plenary session of the assembly, and the monastery sisterhood and brethren, as well as the clergy, the bishops and the metropolitan took to the streets and appeared before the assembly of Montenegro, in prayer.

3. The 2019 Law On Freedom Of Religion

What did the famous Đukanović's "Law on freedom of religion or belief, and the legal status of religious communities" contain, entered at the session of the government of Montenegro under number 07-7592, dated December 6, 2019? One fact is indisputable: never before in history, not a single political decision brought to the streets of Podgorica the entire church – the entire monkhood and clergy of the Serbian Orthodox Church. With the adoption of that law, there ensued months of protests, religious processions that brought tens of thousands of believers out of their homes, spurred defiance and strengthened the national, traditional and religious feelings of Orthodox believers, regardless of whether they declared themselves as Serbs or Montenegrins concerning their nationality.

The most controversial parts of this law have to do with the nationalization of church property for which there is no proof of ownership prior to the constitution of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, i.e. before 1918. The legal principle *Bene possidentis* ("the possession belongs to the one that possesses it") was blatantly violated here. The dissatisfied party was enabled to prove their innocence in an administrative procedure, which is a gross violation of another legal principle: *Actori incumbit probatio*, "The burden of proof weighs on the plaintiff" (and not on the defendant). Thus, the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral and the SOC in Montenegro found themselves in the extremely unenviable position of having to prove ownership of the property they owned. This in turn means that all buildings in which the Serbian Orthodox Church holds service in Montenegro are nationalized and pass into state ownership and management by the state. The state of Montenegro thus acquires the discretionary right to manage these goods, and to let them be used by all those religious communities that are interested to do so. In this way, indirectly, Đukanović's regime tried to introduce the canonically unrecognized Montenegrin Orthodox Church into the facilities of the Serbian Orthodox Church, and to enable a certain number of believers who declare themselves to be of Montenegrin nationality to move from the canonical Serbian church to the noncanonical Montenegrin one by way of going to the same facilities,

S. Janković, „Đukanović: Ako SPC odbije dogovor, formiraćemo pravoslavnu crkvu u Crnoj Gori“, *Radio Slobodna Evropa*, Prag, 18. maj 2020.

but to see different “priests”. Article 12 expressly envisages that goods that constitute the cultural heritage of Montenegro cannot be alienated, moved or taken out of the country without permission of the Government of Montenegro. Article 28, paragraph 2 concludes: “Unregistered and unrecorded religious communities do not enjoy the legal status of religious communities (which are registered or recorded in accordance with this law)”. What caused the greatest number of contradictions were the final and transitional provisions of the law in which some of the most important issues regarding the status and property of the only canonically recognized church, namely the Serbian Orthodox Church, as well as the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral, were contested. Article 61, paragraph 2 specifies that: “A religious community that does not act in accordance with paragraph 1 of this article shall not be considered a registered religious community within the meaning of this law”. Thus, this provision conditions the SOC to be registered as a new religious community in the legal system of Montenegro. Of all the provisions, the most controversial one is the “famous” article 62, especially its paragraphs 1 and 2, which envisage the following: “Ecclesiastical buildings and land used by religious communities on the territory of Montenegro that were built, i.e. acquired using the public revenue of the state or were in state ownership until December 1, 1918, and for which there is no evidence of ownership rights exercised by religious communities, as the cultural heritage of Montenegro, are state property. Ecclesiastical buildings that were built on the territory of Montenegro by joint investments of citizens before December 1, 1918, and for which there is no evidence on ownership rights, as the cultural heritage of Montenegro, are state property.” The Government of Montenegro, and the 2019 parliamentary majority, therefore, turned the wheel of history back to the period after the unification and tried to alienate the property of the canonical church by way of nationalizing it, allowing the state to dispose of it high-handedly at its own political discretion. Paragraph 3 of Article 62 instructs the interested party – the injured party – that regarding these issues it is to resort to utilizing administrative and civil procedures to prove the origin of the property. Article 63, paragraph 1, orders the administrative bodies to make an inventory of property within one year and “submit a request for the registration of state’s ownership rights over these immovable properties in the real estate cadaster”. Article 64 states that upon the finality of the judgment “the religious community continues to use the facilities and land that are the subject of registration until the decision of the state body responsible for deciding on possession issues, use and disposal of these buildings and land”. Technical articles 61, 62,

63 and 64 attempted to implement the nationalization of church property owned by the Serbian Orthodox Church and the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral.

4. Overturning The Law, Political About-Face And The New Law

The opposition party of Democratic Front (DF) tried to prevent the passing of the law, first by parliamentary obstruction. As it did not manage to do so, conflict erupted between the people in government and the opposition in the parliament of Montenegro. What ensued was an unprecedented arrest of MPs with immunity at the plenary session. The MPs were arrested in the parliament chamber, forcibly removed from it and taken in police vans to the prison in Spuž. Then the session continued far into the night, and the law was passed in the absence of opposition MPs.²⁷ A rebellion commenced the very same night: blockades of roads and arteries first started in the north of Montenegro, in Berane, and the next day on the littoral. After a week of tumult, the church started to lead peaceful and non-violent protests. Protest prayer walks were organized, a kind of prayer while on the move to save the church and its property. In the elections, which ensued on August 30, 2020, the very same year, Đukanović lost one parliamentary seat indispensable for him to form the government again, which would pursue the same policy. The majority was now in the hands of the representatives of three opposition coalitions: “For the Future of Montenegro”, “Democrats” and the “sovereignist”, opposition-to-Đukanović URA. Thus the regime was toppled through elections.

These groups, that had just ceased to be opposition ones, managed to win 41 mandates, compared to DPS’s 40, and to open negotiations over the formation of the government. Almost two thirds of all the mandates of the future governing coalition were obtained by the movement “For the Future of Montenegro”, and the church appointed Professor Zdravko Krivokapić as head of this coalition of parties, who was subsequently recommended as the prime minister-designate of the future government.

Even before the signing of the coalition agreement, the political leader of the URA, Dritan Abazović, underlined that nothing in terms of the party program ties him to the coalition “For the Future of Montenegro”, but that Đukanović’s law on churches and religious communities divided Montenegro so much that it called into question its survival, and that the problem of the status of the SOC must be solved urgently and put

²⁷ M. Subotić, „Identitetska pitanja Crne Gore“, *Politička revija* 2/2020, 17.

ad acta. Basically, the lowest common denominator of the three coalitions was the foreign policy legacy of Đukanović's politics + the concession to the church. Krivokapić, Abazović and Bečić penned the four basic principles of the future government, which entailed: 1) membership in NATO; 2) reforms towards membership in the European Union; 3) an expert government – technocracy and 4) repealment of the discriminatory laws of Milo Đukanović's regime.²⁸ It was the only concession that Abazović made to the strongest political supporter of the Krivokapić-Abazović government.

The new "Law on Freedom of Religion or Belief and the Legal Status of Religious Communities" was published in the "Official Gazette of Montenegro" under number 008/21, dated January 26, 2021. It is, in a way, an amended, shorter and more simplified version of the law that was passed and published under number 074/19 on December 30, 2019. The main drafter of the new law was the then minister of justice Vladimir Lepsavić.

Article 7 of this Law envisages the full autonomy of religious communities: article 7, paragraph 3, points 1 and 2 underline the following: "A religious community shall decide freely, in particular on the following: -- internal organization, establishment, composition, powers and operation of its organs; -- the choice of its religious leader, appointment and powers of its ecclesiastical officials and other ecclesiastical staff". The law guarantees the internal autonomy of religious communities, as well as the freedom to choose and appoint ecclesiastical officials. Article 9, paragraph 1 envisages that no religion shall have the status of the state religion. Paragraph 2 of the same article, article 9, envisages the possibility of cooperation between the state and religious communities "in humanitarian, social, health, educational and cultural activities". This stresses that it is possible for the church to take part in these activities. Article 10 envisages the possibility that religious communities can regulate some issues of common interest by a contract concluded between the government of Montenegro and the religious community. Article 11 underscores that religious communities can independently manage their property "based on its own autonomous regulations, and in accordance with the law". Article 12 regulates the issue of taking ecclesiastical goods owned by a religious community out of the state of Montenegro, and points to the law on protection of cultural goods. Article 19 deals with the status of religious communities "whose ecclesiastical hub is located abroad". Article 19, paragraph 1 states: "A religious community or part of a religious community whose ecclesiastical hub is located abroad shall decide independently whether it will demand

²⁸ R. Kračković, „Crna Gora: Opozicija žuri da preuzme vlast“, *Deutsche Welle*, 1. septembar 2020.

registration in the Unique register”. Paragraph 2 of the same article states: “A religious community or part of a religious community whose ecclesiastical hub is located abroad, which hasn’t been registered in the Unique register is obliged to operate within the framework of the unified legal order of Montenegro”. The new legislators came up with a model whereby the canonical church in Montenegro, the SOC, does not have to register as a new religious community. Article 24 envisages the automatic registration of religious communities that have acquired legal subjectivity according to earlier regulations, i.e. whose legal subjectivity is recognized and acknowledged by the state authorities. Article 35, paragraph 2 envisages that “to a religious community may be granted funds from the state budget and local self-government budgets for activities promoting spiritual, cultural, and the state tradition of Montenegro, as well as for supporting social, health, charitable and humanitarian activities of special interest”. Article 54, paragraphs 1 and 2 grant the religious communities the right to establish their own schools and design educational curricula: the content of textbooks and manuals, as well as to determine the working conditions for teaching staff. Finally, the controversial articles 61, 62, 63 and 64 of the earlier law are to be deleted.²⁹ Deletion of these provisions of the law made impossible the nationalization of property of the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral and the entire SOC in Montenegro. Thus, the problem of seizure of property of the only canonical church in Montenegro was put *ad acta*.

5. Conclusion

The Metropolitanate of Montenegro and the Littoral emerged as one of 8 or 9 dioceses and bishoprics on Serbian territory, namely in the Littoral and the highland regions. Its original name of the Bishopric of Zeta has changed over the centuries, but its jurisdiction over Serbian lands has never been called into question throughout history. The situation was further complicated when the Bishopric of Zeta moved its see to Cetinje under the house of Crnojević, and when, after the Turkish occupation, the Bishopric of Cetinje began to operate independently as a metropolitanate. And yet, even then, the Cetinje metropolitans were guardians of the fervor of the Serbian national feeling in the occupied Serbian lands. Even when

²⁹ “The ministry of justice, headed by Minister Vladimir Leposavić, previously submitted to the government a proposal for amendments to the Law on freedom of religion, which deletes the articles of the law regarding property and the registration obligations for existing religious communities.” Vlada Crne Gore mijenja sporni Zakon o vjeroispovjesti, 17. decembar 2020, <https://www.slobodnaevropa.org/a/vlada-crne-gore-mijenja-sporni-zakon-o-vjeroispovijesti/31006261.html> 17.7.2023.

it operated independently, the Metropolitanate was never autocephalous, because it did not have the conditions for it. Its dignitaries remained faithful to the throne of the Patriarchate of Peć.

New challenges for the Metropolitanate arised after the withdrawal of Montenegro from its state union with Serbia (in 2006), when the regime in Montenegro sought to seize the property and goods of the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral and the Serbian Orthodox Church through nationalization. The Parliament of Montenegro passed the “Law on Freedom of Religion or Belief and the Legal Status of Religious Communities” (in 2019), which imposed on the SOC in Montenegro the obligation to prove through administrative procedures the existence of property over which it has held possession for more than a hundred years. The nationwide revolt, embodied in the protest prayer walks, and headed by the church, led to the fall of the regime opposed to the interests of the people and the amendment of the law that ensured the equal status of the SOC and its dioceses in Montenegro and the other religious communities in that state.

Владан Станковић

виши научни сарадник, Институт за политичке студије, Београд

Зоран Милосављевић

научни сарадник, Институт за политичке студије, Београд

**ДРУШТВЕНИ, ПОЛИТИЧКИ И ПРАВНИ СТАТУС
МИТРОПОЛИЈЕ ЦРНОГОРСКО-ПРИМОРСКЕ СПЦ**

Сажетак

Митрополија црногорско-приморска настала је као једна од 8-9 епархија и епископија на простору српских земаља, и то у Приморју и Брдима. Првобитни назив Зетска епископија она је кроз векове мењала, али се њена надлежност над српским земаљама кроз историју никада није доводила у питање. Ситуација се додатно усложњава када Зетска епископија премешта седиште на Цетиње под Црнојевићима, и када, након турске окупације, Цетињска епископија почиње самостално да делује као митрополија. Па ипак, чак и тада, цетињски митрополити били су чувари ватре српства у окупираним српским земљама. И када је деловала самостално Митрополија никада није била аутокефална, јер није имала услова за то. Њени су великодостојници остали верни трону Пећке патријаршије.

Нови изазови по Митрополију настају након издвајања Црне Горе из државне заједнице са Србијом (2006), када режим у Црној Гори настоји да преко национализације одузме имовину и добра Митрополије црногорско-приморске и Српске православне цркве. У скупштини Црне Горе изгласан је „Закон о слободи вјероисповјести или увјерења, и правном положају вјерских заједница“ (2019) који је наметнуо СПЦ у Црној Гори обавезу да кроз управне поступке доказује постојање имовину над којом је више од стотину година имала државину. Општенародна побуна кроз литије, коју је предводила црква, довела је до пада ненародног режима и измену закона који је обезбедио равноправни статус СПЦ и њених епархија у Црној Гори са осталим верским заједницама.

Кључне речи: Митрополија црногорско-приморска Српске православне цркве, Закон о слободи вјероисповјести или увјерења, и правном положају вјерских заједница, Црна Гора, идентитет, Срби, Црногорци.

REFERENCES

Monograph, articles

- Durković–Jakšić LJ., *Mitropolija crnogorska nikada nije bila autokefalna*, Sveti arhijerejski sinod Srpske pravoslavne crkve – Mitropolija crnogorsko-primorska, Beograd–Cetinje 1991.
- Džomić V., *Crkva i država u Crnoj Gori*, Svetigora–Oktoih, Cetinje–Beograd, 2013.
- Knežević M., *Izneverena država – Srbija i Crna Gora u vremenu razlaza*, Institut za političke studije, Beograd 2007.
- Milosavljević Z., „Bosna i Hercegovina i Crna Gora – neodržive multinacionalne tvorevine“, *Srpska politička misao*, 4/2012, 301–318.
- Nikolić O., *Država, crkva i sloboda veroispovesti*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2022.
- Sekulović G., „Crnogorska identitetska prava i slobode“, *Matica crnogorska* 44/2010, 7–74.
- Stamatović A., *Kratka istorija Mitropolije crnogorsko-primorske (1219–1999)*, Svetigora, Cetinje 1999.
- Stanković V., Petrović D., *Zajednička država Srbije i Crne Gore*, Institut za političke studije. Beograd, 2006.

- Stanković V., „Građanski koncept crnogorske nacije – proces asimilacije Srba in vivo.“, *Politička revija* 4/2011, 69–88.
- Stanković V., „Srpski identitet i crnogorstvo – trenutni odnosi snaga“, *Politička revija* Vol. 56, 2/2018, 71–95.
- Subotić M., „Identitetska pitanja Crne Gore.“, *Politička revija* Vol. 63, 1/2020, 12–48.
- Todorović V., „Raspad zajedničke države Srbije i Crne Gore“, *Politička revija* Vol. 69, 3/2006, 235–253.
- Vojinović R., „Ustavno-pravno razdvajanje srpske i crnogorske nacionalne zajednice ključni uslov opstanka srpskog naroda u Crnoj Gori“, u: *Naučni skup – Kako do zaštite identiteta srpskog naroda u Crnoj Gori* (ur. Rajo Vojinović), Podgorica 2008, 268–275.

Other sources

- Graovac S., Crna Gora 1918. godine – okupacija ili ujedinjenje, <https://www.kcns.org.rs/vest/odrzana-tribina-crna-gora-1918-godine-okupacija-ili-ujedinjenje/?script=lat#>, 15. 7. 2023.
- Ekspoze na VIII Kongresu DPS Crne Gore, Podgorica, 30. novembar 2019. godine, <https://dps.me/govor-predsjednika-dps-a-mila-dukanovica-na-viii-kongresu-partije/>
- Živković D., SPC – eparhije u Crnoj Gori, <https://nastavnikdamir.wordpress.com>
- Janković S., „Đukanović: Ako SPC odbije dogovor, formiraćemo pravoslavnu crkvu u Crnoj Gori“. *Radio Slobodna Evropa*. Prag, 18. maj 2020.
- Janković S., „Đukanovićevo obnavljanje Crnogorske pravoslavne crkve“, *Radio Slobodna Evropa*. Prag, 10. juni 2019.
- Jovanović S., „SPC je neprijatelj države i nacije“, RTCG. Podgorica, 7. jul 2014, <https://rtcg.me/vijesti/drustvo/57757/spc-je-neprijatelj-drzave-i-nacije.html>
- Kračković R., „Crna Gora: Opozicija žuri da preuzme vlast“, *Deutsche Welle*, 1. septembar 2020.
- RTL Danas. 2021. „Srbiji je Crna Gora kompenzacija za Kosovo, nezaobilazna za održanje ideje Velike Srbije.“ RTL, 17. rujna 2021.
- Slobodna Evropa „Vlada Crne Gore mijenja sporni Zakon o vjeroispovjesti“, 17. decembar 2020, <https://www.slobodnaevropa.org/a/vlada-crne-gore-mijena-sporni-zakon-o-vjeroispovjesti/31006261.html>
- Patrijaršijski i sinodski tomos (1922) br. protokola 1148.

A TEMPLE OR A TOMB? CHAPEL CONTROVERSY BEFORE THE CONSTITUTIONAL COURT OF MONTENEGRO

Summary

This article presents the so-called “Chapel Controversy” regarding the 1972 removal of the burial place of Peter II Petrović-Njegoš, which was erected on the top of Mount Lovćen and its replacement with a Mausoleum, focusing on its legal aspects i.e. the case brought by the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral of the Serbian Orthodox Church before the Constitutional Court of Yugoslavia in 1970, which was later delegated to the Constitutional Court of Montenegro. This paper consists of five parts. After the introduction, the second chapter will present a brief history of Peter II Petrović-Njegoš and the Chapel leading up to the case before the Constitutional Court. In the third part, we will present the case itself in order to have it critically examined in the fourth part. We will conclude with the fifth part, where we will present how this issue relates to contemporary Montenegro.

Keywords: Montenegro, Njegoš, Lovćen, Mausoleum, Chapel, Constitutional Court, Metropolitanate of Montenegro and the Littoral.

1. Introduction

Chapel Controversy is a term which refers to the controversy regarding the 1972. removal of the burial Chapel of Petar II Petrović Njegoš (*in the remainder*: the Chapel), erected on the top of “Jezerški vrh“, the peak of Mount Lovćen in 1845, and its replacement with a Mausoleum designed by Ivan Meštrović (*in the remainder*: Mausoleum).¹ This event raised and still raises various cultural, political, artistic and historical debates. However, its studies from the aspect of legal science remain few.² In this paper, after a brief

* Ph.D student at the Faculty of Law, University of Belgrade, mato.stol@gmail.com

¹ The term “Chapel Controversy” (*Kapelska afera*) was taken from Stamatović’s History of Metropolitanate of Montenegro and Littoral from 1918-2009, A. Stamatović, *Istorija Mitropolije Crnogorsko-primorske 1918 – 2009*, Unireks, Podgorica 2014, 34.

² One of rare works concerning the legal aspects of this controversy are V. Džomić, „Srpska pravoslavna crkva u borbi za očuvanje Njegoševе kapele na Lovćenu“, in: *Od Kosovskog zavjeta do Njegoševog makrokozma – Petar II Petrović Njegoš (1813-2013)*

historical introduction, we will present the case brought by the Metropolitanate of Montenegro and the Littoral of Serbian Orthodox Church (*In the remainder: The Metropolitanate*) before the Constitutional Court of Yugoslavia in 1970, which was later delegated to the Constitutional Court of Montenegro.

2. History of the Chapel

2.1. *The Construction of the Chapel*

Petar II Petrović-Njegoš (1813–1851) was a Serbian Orthodox Bishop with the rank of Metropolitan, who ruled over the territory of Montenegro, both as an ecclesiastic and a secular ruler for the period 1831-1851. Njegoš was the fifth in the line of bishop-rulers from the House of Petrović-Njegoš, who founded the Principality of Montenegro, later known as Kingdom of Montenegro.³ In the context of state-building, Njegoš was particularly significant as he was the first of Petrović-Njegoš, who managed to establish durable state institutions and lasting enforcement of law in Montenegro.⁴ He build on top of the legacy of his predecessor Peter I Petrović-Njegoš (later venerated as St. Peter of Cetinje), who, despite bringing together Montenegrin tribes and enacting the first written legal code, could not establish lasting order and institutions in Montenegro.⁵ Apart from the central role that Njegoš had in the development of a state order in Montenegro, he has remained even more famous for his contribution to Serbian literature and culture, the centrepiece of which is his work “*The Mountain Wreath*”.

During his life, Njegoš has built a Church, which he designated to be his burial place. The Church was erected on the top of Mount Lovćen in 1845. It was dedicated to his uncle and predecessor – St. Peter of Cetinje, who Njegoš proclaimed a saint.⁶ The Church of St. Peter of Cetinje was

(ed. V. Pituluć, D. Andrejević, N. Lazić), *Filozofski fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosvoskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica 2014*, 283–297; B. Gardašević, „Njegoševa kapela i amanet u svetlu prava”, *Izbor crkveno-pravnih radova*, Bogoslovski fakultet SPC, Beograd 2002.

³ The specific form of governance, which existed in Montenegro during the rule of prince-bishops, was described as “*vladika*” in Serbian language, some English sources refer to it as “Prince-Bishopric of Montenegro”, but we will refer to it in this paper simply “Principality” in order to avoid confusion. For a study on the rule of „prince-bishops“ in Montenegro, see M. Stojanović, „O teokratiji u Crnoj Gori”, *Vesnik pravne istorije* 2/2021, 121–151.

⁴ See M. Stojanović, “O pravnom poretku Petra I Petrovića Njegoša”, *Vesnik pravne istorije* 2/2020, 87–89.

⁵ *Ibid.*, 62–69.

⁶ Lj. Durković–Jakšić, *Njegoš i Lovćen*, Pravoslavlje, Beograd 1971, 40–43.

also known as: „The Church (on Lovćen)“,⁷ „Little Church“,⁸ „Rade’s Church“,⁹ „Little Chapel“,¹⁰ “Njegoš’s Chapel“, “The Chapel of Lovćen“ or simply “The Chapel“ as it is referred to in this paper. According to various contemporary sources as well as tradition, Njegoš made it explicit that he wished to be buried in that Church.¹¹ After Njegoš passed away in 1851, his will, although being indisputable, couldn’t be realized straight away. Unfavourable weather conditions, as well as the danger from enemies, made the burying of the late ruler of Montenegro on the top of Lovćen too risky of an endeavour. The Montenegrins decided to bury Njegoš temporarily in the Cetinje Monastery and to have his remains elevated to the Chapel on Lovćen in three years’ time. In 1854, in a state celebration headed by Njegoš’s successor prince Danilo, Njegoš’s remains were finally taken to Lovćen and buried in his Chapel.¹² There he remained to rest until 1916.

2.2. The First Destruction of the Chapel

During the First World War (WWI), in 1916, the Chapel was gravely damaged by Austrian artillery. The Austrian forces encroached Montenegro and soon occupied the Royal Capital of Cetinje as well as the

⁷ It is reported that Njegoš himself on his deathbed referred to it as the “Church on Lovćen”. *Ibid.*, 50,56. It was referred to in that Capacity by the Austrian sources as well. See *fn.* 89, K. Bećirović, *Borba za Njegošev Lovćen*, Svetigora, Cetinje 2002, 158.

⁸ It was referred to as such by Njegoš’s contemporaries Vuk Karadžić (*Ibid.*, 34) as well as Yegor Kovalyevsky (*Ibid.*, 52), Belgrade newspapers from 1845 (*Ibid.*, 44), as well as posterior reports from 1901. *Ibid.*, 46.

⁹ It was reported in 1904 that inhabitants of Njegoš’s home village of Njeguši referred to this Church as “Rade’s Church” (*Radina Crkva*) *Ibid.*, 45.

¹⁰ The term “Kapelica” was widespread in Montenegro, especially in Cetinje. In the letter from 1951, the president of People’s Republic of Montenegro refers to the Chapel as “Kapelica” See *fn.* 27.

¹¹ Reports are unanimous in the fact that Njegoš expressed his wish to be buried in the Church he builds on the Jezerski vrh, the peak of Lovćen. According to various sources, he expressed this wish on his deathbed. Other sources claim that he made the wish earlier, when he set up the founding stone for the Church. Those two versions are not necessarily contradictory, as they do not exclude one another. For more details regarding Njegoš’s wish to be buried in the Church, *Ibid.*, 47–64.

¹² S. Kljakić, R. Peković, *Sedam Njegoševih sahrana*, Jasen, Beograd 2013, 20-25 (same in Durković–Jakšić 1971, 57–58). After Njegoš’s death, Montenegro stopped being ruled by bishops. It remained, nevertheless, a state closer interknit with the Church. Danilo, despite being a secular ruler, regulated numerous aspects of church life. Christian Orthodoxy was declared a state religion. M. Stojanović, „Položaj Srpske pravoslavne crkve unutar poretka Srbije i Crne Gore – uporedno-istorijska analiza”, u: *Prilozi državno–crkvenom pravu Srbije* (ur. Vladimir Čolović, Vladimir Đurić), Institut za uporedno pravo, Beograd 2022, 167–168.

Kingdom in its entirety. After King Nikola Petrović-Njegoš of Montenegro fled the country, the army signed a capitulation treaty. The King renounced the Capitulation and called on the Montenegrins to continue the resistance against the occupier. However, it was of no avail.¹³ After imposing occupational government, the Austrian Supreme Commander ordered on 5th of August the excavation of Njegoš's remains from the Chapel.¹⁴ That order was realized on 12th of August 1916.¹⁵ Thus, Njegoš was once again returned to the Monastery of Cetinje, where he remained to wait for the liberation of Montenegro.

The 1918 liberation of Montenegro happened while King Nikola was in exile, from where he continued to nominally govern Montenegro. However, soon after the liberation of the territories of Kingdom of Montenegro – in November of 1918, what was known as „Assembly of Podgorica” deposed the old King as well as his dynasty, proclaiming unification of Montenegro with the Kingdom of Serbia. Although the King disputed the legitimacy of this Assembly, the unification of Montenegro with the Kingdom of Serbia was by 1921. recognized by all the Allied Powers – in parallel to which the recognition of the old King and his Kingdom ceased, leading Kingdom of Montenegro to legal extinction.¹⁶

2.3. The Reconstruction of the Chapel

Kingdom of Serbia, which Montenegro joined, was at the time headed by Regent (soon-to-be-King) Aleksandar Karađorđević, who was, through his mother, the grandson of the deposed Montenegrin monarch, King Nikola. After WWI, the Kingdom of Serbia transformed into the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, which was later renamed Kingdom of Yugoslavia. Not only were Serbs, Croats and Slovenes unified as a result of the WWI victory, but the Serbian Orthodox Church (SOC), was reunified too, after centuries of particularisation. On its first Council after the reunification, which was held on 19th of November 1920, SOC made a decision to have the Chapel of Njegoš repaired: “the destroyed Chapel and tomb should be repaired and the port around the Chapel should be built and decorated”.¹⁷ In order to realize that decision, the Committee headed

¹³ M. Stojanović, „O nestanku Kraljevine Crne Gore – između kapitulacije i Podgoričke skupštine”, *Pravni zbornik 1/2022*, 257–261.

¹⁴ S. Kljakić, 36–37.

¹⁵ *Ibid.*, 37–38.

¹⁶ M. Stojanović, „Validity of the 1918 Unification of Montenegro and Serbia - An International Legal Theory Approach”, *Eudaimonia 1/2021*, 143–164.

¹⁷ Lj. Durković-Jakšić, 136.

by the Metropolitan of Montenegro was formed.¹⁸ However, the realisation faced funding problems and was delayed, until King Aleksandar of Yugoslavia agreed to fund the reconstruction of the Chapel from his own royal budget.¹⁹ Being a relative of Njegoš through his mother, Aleksandar saw this as a family obligation,²⁰ but also as an opportunity to symbolise the unification of “the two Serbian Dynasties”,²¹ and pay tribute to his birthplace of Cetinje, in Montenegro.²²

The renewed Chapel was completed on September 10th, in 1925. As was initially projected, the Chapel was strengthened and decorated, with a port being added. It was consecrated two days later, on September the 12th. Nine days later, on September the 21st, in a state-mandated celebration headed by the King Aleksandar Himself, Njegoš’s remains were returned to the Chapel, which was officially opened the same day.²³

2.4. *The Second Destruction of the Chapel*

Having returned to the Chapel, Njegoš remained to witness the Second World War (WWII). During the war, the Chapel itself was once again damaged, this time by Italian artillery.²⁴ However, this time Njegoš remained in the Chapel, waiting for the end of WWII, during which a bloody civil war broke out in Yugoslavia. During the war, the son of King Aleksandar of Yugoslavia, Petar II Karađorđević, met a fate much alike his great-grandfather King Nikola. Having fled the country and having attempted to command resistance to the occupier from the exile, his rule was ultimately toppled by Communist Revolutionaries. At the end of the WWII, the Communists constituted a government, and were ultimately accepted as the legal representatives of the Yugoslav state. Thus,

¹⁸ *Ibid.*, 136–137

¹⁹ The King’s Court paid somewhat over 520.000 golden dinars for the purpose of the reconstruction of the very Church. Durković-Jakšić (1971), 234, 237. On other hand, the state paid from its own budget the construction of the road leading up to the Chapel, having for that purpose designated in the budget for 1924/25 designated 500.000 dinars. Additional expenses were made in regards of the construction as well as opening celebration. *Ibid.*, 207–212, 222–234.

²⁰ Gavriilo, Patrijarh srpski, *Memoari patrijarha srpskog Gavrila*, Sfairos, Beograd 1990, 20–24.

²¹ *Ibid.*, 24.

²² Aleksandar Karađorđević was born in Cetinje on 16.12.1888. He spent the first years of his life by his grandfather’s royal Court. For more details on the reception in Montenegro. S. Kljakić, 115–119, 123–126.

²³ *Spomenica Petra II Petrovića-Njegoša - Vladike Rada : 1813-1851-1925*, (ed. D. Vuk-san), Glavni odbor za prenos Njegoševih kosti, Cetinje 1926.

²⁴ S. Kljakić, 150.

the Kingdom was transformed into a Socialist Federative Republic. This transformation was both radical and bloody. From the legal standpoint, the complete pre-war legislature of Yugoslavia was annulled by a single act in 1946.²⁵ A new communist social order, which was in sharp discontinuity with the old one, was to be built. The revolution naturally took its toll on the Church. During and immediately after WWII, in Montenegro alone, over hundred priests were executed by the Communist Revolutionaries, most notably the Metropolitan of Montenegro Joanikije Lipovac himself, who was executed in 1945.²⁶

However, in the new Socialist Federative Republic, the previous Kingdom of Montenegro was “resurrected“ as one of the six Socialist Republics of Yugoslavia. In contrast to the old Eastern Orthodox Monarchy, the new Socialist Republic was grounded on a revolutionary ideology which opposed both monarchism and the Church. Soon after the war, in 1951, on the 100th anniversary of Njegoš’s death, the Government of Montenegro reached a decision to erect a Mausoleum in the honour of Njegoš. In order to realise that idea, it reached out to the sculptor Ivan Meštrović, asking him to design the Mausoleum. It was quickly agreed between the parties that a Mausoleum should be built to replace the Chapel. The envisioned Mausoleum was to be, as the then president of Montenegro put it, void of all “church-religious motives“.²⁷

Preparatory steps were soon undertaken. However, the whole ordeal proved to be particularly expensive and technically complicated so the realisation had to be delayed. The question of the Mausoleum would come on and off the public’s attention during the next 15 years, sparking periodical artistic, historical and political debates.²⁸

²⁵ Zakon o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. aprila 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije, *Sl. list FNRJ* br. 86/1946.

²⁶ A. Stamatović (2014), 194–204; The state-church relationship didn’t get much better in the following years. In 1954 the successor to the throne of the Metropolitan of Montenegro, Arsenije Bradvarević was sentenced to 11 and a half years of jail for “toppling the government of working people” and “inciting religious hatred and intolerance”. After serving four years of the sentence, he was released from prison and exiled from Montenegro *Ibid.*, 253–254.

²⁷ *Sumrak Lovćena – povodom 170 godina od upokojenja Sv. Petra II Lovćenskog tajnovidca*, Svetigora, Cetinje 2021, 41.

²⁸ The famous Serbian philosopher and professor of law, Mihailo Đurić, was one among many, who raised his voice against the removal of the Chapel and the erection of the Mausoleum. Because of this, as well as other activities, he was charged with *delict of opinion* and *enemy propaganda* and sentenced to two years of hard prison (later overturned to nine months). *Kljakić*, 313–316. A compilation of articles regarding Njegoš’s Chapel and the Mausoleum is present in the *Sumrak Lovćena* publication. *Sumrak Lovćena*, 9–293.

It was only ten years later, during the late 1960's that the Government decision to enact a Mausoleum got its first formal manifestations. In 1968, the Municipal Assembly of Cetinje made a Decision no. 01-8094 on 9.12.1968. to "build the Mausoleum of Njegoš according to the project and realisation of Ivan Meštrović".²⁹ It was with that decision that Municipality "took upon itself the obligation to have the Mausoleum built." On the basis of that decision, the Committee for the building of the Mausoleum was formed, guiding the construction of the Mausoleum.

It was after that decision that the conflict between the state and the church got its first public, and later legal, context.

3. The Case before the Constitutional Court of Montenegro

3.1. *The Application of the Metropolitanate*

As a reaction to the Decision made by the Municipality of Cetinje, the Metropolitan of Montenegro, Danilo Dajković, submitted a lawsuit before the Constitutional Court of Yugoslavia.³⁰ It was directed both against the Decision of the Socialist Republic of Montenegro from 1952. as well as against the Decision of the Municipality of Cetinje from 1968.

The claim started off with the argument that both the Republic and the Municipality lacked the right to decide in this matter, and that implementing their decisions would gravely affect the constitutional and property rights of the SOC as well as breach The Law on the Legal Status of Religious Communities and The Law of Protection of Monuments of Culture, ultimately constituting a "gravely serious disturbance in the church-state relations."³¹

The Church claimed that the Chapel remained in its ownership even after the nationalisation, and that "Municipal Assembly of Cetinje does not possess the capacity to transfer any sort of rights (...) in a manner which would substitute the lawfully enacted procedure of property transferal" and that such course of action presents a usurpation of the possession of the SOC.³²

²⁹ The Decision was originally published in the Official Gazzete of Montenegro, its transcription is available in *Sumrak Lovćena*, 84.

³⁰ *Stricto sensu*, the file of the Metropolitan attorneys, despite being dubbed a "Lawsuit", was in reality an application with the application to start the procedure of judicial review. The transcription of the Lawsuit was also published in *Sumrak Lovćena*, 156–160.

³¹ *Ibid.*, 157.

³² *Ibid.*, 160.

The Metropolitanate stated that it is undisputable that Njegoš decided to be buried in the Church of St. Peter of Cetinje. It is then stated that he was buried as an archbishop, in his full liturgical attire and that Njegoš's choice of his burial place was an *expression of his faith* as well as of his bishopric rank. In that respect, such expression of faith is and was a private right of Njegoš, which even retroactive application of law couldn't change. "This was, and remains, Njegoš personal matter, which no one has the right to interfere with".³³

It is stated that Njegoš's will to be buried in the Church (and not a Mausoleum) remains unchanged, and that it should be respected all the more considering the sacredness of final wills in general as well as the fact that it was not a simple will, but a will of a sovereign.³⁴ It is argued that Njegoš's will regarding his burial place is ultimately more relevant than that of the state. In regards to the arguments claiming that the 1925 Chapel was not Njegoš's chapel, but rather that of King Aleksandar, it is repeated that "the bottom line is to fulfil Njegoš's vow, to have his tomb in a Church, regardless of its sameness with the original one".³⁵ Additionally, it is claimed that it is wrong, regardless of the fact who provided funding, to attribute the initiative as well as the form of the renewed Chapel to anyone else other than SOC, considering that it was SOC who decided to have the Chapel rebuilt and the manner in which it will be built.³⁶ The precise intention of the Church was to *repair* and have the Chapel rebuilt in full accordance with its original design. It is stated that this intention was ultimately realised, and that the Chapel preserved its identity, as is attested by the report made after the reconstruction: "the shape and the dimensions of the Chapel remained the same, the new Chapel is built on the grounds of the old one, only the platform around the Chapel has been expanded, strengthened and walled with a beautiful wall made up from the same sort of stone, from which the Chapel itself is built".³⁷

Another line of argumentation was that the Chapel was a monument of culture as was defined by the positive law of Yugoslavia. Having gained this capacity by the Decision no. 01-770/1 of the Institute for the Protection of Cultural Monuments of Montenegro (*in the remainder*: The Institute) from July 7th in 1961, it enjoyed legal protection of the State and according to the then positive law, no one could damage or destroy a monument of

³³ *Ibid.*, 158.

³⁴ *Ibid.*, 157.

³⁵ *Ibid.*, 160.

³⁶ *Ibid.*, 157.

³⁷ *Ibid.*, in this particular instance, the Lawsuit quotes the "Spomenica" was issued in 1926. See fn. 23.

culture and all potential alterations concerning it were subjected to mandatory prior approval of the Institute.³⁸

In the conclusion, the applicant requested the Constitutional Court to: declare the decision of the Socialist Republic of Montenegro as well as the Municipality of Cetinje to be illegal and unconstitutional and to issue a temporary order in regards to forbidding any intervention on the Chapel.

After receiving the lawsuit, on July 8th, in 1970, the Constitutional Court of Yugoslavia decided that it should be delegated to the Constitutional Court of Montenegro as its constitutionality should have been adjudicated in relation to the republican norms and not federal ones.³⁹ After receiving the lawsuit, the Constitutional Court of Montenegro invited the sued parties – the Republic of Montenegro and the Municipality of Cetinje, to provide answers regarding the applicant's claims.

3.2. *The Answer of the Socialist Republic of Montenegro*

The Socialist Republic of Montenegro (*in the remainder*: Republic) submitted its answer on September 24th, in 1970.⁴⁰ In it, the Republic did not dispute the fact that Njegoš himself designated his burial place to be the Chapel, but it argued that the Chapel was not designed to be a church, but rather a simple tomb. The state went on to portray Njegoš as a secular ruler, who willingly “separated” himself from the ambient of the Monastery. “By building a tomb on the Lovćen, he separated himself from the Monastery, where his burial spot should've been, considering he was a Metropolitan”.⁴¹

Therefore, by willingly separating himself from the Church, Njegoš intended to leave his property not to the Church, but to Montenegro and its people.⁴² It is then claimed that the care of the Chapel was conducted by certain inhabitants of the village of Njeguši, and that repairs made before WWII were paid by the Municipality of Cetinje.⁴³ Additionally, the state responded that the territory of Mount Lovćen was a fraternal property of the brotherhood

³⁸ *Ibid.*, 159.

³⁹ This president of the Constitutional Court of Yugoslavia at the time was the famous Yugoslav professor of constitutional law, Jovan Đorđević. It was him who notified the attorneys of the Metropolitane on the Court's decision, *Dopis Ustavnog suda Jugoslavije br. U 233/70 od 8.7.1970*, Arhiv Mitropolije Crnogorsko-primorske, 1970. See V. Džomić, 290–291.

⁴⁰ Sekretarijat za zakonodavstvo Skupštine SRCG, *Odgovor na navode Mitropolije Crnogorsko-primorske, iložene u zahtjevu za pokretanje postupka ocjene ustavnosti akta za podizanje Mauzoleja Petru II Petroviću - Njegošu na Jezerskom vrhu Lovćena od 24.9.1970*, Arhiva Mitropolije Crnogorsko-primorske, 1970.

⁴¹ *Ibid.*, 2.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*, 4–5.

of Eraković-Petrović, which, after the Agrarian Law of 1947, became public property.⁴⁴ It also claimed that: Mount Lovćen is an integral part of Montenegro, which is a sovereign “state community” and a symbol of “freedom of Montenegrin people as well as of Montenegrin statehood and independence”, because of which it was incorporated in the Coat of Arms of the Republic.⁴⁵

As to the originality of the Chapel, it is claimed that the original chapel was deconstructed and thrown down the cliffs of Lovćen, and that the Aleksandar’s Chapel was not built on the top of the old one, but in its proximity.⁴⁶ It is also outlined that Aleksandar saw the chapel as his own endowment. Nevertheless, it is pointed out that the reconstructed chapel was not a church either, but a simple monument. It is argued that church and chapel are not the same, and that the elements of what constitutes a church are given in the Constitution of Orthodox Consistories, with Njegoš’s Chapel fulfilling neither of them.⁴⁷ It is pointed out that the Institute granted the permission to have the Chapel replaced and therefore arguments regarding the potential breach of the law regulating monument protection are unfounded.⁴⁸ It is concluded: “the only correct conclusion is that the top (Jezerški vrh) of Lovćen and the Chapel which is on it, are in public property, with all which derives from it”.⁴⁹

Afterwards, in the second part of the answer, a series of remarks are made, accusing the Church of illegally interfering in the political process with the aim to tackle “the socialistic development of Montenegro”⁵⁰ as well as the “self-administrative structure” of the Montenegrin nation,⁵¹ underlining that the erection of the Mausoleum is a national right of the Montenegrins.⁵²

3.3. The Answer of the Municipality of Cetinje

The Municipality of Cetinje (*in the remainder*: The Municipality) submitted its answer on November 2nd, 1970.⁵³ In it, The Municipality build

⁴⁴ *Ibid.*, 2.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*, 4.

⁴⁷ *Ibid.*, 5.

⁴⁸ *Ibid.*, 6.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, 8, 9.

⁵¹ *Ibid.*, 10.

⁵² *Ibid.*, 10, 12.

⁵³ *Sumrak Lovćena*, 162–172; The Municipality’s Answer “Odgovor Skupštine Opštine Cetinje Ustavnom sudu Jugoslavije br. 01-5835 od 2.11.1970” was published with the other documents in *Sumrak Lovćena*. Therefore, we will use this transcript of in further references.

upon the arguments previously expressed by the Republic. However, it paid special attention to disputing the right of the SOC and the Metropolitanate to represent the “The Montenegrin Orthodox Church”. The Municipality argued that the unification of the Orthodox Church in Montenegro with other Serbian churches, which was realized in 1920, was uncanonical. It is claimed that this unification was done, contrary to all procedures, by an Act of King Aleksandar from 1920.⁵⁴ Suggesting that it is due time that the representatives of secular government “restore” the defunct “Montenegrin Orthodox Church”, which is “now in an irregular state, as it has no canonically elected Metropolitan, nor a Holy Synod and in its name no one can start a lawsuit”,⁵⁵ let alone a Metropolitan of SOC.⁵⁶

In regards to the Chapel itself, the Municipality did not dispute with the fact that Njegoš built a building known as “the Chapel”,⁵⁷ but it claimed that: “the original construction, according to the orthodox ecclesiastical law, could not have been a church, i.e. a temple, a consecrated public place where God is celebrated and glorified, where the faithful gather”.⁵⁸ It is later added that the Chapel was not a “holy temple” considering “there is no proof that it was consecrated” by Njegoš or someone else,⁵⁹ and that it was dedicated to St. Peter of Cetinje “just for the sake of the name.”⁶⁰ It is later claimed that the reconstructed Chapel was not consecrated either and that it could not have represented a church either.⁶¹

Expanding upon the arguments, previously presented by the Republic, the Municipality concluded that the building must be a “private burial Chapel” of Njegoš, and that the “Church has no property claims on chapels

⁵⁴ The Municipality of Cetinje focused on the Act by which the previous Regent Aleksandar recognized the recognition, failing to acknowledge the fact that it was conducted and valued in accordance with Church Law, foremost, the bishops from Montenegro proclaimed the unification in accordance with the 4th Canon of the First Ecumenical Council as well as the 3rd Canon of the Seventh Ecumenical Council. The Orthodox Church in its entirety recognized the unification and the (re)establishment of the SOC, with the Patriarchate of Constantinople issuing a Tomos in 1922. For more discussion regarding the alleged autocephaly of the Orthodox Church in Montenegro and the unification see Stamatović, 29–66; D. Đukić, “Atinska Sintagma iz 1855. i ‘autokefalnost’ pravoslavne Ckrve u Crnoj Gori”, in: *Osam vekova Srpske pravoslavne crkve u Crnoj Gori – od Zetske episkopije do Mitropolije Crnogorsko-primorske* (eds. Kristina Mitić et al.), Međunarodni centar za pravoslavne studije – Centar za crkvene studije, Niš 2021, 273–294.

⁵⁵ *Sumrak Lovćena*, 163.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*, 165.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*, 167–168.

which are in private possession”.⁶² It is claimed that since the Chapel must be in the possession, not of the Church, but of the Petrović-Njegoš Dynasty: “in that case, the owner of the chapel is the public government (of Yugoslavia – M.S), which inherited the government (of Kingdom of Montenegro – M.S)”.⁶³ “If a chapel is private, then it has no usage and it can be demolished by the one who inherits it”.⁶⁴

The public ownership claim is further supplemented by the fact that the Chapel was originally built by Njegoš, using state money, and that posterior Petrović-Njegoš dynasts took care of it from the state budget.⁶⁵ It is repeated that the “the Chapel of Aleksandar”, allegedly being a monument in state property, was also taken care of by state factors.⁶⁶ It is further claimed that the top of Lovćen is “even today” in public possession, although the exact reference number of the land-book registry is omitted.⁶⁷

In the remainder of the answers, there is a series of ideological remarks much similar to those of the Republic such as: “no basilica – church (...) could possibly represent the spirit (...) of today’s revolutionary generation of the Montenegrins”.⁶⁸ It is also claimed that the insistence on the Chapel’s preservation is motivated by the wish to “return the spirit of the contemporary generation of the Montenegrin nation to the 19th century Serbian-Orthodox misdirected national-romantic existence”.⁶⁹

3.4. *The Decision of the Constitutional Court of Montenegro*

In November 11th, 1970, the Constitutional Court of Montenegro (*in the remainder*: The Court) reached a Decision no. 23/70, by which it dismissed the application of the Metropolitanate.⁷⁰ The Court found no basis to start a procedure of judicial review. Although the Law on Constitutional Court of Montenegro from 1963 prescribes that everyone can request the Court to start a procedure of judicial review (article 4 line 1), the Court was only obliged to do so on the request of a *numerus clausus* of applicants,

⁶² *Ibid.*, 165.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*, 168.

⁶⁶ *Ibid.*, 167–168

⁶⁷ *Ibid.*, 168.

⁶⁸ *Ibid.*, 171.

⁶⁹ *Ibid.*, 172.

⁷⁰ Rješenje Ustavnog suda Crne Gore br. 23/70 od 11.11.1970, Arhiv Mitropolije Crnogorsko-primorske, Godina 1970, a transcription is available in *Sumrak Lovćena*, 173–174, further references made as in *Sumrak Lovćena*.

religious organizations not being one of them.⁷¹ In other cases, the Court decides whether it will conduct the procedure of the judicial review or not on a basis of “previous estimation of the request’s justification” (article 4 line 2).

During the process of previous estimation, the Court found that there was no basis to start the procedure of judicial review of Republic’s and Municipality’s decisions in relation to potential “infringement of the Church’s rights derived from the Constitution or Law”. Since the Metropolitanate wasn’t among the applicants, whose applications would have to be examined *ex officio*, the Court reached the Decision to have the application dismissed. According to article 65 line 2-3 of the Law on Constitutional Court: “The Court issues a ruling (*odluku*) when it decided on the essence of a question, while in all other cases it issued a decision (*rješenje*). Both rulings and decisions must be elaborated”. Therefore, despite the fact that the Court did not rule on this issue *in meritum*, it did provide an elaborated Decision. In it, the following claims are made:

First, the Court has found that the “Chapel of Njegoš on Lovćen is not a temple but a burial monument (*nadgrobni spomenik*) and a monument of culture at the same time“.⁷²

Second, that Court has found that the government of Montenegro made a Decision to build the Mausoleum of Peter II Petrović Njegoš on Jezerski vrh of Lovćen in 1952, but that this decision has never been published in the Official Gazette, nor presented to the Court and therefore its constitutionality could not be examined. However, despite that, the government and later the Executive Committee, based on this decision, undertook certain actions. Their activities ceased once all the rights concerning the erection of the Mausoleum were transferred to the Municipality. It was then that the Municipality made the decision to build the monument, on basis of which the Committee for the building of the Mausoleum was formed. The Court found such a decision to be in line with the Statutory provisions according to which it “decides on matters of political, economic, cultural and social development of the Municipality“.⁷³ It was also found to be in

⁷¹ It was only a right of a *numerus clausus* of public bodies, namely: The Assembly of the Socialistic Republic of Montenegro, the Executive Comitee, the Supreme Court of Montenegro and other courts if this question arises during the procedure before the courts, the Municipal Assembly or other self-administrative organisation, if their right is breached, the Republican Public Prosecutor, if it is within his jurisdiction. See Article 18 Zakon o Ustavnom sudu Crne Gore, *Službeni list SRCG* br. 40/1963; Article 122 Ustav Socijalističke Republike Crne Gore od 1963, *Službeni list SRCG* br. 14/1963.

⁷² *Sumrak Lovćena*, 173.

⁷³ Article 136 of the Statute of Municipality of Cetinje from 1964, see Statut Opštine Cetinje, *Sl list SRCG – opštinski propisi*, br. 32/1964.

accordance with the Constitution of SR Montenegro (articles 81 and 124), which also stipulated such authority for the municipalities, especially in matters which are not regulated by law.⁷⁴

Lastly, the Court concluded that the Chapel was put under protection of law as a monument of culture by the Decision no. 01-077/3 of the Institute for the Protection of Cultural Monuments from July 7th, 1961. It is found that the Law on Protection of the Monuments of Culture prescribes that such monuments: “enjoy protection of law regardless of whether they are in public or private ownership and if they are registered or not“, and that the acts, which could disturb the integrity of such monuments, could only be taken with a prior approval of the Institute. This also applies to the potential relocation of such monuments. It is then found that the Institute with its Decision no. 02-197/2 from February 28th, 1969. granted a permission to the Municipality to “relocate the Chapel of Njegoš from the Jezerski vrh on other place with which the Institute approves, with full preservation of the authenticity of the building” for the purposes of building the Mausoleum.⁷⁵

Based on those findings, the Court has found that the Decision of the Municipality was based on Constitutional prerogatives, that it had the form of a general act, and that it was not contrary to positive law.

4. Reexamination of the Constitutional Court's Findings

The findings of the Constitutional Court are specifically important because they were later evoked in the Judgment of the Regional Court of Titograd regarding a lawsuit which was started, with the intention of protecting the Chapel of Njegoš, by the head of Petrović-Njegoš dynasty, Prince Mihajlo Petrović-Njegoš. The lawsuit was rejected in the Judgment of the Regional Court of Titograd no. P 465/71 from October 29th 1973.⁷⁶ In it, the Constitutional Court's finding are treated as “mandatory“:

“(…) because of its significance, the Chapel along with the tomb of Njegoš became public property and therefore there can be no claim of private-property claims on them. It should be taken that the Chapel with the grave where Njegoš is buried is an endowment which was transferred to public property which presents a memorial monument and at the same time a monument of culture”, as was determined by the Act of Constitutional

⁷⁴ *Ibid.*, 173–174.

⁷⁵ *Ibid.*, 174.

⁷⁶ Presuda Okružnog suda u Titogradu br. P 465/71 od 29.10.1973, Arhiva Mitropolije Crnogorsko-primorske, 1975.

Court of Montenegro from 11. November 1970, U. No 23/70, the determination of which must be taken as mandatory in this dispute. ⁷⁷

The Regional Court's Judgement was later upheld by the Supreme Court of Montenegro in its Decision Gž 382/7 from December 30th, 1976.⁷⁸ The Decision of the Constitutional Court was also explicitly evoked in posterior judgements in a civil process started by the Metropolitanate with the aim to stop the demolition of the Chapel.⁷⁹ In the remainder of the work, we shall therefore re-examine the four main findings of the Constitutional Court.

4.1. "The Chapel of Njegoš on Lovćen is not a Temple but a Burial Monument"

Although the Constitutional Court of Montenegro did not further elaborate the finding that the Chapel is not a Temple, we can assume it relied on the arguments, previously presented by the Republic and the Municipality. One of them was that the elements of what constitutes a church were prescribed "by the Constitution of the Holy Consistories". It was claimed that: "the building of a church is to be approved by the Consistorium, it must be equipped with Holy Oil. It must have Holy Fragments for the sick, it must have Crucifixes and the prescribed books for The Holy Service in it, the Holy Service must be frequently served, etc. The Chapel on Lovćen fulfils none of those conditions".⁸⁰

The act in question is The Constitution of Holy Consistories of Princedom of Montenegro from 1904,⁸¹ concretely to article 69, which reads:

„Each church must be equipped with Holy Oil, there must be Holy Fragments for the sick in it, which must be preserved in the Holy Table. It must have Holy Crosses and required church books for the Holy Service.

All this must be kept in full order, and this will be overseen by the archbishop during his canonical visits, as well as the regional protopresbyter when he inspects his regional churches“.⁸²

⁷⁷ *Ibid.*, 5.

⁷⁸ Presuda Vrhovnog suda Crne Gore br. Gž 382/7 od 30.12.1967, Arhiva Mitropolije Crnogorsko-primorske, godina 1976.

⁷⁹ The above quote was also almost word for word copied into the Judgement of the Regional Court of Titograd in the lawsuit of the Metropolitanate against the Republic and Municipality of Cetinje P 1180/70 od 20.5.1975. However, this particular process exceeds the scale of this paper and deserves special attention. Presuda Okružnog suda u Titogradu P 1180/70 od 20.5.1975, Arhiva Mitropolije Crnogorsko-primorske, 1975, 4.

⁸⁰ See *fn.* 47.

⁸¹ M. Ban, „Ustav svetih pravoslavnih konsistorija u Knjaževini Crnoj Gori - 1904“, in: *Ustrojstvo crkve, poslanice, članci, pismo i govori - Sabrana djela mitropolita Mitrofana Bana Cetinje*, (pr. Vuk Minić), Obod, Cetinje 1999, 57–135.

⁸² *Ibid.*, 68.

However, the analysis of article 69 makes it clear that those were not prescribed as constitutive elements of an Orthodox temple. What constitutes an Orthodox temple is notorious in canon law, the essential elements being a consecration of the temple and the presence of an altar: “A temple is consecrated by an episcopo (...) an orthodox temple is always directed towards the East where an altar is made”.⁸³ However, the Constitutions in article 69, or anywhere else for that matter, prescribes neither of those two elements (consecration and presence of an altar) as “necessary”.⁸⁴ This was because it didn’t deal with what a Church *is*, but rather with what it must be *equipped* with. This is clear, not only from the second line of article 69, which designates that it will be the archbishops or the priests, who inspect the presence of such equipment, but also from the rest of Chapter 5 of the Constitutions. For example, article 68 stipulates that:

“Churches with all the items used for the Holy Service, such as items, icons, vestments, must be kept clean in a manner which fits their purpose. The Consistory oversees this and according to the respective reports of the regional protopresbyters, it orders to the parishioners to acquire for their church the items, which it might lack. Each church must have its own churchmen”.⁸⁵

Article 73 further illustrates this claim, as it stipulates: “every parochial church must possess a house for the priest”.⁸⁶ It is clear that a construction of a house, as well as the existence of churchmen, was not and is not, of constitutive nature as to determining whether a certain building constitutes a church. It is also evident that the sanction for not meeting up that criteria was not the cessation of a church status, but rather of disciplinary nature.

Moreover, it is clear that the requirement of approval by the Consistorium, along with all other prescriptions, applied only to the churches, which were to be built after the Constitutions entered power. The Constitutions had no retroactive effect, because of which they couldn’t be applied to the Chapel built in 1845. Furthermore, considering that the Constituitions went out of power by the time of the Chapel’s reconstruction in 1925, its provisions couldn’t be applied to it either.

⁸³ D. Perić, *Crkveno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Dosije studio, Beograd 1997, 109; See also Lj. Durković Jakšić (1970), 307–325 and Lj. Durković-Jakšić, *Njegoševa crkva na Lovčenu pod zaštitom zakona*, Pravoslavlje, Beograd 1970, 2–5.

⁸⁴ Article 69 does make a reference that the Holy Fragments should be kept *in the Holy Table*, which is a part of the altar, but it styles neither the presence of an altar nor consecration of the Temple as “must have” elements, which, if it truly did regulate the essentials of a church, it must’ve had done explicitly. M. Ban, 68.

⁸⁵ *Ibid.*, 67.

⁸⁶ *Ibid.*, 68.

The opponents of the application presented a false dichotomy in which Njegoš's Chapel was either a church or a chapel (as in, not-a-church). This dilemma is false considering the fact the term "chapel" itself refers to: "a small church which is in its appearance same as temples, but is only of smaller dimensions".⁸⁷ However, as was previously stated, the term "chapel" was, *in concreto*, a popular term referring to the Church of St. Peter of Cetinje. This is supplemented by a series of documents and testimonies, which refer to this particular building as a *church*.⁸⁸ Foremost, the location where the Chapel was built, was known itself as „Crkvine“ (Church-land). According to tradition, long before Njegoš built the Chapel, the Church existed in the very same place, in which Holy Liturgies were being performed, a fact which Njegoš himself references in his work „Mountain Wreath“.⁸⁹ In addition, ever since the construction of the Chapel in 1845, it was referred to as the Church. Neighbouring Austrian officials reported that Njegoš purposefully built a "church" that could be seen from afar, in order to "assure everyone of his religious beliefs".⁹⁰ The report from 1901 provides its detailed description: "The foundation of the Church is a complete circle, the outright part of the Church is shaped as a cylinder, by which is an altar of the same shape, albeit somewhat smaller and lower in level. The Church is surfaced with stone tiles, its top is decorated with a cross".⁹¹

The Chapel was therefore most definitely the Church. It possessed an altar and was actually consecrated by Njegoš.⁹² Njegoš was the first to serve Holy Liturgies in that Church,⁹³ and according to his instructions, even after his death, Liturgies were being served in it every year.⁹⁴ This all extends to the Chapel after its reconstruction. It too was consecrated by the Metropolitan of Montenegro on September 12th in 1925, and it utilized the original Church's altar table.⁹⁵ Furthermore, contrary to the claims of the authorities, the fact that Njegoš has been buried in that Chapel actually supplements the fact that it indeed was a sanctuary, for: "according to the Church rules, the earthly remnants of a bishop must rest in a temple, church gate, chapel or some other specially consecrated place".⁹⁶

⁸⁷ D. Perić, 110, Lj. Durković-Jakšić (1970), 2–5.

⁸⁸ See *fn.* 7–9.

⁸⁹ Lj. Durković-Jakšić (1971), 36.

⁹⁰ *Ibid.*, 43.

⁹¹ *Ibid.*, 45–46.

⁹² *Ibid.*

⁹³ B. Gardašević, 181.

⁹⁴ Lj. Durković-Jakšić (1970), 54, 61, 319, 376.

⁹⁵ S. Kljakić, 80.

⁹⁶ B. Gardašević, 188.

4.2. *The Chapel is in Public Property*

The Chapel being a Church is critical to determining its ownership, as the claims of “public ownership” of the Chapel, primarily depended on the argument that the Chapel was not a church, but rather a private burial place of Njegoš. That claim was, as we saw, unfounded. Njegoš did not build a private chapel with the intention of making it his own private burial place, which would later pass to the state of Montenegro and ultimately the Socialist Republic itself. On the contrary, he built a church. Even if during Njegoš’s rule, church and state, as well as their property, were yet to be separated, later during the Principedom of Montenegro, as well as the Kingdom, church property was clearly separated from the state property, with the Church being the owner of sanctuaries and other appropriate lands.⁹⁷ Furthermore, regarding the Chapel of St. Peter Njegoš itself, it is explicitly referred to as church property in a series of documents of the SOC, starting with the Schematism of SOC from 1924 (printed in 1925). In it, on page 349, the Chapel (Church of St. Peter of Cetinje) is listed as possession of the Metropolitanate.⁹⁸ The Chapel is also listed as church property in the Possession-book (*Koreniti imetak*) of Parochy of Erakovići in Njeguši from 1929.⁹⁹ It is therefore clear that prior to WWII, the Chapel was undisputable church property.

The fact that the Chapel was both a Church and in church property is critical in determining its post-WWII status. Namely, the Communist “Act Concerning the Nationalisation of Rented Premises and Building Sites“ from 1958, by which a general nationalisation of buildings in private ownership was conducted, was explicit that it did not apply to the “buildings and premises that serve religious communities for the performance of their religious activities, such as churches, temples, chapels and places of worship, monasteries and convents“ (article 11).¹⁰⁰ Therefore, the Chapel could not have been nationalised on the basis of that law. At the same time, according to the post-war List of Church objects in the Vicarage of Cetinje from 1952, the Chapel was still listed as church property.¹⁰¹ Therefore, in

⁹⁷ For an elaborate study on this subject matter, see D. Đukić, „Pravoslavna crkva kao imalac prava svojine u Knjaževini i Kraljevini Crnoj Gori“, u: *Zbornik radova*, Univerzitet u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica 2019, 15–30.

⁹⁸ Lj. Đurković-Jakšić (1970), 19.

⁹⁹ Inventar korenitog imetka Crkvene opštine (parohije) Erakovići u Njegušima za 1929. godinu, Arhiv Mitropolije Crnogorsko-primorske, godina 1929.

¹⁰⁰ Zakon o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta *Sl. list FNRJ*, br. 52/58.

¹⁰¹ Spisak crkvenih objekata iz Namjesništva cetinjskog prema raspisu Sv. Arh. Sinoda br. 2914/51 i Mbr. 11/52, Arhiv Mitropolije Crnogorsko-primorske, godina 1952.

this case, the state authorities failed both to consult church documents as well as to produce a document or a legal act of their own, from which the claim of public property of the Chapel would derive.

The arguments based on the fact that both Kingdom of Montenegro and Kingdom of Yugoslavia at various points in time either funded the caretaking of the Chapel or paid for its reconstructions are not viable as of proving state ownership of the church, since they ignore the simple fact that the Chapel was of particular dynastical importance to both dynasties as well as the fact that those two monarchies, in opposition to the Socialist Republic, nurtured legal orders, which were in a symphonious relationships with the Church.¹⁰² In Montenegro, at the time of the construction of the Chapel, church and state were not separated to begin with – later on, after the separation of powers – the Eastern Orthodox Faith still remained the official religion of the monarchy, which styled itself as the protector of the Church.¹⁰³ In Yugoslavia, on the other hand, despite not being a state religion, SOC was recognized as one of the traditional confessions and as a carrier of public prerogatives which was in harmonious relationship with the state, characterized by cooperative separation.¹⁰⁴ Therefore, caretaking and state-support of churches was not a proof of state ownership, but rather of specific relationship between the state and the Church.

4.3. “The Decisions Are in Line With the Constitution and the Laws”

The fact that the Chapel was neither public property nor not-a-Church directly tackles the legal basis of both governmental and municipal decisions. Regardless of the fact that the government’s decision from 1951 was never made public, because of which its content and potential legal grounding cannot be precisely assessed (but a conclusion regarding its lack of transparency and arbitrariness can nevertheless be drawn), it is clear that both the Government and the Municipality had no legal basis to demolish the Church, other than potential *raison de la révolution*, which would justify both disregarding property claims as well as rights of the religious communities.

¹⁰² M Stojanović (2022a), 159–172

¹⁰³ M. Vasin, „Između državne politike, etnofietizma i kanona - oblasti Srpske crkve na prelomu veka”, u: *Osam vekova Srpske pravoslavne crkve u Crnoj Gori – od Zetske episkopije do Mitropolije Crnogorsko-primorske* (eds. Kristina Mitić et al.), Univerzitet u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica 2019, 310–314.

¹⁰⁴ M. Stojanović (2022a), 159–172.

4.4. “The Approval of the Institute for the Protection of Monuments of Culture was Granted”

The Institute’s Decision no. 02-197/2 from February 2nd 1969. by which the permit to relocate the Chapel was granted, was issued on the request of the Municipality, under the assumption that the Chapel is a “*monument of culture which is in public possession, the possessor of which is the Municipality of Cetinje*“.¹⁰⁵ That assumption was, as previously mentioned, false and/or, at best, based on no viable legal grounds. Regardless of this fallacy, the permit was issued *under the condition* to have the Chapel “*relocated with the full preservation of the building’s authenticity, on a location previously agreed to by this Institute*“.¹⁰⁶ That condition has never been met. After its demolition in 1972, the Chapel has not been relocated nor rebuilt. However, with the demolition of the Chapel and the construction of the Mausoleum, that condition has been rendered *impossible* to be met. According to the Institute’s Decision no. 01-077/3 from July 7th, 1961, by which the Chapel was listed as a monument of culture, it was named: “Chapel-tomb of Petar II Petrović-Njegoš“. At the same time, it was described as a “chapel and tomb“, built in 1845,¹⁰⁷ for the following purpose: “*build for Peter II Petrović Njegoš, to be buried on Lovćen*“.¹⁰⁸ Considering the fact that the remnants of Petar II Petrović-Njegoš have been removed from the Chapel before its demolition and transferred to the Mausoleum,¹⁰⁹ it would be impossible, without their return, to rebuild the chapel in a manner which would provide “*full preservation of building’s authenticity*“. Void of Njegoš’s remains, it would neither present a tomb, nor would it fit its original purpose – to be a burial place of Njegoš.

5. Conclusion – Approaching Chapel Controversy in Contemporary Montenegro

Contemporary state of Montenegro stands in legal discontinuity both with the Socialist Republics of Montenegro and the defunct Kingdom of Montenegro.¹¹⁰ It was formed in 2006, and according the Preamble of its Constitution from 2007 it is based on the: “commitment of the citizens of

¹⁰⁵ *Sumrak Lovćena*, 161–162.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Contrary to the arguments that claimed it is not the original Chapel built in 1845.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 161.

¹⁰⁹ For details, see S. Kljakić, 331–337.

¹¹⁰ For a detailed study, see M. Stojanović, “Neobičan slučaj kontinuiteta državnih institucija Crne Gore”, *Studia Juridica Montenegrina* 1/2021, 75–99.

Montenegro to live in a state in which the basic values are freedom, peace, tolerance, respect for human rights and liberties, multiculturalism, democracy and the rule of law". It is also stated in the Preamble that the Constitution stems from the: "determination that we, as free and equal citizens, members of peoples and national minorities who live in Montenegro: the Montenegrins, the Serbs, the Bosniaks, the Albanians, the Muslims, the Croats and the others, are committed to democratic and civic Montenegro".¹¹¹

Those founding principles are translated into specific norms of the Constitution. Article 1 prescribes that Montenegro is a "state with the republican form of government" (line 1), as well as: "civil, democratic, ecological and the state of social justice, based on the rule of law" (line 2). In it, the "bearer of sovereignty is the citizen with Montenegrin citizenship" (article 2, line 1) and "power not stemming from the freely expressed will of the citizens in democratic election in accordance with the law, can neither be established nor recognized" (article 2 line 3). Church and the state are "separated" (article 14).¹¹² Being determined in such manner, Montenegro constituted a constitutional identity different from that of the Republics of Montenegro, which were national states of the Montenegrin nation and/or based on communist ideology. Its identity is also different from that of the Kingdom of Montenegro, which was a monarchy with a state religion of Eastern Orthodoxy.¹¹³

However, despite being a novel state with significantly different constitutional identity from that of the previous states of Montenegro, contemporary Montenegro harbours a symbolic continuity with them.¹¹⁴ Both Njegoš and Lovćen are granted specific significance in contemporary Montenegro. The very Anthem of Montenegro makes a reference to the "ideals of Lovćen", which serve as a guidance for the citizens of Montenegro.¹¹⁵ The Law on State Symbols and the Statehood Day provide symbols of the Republic of Montenegro, among which is the Coat

¹¹¹ Ustav Crne Gore *Sl. list CG*, br. 1/2007, 38/2013.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Even after drafting the Constitution of Principality of Montenegro from 1905, previous prince Nikola of Montenegro (who was proclaimed a King in 1910) remained the central figure of the constitutional system in Montenegro. Despite introducing a National Assembly without whose consent no law could be passed (article 73), the Monarch remained superior in power in comparison to the parliament insofar as the Council of Ministers, which the Monarch elected (article 104), possessed legislative initiative (article 78). In addition to it, the King possessed the right to dissolve the parliament whenever he saw fit (article 17, line 2).

¹¹⁴ See *fn.* 110.

¹¹⁵ Ustav Crne Gore, article 6. The text of the Anthem is prescribed in article 6 of *Zakon o državnim simbolima i Danu državnosti Crne Gore Sl. list CG*, br. 47/2019.

of Arms of People's Republic of Montenegro depicting Lovćen with Njegoš's Chapel on the top of it,¹¹⁶ protection equal to the contemporary state symbols. It provides this protection to the symbols of the Princedom and Kingdom of Montenegro as well.¹¹⁷ The City of Cetinje, the old Royal Capital, is regarded as the „throne-city“ of Montenegro and also as “historic and cultural centre“.¹¹⁸ In addition, in 2021, the otherwise polarised Montenegrin National Assembly, in a rare demonstration of unity, almost unanimously voted in favour of proclaiming the Njegoš's birthday a state holiday: “Njegoš's Day – The Montenegrin Holiday of Culture“.¹¹⁹ The state-mandated award for literary contributions is named after Njegoš,¹²⁰ while the highest state medal “Medal of Montenegro“, contains a reference to the Mausoleum.¹²¹ A Law Regulating the Status of the Descendants of the Petrović-Njegoš Dynasty was enacted, in an attempt to “repay the debt” to this Dynasty.¹²² The significance of both Njegoš and Lovćen, therefore, does not stem only from culture and history of Montenegro, but also from its positive laws.

However, it is unclear how Montenegro will manage to reconcile frequently conflicting legacies of Kingdom of Montenegro and Socialist Montenegro, as well as their interpretations, including that of Njegoš and the Chapel Controversy. According to its novel constitutional arrangement, Montenegro is not only in legal, but also in essential discontinuity with those states. Despite Montenegro choosing to harbour a common legacy with them, its “distance” does enable it, while its constitutional principles does mandate it, to assume a critical position both towards the Montenegro of Petrović-Njegoš, a monarchy in which the State and the Church were closely intertwined, as well towards the Socialist Republics of Montenegro

¹¹⁶ According to Article 4 of the Constitution of the People's Republic of Montenegro from 1946, “The state coat of arms of People's Republic of Montenegro is a representation of Lovćen with the Chapel of Njegoš surrounded with a laurel wreath, which is underneath tied with the Montenegrin flag. Between the tops of the laurel wreath is a red star. Behind Lovćen, the sea is represented with a handful of curved lines”, see *Ustav Narodne Republike Crne Gore*, *Sl. list NRCG*, br. 2/1947. This Coat of Arms remained unchanged during whole socialist era until 1992.

¹¹⁷ *Zakon o državnim simbolima*, article 28.

¹¹⁸ See *Ustav Crne Gore*, article 5, line 2; *Zakon o prijestonici Sl. list CG*, 51/2007, article 1. During communism, Podgorica which was afterwards named “Titograd” became the capital of Montenegro. It has remained to be so to this day.

¹¹⁹ *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o državnim i drugim praznicima Sl. list CG*, br. 145/2021.

¹²⁰ *Zakon o državnim nagradama Sl. list CG*, br. 17/2019, article 22.

¹²¹ *Odluka o izgledu i načinu nošenja državnih odlikovanja Sl. list RCG*, br. 39/2006 – *Sl. list CG*, br. 79/2016, article 2 line 2.

¹²² *Zakon o statusu potomaka dinastije Petrović Njegoš Sl. list CG*, br. 36/2011, article 1.

and its communist legacy. Therefore, despite harbouring symbolic continuity with those states, a demand for a re-examination of their legacies in accordance with the positive constitutional principles of contemporary Montenegro, such as: rule of law, republicanism, democracy, secularism and protection of private property, must be present.

This is only natural, bearing in mind that Montenegro lacks a clear national majority and is linguistically and religiously particularised. Thus, developing a political culture, which would primarily be based on the identity of a specific national, religious or linguistic group would not achieve a suitable level of social cohesion and legitimacy. It is implicit that the only form of successful political culture in Montenegro can be that of constitutional patriotism and consociational democracy. Achieving those two requirements is only possible by openly addressing and re-examining both the past and the present. As it is pointed out by contemporary Montenegrin scholars, without such active deliberation, achieving a cohesive political culture in Montenegro, as well as a high level of state-legitimacy, is unlikely.¹²³ However, as of yet, no clear attempts to deliberate the frequent conflicting interpretations of history, including Njegoš's own legacy as well as the Chapel Controversy, have been made. So far, we have witnessed only one-sided attempts aimed at rethinking or even “annulling” the historical processes related to the 1918 unification of Montenegro with Serbia.¹²⁴ In contrast, other parts of history, nonetheless divisive, have not been subjected to any sort of significant deliberation. Unlike most of post-communist countries, Montenegro has made no significant steps towards conducting post-transitional justice and confronting its authoritarian communist past.¹²⁵ The Law on Restitution of Property Rights and Compensation from 2007 stipulated in article 8 that: „The terms, manner and procedure of restitution of confiscated property rights of religious communities will be regulated by a special law“, however no such law was

¹²³ P. Zenović, *Saglasja – političko-filozofski ogledi*, JU Narodna biblioteka Budva, Budva 2018, 117–118.

¹²⁴ See Rezolucija povodom 100-godišnjice “Podgoričke skupštine” od 3.12.2018, br. 00-71/18-7/12, Skupština Crne Gore; the (now repealed) article 62 of *Zakon o slobodi vjeroispovijesti ili uvjerenja i pravnom položaju vjerskih zajednica* *Službeni list CG*, br. 74/2019, as well as *fn. 122*.

¹²⁵ Montenegro did enact a series of laws concerning the restitution of property, but with limited practical success and without addressing religious communities in particular. In addition to this, other popular measures of post-transitional justice have not been conducted in Montenegro. For more on post-transitional justice, see J. E. Méndez, “Constitutionalism and Transitional Justice”, in: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (eds. Michel Rosenfeld, Andras Sajó), Oxford University Press, Oxford 2012, 1270–1286

passed as of 2007.¹²⁶ The Fundamental Agreement between Montenegro and the Serbian Orthodox Church which was signed in 2022, stipulates that the restitution of mobile and immobile church property will be performed in accordance with the law, which will regulate the matter of restitution in Montenegro, and with prior agreement with the church authorities (article 12 line 1).¹²⁷

However, the issue of Chapel Controversy goes beyond restitution of property rights and compensation. Therefore, it is not reassuring that a legislative proposal aimed at restoring the Chapel on Lovćen, which was proposed in 2012, had been rejected by the National Assembly of Montenegro without even being put on a parliamentary debate.¹²⁸ A renewed legislative proposal concerning the Chapels reconstruction from 2014 met the same fate.¹²⁹ Prior to their rejection, both those proposals received opinions from respective parliamentary commissions. It is interesting that the Parliamentary Commission for Constitutional Questions and Legislature issued a positive report regarding the constitutionality and legality of the 2012 proposal,¹³⁰ while it assessed the 2014 proposal as unconstitutional and illegal, despite bearing no significant difference in comparison to the one from 2012.¹³¹ However, neither those decisions, nor the ones of other parliamentary commissions, contained suitable elaborations and statements of their reasons. Issues of such magnitude, such as the Chapel Controversy deserve a thorough deliberation, but also a resolution. Will this resolution be done through a specific legislative act as previously proposed or through other legal measures, including those dealing with general restitution, remains to be seen.

¹²⁶ Zakon o povraćaju oduzetih imovinskih prava i obeštećenju *Sl. list RCG*, br. 21/2004, br. 60/2007.

¹²⁷ Temeljni ugovor između Crne Gore i Srpske pravoslavne crkve *Sl. list CG*, br. 96/2022.

¹²⁸ Skupština Crne Gore, Zapisnik sa 8 sjednice prvog redovnog (proljećnjeg) zasijedanja u 2012. godini Skupštine Crne Gore od 26.7.2012, br. 00-61/12-6/8.

¹²⁹ Skupština Crne Gore, Predlog zakona o obnovi kapele Petra Drugog Petrovića Njegoša od 18.3.2014, br. 35/14-1.

¹³⁰ D. Babović, „Kapela podijelila DPS i koaliciju“, <https://www.vijesti.me/vijesti/drustvo/314775/kapela-podijelila-dps-i-koaliciju>, 30. 8. 2023.

¹³¹ Skupština Crne Gore, Izvještaj Zakonodavnog odbora o razmatranju predloga zakona o obnovi Kapele Petra Drugog Petrovića Njegoša br. 35/14-1/4 od 15. 9. 2014.

Матија Стојановић

Студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду

ХРАМ ИЛИ ГРОБНИЦА? КАПЕЛСКА АФЕРА ПРЕД УСТАВНИМ СУДОМ ЦРНЕ ГОРЕ

Сажетак

Овај чланак представља такозвану „Капелску аферу“ у вези са уклањањем гробног места Петра II Петровића Његоша 1972. године, које је било подигнуто на врху планине Ловћен, и његовом замјеном маузолејом, фокусирајући се на његове правне аспекте у конкретном случају – предмет који је покренула Митрополија Црногорско-приморска Српске православне цркве против Уставног суда Југославије 1970. године, који је касније пренет Уставном суду Црне Горе. Овај рад ће бити структуриран у пет делова. Након увода, друго поглавље ће представити кратак преглед историје Петра II Петровића Његоша и капеле која је довела до случаја пред Уставним судом. У трећем делу ћемо представити сам случај како бисмо га критички анализирали у четвртом делу. Закључићемо петим делом, у којем ћемо приказати како се овај проблем односи на савремену Црну Гору.

Кључне речи: Црна Гора, Његош, Ловћен, маузолеј, Капела, Уставни суд, Митрополија Црногорско-приморска.

REFERENCES

Monograph, articles

- Ban M., „Ustav svetih pravoslavnih konsistorija u Knjaževini Crnoj Gori – 1904“, in: *Ustrojstvo crkve, poslanice, članci, psimo i govori - Sabrana djela mitropolita Mitrofana Bana Cetinje*, (pr. Vuk Minić), Obod 1999, 57–135.
- Bećirović K., *Borba za Njegošev Lovćen*, Svetigora, Cetinje 2002.
- Durković-Jakšić Lj., *Njegoš i Lovćen*, Pravoslavije, Beograd 1971.
- Durković-Jakšić Lj., *Njegoševa crkva na Lovćenu pod zaštitom zakona*, Pravoslavije, Beograd 1970.

- Džomić V., „Srpska pravoslavna crkva u borbi za očuvanje Njegoševe kapele na Lovćenu”, u: *Od Kosovskog zavjeta do njegoševog makrokozma – Petar II Petrović Njegoš (1813-2013)*, (ur. V. Pituluć, D. Andrejević, N. Lazić), Filozofski fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica 2014, 283–297.
- Đukić D., „Pravoslavna crkva kao imalac prava svojine u Knjaževini i Kraljevini Crnoj Gori”, u: *Zbornik radova*, Univerzitet u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica 2019, 15–30.
- Đukić D., „Atinska Sintagma iz 1855. i ‘autokefalnost’ pravoslavne Ckrve u Crnoj Gori”, in: *Osam vekova Srpske pravoslavne crkve u Crnoj Gori – od Zetske episkopije do Mitropolije Crnogorsko-primorske* (ur. Kristina Mitić et al.), Međunarodni centar za pravoslavne studije – Centar za crkvene studije, Niš 2021, 273–294.
- Gardašević B., „Njegoševa kapela i amanet u svetlu prava“, *Izbor crkvenopravnih radova*, Bogoslovski fakultet SPC, Beograd 2002
- Kljakić S., Peković R., *Sedam Njegoševih sahrana*, Jasen, Beograd 2013.
- Méndez J. E., „Constitutionalism and Transitional Justice”, in: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (eds. Michel Rosenfeld, Andras Sajó), Oxford University Press, Oxford 2012, 1270–1286.
- Patrijarh srpski, Gavriilo., *Memoari patrijarha srpskog Gavriila*, Sfairios, Beograd 1990.
- Perić D., *Crkveno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Dosije studio, Beograd 1997.
- Spomenica Petra II Petrovića–Njegoša – Vladike Rada: 1813-1851-1925*, (ed. D. Vuksan), Glavni odbor za prenos Njegoševih kosti, Cetinje 1926.
- Stamatović A., *Istorija Mitropolije Crnogorsko-primorske 1918 – 2009*, Unireks, Podgorica 2014.
- Stojanović M., “Neobičan slučaj kontinuiteta državnih institucija Crne Gore”, *Studia Juridica Montenegrina* 1/2021, 75–99.
- Stojanović M., „O nestanku Kraljevine Crne Gore – između kapitulacije i Podgoričke skupštine”, *Pravni zbornik* 1/2022, 257–261.
- Stojanović M., „O pravnom poretku Petra I Petrovića Njegoša”, *Vesnik pravne istorije* 2/2020, 62–91.
- Stojanović M., „O teokratiji u Crnoj Gori“, *Vesnik pravne istorije* 2/2021, 121–151.
- Stojanović M., „Položaj Srpske pravoslavne crkve unutar poretka Srbije i Crne Gore – uporedno–istorijska analiza”, u: *Prilozi državno-crkvenom*

- pravu Srbije* (ur. Vladimir Čolović, Vladimir Đurić), Institut za uporedno pravo, Beograd 2022, 159–172.
- Stojanović M., „Validity of the 1918 Unification of Montenegro and Serbia - An International Legal Theory Approach”, *Eudaimonia* 1/2021, 143–164.
- Sumrak Lovćena – povodom 170 godina od upokojenja Sv. Petra II Lovćenskog Tajnovidca*, Svetigora, Cetinje 2021.
- Vasin M., „Između državne politike, etnofietizma i kanona – oblasti Srpske crkve na prelomu veka”, u: *Osam vekova Srpske pravoslavne crkve u Crnoj Gori – od Zetske episkopije do Mitropolije Crnogorsko-primorske* (ur. Kristina Mitić *et al.*), Međunarodni centar za pravoslavne studije – Centar za crkvene studije, Niš 2021, 295–317.
- Zenović P., *Saglasja – političko-filozofski oglledi*, JU Narodna biblioteka Budva, Budva 2018.

Other sources

- Babović D., Kapela podijelila DPS i koaliciju, <https://www.vijesti.me/vijesti/drustvo/314775/kapela-podijelila-dps-i-koaliciju>, 30. 8. 2023.
- Dopis Ustavnog suda Jugoslavije br. U 233/70 od 8. 7. 1970. Arhiv Mitropolije Crnogorsko-primorske, 1970
- Inventar korenitog imetka Crkvene opštine (parohije) Erakovići u Njegušima za 1929. godinu, Arhiv Mitropolije Crnogorsko-primorske, godina 1929.
- Izvještaj Zakonodavnog odbora o razmatranju predloga zakona o obnovi Kapele Petra Drugog Petrovića Njegoša br. 35/14-1/4 od 15.9.2014, Skupština Crne Gore.
- Odluka o izgledu i načinu nošenja državnih odlikovanja *Sl. list RCG*, br. 39/2006 – *Sl. list CG*, br.79/2016.
- Predlog zakona o obnovi kapele Petra Drugog Petrovića Njegoša od 18.3.2014, br. 35/14-1.
- Presuda Okružnog suda u Titogradu br. P 465/71 od 29.10.1973, Arhiva Mitropolije Crnogorsko-primorske, godina 1975.
- Presuda Okružnog suda u Titogradu P 1180/70 od 20.5.1975, Arhiva Mitropolije Crnogorsko-primorske, 1975.
- Presuda Vrhovnog suda Crne Gore br. Gž 382/7 od 30.12.1967, Arhiva Mitropolije Crnogorsko-primorske, godina 1976.
- Rezolucija povodom 100-godišnjice “Podgoričke skupštine” od 3.12.2018, br. 00-71/18-7/12.

- Rješenje Ustavnog suda Crne Gore br. 23/70 od 11.11.1970, Arhiv Mitropolije Crnogorsko-primorske, Godina 1970.
- Sekretarijat za zakonodavstvo Skupštine SRCG, Odgovor na navode Mitropolije Crnogorsko-primorske, iložene u zahtjevu za pokretanje postupka ocjene ustavnosti akta za podizanje Mauzoleja Petru II Petroviću – Njegošu na Jezerskom vrhu Lovćena od 24.9.1970, Arhiva Mitropolije Crnogorsko-primorske, godina 1970.
- Spisak crkvenih objekata iz Namjesništva cetinjskog prema raspisu Sv. Arh. Sinoda br. 2914/51 i Mbr. 11/52, Arhiv Mitropolije Crnogorsko-primorske, godina 1952.
- Spomenica Petra II Petrovića-Njegoša - Vladike Rada: 1813-1851-1925* (ed. D. Vuksan), Glavni odbor za prenos Njegoševih kosti, Cetinje 1926.
- Statut Opštine Cetinje, *Sl. list SRCG – opštinski propisi*, br. 32/1964.
- Temeljni ugovor između Crne Gore i Srpske pravoslavne crkve, *Sl. list CG*, br. 96/2022.
- Ustav Crne Gore, *Sl. list CG*, br. 1/2007, 38/2013.
- Ustav Narodne Republike Crne Gore, *Sl. List NRCG*, br. 2/1947.
- Ustav Socijalističke Republike Crne Gore, *Službeni list SRCG*, br. 14/1963.
- Zakon o državnim nagradama, *Sl. list CG*, br. 17/2019.
- Zakon o državnim simbolima i Danu državnosti Crne Gore, *Sl. list CG*, br. 47/2019.
- Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o državnim i drugim praznicima, *Sl. list CG*, br. 145/2021.
- Zakon o nacionalizaciji najamnih zgrada I građevinskog zemljišta, *Sl. list FNRJ*, br. 52/58.
- Zakon o povraćaju oduzetih imovinskih prava i obeštećenju, *Sl. list RCG*, br. 21/2004, br. 60/2007.
- Zakon o Prijestonici, *Sl. List CG*, br. 51/2007.
- Zakon o slobodi vjeroispovijesti ili uvjerenja i pravnom položaju vjerskih zajednica, *Službeni list CG*, br. 74/2019.
- Zakon o statusu potomaka dinastije Petrović Njegoš, *Sl. list CG*, br. 36/2011.
- Zakon o Ustavnom sudu Crne Gore, *Službeni list SRCG*, br. 40/1963.
- Zapisnik sa 8 sjednice prvog redovnog (proljećnjeg) zasijedanja u 2012. godini Skupštine Crne Gore od 26.7.2012, br. 00-61/12-6/8, Skupština Crne Gore.

II
УПОРЕДНО
ПРАВО

COOPERATION BETWEEN CHURCH AND STATE. GERMAN AND EUROPEAN PERSPECTIVES

Summary

Cooperation between state and religious communities is the modern way of the relationship between partners. It is a system especially suitable for the traditional Christian Orthodox approach of symphonia. In different settings, cooperation is practiced in states like France, the United Kingdom, Germany, and beyond. The European Union has laid the basis for its cooperation with religious communities.

Keywords: Church, State, European Union, cooperation.

1. Introduction

The modern way of state church relationships is cooperation. Cooperation between church and state takes place in all those systems in which a friendly atmosphere between the institutions of secular and sacred existence prevails. Cooperation can function in very different systems. Laïque states like France can well cooperate with religions, and even states that have a state church or a state religion can cooperate with any religion which possesses some distinct institutions. There are states which explicitly prefer cooperation with religions. Cooperation is a fruit of but also a condition for a peaceful existence of people. Cooperation is an approach which seems to be particularly fit for states in which the Christian orthodox tradition of symphonia forms the basis of state church relations.

In this article, some examples are highlighted in which cooperation is functioning. Other examples could be added easily.

2. Cooperation between the state and religions in France

For long times, there existed a sharp antagonism between state and church in France. In the nineteenth century and in the beginning of the 20th century, “les deux France”, the catholic party and the party of laicism fought for supremacy in state institutions. Today, many fields show an open, friendly, and respectful interaction between state and religions based

* Professor Emeritus, Faculty of Law, University of Trier, robbers@uni-trier.de

on the idea of cooperation. Francis Messner describes the French system of cooperation as follows.²

Private schools of a denominational nature are guaranteed by the principle of freedom of education which was made part of the constitution in 1977. The Debré Law of 31 December 1959 allows private primary, secondary and technical institutions to enter into a contract with the State. The French Education Code provides for the private institution to keep its own character, which is more often than not confessional, but must provide instruction while respecting pupils' freedom of conscience. Teachers are held to a duty of confidentiality and respect for the intrinsic character of the institution. The law establishes two categories of contract: simple contracts and contracts of association; in the latter case, alignment to public institutions is strengthened. The teaching curricula in these establishments are delivered according to the rules of state education and the teachers are remunerated by the French State. With schools under simple contract, teachers are salaried by their institutions, but via a subsidy paid by the state to the latter. No subsidies are paid to these institutions for other categories of staff. The operating expenses of the establishments under contract of association are assumed by public authorities under the same conditions as those of the corresponding classes in state education.

Private institutions which are not under contract are subject to checks by the inspector of the académie (layout of premises, health and safety, minimum standards of knowledge) and operate freely. Generally, their courses prepare students for diplomas awarded by the State and, with some exceptions, are aligned to the curricula of the latter.

Cooperation also governs theology faculties. They may be called a free/independent faculty, but not a faculty. There are now nearly 17 faculties of theology in France placed under the regime of the law of 12 July 1875: seven faculties of Catholic theology, five faculties of Protestant theology, one faculty of Orthodox theology, and the Séminaire Israélite de France. Similarly, several Islamic science institutions are claiming the status of declared private higher education institutions.

Free faculties have the capacity to award degrees, but these are not recognised by the State. The state monopoly on degrees and diplomas was established by the Law of 18 March 1880 on freedom of higher education.

An important further field of cooperation in France is the field of finances. Article 2 of the Law of 9 December 1905 provides that “the

² For the following see also F. Messner, “State and Church in France”, in: *State and Church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers), Nomos, Baden Baden 2019, 213–238. Also, for this and other systems in the world see G. Robbers, W. C. Durham (eds.), *Encyclopedia of Law and Religion*, Brill, Nijhoff 2016.

Republic does not recognise, nor salary, nor subsidise any faith...". This provision, the initial objective of which was to abolish the religious affairs budget, i.e. state remuneration for ministers of recognised religions and the distinction between recognised and non-recognised faiths, included many exemptions, some laid down by the Law of 1905 itself. Thus, paragraph 2 of Article 2 of the Law of 1905 provides that "expenditure for chaplaincy intended to ensure the free exercise of worship in public institutions such as primary and secondary schools, hospices, asylums and prisons may however be listed". Freedom of worship prevails in this case over the principle of non-subsidisation when members of a religious grouping are located in a closed environment (boarding school, prison, hospital) and cannot reach a place of worship.

On another level, Article 19 of the Law of 1905 declares that "amounts provided for repairs to buildings assigned for public worship are not considered to be subsidies, whether or not the former are listed as historic monuments". A law of 13 April 1908 added a new subsection to Article 13 of the Law of Separation, providing that "the State, départements and communes will be able to commit the expenditure required for the maintenance and conservation of buildings of worship when their ownership of the latter is recognised in law". Almost all buildings of worship are property of the French State or communes and are legally assigned to the practice of worship. Finally, Article 19 (as amended) of the Law of 9 December 1905 authorises public subsidies for work to buildings of worship owned by religious associations, whether or not they are listed as historic monuments. Besides these examples, there exists an instrument authorising participation by public authorities in the construction of new buildings of worship: the administrative emphyteutic lease. This mechanism to aid construction helps local authorities rent out to religious associations a building plot intended for the installation of a place of worship. This particularly advantageous agreement for religious associations provides, however, for the land and buildings to be returned to the public authority at the end of the lease.

Finally, given the constant deficit of CAVIMAC health insurance and retirement funds for ministers of worship, established by a law of 2 January 1978, the French Social Security Code has provided that the balance of this fund would be assured by a contribution from the general scheme.

Recent Council of State case law emphasises that there is generally no obstacle to funding an activity or equipment needed for worship insofar as there is a specific local interest or the need to integrate a portion of the population into the national community. In this case, it is not the religious

activity that is supported, but the interest it represents for the public community concerned.

In local law on faiths in Alsace-Moselle, financial support for religious activities, institutions and personnel is characterised by the obligation of the French State to pay ministers of the four recognised or statutory religions whose positions were provided for in the Ministry of the Interior budget and the obligation for communes to balance the budgets of local or parish public religious institutions (Israelite consistories, Catholic fabriques and Presbyterial Councils), and provide accommodation for priests, pastors and rabbis or, failing this, a housing allowance. Financial assistance is also provided in certain other parts of France by specific local laws and in very different ways in Guiana, French Southern and Antarctic Territories, in New Caledonia in French Polynesia, in Wallis and Futuna Islands and in Saint Pierre and Miquelon.

Spiritual Assistance is provided for in certain public institutions. The right to spiritual assistance in institutions restricting the movement of users (boarding schools of educational institutions, hospitals, prisons) is enshrined in Article 2, paragraphs 1 and 2, of the Law of 1905. Military chaplaincy is organised in accordance with a law of 8 July 1880 and subsequent legislation.

The administration may fund chaplains in hospitals, prisons and boarding schools and is required to remunerate army chaplains. Places of “spiritual welcome” have been created in a number of establishments that fulfil a mission of general interest or which are of a public nature (retirement homes, airports).

In hospital establishments, the organisation of chaplaincies falls to the head of each institution. A patient must be able to follow the precepts of his or her religion, while respecting the freedom of others: any proselytism is prohibited. Chaplains are appointed by the heads of the institutions upon proposal by the religious authorities.

Islam’s organisational effort continues with the active support of the administration. These attempts at creating a structure are not without difficulty due to the fragmentation of Muslim communities and foreign states’ desire to exercise control over these groupings. This is illustrated by the creation of a national Muslim religious association and by the suggestion made to Muslim associations to integrate into the French system of faiths by organising Islam within the framework of associations of worship, which is not currently the case: the CFCM and the CRCM are governed by the common law on associations. Emphasis is also placed on the training of imams. In this regard, reference is made to the possibility for candidates for

the imamate to follow a degree course in the human and social sciences at public universities, which would be supplemented by courses given by free faculties of Muslim theology. Furthermore, consideration has been given to creating a course in Muslim theology at the University of Strasbourg.

Traditionally, a generally much disputed field is that of religious education in public schools. The right to the transmission of faith is one of the components of freedom to believe and to practise one's religion. The constitutional principle of *laïcité* does not prohibit public authorities from facilitating religious education within the public service of education. On the contrary, the State must take all appropriate measures to ensure religious freedom and religious instruction for students in state education. However, the conditions for implementing religious education are diverse on French territory. Indeed, laws passed at the end of the 19th century make religious education a private matter deriving from parents' free choice, but they do not apply in the three Eastern départements (Haut-Rhin, Bas-Rhin, Moselle), where religious education is an integral part of curricula in primary and secondary schools.

In general law on education, religious education must be provided outside schools for state primary institutions. One day a week apart from Sundays, these schools allow parents wishing to do so, to give their children religious instruction. The establishment of a chaplaincy in a state secondary school inside or outside the establishment is subject to a request by the parents of students made to the head of the school. These chaplaincies have mainly been organised for Catholic students and to a lesser extent for Protestant students. No Muslim chaplaincy exists in mainland France.

In Alsace-Moselle local law, confessional religious teaching as part of school curricula is provided to pupils who are members of one of the four statutory religions (Catholic, Protestant Reformed, Protestant Lutheran, Jewish). In secondary schools, Catholic and Protestant statutory religions have – in the absence of enrolment of students in denominational religious education classes – created, with the agreement of the administration, courses on religious awakening and religious culture which are open to all pupils interested. Inter-religious teaching courses are being trialled.

3. Cooperation between the state and religions in the United Kingdom

In the United Kingdom, cooperation governs the relationship between the state and religions. This is the case even regarding the established church of England, the Anglican church, a state church having close

institutional links with the state government. It is the case also, and more so, for the many other faith communities.

Cooperation prevails in culture institutions. David McClean describes the system as follows:³ In England schools are either ‘maintained’ (i.e. State) schools or independent (confusingly, these are often called ‘Public Schools’). The churches were the main provider of education for many centuries, and many schools continue to have a church affiliation: within the category of maintained schools they are ‘voluntary controlled’ or ‘voluntary aided’ schools. In the latter group, the Church accepts responsibility for 15 per cent of the cost of any building works and has in return a stronger position on the school’s board of managers.

In every maintained school the ‘basic curriculum’ includes religious education for all pupils and a National Curriculum comprising a range of other subjects; religious education thus enjoys a special status. England has non-denominational religious education in its State schools. The construction of local ‘agreed syllabuses’ is governed by a complex procedure. A conference is convened made up of four committees, each of which must consent to the syllabus. The committees represent (a) the Church of England (except in relation to an area in Wales); (b) such Christian and other religions as reflect the principal religious traditions of the area; (c) teachers’ associations; and (d) the local educational authority. This procedure gives the Church of England representatives the right of veto, but they cannot insist on any element in the syllabus unacceptable to the other groups, and cannot obtain anything approaching ‘confessional’ religious teaching. Every agreed syllabus must reflect the fact that the religious traditions in Great Britain are in the main Christian whilst taking account of the teaching and practices of the other principal religions represented in Great Britain.

The School Standards and Framework Act 1998 contains provisions concerning the appointment of ‘reserved teachers’. Where a State school has ‘a religious character’ and has more than two teachers, the school must have at least one teacher appointed as competent to give religious education in accordance with the tenets of the church concerned; the numbers change with that of the total staff complement. In non-denominational schools, however, it is expressly provided that religious opinions or attendance or non-attendance at religious worship may not affect appointment, salary or promotion as a teacher.

³ For the following, see D. McClean, “State and Church in United Kingdom”, in: *State and Church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers), Nomos, Baden Baden 2019, 657–676.

The School Standards and Framework Act 1998 also contains provisions as to religious worship in maintained schools. All pupils must take part in an act of collective worship on each school day. It must be 'of a broadly Christian character', but not distinctive of any particular Christian denomination. Not every act of worship need be Christian, as the social circumstances of some areas mean that a majority of pupils may be from other faiths; but a majority of acts of worship in any school term must be.

Churches are free to establish their own independent schools and can use denominational forms of worship and conduct religious education in accordance with their own requirements. The churches have also made a major contribution to the training of teachers through church Colleges of Education. Many of these have now become universities and form the 'Cathedrals Group' of sixteen universities and colleges, mostly with Anglican but some with Roman Catholic origins.

In Scotland, there is no statutory curriculum but a Government-sponsored 'Curriculum for Excellence' was implemented in 2010. It includes religious education. In Northern Ireland, there is a statutory curriculum, including religious education to a syllabus agreed by the four main churches in Northern Ireland.

The Media cooperate with religions. The British Broadcasting Corporation, the main public service broadcaster, has long taken a major interest in religious broadcasting. For example, a daily service is broadcast each weekday morning and there are regular periods of religious programming on television (as there are in the other television channels). Radio and television stations, national and local, have religious advisory committees on which the major churches in the relevant area will have representation. This is all a matter of practice, as is the involvement of the major cathedrals in local tourist agencies.

Little cooperation takes place in financial matters. State financial support for the churches in the United Kingdom is extremely limited. The only State finance is in respect of the maintenance of historic buildings. This is a particular issue for the Church of England: some 13,000 of its 16,000 parish churches are 'listed' under the planning legislation, and 4,000 are in the highest grade, Grade I. Some 350 redundant churches of architectural or historic interest are in the care of the Churches Conservation Trust. Much of its income comes from the public but some 45% from the Government and the Church of England. The State has, through the agency English Heritage, made grants towards the repair of churches and cathedrals in use. The Government announced in 2002 that it hoped to reduce Value Added tax on repairs to listed churches from 17.5% to 5%. Although

this was disallowed by the European authorities, the same effect has been achieved by making grants equivalent to the proposed saving.

The Armed Forces, the National Health Service, and the Prison Service all employ chaplains. They are recruited from the ordained clergy of the various denominations, and in the two latter cases most are part-time. Stipends for full-time chaplains and fees in respect of part-time chaplains are paid by the employing service.

Throughout the United Kingdom, parties wishing to marry may do so either by a religious ceremony or by a secular ceremony conducted by a State-appointed registrar of marriages at a register office or some other location (such as a hotel) licensed for the purpose. In the case of weddings in the Church of England and the Church in Wales the whole procedure, including the preliminaries as to notices and licences, is carried out by the church. In other cases, a religious ceremony requires certain civil preliminaries, usually the grant of a 'superintendent registrar's certificate' after notice has been given 21 days beforehand. In England (but not in Scotland where different rules apply) a non-Anglican religious ceremony must be held in a registered building (or, for historical reasons, a synagogue or a Meeting House of the Society of Friends) and registered either by the minister if he or she is authorised for the purpose or by a registrar of marriages.

4. Cooperation between the State and religions in Germany

State and Church in Germany coexist in a long existing atmosphere of cooperation.⁴ Many of the fields of cooperation are governed by the further principle of subsidiarity: subsidiarity means that the smaller or inferior community should organize its matters independently as long as it is able to do so, only when this community cannot further achieve the necessary results, the larger, superior community steps in. Subsidiarity thus holds that social and political issues should be dealt with at the most immediate or local level that is consistent with their resolution. It is also the principle that a central authority should have a subsidiary function, performing only those tasks which cannot be performed at a more local level. In terms of the relationship between religions and the state it means that the religions should have the first grip in social matters.

The large Churches in the Federal Republic of Germany operate a significant number of private schools. The majority of them are recognised as replacing public schools. This means that they offer a standard of

⁴ For the following, see G. Robbers, "State and Church in Germany", in: *State and Church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers), Nomos, Baden Baden 2019, 109–124.; G. Robbers, *Religion and Law in Germany*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2013.

education equal to that offered in State schools. As a result, they are made subject to various important regulations that apply to the public schools. The entire school system of Germany exists on the basis of Article 7(1) GG and is thus under the supervision of the State; compared with the number of State schools, Church or other private schools or educational establishments form a small minority. Concerning the financing of private schools, the Churches, like other organisations running private schools, receive public funding. The large Churches operate a considerable number of kindergartens for children between about 4 and 7 years of age.

According to Article 7(3) GG, religious instruction in public schools, with the exception of non-confessional schools, is to be a standard subject. Notwithstanding the State's right of visitation, religious education is to be conducted in accordance with the guidelines of the religious communities. Parents or guardians have the right to control the participation of their children in religious education; in principle when the child reaches the age of 12 years, the parental decision is not allowed to conflict with the child's. Upon reaching 14 years of age, the child may decide for him or herself. The content of religious education is to be decided by the confessional teachings of the relevant religion.

A large variety of different approaches have been introduced in the various schools to provide religious instruction for Muslim pupils.

At numerous public universities there are theological faculties of a specific confession and also an increasing number of departments of Islamic theology. In a variety of differently fashioned State-Church agreements, the Churches have a more or less determinative influence upon the appointment of professors and on the curriculum and examinations. In this area the Catholic Church enjoys a greater area of control than does the Evangelical Church. The professors of the theological faculties at State universities are State officials; nevertheless at Catholic faculties they need the *missio canonica* from the Catholic Church. If it is withdrawn, the particular professor is not allowed to remain a member of the theological faculty. He or she will however still retain the rights and duties as a State official and must be given another position within the university.

Moreover, the large Churches also have their own theological faculties. The Catholic Church has its own university in Eichstätt, which also has a significant number of nontheological faculties. There is also a large number of Church run colleges, offering an education that is more vocationally orientated than that of a university.

On the basis of their public mandate, religious institutions have designated timeslots on television and radio. They are also, as a result, given

a representative position on the supervisory boards of public institutions where a particular societal representation is necessary. The Churches' position is relevant to the broadcasting commissions of public broadcasting corporations such as ZDF, ARD and the Land based broadcasting corporations, the supervisory commissions for the private television and radio stations, and also appraisal and classification boards in order to identify and restrain scripts and films that are deemed harmful to young viewers and listeners. Mirroring their historic and cultural impact, the Jewish communities usually also have representation in these bodies. Also, the Muslim population is represented here.

The large Churches operate a considerable number of kindergartens for children between about 4 and 7 years of age. They also provide many homes for the elderly.

Church run hospitals and other health care institutions. Hospitals run by religious communities, which in some parts of Germany make up the majority of the available hospital beds, are part of the publicly run financing systems for hospitals, supported mainly by money paid in medical insurance for the number of beds filled. The Catholic Church as of 2005 runs 2.657 institutions in the health care sector (hospitals, rescue and ambulance services, health advice institutions, schools for health care). There are about 622 Catholic run hospitals with 107.933 beds. The following data give an overview over the health and other social services of the Catholic Church (Caritas). There are in total about 2.100 hospitals in Germany with about 528.000 beds. About 36 percent of these hospitals are run by the state or local communities, about 26 percent are private, and about 38 percent are run by charitable institutions, most of which are Catholic or Protestant. The Protestant Churches run about 270 hospitals with 63.000 beds; they employ in this field over 100.000 people.

As a result of repeated expropriation of church property in the past, the Churches in Germany now have only a relatively small amount of property. As compensation for the secularisation following the Reichsdeputationshauptschluss of 1803, a series of government decisions guaranteed funds for the Churches. They are guaranteed by Article 138(1) WRV in conjunction with Article 140 GG. This provision also envisages the ending of those payments which are necessarily linked to the payment of compensation; this so far has not been pursued on grounds of impracticality. In addition, other subsidies granted by the State are often related to longstanding claims of the Churches; an important example is the fact that the local authorities must discharge their public duty to contribute to the maintenance of church buildings. Likewise, on the basis of contractual terms, there are

some obligatory contributions to be made by the State to the Church, such as subsidies to the salaries of Church officials.

Approximately 80% of the entire Church budget, however, is covered by the Church tax; guaranteed by Article 137(6) WRV in conjunction with Article 140 GG. On the basis of the civil tax lists, in accordance with the law of the Länder, the religious communities that are public corporations are allowed to levy taxes. The large Churches have made ample use of this opportunity, but smaller religious communities with the status of public corporation, such as the Jewish communities, have also done so. Only members of the particular Church authorised to levy the Church tax are obliged to pay.

Those desiring to be free of the tax may achieve that result by leaving the Church. Withdrawal from the Church is effected by deregistering with the proper State officials and simply means that one has, according to the State classification, officially ended one's membership of the particular Church in question.

The rate of the Church tax is between eight and nine per cent of the individual's wage and income tax liability. Other tax standards may also be used. Although this concept is not a requirement, in most cases the Church tax is collected by the State tax authorities for the larger Churches, as a result of an arrangement with the State. For this service, the Churches pay between three and five per cent of the tax yield to the State by way of compensation.

In so far as the need for religious services and religious assistance in the armed forces, hospitals, penal institutions or other public institutions is concerned, the various religious institutions are permitted to undertake such activities. They have a right to give religious assistance in hospitals and for prisoners. Religious activities within the police and the military forces are governed by contracts. Military chaplains are sent from the Churches for a specific time. For the duration of their service they are given the status of State officials; a contractual status is also possible. Their overall superior in matters of their State position is the Head of the Federal Defence Ministry. German military chaplains have the status of normal civilian State staff without a uniform or military rank. As part of the State administration, there is an Evangelical Church office for the Defence Forces for Protestant military chaplains, and for the Catholics a Catholic military bishop's office. Their sphere of duties is considered to be part of both Church and State administration. In Church matters they are subordinate to their respective military bishop, acting for his Church, and in matters of public administration to the Federal Defence Minister.

5. State and Church in the European Union

The European Union pays specific attention to churches and other religious communities in the Treaty on the Functioning of the European Union. Of particular relevance is Art. 17 TFEU concerning the status of churches and religious communities, although the European Court of Justice has up to now attributed only limited importance to the provision. It reads:

1. The Union respects and does not prejudice the status under national law of churches and religious associations or communities in the Member States.
2. The Union equally respects the status of philosophical and nonconfessional organisations.
3. Recognising their identity and their specific contribution, the Union shall maintain an open, transparent and regular dialogue with these churches and organisations.

The provision recognises the institutional aspect of freedom of religion. It acknowledges the existences of religion within institutions and their impact on the life of the European Union. Art. 17 TFEU is an expression of the existing neutrality of the European Union in religious and philosophical matters. This neutrality according to the wording of the provision relates to the Member States' law on religion; indirectly this neutrality also relates to churches, religious and philosophical communities.

It is especially Art. 17 para 3 TFEU that provides the basis for cooperation by structuring a dialogue with the churches and other religious organizations.

The provision obliges the institutions of the European Union to take into account the Member State's law on religion in their decision making. Moreover, in doing so the institutions of the European Union must pay adequate attention to the status of churches and religious communities in the Member State's law on religion. Furthermore, they must adequately value the importance of that status within the Member State's law in balancing the various and sometimes conflicting interests in European Union law requirements.

The so-called European Schools are designed to educate together children of the staff of the European Union. According to the European Schools' Educational Principles, the conscience and convictions of individuals are respected, and religious education or education in non-confessional ethics is an integral part of the curriculum. The classes on religion are denominational: Roman Catholic, Christian-Orthodox, Protestant, Jewish or Muslim.

Герхард Роберс

Професор Емеритус, Правни факултет Универзитета у Триру

САРАДЊА ЦРКВЕ И ДРЖАВЕ. НЕМАЧКА И ЕВРОПСКА ПЕРСПЕКТИВЕ

Сажетак

Сарадња државе и верских заједница је савремени начин партнерског односа. То је систем посебно погодан за традиционални хришћански православни приступ симфоније. У различитим окружењима, сарадња се практикује у државама попут Француске, Уједињеног Краљевства, Немачке и шире. Европска унија је поставила основу за своју сарадњу са верским заједницама.

Кључне речи: Црква, држава, Европска унија, сарадња.

REFERENCES

Monograph, articles

- McClellan D., "State and Church in United Kingdom", in: *State and Church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers) Nomos, Baden Baden 2019, 657–676.
- Messner F., "State and Church in France", in: *State and Church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers) Nomos, Baden Baden 2019, 213–238.
- Robbers G., Durham, C. W., (eds.), *Encyclopedia of Law and Religion*, Brill, Nijhoff 2016.
- Robbers G., "State and Church in Germany", in: *State and Church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers) Nomos, Baden Baden 2019, 109–124.
- Robbers G., *Religion and Law in Germany*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2013.

LEGAL ENTITY STATE OF RELIGIOUS ORGANIZATION IN THE UNITED STATES**

Summary

In this article the author presents the peculiarities of the legal status of religious communities in the United States. The basic feature of the American system regarding the subjectivity of religious organizations is the minimally set conditions, as well as the freedom provided to religious organizations to determine the legal form that best suits their interests. This freedom of choice is pointed out through the overview of different normative solutions across the United States. Also, the paper analyzes various aspects of state benefits to religious organizations in different areas such as tax benefits, funding for education and social services, as well as chaplaincy in the military, prisons, and health care facilities. Those peculiarities led to the conclusion that U.S. approach is quite unique and that it seek to maximizes religious freedom.

Keywords: religious organizations, state benefits, United States, acquiring legal personality, religious freedom.

1. Introduction

In the United States, religious organizations may choose to seek a variety of associational structures and forms of involvement in public life. These are largely up to the choice of the organization—the organizations may determine what legal form, if any, suits them best and what level of cooperation they seek with the state. Requirements for organizations seeking legal entity status or cooperation are generally minimal.

A variety of forms of legal entity status are available to religious organizations, including the ability to form a legal entity without state registration. Religious organizations may also choose to function without creating a legal entity altogether. State benefits, such as tax-exempt status, the ability to function as military or prison chaplains, and to seek state funding for provision of social services, are available to virtually all organizations

* Associate Director, BYU Law School International Center for Law and Religious Studies, clarke@law.byu.edu

** This article was published previously as part of a chapter in M. Šmid (ed.) *Právna subjektivita cirkví a náboženských spoločností*, Trnava University Press, Trnava 2012.

regardless of size, age, or historical position. Obtaining federal tax-exempt status, the most common benefit, and one often required to be eligible for other benefits, requires religious organizations to engage in “religious”¹ activity (very broadly defined) and to refrain from political campaigning for candidates. Nearly 5,000 organizations or groups of religious organizations have applied for and received federal tax-exempt status.² State funding often comes with additional requirements of religious neutrality in the use of funds and a willingness of chaplains to minister and help meet the religious needs of those of other faiths. Religious organizations need not seek any state benefits or may choose among those they wish to obtain.

The broad range of options for legal entity status and options for cooperation with the state reflect concerns for religious freedom and non-discrimination. Instead of seeing registration as a gatekeeping or control function, the concept in the United States is rather that of enabling religious organizations to choose legal structures that best fit their structures and needs and facilitating religious freedom through accommodating religious preferences and distinctiveness. “(T)he mechanisms [of legal organization] themselves and the administrative and judicial practices in which they are embedded are part of the common law and constitutional traditions that have proven themselves integral to the protection of religious autonomy [in the United States].”³

2. Legal Entity Status

Religious organizations have a variety of options of associational structure—such as a traditional not-for-profit corporation, a religious not-for-profit corporation, a charitable or religious trust, a “corporation sole,” or operation as an incorporated association. These various options permit organizations to function without legal entity status, to obtain legal entity status without state registration, or to obtain legal entity status with minimal requirements. No option requires a high level of membership (most as low as one and all fifteen or fewer), nor any age or historical status of the organization. A charitable or religious trust may even be formed without any state approvals. Obtaining legal corporate status is usually a very quick

¹ More on defining the religion see W.C. Durham, E. Clark, “Defining Religion” in: *Religious Organizations in the United States: A Study of Identity, Liberty, and the Law* (eds. James A. Serritella et al.), Carolina Academic Press, Durham 2006, 3–83.

² International Revenue Service, 1986.

³ W. C. Durham, “Legal Structuring of Religious Institutions” in: *Religious Organizations in the United States: A Study of Identity, Liberty, and the Law* (eds. James A. Serritella et al.), Carolina Academic Press, Durham 2006, 214.

formal process, with no inquiry into the beliefs, practices, size, or history of a religious organization.

Religious organizations need not seek legal entity status, although 92% of them choose to do so. An exhaustive survey of religious organizations in 1994 found that 8% of organizations function as unincorporated associations, 87% are religious not-for-profit corporations, 3% are not-for-profit corporations, 1% operate as a charitable or religious trust, 1% as a corporation sole, 1% as a for-profit corporation, and 1% use some other type of legal structure.⁴

2.1. *Unincorporated Associations and Trusts*

Religious organizations are not legally required to register with the state. Many organizations, for doctrinal or practical reasons, choose to function as unincorporated associations. While this was once very common, as of 1994 only eight percent of churches surveyed reported organization as unincorporated associations.⁵ Some of the reasons that religious organizations choose not to register include avoiding legal complexities if property interest or potential exposure to liability is small, simplicity of day-to-day operations, historical traditions of unincorporating (such as Roman Catholic religious orders), avoiding government interference, or seeking anonymity.⁶ This comes with disadvantages, however—risks of liability for members or leaders, difficulty in predicting legal outcomes, inability of the organization to hold property, lack of clarity for property disputes or proper disposition of assets upon dissolution, and potential inability to sue. Faced with the reality of unincorporated religious associations, thirty-three states have made special provision for unincorporated religious associations and given them some corporate rights.⁷

A few religious organizations use the form of a charitable trust to hold property. This legal form allows individuals or a group to hold funds strictly for the use of a common charitable purpose, such as a religious organization. Trusts can function for incorporated or unincorporated associations, and have sometimes been used for a limited purpose, such as

⁴ R. H. Williams, J.P.N. Massad, “Religious Diversity, Civil Law, and Institutional Isomorphism” in: *Religious Organizations in the United States: A Study of Identity, Liberty, and the Law* (eds. James A. Serritella et al.), Carolina Academic Press, Durham 2006, 111–128.

⁵ P. B. Carlson, “Unincorporated Associations and Charitable Trusts” in: *Religious Organizations in the United States: A Study of Identity, Liberty, and the Law* (eds. James A. Serritella et al.), Carolina Academic Press, Durham 2006, 262.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

holding funds for church restoration or for holding assets for the retirement needs of members, as used by some Catholic religious orders.⁸

Although less common now, trusts have historically been very significant because they have permitted formation of a basic type of legal entity status without state approvals.⁹ This form has been used dating back in Great Britain to the 1600s. The essence of a trust is that legal title is held by the trustee to use for the benefit of an organization for its purposes, while the beneficiary retains what is called equitable title.¹⁰ This means that the beneficiary retains the right to sue to enforce the trust instructions on the use of the property or to seek judicial protection of the trust assets.¹¹ The availability of a religious trust, a simple legal entity that does not require state approval to form, has proved to be an important aspect of religious freedom in the United States: “this has contributed to an expectation that private parties are free to set up autonomous entities for holding religious property and carrying out religious affairs.”¹² The availability of this option has also increased the pressure to make access to corporate status simple and nondiscriminatory.

The advantage of using a trust form is its simplicity and flexibility in creation, ability to hold property for unincorporated associations, ability to sell and lease property and enter into contracts, and minimal state involvement.¹³ There are many disadvantages of using a trust: trustees may be held to a higher standard than a corporate director, trustees’ control of the property is subject to the direction of the congregation and in some cases, the trustees must have permission of the congregation to sell or mortgage the property (although these may be seen as benefits for a congregationally-organized church), and, most significantly, unless expressly stated otherwise in the trust, the purposes and operating procedure of the trust cannot be amended to meet unexpected circumstances.¹⁴

2.2. *Not-for-Profit Corporations*

The most common approach for religious organizations in the United States today, however, is to incorporate using one of several forms available through U.S. states.¹⁵ Incorporation is an issue regulated by the states. Thus,

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² W.C. Durham, 217.

¹³ P. B. Carlson, 262.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ R. H. Williams, J. P.N. Massad, 121. Note that as a historical oddity, the constitutions of Virginia and West Virginia bar the incorporation of any church or religious denomi-

there are no federal forms of legal incorporation. Most religious organizations organize under religious not-for-profit statutes.¹⁶ Not-for-profit statutes generally require that any profit obtained by the organization must be used for furthering the not-for-profit purpose of the organization and not distributed to the members, officers, and directors of the organization (although they can receive reasonable compensation for services rendered). State laws generally divide not-for-profits further into categories based on their purpose, such as public benefit (which are required to have a charitable purpose) or mutual benefit (such as social clubs and trade associations). Some laws also provide for separate religious not-for-profit or religious corporations, which I will address separately.

In every state, except West Virginia, even when there are separate religious corporation or religious not-for-profit statutes, religious organizations still retain the option to choose to register as typical not-for-profit entities.¹⁷ If an association chooses to register as a non-profit, it will usually register as a public benefit/charitable organization, which receives more advantageous tax treatment than a mutual benefit organization, although it also faces stricter regulation and additional rules on the distribution of assets in the case of dissolution.¹⁸

The advantage of registering as a not-for-profit corporation include the ability to own and transfer title to property, being able to accept contributions of property in the organization's own name, protection of members from liability, legal continuity of organization, the right to sue and be sued, the ability to borrow money, invest, and reinvest its funds.¹⁹ The disadvantages include structures that may or may not fit with internal church

nation. This was originally designed to reduce the state's power to discriminate among religions and only give a charter to favored religions. As a practical matter, these bars do not hinder legal protections of religious organizations, as they may still organize separate corporations to hold their assets. See P. B. Carlson, 262. Some organizations instead incorporate funds to holding their religious assets, while themselves not incorporating. P. Gerstenblith, "Associational Structures of Religious Organizations," in: *Religious Organizations in the United States: A Study of Identity, Liberty, and the Law* (eds. James A. Serritella et al.), Carolina Academic Press, Durham 2006, 240–241. "Religiously oriented" organizations may incorporate as not-for-profit organizations, so long as there is no "ecclesiastical control" of persons engaged in religious worship or of the forms of worship. See Op. Att'y Gen. 252 (1957). Religious-based organizations have been incorporated to run childcare centers, retirement homes, education funds, fellowship funds, and preservation funds for various denominations. P. Gerstenblith, 241 fn. 85.

¹⁶ R. H. Williams, J. P.N. Massad, 121.

¹⁷ P. Gerstenblith, 242.

¹⁸ *Ibid.*, 230 fn. 31, 220–230.

¹⁹ P. B. Carlson, 262.

structures, a high degree of formality and requirements for filing and reporting that were generally designed for non-religious organizations.²⁰

2.2.1. Corporative Structures Designed for Religious Entities

Most religious organizations choose a form of corporation designed for religious entities, such as religious corporations, special statutes for particular denominations, or “corporations sole.” These kinds of entities are like or in some cases a subset of not-for-profit organizations, but generally have more minimal accounting and reporting requirements. This avoids state intrusion on or entanglement with religious organizations.²¹

Fourteen of the fifty U.S. states have statutes providing exclusively for incorporation of religious organizations²² and eight additional states provide for another type of charitable association which includes religious ones (e.g., categories such as “Charitable, Educational, and Religious Associations” or “Religious and Benevolent Organizations.”).²³ Some of these require a minimum number of members, but this only ranges from three to fifteen members.²⁴ Generally, religious corporation statutes or religious and

²⁰ *Ibid.*

²¹ It is interesting to note that some states which do not have specific organizational forms for religious organizations still exempt religious organizations from some of the regulation of other non-profit entities. See, e.g., Ten. Code Ann. § 48-67-102(b).

²² These states are Alaska, California, Connecticut, Delaware, Illinois, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, New Jersey, New York, Wisconsin, and Wyoming. Alaska Stat. § 10.40.020 (West 2011); Cal. Corp. Code § 9120 (West 2011); Conn. Gen. Stat. Ann. § 33-264a (West 2011); Del. Code Ann. tit. 27, § 101 (West 2011); 805 Ill. Comp. Stat. Ann. 110/35 (West 2011); Me. Rev. Stat. Ann. tit.13, § 2861 (2011); Md. Code Ann., Corps and Ass'ns § 5-302 (2011); Mass. Gen. Laws. Ann. ch. 67, § 22 (West 2011); Mich. Comp. Laws Ann. § 450.159 (West 2011); Minn. Stat. Ann. § 315.01 (West 2011); N.J. Stat. Ann. § 16:1-2 (West 2011); N.Y. Relig. Corp. Law § 3 (Consol. 2011); Wis. Stat. Ann. § 187.01 (West 2011); Wyo. Stat. Ann. § 17-8-103 (West 2011).

²³ These states are Alabama, Colorado, Kansas, Missouri, Mississippi, Ohio, Oklahoma, and Virginia. Ala. Code § 10A-20-2.01 (West 2011) (“Churches, Public Societies, and Graveyard Owners”); Colo. Rev. Stat. § 7-50-101 (West 2011) (“Religious, Educational, and Benevolent Societies”); Kan. Stat. Ann. § 17-1701 (West 2011); Mo. Ann. Stat. § 352.010 (West 2011) (“Religious and Charitable Associations”); Miss. Code Ann. § 79-11-135 (West 2011) (“Nonprofit, Nonshare Corporations and Religious Societies”); Ohio Rev. Code Ann. § 1715.01 (West 2011) (“Religious and Benevolent Organizations”); Okla. Stat. Ann. tit. 18, §543 (West 2011) (“Religious, Charitable and Educational Corporations”); Va. Code. Ann. § 57-7026 (West 2011) (“Religious and Charitable Matters; Cemeteries”).

²⁴ See, e.g., Connecticut, Conn. Gen. Stat. Ann. § 33-264a (2011) (three members); Delaware, Del. Code Ann. Tit. 27 §101 (1996) (congregation of 15); Massachusetts, Mass. Gen. Laws Ann. Ch. 67, § 21 (West 1997) (ten members); Oklahoma, Okla. Stat. tit. 18, §562 (1986) (three members). Some states also set a minimum and/or maximum number

benevolent organization statutes function similarly to not-for-profit organizations or are a subset of them, but they require less regulation and often also omit the ability to merge and provisions for dissolution and distribution of assets.²⁵ These statutes also often give more flexibility to match the internal structure of religious organizations, defer to religious doctrine in the event of a conflict with corporation law, and permit the organization to state its purposes broadly enough to ensure flexibility over time, although some activities may not meet the religious purpose requirement and thus need separate incorporation as regular not-for-profit entities.²⁶

Fifteen states have specific provisions for individual religious denominations,²⁷ which helps to align state requirements with their demands of various religious beliefs and structures. The state statutes each accommodate from one to thirty-five denominations.²⁸

of trustees (or members of the governing board) of the religious corporation. *See e.g.*, Michigan, Mich. Comp. Laws Ann. § 450.159 (West 1997) (Church Trustee Corporations must have a minimum of three and a maximum of nine trustees); Minnesota, Minn. Stat. Ann. § 315.01 (2) (West 1997) (maximum of fifteen trustees).

²⁵ P.B. Carlson, 262.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Conn. Gen. Stat. Ann. §§ 33–277 to 278 and §§ 33–278a–278b (West 1997) (two denominations); Del. Code Ann. Tit. 27, §§114–118 (1996) (two denominations); Kan. Stat. Ann. §§ 17–1711–13c, 17–1716a–16c, 17–1732–33, 17–1753–55 (1996); 85 Ill. Comp. Stat. Ann. 110/50 (West 1997) (Eastern Orthodox Church); La. Rev. Stat. Ann. §§ 12:481–483 (West 1997) (Orthodox Church); ME. Rev. Stat. Ann. tit. 13, § 2982 (West 1997); Md. Code Ann., Corps. & Ass'ns §§ 5–314 to 336 (1997) (three denominations); Mass. Gen. Laws Ann. ch. 67, §§ 39–55 (West 1997) (four denominations); Mich. Stat. Ann. §§ 21.1691–2021 (Law. Co-op. 1997) (15 denominations); Minn. Stat. Ann. §§315.17–19 (West 1997) (one denomination); N. H. Rev. Stat. Ann §292:15–17 (1996) (one denomination); N.J. Stat. Ann. §§ 16:5–1 to 16:5–27 (West 1997) (one denomination); N.Y. Relig. Corp. Law (Consol. 1997) (over 35 denominations); Vt. Stat. Ann. tit. 27, §§ 781–944 (1997) (seven denominations); Wis. Stat. Ann. §§ 187.01–24 (1995–95) (six denominations).

²⁸ Illinois, Louisiana, Minnesota, and New Hampshire make special provisions for only one denomination. 85 Ill. Comp. State Ann. 110/50 (West 1997) (Eastern Orthodox Church); La. Rev. State. Ann. §§ 12:481–483 (West 1997) (Orthodox Church); Minn. State. Ann. §§ 315.17–19 (West 1997) (Protestant Episcopal Church); N.H. Rev. Stat. Ann. § 292:15–17 (1996) (Orthodox Church). New York provides for more than thirty-five different denominations. N.Y. Relig. Corp. Law (Consol. 1997) (Protestant Episcopal; Apostolic Episcopal; Holy Orthodox Church; American Patriarchal Orthodox; Presbyterian Churches; Roman Catholic Churches; Christian Orthodox Catholic Churches of the Eastern Confession; Ruthenian Greek Catholic; Orthodox Church of America; Reformed Dutch; Reformed Presbyterian, Lutheran; Baptist; United Church of Christ; Congregational Christian; Independent Churches; Ukrainian Orthodox Churches of America; Holy Ukrainian Autocephalic Orthodox Church in Exile; Free Churches; Churches of Christ, Scientist; United Society of Shakers; Religious Society of Friends; Christian Church

The least common form of religious corporate structures is the corporation sole, which is a historical British form that incorporates a religious office and gives the corporate privileges to successive officeholders. Seventeen states have corporation sole statutes,²⁹ and at least eight other U.S. jurisdictions have one or more corporations sole created by special charter.³⁰ The functioning of the corporate sole structure is similar to that of a not-for profit organization, but the corporate sole structure is particularly advantageous to hierarchically organized religions.³¹ Disadvantages of the corporate sole form also flow from its structure-vesting authority, assets, and powers in one individual may lead to confusion between personal and religious assets, and lack of controls.³² Religious organizations which choose to use the corporate sole may nonetheless have structural safeguards to prevent abuses.³³ State and federal U.S. tax agencies have indicated that they look particularly closely at corporations' sole for the possibility of tax fraud, because of the common abuse of the form by individuals seeking to avoid taxes.³⁴

2.3. State Benefits for Religious Organizations

Just as religious organizations have a wide variety of choices of legal organizational form in the U.S., so too they have a broad array of choices as to which state benefits to seek and qualify for. There is no direct funding for religious activities, but religious organizations may seek tax benefits and grants for provision of education and social services. In the

(Disciples of Christ) or Church of Christ (Disciples); Jewish; Independent Associated Spiritualist; Spiritualist Science Mother Church; Union Church; Free Methodist Churches; Spiritualist; Churches of the Nazarene; Orthodox Greek Catholic (Eastern Orthodox); Spiritualist Churches Connected with the national Spiritualist Association; Methodist; Byelorussian Autocephalic Orthodox Church in America; Unitarian and Universalist Societies; Assemblies of God; Coptic Orthodox).

²⁹ Ala. Code §§ 10-4-1 to -9; Alaska Stat. § 10-40.060; Ariz. Rev. Stat. Ann. §§ 10-421 to -426; Cal. Corp. Code §§ 10000-10015; Colo. Rev. Stat. §§ 7-52-101 to -104; Haw. Rev. Stat. §§ 419-1 to -9; Idaho Code § 30-304; Mich. Comp. Laws Ann. §§ 458.1 to 2, 458.271 to 273; Mont. Code Ann. §§ 35-3-101 to -209; Nev. Rev. Stat. §§ 84.010 to 080; N.H. Rev. Stat. Ann. §§ 306.6 to 8; N.C. Gen. Stat. § 615; O.R.S. § 61.055(1) to (3); S.C. Code Ann. §§ 33-31-140; Utah Code Ann. §§ 16-7-1 to -12; Wa. St. §§ 24.12.010 to 040; Wyo. Stat. §§ 17-8-109 to -113.

³⁰ District of Columbia, Illinois, Kentucky, Maine, Maryland, Massachusetts, Nebraska, and Rhode Island.

³¹ P. Gerstenblith, 242.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*, 239.

³⁴ P.B. Carlson, 262.

United States, unlike in some European systems, there are no benefits that automatically flow from registration aside from those that come with any creation of a legal entity (i.e., rights to own property, sue, etc.). Instead, religious organizations may choose to seek any or none of various state benefits or opportunities to cooperate with the state and then accept the requirements that relate to the specific benefit. For example, most religious organizations (at least 85%)³⁵ choose to seek federal recognition of tax-exempt status, which requires that a religious organization meet a broad definition of “church,”³⁶ refrain from political campaigning, and not devote more than an insubstantial part of its activities to lobbying activity.³⁷ This status itself also is a base requirement for most other government benefits. Nearly 5,000 religious organizations or groups of religious organizations have obtained federal tax-exempt status.

There are several other government benefits that religious organizations may seek, some of which carry additional requirements. Generally, however, the only organizational requirement is that of federal tax-exempt status. Religious organizations that wish to accredit military chaplains, for example, must be federally tax-exempt. Applications for state funding of social services also usually require federal tax-exempt status. In large part, benefits from this status parallel the upper tier registration benefits of many European countries (except of course in that the U.S. does not provide direct financial assistance for religious activities). What is striking, however, is that not only are there no major requirements to qualify, such as numerosity, years of existence, or historical role, but that religious organizations need not apply for a particular status at all, since “churches” under

³⁵ R. H. Williams, J. P.N. Massad, 121.

³⁶ Internal Revenue Code 501(c)(3). The Internal Revenue Service examines whether the church has: (1) A distinct legal existence; (2) a recognized creed and form of worship; (3) a definite and distinct ecclesiastical government; (4) a formal code of doctrine and discipline; (5) a distinct religious history; (6) a membership not associated with any other church or denomination; (7) an organization of ordained ministers; (8) ordained ministers selected after completing prescribed studies; (9) a literature of its own; (10) established places of worship; (11) regular congregations; (12) regular worship services; (13) Sunday schools for religious instruction of the young; (14) schools for the preparation of ministers. “The IRS generally uses a combination of these characteristics, together with other facts and circumstances, to determine whether an organization is considered a church for federal tax purposes.” See Internal Revenue Service, “Tax Guide for Churches and Religious Organizations”, 27. See also E. McGlynn Gaffney, Jr., “Exemption of Religious organizations from Federal Taxation”, in: *Religious Organizations in the United States: A Study of Identity, Liberty, and the Law* (eds. James A. Serritella et al.), Carolina Academic Press, Durham 2006, 446.

³⁷ Internal Revenue Code §501(c)(3).

the Internal Revenue Code (IRC) are considered to automatically have this status. In practice this means that there is no required registration process for religious organizations to be eligible for state benefits. The only organizational requirements for most benefits are the tax-exempt requirements of IRC section 501(c)(3), i.e., the religious organization is organized and operated for exempt purposes (such as religious ones) and follows limits on campaigning and lobbying.

In distributing benefits, the government is forbidden from discriminating based on religious belief, and state benefits are granted to a wide array of religious groups.³⁸ For example, the U.S. military currently permits chaplains to come from 194 different endorsing groups,³⁹ and describes over 200 religious denominations in its handbook for chaplains.⁴⁰ The Veterans Affairs Department has agreed to consider chaplains in its hospitals from 253 religious organizations or groups of organizations.⁴¹ State benefits may not be distributed in a manner discriminating on the basis of the beliefs of a group or endorsing one group over another.⁴² Even if a regulation appears to be facially neutral, any discriminatory intent and/or implementation, such as that against new religious movements, is not permitted.⁴³

2.3.1. Tax benefits

One of the most significant government benefits available for religious organizations is tax-exempt status, which also allows individual donors to deduct donations to these organizations from their tax base. Federal tax-exempt status for religious organizations is governed by a general provision on charitable organizations, Internal Revenue Code section 501(c)(3). To be a federally tax-exempt or “501(c)(3)” organization, an organization

³⁸ Church of Lukumi Babalú v. City of Hialeah, 1993.

³⁹ See Department of Defense, “Endorsements,” <http://prhome.defense.gov/MPP/CHAPLAINS%20BOARD/endorsements.aspx> (including Hindu, Muslim, Church of Christ, Scientist, The Church of Jesus Christ of Latter-day Saints, Jewish, Seventh-day Adventist, Salvation Army, Ukrainian Orthodox, Swedenborgian, Syrian Eastern Orthodox, and Russian Orthodox groups among others), 20. 9. 2023.

⁴⁰ “Why Does the U.S. Military have Chaplains?” in Pepperdine Policy Review vol. II (2009), <http://publicpolicy.pepperdine.edu/policy-review/2009v2/why-does-us-military-have-chaplains.htm> 20. 9. 2023.

⁴¹ See “List of Ecclesiastical Endorsers,” U.S. Department of Veterans Affairs, http://www.va.gov/CHAPLAIN/components/Employment_Information.asp, 20. 9. 2023.

⁴² See, e.g., Larson v. Valente, 456 U.S. 228, 244–45 (1982) (“The clearest command of the Establishment Clause is that one religious denomination cannot be officially preferred over another”).

⁴³ *Ibid.*

must be “organized and operated exclusively for exempt purposes,” which includes religious purposes, and none of the earnings may inure to the benefit of a private shareholder or individual.⁴⁴ The organization must also not be an “action organization,” i.e., where attempts to influence legislation are a substantial part of its activities or if it participates in any campaign activity for or against political candidates.⁴⁵

Nearly 5,000 religious organizations have been recognized as tax-exempt by the Internal Revenue Service.⁴⁶ In practice, this means that many more have tax-exempt status, as only a parent organization is listed when religious organizations apply as a group. Eighty-five percent of all religious organizations stated that they meet the requirements of the Internal Revenue Code section 501(c)(3) according to the IRS and an additional eleven percent were uncertain.⁴⁷

Religious organizations which are “churches” under a broad definition in the Internal Revenue Code are given additional benefits. They considered automatically exempt and need not apply for and obtain recognition of tax-exempt status by the Internal Revenue Service (“IRS”), although most individual churches do choose to apply for this recognition. The IRS, of course, retains the right to investigate potentially fraudulent claims. “Churches” under the Internal Revenue Code also benefit from special rules limiting IRS audit authority.

2.3.2. Funding for Education and Social Services

Religious organizations in the United States can compete for funding from the federal government and states in the fields of provision of secular education and social services.⁴⁸ There are quite a variety of types of funding, and each comes with various restrictions.⁴⁹ In general, any tax-exempt religious organization is free to compete for any particular grant. One scholar explained, “The relevant question concerning provider eligibility is not ‘Who are you?’ but ‘What can you do?’”⁵⁰ In evaluating applications

⁴⁴ IRC § 501(c)(3).

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Internal Revenue Service, Publication 78 “The Cumulative List of Organizations Described in Section 170(c) of the Internal Revenue Code of 1986 (counting organizations coded number 3, “A church, synagogue or other religious organization”), <http://www.irs.gov/charities/article/0,,id=96136,00.html>, 20. 9. 2023.

⁴⁷ R. H. Williams, J. P.N. Massad, 121.

⁴⁸ P. B. Carlson, 262.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ C. H. Esbeck, “Regulation of Religious Organizations via Governmental Financial Assistance” in: *Religious Organizations in the United States: A Study of Identity*,

for state social service funds, the state has a duty (1) not discriminate with regard to religion, (2) to focus on the nature of services rendered and the means by which they are provided, (3) not to intrude on the religious autonomy of faith-based providers, and (4) not to limit the right of beneficiaries to choose the welfare provider of their choice, including religious providers.⁵¹

In general, although religiously affiliated tax-exempt organizations may compete with other non-profit organizations for social service grants on an equal basis and may not be required to change their internal governance, religious symbols, or scripture as a condition to receiving the grants they are still subject to secularity requirements; religious affiliated organizations will usually create a separate non-profit subsidiary organization to receive and administer state funds.⁵² Generally, state funds may not be used for religious worship, instruction or proselyting.⁵³ Organizations and the organizations receiving funds are also subject to most civil rights laws: they may not discriminate on the basis of race, color, national origin, handicap, or age.⁵⁴ There is also considerable pressure on the government to require religious organizations receiving funds not to discriminate on the basis of religion or gender.⁵⁵

There are numerous other limitations⁵⁶—for example, in approximately one-third of the states, religious groups cannot have hiring preferences for members of their own faiths if they accept state funds.⁵⁷ Most

Liberty, and the Law (eds. James A. Serritella et al.), Carolina Academic Press, Durham 2006, 391.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² 1996 Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act, 42 U.S.C. 604a; Community Services Block Grant Program, 42 u.S.C. § 9920; Substance Abuse and Mental Health Services Administration, 42 U.S.C. § 300x–65; see generally W. W. Bassett, et al., *Religious Organizations and the Law*, ICLRS, Thomson–West 2011.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ See, e.g., 1996 Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act, 42 U.S.C. 609a(j); Title IX of the Educational Amenmdents of 1972, 20 U.S.C. §§ 1681 *et seq.*; Title VI of Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. §§ 2000(d) *et seq.*; § 504 of the Rehabilitation Act of 1973, 29 U.S.C. § 794; Age Discrimination Act of 1975; Substance Abuse and Mental Health Services Administration, 42 U.S.C. § 300x–65(i). See generally C. H. Esbeck, 349; W. W. Bassett, et al., *Ibid.*

⁵⁵ These are so far not required. See “Equal Protection of the Laws for Faith–Based and Community Organizations,” Executive Order 13279 (Dec. 12, 2002), amending Executive Order 11246 (1965).

⁵⁶ See, e.g., discussion of regulatory burdens, anti–discrimination requirements, and licensing requirements in Michael Tanner, “Corrupting Charity: Why Government Should Not Fund Faith–Based Charities,” 62 *CATO Institute Briefing Papers* (March 22, 2001), 7–8.

⁵⁷ M. Ragan, D. J. Wright, *The Policy Environment for Faith–Based Social Services in the United States: What has Changed Since 2002?: Results of a 50–State Study*, Rockefeller Institute of Government, 2005, 38.

other requirements or limitations on the use of state funds relate specifically to the funding provided. For example, grants for providing housing assistance come with the requirement that the individuals served cannot be evicted without due process of law, a requirement that the state must follow.⁵⁸ To receive federal grants for financial assistance to hospitals, institutes of higher education, or nonprofit social welfare organizations for construction or renovation of buildings, the organizations must agree to pay laborers and mechanics at not less than the wages set for the locality by the U.S. Secretary of Labor.⁵⁹

Religious hospitals and schools must meet state licensing requirements to receive funds, which in turn requires compliance with a large number of regulations.⁶⁰ General restrictions on funding of private religious schools are one of the more complex and difficult to predict areas of U.S. law on religion, reflecting a larger set of conflicting approaches on the meaning of the First Amendment to the U.S. Constitution. As a general matter, the Supreme Court has approved vouchers and federal tax credits for parents,⁶¹ and aid to schools when the aid is allocated neutrally, is indirect, and does not involve a continuing relationship between the government and the religious authority.⁶²

2.3.3. Chaplaincy

Professional chaplains are found in the military, prisons, and health care facilities. Chaplains are generally required to be professionally accredited.⁶³ While chaplains must have endorsement from their own faith group,⁶⁴ standards set by national chaplaincy organizations and government bodies⁶⁵ affirm that chaplains must minister to those of all faiths,

⁵⁸ See, e.g., W. Bassett, et al. (eds.), *Ibid.*

⁵⁹ 40 U.S.C. §§ 276a to 276a-5.

⁶⁰ See, e.g., W. Bassett, et al. (eds.), *Ibid.*

⁶¹ See *Mueller v. Allen*, 463 U.S. 388, 395 (1983).

⁶² *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203, 213 (1997).

⁶³ See, e.g., Army Regulation 165-1 (6-14) “Army Chaplain Corps Activities” (3 Dec 2009) (requiring graduate professional degree in theology or related subjects); Fed. Bureau of Prisons, Program Statement 3939.07: Chaplains’ Employment, Responsibilities, and Endorsements (2001), http://www.bop.gov/policy/progstat/3939_007.pdf 20. 9. 2023. (requiring graduate degree from accredited theological school or seminary).

⁶⁴ See, e.g., Association for Clinical Pastoral Education Standard 102.1, <http://www.acpe.edu/NewPDF/2010%20Manuals/2010%20Standards.pdf>; 20. 9. 2023. Department of Defense Directive 1304, “Appointment of Chaplains for the Military Departments”; Fed. Bureau of Prisons, Program Statement 3939.07: Chaplains’ Employment, Responsibilities, and Endorsements (2001), http://www.bop.gov/policy/progstat/3939_007.pdf 20. 9. 2023.

⁶⁵ See e.g., Department of Defense Directive 1304, “Appointment of Chaplains for the Military Departments” 4.2 (military chaplains “shall serve a religiously diverse

“approach the religious convictions of [others] with respect and sensitivity; avoid the imposition of their theology or cultural values on those served or supervised.”⁶⁶

A large variety of religious groups are permitted to ecclesiastically endorse chaplain applicants. For example, in the military, the Armed Forces Chaplain Board makes recommendations through certifying “endorsing agencies” which may endorse chaplain applicants.⁶⁷ It has 194 ecclesiastical endorsing agents.⁶⁸ Any religious organization may qualify if it (1) is a federally tax-exempt “church” under Internal Revenue Code 501(c)(3); (2) states that it possess ecclesiastical authority to grant and withdraw initial and subsequent ecclesiastical endorsement for military chaplaincy; (3) agrees to provide chaplains who will function in a pluralistic environments and “support directly and indirectly the free exercise of religion by all members of the Military Services”; and (4) agrees to abide by Department of Defense regulations and policies on chaplains.⁶⁹ The military roughly attempts to allocate chaplains according to the percentage of members of that religion in the population, but ultimately decides chaplaincy applications on an individual basis based on education and overall need for chaplains.⁷⁰ There have been a few assertions that hiring boards

population . . . are required to provide comprehensive religious support to all authorized individuals within their areas of responsibility”); Army Regulation 165–1 (3–1) (a) “Army Chaplain Corps Activities” (3 Dec 2009) (requiring chaplains to “support the pluralistic requirements of the Army without relinquishing their respective faith demands”); Army Regulation 165–1(3–2)(b)(2) (“Chaplains will minister to the personnel of their unit and/or facilitate the free-exercise rights of all personnel, regardless of religious affiliation of either the Chaplain or the unit member.”); Fed. Bureau of Prisons, Program Statement 3939.07: Chaplains’ Employment, Responsibilities, and Endorsements (2001), http://www.bop.gov/policy/progstat/3939_007.pdf 20. 9. 2023. (candidates must have “willingness to provide and coordinate programs for inmates of all faiths”).

⁶⁶ Association for Clinical Pastoral Education Standard 101.4, <http://www.acpe.edu/NewPDF/2010%20Manuals/2010%20Standards.pdf> 20. 9.2023.

⁶⁷ See Department of Defense, “Armed Forces Chaplains Board Mission,” <http://prhome.defense.gov/MPP/CHAPLAINS%20BOARD/> 20. 9. 2023.

⁶⁸ See Department of Defense, “Endorsements,” <http://prhome.defense.gov/MPP/CHAPLAINS%20BOARD/endorsements.aspx> 20. 9. 2023.

⁶⁹ Department of Defense Instruction Number 1304.28 “Guidance for the Appointment of Chaplains for the Military Departments” (June 11, 2004), E3.

⁷⁰ See L. Boothby, “Freedom of Religion or Belief in Restricted or Institutional Settings,” in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook* (eds. Tore Lindholm et al.) Springer, Dordrecht 2004, 419; I. Michalowski, *Social Science Research Center Berlin, “Explaining the Accommodation of Religious Diversity in the Military: The U.S. and Germany Compared,”* 4, http://www.irmgard-coninx-stiftung.de/fileadmin/user_upload/pdf/Cultural_Pluralism/Religion/Essay.Michalowski.pdf 20. 9. 2023.

disproportionately discriminate against evangelical Christians⁷¹ or exclude Wiccans.⁷² A legal challenge to the Navy hiring policy by evangelical Christians, however, was rejected by a federal court of appeals, holding that the Navy had abandoned a disproportional formulaic approach to hiring from various denominations.⁷³

Hospital chaplaincy is more varied, as ownership of hospitals in the U.S. is divided among public, private, and not-for-profit ownership. Sixty-two percent of hospitals are not-for-profit, twenty percent are government hospitals, and eighteen percent are for-profit hospitals.⁷⁴ Hiring chaplains is recommended by the non-profit hospital accrediting body, the Joint Commission for the Accreditation of Healthcare,⁷⁵ but only approximately 64% of hospitals have chaplaincy services.⁷⁶ Chaplains are most common in larger, urban hospitals, as well as church-owned hospitals.⁷⁷ In the state-owned Veterans' Affairs hospital system, chaplaincy is run along the lines of the military.⁷⁸ The Department of Veterans Affairs has approved 253 religious organizations or groups of religious organizations to ecclesiastically endorse chaplains.⁷⁹

Formal chaplains, however, are not the only religious leaders permitted to minister to individuals in the military, prisons, or hospitals. When the chaplains are unable to personally provide religious services for a particular belief, chaplains are required to help facilitate visits and ministry by community religious leaders as needed on a volunteer basis.⁸⁰

⁷¹ See A. Winkler, "Navy Chaplains Allege Discrimination Against Evangelicals," *The Christian Post* (Aug 25, 2011) <http://www.christianpost.com/news/navy-chaplains-allege-discrimination-against-evangelicals-54521/> 20. 9. 2023.

⁷² See "Discrimination Against Wiccan Military Chaplains" <http://www.pagancentric.org/?p=201> 20. 9. 2023.

⁷³ *Larsen v. U.S. Navy*, 525 F.3d 1 (D.C. Cir. 2008) (the allegation was that the navy hired 1/3 Catholic, 1/3 liturgical Protestant, and 1/3 non-liturgical Protestant chaplains which discriminated against non-liturgical Protestants, who made up more than 1/3 of the Navy)

⁷⁴ D. M. Walker, "Nonprofit, For-profit and Government Hospitals" testimony before the Committee on Ways and Means, House of Representatives (May 26, 2005) (citing General Accounting Office report GAO-05-743-T).

⁷⁵ Joint Commission Accreditation Standards, RI 1.3.5.

⁷⁶ W. Cadge, et al., *The Provision of Hospital Chaplaincy in the United States: A National Overview*, 101 S. Med. J. 626, <http://christakis.med.harvard.edu/pdf/publications/articles/085.pdf> 20. 9. 2023.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ See "VA Chaplain Qualification Requirements and Application Procedures" http://www.va.gov/CHAPLAIN/components/Employment_Information.asp 20. 9. 2023.

⁷⁹ See "List of Ecclesiastical Endorsers" U.S. Department of Veterans Affairs, http://www.va.gov/CHAPLAIN/components/Employment_Information.asp 20. 9. 2023.

⁸⁰ See, e.g., AR165-1 (5-5) ("Distinctive Faith Group Leaders"); 28 C.F.R. § 548.12, .14, .19 (1997) (requests by inmates for representatives of faith groups in the community

Courts have held that the purpose of chaplains and volunteer religious leaders is to promote the religious freedom of those served. When restrictions on the faiths represented by chaplains or approved to have volunteers function in a way to discriminate against or limit the religious freedom of those served, courts have held that the programs violate the rights of the individuals served. For example, while generally chaplains need not be appointed from every faith tradition of prisoners so long as they meet the needs of all inmates, use volunteer clergy, and the positions are open to those of all faiths,⁸¹ the failure to appoint a chaplain from a minority faith does violate prisoners' religious freedom rights "where the institution has created a set of policies whereby a practitioner will be substantially burdened in his religious exercise without a paid chaplain."⁸² Also, if a state hires chaplains for one faith but not for another which has equally as many members in the institution, it violates the non-discrimination principle of the U.S. Establishment Clause and must hire chaplains to remedy the problem.⁸³ A restrictive list of volunteer religious leaders that fails to include leaders of minority believers also violates believers' rights.⁸⁴

3. Conclusion

From a comparative perspective, the United States' approach to legal entity status and benefits is quite unique. Allowing groups to function legally without registration and only having minimal registration requirements expands the freedom of religious groups and places less value on control or government oversight than many countries. The U.S. approach to benefits likewise maximizes freedom, permitting groups to select which (if any) state benefits they wish to seek and permitting groups to claim tax exempt status without any formal application. It is certainly true that permitting broad access to state benefits may be easier in the U.S.

⁸¹ *Card v. Dugger*, 709 F. Supp. 1098 (M.D. Fla. 1988), judgment aff'd, 871 F.2d 1023 (11th Cir. 1989) (failure to appoint chaplains to represent all the faiths of inmates does not violate the U.S. Establishment Clause because the chaplains were instructed to meet the needs of all inmates or secure the services of volunteer clergy, and the position of chaplain was open to any clergy who was qualified without regard to religious denomination.).

⁸² *Rouser v. White*, 630 F.Supp. 1165, 1184 (E.D. Ca. 2009). More on the minority religions in US see E. Clark, "Religious Liberty and Religious Minorities in the United States" in: *Oxford Handbook on Church and State in the United States* (ed. Derek Davis), Oxford University Press, Oxford 2010, 249–275.

⁸³ *Johnson–Bey v. Lane*, 863 F.2d 1308, 1312 (7th Cir. 1988); *Card v. Dugger*, 709 F. Supp. 1098 (M.D. Fla. 1988), judgment aff'd, 871 F.2d 1023 (11th Cir. 1989).

⁸⁴ *Newby v. Quarterman*, 325 F. Appx. 345 (5th Cir. 2009).

than in more cooperationist systems, as the U.S. permits no direct financial subsidies of religious groups and bars state discrimination among religious beliefs. The flexibility and freedom of the U.S. system, even when administering tax benefits or cooperation in chaplaincy, both of which would, in many other countries, belong only to upper-tier religious organizations, does raise interesting questions as to the necessity of the rigidity and complexity of multiple-tiered registration and cooperation systems of many other countries.

Елизабет Кларк

Професор, помоћни директор Међународног центра за студије права и религије, Биргам Јанг Универзитет, Прово, САД

ПРАВНИ СТАТУС ВЕРСКИХ ОРГАНИЗАЦИЈА У СЈЕДИЊЕНИМ АМЕРИЧКИМ ДРЖАВАМА

Сажетак

У чланку ауторка представља особености правног статуса верских заједница у Сједињеним Државама. Основна карактеристика америчког система у погледу субјективитета верских организација јесу минимално постављени услови за стицање правног субјективитета, као и слобода која се верским организацијама пружа да одреде правну и организациону форму која највише одговара њиховим интересима. На ову слободу избора указује се кроз преглед различитих нормативних решења широм савезних држава у САД. Такође, у раду се анализирају различити аспекти државних бенефиција верским организацијама у различитим областима као што су пореске олакшице, финансирање образовања и социјалних услуга, као и увођење исповедничке службе у војсци, затворима и здравственим установама. Те особености су довеле до закључка да је правни приступ присутан у САД прилично јединствен и да настоји да максимизује верску слободу.

Кључне речи: верске организације, државна помоћ, Сједињене Америчке Државе, стицање правног субјективитета, верска слобода.

REFERENCES

Monograph, articles

- Bassett W. W. et al., (eds.) *Religious Organizations and the Law*, ICLRS, Thomson-West 2011.
- Boothby L., “Freedom of Religion or Belief in Restricted or Institutional Settings,” in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook* (eds. Tore Lindholm et al.) Springer, Dordrecht 2004, 407–423.
- Carlson P. B., “Unincorporated Associations and Charitable Trusts” in: *Religious Organizations in the United States: A Study of Identity, Liberty, and the Law* (eds. James A. Serritella et al.), Carolina Academic Press, Durham 2006, 253–278.
- Clark E., “Religious Liberty and Religious Minorities in the United States” in: *Oxford Handbook on Church and State in the United States* (ed. Derek Davis), Oxford University Press, Oxford 2010, 249–275.
- Durham C.W., “Legal Structuring of Religious Institutions”, in: *Religious Organizations in the United States: A Study of Identity, Liberty, and the Law* (eds. James A. Serritella et al.), Carolina Academic Press, Durham 2006, 213–222.
- Durham C.W., Clark E., “Defining Religion” in: *Religious Organizations in the United States: A Study of Identity, Liberty, and the Law* (eds. James A. Serritella et al.), Carolina Academic Press, Durham 2006, 3–83.
- Esbeck C.H., “Regulation of Religious Organizations via Governmental Financial Assistance” in: *Religious Organizations in the United States: A Study of Identity, Liberty, and the Law* (eds. James A. Serritella et al.), Carolina Academic Press, Durham 2006, 349–404.
- Gerstenblith P., “Associational Structures of Religious Organizations”, in: *Religious Organizations in the United States: A Study of Identity, Liberty, and the Law* (eds. James A. Serritella et al.), Carolina Academic Press, Durham 2006, 223–252.
- McGlynn Gaffney E. Jr., “Exemption of Religious organizations from Federal Taxation”, in: *Religious Organizations in the United States: A Study of Identity, Liberty, and the Law* (eds. James A. Serritella et al.), Carolina Academic Press, Durham 2006, 409–458.
- Williams R.H., Massad J.P.N., “Religious Diversity, Civil Law, and Institutional Isomorphism” in: *Religious Organizations in the United States: A Study of Identity, Liberty, and the Law* (eds. James A. Serritella et al.), Carolina Academic Press, Durham 2006, 111–128.

Other sources

Op. Att’y Gen. 252 (1957).
Ten. Code Ann.
International Revenue Service, 1986.
Alaska Stat. (West 2011)
Cal. Corp. Code (West 2011)
Conn. Gen. Stat. Ann (West 2011)
Del. Code Ann. Tit. 27. (West 2011)
Ill. Comp. Stat. Ann. 110/35 (West 2011)
Me. Rev. Stat. Ann. Tit.13. (2011)
Md. Code Ann., Corps and Ass’ns (2011)
Mass. Gen. Laws. Ann. Ch. 67. (West 2011)
Mich. Comp. Laws Ann. (West 2011)
Minn. Stat. Ann. (West 2011)
N.J. Stat. Ann. (West 2011)
N.Y. Relig. Corp. Law (Consol. 2011)
Wis. Stat. Ann. (West 2011)
Wyo. Stat. Ann. (West 2011)
Ala. Code (West 2011)
Colo. Rev. Stat. (West 2011)
Kan. Stat. Ann. (West 2011)
Mo. Ann. Stat. (West 2011)
Miss. Code Ann. (West 2011)
Ohio Rev. Code Ann. (West 2011)
Okla. Stat. Ann. Tit. 18. (West 2011)
Va. Code. Ann. (West 2011)
Conn. Gen. Stat. Ann. (2011)
Del. Code Ann. Tit. 27.(1996)
Mass. Gen. Laws Ann. Ch. 67. (West 1997)
Okla. Stat. tit. 18. (1986)
Mich. Comp. Laws Ann. (West 1997)
Minnesota. Minn. Stat. Ann. (West 1997)
Conn. Gen. Stat. Ann. (West 1997)
Del. Code Ann. Tit. 27. (1996)
Kan. Stat. Ann. (1996)
85 Ill. Comp. Stat. Ann. 110/50 (West 1997)
La. Rev. Stat. Ann. (West 1997)
ME. Rev. Stat. Ann. (West 1997)

- Md. Code Ann., Corps. & Ass'ns (1997)
Mass. Gen. Laws Ann. (West 1997)
Mich. Stat. Ann. (Law. Co-op. 1997)
Minn. Stat. Ann. (West 1997)
N. H. Rev. Stat. Ann (1996)
N.J. Stat. Ann. (West 1997)
N.Y. Relig. Corp. Law (Consol. 1997)
Vt. Stat. Ann. (1997)
Wis. Stat. Ann.
85 Ill. Comp. State Ann. 110/50 (West 1997)
La. Rev. State. Ann. (West 1997).
State. Ann. (West 1997)
N.H. Rev. Stat. Ann. § 292:15-:17 (1996) (Orthodox Church).
N.Y. Relig. Corp. Law (Consol. 1997)
Internal Revenue Code.
Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act, 42 U.S.C.,
1996
Community Services Block Grant Program, 42 u.S.C.
Substance Abuse and Mental Health Services Administration, 42 U.S.C.
Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C.
Rehabilitation Act of 1973, 29 U.S.C.
Age Discrimination Act of 1975.
Equal Protection of the Laws for Faith-Based and Community Organizations,
Executive Order 13279 (Dec. 12, 2002), amending Executive Order
11246 (1965).
Internal Revenue Service, “Tax Guide for Churches and Religious
Organizations”
Mueller v. Allen, 463 U.S. 388, 395 (1983).
Agostini v. Felton, 521 U.S. 203, 213 (1997).
Church of Lukumi Babalúe v. City of Hialeah, 1993.
Larsen v. U.S. Navy, 525 F.3d 1 (D.C. Cir. 2008)
Card v. Dugger, 709 F. Supp. 1098 (M.D. Fla. 1988), judgment aff'd, 871 F.2d
1023 (11th Circ. 1989)
Rouser v. White, 630 F.Supp. 1165, 1184 (E.D. Ca. 2009).
Johnson-Bey v. Lane, 863 F.2d 1308, 1312 (7th Circ. 1988)
Newby v. Quarterman, 325 F. Appx. 345 (5th Cir. 2009).
Larson v. Valente, 456 U.S. 228, (1982)
Army Regulation 165-1 (6-14) “Army Chaplain Corps Activities” (3 Dec
2009) http://www.bop.gov/policy/progstat/3939_007.pdf 20. 9. 2023.

- Association for Clinical Pastoral Education Standard, <http://www.acpe.edu/NewPDF/2010%20Manuals/2010%20Standards.pdf> 20. 9. 2023.
- Department of Defense, “Endorsements” <http://prhome.defense.gov/MPP/CHAPLAINS%20BOARD/endorsements.aspx> 20. 9. 2023.
- Why Does the U.S. Military have Chaplains? in Pepperdine Policy Review vol. II (2009), <http://publicpolicy.pepperdine.edu/policy-review/2009v2/why-does-us-military-have-chaplains.htm> 20. 9. 2023.
- List of Ecclesiastical Endorsers U.S. Department of Veterans Affairs, http://www.va.gov/CHAPLAIN/components/Employment_Information.asp, 20. 9. 2023.
- Department of Defense Directive 1304, “Appointment of Chaplains for the Military Departments”
- Fed. Bureau of Prisons, Program Statement 3939.07: Chaplains’ Employment, Responsibilities, and Endorsements (2001), http://www.bop.gov/policy/progstat/3939_007.pdf 20. 9. 2023.
- Fed. Bureau of Prisons, Program Statement 3939.07: Chaplains’ Employment, Responsibilities, and Endorsements (2001), http://www.bop.gov/policy/progstat/3939_007.pdf 20. 9. 2023.
- Association for Clinical Pastoral Education Standard 101.4, <http://www.acpe.edu/NewPDF/2010%20Manuals/2010%20Standards.pdf> 20. 9. 2023.
- Department of Defense, “Armed Forces Chaplains Board Mission,” <http://prhome.defense.gov/MPP/CHAPLAINS%20BOARD/> 20. 9. 2023.
- Department of Defense, “Endorsements,” <http://prhome.defense.gov/MPP/CHAPLAINS%20BOARD/endorsements.aspx> 20. 9. 2023.
- Department of Defense Instruction Number 1304.28 “Guidance for the Appointment of Chaplains for the Military Departments” (June 11, 2004).
- VA Chaplain Qualification Requirements and Application Procedures http://www.va.gov/CHAPLAIN/components/Employment_Information.asp 20. 9. 2023.
- List of Ecclesiastical Endorsers, U.S. Department of Veterans Affairs, http://www.va.gov/CHAPLAIN/components/Employment_Information.asp 20. 9. 2023.
- Discrimination Against Wiccan Military Chaplains, <http://www.pagancentric.org/?p=201> 20. 9. 2023.
- Cadge W., et al., The Provision of Hospital Chaplaincy in the United States: A National Overview, 101 S. Med. J. 626, <http://christakis.med.harvard.edu/pdf/publications/articles/085.pdf> 20. 9. 2023.
- Michalowski I., Social Science Research Center Berlin, “Explaining the Accommodation of Religious Diversity in the Military: The U.S. and

Germany Compared,” http://www.irmgard-coninx-stiftung.de/file-admin/user_upload/pdf/Cultural_Pluralism/Religion/Essay.Michalowski.pdf 20. 9. 2023.

Ragan M., Wright D. J., *The Policy Environment for Faith-Based Social Services in the United States: What has Changed Since 2002?: Results of a 50-State Study*, Rockefeller Institute of Government, 2005.

Tanner M., “Corrupting Charity: Why Government Should Not Fund Faith-Based Charities,” 62 *CATO Institute Briefing Papers* (March 22, 2001)

Walker D.M., “Nonprofit, For-profit and Government Hospitals” testimony before the Committee on Ways and Means, House of Representatives (May 26, 2005)

Winkler A., “Navy Chaplains Allege Discrimination Against Evangelicals,” *The Christian Post* (Aug 25, 2011) <http://www.christianpost.com/news/navy-chaplains-allege-discrimination-against-evangelicals-54521/> 20. 9. 2023.

ORTHODOX CHURCH AND STATE RELATIONS UNDER THE GREEK CONSTITUTION OF 1975

Summary

This article aims to present an analysis of the status of Orthodox Church and State relations under the Greek Constitution of 1975. Considering that it is not clear, undoubtedly, which exactly system of Church and State relations is really in force, are being examined the following issues: the meaning of “prevailing” religion, the constitutional reference to holy canons and its significance, the legal nature of the Statutory Charter of Greek Orthodox Church and the autocephalia of the Greek Church. In the same framework, is being presented the 1987 committee’s proposal for Church and State relations and the latest (2019) revolutionary proposal of the Constitution regarding the typology of Church and State relations which did not come to a successful end.

Keywords: Church-state relations, prevailing religion, holy canons, statutory charter, religious neutrality.

1. Historical perspective

The 1821 Revolution of the Hellenes against the Ottoman Empire¹ ended in 1827 when Greece was organized into a state, with Ioannis Kapodistrian as its president (1828-1831).² The existence of special bonds between the Orthodox Church of Greece and the State³ is explained by the fact that

* Associate Professor of Ecclesiastical Law, Faculty of Law, National and Kapodistrian University of Athens, georgeand@law.uoa.gr

¹ For its historical parameters, see, *inter alia*, R. Beaton, *The Greek Revolution of 1821 and its Global Significance*, Aiora Press, Athens 2021; P. Kitromilides, C. Tsoukalas (eds.), *The Greek Revolution: A critical dictionary*, Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, Boston 2021; M. Mazower, *The Greek Revolution: 1821 and the Making of Modern Europe*, Penguin Press, New York 2021.

² C. Papastathis, “The Hellenic Republic and the Prevailing Religion”, *BYU Law Review* 4/1996, 815–852.

³ See relatively J. Konidaris, “Staatskirche in Griechenland”, in: *Institutionen und Einzelne im Zeitalter der Informationstechnik* (eds. Marie-T. Tinnefeld, Lothar Philipps, Kurt Weis), R. Oldenbourg Verlag, Muenchen 1994, 97– 100; L. Papadopoulou, “State and Church in Greece”, in: *State and Church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers), Nomos, Baden–Baden 2013, 171–194.

this Church helped the nation to survive through 400 years of Ottoman occupation, by maintaining the faith, the language, and the culture. Afterwards, the Orthodox Church of Greece separated itself from the Patriarchate of Constantinople, declared itself Autocephalus in 1833, i.e., without the permission of the Mother Church, which is the Ecumenical Patriarchate and was not sanctioned by the last until 1850.⁴

No doubt, the Greek Church owes its self-identification to the fight for independence. Relevant to this is the recent re-issue of Ch. Frazee's iconic work, which was first published under the title of *"The Orthodox Church and Independent Greece"* in the end of the 1960s. In his work, Frazee examines with the cold eye of the researcher utilising both known and unknown archive sources the history of the relations of the Church with the emerging Greek state during the period of 1821 up to 1852, as well as the role played by the negotiations of the three foreign powers (Britain, France, and Russia) in the development of these relations.

Following the independence, and more specifically in 1833, the arrival in the newly born Greek kingdom of Otto and the Bavarian Regency, member of which was the influenced by beliefs favouring the state's administration over the church, protestant professor at the Law School of the University of Munich Georg Ludwig von Maurer,⁵ had a decisive effect on the formation of the church policy during that time period. Foundation of this policy was the final rift of the relations between the Greek Church and the Ecumenical Patriarchate. Frazee (p.139) notes that Maurer *"considered the church as a service subordinate to the state"* in accordance with the prevailing standards in his country.⁶ The same approach was shared by Otto himself, who wrote to his father that he regards as ideal the creation of a Council *"under the direction of a Metropolitan Bishop essentially without any power, similar to the Chairs of our committees"* ...

The conclusion of long processes was the *"The Declaration of Independence of the Greek Church"*, published on July 23, 1833.⁷ According to

⁴ I. Konidaris, "The legal Parameters of Church and State Relations in Greece", in: *Greece in the twentieth century* (ed. Theodore A Couloumbis, Theodore Kariotis, Fotini Bellou), Hellenic Foundation for European and Foreign Policy (ELIAMEP), London - Rortland 2003, 223–235.

⁵ See relatively G. Ludwig von Maurer, *Das griechische Volk in öffentlicher, kirchlicher und privatrechtlicher Beziehung vor und nach dem Freiheitskampf bis zum 31 Juli 1834*, Heidelberg 1835.

⁶ For the crucial matter of dissolved monasteries that appeared during this period due to the bavarian policy of Maurer, see T. Tsvolas, "The case of the "Dissolved Monasteries" in Greece. Historical facts and current developments", *Revista de História da Arte* 5/2017, 288–293.

⁷ For this period, see, *inter alia*, I. Konidaris, "The genesis of the status of the autocephaly of the Church of Greece", in: *A new world is born. The image of Greek civilization in*

it, young Otto, a political instrument, and a Roman Catholic, is placed as the Leader of the Church (!), which, at least according to the peculiar naming of Declaration, is called “*Church of the Kingdom*” (*sic*) as if the latter had the property right to the former... In fact, it is only euphemistically “*independent from any other authority*” since it is overseen by an appointed Council, while “*during church ceremonies, the bishops first mention the King and then the Holy Synod...*”. Frazee accurately pinpoints that there were 25 articles in total “each one of which increasingly enslaved the church to the state. If there was ever a Church totally deprived of any prestige and in complete dependence on the state that was the Greek Church *via* Maurer’s statute (p. 149), which side-lined the bishops as “*the errand boys*” of the governmental bureaucracy” (p. 152). This imported arrangement of state Church was apparently unsuitable for the needs and prospects of the country, since, as Odysseas Elitis, a Greek Nobel Prize winning poet has pointed out, “*it was taken from outside with a most casual way and was supposedly cut and shewn onto a foreign body with different proportions and standards of breathing*”.

2. Constitutional provisions

Initially, there is no doubt that the provisions of 1975 Constitution,⁸ compared to the previous 1952 Constitution, intended to the relaxation of Church and State relations and the secularization of the State. This statement arises from the following:⁹

a. The President of the Republic is no longer required to be a Christian according to the prevailing view at least. In the same framework, he/she does not swear to protect the prevailing orthodox religion and, at the time of taking his/her oath before Parliament, the Holy Synod of the greek orthodox church is not present,¹⁰ as was the case under the 1952 Constitution.

german science during the 19th century (ed. Euangelos Chrysos), N. Smyrni 1996, 207 etc. (in Greek); C. Papastathis, “La République hellénique”, in: *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l’ Union Européenne* (ed. Brigitte Dasdevant-Gaudemet, Francis Messner), Presses Universitaires de France, Paris 1999, 207–221.

⁸ Since its enactment, the Constitution of 1975 has been revised four times. For the constitutional status of Religion in Greece, see, inter alia, C. Papageorgiou, *Religion and Law in Greece*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2021.

⁹ See relatively J. Konidaris, “Legal status of minority churches and religious communities in Greece”, in: *The legal status of religious minorities in the countries of the European Union*, Thessaloniki – Milano 1994, 171–181; C. Papageorgiou, *An Introduction to Hellenic Ecclesiastical Law*, Trikala – Thessaloniki 2012, 71 etc.

¹⁰ Art. 31, 33, para. 2 of the Constitution.

b. Proselytism is prohibited in general when it is perpetrated against any “known” religion.¹¹

c. In the 1975 Constitution in not repeated the provision that all other interventions against the prevailing religion are prohibited.¹²

d. The seizure of newspapers and other publications is allowed exceptionally after circulation, inter alia, in case of an offence against not only the Christian but any other known religion.¹³

In addition, the system of Church and State relations is basically formulated on article 3 § 1 of the Constitution. Its exact text is as follows:

“1. The prevailing religion in Greece is that of the Eastern Orthodox Church of Christ. The Orthodox Church of Greece, acknowledging our Lord Jesus Christ as its head, is inseparably united in doctrine with the Great Church of Christ in Constantinople and with every other Church of Christ of the same doctrine, observing unwaveringly, as they do, the holy apostolic and synodal canons and sacred traditions. It is autocephalous and is administered by the Holy Synod of serving Bishops and the Permanent Holy Synod originating thereof and assembled as specified by the Statutory Charter of the Church in compliance with the provisions of the Patriarchal Tome of June 29, 1850, and the Synodal Act of September 4, 1928”.

It must be underlined the fact that this article of the Constitution includes crucial words or phrases which can be interpreted in different and various ways so that it is not clear, undoubtedly, which exactly system of Church and State relations is really in force. In this framework, the following issues are going to be analyzed.

2.1. *The prevailing religion*

In theory, the interpretation of the term “*prevailing religion*” regarding the Greek Orthodox Church¹⁴ has become a controversial subject.

Nevertheless, regarding the Constitution of 1822 its interpretative signification was ensured by the Constitution’s legislator himself, Theodoros Negris, in a primarily unknown treatise titled “*The Development of the Law of Epidaurus*”, which was published in “The Newspaper of Athens” in November 1824. According to the treatise, the introduction of the term “*prevailing*” religion aimed to provide a form of formality to the Orthodox

¹¹ Art. 13, para. 2 of the Constitution.

¹² See art. 1 of the 1952 Constitution.

¹³ Art. 14, para. 3 of the Constitution.

¹⁴ It must be noticed that the Greek Orthodox Church is a legal person under public law.

Church, “as the Nation’s dominant church”, which would set the standards for the conduction “of all formal ceremonies related to the nation”.¹⁵

This provision about a prevailing religion¹⁶ is stereotypically repeated in all subsequent Constitutions and of course in the current Constitution of 1975, albeit with a substantial difference, in my opinion...

Thus, although the prevailing religion is included in the same provision which regulates the “freedom of religion” in the “Temporary Government” of Epidaurus, even under the concept of religious tolerance, for the first time, in the Constitution of 1975, the provision of prevailing religion is separated from the one which establishes freedom of religion and is listed independently (article 3), as a separate part of the basic provisions of the Constitution entitled “Church and State Relations”. I am not sure whether the “discontinuity” addresses the matters with the most efficient way. I have a feeling that the newly constitutional legislator of 1975 cannot convince, at least in this case, that he introduced a more appropriate regulation, which could be considered a successful innovation. The reason is that this specific method of arrangement overlooks the close link between the two provisions (articles 3 and 13 of the Constitution), resulting to interpretative predicaments, often caused by the term “prevailing” religion, even if unintentionally.

Moreover, almost all Greek Constitutions, from the Constitution of the First National Assembly in 1822 till today, had as starting provisions the assurance of the prevailing religion. For the first time, the Constitution of 1975 does not adopt this methodological prioritization, as an evidence of free spirit and proof of constitutional modernisation. Thus, the layout of the “Church and State Relations” receded from article 1 to article 3 of the Constitution given institutional priority to the provisions (articles 1 and 2) related to the forms of government by the constitutional legislator.

In this context, it has been repeatedly proposed the necessary abolishment or at least the fundamental amendment of the regulation of article 3 of the Constitution regarding “a prevailing religion”. However, I do not consent with the notion that article 3 of the Constitution recognises the Orthodox Church as the State’s official religion or that it can be considered a mitigation of the right of freedom of religion.¹⁷ To be more precise, the

¹⁵ G. Androutsopoulos, “The provisions on religion in the “Provisional Constitution” of Epidaurus (1822) and the Constitution in force (1975): continuities and discontinuities”, in: *The liberal institutions of the Greek War of Independence*, Athens 2019, 261–283 (in Greek).

¹⁶ For the context of the term, see K. Kyriazopoulos, “The “Prevailing Religion” in Greece: Its Meaning and Implications”, *Journal of Church and State* 43/2001, 511–538.

¹⁷ See about the impact of the term “prevailing religion” on the right to education in Greece, G. Tsaousis, “Prevailing Religion as a Factor in Enhancing the Right to Education: The Example of Educational Policy in Greece”, *Religions* 7/2023, 837.

Orthodox Church is encompassed *via* an institutional insurance as the most populated collective body of the right of freedom of religion by article 3 of the Constitution, without introducing any direct or indirect restrictions on another person's freedom of religion. Both the term “*prevailing*” religion and the invocation to the Holy Trinity consist “*an expression of tradition and historic presence of the Greek Constitution*” and they are reflected as such in the Constitution.

So, in light of a constitutional revision, two alternative interventions could be discussed; either we place under the article 3 an interpretative declaration, according to which the term “*prevailing*” religion does not restrict the members of other religions, except from the prevailing one, from the freedom of religion or the term is integrated directly into article 13 about the freedom of religion. Hence, pursuing a practical harmonisation of articles 3 and 13 of the constitution will not be needed, since the term “*prevailing*” religion would be a constitutive element of the latter.

2.2. *The constitutional recognition of holy canons*

Hellenic case law and legal theory have dealt repeatedly and already since the early 19th century within the scope granted by the Constitution to the holy canons.¹⁸ The stereotypical context of art. 3 para. 1 of the Constitution, according to which the Orthodox Church of Greece is inseparably united in doctrine with the Ecumenical Patriarchate and any other Church of the same doctrine is considered to leave unanswered the question if the unwavering observance of the holy canons refers and consequently is limited only to the “*doctrinal unity*”, in other words if the Constitution safeguards all the holy canons irrespective of their particular content.

For the resolution of the above-mentioned issue have been expressed three mainly opinions:¹⁹

a. According to the first one, all the holy canons are being safeguarded by the Constitution without exception, either they refer to the doctrine or the administration of the Church, on the condition they are not contrary to the Constitution:

b. The second opinion limits constitutional protection only to the doctrinal canons -those that deal with the doctrine of the Church and do not

¹⁸ C. Papageorgiou (2012), 74 etc.

¹⁹ See in detail I. Konidaris, G. Androutsopoulos, “Article 3 of Constitution”, in: *Constitution – Commentar* (eds. Philippos Spyropoulos *et al.*), Athina – Thessaloniki 2017, 35 etc. (in Greek).

merely concern administration. The adoption of this opinion has as a condition the division of the holy canons in two categories: *doctrinal* and *administrative* canons. Nevertheless, in the framework of a realistic approach, it is absolutely true that the content of holy canons cannot be easily characterized as doctrinal or administrative. In any case, only the Orthodox Church itself (and not the State or the courts of Law) can adopt such a division, if the last can be considered acceptable.

c. The third opinion (slightly diverging from the second, but without any practically different consequences) claims that the reference of holy canons in the Constitution does not aim at their increased legislative force but has as sole purpose the doctrinal unity of Greek Orthodox Church with the Ecumenical Patriarchate and any other Church of the same doctrine.²⁰

In the context of the 1975 Constitution, the Council of State, the highest court of Cassation, has ruled that the constitutional guarantee of the holy canons, that is not extended to the administrative ones, is based on article 13 para. 1-2 of the Constitution, which refers to the right of religious freedom, applied and to the followers of the prevailing religion, safeguarding those holy canons permeating “its life as well”.²¹ Nevertheless, the most recent decisions of the Council of State²² adopt its former case law, according to which the constitutional protection of holy canons arises from the article 3 par. 1 of the Constitution and does not extend to those holy canons and sacred traditions which relate to matters of exclusively administrative nature, because these same matters are regulated according to the needs of society and under the influence of more contemporary attitudes.

It is true that an obvious condition of religious freedom and, more precisely, of the autonomy of every religious community,²³ certainly including

²⁰ See C. Papastathis, “Religious self-administration in the Hellenic Republic”, in: *Church Autonomy. A comparative Survey* (ed. Gerhard Robbers), Peter Lang, 2001, 425 etc.

²¹ Council of State decision 3178/1976, *Nomiko Vima* 1979, 291 etc.

²² Council of State decision 3003/2014, *Nomokanonika* 1/2015, 120 etc.; Council of State decision 2837/2015, *Nomokanonika* 1/2017, 83 etc. See also I. Konidaris, *The debate between legality and regulation and the establishment of integration*, Athens–Thessaloniki 2022, 219, 269 etc. (in Greek).

²³ For the right of religious autonomy, see for example the following decision of the European Court of Human Rights: *Hassan & Chaush v. Bulgaria.*, Application no.30985/96, 26. 10. 2000, para. 62; *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, Application no. 45701/99, 27. 3. 2001; *Case of Supreme holy council of the Muslim Community v. Bulgaria*, Application no. 39023/97, 16. 12. 2004, para. 73, *Nomokanonika* 2/2006, 113 etc.; *Case of Sindicatul “Păstorul Cel Bun” v. Romania*, Application no. 2330/09, 9. 7. 2013, para. 136–138. In addition, recently see D. V. Thomson, K. Toney, “Sacred Spheres: Religious Autonomy as An International Human Right”, *Catholic University Law Review* 1/2023, 151–192.

that of Orthodox Christians, is the guarantee and respect for the authority and validity of its internal law, its “canons”. It is also in this light that the issue of the constitutional safeguarding of the holy canons of the Orthodox Church of Greece must be dealt with. In my point of view, according to the article 13 par. 1 of the Constitution, all the holy canons of the Orthodox Church are safeguarded, whether they relate to doctrine or administration, provided, however, that they have not fallen into disuse and under the obvious, of course, restrictions, that they do not violate public order and morals and the constitutional laws of the State.

2.3. The legal nature of the Statutory Charter of Greek Orthodox Church

It is a fact that the method of adoption of the Statutory Charter of the Church of Greece was addressed by the Parliament during the voting of the current Constitution. To be more precise Evangelos Papanoutsos supported that the Statutory Charter will be drawn up by the Holy Synod of the Greek Orthodox Church, which “has a long democratic tradition and is able to discuss and decide on its relevant matters”²⁴ without the intervention of the State and the approval of the Parliament. The belief of Papanoutsos was shared by Stelios Papathemelis, who recommended alternatively that it should be determined that the Statutory Charter is voted by the Parliament after coming into agreement with the Church.²⁵ However, the then Minister of Education Panagiotis Zepos expressed the opinion that the ratification of the Statutory Charter by the State is necessary, because “this way major significance is attributed by the State to the related to the Church matters” while he had previously refuted Papathemelis’s opinion about the agreement of the Church, under the notion that a similar regulation causes the complete Church-State separation.²⁶

In any case, the Statutory Charter of Church does not necessarily have to be a law of the State, and that despite the constitutional regulation of article 72 which provides as codices the laws voted by the General Assembly Parliament. The issues of article 3 of the Constitution are included among them. Besides, the article 72 of the Constitution refers to the article 3 in general and not specifically to paragraph 1. Therefore, it can be supported that it refers to other subjects covered for example in paragraph 3 of the article 3 of the Constitution. However, in the case that the Statutory

²⁴ See the minutes of the parliamentary discussions on the 1975 Constitution, Athens 1975, 408.

²⁵ *Ibid.*, 412.

²⁶ *Ibid.*, 412, 419.

Charter is a law of the State, which would consist a major interference to the Church internal affairs on behalf of the State, its discussion in the plenary sessions is mandatory, according to article 72 of the Constitution. Thus, in the context of a liberal interpretation of the relevant constitutional provisions (articles 3 and 72) the supported opinion that the Statutory Map may not be a law of the state but a decision of the Church itself, under the model of a Regulation concerning its internal matters can find a stable ground.

2.4. *The Autocephalus Orthodox Church of Greece*

It is a known fact that the opening act of the Greek Church was the Patriarchal and Synodical Tome of 1850 declaring *ex nunc* and after many adventures the Greek Church as autocephalous. Moreover, the Greek Orthodox Church is composed of the Dioceses of the “New Territories” according to the Patriarchal and Synodal Act of 4 September 1928.

However, the declaration of the autocephaly was not unconditional, but under the foremost term that the newly formed Church would be managed “freely and unhindered by any secular interferences under the holy and sacred canons”. This means that the Patriarchate looked forward to a free, independent by the State Church which would regulate itself under its own terms, of course in the context of Constitution directing the situation towards a clear distinction between the Church and the State. However, the leading Church did not pursue and certainly not manage to enforce to remain free of interferences by the state. With the Laws 200 and 201/1852 the Greek State restored a system of a purely law-making state,²⁷ while the Greek Church gave its consent for its own reasons. The “transaction” between the two institutions which started then, has continued to this day.

Besides the aforementioned status of the Greek Orthodox Church, the Greek Constitution as well as the Statutory Charter of the Church of Greece contain identical provisions to the effect that the ecclesiastical regime existing in certain districts of the State shall not be deemed contrary to the provisions of the two Constitutions.²⁸ This refers to the ecclesiastical regimes of Crete, the Holy Mountain of Athos²⁹ and the Dodecanese,³⁰

²⁷ Recently see D. Nikolakakis, *The Tome 1850 and its weakening by the Laws 200 and 201/1852*, Athens–Thessaloniki 2022 (in Greek).

²⁸ See J. Konidaris (2003), 230.

²⁹ See a critical description of the Mount Athos status by I. Konidaris, *The status of Mount Athos*, Holy Monastery of Simonopetra, Mount Athos 2019.

³⁰ The ecclesiastical status of Dodecanese is now regulated by the Law 4957/2022. See recently G. Androutsopoulos, A. Kontis, “The Statutory Charter of the ecclesiastical regime of Dodecanese (art. 317-352 Law 4957/2022)”, *Nomokanonika* 2/2022, 69 etc. (in Greek).

which are of the same orthodox direction, but do not belong to the Orthodox Church of Greece.

3. The 1987 committee's proposal for Church and State relations

The redefinition of the Church-State relations was the subject of the processes of a committee formed in 1987 with the participation of representatives both from the Church and the State³¹ which included a twofold of actions: first, a programme "Agreement of Church and State" and secondly, a brief Statutory Stature, which lays the framework for the administrative self-organisation of the Greek Church. The new element provided by the resulting formalities of the Committee is, in fact, the "Agreement of Church and State", according to which the new framework of their relations is being built.

However, the usefulness and the value of the latter have been questioned both for the range of its binding force and the size of its practical importance. More precisely, on the one hand, it is pointed out the abstention of the Ecumenical Patriarchate from the preparation of the Agreement, even though the Greek Church is responsible for the administration of the metropolitan cities of the "New Territories", which technically belong to the Ecumenical Patriarchate. On the other hand, the established, primarily economic, dependence of the Greek Church on the State results to the Agreement finally having "*probably the status of a declaration rather than of a contract between two equal parties*". Nevertheless, despite the innovation of the "State and Church Agreement", the Committee, according to its assessments, concluded on a proposal, which essentially maintained the subjects in the traditional context of the "law imposing state". In the end, it merely ended up to a new Statutory Charter with an obvious condensed content that is nothing more of a semi-summary of the current Law 590/1977.

However, it is undeniable, that even though the Committee was probably formed to achieve the relief of the cotemporary degraded situation and for this reason there was no follow-up to its proposals, it formed a mutually acceptable new context of Church and State relations, which hoped to lead to an active and free Church via its partial autonomy by the state.

³¹ For the proceedings of the committee, see *ad hoc* G. Androutsopoulos, "The typology of Church – State relations in the Greek territory: from the conclusion of Stamati's committee to the proposal of Professor Ioannis Konidaris", in: *Antipelargisis, Honorary Volume to I. M. Konidaris*, Athens–Thessaloniki 2018, 43 etc. (in Greek).

4. The latest (2019) revolutionary proposal of the Constitution

The procedures of the 4th revision of the Constitution of 1975 began approximately four years ago.³² The arrangement of Church-state relations could not have been absent from the relevant discourse.

First and foremost, I would like to provide the context of this relationship. Therefore, I consider the following representation particularly interesting. According to this, *“ever since the establishment of the Modern Greek state, the Church-state relationship has resembled a couple’s relationship constantly on the verge of a divorce. On the one hand, the husband (the state) is content no more and demands an urgent divorce after having spent the dowry he gained; on the other hand, the wife (the Church) after having fully invested in this relationship, suddenly feels that she is losing her support. As a result, despite her initial refusal of the divorce, she appears to be willing to succumb as time passes”*³³ while putting forward her legal claims for a share of the other party’s possessions.

As it has already been successfully observed, it remains a fact that *“the constitutional revision began with high expectations, but the irrational approach of the main opposition negatively affected the integrity of the process and downgraded the range of its content”*. Therefore, a revision, which amongst others *“incorporated inexpensive proposals of constitutional verbalism”* was introduced. According to my opinion, the latter include the proposals for constitutional rationalising of the Church-state relations, the innovation of which could be pinpointed in the introduction of a provision in article 3 of the Constitution for the *“religious neutrality of the state”*, via a general and ambiguous identification.

In fact, what does religious neutrality mean? Should it be regarded as indifference on behalf of the State towards topics related to the Church, in which case no religiousness is adopted by the state in its ceremonies and the Church, as a strictly private matter, first, is deprived of any protection and, secondly, is not subjected to any particular or strict supervision (*French model*)? Or does it mean the favourable neutrality of the state towards the Church in general or significant established religious

³² See for details G. Androutsopoulos, “The experience of the recent constitutional revision regarding the Church and State relations: “Much do about nothing? ””, *To Syntagma* 1/2021, 63–67. (in Greek).

³³ See *ad hoc* G. Iatrou, “The political request for separation includes unfounded assumptions”, *Peloponnisos*, 14.04.2019, 21. (in Greek).

communities (*German and American model*)? Which state will it express? The religiously indifferent or the non-interventional? I am afraid that this “*creative ambiguity*” of the relevant provision would cause, even unwittingly, more interpretative predicaments than the rigidities possibly addressed by its introduction.

In any case, why was the aforementioned clause chosen to be methodically incorporated into article 3 of the Constitution, relevant only to the “prevailing” Orthodox Church and not, as it should, into article 13 which enshrines the religious freedom, arranges the religious effect in its entirety and therefore involves all the “known” religions in its regulations? Obviously, only the second scenario attains the evangelizing neutrality...

In any event, I retain significant reservations as far as the necessity of this clause is concerned. Greece, as a country that has ratified the European Convention on Human Rights, is obliged to adhere to “religious neutrality”,³⁴ as its content has been moulded by the European Court of Human Rights. According to the latter, religious neutrality means the “State’s abstention from the internal matters of the religious communities”. Thus, under this notion, as an existing legal obligation of the state, religious neutrality is integrated in the values of the Greek law.³⁵ Additionally, besides that, isn’t it implied that it has already been safeguarded in article 13 about Religious Freedom, in which religious neutrality is included, as a “lesser” term?

Unfortunately, the restructuring of the constitutional Church-state relations, apparently, did not manage to escape, once again, from the dreaded rule of political exploitation. Therefore, the chance was lost for at least two corrective constitution interventions, which secured at least a minimum amount of consent: the reasoning behind the addition of the interpretative declaration under article 3 and the deletion of paragraph 3 of the same article about the Bible’s translation.

³⁴ About the several different meanings of the term, see I. Leigh, “The European Court of Human Rights and religious neutrality”, in: *Religion in a Liberal State* (eds. Gavin D’Costa, et al.), Cambridge University Press, Cambridge 2013, 38–66; J. Ringelheim, “State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach”, *Oxford Journal of Law and Religion* 1/2017, 24–47; M. Hunter-Henin, “Religious Neutrality at Europe’s Highest Courts: Shifting Strategies”, *Oxford Journal of Law and Religion* 1/2022, 23–46.

³⁵ T. Papageorgiou, “The legal status and Church-State relations: data and misunderstandings”, *Nomokanonika* 2/2017, 29, 62 etc. (in Greek).

5. Conclusion

It is a common ground that the article 3 of the Constitution of 1975 consists one of the many constitutional provisions which regulate the relations between the State and the Orthodox Church. In fact, it has been stated that it is not “the most crucial regulatory and interpretative provision but a regulatory supplementary one”.³⁶ And this under the notion that the status of Church and State relations will continue to remain constitutionally regulated with the article 13 of the Constitution as a basis, even if theoretically the article 3 is abolished.

However, the redefinition of the relations must be done in a way that neither harms the indestructible bonds between the Orthodoxy and the Greek Nation nor leads to the economic impoverishment of the Greek Church, the prevention of which presupposes the definitive settlement of the controversial issue of the church property.

Цорц Андруцопулос

Ванредни професор Црквеног права, Правни факултет Универзитета у Атини

ОДНОСИ ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ И ДРЖАВЕ П РЕМА УСТАВУ ГРЧКЕ ИЗ 1975. ГОДИНЕ

Сажетак

Овај чланак има за циљ да представи анализу статуса односа православне цркве и државе према грчком уставу из 1975. године. С обзиром да није недвосмислено јасно који је тачно систем односа цркве и државе заиста на снази, испитују се следећа питања: значење „преовлађујуће“ религије, уставно позивање на свете каноне и његов значај, правна природа Статутарне повеље Грчке православне цркве и аутокефалије Грчке цркве. У истом оквиру представља се предлог одбора за односе Цркве и државе из 1987. године и најновији из 2019. године револуционарни предлог Устава у погледу типологије црквено-државних односа који није успешно окончан.

Кључне речи: односи цркве и државе, преовлађујућа религија, Свети канони, статутарна повеља, верска неутралност.

³⁶ E. Venizelos, *Church and State relations*, Thessaloniki 2000, 61.

REFERENCES

Monograph, articles

- Androutsopoulos G., “The typology of Church – State relations in the Greek territory: from the conclusion of Stamati’ s committee to the proposal of Professor Ioannis Konidaris”, in: *Antipelargisis, Honorary Volume to I. M. Konidaris*, Athens–Thessaloniki 2018, 41–74.
- Androutsopoulos G., “The provisions on religion in the “Provisional Constitution” of Epidaurus (1822) and the Constitution in force (1975): continuities and discontinuities”, in: *The liberal institutions of the Greek War of Independence*, Athens 2019, 261–283 (in Greek).
- Androutsopoulos G., “The experience of the recent constitutional revision regarding the Church and State relations: “Much do about nothing?””, *To Syntagma* 1/2021, 63–67. (in Greek).
- Androutsopoulos G., Kontis A., “The Statutory Charter of the ecclesiastical regime of Dodecanese (articles 317-352 Law 4957/2022)”, *Nomokanonika* 2/2022, (in Greek).
- Beaton R., *The Greek Revolution of 1821 and its Global Significance*, Aiora Press, Athens 2021.
- Hunter-Henin M., “Religious Neutrality at Europe’s Highest Courts: Shifting Strategies”, *Oxford Journal of Law and Religion* 1/2022, 23–46.
- Kitromilides P., Tsoukalas C. (eds.), *The Greek Revolution: A critical dictionary*, Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 2021.
- Konidaris J., “Legal status of minority churches and religious communities in Greece”, in: *The legal status of religious minorities in the countries of the European Union*, Thessaloniki – Milano 1994, 171–181.
- Konidaris J., “Staatskirche in Griechenland”, in: *Institutionen und Einzelne im Zeitalter der Informationstechnik* (eds. M.–T. Tinnefeld, L. Philipps, K. Weis), 1994, 97–100.
- Konidaris I., “The genesis of the status of the autocephaly of the Church of Greece”, in: *A new world is born. The image of Greek civilization in German science during the 19th century* (ed. E. Chrysos), N. Smyrni 1996, (in Greek).
- Konidaris I., “The legal Parameters of Church and State Relations in Greece”, in: *Greece in the twentieth century* (eds. T. Couloumbis, T. Kariotis, F. Bellou), Hellenic Foundation for European and Foreign Policy (ELIAMEP), London – Rortland 2003, 223–235.

- Konidaris I., *The status of Mount Athos, Holy Monastery of Simonopetra*, Mount Athos 2019.
- Konidaris I., *The debate between legality and regulation and the establishment of integration*, Athens–Thessaloniki 2022.
- Konidaris I., Androutsopoulos G., “Article 3 of Constitution”, in: *Constitution – Commentar* (ed. P. Spyropoulos et al.), Athina – Thessaloniki 2017, (in Greek).
- Kyriazopoulos K., “The “Prevailing Religion” in Greece: Its Meaning and Implications”, *Journal of Church and State* 43/2001, 511–538.
- Leigh I., “The European Court of Human Rights and religious neutrality”, in: *Religion in a Liberal State* (ed. G. D’ Costa, et al.), Cambridge University Press, Cambridge 2013, 38–66.
- Mazower M., *The Greek Revolution: 1821 and the Making of Modern Europe*, Penguin Press, New York 2021.
- Maurer von Ludwig, *Das griechische Volk in öffentlicher, kirchlicher und privatrechtlicher Beziehung vor und nach dem Freiheitskampf bis zum 31 Juli 1834*, Heidelberg 1835.
- Nikolakakis D., *The Tome 1850 and its weakening by the Laws 200 and 201/1852*, Athens–Thessaloniki 2022 (in Greek).
- Papadopoulou L., “State and Church in Greece”, in: *State and Church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers), Nomos, Baden–Baden 2013, 171–194.
- Papageorgiou C., *An Introduction to Hellenic Ecclesiastical Law*, Trikala – Thessaloniki 2012.
- Papageorgiou C., *Religion and Law in Greece*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2012.
- Papageorgiou T., “The legal status and Church-State relations: data and misunderstandings”, *Nomokanonika* 2/2017.
- Papastathis C., “The Hellenic Republic and the Prevailing Religion”, *BYU Law Review* 4/1996, 815–852.
- Papastathis C., “La République hellénique”, in: *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l’ Union Européenne* (eds. B. Dasdevant-Gaudemet, F. Messner) Presses Universitaires de France, Paris 1999, 207–221.
- Papastathis C., “Religious self-administration in the Hellenic Republic”, in: *Church Autonomy. A comparative Survey* (ed. Gerhard Robbers), Peter Lang, 2001.
- Ringelheim J., “State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach”, *Oxford Journal of Law and Religion* 1/2017, 24–47.

Thomson D. V., Toney K., “Sacred Spheres: Religious Autonomy as An International Human Right”, *Catholic University Law Review* 1/2023, 151–192.

Tsaousis G., “Prevailing Religion as a Factor in Enhancing the Right to Education: The Example of Educational Policy in Greece”, *Religions* 7/2023, 837–852. <https://doi.org/10.3390/rel14070837>

Tsivolas T., “The case of the “Dissolved Monasteries” in Greece. Historical facts and current developments”, *Revista de História da Arte* 5/2017, 288–293.

Venizelos E., *Church and State relations*, Thessaloniki 2002.

Other sources

Iatrou G., “The political request for separation includes unfounded assumptions”, *Peloponnisos*, 14.04.2019, 21 (in Greek).

LEGAL BASIS FOR THE FORMATION OF RELATIONS BETWEEN THE STATE AND CHURCHES AND OTHER RELIGIOUS ORGANISATIONS IN POLAND

Summary

The legal framework for relations between the state and churches, and other religious organizations in Poland is set out in the Constitution. Constitutional provisions define the scope of religious freedom in the institutional dimension and the individual dimension. These solutions constitute an impassable limit of the legislator's and bodies' activities applying the law to shape the relations between the state and religious organizations. The article aims to present the constitutional model of religious relations in Poland based on legal provisions and jurisprudence of the Constitutional Tribunal. In addition, it will be indicated how the main elements of this model function in practice, both from the perspective of the state and in relation to churches and religious associations.

Keywords: church, religious organisations, relationship Church-state, constitution, freedom of religion.

1. Introductory remarks

Religious freedom is one of the fundamental human rights and its origin stems from the inherent dignity of the human person. The essence of religious freedom is based on respect for individual beliefs, which allows people to choose their spiritual path and gives them the opportunity to express their religious identity without fear of repression or discrimination.

However, religious freedom is not only an important human right, but also an essential foundation for democratic societies. This is because it ensures respect for diversity. In a society where religious freedom is guaranteed, people with different worldviews or faiths can coexist and respect their differences, which promotes cohesion and harmony.

The guarantee of religious freedom helps to prevent potential conflicts caused by differences in beliefs. Restrictions in this sphere can lead to social tensions and confrontations that compromise the stability of society.

* Associate Professor at Department of Constitutional Law, Faculty of Law and Administration of the Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw, a.syryt@uksw.edu.pl

Religious freedom is linked to cultural freedom. In this context, it enables individuals and ethnic groups to express their cultural identity, which is often closely linked to faith and religious traditions.¹

Religious freedom has an individual dimension, but also an institutional one. The latter concerns the possibility of realising religious freedom in a community framed in the form of a religious organisations. It is a form of association and, in this view, the state should secure its right to operate and manage its affairs freely. The state should not interfere in the internal affairs of these organisations, as long as they do not violate the law and the principles of social co-existence. Indeed, people should have the right to belong to religious groups of their own choice and to freely profess their faith within religious associations.

In order to guarantee individual and institutional religious freedom, it is important to create a legal framework for the relationship between the state and religious organisations. This promotes the principle of equality. This is because religious organisations have a different nature and structure, a variety of needs and interests, and regulating such associations in the state ensures that all religions are treated fairly and equally.

The creation of a legal framework for religious relations also makes it possible to define the rules of interaction in various spheres of life, including those concerning the implementation of public tasks (e.g. health care, education, social care). It also allows certain acts of importance to believers performed within a religious association to have effects in secular law (e.g. marriage).

With the above in mind, it should be borne in mind that the way in which the legal relationship between the state and a religious organisations is regulated may vary depending on the culture, traditions and political system of the country concerned. Therefore, when deciding on legislative action, it is important to be prudent and balance the values that should be pursued. Indeed, there is no single optimal model for regulating religious issues in the state. The legislator must consider the different contexts appropriate to the state in which the solutions are to operate. At the same time, it should also take into account international standards related to the realisation of freedom of conscience and religion.

Without doubt, the relationship between the state and religious organisations is an important aspect of social and political life. In Poland,

¹ See more A. Syryt, „Standards of religious freedom in the jurisprudence of the Polish Constitutional Tribunal”, in: *Wymiary Wolności Religijnej We Współczesnej Europie/ Dimensions Of Religious Freedom In Contemporary Europe* (ed. Piotr Szymaniec), Wałbrzych 2017, 222–236.

the shaping of these relations has its roots in the country's centuries-long history and is now based on constitutional principles and statutory provisions and, in the case of the Catholic Church, also on an international agreement (concordat).

The purpose of this study is to present the principles and legal framework on which the mutual relationship of the Polish state with churches and other religious organisations is based,² as well as to explain how the constitutionally designated model of this relationship functions in practice. The findings in this regard will be based on an analysis of normative acts, a review of the jurisprudence of the Constitutional Tribunal (CT) and the literature on constitutional, confessional and administrative law.

2. Constitutional foundations of the relationship between the state and religious organisations in Poland

The issue of how to shape the relationship between the state and churches and other religious organisations in Poland was one of the major issues discussed during the work on the current Constitution of the Republic of Poland.³ The drafts submitted did not omit the issue in question, thus implementing the premise that the law should not be completely devoid of a religious context.⁴ Proposals for the establishment of a secular state, and therefore separate from churches and other religious organisations, predominated in the submitted drafts of the Constitution RP. Particular attention was paid to shaping the relationship between the state and the Catholic

² The Polish legislator distinguishes the concept of „churches” and other „religious organisations”. Both of these categories belong to religious organisations, but the name „church” classically refers to religious organisations based on Christian doctrine. However, it should be emphasized that the given division is relativised in the face of attempts to legalise such entities as, for example, the Church of the Flying Spaghetti Monster, which comes from atheistic currents (see more P. Cetnarowski, *Latający Potwór Spaghetti nie jest wspólnotą religijną? Sądy umorzyły postępowanie rejestrowe* <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1433799,lps-pastafarianie-postepowanie-rejestrowe-kosciol-inne-zwiazku-wyznaniowe.html>, 20. 06. 2023). The Supreme Administrative Court dismissed the cassation appeal of the representatives of the Church of the Flying Spaghetti Monster, thus ending the six-year-long battle of the followers of the Flying Spaghetti Monster (LPS) at the national level for entry into the register of churches and other religious associations. The decision was justified by the fact that the applicants did not form a religious community referred to in Art. 2, para. 1 of the Act of 17 May 1989 on Guarantees of Freedom of Conscience and Religion, and the LPS Church was not established to profess and spread religious faith, but only parodies it.

³ Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 (*Journal of Laws* no. 78, item 483, as amended; Constitution RP).

⁴ A. Mezglewski, P. Stanisław, H. Misztal, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2011, 75.

Church, which is the largest religious community in Poland and which has influenced the formation of the state's identity since the beginning of the state.

The current model of religious relations in Poland is set out in the Polish Constitution. It follows directly from Article 25 of the Constitution RP, which indicates the guiding principles of institutional denominational law, and with Article 53 of the Constitution RP governing the guarantees of individual religious freedom. The first provision is included in Chapter I of the Constitution RP, „The Republic”, which covers the principles of the political, social and economic system of the state. Article 53 of the Constitution RP is found in Chapter II on freedoms, rights, duties of man and citizen.

The inclusion of assumptions regarding the role of churches and other religious organisations in the Constitution RP makes this issue an element of constitutional regulations concerning civil society,⁵ especially when one takes into account the place of the given regulations in the systematization of the Constitution RP.

In Article 25 of the Constitution RP, the legislator listed five principles that set the framework for the relationship between the state and religious associations. Although they define religious relations in quite some detail, they do not explicitly refer to any of the systems of state relations with religious associations distinguished in the science of religious law. However, a reading of the constitutional regulation allows one to conclude that the Polish solutions are closest to the model of separation in the version of coordinated (friendly) separation.⁶

Under Article 25 of the Constitution RP derive the following principles for the formation of institutional relations between the political community and religious communities: 1) the principle of equal rights of churches and other religious organisations;⁷ 2) the principle of worldview impartiality of public authority combined with the freedom of expression of beliefs (worldview) in public life;⁸ 3) the principle of respect for the autonomy and mutual independence of the State and of churches and other religious organisations each in its own sphere;⁹ 4) the principle of cooperation

⁵ A. Tabak, „Fundamentalne zasady instytucjonalnych relacji państwa z kościołami i innymi związkami wyznaniowymi w świetle art. 25 Konstytucji RP z 1997 r.”, *Annales Universitatis Mariae Curie – Skłodowska* 2/2018, 266.

⁶ J. Krukowski, *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2014, 76; M. Pietrzak, „Stosunki państwo – kościół w nowej Konstytucji”, *Państwo i Prawo* 11–12/1997, 179.

⁷ Art. 25, para. 1 of the Constitution RP.

⁸ Art. 25, para. 2 of the Constitution RP.

⁹ Art. 25, para. 3 *in initio* of the Constitution RP.

for the good of man and the common good¹⁰ and 5) the principle of bilaterality¹¹ (consensual regulation of relations between the state and religious organisations).¹²

In addition to the above-mentioned provisions, attention should be drawn to other constitutional links which, taken together, provide a picture of the significance of churches and other religious associations in Poland.

These are in particular, the already mentioned Article 53 of the Constitution containing guarantees of freedom of conscience and religion.¹³ The importance of the indicated regulations in the context of the formation of religious relations in Poland lies in the fact that the essence of the existence of any religious or confessional associations is the organisation of the religious life of the followers. Belonging to a religious organisation, i.e. a legal entity whose legal status is constitutionally determined, is an additional guarantee for the exercise of religious freedom within a religious community, which remains, among other things, autonomous and independent in its structure, doctrine and teaching from the public authorities and gains other (its own) guarantees allowing for the realisation of religious freedom.

Important from the point of view of religious relations are the norms arising from Article 53 (4) of the Constitution RP, ensuring the presence of religious instruction as a subject of instruction in a public school. As confirmed by the Constitutional Tribunal, religious education is a consequence

¹⁰ Art. 25, para. 3 *in fine* of the Constitution RP.

¹¹ Art. 25, para. 4 and 5 of the Constitution RP.

¹² M. Olszówka, „Komentarz do art. 25 Konstytucji RP”, in: *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 1-86* (eds. Marek Safjan, Leszek Bosek), Warszawa 2016, 650.

¹³ According to Article 53, „1. Freedom of conscience and religion shall be ensured to everyone, 2. Freedom of religion shall include the freedom to profess or to accept a religion by personal choice as well as to manifest such religion, either individually or collectively, publicly or privately, by worshipping, praying, participating in ceremonies, performing of rites or teaching. Freedom of religion shall also include possession of sanctuaries and other places of worship for the satisfaction of the needs of believers as well as the right of individuals, wherever they may be, to benefit from religious services, 3. Parents shall have the right to ensure their children a moral and religious upbringing and teaching in accordance with their convictions. The provisions of Article 48, para. 1 shall apply as appropriate, 4. The religion of a church or other legally recognized religious organization may be taught in schools, but other peoples' freedom of religion and conscience shall not be infringed thereby, 5. The freedom to publicly express religion may be limited only by means of statute and only where this is necessary for the defence of State security, public order, health, morals or the freedoms and rights of others, 6. No one shall be compelled to participate or not participate in religious practices, 7. No one may be compelled by organs of public authority to disclose his philosophy of life, religious convictions or belief”.

of the freedom of conscience and religion¹⁴ and the realisation of the parents' right to bring up their children according to their own convictions. In view of this, it should be exercised by the religious associations that are best placed to impart knowledge about the religion in question and to educate in accordance with the values represented by the particular faith community to which the parents and pupils belong.¹⁵ Article 53 (4) of the Constitution RP excludes from the circle of entities entitled to provide religious instruction religious associations functioning only in the sociological sense, i.e. not being subjects of law, or operating in other legal forms.

The importance of the religious organisations in Poland and their role in the life of the state is also indicated by the constitutional powers granted to these entities by the legislator. In particular, it is the right to submit applications to the Constitutional Tribunal under Article 191 (1) p. 5 of the Constitution RP. Indeed, churches and other religious organisations may initiate proceedings before the CT for the hierarchical review of the conformity of norms within the limits set out in Article 188 of the Constitution RP. However, the constitutional applications of these entities may only relate to matters within their scope of action, as indicated by Art. 191 (2) of the Constitution RP.¹⁶ Thus, the object of control of a religious association initiating proceedings for hierarchical control of legal compliance may be such normative acts (or fragments thereof) subject to the cognisance of the CT, the content of which concerns matters covered by the scope of activity of the given organisations.¹⁷ Importantly, the scope of churches and other religious associations is not explicitly defined in the Constitution RP. However, the scope can be reconstructed based on Article 25 and 53 of the Constitution. These will therefore include, in particular, the question of religion and religious worship, the practice and observance of religious rites and religious teaching.

The right to initiate proceedings before the CT may apply to those normative acts that relate to the status of the church, its internal organisation and relations with other churches or the state, the situation of believers

¹⁴ The ruling of the CT of 30 January 1991, K 11/90, OTK ZU no. 1/A/1991, item 2 and the judgment of the CT of 2 December 2009, U 10/07, OTK ZU no. 11/A/2009, item 163.

¹⁵ See judgments of the CT of 5 May 1998, K 35/97, OTK no. 3/1998, item 32 and 14 December 2009, K 55/07, OTK ZU No. 11/A/2009, item 16.

¹⁶ See judgment of the CT of 2 April 2003, K 13/02, OTK ZU no. 4/A/2003, item 28, issued at the request of the Polish Autocephalous Orthodox Church regarding the constitutionality of certain provisions of the Act on the relationship of the State to the Polish Autocephalous Orthodox Church.

¹⁷ See e.g. judgment of the CT of 10 December 2014, K 52/13, OTK ZU no. 11/A/2014, item 118.

in the field of religion and worship, including places of its exercise, teaching. However, these do not have to be explicitly normative acts regulating religious matters.¹⁸ By contrast, matters falling within the scope of religious associations, within the meaning of Article 191 (2), other issues related to the regulation of the legal situation of individuals (e.g. property, protection of life), which naturally remain within the sphere of interest of the churches (i.e. comprise their doctrine, doctrine), but do not define their sphere of action as defined by legal norms.

The legislator does not define the legal status of churches and other religious associations that have the application capacity of Article 191 (1) p. 5 of the Constitution RP. In view of this, it should be considered that they are both entities acting on the basis of separate normative acts referred to in Article 25(4) and (5) of the Constitution RP, as well as organisations entered in the relevant public register.¹⁹ There is no standing for private entities recognising themselves as a „church” or „religious organisation” in their own right. Such an approach is justified on the grounds that adopting a broad understanding of the above-mentioned concepts would lead to a situation in which the inference capacity would depend not on objective criteria derived from the law, but on the subjective assertion of the entities recognising themselves as a religious organisation.²⁰ In this context, it is furthermore important to bear in mind the assumptions of a rational legislator who should use the same concepts in the same sense within a single normative act.

It follows from the jurisprudence of the Constitutional Tribunal that it is necessary for a decision to be made correctly by an authority entitled to make declarations of will and represent a given church or religious association. The authority and procedure for deciding whether to apply to the CT is reconstructed on the basis of generally applicable law and the internal statutory provisions of the organisation concerned.²¹

In addition to the possibility of submitting applications to the CT, religious organisations may submit a constitutional complaint to the Constitutional Tribunal pursuant to Article 79 (1) of the Constitution RP. In practice,

¹⁸ See judgment of the CT of 10 December 2014, K 52/13, OTK ZU no. 11/A/2014, item 118, in which the applicant was the Union of Jewish Religious Communities in the Republic of Poland, and the subject of the control was the provisions regarding ritual slaughter of the Act of 21 August 1997 on the protection of animals.

¹⁹ Z. Czeszejko-Sochacki, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym*, Warszawa 2003, 213.

²⁰ A. Mączyński, J. Podkowik, „Jan Komentarz do art. 191 Konstytucji RP”, In: *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243* (eds. Marek Safjan, Leszek Bosek), Warszawa 2016, 1243.

²¹ Decision of the CT of 5 October 2005, Tw 37/05, OTK ZU no. 1/B/2006, item 6.

they use this power to challenge legal norms that violate their constitutional freedoms and rights, which constituted a final decision in their case.²²

To complement the constitutional framework indicated above, it is worth mentioning Article 35 of the Constitution, which guarantees the rights of national and ethnic minorities lists, including the right to establish institutions for the protection of religious identity. These institutions may be independent, i.e. not affiliated to any particular religious organisations, appear as a separate church or other religious organisations within the meaning of Article 25 (1) of the Constitution RP not necessarily linked organisationally and doctrinally to religious associations operating in other countries, or take a different legal form. It is also permissible for an institution for the protection of the religious identity of a minority to operate within or in cooperation with an already existing religious organisations in Poland, but this may only be established as a result of an autonomous and independent decision of the religious association concerned, pursuant to Article 25 (3) of the Constitution RP.

Article 35 of the Constitution is an additional guarantee for the creation of various entities directed to the protection of the religious identity of minorities, including separate religious organisations, but does not create claims against existing religious communities.²³

3. Constitutional principles for building religious relations in the light of Article 25 of the Constitution RP

In Poland, the most relevant principles are those set out in Article 25 of the Constitution. They also set the framework for sub-constitutional legislation and thus become the standard and point of reference for the compliance of regulating the relations between the state and religious organisations with the Constitution RP. The basic tenets of these principles will be outlined below.

3.1. Principle of equal rights of religious organisations

Article 25 (1) of the Constitution states that „Churches and other religious organisations shall have equal rights”. The churches referred to in this provision are also religious organisations.²⁴ The distinction indicated

²² See judgment of the CT of 8 November 2005, SK 25/02, OTK ZU no. 10/A/2005, item 112, initiated by a constitutional complaint of the Gdańsk District of the Baptist Christian Church in the Republic of Poland.

²³ P. Czarny, „Komentarz do art. 35 Konstytucji RP”, in: *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 1–86* (eds. Marek Safjan, Leszek Bosek), Warszawa 2016, 900–901.

²⁴ T. Zieliński, „Pojęcie religii, wyznania, związku wyznaniowego i kościoła w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”, *Prawo i Religia* 1/2007, 29–53.

has no legal consequences. Only in relation to the Catholic Church do the constitutional provisions provide for the conclusion of a concordat. However, this is not an expression of the privileging of this Church, but only as a consequence of the unique position of the Holy See under international law.²⁵

In legal doctrine, the approach to the concept of equal rights of religious organisations is not uniform. In particular, however, it is emphasised that the mentioned in Article 25 (1) of the Constitution details the general principle of equality before the law under Article 32 of the Constitution, according to which equality is a subjective human right in a democratic state under the rule of law. Entities that are similar and therefore have a common essential feature should be treated equally by public authorities in the process of making and applying the law. However, the CT emphasised that and that „the principle of equal rights of churches and religious organisations does not presuppose identical treatment of all religious organisations”.²⁶

With regard to religious organisations, the principle of equal rights is addressed to religious organisations in Poland. The given regulation clearly indicates the rejection of the confessional state model by the legislator. Indeed, none of the religious associations are privileged.

In explaining the concept of equality, it is assumed that it refers to equal rights and equal opportunities to act, as well as legally protected freedoms. The literature also points out that Article 25 (1) of the Constitution implies neither distributive nor parity equality, but equality of entitlements, which is expressed in the phrase ‘as is one, so is the other’. That is, the legal arrangements for religious associations should abstract from any differences that exist within this class of entities.²⁷

²⁵ A. Mezglewski, P. Stanisław, H. Misztal, 4.

²⁶ The judgment of the CT of 8 June 2011, K 3/09, OTK ZU No. 5/A/2005, item 39.

²⁷ S. Bożyk, „Konstytucyjna zasada równouprawnienia kościołów i innych związków wyznaniowych”, in: *Zasada równości w prawie. Konferencja naukowa Rzeszów, 16 października 2003 r.* (eds. Halina Zięba-Załużka, M. Kijowski), Rzeszów 2004, 93–100; D. Dudek, „Równouprawnienie Kościołów i związków wyznaniowych na tle konstytucyjnych zasad prawa wyznaniowego”, in: *Prawo wyznaniowe w systemie prawa polskiego. Materiały I Ogólnopolskiego Sympozjum Prawa Wyznaniowego (Kazimierz Dolny, 14-16 stycznia 2003)* (ed. Artur Mezglewski), Lublin 2004, 199–225; P. Sobczyk, „Konstytucyjna zasada równouprawnienia Kościołów i innych związków wyznaniowych”, in: *Problemy państwa i prawa* (ed. Feliks Prusak), Warszawa 2004, 21–35; M. Sitarz, „Zasada równouprawnienia kościołów i innych związków wyznaniowych”, *Kościół i Prawo* 1/2015, 141–168; J. Krukowski, „Konstytucyjny model stosunków między Państwem a Kościołem w III Rzeczypospolitej”, in: *Prawo wyznaniowe w systemie prawa polskiego. Materiały I Ogólnopolskiego Sympozjum Prawa Wyznaniowego* (ed. Artur Mezglewski), Lublin 2014, 88–90.

The doctrinal views on equality divide into those that emphasise the sameness of rights and obligations and those that recognise some differentiation and distinctiveness within the class of religious associations themselves and necessarily recognise the need to identify the relevant characteristics. Within the latter position, some differentiation is also discernible.

Regardless of the adopted starting point, under Article 25 (1) of the Constitution derives from the obligation to regulate the status of religious organisations in Poland. The current legislation provides for following possibilities for a religious organistaions to acquire legal personality: either by registration in the register of religious organisations kept by the minister responsible for religious denominations pursuant to Article 34 (2) in conjunction with Article 32 (3) of the Act of 17 May 1989 on Guarantees of Freedom of Conscience and Religion,²⁸ or by an act (international agreement) referred to in Article 25 (4) and (5) of the Constitution RP. In both cases, the acquisition of legal personality by confessional legal persons may either occur *ex lege* or rules for its acquisition are set out in the Act.

Obtaining registration in the register of churches and other religious organisations or any alternative form of acquiring legal personality permitted under Article 25 (1), should be seen in terms of a subjective right.²⁹ The institutionalisation of a religious community is an entitlement and not an obligation of the entity concerned. Failure to apply for registration in the competent register has certain legal consequences such as lack of legal personality, inability to participate in the financing of the clergy's social security from the Church Fund or to conduct catechesis in schools. A religious organisation may function legally as an entity of a different type (e.g. association, foundation). However, it then falls under a different legal regime from that of Article 25 of the Constitution RP.

Equal rights of religious organisations was the subject of the statement of the Constitutional Tribunal, which sets certain standards, including those related to constitutional principles. In the CT's view, the equal rights of religious organisations is an affirmation of the general principle of equality of all people. Therefore, all religious organisations sharing a common essential characteristic should be treated equally. At the same time, this principle implies a different treatment of religious organistaions that do not share a common characteristic relevant to the regulation in question.³⁰

The Tribunal in its judgment, ref. no. U 10/07, pointed out that the axiological basis of institutional equality is the identical individual dignity

²⁸ Journal of Laws of 2023, item 265.

²⁹ M. Olszówka, (2016), 660.

³⁰ See judgment of the CT of 2 April 2003, K 13/02, OTK ZU no. 4/A/2003, item 28.

of adherents of all religions in a democratic pluralistic society, which is the basic premise for the equal constitutional protection of the rights of adherents of different religions under religious freedom. The institutional equality of religious organisations is a consequence of this.³¹ While in principle the CT equates equal rights with equality, it recognises that „the terminological distinction introduced in Article 25 of the Constitution emphasises the fact that the differentiation of churches and religious organisations is inevitable”.³² Furthermore, the Tribunal explained that the different regulation of certain matters of individual religious organisations is justified by the significant differences in historical circumstances, the number, structure and activities of individual confessional entities, as well as the different factual situation of individual religious organisations.³³

Furthermore, it should be noted that the legislator assumes the individualisation of religious laws (Article 25 (4) and (5) of the Constitution RP).³⁴ The indicated circumstance may be an additional justification for the differentiation of religious organisations under Constitution.³⁵

It seems, therefore, that the legislator did not use the concept of equal rights of religious organisations in the Constitution RP by accident. Given their specificity and the difficulty of identifying – in addition to the purpose of the existence and realisation of religious freedom – specific relevant features, he did not want the equality measures of Article 32 of the Constitution directly delimited the position of these entities, without taking into account their specificity as defined in Chapter I of the Constitution RP.

3.2. Principle of the impartiality of public authority

Art. 25 (2) of the Constitution stipulates that „Public authorities in the Republic of Poland shall be impartial in matters of religious, philosophical and ideological beliefs, ensuring the freedom of their expression in public life”. The legislator points to the impartiality of public authorities, a concept that should be understood broadly, as entities performing

³¹ The Judgment of the CT of 2 December 2009, U 10/07, OTK ZU no. 11/A/2009, item 163.

³² The Judgment of the CT of 14 December 2009, K 55/07, OTK ZU no. 11/A/2009, item 167.

³³ See e.g. in the matter of property matters of religious organisations, judgments of the CT of 2 April 2003, K 13/02, OTK ZU no. 4/A/2003, item 28 and 8 June 2011, K 3/09, OTK ZU No. 5/A/2005, item 39.

³⁴ The Judgment of the CT of 14 December 2009, K 55/07, OTK ZU no. 11/A/2009, item 167.

³⁵ See judgment of the CT of 8 June 2011, K 3/09, OTK ZU no. 5/A/2005, item 39.

public tasks. The Constitution RP does not use the phrase „worldview neutrality”.³⁶

The literature indicates that the framers of the Constitution deliberately used the term „impartiality” instead of „neutrality”, as the latter was associated with the complete elimination of religious elements from public life.³⁷ Impartiality, on the other hand, meant an objectified attitude, free of prejudice, assuming equal reference to all beliefs, respecting the values underlying the Polish legal system. It does not cut itself off from the value system, but at the same time bans the promotion of only one belief.

It was also explained that with the impartiality formula it is possible to create a guarantee of religious freedom on an individual and universal basis.³⁸

The CT pointed out that the principle of worldview impartiality under the Constitution RP consists, in particular, of ensuring that everyone enjoys all the rights arising from religious freedom, as well as ensuring that religious organisations possess temples and other places of worship, and prohibiting interference with the existing *status quo* in the religious structure of society.³⁹ According to the CT, there is a difference between neutrality and impartiality. This second perspective is more sympathetic to religion. It allows for a positive state commitment to ensure the widest possible freedom of conscience and religion for all in a democratic and pluralistic society.⁴⁰ In the opinion of the CT, the principle of impartiality coincides to a large extent with the principle of equal rights. Therefore, if a provision concerning the material conditions for the activities of religious communities does not violate the principle of their equality, there are no grounds for concluding that it goes beyond the regulatory freedom set by the principle of impartiality under consideration.⁴¹

Article 25 (2) of the Constitution, the Tribunal also derives the prohibition of the establishment of a religion or state church,⁴² although this conclusion, too, must be derived from the totality of constitutional religious regulations, in particular from the principle of equal rights.

³⁶ P. Borecki, „Państwo neutralne światopoglądowo – ujęcie komparatystyczne”, *Studia z Prawa Wyznaniowego* 9/2006, 75–99.

³⁷ J. Krukowski (2014b), 90–92.

³⁸ W. Brzozowski, *Bezstronność światopoglądowa władz publicznych w Konstytucji RP*, Warszawa 2011, 22.

³⁹ The Judgment of the CT of 2 December 2009, U 10/07, OTK ZU no. 11/A/2009, item 163.

⁴⁰ The Judgment of the CT of 14 December 2009, K 55/07, OTK ZU no 11/A/2009, item 167.

⁴¹ The Judgment of the CT of 8 June 2011, K 3/09, OTK ZU no 5/A/2005, item 39.

⁴² The Judgment of CT of 2 December 2009, U 10/07, OTK ZU no 11/A/2009, item 163.

*3.3. The principle of respect for the autonomy
and mutual independence of the state
and of religious organisations each in its own area*

Art. 25 (3) of the Constitution RP stipulates that „Relations between the State and churches and other religious organisations shall be shaped on the principles of respect for their autonomy and mutual independence of each in its own sphere, as well as cooperation for the good of man and the common good”. This provision indicates the principle of separation of religious organisations from the state.⁴³ This is evidenced by the attention paid by the legislator to and to the autonomy of religious organisations, and thus to their ability to create and govern themselves by their own internal law.⁴⁴ Any restriction by the state on the scope of the autonomy of religious communities, regarded as a restriction on the freedom to manifest religion, can only take place by law and correspond to the principle of proportionality.

The literature points out that Article 25 (3) of the Constitution guarantees the self-government of religious organisations in internal matters, i.e. doctrinal and organisational matters, and guarantees the non-interference of public authorities in matters of a religious nature.⁴⁵

At the same time, religious organisations have no claim to subordinate the state or public authorities in the pursuit of their objectives.

There is a view in the literature that the phrase „respecting their autonomy and mutual independence” is an indivisible expression inherent only in the normative view of the relationship between the state and religious organisations.⁴⁶ Autonomy and mutual independence express the model of friendly (coordinated) separation. It presupposes not only autonomy and independence, but also cooperation for the realisation of important universal values.⁴⁷

⁴³ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, 12; K. Bindas-Doktor, „Zasada autonomii, niezależności i współpracy między państwem, Kościołami i związkami wyznaniowymi”, in: *Zasady ustroju III Rzeczypospolitej Polskiej* (ed. Dariusz Dudek), Warszawa 2009, 264–280; R. Mojak, „Zasada autonomii i wzajemnej niezależności oraz współdziałania w stosunkach między państwem a Kościołami i innymi związkami wyznaniowymi”, in: *Polskie prawo konstytucyjne* (ed. Wiesław Skrzydło), Lublin 2008, 108–111; M. Pietrzak (1997), 183–184.

⁴⁴ P. Borecki, „Autonomia kościołów i innych związków wyznaniowych we współczesnym”, *Studia z Prawa Wyznaniowego* 15/2012, 89–90.

⁴⁵ A. Mezglewski, P. Stanisławski, H. Misztal, 75; M. Pietrzak, „Konstytucyjne podstawy prawa wyznaniowego”, in: *Konstytucyjne podstawy systemu prawa* (ed. Mirosław Wyrzykowski), Warszawa 2001, 174.

⁴⁶ M. Olszówka (2016), 670.

⁴⁷ L. Garlicki, „Komentarz do art. 25 Konstytucji RP”, in: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. T. 5*, Warszawa 2007, 19–20.

3.4. The principle of working together for the good of people and the good

By introducing the principle of autonomy and independence to define the separation of the state and religious organistaions, the legislator affirmed that these entities are to cooperate with each other for the good of man and the common good. Institutional religious entities were thus embedded in the concept of subsidiarity and civil society.⁴⁸ Corresponding to the principle of cooperation is the injunction to assist religious organisations, which should be reflected in areas such as, for example, education, culture, national heritage, care for marriage and family, charitable assistance. The principle of cooperation also confirms the friendly (coordinated) nature of the Polish model of separation.⁴⁹

Under Article 25 (3) of the Constitution RP derives not from the obligation but from the duty to cooperate, since the principle under consideration has the character of a programmatic norm. It is therefore an imperative addressed to the public authorities, indicating a goal that should be pursued as far as necessary and possible. Article 25 (3) of the Constitution does not imply a claim on the public authorities to cooperate. Any cooperation with a religious organisation will ultimately be decided by the public authority. In particular, the areas of cooperation shall be defined by law. Indeed, it should be borne in mind that according to Article 7 of the Constitution of the Republic of Poland, public authorities act on the basis and within the limits of the law, which means that they cannot presume competence in matters not regulated by law.

3.5. Principle of consensual regulation of relations between the state and religious organisations

In Article 25 (4) and (5) of the Constitution RP, the legislator included the principle of consensual regulation of relations between the state and religious organistaions.⁵⁰ It should be understood not only as relations between

⁴⁸ P. Sobczyk, „Dobro wspólne jako cel współdziałania państwa z kościołami i innymi związkami wyznaniowymi”, *Kościół i Prawo* 1/2015, 172.

⁴⁹ See judgment of the CT of 14 December 2009, K 55/07, OTK ZU no. 11/A/2009, item 167.

⁵⁰ According to Art. 25 (4), „The relations between the Republic of Poland and the Catholic Church are defined by an international agreement concluded with the Holy See and by statutes”. Article 25 (5) states that „Relations between the Republic of Poland and other churches and religious organisations are defined by laws adopted on the basis of agreements concluded by the Council of Ministers with their respective representatives”.

state bodies and religious organisations bodies, but also as the totality of the legal situation of religious organisations.⁵¹

The legislator, established two modes of bilateral normalisation of relations with religious associations. The first concerns the Catholic Church and is concordat-statutory in nature and the second concerns other religious associations and is statutory in nature.⁵² The principles of bilateralism consist in the fact that the legal regulation of the state's relationship with a specific religious organisations is a consequence of an agreement (consent) between the interested parties, expressed, for example, in the form of an agreement. The Polish model of the principle of bilateralism can be defined as the individual and consensual shaping of the state's relations with a particular religious organisations.⁵³ This is reflected in both procedural issues concerning the way in which the law is made and substantive issues concerning its content. A consequence of the mechanism of individual and consensual shaping of the state's relations with a particular religious organisation is the far-reaching individualisation of particularistic laws.⁵⁴ This has to do with the institutional position of individual religious organisations.⁵⁵ As the CT points out, „the permissibility of differentiation between churches and religious organisations is supported, e.g., by the fact that the relations between them and the state are to be regulated by laws passed on the basis of agreements concluded by the Council of Ministers with representatives of these entities”.⁵⁶

The legal status of a particular religious organisations pending the enactment of a law regulating its relationship with the state under Article 25 (5) of the Constitution RP is regulated by the general provisions on religious organisations. Moreover, the latter are binding on him to the extent that they have not been superseded by the relevant provisions of the Particular Act.⁵⁷

Noteworthy is the indication by the legislator of the principles for the formation of relations with the Catholic Church.⁵⁸ The basic normative act regulating the relations of the Republic of Poland with the Catholic Church is the international agreement with the Holy See. The prevailing view in the

⁵¹ A. Tabak, 277.

⁵² A. Juchnowski, „Zagadnienia związane z interpretacją art. 25 ust. 4 i 5 Konstytucji RP”, *Studia z Prawa Wyznaniowego* 10/2007, 261–279.

⁵³ M. Olszówka, *Ustawy wyznaniowe. Art. 25 ust. 5 Konstytucji RP - próba interpretacji*, Warszawa 2014, 10, 40, 53, 61–62, 88.

⁵⁴ The Judgment of the CT of 14 December 2009, K 55/07, OTK ZU no. 11/A/2009, item 167.

⁵⁵ The Judgment of the CT of 2 December 2009, U 10/07, OTK ZU no. 11/A/2009, item 163.

⁵⁶ The judgments of the CT of 14 December 2009, K 55/07, OTK ZU no. 11/A/2009, item 167 and 8 June 2011, K 3/09, OTK ZU No. 5/A/2005, item 39.

⁵⁷ M. Olszówka (2016), 679–681.

⁵⁸ P. Sobczyk, *Konstytucyjna zasada konsensualnego określania stosunków między Rzeczpospolitą Polską a Kościołem Katolickim*, Warszawa 2013.

doctrine is that Article 25 (4) of the Constitution RP implies the obligation to conclude a concordat.⁵⁹ The second normative act regulating the relations of the Republic of Poland with the Catholic Church is a statute (law).

The formation of relations with other religious organisations is based on Article 25 (5) of the Constitution. Although the tradition of particularistic and bilateral shaping of the state's relations with specific religious associations dates back to the Second Republic, new particularistic laws began to be enacted after the political transformation of 1989. With the entry into force of the Constitution RP, all existing legislative acts determining the relationship of the state to a particular religious organisations became statutes (laws) within the meaning of Article 25 (5) of the Constitution, with the exception of laws concerning the Catholic Church. There are currently 15 religious organisations in the Republic of Poland, whose relations with the State are regulated by separate legal acts.⁶⁰

It should be noted that although the solution set out in Article 25 (4) of the Constitution has only been applied to one of the religious organisation, it does not constitute a violation of Article 25 (1) of the Constitution, as this principle cannot be understood in an absolute manner, but in view of such and only such attributes as are common to all religious organisations, while respecting the differences that exist between them. The mode of regulation through the conclusion of an international agreement between the State and the Holy See is justified by the fact that the Holy See has the universally recognised attribute of public law subjectivity in international relations, the manifestation of which is the conclusion of international agreements. No other religious organisations have such subjectivity. The conclusion of the concordat is therefore not a privilege granted by the State to the Catholic Church, but an expression of respect for such an attribute of the Catholic Church as public law subjectivity in international relations.

4. The statutory basis of the relationship between the state and religious organisations in Poland

Of particular importance with regard to the regulation of the institutional role of religious organisations is the Act on Guarantees of Freedom of Conscience and Religion. It is a kind of general law applying to believers of all faiths and to religious organisations. This act sets out the principles of registration of religious organisations, as well as the manner in which the

⁵⁹ J. Krukowski (2014b), 100.

⁶⁰ Ministry of the Interior and Administration, *Kościóły i inne związki wyznaniowe, których stosunki z Państwem są uregulowane ustawami partykularnymi - Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji - Portal Gov.pl (www.gov.pl)* 20. 05. 2023.

property affairs of those religious organisations that do not have a separate regulation in this respect are regulated.

In addition, Poland has individual laws for individual religious organisations, which take into account the specifics arising from the rules adopted by specific organisations. The framework for these regulations remains the principle of equal rights of religious organisations. If the legal situation of a particular religious organisation is defined in an individual law, parts of the provisions of the Law on Guarantees of Freedom of Conscience and Religion do not apply to it.⁶¹

The relationship between the state and a particular religious organisation may also be regulated in laws that regulate other matters. That is to say, the conditions referred to in Article 25 (4) and (5) of the Constitution, otherwise the unconstitutionality of the mode of enactment of the law can be raised.⁶²

The essence of Article 25 (5) of the Constitution is to define the consensual mode of shaping religious relations in Poland. That is to say, the determination of the individual relationship of the RP to a particular religious organisation must be done under Article 25 (5) of the Constitution.⁶³ As a rule, this procedure must be followed in the event of an amendment to the law in question.⁶⁴

The parties to the agreement under Article 25 (5) 5 of the Constitution, are the Council of Ministers and the „competent representatives of churches and religious organisations”. With a view to the security of legal transactions, any religious organisations on the register may enter into negotiations.⁶⁵ Religious organisations functioning only *de facto* or in other forms cannot therefore become a party to the agreement. The object of the agreement is constitutionally defined as the relationship of the Republic of Poland to religious organisations (other than the Catholic Church). In turn, the content of the specific agreement, in accordance with the principle of freedom of contract and according to the specifics of the faith community concerned, will depend on the consensual will of both parties, who voluntarily enter into negotiations, conduct negotiations and sign the agreement.

Pursuant to Article 25 (5) of the Constitution, a Particular Law is to be enacted by agreement. This indicates the content relationship between

⁶¹ A. Mezglewski, P. Stanisz, H. Misztal, 55–56.

⁶² A. Syryt, *Kontrola trybu uchwalenia ustawy przed Trybunałem Konstytucyjnym*, Warszawa 2014.

⁶³ The Judgment of the CT of 2 April 2003, K 13/02, OTK ZU no. 4/A/2003, item 28.

⁶⁴ M. Olszówka, (2016), 682 and the literature cited therein.

⁶⁵ T. Zieliński, „Regulacja stosunków między państwem a związkami wyznaniowymi w trybie art. 25 ust. 5 Konstytucji RP”, *Państwo i Prawo* 7/2003, 50–51.

the signed contract and the bill submitted to the Marshal's office. The draft of a given law should logically be submitted by the Council of Ministers, although the legislator does not introduce the limitations of the legislative initiative in this respect from Article 118 of the Constitution.

In addition, the question arises whether the Council of Ministers is obliged to take a legislative initiative after the conclusion of the agreement⁶⁶. The legislator does not establish such an obligation, but good morals and the principle of *pacta sunt servanda* would require that the initiative in question be submitted to the Polish Sejm.

5. Concluding remarks

The legal basis for shaping the relationship between the state and religious organisations in Poland is based on respect for the religious freedom of the individual and the autonomy of religious organisations. The Constitution and the laws on the relationship of the State to particular religious organisations provide the foundation for this mutual understanding. These relations are in line with democratic values and religious pluralism, allowing for the harmonious coexistence of different faiths and cultures in Polish society.

An analysis of the provisions of the Constitution, particularly Article 25 thereof, as well as the provisions contained in acts of statutory rank, allows one to determine the model adopted in the Republic of Poland for the separation of the state from religious organisations, as well as the formation of relations between them. In the Polish legal system, the separation principle is not understood strictly. It allows for various forms of cooperation between religious organisations and the state. The system of separation introduced by the Constitution RP is referred to as coordinated (friendly) separation, modelled on the model of separation developed in Germany after the First World War on the basis of the Weimar Constitution, and in line with the assumptions developed at the Second Vatican Council (1962-1965) and expressed in the conciliar constitution *Gaudium et spes*.

⁶⁶ M. Pietrzak (1997), 180.

Александра Сирит

Ванредни професор, Факултет за право и администрацију, Универзитет Кардинал Стефан Вишински, Варшава

ПРАВНИ ОСНОВИ УРЕЂИВАЊА ОДНОСА ИЗМЕЂУ ДРЖАВЕ И ЦРКАВА И ДРУГИХ ВЕРСКИХ ОРГАНИЗАЦИЈА У ПОЉСКОЈ

Сажетак

Правни оквир за односе између државе и црква и других верских организација у Пољској, утврђен је Уставом. Уставне одредбе дефинишу обим верских слобода у институционалној и индивидуалној димензији. Ова решења представљају непробојну границу активности законодавца и органа који примењују закон на обликовању односа између државе и верских организација. Чланак има за циљ да представи уставни модел верских односа у Пољској заснован на законским одредбама и јуриспруденцији Уставног трибунала. Поред тога, биће назначено како у пракси функционишу главни елементи овог модела, како из перспективе државе, тако и у односу на цркве и верска удружења.

Кључне речи: црква, верске организације, однос државе и цркве, устав, слобода вероисповести.

REFERENCES

Monograph, articles

- Bindas-Doktor K., „Zasada autonomii, niezaleznosci i wspolpracy między państwem, Kościołami i związkami wyznaniowymi”, in: *Zasady ustroju III Rzeczypospolitej Polskiej* (ed. Dariusz Dudek), Warszawa 2009, 264–278.
- Borecki P., „Autonomia kościołów i innych związków wyznaniowych we współczesnym”, *Studia z Prawa Wyznaniowego* 15/2012, 85–109.
- Borecki P., „Państwo neutralne światopoglądowo – ujęcie komparatystyczne”, *Studia z Prawa Wyznaniowego* 9/2006, 75–99.
- Bożyk S., „Konstytucyjna zasada równouprawnienia kościołów i innych związków wyznaniowych”, in: *Zasada równości w prawie. Konferencja*

- naukowa Rzeszów, 16 października 2003 r.* (eds. Halina Zięba-Załucka, M. Kijowski), Rzeszów 2004.
- Brzozowski W., *Bezstronność światopoglądowa władz publicznych w Konstytucji RP*, Warszawa 2011.
- Czarny P., „Komentarz do art. 35 Konstytucji RP”, in: *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 1-86* (eds. Marek Safjan, Leszek Bosek), Warszawa 2016.
- Czeszejko-Sochacki Z., *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym*, Warszawa 2003.
- Dudek D., „Równouprawnienie Kościołów i związków wyznaniowych na tle konstytucyjnych zasad prawa wyznaniowego”, in: *Prawo wyznaniowe w systemie prawa polskiego. Materiały I Ogólnopolskiego Sympozjum Prawa Wyznaniowego (Kazimierz Dolny, 14-16 stycznia 2003)* (ed. A. Mezglewski), Lublin 2004.
- Garlicki L., „Komentarz do art. 25 Konstytucji RP” in: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. T. 5*, Warszawa 2007.
- Juchnowski A., „Zagadnienia związane z interpretacją art. 25 ust. 4 i 5 Konstytucji RP”, *Studia z Prawa Wyznaniowego* 10/2007, 261–279.
- Krukowski J., „Konstytucyjny model stosunków między Państwem a Kościołem w III Rzeczypospolitej”, in: *Prawo wyznaniowe w systemie prawa polskiego. Materiały I Ogólnopolskiego Sympozjum Prawa Wyznaniowego* (ed. A. Mezglewski), Lublin 2014.
- Krukowski J., *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2014.
- Mączyński A., Podkowik A., „Jan Komentarz do art. 191 Konstytucji RP” in: *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243* (eds. Marek Safjan, Leszek Bosek), Warszawa 2016.
- Mezglewski A., Stanisław P., Misztal H., *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2011.
- Mojak R., „Zasada autonomii i wzajemnej niezależności oraz współdziałania w stosunkach między państwem a Kościołami i innymi związkami wyznaniowymi”, in: *Polskie prawo konstytucyjne* (ed. Wiesław Skrzydło), Lublin 2008.
- Olszówka M., „Komentarz do art. 25 Konstytucji RP” in: *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 1-86* (eds. Marek Safjan, Leszek Bosek), Warszawa 2016.
- Olszówka M., *Ustawy wyznaniowe. Art. 25 ust. 5 Konstytucji RP -próba interpretacji*, Warszawa 2014.
- Pietrzak M., „Stosunki państwo – kościół w nowej Konstytucji”, *Państwo i Prawo* 11–12/1997.

- Pietrzak M., „Konstytucyjne podstawy prawa wyznaniowego”, in: *Konstytucyjne podstawy systemu prawa* (ed. Mirosław Wyrzykowski ed.), Warszawa 2001.
- Sitarz M., „Zasada równouprawnienia kościołów i innych związków wyznaniowych”, *Kościół i Prawo* 1/2015, 141–168
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Sobczyk P., „Dobro wspólne jako cel współdziałania państwa z kościołami i innymi związkami wyznaniowymi”, *Kościół i Prawo* 1/2015, 169–184.
- Sobczyk P., „Konstytucyjna zasada równouprawnienia Kościołów i innych związków wyznaniowych”, in: *Problemy państwa i prawa* (ed. Feliks Prusak), Warszawa 2004.
- Sobczyk P., *Konstytucyjna zasada konsensualnego określania stosunków między Rzeczpospolitą Polską a Kościołem Katolickim*, Warszawa 2013.
- Syryt A., *Kontrola trybu uchwalenia ustawy przed Trybunałem Konstytucyjnym*, Warszawa 2014.
- Syryt A., „Standards of religious freedom in the jurisprudence of the Polish Constitutional Tribunal”, in: *Wymiary Wolności Religijnej We Współczesnej Europie/Dimensions Of Religious Freedom In Contemporary Europe* (ed. Piotr Szymaniec), Wałbrzych 2017, 222–236.
- Tabak A., „Fundamentalne zasady instytucjonalnych relacji państwa z kościołami i innymi związkami wyznaniowymi w świetle art. 25 Konstytucji RP z 1997 r.”, *Annales Universitatis Mariae Curie Skłodowska* 2/2018, 265–281.
- Zieliński T., „Pojęcie religii, wyznania, związku wyznaniowego i kościoła w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”, *Prawo i Religia* 1/2007, 29–53.
- Zieliński T., „Regulacja stosunków między państwem a związkami wyznaniowymi w trybie art. 25 ust. 5 Konstytucji RP”, *Państwo i Prawo* 7/2003, 52–53.

Other sources

- Cetnarowski P., Latający Potwór Spaghetti nie jest wspólnotą religijną? Sądy umorzyły postępowanie rejestrowe, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1433799,lps-pastafarianie-postepowanie-rejestrowe-kosciol-inne-zwiazku-wyznaniowe.html>, 20. 06. 2023.

Ministry of the Interior and Administration:., *Kościóły i inne związki wyznaniowe, których stosunki z Państwem są uregulowane ustawami partykularnymi - Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji - Portal Gov.pl (www.gov.pl)* 20. 05. 2023.

The Act of 17 May 1989 on Guarantees of Freedom of Conscience and Religion (Journal of Laws of 2023).

Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 (Journal of Laws no. 78, as amended).

The ruling of the CT of 30 January 1991, K 11/90, OTK ZU no. 1/A/1991.

The judgment of the CT of 5 May 1998, K 35/97, OTK No. 3/1998.

The judgment of the CT of 2 April 2003, K 13/02, OTK ZU no. 4/A/2003.

Decision of the CT of 5 October 2005, Tw 37/05, OTK ZU no. 1/B/2006.

The judgment of the CT of 8 November 2005, SK 25/02, OTK ZU no. 10/A/2005.

The judgment of the CT of 2 December 2009, U 10/07, OTK ZU no. 11/A/2009.

The judgment of the CT of 14 December 2009, K 55/07, OTK ZU no. 11/A/2009.

The judgment of the CT of 8 June 2011, K 3/09, OTK ZU no. 5/A/2005.

The judgment of the CT of 10 December 2014, K 52/13, OTK ZU no. 11/A/2014.

INDIVIDUAL LAWS AS A FORM OF REGULATION OF THE RELATIONS OF THE STATE WITH CHURCHES AND OTHER RELIGIOUS ASSOCIATIONS IN POLAND

Summary

The article presents the issue of individual statutory regulations concerning churches and religious associations, which is particularly important from the point of view of the normative system of religious law in Poland. The first part presents and interprets the constitutional norms that are the basis for the adoption of individual religious acts contained in art. 25 of the Constitution. Then, the subject of detailed analyzes are two individual religious acts: the Act of July 4, 1991. on the relationship of the state to the Polish Autocephalous Orthodox Church and the Act of February 20, 1997 on the relationship of the state to Jewish religious communities in the Republic of Poland. The author lists and characterizes the principles of individual religious regulation. The subject of detailed analyzes are the following principles: autonomy, statutory regulation, external independence, informing state authorities, freedom of activity, tax and customs preferences, property regulation, status quo in the field of ownership and property recovery. Against the background of the characteristics of the solutions contained in it, the general principles of this type of normative regulations as well as exceptions characteristic only and exclusively for both religious associations have been additionally shown.

Keywords: constitution, law, religious associations, church, Orthodox Church, Jewish communities, state relations with religious associations.

1. Introductory remarks

The systemic transformation in Poland initiated over 30 years ago during the round table discussions also resulted in deep normative transformations in relations between the state and religious associations. They were part of the process of restoring human and civil rights and freedoms, including freedom of conscience and religion, today known as freedom of conscience

* Associate Professor, Vice-Rector for Development of the University of Białystok, Faculty of Law, Department of Constitutional Law, matwiejuk@uwb.edu.pl

and religion. They were also part of the process of adapting institutional and legal solutions to the standards of a democratic state ruled by law.

The introduction of a democratic system in Poland was associated with the transformation of normative regulations of the state with religious associations.

In other words, it was not possible to maintain the hitherto „socialist” normative acts concerning the relationship between the state and religious associations. The principle of individual statutory regulation of the relationship between the state and the largest churches and other religious associations was adopted.

In Art. 25 sec. 5 of the Constitution of the Republic of Poland of April 2, 1997.¹ contains the principle of the statutory form of regulating relations between the Republic of Poland and churches and other religious associations on the basis of agreements concluded by the Council of Ministers with their respective representatives. The essence of this constitutional principle concerning the method of regulating the legal situation of churches and religious associations consists in an attempt to balance the concordat form of regulating relations between the state and the Catholic Church with the legal obligation to conclude agreements between the competent representatives of churches and other religious associations and the government of the Republic of Poland. The Council of Ministers was obliged to conclude bilateral agreements with every legally operating church and other religious association. Bilateral agreements are the basis for the parliament to pass individual laws on the state’s relationship with a particular church or religious association.

Standard Art. 25 sec. 5 of the Constitution of the Republic of Poland enables the regulation of relations between the state and churches and other religious associations in the form of an act. The act is a normative act, constituting the source of universally binding law of the Republic of Poland, coming from the Sejm and the Senate exercising legislative power.² In the system of sources of law, statutes occupy a high third place in the hierarchy, after the constitution and international agreements ratified by the President with the consent of the Sejm and the Senate expressed in the form of an act.

Individual religious acts referred to in Art. 25 sec. 5 of the Constitution determine the legal position of individual churches and religious associations and form an important part of the religious law system. These laws are *ius singularis*, and therefore in the event of a conflict of the norms

¹ Dz. U. no. 78, poz. 483.

² E. Smoktunowicz (ed.), *Wielka Encyklopedia Prawa*, Warszawa 2000, 1100.

of these laws with laws on all religious associations (*ius generale*), individual laws take precedence.³

2. Individual religious laws regulating the relationship of churches and other religious associations with the state

To the individual religious acts passed in 1989 – 1997⁴ include: the Act of 17 May 1989 on the relationship between the State and the Catholic Church in the Republic of Poland,⁵ the Act of July 4, 1991 on the relationship between the State and the Polish Autocephalous Orthodox Church,⁶ Act of 13 May 1994 on the relationship between the State and the Evangelical-Augsburg Church in the Republic of Poland,⁷ Act of June 30, 1995 on the relationship between the State and the Evangelical-Methodist Church in the Republic of Poland,⁸ the Act of June 30, 1995 on the relationship between the State and the Baptist Christian Church in the Republic of Poland,⁹ Act of June 30, 1995 on the relationship between the State and the Seventh-day Adventist Church in the Republic of Poland,¹⁰ Act of June 30, 1995 on the relationship between the state and the Polish Catholic Church in the Republic of Poland,¹¹ Act of February 20, 1997 on relations between the State and Jewish religious communities in the Republic of Poland,¹² Act of February 20, 1997 on relations between the State and the Mariavite Catholic Church in the Republic of Poland,¹³ the Act of February 20, 1997 on the relationship between the State and the Old Catholic Mariavite Church in the Republic of Poland¹⁴ and the Act of February 20, 1997 on the relationship between the State and the Pentecostal Church in the Republic of Poland.¹⁵

In my opinion, two acts have a special importance and a unique place among individual religious acts. One concerns the largest church in

³ K. Warchałowski, *Prawo wyznaniowe. Wybór źródeł*, Warszawa 2000, 16.

⁴ Until the entry into force of the constitutional norms of April 2, 1997, the legal basis for issuing individual religious acts was the Act of May 17, 1989 on guarantees of freedom of conscience and religion..

⁵ Dz. U. no. 29, poz. 154, z późn. zm.

⁶ Dz. U. no. 66, poz. 287, z późn. zm.

⁷ Dz. U. no. 73, poz. 323, z późn. zm.

⁸ Dz. U. no. 97, poz. 479, z późn. zm.

⁹ Dz. U. no. 97, poz. 480, z późn. zm.

¹⁰ Dz. U. no. 97, poz. 481, z późn. zm.

¹¹ Dz. U. no. 97, poz. 482, z późn. zm.

¹² Dz. U. no. 41, poz. 251, z późn. zm.

¹³ Dz. U. no. 41, poz. 252, z późn. zm.

¹⁴ Dz. U. no. 41, poz. 253, z późn. zm.

¹⁵ Dz. U. no. 41, poz. 254, z późn. zm.

Poland associating religious minorities - the Polish Autocephalous Orthodox Church. The second concerns Jewish religious communities, which are one of the oldest and at the same time one of the largest non-Christian religious associations in Poland.

The process of building a democratic state ruled by law in Poland, initiated in June 1989, restoring full civil rights and freedoms, including freedom of conscience and religion, as well as the adopted concept of individual normative acts of statutory rank as a method of regulating relations between the Republic of Poland and the largest churches and religious basis for individual statutory regulations.¹⁶

Work on both individual acts lasted several years. Representatives of the Polish Autocephalous Orthodox Church and the Union of Jewish Religious Communities participated in the legislative procedure. The most discrepancies and disputes were caused by the issue of property and property recovery.

Both acts are one of the shorter individual normative acts among the acts defining the relationship of the state to churches and other religious organizations issued in the years 1989-1997.¹⁷ They contain a similar arrangement and scope of substantive regulation to that found in other individual religious acts. It can be said, of course, taking into account individual specificity, that they are practically modeled on the classic layout of the Act of 17 May 1989 on the relationship between the State and the Catholic Church.

The normative regulation contained in the acts has been systematized in chapters. They contain regulations concerning: general principles, legal persons and their bodies, activities not only strictly religious, property matters, regulatory proceedings and other matters. In both acts, there is a statutory delegation to create internal law, which, in accordance with the statutory regulation, may specify the normative regulation.

3. General principles of individual statutory regulation

The legislator, specifying the legal position of the Polish Autocephalous Orthodox Church and Jewish religious communities, introduced several principles of general regulations known from previously passed individual religious laws. These include the principles of: autonomy, statutory

¹⁶ J. Matwiejuk, „Pozycja prawna gmin wyznaniowych żydowskich w świetle ustawy z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich”, *Studia z prawa wyznaniowego* 5/2002, 32.

¹⁷ The Act of February 20, 1997 on relations between the State and Jewish religious communities contains only 37 articles.

regulation, external independence, informing state authorities, freedom of activity, tax and customs preferences, property regulation, property status quo, property recovery, continuation and derogation.

The first general principle of the presented religious regulation is the principle of autonomy. It finds its basis in art. 25 section 3 of the Constitution of the Republic of Poland of April 2, 1997,¹⁸ which states: „Relations between the state and churches and other religious associations are shaped on the basis of respect for their autonomy and mutual independence of each in its own sphere, as well as cooperation for the good of man and the common good.” The constitutional recognition of the autonomy of churches and religious associations by the state means that in some cases these entities are entitled to make independent decisions. The constitutional norms do not specify the area of autonomy, leaving this problem to be resolved by statutes. It seems that the autonomy of churches and religious associations should be included as broadly as possible, because it is a necessary condition for the implementation of religious freedom.¹⁹

The principle of external independence is closely related to the principle of autonomy (in the case of the Orthodox Church, it is called the principle of autocephaly). Its essence lies in the autonomy directed outside the state in relation to foreign organizational units of the Orthodox faith and, respectively, of the Mosaic faith. According to its wording, the Polish Autocephalous Orthodox Church and its organizational units as well as Jewish communities and the Union of Jewish Religious Communities are organizationally independent of any foreign religious and secular authority.²⁰

This independence, in accordance with the will of the legislator, covers only and exclusively organizational independence. Such a solution therefore means that connections and dependencies in other areas of regulation, such as material assistance from foreign religious and secular authorities, are admissible.

Another general principle of both individual religious acts is the principle of informing state authorities. This principle seems to be one of the acceptable forms of supervision of state authorities over churches and other

¹⁸ S. Bożyk, J. Matwiejuk, *Prawo konstytucyjne i administracyjne. Podstawowe akty normatywne*, Białystok 1999.

¹⁹ J. Krukowski, *Kościół i Państwo. Podstawy relacji prawnych*, Lublin 2000, 285.

²⁰ Similar solutions are standard in other Polish religious statutory regulations concerning non-Roman Catholic churches and religious associations. The normative provisions concerning this problem are dictated by the fact that churches and religious associations gathering religious minorities in Poland should be included in the so-called decentralized. See also M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 1999, 13.

religious associations in Poland. The principle of informing state authorities consists in the obligation of competent religious authorities specified in the Acts to immediately notify the voivode, who is a government administration body and representative of the Council of Ministers in the voivodship, about the creation of new organizational units, their abolition and transformation, and about the appointment or dismissal of a person included in them. The notification should be made only in writing and contain at least key information: o: seat of the commune, its territorial scope and indication of persons included in it.

The general principles characterizing individual statutory regulation covering both the Orthodox Church and Jewish religious communities also include the principle of freedom of activity. It seems necessary to consider it in two aspects, individual and collective. The individual dimension of the principle of freedom of activity consists in equipping believers with specific powers. These are, for example, the right to: exemption from work and education for the period covering the main enumerated religious holidays, participation in worship and rituals, religious assistance and services in places where they are located, religious marriage, funeral ceremonies and burial.

The principle of freedom of activity is also present in the collective aspect. This aspect includes the right to create and liquidate organizational units, including those with legal personality. In the event of liquidation of such units and organizations, their property always becomes the property of the church or religious association. It is also worth emphasizing the right guaranteed in both individual laws to broadcast religious services and religious-social, religious-moral and cultural programs in the mass media. The legislator also confirmed the right to: organize public worship, provide religious services, perform rites, conduct religious weddings, conduct catechism, establish and run schools and educational and educational and care-upbringing facilities, conduct charity and health care activities, establish religious organizations. In the case of the followers of Judaism, additionally, taking into account their specificity, it granted the rights to: supply of kosher food, possession of canteens and ritual baths, and ritual slaughter.

Of course, the individual and collective rights contained in the acts on the relationship of the state to the Polish Autocephalous Orthodox Church on the relationship of the state with Jewish religious communities should be supplemented with individual rights and the rights of churches and other religious associations contained in the Act of May 17, 1989 on guarantees of freedom of conscience and religion.²¹ The Act on Guarantees

²¹ Dz. U. 1989 r. no. 29, poz. 156.

of Freedom of Conscience and Religion occupies a special place among the sources of religious law and is an executive act to constitutional religious provisions.²²

Closely related to the issue of freedom of activity are two other principles of individual statutory regulation, i.e. the principle of tax and customs preferences and the principle of property regulation.

The principle of tax and customs preferences means that despite the introduction of the principle of subjecting the property and income of churches and other religious associations to general tax regulations and principles, the legislator has introduced a number of favorable exceptions. These exceptions are concessions and facilitate the functioning of the legal persons specified in both acts. These preferences are exactly the same as those applicable to other churches and religious associations. This is, of course, consistent with the principle of constitutional equality of churches and religious associations. Preferences apply to: income tax, real estate tax, inheritance and donation tax, stamp duty, court fees and customs duties. However, reliefs and exemptions of Jewish religious communities and the Union of Jewish Religious Communities regarding income tax, inheritance and donation tax result from the provisions of the Act on Guarantees of Freedom of Conscience and Religion.²³

In connection with the principle of freedom of activity, there is also the principle of property regulation. It is characterized by the fact that church and religious legal persons have the right to acquire, possess and dispose of movable and immovable property, as well as acquire and dispose of other rights. The purpose of these material goods and property entitlements is to organize worship, support clergy and other employees of the institution, conduct works of mercy, as well as conduct activities of institutions serving teaching and upbringing, the development of science and culture.²⁴

An inseparable element of this principle is also the right to free management of one's assets by legal persons listed in the Act and not listed in the Act, if they are established in accordance with the procedure provided

²² M. Pietrzak, 245.

²³ It is worth noting that in this respect we can observe a certain evolution in religious law. The first individual religious regulations, for example the Act on the State's relationship with the Catholic Church and the State's relationship with the Polish Autocephalous Orthodox Church, contain a full regulation of tax exemptions. However, in recent religious regulations, for example regarding the relationship of the state to the Old Catholic Mariavite Church, the Pentecostal Church or the Catholic Mariavite Church, the legislator departed from this practice by referring to the normative solutions contained in the Act on Guarantees of Freedom of Conscience and Religion.

²⁴ J. Krukowski, *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2000, 217.

for legal persons. Religious legal persons have the right to exercise property rights not only independently but also through a foundation established for this purpose.

It is worth noting here a unique provision in the Polish legal system, which does not appear in other individual religious acts. It gives the right to participate in the foundation to other domestic legal and natural persons and, which is worth emphasizing, to foreign organizations of Jews from Poland and the World Jewish Restitution Organization. The legislator adopted this solution at the request of Jewish communities in Poland, which signaled organizational and staffing difficulties of the communes and their Association.²⁵

The property regulations contained in both individual religious acts prohibit the expropriation of cemeteries and the principle according to which the property of a liquidated legal person always becomes the property of the church or religious association as a whole.

A characteristic element of Polish legal regulations relating to specific churches and other religious associations is the principle of the status quo in the field of ownership. The essence of this principle consists in the fact that real estate or their parts remaining in the possession of a church or religious association and their organizational units on the date of entry into force of the act become their property by operation of law.²⁶ The purpose of the status quo principle in the field of ownership is to quickly and conflict-free sort out ownership issues and ensure the security of legal transactions. Ascertainment of the transfer of ownership of real estate or their part is made by way of an administrative decision of the locally competent voivode. The decision is issued at the request of religious organizational units.

Act of July 4, 1991²⁷ and the Act of February 20, 1997, modeled on the solutions of other acts defining the attitude of the Republic of Poland to churches and religious associations, also regulate the problem of property recovery. The revindication provisions of the Act provide that, at the request of religious legal persons, regulatory proceedings are initiated regarding the transfer to them of the ownership of real estate or parts thereof taken over by the State, and which were their property on September 1, 1939.

²⁵ M. Winiarczyk-Kossakowska, *Państwowe prawo wyznaniowe w praktyce administracyjnej*, Warszawa 1999, 83.

²⁶ J. Matwiejuk, „Dziesięć lat ustawy z 4 lipca 1991 roku o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego – ocena funkcjonowania i propozycje zmian”, in: *Chrześcijaństwo Kościoł Prawosławie*, Białystok 2003, 106–135.

²⁷ J. Matwiejuk, „Ustawa z 4 lipca 1991 r., o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego”, *Rocznik Teologiczny ChAT* 2/1991, 53–57.

Revindication covers real estate or parts thereof on which synagogues or Jewish cemeteries were located on the day of the outbreak of World War II and on the date of entry into force of the Act on the relationship between the State and Jewish religious communities²⁸ there are buildings that used to be the seats of Jewish communes or buildings that used to be used for religious worship, educational and charitable activities.

It is clear from the wording of the regulatory provisions of the Act that private property belonging to Orthodox Christians or Jews who in the past inhabited the territory of today's Poland is not subject to vindication. The main purpose of regulatory proceedings is to transfer to the benefit of church legal persons or the Jewish community or the Union of Communities the ownership of real estate or parts thereof taken over by the state or local government. If the transfer of ownership encounters obstacles that are difficult to overcome, the Act allows for the granting of a suitable replacement property, and if such regulation is not possible, compensation may be awarded. Compensation is determined in accordance with the provisions on expropriation of real estate. Property regulations may not infringe rights acquired by third parties.

Regulatory proceedings are carried out by the relevant Regulatory Committees, composed of representatives appointed in equal numbers by the Minister of the Interior and Administration and, respectively, by the Orthodox Church and the Union of Jewish Religious Communities.

Applications in property matters could be submitted by Jewish communities or the Association of Communities within 5 years. It is the longest of the periods for submitting revindication applications in the system of Polish religious law. Its introduction was justified primarily by the lack of documentation due to the destruction of archives and the organizational weakness of the communes. Other detailed normative solutions covering regulatory proceedings contained in the Act are similar to other individual religious acts.

4. Concluding remarks

Summing up the considerations, it should be emphasized that the individual definition of the legal situation of the Polish Autocephalous Orthodox Church and Jewish religious communities and the Union of Communities made in the years 1991-1997 in the form of an act is not only consistent with the standards of religious regulations in force in a democratic state ruled by law, but also beneficial for the followers both religions.

²⁸ Ustawa weszła w życie w dniu 11 maja 1997 roku. K. Warchałowski, 400.

Normative acts are considered classic and exemplary as well as model examples of an individual religious act in force in the Polish legal system, with the reservation that they take into account the religious specificity of both denominations. Individual laws are widely accepted and evoke significant criticisms. They close the period of political transformation and are part of the Polish tradition of regulating religious issues. They can also serve as a model for other countries in this regard.

Јарослав Матвиејук

Ванредни професор, проректор за развој Универзитета у Биалистоку, Правни факултет, Катедра за уставно право

ПОЈЕДИНАЧНИ ЗАКОНИ КАО ОБЛИК УРЕЂИВАЊА ОДНОСА ДРЖАВЕ ПРЕМА ЦРКВАМА И ДРУГИМ ВЕРСКИМ ЗАЈЕДНИЦАМА У ПОЉСКОЈ

Сажетак

У чланку се обрађује питање појединачних законских прописа који се тичу цркава и верских заједница, што је посебно важно са становишта нормативног система државно-црквеног права у Пољској. У првом делу су приказане и тумачене уставне норме које су основ за доношење појединачних верских аката садржаних у чл. 25 Устава. Затим, предмет детаљне анализе су два појединачна верска акта: Закон од 4. јула 1991. о односу државе према Пољској аутокефалној православној цркви и Закон од 20. фебруара 1997. о односу државе према јеврејским верским заједницама у Републици Пољској. Аутор наводи и карактерише принципе индивидуалне верске регулативе. Предмет детаљне анализе су следећи принципи: аутономија, законска регулатива, спољна независност, информисање државних органа, слобода деловања, пореске и царинске преференције, имовинска регулатива, статус куо у области својине и повраћаја имовине. На позадини карактеристика решења садржаних у њему, додатно су приказана општа начела ове врсте нормативних прописа као и изузеци карактеристични само и искључиво за ове две верске заједнице.

Кључне речи: устав, закон, верске заједнице, Црква, Православна црква, јеврејске заједнице, односи државе са верским заједницама.

REFERENCES

Monograph, articles

- Borecki P., „Autonomia kościołów i innych związków wyznaniowych we współczesnym“, *Studia z Prawa Wyznaniowego* 15/2012, 85–109.
- Bożyk S., J. Matwiejuk, *Prawo konstytucyjne i administracyjne. Podstawowe akty normatywne*, Białystok 1999.
- Krukowski J., *Kościół i Państwo. Podstawy relacji prawnych*, Lublin 2000.
- Krukowski J., *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2000.
- Matwiejuk J., „Dziesięć lat ustawy z 4 lipca 1991 roku o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego – ocena funkcjonowania i propozycje zmian“, in: *Chrześcijaństwo Kościół Prawosławie*, Białystok 2003.
- Matwiejuk J., „Ustawa z 4 lipca 1991 r., o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego“, *Rocznik Teologiczny ChAT* 2/1991.
- Matwiejuk J., „Pozycja prawna gmin wyznaniowych żydowskich w świetle ustawy z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich“, *Studia z prawa wyznaniowego* 5/2002, 31–47.
- Pietrzak M., *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 1999.
- Smoktunowicz E., (ed.), *Wielka Encyklopedia Prawa*, Warszawa 2000.
- Warchałowski K., *Prawo Wyznaniowe*, Warszawa 2000.
- Winiarczyk-Kossakowska M., *Państwowe prawo wyznaniowe w praktyce administracyjnej*, Warszawa 1999.

CHURCHES AND RELIGIOUS SOCIETIES IN THE CZECH REPUBLIC – PRIVATE OR PUBLIC INSTITUTIONS?

Summary

The article is devoted to the legal nature and status of churches in the Czech Republic and the extent of their autonomy. It follows indirectly from the Czech legislation that three “levels” of the status of churches are distinguished: churches as an association of persons (without legal subjectivity), registered churches (having the status of a legal entity under private law) and registered churches with so-called special authorizations (legal entities under private law with authorizations of a public nature). It is a rather complex system where, in addition, to register a church and grant special rights, a certain form of state intervention is required - the issuance of an administrative decision.

Keywords: churches, state, autonomy, registration.

1. Introduction

The key national document relating to the freedom of religion in the Czech Republic is the Charter of Fundamental Rights and Freedoms¹ (hereinafter referred to as the Charter), which is a part of the Czech constitutional order. The Charter stipulates that the Czech Republic is based on democratic values and may not be bound by an exclusive ideology or a particular religious faith (Article 2). It is an expression of the liberal basis of the state, which is built on the religious pluralism and religious tolerance. It is this attitude that makes it possible to fulfill a worldview and religious plurality² and to establish tolerance and harmony in the state and society. Regarding religious neutrality, the state declares its neutrality in relation to dogmas arising from different religions.³ The state must not influence

* Associate Professor of Administrative Law, Head of Department of Administrative and Financial Law, Faculty of Law, Palacky University, Olomouc, Czech Republic, katerina.frumarova@upol.cz, ORCID 0000-0001-5886-1645

¹ Constitutional Act no. 2/1993 Coll., Charter of Fundamental Rights and Freedoms.

² For the importance of neutrality in these aspects, see ECtHR judgment in the case of *Bayatyan v. Armenia*, Application no. 23459/03. from July 7, 2011.

³ E. Wagnerová et al., *Listina základních práv a svobod. Komentář*, Wolters Kluwer, Praha 2012, 84–86.

the content of the religious freedom, nor evaluate its citizens' faith or, conversely, its absence. At the same time, it must also allow external manifestations of religious faith (of course in accordance with the legal order).⁴ At the same time, it is necessary to emphasize the words of the Czech Constitutional Court that “*the cultural development of Europe and the corresponding development of democratic constitutional thinking as a result of the secularization of the state does not mean the abandonment of historical value traditions, including religious traditions.*”⁵

The principle of religious pluralism and tolerance is further implemented in Article 15 paragraph 1 and Article 16 of the Charter. Art. 15 paragraph 1 of the Charter states that freedom of thought, conscience and religious conviction is guaranteed and that everyone has the right to change his religion or faith or to have no religious conviction.⁶ It is a guarantee of the internal autonomy of the individual in religious matters, in which the state may not interfere (*forum internum*).⁷ It is a so-called *status negativus*, respectively *libertatis*, characterized by the definition of the free space of the individual, into which the public power cannot enter. At the same time, however, it is clear that the limitation of religious freedom only to the *forum internum* is insufficient, because the right to manifest one's religious faith is also a conceptual sign of religious freedom. The subsequent Article 16 of the Charter therefore states that everyone has the right to freely manifest his religion or faith, either alone or in association with others, in private or in public, through worship, teaching, religious practice or observance. However, in addition to this, it can of course also be other expressions of faith that also enjoy protection (e.g. celebrating holidays, wearing religious symbols and clothing, processions etc.⁸). Churches and religious societies

⁴ Art. 2 of the Charter guarantees religious pluralism and religious tolerance, the principle of a confessionally neutral state is expressed here. This principle is implemented by the cooperative model of the relationship between the state and the churches and their mutual independence. See decision of the Constitutional Court of 27 November 2002, no. Pl. ÚS 6/02, or decision of the Constitutional Court of 1 July 2010, no. Pl. ÚS 9/07.

⁵ Decision of the Constitutional Court of 27 November 2002, no. Pl. ÚS 6/02.

⁶ The Constitutional Court considers a violation of freedom of religion, for example, a situation where a person was ordained a clergyman against his will. “Given the extraordinary legal implications of entering a clerical state... the consent of the person concerned must not be merely implicit. Decision of the Constitutional Court of 30 August 2017, no. III. ÚS 3591/16.

⁷ E. Wagnerová *et al.*, 394.

⁸ For the symbols of the churches and their use, see in more detail K. Frumarová, „Legal Protection of State, National and Community Symbols in the Czech Republic”, in: *Constitutional and Legal Protection of State and National Symbols in Central Europe* (ed. Zoltan J. Tóth), CEA, Miskolc Budapest 2022, 93–134.

govern their own affairs (in particular, establish their bodies, appoint their clergy and establish religious and other ecclesiastical institutions) independently of state authorities.⁹

The exercise of these rights may be limited by law in the case of measures necessary in a democratic society for the protection of public safety and order, health and morals, or the rights and freedoms of others.¹⁰ Article 16 of the Charter regulates and guarantees external manifestations of religious faith (*forum externum*).¹¹ The state therefore has an obligation not only to interfere with the exercise of this right, but also an obligation to create favorable legal and factual conditions for its exercise, including its protection.¹² However, as the Constitutional Court has already stated in the past, in contrast to freedom of conscience and religious faith, for which the Charter does not explicitly establish any possible conditions for its limitation (Article 15), the freedom to practice religion or faith (Article 16) can be limited by law from reasons stated above. At the same time, the court emphasizes that it is “about the possibility of limiting the exercise of these rights, not their regulation by the state”.

The Charter therefore consistently supports the autonomy of churches and religious societies, which means that the state must not interfere in their activities. And if their activity concerns only internal matters, it is not possible to review the measures taken by the church in this regard before the state courts.¹³ Therefore, the jurisdiction of the courts was not found, for example, in the matter of deciding on the continuation of the service relationship of a clergyman to the church. Furthermore, the jurisdiction of the courts to determine the invalidity of the decision of the member

⁹ For more details on this issue, see L. Madleňáková, *Církev a náboženské společnosti. Správněprávní aspekty jejich vzniku a činnosti*, Leges, Praha 2014, 224.

¹⁰ In its decision-making practice, the ECtHR has developed a five-step test through which it assesses the limitation of rights. The algorithm examines the substantive framework, existence, legality, legitimacy and adequacy (necessity) of the intervention. J. Kmec *et al.*, *Evropská úmluva o lidských právech*, C. H. Beck, Praha 2012, 963–992.

¹¹ Both spheres, i.e. *forum internum* and *forum externum* are considered mutually inseparable. See decision of the Constitutional Court of 27 November 2002, no. Pl. ÚS 6/02, or decision of the Constitutional Court of 1 July 2010, no. Pl. ÚS 9/07.

¹² ECtHR judgment in the case of *Otto-Premigier-Institut v. Austria*, Application no. 13470/87 from 20.9.1994. Decision of Constitutional Court no. IV US 171/97 from 8 October 1998.

¹³ Decisions of the Constitutional Court of 26 March 1997, no. I. ÚS 211/96, and of 30 August 2017, no III. ÚS 3591/16. Supreme Court decision of 29 May 2006, no. 28 Cdo 1271/2006. Supreme Administrative Court judgment of 26 March 2015, no. 4 As 27/2015 Court of 27 November 2002, no. Pl. ÚS 6/02.

assembly of the church community was not found. The state courts also have no power to interpret internal church regulations.

A very interesting judgment of the Supreme Administrative Court also concerned a dispute between the Roman Catholic Church and one of the producers of wine in the Czech Republic.¹⁴ This producer wanted permission from the church to label his wine as “mass wine”. However, the Church refused to grant approval. The state court again proceeded from the principle of the autonomy of the churches, where the meaning of the consent lies primarily in the information that such wine may be used during the worship. It is therefore an internal matter of the church what conditions it sets for granting consent. In such a case, the church does not make a decision as a public administration body, and its disagreement is not reviewable within the framework of administrative justice.¹⁵

In addition to the Charter, the key legislation in this area is Act no. 3/2002 Coll., on freedom of religious faith and the status of churches and religious societies.¹⁶ Although this Act distinguishes between “churches” and “religious societies”, it does not define what the difference between them is.¹⁷ Moreover, it defines them in the same way, namely that a church and a religious society are a voluntary community of persons with their own structure, organs, internal regulations, religious ceremonies and expressions of faith, founded for the purpose of confession a certain religious faith, whether publicly or privately, and especially with joint gathering, worship, teaching, spiritual service and possibly generally beneficial activities. As the Supreme Administrative Court adds, “the provision in question does not represent any dangerous definition, as the complainant suggests, but it is a standard legal definition, which defines the basic features of the church: a voluntary community of (physical) persons, its own structure, organs,

¹⁴ Judgment of the Supreme Administrative Court of 29 January 2008, no. 2 As 54/2007.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ It replaced Act no. 308/1991 Coll., on freedom of religious belief and the status of churches and religious societies, and Act no. 161/1992 Coll., on the registration of churches and religious societies. Act no. 308/1991 Coll. was one of the most important legal regulations adopted after November 1989. This law fundamentally corrected the distortions in the relations between the state on the one hand and churches and religious societies on the other, which were introduced into this relationship by the communist regime, i.e., in particular the efforts to dominate and the marginalization of churches and religious societies, unacceptable for a new democratic society.

¹⁷ As Kříž states, “even among the churches themselves there are theological disputes about the meaning of this term. (...) The choice of designation is a free matter of the church and religious society and a reflection of its self-concept. The state does not interfere in this self-reflection” J.Kříž, *Zákon o církvích a náboženských společnostech. Komentář*, C. H. Beck, Praha 2011, 27.

internal regulations, religious ceremonies and expressions of faith, with the fact that the confession of a certain religious faith is the purpose of establishing this community.”¹⁸

However, the fundamental fact is that Czech legislation constructs the position of churches and religious societies in three different legal forms, namely as

a) (subjectless) grouping of natural persons who profess the same religion for the purpose of its free expression (without any state interference)

b) legal entities under private law (on the basis of the act of registration carried out in administrative proceedings)

c) holders of selected authorizations of a public nature (conditional on the decision to grant these rights again in administrative proceedings).¹⁹

In this article, the attention is focused precisely on the (legal) forms in which churches and religious societies perform their activities in the Czech Republic. At the same time, it is analyzed what legal consequences their (legal) position has from the point of view of the mission and activities of the churches and whether it is in accordance with international and constitutional standards in relation to freedom of religious faith and its manifestations.

2. Churches as (subjectless) associations of persons who profess the same religion

According to the Czech law, a church or a religious society is created by a factual action – by an association.²⁰ The establishment of churches and religious societies as associations of natural persons for the purpose of realizing freedom of religious faith and belief is not conditioned by state permission or registration with a state authority. Therefore, no interference from the state is required in this direction. Churches and religious societies are created on the basis of the free, voluntary association of natural persons for the purpose of practicing a shared religion. However, these associations do not have legal personality, so they are not subjects of law.

Nevertheless, these groupings independently decide on matters connected with the profession of faith, on the organization of the religious community and on the creation of institutions intended for this purpose. In other words, churches and religious societies manage their affairs (in

¹⁸ Judgment of the Supreme Administrative Court of 26 August 2021, no. 5 As 202/2020.

¹⁹ S. Stuna, J. Švestka, “Nkolik vah nad postavením crkv a nboženskch spolenost v eskm právním řdu”, *Právní rozhledy* 12/2001, 576–579.

²⁰ F. Hussein *et al.*, *Listina zkladnch prv a svobod. Komentář*, C. H. Beck, Praha 2021, 488.

particular, establish and abolish their bodies, appoint and dismiss their clergy, and establish and abolish church and other institutions according to their regulations) independently of state authorities (Article 16, para. 2 of the Charter). This is a fundamental right of the churches, based on their autonomy. The guarantee of free organization and administration of one's own affairs represents a necessary prerequisite for the freedom of religious life and the activities of the churches.²¹

Holders of a fundamental right according to Art. 16 paragraph 2 of the Charter are therefore communities of members of a given religion, regardless of whether they have legal personality as a whole. A church or religious society acquires "secular" legal personality on the basis of registration, which is subject to administrative proceedings before the Ministry of Culture. However, registration of the church is not a condition for the (unregistered) church to enjoy the rights arising from Art. 16 of the Charter.²² Registration cannot even affect the subjectivity of churches according to church rules or international law. In essence, the registration is only the establishment of certain conditions for the recognition of their legal personality, which also guarantee a minimum of protection for other participants in private law property relations (see below in more detail).²³ From the registration obligation, it is not possible to "infer any questioning of the already existing general subjectivity of churches and religious societies and their right to exist independently of acceptance by the state (the Czech Republic). The function of their registration is... only the determination of the conditions of operation and legally relevant activities of churches and religious societies in the territory of the Czech Republic, not the creation of their general legal capacity."²⁴

3. Churches as legal entities (under the private law)

Churches are therefore not created by any formal legal act, and their creation is not even conditioned by a regulatory act from the state. Such an association of persons can, of course, perform religious ceremonies, manage its internal affairs and perform other religious functions, but it is not a subject of law, i.e. it is not a legal entity. Of course, this can significantly limit the church's ability to participate in legal relations, especially in the property law. At the same time, it can be argued that even for the realization

²¹ Decision of the Constitutional Court of the Czech Republic of 8 October 1998, no. IV. ÚS 171/97.

²² J. Kmec *et al.*, 989.

²³ F. Husseini *et al.*, 487.

²⁴ Decision of the Constitutional Court of 27 November 2002, no. Pl. ÚS 6/02.

of the mission of the church itself, the form of a legal person is more effective than a group of persons without an entity.²⁵

If a church wants to acquire legal personality and become a legal entity, it must go through the registration process. Only through registration, which is carried out by the Ministry of Culture of the Czech Republic, does the church become a legal entity that acts independently in legal relations, bears responsibility etc. In this respect, churches and religious societies are considered legal entities under private law.²⁶ In the Czech Republic, registration is an absolutely common condition for the creation of any other legal entities (e.g. associations or business corporations), which are also undoubtedly private law entities. At the same time, it is essential that even the initial impetus for the creation of the church is a private act, i.e. the voluntary association of natural persons into the church.

Registration is an administrative procedure conducted by the administrative body²⁷ – the Ministry of Culture. As stated by the Constitutional Court, “*the individual legal act, which is registration, therefore has constitutive effects and by its essence represents the acceptance of the state in relation to the creation of a specific association.*”²⁸ The proposal for registration must contain:

- a) the basic characteristics of the church or religious society, its teaching and mission,
- b) document of the establishment of a church/religious society in the territory of the Czech Republic,
- c) signatures of at least 300 adult citizens of the Czech Republic or foreigners with permanent residence in the Czech Republic who belong to this church/religious society,
- d) the so-called basic document.²⁹

²⁵ Similarly, the decision of the ECtHR in the case of *the Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova* of Application no. 45701/99, 13 December 2001.

²⁶ F. Riegel, “Judikatura NSS: Církeve a náboženské společnosti”, *Soudní rozhledy* 7–8/2019, 218–221.

²⁷ In this respect, the concept of „registration“ is inappropriate, as it is used in the Czech Republic for actions other than decisions. However, in the case of churches, the registration is really a decision (it is an act of public administrative authority, made in a specific matter and about a specific addressee). See more about the nature of decision versus registration in K. Frumarová, „Jiné úkony podle části čtvrté správního řádu“, in: *Správní právo procesní* (eds. Katerina Frumarová et al.), Praha 2021.

²⁸ Decision of the Constitutional Court of 27 November 2002, no. Pl. ÚS 6/02.

²⁹ The basic document contains key information about the church, such as its name and seat, its mission and basic articles of its faith, its organizational structure and statutory

In the proceedings on the proposal for the registration of the church, the administrative body (ministry) assesses, among other things, whether the conceptual features of the church are met in the sense of Section 3 of Act No. 3/2002 Coll.; this provision has a normative meaning, by which the administrative body is bound and must, among other things, find out whether the purpose of establishing a given community is really the professing of a certain religious faith or if another (than religious) purpose significantly prevails.³⁰

It is precisely the assessment of the character of the church, its teaching and mission that is often disputed in practice and must be resolved by the courts. In March 2023, the Supreme Administrative Court confirmed the decision to reject the application for registration of the “Hemp (Cannabis) Church”.³¹ The Ministry of Culture rejected the proposal for registration because, in its opinion, it was not a church or a religious society. In order for a church or religious society to successfully apply for registration, it must really be a church (religious society) in terms of its character and activities. The Supreme Administrative Court primarily evaluated whether, in the case of the „Cannabis Church“, the religious essence of the confession was involved.

The first indication of the religious nature of a confession is that its belief is metaphysical,³² thus religious teaching usually deals with reality that goes beyond the physical world and solves questions whose solutions cannot be empirically verified. Another sign of a religious belief is that it deals with fundamental questions such as life, death or the meaning of being. And finally, a religious belief should establish a moral or ethical system from which its followers derive obligations. These indications that a certain system of thought can be considered a religion cannot be understood as an exhaustive list of conditions that a religious belief must fulfill unconditionally. But - in the case of the Cannabis Church, the court clearly concluded that not one of the indications was fulfilled (!)

The documents showed that the mission of the Church and the fundamental articles of faith are considered to be that “*Cannabis is not a precursor. Cannabis is a gift from God! Cultivate love and good health. The mission of the Cannabis Church is to spread awareness and belief in the*

bodies, the method of establishing and dismissing clergy, principles of management or the rights and obligations of persons joining the church (religious societies).

³⁰ Judgment of the Supreme Administrative Court of 26 August 2021, no. 5 As 202/2020.

³¹ Judgment of the Supreme Administrative Court of 10 March 2023, no. 5 As 21/2022.

³² Regarding the criterion of metaphysicality, see the judgment of the Supreme Administrative Court of 26 August 2021, no. 5 As 202/2020, where the court also relied on an expert opinion.

benefits of cannabis. (...) The Cannabis Church does not limit the faith of its members, whether it is faith in any God, Allah, Buddha, Jesus or in themselves.” The prayer of the Hemp Church then reads: “I give thanks for the Hemp plant, in which is revealed the essence of Being, which is Peace and Love / I cultivate love and good health / Hemp is not a precursor / Hemp is a gift from God / I celebrate phytocannabinoids / I celebrate endocannabinoids / I celebrate hemp”; whereby the prayer may end with “*In Nomine phytocannabinoids, In Nomine endocannabinoids, In Nomine Cannabis*”. One can therefore clearly agree with the views of the Ministry of Culture and the courts that it is not a church in its nature and doctrine (a belief in the usefulness of cannabis cannot be considered a religious belief). Therefore, its possible registration cannot be decided either.

A similar decision was made in another case. This time the Ministry of Culture refused to register the church “Lions of the Round Table, Order of the Czech Crown Lands”.³³ Here again, the main argument was that the profession of religious faith was not the main purpose of the establishment and existence of this Order; its activities lacked religious rites and typical manifestations such as gathering, worship, teaching or ministry. Part of the doctrine (the Order’s prayer, the Order’s vows) was secret, as was the organizational structure of the Order. According to the documentation, the subject of the Order’s activity was rather only public benefit activities (cultural, educational events etc.). Here, too, the Supreme Administrative Court upheld the correctness of the decision to reject the application for registration of the Church.

If the registration is successful, the church or religious society is entered in the public register of registered churches and religious societies maintained by the Ministry of Culture. According to the Ministry of Culture, 44 churches and religious societies are currently registered.³⁴

It should be emphasized that the purpose of the registration process and therefore of certain “state interference” is not to interfere with the realization of freedom of religious belief or the autonomy of churches. Even the Constitutional Court of the Czech Republic considers it to be completely constitutionally compliant, while its main purpose is to “*guarantee the minimum protection of other participants in private law relations, which is “beyond any doubt ... a legitimate aim of the regulation*”.³⁵ The constitutional value with which the principle of autonomy of churches and

³³ See the judgment of the Supreme Administrative Court of 26 August 2021, no. 5 As 202/2020.

³⁴ Ministry of Culture of the Czech Republic, https://www-cns.mkcr.cz/cns_internet/, 8. 8. 2023.

³⁵ Decision of the Constitutional Court of 27 November 2002, no. Pl. ÚS 6/02.

religious societies is measured here is the principle of legal certainty and protection of the rights of third parties. In other words, the point is that the state is also obliged to protect the rights and freedoms of others. As a part of this protection, it is obliged to guarantee that any entity that enters into a private law relationship with another entity (i.e. here with the church) knows on the basis of what and how the legal entity was established, what capacity it has to acquire rights and obligations and from when, what its name is, where it has its registered office and who is authorised to act for the legal entity. At the same time, it should be added that if the church meets the legal requirements for registration, the ministry is obliged to register the church.³⁶ There is therefore no possibility of administrative discretion, which again strengthens the autonomy of the churches. It can therefore be concluded that the registration process carried out by a state authority cannot be considered as any questioning of the already existing general subjectivity of churches and religious societies and their right to exist independently of state acceptance.³⁷

4. Churches as holders of selected rights of a public law nature

In the Czech Republic, under certain conditions, churches can also be the holders of authorizations of a public nature. The law allows a registered church (that is, a church with the status of a private legal entity) to request the granting of so-called special rights (for the purpose of fulfilling its mission). A registered church may obtain these special privileges:

- a) teach religion in state schools,
- b) authorize persons performing clerical work to perform it in the armed forces of the Czech Republic, in places where detention, imprisonment, protective detention, protective treatment and protective education are carried out,
- c) perform ceremonies during which church marriages are concluded,
- d) establish church schools,
- e) maintain the obligation of confidentiality by clergy in connection with the exercise of confessional secrecy.

The granting of these special rights to a particular church is again a subject to administrative proceedings before the Ministry of Culture. In addition to the condition of being a registered church, other legal conditions

³⁶ S. Stuna, Švestka, J. Několik úvah nad postavením církví a náboženských společností v českém právním řádu, *Právní rozhledy* 12/2001, no. 12, 576–579.

³⁷ Decision of the Constitutional Court of 27 November 2002, no. Pl. ÚS 6/02.

must be met. In particular, such a church must have been registered for at least 10 years and must publish its annual activity reports for the same period. At the same time, it must fulfil its obligations towards the state and third parties and be (criminally) blameless.

These conditions, as well as the fact that administrative proceedings are being conducted to grant the authorisation, are again justified and cannot be considered an infringement of the autonomy of churches. By their very nature, these special rights allow churches to exercise competences in the field of public administration, both in the area of „care“ public administration (e.g. teaching religion in state schools) and in some cases also in the area of „authoritatively decisive“ public administration (marriage). The State thus grants churches in administrative proceedings the authority to exercise public administration which it otherwise exercises itself or through other public or private law entities. However, whenever this exercise is delegated to an entity (other than the State), this delegation must have a legal basis and the legal conditions must be met. At the same time, these are often publicly funded activities. Therefore, it is entirely appropriate to establish the conditions for the acquisition of these special public authorisations, which are not rights guaranteed by the Charter as rights of religious freedom, and to verify their fulfilment in the administrative procedure. In this way, among other things, society is effectively protected from the undesirable activities of various sects abusing their position etc.

As the guarantor and defender of constitutionally guaranteed rights, the Czech Constitutional Court emphasizes that the state, which is consistently separated from churches and religious societies, cannot be obliged to actively assist the activities of individual churches and religious societies.³⁸ If the legislator stipulates that the State shall assist the activities of religious entities, this is its own decision and only the State is therefore also entitled to determine the conditions which these entities must fulfil in order to be entitled to the State’s assistance. It is clear from the nature of the so-called special rights that these are indeed cases where the State allows eligible churches and religious societies to make “above-standard” claims for specific performance. These positive benefits include, for example, access to state funding, the right to teach in state schools, the right to establish church schools etc. It is therefore also clear that the state is also entitled in principle to determine the conditions under which individual subjects will have access to these benefits. However, the limit in setting them must be compliance with the principle of prohibition of arbitrariness and discrimination.³⁹

³⁸ Decision of the Constitutional Court of 10 April 1998, no. II. S 227/97.

³⁹ Decision of the Constitutional Court of 27 November 2002, no. Pl. S 6/02.

Both the unregistered church and the registered church without special rights are clearly considered private entities. It is therefore a question whether the status of the church and its position are somehow changed by the granting of special (public law) authorizations.

When it comes to teaching religion in state schools⁴⁰ or serving in armed forces, prisons or hospitals, this is an activity that allows believers, or members of the church, to educate themselves in the field of religion and to practice their faith even in specific life situations. This activity is carried out under the auspices of the given state school, hospital, prison etc. Although it is a public service to citizens, this public activity does not yet make the church a public entity. Public services to citizens are provided by both public and private entities (for example, foundations and others).

Likewise, the special authorization of churches to establish their own schools does not indicate that the church as a whole is a public institution. For this purpose, a church or a religious society can establish an independent legal entity (school), which is of course bound by public law regulations governing the field of education, and its decisions according to these regulations can be reviewed in the administrative judiciary.⁴¹ However, this does not mean that the church itself is the administrative body that decides on the rights and obligations of students. This will only be a legal entity established by the church (church school, church nursery school etc.). These considerations were also confirmed by the Czech Supreme Administrative Court,⁴² when in its decision-making activity it came to the conclusion that the administrative regulations apply to the decisions of a kindergarten established by a registered church or religious society, and the school makes decisions in the capacity of an administrative body. The same of course also applies to other types of schools established by churches.

If it concerns the right to hold ceremonies during which church marriages are concluded, this activity can already be considered part of a public law act, which takes place within the limits of the law and in cooperation with the relevant registry office (see Section 666 of the Civil Code). Although here churches and religious societies cannot act completely independently, it is an exercise of public power.⁴³ Therefore, churches (or

⁴⁰ A detailed interpretation of the teaching of religion in schools was given by the Supreme Administrative Court in the judgment of 21 April 2016, no. 5 As 65/2015.

⁴¹ Judgment of the Supreme Administrative Court of 30 January 2013, no. 1 As 160/2012.

⁴² *Ibid.*

⁴³ The Supreme Administrative Court also dealt extensively with the nature of the so-called Religious Matrix. It was already created during the time of Austria-Hungary dur-

religious societies) can be considered as executors of public power only when exercising this authority.⁴⁴

Of the 44 churches registered in the Czech Republic, a smaller half, i.e. 20 churches/religious societies, have been granted special authorization (or at least some of them).⁴⁵

5. Conclusion

It follows from the above that the Czech legislation essentially divides churches and religious societies into three levels. The first level is represented by unregistered churches and religious societies, which are created simply by association of persons holding a certain religious belief. The state does not interfere in any way in their creation, the legal order does not require any formalized act, the formation is not conditioned, for example, by permission, consent or registration by a state authority. However, a certain disadvantage of these churches is that they are not subjects of law, i.e. they are not legal persons, which may be limiting in some respects. The solution is the possibility of churches operating for example as associations under the Civil Code (then they would already be legal entities).

The second (“higher”) level is represented by registered churches and religious societies. Registration takes place within the framework of the standard administrative procedure conducted by the Ministry of Culture, which results in an administrative decision on registration. If the church meets the legal conditions, it is legally entitled to registration. The main advantage of registered churches is the fact that they are already legal persons and can thus act independently in legal relations, bear responsibility for this etc. The State chose the registration regime here in order to ensure the protection of the status and rights of third parties entering into legal relations with churches, which can undoubtedly be considered a legitimate purpose.

Finally, the third level is represented by registered churches that have been granted a decision granting special rights. Although churches are

ing the reign of Joseph II, who established this very religious fund from the property of abolished monasteries. In considering the legal nature of the Religious Matrix, the Supreme Administrative Court came to the conclusion that it is a legal entity under public law (a public fund with legal personality). It is an independent entity managing part of the property of the Roman Catholic Church for its purposes. It is an entity different from both the Roman Catholic Church and the state. See the judgment of the Supreme Administrative Court of 2 November 2006, no. 5 A 35/2002.

⁴⁴ Judgment of the Supreme Administrative Court of 30 January 2013, no. 1 As 160/2012.

⁴⁵ Ministry of Culture of the Czech Republic, https://www-cns.mkcr.cz/cns_internet/, 8. 8. 2023.

private law entities, the decision of the Ministry of Culture to grant these public rights gives them the right to act in the field of public administration. In order to be granted these authorisations, it is also necessary to fulfil the legal conditions, the fulfilment of which is again assessed by the Ministry in the context of the administrative procedure. In view of the fact that this is a 'transfer' of the exercise of certain public administration competences to an entity distinct from the State, and often involving public finances, it is legitimate that the State again sets the conditions and verifies their fulfilment in the administrative procedure.

Even though it follows from the above that churches and religious societies are graded in this way in the Czech Republic, it must be emphasized that all these levels are entitled without distinction to the rights arising from Article 16 of the Charter and legal protection of their performance, including the protection of their autonomy. This gradation is therefore in no way contrary to the Czech constitutional order or European standards, and the paradigm of the view here is only the prohibition of arbitrariness and discrimination⁴⁶ (similarly, the decision of the Constitutional Court of 27 November 2002, no Pl. ÚS 6/02, or the decision of the ECtHR Magyar Keresztény Mennonita Egyház and others against Hungary, dated 4 August 2014, no. 70945/11).

If churches have a legal personality, they are always legal entities under private law. After all, this also corresponds to the concept of a confessionally neutral state, which is applied in the Czech Republic. Although they are private entities, this does not preclude their possibility of participating in the administration of public affairs. On the contrary, the Czech legislation enables the broad involvement of churches, especially in the performance of activities that fulfill the mission of public administration as a service to the public. In the case of church marriages, the churches even act as executors of authoritative decision-making powers, thus exercising public power. We can consider this model as an appropriately set symbiosis of (predominantly) private law and (partial) public law features of churches in the Czech Republic.

⁴⁶ F. Husseini *et al.*, 492.

Катерина Фрумарова

Ванредни професор Управног и Финансијског права, Правни факултет,
Палаки Универзитет, Оломуц

ЦРКВЕ И ВЕРСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ У ЧЕШКОЈ РЕПУБЛИЦИ – ПРИВАТНЕ ИЛИ ЈАВНЕ ИНСТИТУЦИЈЕ?

Сажетак

Чланак је посвећен правној природи и статусу цркава у Чешкој Републици и обиму њихове аутономије. Индиректно из чешког законодавства произилази да се разликују три „нивоа“ статуса цркава: цркве као удружења физичких лица (без правног субјективитета), регистроване цркве (које имају статус правног лица по приватном праву) и регистроване цркве са такозваним посебним овлашћењима (правна лица приватног права са овлашћењима јавног карактера). Реч је о прилично сложеном систему где је, поред регистрације цркве и давања посебних права потребан и одређени облик државне интервенције у виду издавања административног акта.

Кључне речи: цркве, држава, аутономија, регистрација.

REFERENCES

Monograph, articles

- Frumarová K., „Legal Protection of State, National and Community Symbols in the Czech Republic“. in: *Constitutional and Legal Protection of State and National Symbols in Central Europe* (ed. Zoltan J. Tóth), CEA, Miskolc Budapest 2022, 93–134.
- Frumarová K., et al. *Spravnı právo procesnı*, Praha 2021.
- Husseini F., et al., *Listina základních prav a svobod. Komentár*, C. H. Beck, Praha 2021.
- Madlenakov L., *Cırkve a náboženské spolecnosti. Spravnepravnı aspekty jejich vzniku a ˇcinnosti*, Praha 2014.
- Kmec J. et. al., *Evropská umluva o lidskych pravech. Komentár*, Praha 2012.
- Krıž J., *Zákon o církvích a náboženských společnostech. Komentár*, Praha 2011.
- Riegel F., “Judikatura NSS: Církve a náboženské společnosti.” *Soudní rozhledy* 7–8/2019.

Stuna S., Švestka J., „Několik úvah nad postavením církví a náboženských společností v českém právním řádu“, *Právní rozhledy* 12/2001, 576–579.
Wagnerová E. et al., *Listina základních práv a svobod. Komentář*, Praha 2012.

Other sources

Charter of Fundamental Rights and Freedoms – Charter, Constitutional Act no. 2/1993 Coll., Charter of Fundamental Rights and Freedoms.
Act no. 3/2002 Coll., on freedom of religious faith and the status of churches and religious societies.
Decision of the Constitutional Court of 27 November 2002, no. Pl. ÚS 6/02.
Decision of the Constitutional Court of 1 July 2010, no. Pl. ÚS 9/07.
Decision of the Constitutional Court of 30 August 2017, no. III. ÚS 3591/16.
Decision of the Constitutional Court of 8 October 1998, no. IV. ÚS 171/97.
Decision of the Constitutional Court of 10 April 1998, no. II. ÚS 227/97.
Decision of the Constitutional Court of 26 March 1997, no. I. ÚS 211/96.
Judgment of the Supreme Administrative Court of 30 January 2013, no. 1 As 160/2012.
Judgment of the Supreme Administrative Court of 10 March 2023, no. 5 As 21/2022.
Judgment of the Supreme Administrative Court of 29 January 2008, no. 2 As 54/2007.
Judgment of the Supreme Administrative Court of 21 April 2016, no. 5 As 65/2015.
Judgment of the Supreme Administrative Court of 26 August 2021, no. 5 As 202/2020.
Judgment of the Supreme Administrative Court of 2 November 2006, no. 5 A 35/2002.
Judgment of the Supreme Administrative Court of 26 March 2015, no. 4 As 27/2015.
Judgment of the Supreme Court of 29 May 2006, no. 28 Cdo 1271/2006.
ECtHR judgment in the case of *Bayatyan v. Armenia*, Application no. 23459/03, July 7, 2011.
ECtHR judgment in the case of *the Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, Application no. 45701/99, 13 December 2001.
ECtHR judgment in the case of *Otto-Premiger-Institut v. Austria*, Application no. 13470/87, 20 September 1994.
Ministry of Culture of the Czech Republic, https://www-cns.mkcr.cz/cns_internet/, 8. 8. 2023.

THE SYSTEM OF SOURCES OF STATE RELIGIOUS LAW IN THE SLOVAK REPUBLIC**

Summary

Every state dispose of his own system of sources of state religious law, typically derived from history and quality of its relationships with the individual churches and religious societies of its territory. Right these rules regulate individual, as well as institutional religious freedom, considered nowadays to be one of the most important measures of cultural forwardness of given country and achieved level of the democratization of society. Although the Slovak Republic belongs to the states, where for the whole decades the socialist regime was applied that seriously endangered not only churches and religious societies, but even their believers, the contemporary system of sources of state religious law do not differ markedly from the majority of advanced European states, not omitting Western ones. Undisputed quality and guarantee of individual and institutional religious freedom provide not only internal sources of law, but even international Basic Treaty between the Slovak Republic and the Holy See that found its reflection in analogous (thought internal by its nature) Agreement between the Slovak Republic and Registered Churches and Religious Societies. The main goal of the article is to present in more detail the system of sources of state religious law in the Slovak Republic, pointing out its particularities, advantages, as well as insufficiencies.

Keywords: system, sources of law, state religious law, Slovak Republic, individual and institutional religious freedom.

1. Introduction

As generally known, Slovakian people traditionally maintained positive attitudes towards religion, as well as towards the individual churches and religious societies, especially the Catholic Church.¹ This status did not

* Professor at Comenius University in Bratislava, Faculty of Law, Institute of Canon Law, vojtech.vladar@flaw.uniba.sk

** The article is the output of scientific project VEGA No. 1/0548/22 entitled „The Crisis of Confidence and its Roman-Canonical Solutions”.

¹ I dealt with this question in more detail in the article V. Vladár, „The Legal Regulation of Religious Symbols in the Public Sphere in Slovakia”, in: *Religious Symbols in the Public Sphere*, (ed. Paweł Sobczyk), Budapest Miskolc 2021, 171–207.

change, rather contrary, in the times of socialist regime (1948–1989) that refused religion as a whole, preferred atheistic society, and on this basis subordinated individual churches and religious societies, but often even common believers to the strict state supervision. This fact manifested after its substitution with the democratic regime, when state seek to meet in maximal degree the social needs while securing not only the individual, but even institutional freedom. Since then we may speak on the excellent relationships between the churches and religious societies and the state. In spite of very rare attempts to enforce the Separation of state and church in the Slovak Republic still continues the cooperative model characterized by the harmonic cooperation between both *societates iuridice perfectae* and religious freedom, while respecting external and internal autonomy of churches and religious societies. Even the number of believers according to the last population census of 2021 remains more or less stable and this fact likewise illustrates mentioned positive relationships of Slovakian people to religion and churches and religious societies. This statement in principle did not change even contemporary liberalization under the influence of the Western culture on a long-term basis asserted even in the postsocialist European countries. But its reflection manifested partly especially in the reluctance to make other international, respectively internal contracts presupposed by the Basic Treaty between the Slovak Republic and the Holy See, as well as by the Agreement between the Slovak Republic and Registered Churches and Religious Societies.

Mentioned attitudes found its natural reflection also in the sources of state religious law, which remain in the Slovak Republic in several aspects conserved practically in the form of its passing in the times of the fall of the socialist regime, whereby this fact is evident from the first sight at the years of the promulgation of these laws. Concerning primary general characteristic of sources of Slovakian state religious law, its rules may be found especially in the normative legal acts of governmental bodies of the Slovak Republic (the Constitution of the Slovak Republic, constitutional laws and laws), which represent one-sided will of the lawgiver to regulate in generally binding way the behaviour of people, i.e. the addressees of legal rules. Further regulation of the rights and duties of individuals resulting from the rules of state religious law are contained also in the statutory orders of the government of the Slovak Republic, ordinances of the ministries of the Slovak Republic, as well as other central bodies of state administration. In the sense of special source of law we may speak even on the sentences of the Constitutional Court of the Slovak Republic. To the sources of law are on the other hand not ranked internal normative legal acts of ministries and

other central bodies of state administration (e.g. instructions, guidelines, decrees and provisions). The main goal of this study is to introduce the system of sources of Slovakian state religious law in general level, as well as within the context of its particularities.

2. Constitution of the Slovak Republic

Analogous to other democratic states, also in the Slovak Republic are fundamental rights and freedoms relating to the freedom of thought, conscience and religion entrenched in the Constitution of the Slovak Republic and from this source are other rules, apprehended towards it and constituted as *secundum et intra legem*, derived.² Although it is not legally binding text, regarding the history of Slovakia it is necessary first and foremost mention its Preamble that refers to the "... Cyrilo-Methodian spiritual heritage and historical legacy of Great Moravia".³ These words should reflect not only the legacy of the Slovakian history, but also traditionally excellent relationships between the churches and religious societies (distinctively with the Catholic Church) and state. From the point of view of three generations of human rights, the Constitution of the Slovak Republic ranks freedom of thinking, conscience and religion to the personal rights and freedoms incorporated to the first generation that pertain to every human being, regardless of his or her nationality, race, colour of skin, religion, political or other conviction, social origin, education, financial or social status, genetic qualities, including other individual attributes.⁴ Aforementioned illustrate their significance that acknowledged them Slovakian Constitution-maker after the fall of the socialist regime, whereby in the conception of theory of law they are conceived as natural-law character, since they are derived from the essence of every individual as human being.⁵ In the same manner they are perceived not only by the Constitution of the Slovak Republic, but even by the Constitutional Law No. 23/1991 Zb. that put into practice the Bill of Fundamental Rights and Freedoms. This source is still the part of the legal system of the Slovak Republic and represents the fundamental legal platform for special legal regulation in this area. This found its reflection also in the Constitution of the Slovak Republic, as well as in the Law No. 308/1991 Zb. on Freedom of Religious Belief and Status of Churches and Religious Societies.⁶

² Čl. 152, ods. 1 ústavného zákona č. 460/1992 Zb., Ústava Slovenskej republiky.

³ Preambula ústavného zákona č. 460/1992 Zb., Ústava Slovenskej republiky.

⁴ M. Čeplíková, *Konfesné právo v Slovenskej republike. Vybrané kapitoly z histórie a súčasnosti*, Ústav pre vzťahy štátu a cirkví, Bratislava 2011, 5.

⁵ See also S. Sousedík, *Svoboda a lidská práva*, Vyšehrad, Praha 2010, 40.

⁶ The legislator was inspired mainly by the standard documents of international law, like Universal Declaration of Human Rights, International Covenant on Civil and Political

From the contentual point of view, the Article 15 of the Bill of Fundamental Rights and Freedoms states that “Freedom of thinking, conscience and religion is guaranteed. Everyone has the right to change his or her religion or faith or be unreligious”.⁷ Article 16 then concretizes that everyone has the right to manifest freely his or her religion or faith either by him or herself, or along with others, privately or publicly, through worship, teaching, religious acts or observing religious ceremonies. For the mutual relationships between the state and churches and religious societies is important especially Section 2 of this Article that guarantees their autonomy and independence in their internal matters as follows: “Churches and religious societies administer their own matters, especially by establishing their own institutions, assigning clergymen and founding religious or other church institutions independently of public bodies”.⁸ Following this source then Article 24 of the Constitution of the Slovak Republic presents that “Freedom of thinking, conscience, religious belief and faith are guaranteed”.⁹ From the second sentence of Article 24, Section 1 then follows also the right to change his or her religious belief or faith and this enjoys the status of right pertaining to the *forum internum*, hence of absolute character.¹⁰ No

Rights or European Convention on Human Rights. L. Madleňáková, *Výhrada svědomí jako součást svobody myšlení, svědomí a náboženského vyznání*, Linde, Praha 2010, 28. V. Pavlíček *et al.*, *Ústavní právo a státověda. II. díl, část 2*, Linde, Praha 2004, 41. As a matter of interest we may mention that this Bill was in Czech Republic accepted, but only with the force of law and was not received into the text of the Constitution itself. Cf. ústavní zákon č. 4/1993 Sb. o opatřeních souvisejících se zánikem České a Slovenské Federativní Republiky. See also Z. Koudelka, V. Šimíček, „K právní povaze Listiny základních práv a svobod“, *Právník* 2/1996, 176.

⁷ Čl. 15, ods. 1 ústavného zákona č. 23/1991 Zb., ktorým sa uvádza Listina základných práv a slobôd.

⁸ As exerted in the democratic society, exercising of these rights could be limited by law only, in cases necessary in the democratic society for the protection of public order, health or morality or rights and freedoms of others. Čl. 24, ods. 4 ústavného zákona č. 460/1992 Zb., Ústava Slovenskej republiky.

⁹ Neither the Constitution, nor other sources of law specify mentioned terms and that leads to the deduction that their contentual analyse is reserved for the examination of other scientific branches, like theory of law, sociology, psychology, ethics or theology. A. I. Hrdina, *Náboženská svoboda v právu České republiky*, Eurolex Bohemia, Praha 2004, 59, 67. By their more detailed analysis we may draw the conclusion that the subject of protection of this Article is not religious freedom only, but even spiritual, respectively intellectual freedom of every human being, namely believer or atheist. As institutional guarantees of these freedoms may then be intended the churches and religious societies. J. Král *et al.*, *Ústavné garancie ľudských práv*, Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty Univerzity Komenského v Bratislave, Bratislava 2004, 72.

¹⁰ L. Madleňáková, *Výhrada svědomí jako součást svobody myšlení, svědomí a náboženského vyznání*, Linde, Praha 2010, 24.

one may be in addition forced to change his or her religious belief or faith, eventually to have any religious belief or faith at all, whereby any legal limitations may be derived from this obligation.¹¹ Last sentence of the Section 1 then adds that “Everyone has a right to manifest his thinking publicly” and finally Section 2 emphasizes that “Everyone has a right to freely manifest his or her religion or faith either all by oneself or with others, privately or publicly, through worship, religious activities, observing ceremonies or participating in its education”.¹² Similarly as in the case of freedom of thinking, conscience, religion belief or faith, even to the public manifestation of his or her thinking nobody can be compelled.¹³

With reference to the institutional religious freedom, the Constitution of the Slovak Republic in its Article 1 implicitly declares the principle of pluralism in the spiritual area. This one therefore constitutes in its Section 1 that “Slovak Republic is sovereign, democratic and legally consistent state. It does not bind to any ideology or religion”. For these reasons is in the legal system of Slovak Republic evident the application of the principles of non-privileging or, on the contrary, prohibition of preferential treatment of any church or religious society. In accordance with the principle of confessional neutrality of state any church or religion society may dispose of dominant or privileged status.¹⁴ Following the Bill of Fundamental Rights and Freedoms, the Article 24, Section 3 of the Constitution proclaims respect and legal guarantees of individual identity of churches and religious societies that administer their matters themselves, especially establishing their own bodies, appointing clergymen, providing teaching of religion, constituting religious orders and other institutions independently of state bodies.¹⁵ Thus it is evident that Constitution guarantees their autonomy and independence in internal matters, which are related to the organization of church life

¹¹ Mentioned may be supported with the reference to the Article 1 of the Constitution, constituting that Slovak Republic is not bound to any ideology or religion. čl. 1 ústavného zákona č. 460/1992 Zb., Ústava Slovenskej republiky. Although the legal system of the Slovak Republic recognizes the institutions of oath in the Criminal law, swearing upon the Holy Scripture is forbidden, with reference to mentioned Article. J. Čentéš *et al.*, *Trestný poriadok. Veľký komentár*, Eurokódex, Žilina 2017, 944.

¹² See also R. Čikeš, „Náboženská sloboda v slovenskom konfesnom systéme“, in: *Vzťahy štátu a cirkvi v Európe: Súčasná otázky a trendy na začiatku 21. storočia. Zborník z rovnomennej medzinárodnej konferencie, ktorú usporiadal Ústav pre vzťahy štátu a cirkvi v Bratislave v dňoch 8.–10. novembra 2007* (ed. Lucia Grešková), Bratislava 2008, 32.

¹³ Č. 2, ods. 3 ústavného zákona č. 460/1992 Zb., Ústava Slovenskej republiky.

¹⁴ G. Robbers, „Vztah státu a církve v Evropě“, *Revue církevního práva* 2/2000, 87.

¹⁵ L. Madleňáková, *Výhrada svědomí jako součást svobody myšlení, svědomí a náboženského vyznání*, Linde, Praha, 2010, 57.

and independency from the power of state. Also the Article 29, Section 4 of the Constitution points out at last that religious organizations are separated from state.¹⁶ Within this context it is necessary to highlight these freedoms are granted only to the corporate entities, which may also solely reclaim their violation.¹⁷ As mentioned, this provision, in combination with Article 1, Section 1, may not be interpreted in the sense of constitutional rule establishing the Separation of church and state.¹⁸ State thus do not interfere with the internal matters of any church or religious societies, whereby the condition of exercising of their rights may be limited by law only, in case of measurements necessary in the democratic society for the protection of public order, health and morality or rights and duties of others.¹⁹

3. International Law and Internal Treaties

As mentioned, to the component parts of the legal system of the Slovak Republic are ranked also the treaties of international, as well as internal character, which regulate the matters of state religious law. First mentioned are yet governed by the rules of international law, contained especially in the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (Ordinance of the Foreign Office No. 15/1988 Zb.). From these sources we may mention first and foremost the sources of international law that take precedence over the laws of the Slovak Republic. To these are ranked also multilateral treaties regulating the matters of religious freedom, in the concrete the European Convention on Human Rights of 1950 and International Pact on Civil and Political Rights of 1966.²⁰ These treaties namely fall under the Article 7, Section 5 of the Constitution of the Slovak Republic determining that international treaties on human rights and basic freedoms, international laws to

¹⁶ From this also results the non-existence of any supervision over the churches and religious societies. Ministry of Culture through its Church department provides only exercising of state religious law rules and directs methodically especially distribution of advisory funds to the churches and religious societies from the state budget. J. Juran, „Vzťah cirkví a štátu“, in: *Vzťahy štátu a cirkví v Európe: Súčasné otázky a trendy na začiatku 21. storočia. Zborník z rovnomennej medzinárodnej konferencie, ktorú usporiadal Ústav pre vzťahy štátu a cirkví v Bratislave v dňoch 8.–10. novembra 2007* (ed. Lucia Grešková), Bratislava 2008, 13.

¹⁷ M. Čeplíková, 155–156.

¹⁸ J. Drgonec, *Ústava Slovenskej republiky. Komentár*, Heuréka, Šamorín 2004, 165.

¹⁹ Čl. 24, ods. 4 ústavného zákona č. 460/1992 Zb., *Ústava Slovenskej republiky*. Mentioned constitutional criteria of limiting of freedom of religion and faith, as well as the activities of churches and religious societies are the same with the criteria of its registration or deregistration. M. Čič *et al.*, *Komentár k Ústave Slovenskej republiky*, Matica slovenská 1997, 140n.

²⁰ M. Čeplíková, 220.

which execution individual law is not necessary, and international treaties that directly establish rights and duties of natural persons or corporate entities, which were ratified and promulgated in a way set by law, take precedence over the laws of the Slovak Republic. Since Slovak Republic is the part of the European Union (from 2004), even their rules regulating matters of state religious law are to be fully respected.²¹ The representatives of the European Union declared the decision to protect individual religious freedom with reference to the Article 6, Section 2 of the Treaty on European Union to respects human rights guaranteed by the European Convention on Human Rights. Concerning the status of churches and religious societies, distinctively important is the Article 17, Section 1 of the Treaty on European Union. According to this Article the European Union respects and does not regulate the status of the churches and religious societies governed by the legal regulation of the member states and in this sense the European Union respects also the status of non-confessional organizations. The Treaty on European Union take precedence over the laws of the Slovak Republic while applying it.²²

With reference to the law of the European Union, we may not speak *stricto sensu* on the European state religious law. Primary communitarian law (i.e. Treaty on European Union or directives of the European Parliament) does not deal with the institutional religious freedom at all, since the primary aspect of the European integration in its beginning was the area of economy and protection of human rights, not guarantying the rights of the institutions. On the other hand the component of the communitarian law is the regulation of the individual religious freedom (in accordance with the European Convention on Human Rights). The European Union thus in this area constitutes certain principles that bind its own structures. Provisions of foundation treaties (on establishing the European Community, as well as establishing of the European Union) declare several principles or duties in respect of religious freedom, namely the principles of neutrality, tolerance, parity, loyalty, subsidiarity and proportionality.²³ The religious freedom

²¹ See also M. Čeplíková, „Transformácia štátneho cirkevného práva Slovenskej republiky“, in: *Teoretickoprávne súvislosti vstupu suverénneho štátu do Európskej únie* (ed. Daniela Lengyelová), Bratislava 2001, 301.

²² Čl. 7, ods. 2 ústavného zákona č. 460/1992 Zb., Ústava Slovenskej republiky.

²³ In more detail, the principle of neutrality concerns the neutrality of the bodies of European Union in the world-view questions; principle of tolerance concerns the religious faith and word-views; principle of parity is to be identified with the duty to keep equal attitude to all religious societies; principle of loyalty then refers to the respect of constitutional structures of the member states, including the prohibition of one-sided adapting of the systems of state religious law to certain model, while respecting the traditional

according to the European-supranational standards is protected also by the secondary communitarian law by means of sentences of the European Court of Justice (court of European Union) applying in its activities the principles of the European community and according to the European-international standards the judicature of the European Court of Human Rights (court of the Council of Europe) deciding in accordance with the European Convention on Human Rights the cases concerning the individual religious freedom.²⁴ To these sources of law do not belong various declarations accepted by the United Nations or by the European Parliament of recommendatory or appealing nature. On the other hand, the Declaration of United Nations on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief of 1981 appeals to the member states to bend the law in a way the addressees could really make use of it.²⁵

As mentioned, the status of members of the Catholic Church (Roman Catholic, as well as Greek Catholic) in Slovakia is influenced substantially by the Basic Treaty between the Holy See and the Slovak Republic. Namely, political representatives from the second half of nineties understood very well that for such initiatives will have wide social support, with reference to high percentage of the representation of Catholic believers.²⁶ Final text of this treaty was approved by government, then discussed and approbated by the National Council of the Slovak Republic and finally on 18th December 2000 in the Vatican City the instruments of ratification were interchanged, whereby the treaty came into force.²⁷ This source is followed by so-called

and functioning institutions of the state religious law in the member states; principle of subsidiarity then requires the abstention of the bodies of European Union in case of doubts about matters of state religious law, whereupon the bodies of European Union are activated only then, when the aims may not be reached by the member states and may be better reached by the European Union; according to the principle of proportionality the activities of European Union does not cross the content and form of what is important to reach the goals of the treaties. See also L. Batka, *et al.*, *Základný právny rámeč organizácie a správy registrovaných cirkví a náboženských spoločností na Slovensku*, Wolters Kluwer, Bratislava 2023, 29.

²⁴ Čl. 9 Európskej konvencie o ľudských právach.

²⁵ See also M. Moravčíková, E. Valová, *Ročenka Ústavu pre vzťahy štátu a cirkví*, Ústav pre vzťahy štátu a cirkví, Bratislava 2006, 24.

²⁶ According to the sociological research „Náboženstvo 1998“, organized by the Sociological institution of the Slovak Academy of Science, 68,7 % of the citizens of Slovak Republic were Catholics. M. Čepíková (2011), 192.

²⁷ Čl. 24, ods. 2 Základnej zmluvy medzi Slovenskou republikou a Svätou stolicou. In the Collection of Laws of the Slovak Republic was issued on 23rd August 2001 under no. 326/2001 Z.z. as the announcement of the Foreign Ministry of the Slovak Republic. This source is ranked to the international treaties of presidential type that require not only approval of government, but also of parliament and the ratification by the President of

partial treaties, which were in advance assumed by the basic treaty, concerning financial provisions of the Catholic Church, education and teaching of religion and cure of souls in the armed and army forces.²⁸ Until now the treaty on reservation of conscience was not contracted, as well as the treaty on financial provisions, whereby in the near future we may not suppose that it will happen, especially with reference to the passing of Law no. 370/2019 Z.z. on the Financial Support of the Churches and Religious societies.²⁹ In connection with these treaties it is important to point out they are not self-enforceable, so they may not be applied on relevant social relationships directly. However, the Slovak Republic is under contract obliged to adapt its legislation to be in accordance with mentioned international-law obligations. Considering the content of the basic treaty, Slovak Republic obliged itself to guarantee the inviolability of the sacred places and seal of confession, respect specified Church feast as public holiday, afford facilities for the Catholic education of children in schools and pre-school institutions and to recognize publicly marriages contracted in accordance with canon law.³⁰

Slovak Republic. M. Šmid, „Základná zmluva medzi Slovenskou republikou a Svätou stolicou“, in: *Ročenka Ústavu pre vzťahy štátu a cirkvi 2000*, Bratislava 2001, 39–41, 125.

²⁸ In the concrete, these treaties are actual: Treaty between Slovak Republic and Holy See on the Cure of Souls in the Armed and Army Forces issued on 28th November 2002 under no. 648/2002 Z.z. as the announcement of the Foreign Ministry of the Slovak Republic and Treaty between Slovak Republic and Holy See on the Catholic Education and Schooling issued on 9th July 2004 under no. 394/2004 Z.z. as the announcement of the Foreign Ministry of the Slovak Republic. For example, following the first one was constituted the Military Ordinariate of Slovakia for the armed forces of Slovak Republic, as an individual diocese raised with the personal principle for the believers in the army, police and prison service, with the bishop at its head. It has also its own canonical, as well as state subjectivity and is organizationally integrated to the armed forces of Slovak Republic. M. Moravčíková, „Otázky hodnôt, cirkevná politika a spoločensko-politické dimenzie neprijatia zmlúv o práve uplatňovať výhrady vo svedomí v Slovenskej republike v roku 2006“, in: *Výhrada vo svedomí. Conscientious Objection* (ed. Michaela Moravčíková), Bratislava 2007, 353. Both of these sources were by the National Council of the Slovak Republic classified as international treaties according to the Article 7, Section 5 of the Constitution of the Slovak Republic with the priority to the laws of the Slovak Republic. M. Moravčíková, „Štát a cirkev v Slovenskej republike“, in: *Štát a cirkev v postsocialistickej Európe* (ed. Silvia Jozefčíaková), Bratislava 2003, 117.

²⁹ Financial treaty was thus replaced by this new law on the financing of the churches and religious societies that is not perfect in any way. The main reproach consists in the fact this source was issued unilaterally and not on the level of the treaty of international law. Zákon č. 370/2019 Z.z. o finančnej podpore cirkví a náboženských spoločností.

³⁰ We may distinctively mention also the right to cure of the souls in the detention institutions and houses of correction meant for the execution of punishment of imprisonment. Although all rights of the Catholic Church were from 1989 settled in other legal regulations, this treaty changed the legal force of their regulation. P. Kubina, „Úprava vzťahu

Because of complying with the principle of parity, the individual governments of the Slovak Republic supposed from 1999 the submission of individual draft law on fundamental relationships of state and churches and religious societies. After all the conclusion was drawn that for the completion of this aim will be adequate to revise the Law no. 308/1991 Zb. on Freedom of Religious Belief and Status of Churches and Religious Societies, what happened in 2000.³¹ It was embodied in the declaration of parity of all churches and religious societies and in the recognition of their rights to conclude bilateral treaties with state.³² This advantage immediately took eleven of them and in 2001 submitted the proposal of basic contract with state that was approved in 2002, at first by government and then National Council of the Slovak Republic.³³ Of course, since non-Catholic churches and religious societies are not the subjects of international law, in their case only internal treaties were supposed. With reference to the absence of similar source in the legal system of Slovakia, this document is usually designated as the atypical internal treaty *sui generis*.³⁴ It is not surprising that paradigms for the creation of this treaty and its content were found in the Basic Treaty between the Holy See and the Slovak Republic.³⁵ The main principle of the regulation of the mutual relationships is religious freedom and opportunity to realize the conviction and own attitude of the believers, whereas Slovak Republic considers all the contractual churches and religious societies to

štátu a katolíckej cirkvi v Slovenskej republike a jej východisk”, *Justičná revue* 2/2003, 148–167.

³¹ Zákon č. 394/2000 Z.z.

³² Čl. 4, ods. 2 zákona č. 394/2000 Z.z. This provision have to be interpreted within the context of Article 1, Section 1, second sentence of the Constitution of the Slovak Republic that declares that Slovak Republic does not bind to any ideology or religion. In such a way the equality of the churches and religious societies was expressed explicitly and settled legally that was until now only factual. See also M. Čepčíková (2011), 203–205.

³³ In the concrete we refer to these contractual subjects, representing according to the census of population and housing of 2011 summarily 10,4 % of the total number of citizens of Slovakia: Evangelical Church of the Augsburg Confession in Slovakia; Reformed Christian Church in Slovakia; Orthodox Church in Slovakia; Evangelical Methodist Church, Slovak Province; Unity of the Brethren Baptists in Slovakia; Church of the Brethren in Slovak Republic; Seventh-day Adventist Church, Slovak Congregation; Apostolic Church in Slovakia; Central Union of the Jewish Religious Communities in the Slovak Republic; Old-Catholic Church in Slovakia and Czechoslovak Hussite Church in Slovakia. See also J. Juran, 19.

³⁴ I. Kanárik, *Informatívne pôsobenie práva. Zborník z medzinárodnej konferencie: Public administration & informatics within public administration 2002, Lázně Bohdaneč 16.–18. 9. 2002*, Univerzita Pardubice, Fakulta ekonomicko-správná, Pardubice 2002, 84–85.

³⁵ R. Čičeš, *Vzťahy štátu a cirkvi na Slovensku*, Ústav pre vzťahy štátu a cirkvi, Bratislava 2010, 71.

be independent and autonomous subjects. The treaty remains open to the future for other registered churches and religious societies, while new subject may accede on the ground of unanimous consent of the subjects already engaged.³⁶ Also this source has normative character and supposed from the beginning also making partial contracts in the same areas, as mentioned in the case of the Catholic Church.³⁷

4. Laws, Legislative Rules and Sentences of the Constitutional Court of the Slovak Republic

First and foremost, it is necessary to mention rather short Law no. 308/1991 Zb. on Freedom of Religious Belief and Status of Churches and Religious Societies consisting of 25 paragraphs and supplement containing the list of the churches and religious societies registered by the state.³⁸ From the contentual point of view we may divide it in three parts, of which first presents general provisions, regulating religious freedom, its guarantees and realization. The Paragraph 1, Section 1 determines the fundamental rights referring first and foremost to the Bill of Rights and Fundamental Freedoms and indirectly also to the state contractual obligations resulting from the international human-right documents. Then transposes and

³⁶ It was issued in the Collection of Laws of the Slovak Republic by the publication of its complete text under no. 250/2002 Z.z. under the title "Agreement between Slovak Republic and Registered Churches and Religious Societies".

³⁷ In the concrete, we refer to the area of education, financial provision, exercising of pastoral care in the armed and police forces and applying of the reservation of conscience. Until now, analogous to the Catholic Church, were contracted: Agreement between Slovak Republic and Registered Churches and Religious Societies on Religious Education and Schooling (no. 395/2004 Z.z.) and Agreement between Slovak Republic and Registered Churches and Religious Societies on the Exercise of Pastoral Care to their Believers in the Armed Forces of Slovak Republic (no. 270/2005 Z.z.). See also M. Čepčíková (2011), 211.

³⁸ In the Slovak Republic are in 2023 registered these churches and religious societies: 1. Apostolic Church in Slovakia; 2. Bahá'í Faith in Slovak Republic; 3. Unity of the Brethren Baptists in Slovakia; 4. Seventh-day Adventist Church, Slovak Congregation; 5. Church of the Brethren in Slovak Republic; 6. Czechoslovak Hussite Church in Slovakia; 7. Church of Jesus Christ of Latter-day Saints; 8. Evangelical Church of the Augsburg Confession in Slovakia; 9. Evangelical Methodist Church, Slovak Province; 10. Greek Catholic Church in Slovak Republic; 11. Christian Corps in Slovakia; 12. New Apostolic Church in Slovak Republic; 13. Religious Society of Jehovah's Witnesses in Slovak Republic; 14. Orthodox Church in Slovakia; 15. Reformed Christian Church in Slovakia; 16. Roman Catholic Church in Slovak Republic; 17. Old-Catholic Church in Slovakia; and 18. Central Union of the Jewish Religious Communities in the Slovak Republic. Majority of these churches or religious societies was recognized on the ground of so-called received registration. Príloha k zákonu č. 308/1991 Zb. o slobode náboženskej viery a postavení cirkví a náboženských spoločností.

specifies the provision of the Article 24 of the Constitution of the Slovak Republic in the sense that confessing of religious belief may not be the reason of restriction of the constitutionally guaranteed rights and freedoms of the citizens, especially right to education, selection and exercise of profession or access to the information.³⁹ The status of churches and religious societies is specified by this law as autonomous legal entities *sui generis*, to which state maintains individual approach and cooperates with them on the principle of partnership cooperation.⁴⁰ Indirectly we may characterize them as non-profit organizations of non-governmental sector that, along with their cure of souls, exercise also various public services and humanitarian activities.⁴¹ Even though this law does not mention it, churches and religious societies are considered to be the subjects with the status similar to public corporations.⁴² The second part of the law then contains the enumeration of rights of the believers, as well as of recognized churches and religious societies. The third part defines the conditions to obtain the status of registered church or religious society and to claim on that ground purposefully bound financial subsidies from the state.⁴³ The registering body is the Ministry of

³⁹ Čl. 2 zákona č. 308/1991 Zb. o slobode náboženskej viery a postavení cirkví a náboženských spoločností.

⁴⁰ On that account they have their own internal structure, bodies, internal regulations and ceremonies, may associate with one another, establish communities and religious orders, societies and other similar corporations. Čl. 5, ods. 2 zákona č. 308/1991 Zb. o slobode náboženskej viery a postavení cirkví a náboženských spoločností. See also J. Juran, 13. Their individual character consists in their doctrinal and spiritual base. State, however, recognizes only registered churches and religious societies. Čl. 4, ods. 4 zákona č. 308/1991 Zb. o slobode náboženskej viery a postavení cirkví a náboženských spoločností and zákon č. 192/1992 Zb. o registrácii cirkví a náboženských spoločností. But in the territory of Slovak Republic attends also approximately 50 non-traditional religious aggregations without registration. M. Čepliková (2011), 122.

⁴¹ R. Čikeš (2010), 39.

⁴² Clergymen of registered churches and religious societies obtain the status of public officers especially while assisting the church marriage, considered in Slovak Republic to be equal with the marriage before the state registry. Zákon č. 36/2005 Z.z. o rodine.

⁴³ Summarizing, the most important of their rights are: right to the personal salaries for the clergymen, fund contributions and meeting the partial costs to the operation of their centrals; right to contend with 2 % of income tax of natural persons, as well as corporate entities; exemption from taxation of church collections and gifts; exemption from local real estate taxes for the sacral objects; right to the exemptions from the Labour Code; right to teach religion at the state schools; right to establish church schools, special-purpose institutions of social and charitable character; right of church wedding and burying; right of exercising of spiritual services in army, police, jails and social institutions; right to entry the public-law media; right to silence of the clergymen; right to send their own representatives abroad and receiving the representatives of churches and religious societies from abroad etc. As mentioned, fundamental human rights and duties have, according to the Constitution of the

Culture of Slovak Republic, whereas the proposal presents at least three-man preparatory body of the church or religious society.⁴⁴

After the special regulation of Slovak state religious law we may mention also other laws regulating various aspects of status of churches and religious societies, eventually special areas of religious freedom and status, respectively activities of churches and religious societies.⁴⁵ At first we will mention laws oriented towards financing of churches and religious societies, respectively laws enabling the restitution of properties nationalized in the times of socialist regime. Main law from this area is the actual Law No. 370/2019 Z.z. on the Financial Support of the Churches and Religious Societies that regulates financial subventions for the salaries of clergymen, funds contributions and partially also for the operation of the headquarters of the churches and religious societies.⁴⁶ Within this context we may not forget also the regulations supporting the activities of the churches and religious societies in the form of tax, customs and other relieves.⁴⁷ With reference to the process of restitution, we may remind that Slovak Republic

Slovak Republic, assured also the members of non-registered churches and religious societies. See also L. Macháčková, M. Dojčár, „Registrované cirkvi a náboženské spoločnosti v Slovenskej republike v roku 1999”, in: *Ročenka Ústavu pre vzťahy štátu a cirkvi 1999* (eds. Michaela Moravčíková *et al.*), Bratislava 2000, 11.

⁴⁴ Čl. 18 ods. 1 písm. i) Zákona č. 575/2001 Z.z. o organizácii činnosti vlády a organizácii ústrednej štátnej správy; zákon č. 192/1992 Zb. o registrácii cirkví a náboženských spoločností and čl. 10, ods. 2 zákona č. 308/1991 Zb. o slobode náboženskej viery a postavení cirkví a náboženských spoločností. All the churches and religious societies interested in this status have to, besides other administrative terms, prove that at least 50 000 of full-aged members with permanent address in Slovak Republic avow to them. The Ministry of Culture at the same time keeps the register of all the church corporate entities including those deriving their legal personality from registered churches and religious societies. As indicated, churches or religious societies acting in defiance with the law or conditions of registration could be deregistered by the administrative procedure of the same body. Čl. 19 zákona č. 308/1991 Zb. o slobode náboženskej viery a postavení cirkví a náboženských spoločností. Although the Ministry of Culture may be designated as central body of state administration in the matters of churches and religious societies, in all conscience it is not superior to them and it may not interfere with their internal matters or methodically direct their activities. M. Čepčíková (2011), 124.

⁴⁵ Several of them regulate not only social relationships or facts of general character but contain also the aspects of state religious law in their concrete rules. See also Ľ. Batka, *et al.*, 29.

⁴⁶ Of eighteen registered churches and religious societies the claim for the state subsidy do not assert Religious Society of Jehovah's Witnesses in Slovak Republic, Christian Corps in Slovakia, Bahá'í Faith in Slovak Republic and the Church of Jesus Christ of Latter-day Saints. Príloha č. 2 k zákonu 370/2019 Z.z.

⁴⁷ Zákon č. 582/2004 Z.z. o miestnych daniach a miestnom poplatku za komunálne odpady a drobné stavebné odpady and zákon č. 595/2003 Z.z. o dani z príjmov.

was the first from all the post-communist countries with the law of restitution that prescribed to the obliged persons to return the real estates, as well as movable estates to these subjects.⁴⁸ It all started even in the times of common Czechoslovak state and then continued after constituting of independent Slovak Republic, namely in several phases. The first regulation was so-called general law of restitution Law FZ ČSFR no. 403/1990 on Reduction of Consequences of Some Property Injustices that was followed by other more specifically oriented laws, in the concrete Law FZ ČSFR no. 298/1990 Zb. on Regulation of Some Proprietary Relationships of Religious Orders and Congregations and Archbishopric of Olomouc (as amended by the Law no. 338/191 Zb.); Law FZ ČSFR no. 228/1991 Zb. on Regulation of Proprietary Relationships to the Land and Other Agricultural Property; Law no. 282/1993 Z.z. on Reduction of Some Property Injustices Imposed to Churches and Religious Societies; and finally the Law no. 161/2005 Z.z. on Restitution of Property to Personal Estate to Churches and Religious Societies and Transition of Property to Some Real Estate.⁴⁹

Several regulations protecting freedom of thinking, conscience and religion, including its public practice, contained also the Law no. 300/2005 Z.z., Criminal Code. Subject matters concerning state religious law are especially Paragraph 340, Section 3 (Misprision of Felony); Paragraph 341, Section 4 (Defeating of Crime); Paragraph 54, Section 2, Letter b) (Penalty of Banishment); Paragraph 418 (Genocide); Paragraph 423 (Vituperation of Race, Nation and Conviction); Paragraph 140, Letter e) (Individual Motive); Paragraph 140a (Crimes of Extremism); Paragraph 193 (Restriction of the Freedom of Religion); Paragraph 359, Section 1 (Violence against Group of Citizens and Individual); Paragraph 189, Section 2, Letter c) (Blackmailing); Paragraph 143, Section 1, Letter d) (Homicide); and Paragraph 155, Section 2, Letter c) (Bodily Harm). The same may be asserted with reference to the Law No 301/2005 Z.z., Code of Criminal Procedure. Within this context it is appropriate to mention Paragraph 130, Section 2 (Right of the Witness not to Testify); Paragraph 510, Section 2, Letter b) (Permission to Extradition); and Paragraph 4 (Cooperation with the Associations of Citizens and Credible Person).⁵⁰ Within this context we may not forget the legislative

⁴⁸ M. Čeplíková, *Konfesné právo v Slovenskej republike. Vybrané kapitoly z histórie a súčasnosti*, Ústav pre vzťahy štátu a cirkví, Bratislava 2011, 161.

⁴⁹ F. X. Halas, *Vzťahy medzi štátom a cirkví hľadiska jejich mezinárodného rozměru*, Univerzita Palackého v Olomouci, Cyrilometodějská teologická fakulta, Olomouc 2002, 51.

⁵⁰ Distinctively is protected also the right not to testify, as well as the right of churches and religious societies to participate in the penitentiary work with convicted persons. Čl. 17, ods. 4 zákona č. 171/1993 Zb. o Policajnom zbere SR; čl. 8 vyhlášky č. 346/2008 Z.z. (Poriadok výkonu trestu) and § 44, ods. 1 zákona č. 221/2006 Z.z. o výkone väzby. The

rule of Ordinance no. 136/2008 Z.z. (Order of Execution of Punishment of Imprisonment) that regulates closely performance of spiritual activities while executing of punishment of imprisonment in the given institutions.⁵¹ Several of mentioned provisions represent in fact the concretization of relevant articles of the Basic Treaty between Slovak Republic and Holy See, respectively Agreement between Slovak Republic and Registered Churches and Religious Societies.⁵²

State religious rules are contained also in the valid Labour Code (Law No. 311/2001 Z.z.) that allows, according to the Paragraph 3, Section 3, to apply in subsidiary way its regulations on the labour relations of the employees of churches and religious societies while performing the spiritual activities. From other sources of state religious law valid in the Slovak Republic we may mention also laws concerning education and schooling, in the concrete Law no. 279/1993 Z.z. on Educational Institutions that widened the sphere of competence of churches and religious societies also to the area of pedagogical work; Law no. 245/2008 Zb. on Education and Schooling, so-called Educational Law; respectively Law no. 131/2002 Z.z. on Universities. Personal status of believers is then regulated especially by the Law no. 36/2005 Z.z. on Family and Law no. 154/1994 Z.z. on Register Offices (especially Law no. 14/2006 Z.z.) that deal especially with the possibilities to contract marriage before the body of registered church or religious society.⁵³ From the state religious law area we may mention also the Law no. 365/2004 Z.z. on Equal Treatment in Some Areas and Protection from Discrimination (as amended by the Law no. 539/2005 Z.z. and Law no. 326/2007 Z.z.). Within this context we may mention especially the regulation of Paragraph 8, Section 2 stating that in case of registered churches, religious societies and other corporate entities whose activities

right of the convicted persons for the cure of souls is expressed in other source of law. Čl. 68, ods. 1 zákona č. 475/2005 Z.z. o výkone trestu odňatia slobody.

⁵¹ I dealt with this topic in more detail in my article V. Vladár, „Freedom of Conscience and Religion in the Family and Criminal Law of the Slovak Republic”, *Law, Identity and Values* 2/2021, 163–178.

⁵² M. Čeplíková, „Súčasný stav konfesného práva v Slovenskej republike“, *Vzťahy štátu a cirkvi v Európe: Súčasnú otázky a trendy na začiatku 21. storočia. Zborník z rovnomennej medzinárodnej konferencie, ktorú usporiadal Ústav pre vzťahy štátu a cirkvi v Bratislave v dňoch 8.–10. novembra 2007* (ed. Lucia Grešková), Bratislava 2008, 23.

⁵³ Čl. 4; čl. 2 a čl. 5; čl. 17, písm d; čl. 30 ods. 1; čl. 112 zákona č. 36/2005 Z.z. o rodine. Contentual shift of valid Law on Family is especially the Article 4 and Paragraph 30, Section 1, passed in accordance with international-law obligations of the Slovak Republic. Under their authority the parents have the right to raise their children according to their own religious and philosophical conviction. Čl. 4 a čl. 30, ods. 1 zákona č. 36/2005 Z.z. o rodine.

are based upon religion or faith, it is not qualified as discriminating the unequal treatment by reason of religion or faith, when dealing with employment in these organizations or performing the activities for these organizations, and according to the character of these activities or within the context of its performing, religion or faith of a person is considered to be the fundamental, legitimate and reasonable request for the employment in these organizations.⁵⁴

Now we will mention the Law no. 241/1993 Z.z. on Public Holidays, Rest Days and Memorial days that recognizes several Church feasts as rest days. Finally we will refer to the Law no. 480/2002 Z.z. on Asylum that supposes approval of asylum to the person requiring it also in the case of persecuting him or her for religious reasons. Under the term “religion” this law subsumes also opinion or form of personal and social behaviour based on the religious belief.⁵⁵ Since in Slovakia even the sentences of the Constitutional Court of the Slovak Republic considered to be the sources of law, relevant decisions concerning state religious law are also very important. Distinctively significant is within this context especially the sentence of the Constitutional Court of the Slovak Republic from 2000 (record reference III. ÚS 64/00), according to which it is possible to claim the right in the independent and impartial court (i.e. the court of the Slovak Republic) according to the Article 46, Section 1 of the Constitution of the Slovak Republic even in the case of Church-law relationships, previously heard and decided by the Church courts. According to this sentence of the Constitutional Court of the Slovak Republic labour-law or civil-law aspects of performance of the spiritual activities are entirely regulated by the legal system of the Slovak Republic. By accepting the decisions of Church bodies referring to the legal relationship of the petitioner (clergyman) with the body of the Catholic Church as decisions reflected according to the Paragraph 135, Section 2 of Civil Procedure Act by the District Court in Nitra and Regional Court in Nitra, these state courts violated rights of the petitioner to judicial and other protection according to the Article 46, Section 1 of the Constitution of the Slovak Republic and right to the remuneration for work performed according to the Article 36, Letter a) of the Constitution of the Slovak Republic.⁵⁶

⁵⁴ Čl. 8, ods. 2 zákona č. 365/2004 Z.z. o rovnakom zaobchádzaní v niektorých oblastiach a o ochrane pred diskrimináciou.

⁵⁵ Čl. 8, písm. a) zákona č. 480/2002 Z.z. o azyle.

⁵⁶ See also M. Čepčíková (2011), 151–152.

5. Conclusions

As evident, in the Slovak Republic are valid several rules that in various measures and various areas regulate status of churches and religious societies as societies *sui generis*. State even engaged to regulate its relationship to the churches and religious societies in contractual form, namely in the sense of rules of international law (in relation to the Catholic Church), eventually in the form of internal contracts with non-Catholic churches and religious societies. Accommodating steps on the part of the politicians may be easily explained especially by the fact of high religiousness and efforts to gain points in the political competition. Even results of the last population census of 2021 reveals that in Slovakia is without any religion 23,8 % of population, whereby 6,5 % of population refused to express to this question. This implies that to some church or religious society belongs 69,7 % of population and largest number of believers are the members of Latin, so-called Roman Catholic Church, in the concrete 55,8 %. From the point of view of concrete believers, majority of them in various researches mentioned that reason of their membership in some church or religious society is especially ethical aspects of religion and its ability to stabilize the family, as well as interpersonal relationships. Large part of believers then underlined that in religion they find the meaning and aim of life, whereas tepid in faith highlighted its abilities to help in hard life situation.⁵⁷ Of course, all the worse was to handle the decades of lack of freedom under the rule of communists in the common Czechoslovak state that limited not only institutional, but even individual religious freedom. Also, on that account after the fall of communism the state tried hard to establish and guarantee to the future the religious freedom in a way enabling the development of superior religious and church life. This approach naturally led to the developing of excellent collaboration between state and churches and religious societies, in favour of all concerned.⁵⁸

In addition to these particularities and advantages of the Slovak system of sources of state religious law we may point out also several larger or smaller negatives. Within this context we may mention especially

⁵⁷ On the other hand, respondents most critically expressed themselves to the involvement of churches and religious societies in politics. See also R. Čikeš (2010), 88, 90.

⁵⁸ Also on this account it is logical that contemporary status of the legal regulations of relationships between state and churches and religious societies in Slovak Republic is within the European context comparable especially to the situation in Czech Republic. That fact is only natural consequence of common historical development in the united state from 1918 that followed the antecedent practice of Austria-Hungary. J. Juran, 12.

alibism of our politicians that on the one hand praiseworthy agreed with the acceptance of Basic Treaty between the Slovak Republic and the Holy See, but on the other hand not in the form of self-enforceable treaty and several problems result from this fact. To mention only some of them, first and foremost we may refer to the non-passing of several treaties supposed not only by the Basic Treaty between the Slovak Republic and the Holy See, but also by the Agreement between the Slovak Republic and Registered Churches and Religious Societies. One of them is for example the treaty on reservation of conscience. As generally known, this absolute right allows the individual to refuse to pay civil, labour, official or other similar duty on account of its conflict with the conscience or religious belief. Last effort to transplant this treaty finally led not only to the fall of the government (2006), but also met objections that it interferes in the sovereignty of state and civil principle, violates the equality of the citizens and principle of non-discrimination.⁵⁹ Opponents in the concrete argued this institution would not be applied for everyone without exception and it is not clear how non-religious people or people that do not belong to any church or religious society would apply it.⁶⁰ Then we may speak on the problem of non-existing treaty on financial provisions that is similarly supposed by both mentioned treaties. Instead of making a contract of international law, respectively internal contract the state passed the Law no. 370/2019 Z.z. on the Financial Support of the Churches and Religious Societies that may be boldly denoted to be one-sided attempt to replace this obligation and to set up in authoritative way the system of financing of the churches and religious societies.⁶¹ Especially on that account we may weigh if in case of the

⁵⁹ Several experts remarked that Slovakia would be the first state of the world allowing to the believers such an extensive possibility to conform with the doctrinal principles of own church or religious society in common, as well as professional life. M. Čepčíková (2011), 216.

⁶⁰ P. Poláček, „Výhrada vo svedomí v judikatúre Európskeho súdu pre ľudské práva“, in: *Výhrada vo svedomí. Conscientious Objection* (ed. Michaela Moravčíková), Bratislava 2007, 186–187.

⁶¹ As a matter of interest we may mention that up to this day in the Slovak Republic was not really considered the acceptance of financial Separation, even though several governments were dealing with it. The main reason is especially the fact this model turned up to be really functioning in the practice. M. Nemeč, „Kánonickoprávne východiská a sekulárne prístupy k problému ekonomického zabezpečenia cirkví v Slovenskej republike“, in: *Verejné právo na Slovensku a v Európe – aktuálne problémy a rímsko-kánonické súvislosti. Zborník z medzinárodnej vedeckej interdisciplinárnej konferencie, uskutočnenej 27. septembra 2019 na Právnickej fakulte Trnavskej univerzity v Trnave* (ed. Vojtech Vladár), Praha 2019, 146. After all, with reference to the historical development of our territory we may speak metaphorically on the free continuation of traditional Congrua system. J. R. Tretera, *Stát a cirkve v České republice*, Karmelitánské nakladatelství, Ko-

sources of state religion law it is possible to speak on certain system at all or it is more appropriate to perceive it within the context of political efforts to keep some satisfaction of all concerned subjects (distinctively media) without following any brighter concept.⁶²

Војтех Владар

Професор Канонског права, Правни факултет, Коменијус Универзитет, Братислава

СИСТЕМ ИЗВОРА ДРЖАВНО-ЦРКВЕНОГ ПРАВА У РЕПУБЛИЦИ СЛОВАЧКОЈ

Сажетак

Свака држава располаже сопственим системом извора државно- црквеног права, који обично произилази из историје и квалитета њених односа са појединачним црквама и верским заједницама на њеној територији. Управо ова правила регулишу индивидуални, али и институционални аспект верске слободе, која се данас сматра једном од најважнијих мерила културног напредовања дате земље и достигнутог степена демократизације друштва. Иако Република Словачка припада државама у којима је деценијама важио социјалистички режим који је озбиљно угрожавао не само цркве и верске заједнице, већ и њихове вернике, савремени систем извора државно- црквеног права не разликује се значајно од већинских напредних европских држава, не изостављајући западне. Неоспоран квалитет и гаранција индивидуалне и институционалне верске слободе дају не само унутрашњи извори права, већ чак и међународни Основни уговор између Словачке Републике и Свете Столице који је нашао свој одраз у аналогном (по својој природи унутрашњем) Уговору између Словачке Републике и Регистрованих цркава и верских заједница. Основни циљ чланка је да се детаљније прикаже систем извора државно- црквеног

stelní Vydří 2002, 53. See also M. Šabo, *Štát a cirkvi na Slovensku. Vývoj financovania cirkví, Redemptoristi – Slovo medzi nami*, Bratislava 2006.

⁶² I also pointed out other problem in the article V. Vladár, „Akceptovanie rozhodnutí cirkevných súdov v manželských kauzách súdmi Slovenskej republiky“, in: *Rímsko-kánonické vplyvy na slovenské verejné právo. Zborník z medzinárodného vedeckého workshopu, uskutočnené 1. októbra 2021 na Právnickej fakulty Trnavskej univerzity v Trnave* (ed. Vojtech Vladár), Praha 2021, 55–69.

права у Републици Словачкој, указујући на његове посебности, предности, као и недостатке.

Кључне речи: систем, извори права, државно-црквено право, Словачка, индивидуални и колективни аспект слободе вероисповести.

REFERENCES

Monograph, articles

- Batka L., et al., *Základný právny rámec organizácie a správy registrovaných cirkví a náboženských spoločností na Slovensku*, Wolters Kluwer, Bratislava, 2023.
- Čentéš J. et al., *Trestný poriadok. Veľký komentár*, Eurokódex, Žilina 2017.
- Čeplíková M., „Transformácia štátneho cirkevného práva Slovenskej republiky”, in: *Teoretickoprávne súvislosti vstupu suverénneho štátu do Európskej únie* (ed. Daniela Lengyelová), Bratislava 2001.
- Čeplíková M., *Konfesné právo v Slovenskej republike. Vybrané kapitoly z histórie a súčasnosti*, Ústav pre vzťahy štátu a cirkví, Bratislava 2011.
- Čič M. et al., *Komentár k Ústave Slovenskej republiky*, Matica slovenská, 1997.
- Čikeš R., *Vzťahy štátu a cirkví na Slovensku*, Ústav pre vzťahy štátu a cirkví, Bratislava 2010.
- Čikeš R., „Náboženská sloboda v slovenskom konfesnom systéme”, in: *Vzťahy štátu a cirkví v Európe: Súčasné otázky a trendy na začiatku 21. storočia. Zborník z rovnomennej medzinárodnej konferencie, ktorú usporiadal Ústav pre vzťahy štátu a cirkví v Bratislave v dňoch 8.–10. novembra 2007* (ed. Lucia Grešková), Bratislava 2008.
- Drgonec J., *Ústava Slovenskej republiky. Komentár*, Heuréka, Šamorín, 2004.
- Halas F. X., *Vzťahy mezi státem a církví hlediska jejich mezinárodního rozměru*, Univerzita Palackého v Olomouci, Cyrilometodějská teologická fakulta, Olomouc 2002.
- Hrdina A. I., *Náboženská svoboda v právu České republiky*, Eurolex Bohemia, Praha 2004.
- Juran J., „Vzťah štátu a cirkví”, in: *Vzťahy štátu a cirkví v Európe: Súčasné otázky a trendy na začiatku 21. storočia. Zborník z rovnomennej medzinárodnej konferencie, ktorú usporiadal Ústav pre vzťahy*

- štátu a cirkví v Bratislave v dňoch 8.–10. novembra 2007 (ed. Lucia Grešková), Bratislava 2008.
- Kanárik I., *Informatívne pôsobenie práva. Zborník z medzinárodnej konferencie: Public administration & informatics within public administration 2002, Lázně Bohdaneč 16.–18. 9. 2002*, Univerzita Pardubice, Fakulta ekonomicko-správná, Pardubice 2002.
- Koudelka Z., Šimíček V., „K právní povaze Listiny základních práv a svobod“, *Právník* 2/1996, 175–182.
- Kráľ J. et al., *Ústavné garancie ľudských práv*, Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty Univerzity Komenského v Bratislave, Bratislava 2004.
- Kubina P., „Úprava vzťahu štátu a katolíckej cirkvi v Slovenskej republike a jej východiská“, *Justičná revue* 2/2003, 148–167.
- Macháčková L., Dojčár M., „Registrované cirkvi a náboženské spoločnosti v Slovenskej republike v roku 1999“, in: *Ročenka Ústavu pre vzťahy štátu a cirkví 1999* (ed. Michaela Moravčíková et al.), Bratislava 2000.
- Madleňáková L., *Výhrada svědomí jako součást svobody myšlení, svědomí a náboženského vyznání*, Linde, Praha 2010.
- Moravčíková M., Valová E., *Ročenka Ústavu pre vzťahy štátu a cirkví, Ústav pre vzťahy štátu a cirkví*, Bratislava 2006.
- Moravčíková M., „Otázky hodnôt, cirkevná politika a spoločensko-politické dimenzie neprijatia zmlúv o práve uplatňovať výhrady vo svedomí v Slovenskej republike v roku 2006“, in: *Výhrada vo svedomí. Conscientious Objection* (ed. Michaela Moravčíková), Bratislava 2007.
- Moravčíková M., „Štát a cirkev v Slovenskej republike“, in: *Štát a cirkev v postsocialistickej Európe* (ed. Silvia Jozefčíaková), Bratislava 2003.
- Nemec M., „Kánonickoprávne východiská a sekulárne prístupy k problému ekonomického zabezpečenia cirkví v Slovenskej republike“, in: *Verejné právo na Slovensku a v Európe – aktuálne problémy a rímsko-kánonické súvislosti. Zborník z medzinárodnej vedeckej interdisciplinárnej konferencie, uskutočnenej 27. septembra 2019 na Právnickej fakulte Trnavskej univerzity v Trnave* (ed. Vojtech Vladár), Praha 2019.
- Pavlíček V. et al., *Ústavní právo a státověda. II. díl, část 2*, Linde, Praha 2004.
- Poláček P., „Výhrada vo svedomí v judikatúre Európskeho súdu pre ľudské práva“, in: *Výhrada vo svedomí. Conscientious Objection* (ed. Michaela Moravčíková), Bratislava 2007.
- Robbers G., „Vztah státu a církve v Evropě“, *Revue církevního práva* 2/2000.
- Sousedík S., *Svoboda a lidská práva*, Vyšehrad, Praha 2010.

- Šabo M., *Štát a cirkvi na Slovensku. Vývoj financovania cirkví, Redemptoristi – Slovo medzi nami*, Bratislava 2006.
- Šmid M., „Základná zmluva medzi Slovenskou republikou a Svätou stolicou“, in: *Ročenka Ústavu pre vzťahy štátu a cirkví 2000*, Bratislava 2001.
- Tretera J. R., *Štát a cirkve v České republice*, Karmelitánské nakladatelství, Kostelní Vydří 2002.
- Vladár V., „Akceptovanie rozhodnutí cirkevných súdov v manželských kauzách súdmi Slovenskej republiky“, in: *Rímsko-kánonické vplyvy na slovenské verejné právo. Zborník z medzinárodného vedeckého workshopu, uskutočnené 1. októbra 2021 na Právnickej fakulty Trnavskej univerzity v Trnave* (ed. V. Vladár), Praha 2021, 55–69.
- Vladár V., „The Legal Regulation of Religious Symbols in the Public Sphere in Slovakia“, in: *Religious Symbols in the Public Sphere* (ed. Paweł Sobczyk), Budapest Miskolc 2021, 171–207.
- Vladár V., „Freedom of Conscience and Religion in the Family and Criminal Law of the Slovak Republic“, *Law, Identity and Values* 2/2021, 163–178.

Other sources

- Ustavni zákon č. 460/1992 Zb., Ústava Slovenskej republiky.
- Law No. 308/1991 Zb. on Freedom of Religious Belief and Status of Churches and Religious Societies.
- Zákon č. 370/2019 Z.z. o finančnej podpore cirkví a náboženských spoločností.
- Zákon č. 36/2005 Z.z. o rodine.
- Zákon č. 575/2001 Z.z. o organizácii činnosti vlády a organizácii ústrednej štátnej správy.
- Zákon č. 192/1992 Zb. o registrácii cirkví a náboženských spoločností.
- Zákon č. 171/1993 Zb. o Policajnom zbore SR.
- Zákon č. 221/2006 Z.z. o výkone väzby.
- Zákon č. 475/2005 Z.z. o výkone trestu odňatia slobody.
- Zákon č. 582/2004 Z.z. o miestnych daniach a miestnom poplatku za komunálne odpady a drobné stavebné odpady.
- Zákon č. 595/2003 Z.z. o dani z príjmov.
- Zákon č. 365/2004 Z.z. o rovnakom zaobchádzaní v niektorých oblastiach a o ochrane pred diskrimináciou.

STATE INTERFERENCE WITH THE MINORITY RELIGIOUS GROUPS ON THE EXAMPLE OF CHRISTIANS IN TÜRKIYE

Summary

This article aims to analyze the relationship between the Republic of Türkiye and the minority religious groups in the country in light of its shift towards Sunni Islam. Türkiye positions itself as a secular state, though it undoubtedly has Sunni Islam as its preferred majority religion, which the government has increasingly instrumentalized. The result of this is intolerance toward religious minorities, including Christians, which takes different forms, from interference with the internal matters of the communities to expulsion of foreign ministers and their families.

Keywords: minority religion, majority religion, state neutrality, state interference, freedom to manifest a religion.

1. Introduction

The importance of the duty of the state to act as an impartial guarantor of freedom of religion or belief is enshrined in international and regional agreements, as well as expert reports.¹ However, in the present-day Republic of Türkiye (hereinafter: Türkiye), we witness the state's secular impartiality erosion and a shift towards politics favoring a majority religion.

Türkiye has a population of around 83 million, with an estimated 99% identifying as Muslim² and the majority self-identifying as Sunni Muslims. Türkiye is considered one of the world's 40 % countries with a preferred religion (unofficially).³ The largest minority groups include the Alevis, Armenian Apostolic Orthodox Christians, Roman Catholics, Syrian

* PhD, specializes in public international law, Legal Officer for ADF International in Vienna, lrieder@adfinternational.org

¹ See, for instance, UN General Assembly, Report of the Special Rapporteur on freedom of religion and belief Ahmed Shaheed, U.N. Doc. A/HRC/37/49, United Nations 2018.

² United States Commission on International Religious Freedom (USCIRF), Annual Report 2022, Turkey Chapter, 2023, 3, <https://www.uscirf.gov/sites/default/files/2022-05/2022%20Turkey.pdf>, 17. 9. 2023.

³ Pew Research Center, One-in-five countries have a preferred or favored state religion, https://www.pewresearch.org/religion/2017/10/03/many-countries-favor-specific-religions-officially-or-unofficially/pf_10-04-17_statereligions-02/, 16. 9. 2023.

Orthodox Christians, Jews, Baha'is, Eastern Orthodox Christians, and Protestant Christians.

Due to its geographical position, Türkiye has been set at the intersection of East and West and throughout history has earned a reputation for being a melting pot of cultures. It has been called the cradle of civilizations and religions, accommodating multiple world religions within its borders. Its rich cultural heritage bears testimony to religious diversity and tolerance and has significance for multiple religions,⁴ which could peacefully coexist at times. Having said that and looking at present-day Türkiye, one cannot help but notice societal and cultural division, carefully cultivated in contrast to the land's heritage.

In May, President Erdogan secured another five years in power, dramatically transforming Türkiye's political trajectory in the years preceding the election. Rather than concentrating on the country's economic problems, the President focused on transforming Turkish national culture. This included a nostalgic revival of the Ottoman past⁵ and politics marked by Islamization and nationalization. The Justice and Development Party (AKP) came to power in 2002 with one of its stated aims being "making Türkiye a pluralist country."⁶ However, after the first several years, filled with hopes and reforms, Türkiye started transforming "through a covert understanding of religiosity."⁷ Commitment to democracy was changed by populism and Islamism was subsequently added, which was caused by the "rebranding" to appeal to the core of the voters – practicing Sunni Muslims.⁸

With the departure from secularism, the climate of tolerance towards other religions started changing, among other things. President Erdogan continuously employed religious rhetoric and symbols to consolidate political power,⁹ appealing to the majority Sunni Muslim population, who felt sidelined

⁴ M. P. Goodyear, "Heaven or Earth: The Hagia Sophia Re-Conversion, Turkish and International Law, and the Special Case of Universal Religious Sites", *UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law* 1/2021, 79.

⁵ J. Farago, How Erdogan Reoriented Turkish Culture to Maintain his Power, <https://www.nytimes.com/2023/05/25/arts/turkey-election-erdogan-culture.html>, 16. 9. 2023.

⁶ A.E. Öztürk, Reading the Transformation of Erdoğan's Turkey Through the Lens of Religion 2022, 3, <https://www.oasiscenter.eu/en/a-paradoxical-tale-reading-the-transformation-of-erdogan-s-turkey-through-the-lens-of-religion>, 18. 9. 2023.

⁷ *Ibid.*, 4.

⁸ I. Yilmaz, Erdogan's Political Journey: From Victimised Muslim Democrat to Authoritarian, Islamist Populist, <https://www.populismstudies.org/erdogans-political-journey-from-victimised-muslim-democrat-to-authoritarian-islamist-populist/>, 14. 9. 2023.

⁹ United States Commission on International Religious Freedom USCIRF, Annual Report 2021, Turkey Chapter, 2022, 5, <https://www.uscirf.gov/sites/default/files/2021-12/2021%20Turkey%20Country%20Update.pdf>, 17. 9. 2023.

during the Kemalist secular period and increasingly positioning Türkiye as the “protector of the Muslim World.”¹⁰ All of this has a negative effect on religious tolerance and the safety and well-being of religious minorities.

Despite robust international and national legal guarantees, people belonging to religious minority groups in the country face inequalities and discrimination in their attempts to worship, observe, practice, or teach their religion or belief. The state interferes with the internal affairs of the minority religious groups. Intolerance and general hostility on the part of the government cultivated in the population lead to inequalities, discriminatory practices, and general distrust.

Türkiye’s recent departure from the secular state to a stronger bond with Sunni Islam creates particular challenges for Alevis and Christians. Pretexts are being constructed to downsize even more the already small minorities and thus to uniformize the entire population. Erdogan’s “people” and the “Muslim world” seem to exclude Alevi Muslims making them “domestic enemies”.¹¹ The Christian community suffers from continuous decline. Without officially prohibiting conversions, the authorities are doing everything possible to stop Christianity from spreading in the country. Within a little over 100 years, the Christian community shrunk from 20 to 2% of the total population, with the government and the judiciary not only allowing but encouraging their elimination. The perception in society is similar: it is strange “to be Turkish and not be a Muslim,”¹² making a conversion almost unthinkable.

2. National provisions concerning religion

Legally, Türkiye is a secular state. Türkiye’s Constitution states that “there shall be no interference whatsoever of sacred religious feelings in State affairs and politics.”¹³ Article 2 proclaims that Türkiye is a “democratic, secular and social state governed by the rule of law.” A reference to the “secular order” of the republic is contained in several other articles. Despite these legal provisions, reports confirm the president’s close ties with the Diyanet, the Religious Affairs Directorate, before this year’s election to win electoral support.¹⁴ It is important to note that the Diyanet

¹⁰ A. E. Öztürk, *ibid.*

¹¹ I.Yılmaz, *ibid.*

¹² L. de Bruin, Being a Turk and a Christian at the same time? You can’t do that in Turkey, <https://cne.news/article/3126-being-a-turk-and-a-christian-at-the-same-time-you-can-t-do-that-in-turkey>, 18.9.2023.

¹³ Constitution of the Republic of Turkey, 1982.

¹⁴ The Arab Weekly, Erdogan uses religion to boost waning support among voters, <https://the arabweekly.com/erdogan-uses-religion-boost-waning-support-among-voters>, 17.9.2023.

operates under the presidency and the President appoints its head.¹⁵ So, the government's affiliation with religion has become increasingly visible in the past several years, changing the "very fabric of society."¹⁶

Freedom of religion and conscience are enshrined in Article 24 of the Constitution, Article 10 prohibits unlawful and unjustified discrimination based on religion.¹⁷ The preamble of Türkiye's Constitution speaks about "historical and moral values of Turkishness," which seem hard to define in practice and can thus be used to silence the unwanted. Certain Penal Code sections prohibit "denigrating Turkishness,"¹⁸ and "insulting religious values."¹⁹ These provisions have been used to prosecute those who criticize Islam,²⁰ including Christians charged under Article 301 for alleged missionary activities.²¹ The Penal Code further prohibits religious clergy from "reproaching or vilifying" the government or the laws of the state while performing their duties,²² thus restricting peaceful expression.

In 2021, Türkiye adopted a Human Rights Action Plan,²³ principles 3 and 4 of which proclaim anti-discrimination and equality. The goals of the Action Plan include a more robust human rights protection system, strengthening of the right to a fair trial, and legal transparency. Some provisions are specifically directed at strengthening freedom of religion or belief. Yet, there is a lot of declaratory language, aiming to show that progress is being made in improving human rights. Unfortunately, so far, the plan is perceived as a "missed opportunity to reverse deep erosion of human rights."²⁴

¹⁵ United States Department of State, 2022 Report on International Religious Freedom: Turkey (Türkiye) (hereinafter USDS 2022 Türkiye Report), 2022, 4, <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2023/05/441219-TU%CC%88RKIYE-2022-INTERNATIONAL-RELIGIOUS-FREEDOM-REPORT.pdf>, 18. 9. 2023.

¹⁶ I. Yilmaz, *ibid.*

¹⁷ See Constitution of the Republic of Türkiye, Article 10.

¹⁸ Law no. 5237, Penal Code of Turkey, 26 September 2004, Article 301 (Amended on 30/4/2008 – By Article 1 of the Law no. 5759), English Translation by the Venice Commission, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)002-e), 13. 9. 2023.

¹⁹ *Ibid.*, Article 216 para. 1 and 3.

²⁰ Meaning Sunni Islam. See USCIRF Turkey Report 2020, 62.

²¹ Asianews.it, Two converts to Christianity accused of "insulting Turkishness," <https://www.asianews.it/news-en/Two-converts-to-Christianity-accused-of-insulting-Turkishness-7656.html>, 17. 9. 2023.

²² USDS 2022 Türkiye Report, 4.

²³ Address by his Excellency President Recep Tayyip Erdogan on the Occasion of the Announcement of the Human Rights Action Plan, <https://www.tccb.gov.tr/assets/dosya/2021-03-02-insanhaklari-en.pdf>, 18. 9. 2023.

²⁴ Amnesty International, Turkey: The new action plan is a missed opportunity to reverse deep erosion of human rights, <https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/3883/2021/en/>, 18. 9. 2023.

3. International law provisions

The human right to freedom of thought, conscience, and religion²⁵ includes the freedom to “have or to adopt” a religion or belief, which “necessarily entails the freedom to choose a religion or belief, including the right to replace one’s current religion or belief with another.”²⁶ This freedom falls within the realm of the *forum internum*.²⁷ Further, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) acknowledges the right in Article 18. Article 18 para. 1 states that it ‘shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching.’²⁸

The freedom to manifest one’s belief can be subject to certain limitations, which, however, must be strictly “prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others.”²⁹ Similar provisions can be found in Article 9 of the European Convention on Human Rights (ECHR),³⁰ aimed at the protection of pluralism, tolerance, broadmindedness, and the existence of religious minorities. The burden to justify the restrictions on the free manifestation of religion or belief falls on the authorities wanting to impose them. National security is deliberately not included in the exhaustive list of exceptions to the free manifestation of belief. The restrictions must be proportionate, so the least restrictive means must be chosen.

Türkiye is a party to the ICCPR, acknowledging the nonderogable right to freedom of religion or belief. It has made a reservation regarding Article 27 of the ICCPR, which states that individuals belonging to ethnic, religious, or linguistic minorities “shall not be denied the right to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language.” The reservation asserts the right “to interpret and apply the provisions of article 27 of the ICCPR in accordance with the related provisions

²⁵ UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III), 18.

²⁶ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion), 30 July 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.

²⁷ L. Rieder, “Assessing credibility in conversion-based asylum claims. Towards a better approach”, *International Journal for Religious Freedom* 1-2/2022, 141.

²⁸ United Nations General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, Treaty Series, vol. 999, 1966, 171.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In Council of Europe Treaty Series 005. Council of Europe, 1950.

and rules of the Constitution, the Treaty of Lausanne, and its Appendixes.³¹ Article 39 of the Lausanne Treaty recognizes the status of “non–Muslim minorities,” however, it is interpreted by Türkiye to include only Armenian Apostolic Orthodox Christians, Jews, and Greek Orthodox Christians, but not the other minorities.

Despite this restrictive interpretation, Türkiye is also party to the ECHR, which prohibits discrimination on the grounds of religion and protects minorities. Türkiye has to abide by these international agreements as it has incorporated its obligations into its legal system. Article 90 of the Constitution states that international agreements “carry the force of law. No appeal to the Constitutional Court can be made with regard to these agreements, on the ground that they are unconstitutional.”³² This provision with respect to the ECHR has been cemented by the Constitutional Court judgment dated 7 February 2008. The court stated that the ECHR has become a part of the domestic law within the framework of Article 90 of the Constitution; that the provisions of the Convention have the force of law and that the judgments of the ECtHR are binding.³³

Regrettably, Türkiye’s track record of the implementation of the European Court of Human Rights (ECtHR) judgments has, nevertheless been poor. For example, to date, the country still has not complied with the 2013 ruling of the ECtHR concerning first of all Alevis, that found compulsory religion courses in public schools violated educational freedom.

The 1992 UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, states in Article 2(1) that people belonging to religious minorities have the right ‘to profess and practice their own religion in private and in public, freely and without interference or any form of discrimination.’³⁴ They also ‘have the right to participate effectively in cultural, religious, social, economic and public life.’³⁵ Although the Declaration is not binding, it has considerable weight on the international landscape. In his Interim Report dedicated to the elimination of all forms of religious intolerance, the former Special Rapporteur on freedom of religion or belief Ahmed Shaheed stressed that as per the Declaration, it is the States’ duty to protect the existence and

³¹ USDS 2022 Türkiye Report.

³² See Article 90 of the Turkish Constitution.

³³ Website of the Republic of Türkiye, Ministry of Foreign Affairs, <https://www.mfa.gov.tr/%C4%B0nsan-haklar%C4%B1.en.mfa>, 13.9.2023.

³⁴ UN General Assembly, Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, 2(1), U.N. Doc. A/RES/47/135, December 18, 1992.

³⁵ *Ibid.*, 2(2).

identity of minorities.³⁶ In light of the above, it is clear that Türkiye not only has to refrain from discrimination on the basis of religion but also has positive obligations regarding the protection of the very existence of its minorities. The following section will discuss how the state contradicts these obligations.

4. Government's interference with the internal affairs of Christian minorities

In practice, even the “recognized” minorities under the Lausanne Treaty face considerable restrictions including hardship with recognition of legal entities, buying and holding of property, or pursuing claims in court.³⁷ The Turkish state is interfering with the internal affairs of religious communities in numerous ways.

First of all, the recommendations of the Venice Commission on the status of religious communities and the relevant rulings of the ECtHR, and resolutions of the Council of Europe, have been selectively applied by the government. The state, for example, continues to interfere in the election of the leaders of the minority communities, such as the Chief Rabbi, Greek Orthodox, and Armenian Patriarchs.³⁸ In addition, currently, only a Turkish citizen can be elected as the Greek Orthodox Ecumenical Patriarch. It is also required that the leaders of the Armenian Apostolic Orthodox and Jewish communities also be Turkish citizens.³⁹ This limits the ability of these religious minorities to elect appropriate leaders.

The status of the Ecumenical Patriarch Bartholomew I's, as honorable, *primus inter pares* in world's Orthodoxy, is formally not acknowledged, and the ecclesiastical title is not used publicly, despite it being solely a Christian matter.

Further, the state has the authority to approve the appointment of the board of religious foundations and has not approved elections for a number of groups. Religious minorities that register as foundations must keep

³⁶ UN General Assembly, Interim report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, Ahmed Shaheed Elimination of all forms of religious intolerance, 5, U.N. Doc. A/75/385, 12 October 2020.

³⁷ USDS 2022 Türkiye Report, 11.

³⁸ Forum 18, TURKEY: Why state interference in the election of Chief Rabbi, Greek Orthodox and Armenian Patriarchs?, https://www.forum18.org/archive.php?article_id=1477, 18. 9. 2023.

³⁹ United States Department of State, Report on International Religious Freedom: Turkey 2020 – (hereinafter: USDS 2020 Türkiye Report), 15, <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2022/05/TURKEY-2021-INTERNATIONAL-RELIGIOUS-FREEDOM-REPORT.pdf>, 18. 9. 2023.

their boards running so as not to be declared inactive by the state. If they are declared inactive, the state can confiscate the property and assets of the foundations. However, when board members die, move away, or simply retire, the religious foundations' replacement members are not approved by the Directorate of Foundations.⁴⁰ The foundations were not allowed to hold elections for their board members between 2013 and 2022, which threatened them to lose property and be left dysfunctional, until new guidelines were issued in June 2022.

Further active measures of interference with Christian minority groups, such as influencing religious education and training, transforming religious sites, and targeting foreign Christians, will be discussed in the following sections.

4.1. Interference with religious sites

Christians in general, and Protestant churches in particular, report difficulties with establishing and maintaining places of worship. This is widely known, as Türkiye has been called by the European Parliament in its latest resolution to implement recommendations concerning the protection of minorities' property rights and to introduce legislation that makes it possible for all religious communities and ethnic minorities to acquire legal personality.⁴¹

State oversight of church property more generally has led to the conversion of Christian churches into secular spaces. One example is the Church of the Holy Cross on Aghtamar which was converted to a museum in 2007.⁴² In addition, the Surp Asdvadzadzin Armenian Church was converted into a library and reopened in January 2020.⁴³ A church building which was part of the Armenian Protestant Church in Diyarbakir was transferred to the General Directorate of Foundations and leased to the Culture Ministry in 2021 to be used as a library.⁴⁴ It was also reported in 2020 that

⁴⁰ Minority foundations in Turkey have not been able to hold elections for eight years, <https://m.bianet.org/bianet/minorities/248978-minority-foundations-in-turkey-have-not-been-able-to-hold-elections-for-eight-years>, 17. 9. 2023; USDS 2020 Türkiye Report, 14.

⁴¹ European Parliament resolution of 13 September 2023 on the 2022 Commission Report on Türkiye (2022/2205(INI)), 19.

⁴² USDS 2020 Türkiye Report, 15.

⁴³ *Ibid.*, 16; Armenian church in Turkey becomes library, <https://news.am/eng/news/556174.html>, 16. 9. 2023.

⁴⁴ Stockholm Center for Freedom, Armenian Protestant church transformed into library in SE Turkey, <https://stockholmcf.org/armenian-protestant-church-transformed-into-library-in-se-turkey/>, 17. 9. 2023.; U. Bulut, Protestant Christians in Turkey Exposed to

the Holy Trinity Armenian Church in Konya was transformed into a cultural center.⁴⁵

The transformation of churches into mosques was common during the AKP period.⁴⁶ In July 2020, the Turkish state reconverted the ancient Byzantine cathedral of Hagia Sophia, which was a museum, into a mosque.⁴⁷ The legality of the conversion is questionable. Hagia Sophia is a universal religious site⁴⁸ which had been a museum since 1935 and a symbol of tolerance and dialogue between Islam and Christianity. The government proudly referred to the reopening as a mosque as “a dream of many generations.”⁴⁹

In addition, there are plans to convert the Chora Museum, which was originally a Greek Orthodox Church, into a mosque.⁵⁰ These actions caused an international outcry. Most recently, in 2023, the European Parliament called on the Turkish authorities to fully respect the historical and cultural character of cultural and religious monuments and symbols, especially those classified as UNESCO World Heritage Sites.⁵¹

While the state is evidently worried about “insulting religious values,” as described above, these provisions seem to work only towards the majority religion, allowing such incidents at other religious sites. For example, electronic music was played at the Greek Orthodox 4th-century Sümela Monastery in Trabzon, a place sacred to the Greek Orthodox, and which was referred to by the Greek Foreign Ministry as “desecration.”⁵²

4.2. *Interference with religious education and training of clergy*

Article 24 of the Turkish Constitution states that religious and moral education and instruction should be carried out under state control

Discrimination, Deportations, Hate Speech, <https://providencemag.com/2022/05/protestant-christians-turkey-discrimination-deportations-hate-speech/>, 17. 9. 2023.

⁴⁵ Theendtimenews, Turkey will Convert Armenian Church into Cultural Center, <https://theendtimenews.com/2020/12/31/turkey-will-convert-armenian-church-into-cultural-center/>, 15. 9. 2023.

⁴⁶ A. E. Öztürk, “Turkey’s Diyanet under AKP rule: from protector to imposer of state ideology?”, *Southeast European and Black Sea Studies* 4/2016, 619–635.

⁴⁷ USDS 2020 Türkiye Report, 1.

⁴⁸ M. P. Goodyear, *ibid.*

⁴⁹ Greek City Times, Erdoğan: “It was a dream of many generations to open Hagia Sophia as a mosque“, <https://greekcitytimes.com/2022/10/29/erdogan-generations-hagia-sophia/>, 18. 9. 2023.

⁵⁰ USDS 2020 Türkiye Report, 19.

⁵¹ European Parliament resolution of 13 September 2023 on the 2022 Commission Report on Türkiye (2022/2205(INI)), 19.

⁵² USDS 2022 Türkiye Report, 15.

and supervision,⁵³ allowing authorities to obstruct certain unwanted activities. The Constitution establishes compulsory religious and moral instruction in public and private schools at all levels, with only Christian or Jewish students with corresponding national identity cards being able to apply for exemptions.⁵⁴ All others, including Alevi, are rarely granted exemptions, leaving the state to ensure education in the majority religion.

The operation of private seminaries for religious minorities is also controlled by the Turkish state. In 1971, the Turkish Supreme Court determined that private institutions of higher education were prohibited, which led to the ban of private colleges. This also led to the closing of the Orthodox Christian Halki Seminary (the “Halki Seminary”).⁵⁵ Even though the Turkish constitution was amended in 1982 to reestablish private institutions of higher education, there were significant restrictions placed on the operations of the institutions, and the Halki Seminary could not reopen⁵⁶ despite multiple calls from the international community.⁵⁷

Currently, private universities can be approved as foundation universities. Under the Foundation Law 2008, a registered foundation can apply to the Council of Higher Education for approval to establish a university.⁵⁸ However, these foundation universities are tightly controlled by the Turkish Council of Higher Education,⁵⁹ a state-controlled body. There are no Christian foundation universities in Türkiye. Foundations focused on Islamic education have established universities and received approval from the Council of Higher Education.⁶⁰

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*, 7.

⁵⁵ Stockholm Center for Freedom, US calls on Turkey to reopen Halki Seminary on 50th anniversary of its closure, <https://stockholmcf.org/us-calls-on-turkey-to-reopen-halki-seminary-on-50th-anniversary-of-its-closure/>, 16. 9. 2023.

⁵⁶ USDS 2022 Türkiye Report, 13.

⁵⁷ European Parliament resolution of 13 September 2023 on the 2022 Commission Report on Turkey, § 19, (2022/2205(INI)).

⁵⁸ I. Kurtt, “An Overview to Private (Foundation) Universities in Turkey from the Terms of Society and Education”, *Journal of Research in Social Sciences and Language* 1/2021, 30–41.

⁵⁹ M. Koç, Foundation (Awqaf) Universities in Turkey— Past, Present and Future, Istanbul ŞEHİR University, Turkey, Presented at the: 3rd International Conference on Islam and Higher Education (ICIHE 2012) Kuantan, Malaysia. October 1–2, 2012, 9, https://www.researchgate.net/profile/Muammer-Koc/publication/267640347_Foundation_Awqaf_Universities_in_Turkey—_Past_Present_and_Future/links/54571fc70cf26d5090a97186/Foundation-Awqaf-Universities-in-Turkey—_Past-Present-and-Future.pdf, 18. 9. 2023.

⁶⁰ For example, the Turkish Religious Foundation (TDV), successfully founded the Istanbul 29 Mayıs University.

What concerns the training of clergy, the government continues to provide training for Sunni Muslim clerics while restricting other religious groups from training clergy inside the country, with the Greek Orthodox and Armenian Orthodox Patriarchates remaining unable to conduct formal theological training within the country.⁶¹ The forms of training provided within Türkiye are insufficient to train new leadership. Christian leaders wishing to attend a seminary or bible college must study abroad. The state interference in the training makes the minority communities to a great extent dependent on foreigners, who were previously allowed to come to the country but have been increasingly faced with expulsions and deportations in recent years.

European Parliament urged Türkiye to eliminate restrictions on the training, appointment, and succession of members of the clergy, to allow the reopening of the Halki Seminary, which has been closed since 1971, and to remove all obstacles to enable it to function properly.⁶² This refusal presents an example of the series of barriers to the inter-generational transfer of religious tradition and education within minority communities, set up by the Turkish state.

4.3. Arbitrary expulsion of foreign Christians

It was noted by Heiner Bielefeld, Ahmed Shaheed's predecessor as the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, that freedom of religion or belief has a strong communicative dimension, similar to freedom of expression, which implicates 'the freedom to communicate within one's own religious or belief group, share one's conviction with others, broaden one's horizons by communicating with people of different convictions, cherish and develop contacts across State boundaries, receive and disseminate information about religious or belief issues and try to persuade others in a non-coercive manner.'⁶³ Having said that, it is clear that non-coercive attempts to persuade others (sometimes called "missionary work", but meaning religious outreach activities in general)⁶⁴ are protected as one of the forms of manifestation of religion or belief under international law. However, Christian missionaries in Türkiye, especially foreigners, have faced persecution based on their being vocal about their faith.

⁶¹ USDS 2022 Türkiye Report, 18.

⁶² European Parliament resolution of 7 June 2022 on the 2021 Commission Report on Turkey, para. 19, (2021/2250(INI)).

⁶³ UN General Assembly, Interim report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief "Elimination of all forms of religious intolerance (Interim report 2012), 27, U.N. Doc. A/67/303, 13 August, 2012.

⁶⁴ *Ibid.*

The Protestant community in Türkiye is small but has grown in recent years to the extent that there are over 170 churches and an estimated 5,000 Turkish Protestants within the country. Protestantism in Türkiye grew from the work of 19th century Christian evangelists establishing hospitals and schools throughout the Ottoman Empire.⁶⁵

The change in treatment of Christian foreigners is probably connected with the early 2010s increase in anti-Westernist conspiratorial content broadcasted by the government⁶⁶ with non-Sunnis, and non-Turks being the “other”.⁶⁷ It is estimated that around 185 foreign Protestant ministers have been deported from Türkiye since 2018. Expatriate Christian ministers and missionaries are usually deported or expelled by a decision of the Ministry of Interior in collaboration with the Turkish Intelligence. The ministers in question are usually issued a certain code which leads to the termination, or the non-renewal of their residence permits. Other codes prohibit foreign clergy from entering the country without prior permission. The code designation is usually the result of Turkish Intelligence claiming that the Christian minister in question is a threat to public order and national security⁶⁸ without naming any specific reasons. The files of the Turkish Intelligence are not made available to the attorneys challenging the decisions which prevents them from properly defending their clients.⁶⁹ The high-profile case of Andrew Brunson sheds light on how the Turkish government is targeting Protestant ministers.⁷⁰

A number of cases challenging deportations and bans from Türkiye are pending before the national courts. Some of the cases have already reached the ECtHR. The process is very lengthy, as it is required by the Court that the applicants exhaust all available domestic remedies prior to filing a complaint with the ECtHR. Thus, the applicants are forced to wait for years until the last instance of the Turkish courts, knowing that the highly politicized judiciary will not allow for a positive outcome of their case. Even after the claims reach the ECtHR, it seems slow to act, which

⁶⁵ International Christian Concern, Turkey: Challenges Facing Christians 2016–2020, 2, <https://www.persecution.org/2020/12/07/report-turkey-challenges-facing-christians/>, 18. 9. 2023.

⁶⁶ I. Yilmaz, *ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ S. Hurtas, Wave of expulsions shakes Turkey’s tiny Protestant community, AL-Monitor, <https://www.al-monitor.com/originals/2022/03/wave-expulsions-shakes-turkeys-tiny-protestant-community>, 18. 9. 2023.

⁶⁹ Middle East Concern International Christian Concern, Turkey: Challenges Facing Christians 2016–2020, 22, <http://www.aina.org/reports/tcfc1620.pdf>, 17. 9. 2023.

⁷⁰ BBC News, Andrew Brunson: Turkey releases US Pastor after two years, <https://www.bbc.com/news/world-europe-45841276>, 18. 9. 2023.

can partly be blamed on the high number of applications in general and from Türkiye in particular. It is responsible for 26.9% of pending applications before the ECtHR,⁷¹ the highest number among the contracting states. Nevertheless, considering that the expulsions constitute a systemic problem causing repetitive cases, a (pilot) judgment of the highest human rights court in Europe on the matter is highly anticipated.

Despite the rising number of Christians challenging the expulsions in court, there is nothing to indicate that the Turkish government has slowed down the expulsions. There were approximately 41 pending immigration court cases challenging deportations at the end of 2021.⁷² This has left many Protestant congregations without any leadership and brought an end to the charity activities of local churches. According to the report of the Istanbul Protestant Church Foundation from 2022, the government denied residence permits to 10 American and two Korean Protestants during the year, while it also discriminated in the application for citizenship and denied routine applications of multiple foreign Protestants married to Turkish citizens.⁷³

Apart from the prominent case of pastor Andrew Brunson, there are many similar ones that go under the media's radar. One example is the ban from Türkiye of Rachel and Mario Zalma,⁷⁴ a British couple who set up a church there, providing English lessons and a baby group to the local population without any intention to force a religion on them. They were banned from Türkiye for taking part in a Christian conference. David Byle, a Canadian–American Christian minister who spent 19 years in Türkiye, was expelled under false pretenses and banned from returning to the country.⁷⁵ David and Pamela Wilson, Christian missionaries, whose home Türkiye was for around 40 years, found out they were banned when returning home after a family visit, and were forced to rebuild their lives elsewhere after four decades.⁷⁶ All of them have lost their homes in Türkiye and are awaiting justice abroad.

⁷¹ European Court of Human Rights, Analysis of statistics 2022, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/stats_analysis_2022_eng, 15. 9. 2023.

⁷² United States Department of State, Report on International Religious Freedom: Turkey 2021, 17, <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2022/05/TURKEY-2021-INTERNATIONAL-RELIGIOUS-FREEDOM-REPORT.pdf>, 18. 9. 2023.

⁷³ USDS 2022 Türkiye Report, 19.

⁷⁴ Names changed for security reasons.

⁷⁵ ADF International, <https://adfinternational.org/de/wer-falsches-glaubt-wird-ausgewiesen/>, 17. 9. 2023.

⁷⁶ ADF International, Christian banned from Türkiye brings case before European Court of Human Rights, <https://adfinternational.org/christian-banned-from-turkiye-brings-case-before-european-court-of-human-rights/>, 17. 9. 2023.

5. Conclusion

The types of restrictions discussed above, including difficulties in training and appointing clergy, restrictions on the peaceful or spreading of the faith, as well as on the freedom to establish and maintain charitable or humanitarian institutions, are among the most common in the world when the state has a significant entanglement with a particular religion.⁷⁷ Türkiye presents a textbook example and adds to the catalog numerous specific measures, such as the use of immigration regulations to stifle the spreading of Christianity in the country.

Despite strong protections afforded to freedom of religion or belief and to religious minorities both by international and national legal provisions, we keep seeing basic human rights, such as the freedom to manifest one's religion disregarded without a real chance to contest the limitations in court, as the ability to enjoy the right to a fair trial and properly defend oneself is also compromised.

The current intertwining of the majority religion and state, while denied on paper, inevitably brings about limitations on the rights of individuals, as well as danger to their security, considering the growing division in society. There is an urgent need to change the general rhetoric and practices, to protect individuals and entire groups from continued discrimination and hostility. Concepts such as “national identity,” “national unity” or “culture,” in addition to “national security” may not be invoked as a ground for limiting the freedom to manifest one's religion or belief under international human rights law.⁷⁸ Türkiye as an important part of the international legal landscape, should honor the commitments it has undergone as well as the systemic character of international public law⁷⁹ and start perceiving “religious diversity not as a threat but as a source of enrichment,”⁸⁰ and a foundation for peace and democracy.

⁷⁷ Un General Assembly, Report of the Special Rapporteur on freedom of religion and belief, 46, 2018, U.N. Doc. A/HRC/37/49.

⁷⁸ *Ibid.*, 45.

⁷⁹ L. Rieder, *The Relationship between Trade-Related Environmental Measures in Multilateral Environmental Agreements and the WTO Law*, Nomos, Baden-Baden, 2020, 82.

⁸⁰ *İzzettin Doğan and Others v. Turkey* Application no. 62649/10, para. 109, 26 April 2016.

Лидија Ридер

Доктор међународног права, правни саветник ADF International, Беч

МЕШАЊЕ ДРЖАВЕ У МАЊИНСКЕ ВЕРСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ НА ПРИМЕРУ ХРИШЋАНА У ТУРСКОЈ

Сажетак

Овај чланак има за циљ да анализира однос између Републике Турске и мањинских верских заједница у светлу турског померања ка сунитском исламу. Турска се позиционира као секуларна држава, иако несумњиво има сунитски ислам као своју преферирану већинску религију, коју Влада све више инструментализује. Резултат тога је нетрпељивост према верским мањинама, укључујући хришћане, која има различите облике, од мешања у унутрашња питања заједница до протеривања страних свештеника и њихових породица.

Кључне речи: мањинска религија, већинска религија, државна неутралност, мешање државе, слобода испољавања вере.

REFERENCES

Monograph, articles

- Kurt I., “An Overview to Private (Foundation) Universities in Turkey from the Terms of Society and Education”, *Journal of Research in Social Sciences and Language* 1/2021, 30–41.
- Rieder L., “Assessing credibility in conversion-based asylum claims. Towards a better approach”, *International Journal for Religious Freedom* 1–2/2022, 141–157.
- Rieder L., *The Relationship between Trade-Related Environmental Measures in Multilateral Environmental Agreements and the WTO Law*, Nomos, Baden–Baden, 2020.
- Goodyear M.P., “Heaven or Earth: The Hagia Sophia Re-Conversion, Turkish and International Law, and the Special Case of Universal Religious Sites”, *UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law* 1/2021, 51–82.
- Öztürk A. E., “Turkey’s Diyanet under AKP rule: from protector to imposer of state ideology?”, *Southeast European and Black Sea Studies* 4/2016, 619–635.

Other sources

- Address by his Excellency President Recep Tayyip Erdogan on the Occasion of the Announcement of the Human Rights Action Plan, <https://www.tccb.gov.tr/assets/dosya/2021-03-02-insanhaklari-en.pdf>, 18. 9. 2023.
- ADF International, Christian banned from Türkiye brings case before European Court of Human Rights, <https://adfinternational.org/christian-banned-from-turkiye-brings-case-before-european-court-of-human-rights/>, 17. 9. 2023.
- ADF International, Wer Falsches glaubt, wird ausgewiesen, <https://adfinternational.org/de/wer-falsches-glaubt-wird-ausgewiesen/>, 17. 9. 2023.
- Amnesty International, Turkey: The new action plan is a missed opportunity to reverse deep erosion of human rights, <https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/3883/2021/en/>, 18. 9. 2023.
- Asianews.it, Two converts to Christianity accused of “insulting Turkishness”, <https://www.asianews.it/news-en/Two-converts-to-Christianity-accused-of-insulting-Turkishness-7656.html>, 17. 9. 2023.
- BBC News, Andrew Brunson: Turkey releases US Pastor after two years, <https://www.bbc.com/news/world-europe-45841276>, 18. 9. 2023.
- Bulut U., Protestant Christians in Turkey Exposed to Discrimination, Deportations, Hate Speech, <https://providencemag.com/2022/05/protestant-christians-turkey-discrimination-deportations-hate-speech/>, 17. 9. 2023.
- Constitution of the Republic of Turkey, 1982.
- Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In Council of Europe Treaty Series 005. Council of Europe, 1950.
- De Bruin L., Being a Turk and a Christian at the same time? You can't do that in Turkey, <https://cne.news/article/3126-being-a-turk-and-a-christian-at-the-same-time-you-can-t-do-that-in-turkey>, 18. 9. 2023.
- European Court of Human Rights, Analysis of statistics 2022, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/stats_analysis_2022_eng, 15. 9. 2023.
- European Parliament resolution of 13 September 2023 on the 2022 Commission Report on Türkiye (2022/2205(INI)).
- Farago J., How Erdogan Reoriented Turkish Culture to Maintain his Power, <https://www.nytimes.com/2023/05/25/arts/turkey-election-erdogan-culture.html>, 16. 9. 2023.

- Forum 18, TURKEY: Why state interference in the election of Chief Rabbi, Greek Orthodox and Armenian Patriarchs?, https://www.forum18.org/archive.php?article_id=1477, 18. 9. 2023.
- Greek City Times, Erdoğan: “It was a dream of many generations to open Hagia Sophia as a mosque“, <https://greekcitytimes.com/2022/10/29/erdogan-generations-hagia-sophia/>, 18. 9. 2023.
- Hurtas S., Wave of expulsions shakes Turkey’s tiny Protestant community, AL-Monitor, <https://www.al-monitor.com/originals/2022/03/wave-expulsions-shakes-turkeys-tiny-protestant-community>, 18. 9. 2023.
- International Christian Concern, Turkey: Challenges Facing Christians 2016–2020, <https://www.persecution.org/2020/12/07/report-turkey-challenges-facing-christians/>, 18. 9. 2023.
- İzzettin Doğan and Others v. Turkey Application no. 62649/10, 26 April 2016.
- Koç M., “Foundation (Awqaf) Universities in Turkey– Past, Present and Future, Istanbul ŞEHİR University, Turkey”, Presented at the: *3rd International Conference on Islam and Higher Education (ICIHE 2012)* Kuantan, Malaysia October 1–2, 2012, https://www.researchgate.net/profile/MuammerKoc/publication/267640347_Foundation_Awqaf_Universities_in_Turkey---_Past_Present_and_Future/links/54571fc70cf26d5090a97186/Foundation-Awqaf-Universities-in-Turkey---Past-Present-and-Future.pdf, 18.9.2023.
- Middle East Concern International Christian Concern, Turkey: Challenges Facing Christians 2016–2020, <http://www.aina.org/reports/tcfc1620.pdf>, 17. 9. 2023.
- Minority foundations in Turkey have not been able to hold elections for eight years, <https://m.bianet.org/bianet/minorities/248978-minority-foundations-in-turkey-have-not-been-able-to-hold-elections-for-eight-years>, 17. 9. 2023
- Öztürk A.E., Reading the Transformation of Erdoğan’s Turkey Through the Lens of Religion, <https://www.oasiscenter.eu/en/a-paradoxical-tale-reading-the-transformation-of-erdogan-s-turkey-through-the-lens-of-religion>, 18. 9. 2023.
- Penal Code of Turkey, 26 September 2004, Law No. 5237, amended on 30/4/2008 – By Article 1 of the Law no. 5759), English Translation by the Venice Commission, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)002-e), 13. 9. 2023.

- Pew Research Center, One-in-five countries have a preferred or favored state religion, https://www.pewresearch.org/religion/2017/10/03/many-countries-favor-specific-religions-officially-or-unofficially/pf_10-04-17_statereligions-02/, 16. 9. 2023.
- Republic of Türkiye, Ministry of Foreign Affairs, Human Rights, <https://www.mfa.gov.tr/%C4%B0nsan-haklar%C4%B1.en.mfa>, 13. 9. 2023.
- Stockholm Center for Freedom, Armenian Protestant church transformed into library in SE Turkey, <https://stockholmcf.org/armenian-protestant-church-transformed-into-library-in-se-turkey/>, 17. 9. 2023.
- Stockholm Center for Freedom, US calls on Turkey to reopen Halki Seminary on 50th anniversary of its closure, <https://stockholmcf.org/us-calls-on-turkey-to-reopen-halki-seminary-on-50th-anniversary-of-its-closure/>, 16. 9. 2023.
- The Arab Weekly, Erdogan uses religion to boost waning support among voters, <https://thearabweekly.com/erdogan-uses-religion-boost-waning-support-among-voters>, 17. 9. 2023.
- Theendtimenews, Turkey will Convert Armenian Church into Cultural Center, <https://theendtimenews.com/2020/12/31/turkey-will-convert-armenian-church-into-cultural-center/>, 15. 9. 2023.
- United Nations General Assembly, Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, 2(1), U.N. Doc. A/RES/47/135, Dec. 18, 1992.
- United Nations General Assembly, Interim report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief “Elimination of all forms of religious intolerance, 27, U.N. Doc. A/67/303, 13 August, 2012.
- United Nations General Assembly, Interim report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, Ahmed Shaheed Elimination of all forms of religious intolerance, 5, U.N. Doc. A/75/385, 12 October 2020.
- United Nations General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, Treaty Series, vol. 999, 1966.
- United Nations General Assembly, Report of the Special Rapporteur on freedom of religion and belief, U.N. Doc. A/HRC/37/49, 2018.
- United Nations General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217A(III).
- United Nations Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 22: Article 18. (Freedom of Thought, Conscience or Religion), 30 July 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.
- United States Commission on International Religious Freedom (USCIRF), Annual Report 2021, Turkey Chapter, <https://www.uscirf.gov/sites/>

- default/files/2021-12/2021%20Turkey%20Country%20Update.pdf*, 17. 9. 2023.
- United States Commission on International Religious Freedom (USCIRF), Annual Report 2022, Turkey Chapter, *https://www.uscirf.gov/sites/default/files/2022-05/2022%20Turkey.pdf*, 17. 9. 2023.
- United States Department of State, 2020 Report on International Religious Freedom: Turkey, *https://www.state.gov/wp-content/uploads/2021/05/TURKEY-2020-INTERNATIONAL-RELIGIOUS-FREEDOM-REPORT.pdf*, 18. 9. 2023.
- United States Department of State, 2021 Report on International Religious Freedom: Turkey, *https://www.state.gov/wp-content/uploads/2022/05/TURKEY-2021-INTERNATIONAL-RELIGIOUS-FREEDOM-REPORT.pdf*, 18. 9. 2023.
- United States Department of State, 2022 Report on International Religious Freedom: Turkey (Türkiye), *https://www.state.gov/wp-content/uploads/2023/05/441219-TU%CC%88RKIYE-2022-INTERNATIONAL-RELIGIOUS-FREEDOM-REPORT.pdf*, 18. 9. 2023.
- Yılmaz I., “Erdogan’s Political Journey: From Victimised Muslim Democrat to Authoritarian, Islamist Populist”, ECPS Leader Profiles. European Center for Populism Studies (ECPS), *https://www.populismstudies.org/erdogans-political-journey-from-victimised-muslim-democrat-to-authoritarian-islamist-populist/*, 14. 9. 2023.

ДРЖАВНО-ПРАВНИ ИЗВОРИ ВЕРСКОГ ГРАДИТЕЉСТВА

Сажетак

Црквама и верским заједницама чије је постојање израз слободе вероисповести гарантовано је право да могу, самостално и у складу са законима држава, да подижу храмове и друга здања за богослужбене потребе. Иако зајемчено, ово право није једнообразно нормативно разрађено у упоредном праву, већ зависи од односа државе и цркава и верских заједница који је регулисан уставним начелима појединих држава. На примерима Немачке, Шпаније и Швајцарске аутор наглашава особености и ограничења црквеног градитељства. Једна од основних особености је да верски објекти постану предмет планске категорије, што подразумева њихово предвиђање и планирање у планским документима, док се ограничења тичу примене аутономних норми из црквеног градитељства и њиховог односа према световним законима о изградњи. У завршном делу, пример Швајцарске потврђује утицај англосаксонског права (common law) на европско–континентално (civil law), кроз практичне примере и конкретан RLUIPA закон у САД који уређује и најситније елементе везане за планирање и изградњу верских објеката.

Кључне речи: цркве и верске заједнице, слобода вероисповести, верски објекти, црквено градитељство.

1. Увод

Црквено градитељство је као градитељска и архитектонска делатност старо колико и цркве и верске заједнице у оквиру којих се спроводи. Вековима уназад рађали су се нови начини и стилови изградње верских објеката као одлика одређеног периода, али и тежње за непролазношћу и постојаношћу, о којима би верски објекти требало да сведоче.

* Аутор је мастер теолог-правник, докторанд на Правном факултету Универзитета у Београду, као стипендиста Министарства науке, технолошког развоја и иновација укључен у рад Института за европске студије у Београду, aso.vasiljevic96@gmail.com

Црквена архитектура утемељена аутономним правом цркве, иако указује на различите стилове изградње, не пружа потпуни одговор на низ активности које претходе грађењу верског објекта, а односе се на испуњавање основних световноправних услова. Компилација аутономних и световних услова који претходе изградњи верских објеката основна је одлика црквеног градитељства и посебно важан топос државно-црквеног права. Из визуре световног права, црквено градитељство подразумева предвиђање и планирање, прикупљање и израду грађевинско-техничке документације на основу државно-правних извора једне државе.

Пре него што било шта кажемо о црквеном градитељству у упоредном праву, неопходно је упознавање са државно-црквеним односима у државама које су предмет истраживања, нарочито имајући у виду чињеницу међусобног утицаја и зависности разноликости система државно-црквеног права, посебно у Европској унији, (у даљем тексту: ЕУ) и разноликости националних култура и идентитета.¹ Тако, примера ради, у државама ЕУ постоје готово сви основни типови модела државно-црквеног права.² Основни тип односи се на државне цркве, што је карактеристично за правне системе Грчке, Данске, Малте, Финске и Енглеске. С друге стране, постоји модел одвојености уз сарадњу, у оквиру кога се, иако је реч о раздвојености, прихвата сарадња која подразумева међусобно преплитање заједничких активности државе и цркве.³ Овакав модел односа карактеристичан је за Белгију, Шпанију, Португал, Италију, Аустрију, Мађарску и балтичке државе. Трећи модел односа државе и цркве је модел заснован на њиховој строгој одвојености, настао услед утицаја секуларизације и лаицитета, које је произвела Француска револуција.⁴ Француска, Холандија и Словенија су примери чистог облика примене уставних начела о строгој одвојености државе и цркве.

Модели односа државе и цркве су од изузетне важности за разумевање правне регулативе која се односи на црквено градитељство, нарочито у погледу активности које претходе изградњи верских

¹ G. Robbers, „State and Church in the European Union”, in: *State and Church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers), Nomos, Baden–Baden 2005, 578.

² R. Sandberg, „Church-State Relations in Europe – From Legal Models to an Interdisciplinary Approach”, *Journal of Religion in Europe* 3/2008, 332.

³ Више о томе вид. С. Аврамовић, *Прилози настанку државно-црквеног права у Србији*, Правни факултет Универзитета, Београд 2007, 100.

⁴ А. Васиљевић, „Утицај секуларизације и лаицитета на развој државно-црквеног права”, у: *Прилози државно црквеном праву Србије* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 9–24.

објеката. Од односа између државе и цркава и верских заједница најпре зависи да ли су верски објекти планска категорија регулисана урбанистичким плановима и да ли и у којој мери су и на њих примењиве норме државног грађанског и управног права, својствене осталим категоријама објеката. Примера ради, у Србији, црквено градитељство до доношења Закона о црквама и верским заједницама (у наставку: ЗЦВЗ) није било системски уређено, нити је било планска категорија (у смислу урбанистичких планова), а изградња нових верских објеката спровођена је на основу делимичне документације која је претходила изградњи и на основу претходних договора између световних и црквених достојанственика. Међутим, ЗЦВЗ увео је новине у планирању и изградњи верских објеката у Србији на које су највећим делом утицала решења која се увелико примењују у земљама ЕУ. ЗЦВЗ пре свега регулише правни статус цркава и верских заједница који се гарантује 4. чланом поменутог закона. С друге стране, као један вид слободе вероисповести, наведени закон подразумева гарантовање и слободу црквеног градитељства и изградње.⁵ Подстакнути на овај начин, одлучујемо се на упоредноправно истраживање државних извора о црквеном градитељству који утичу или могу утицати и на норме домаћег права. Но, пре упоредноправног прегледа, а имајући у виду да ће се он делимично односити и на државе чланице ЕУ, неопходно је дати неколико начелних опаски о обрисима европског државно-црквеног права и међународним стандардима слободе вероисповести који су од значаја за ову проблематику.

2. Право Европске уније и међународни стандарди слободе вероисповести

У Европској унији се о заједничком институционалном моделу односа држава према верским заједницама може говорити крајње условно. Поред низа националних разлика, оно што је свим државама чланицама заједничко јесте залагање за што веће верске слободе и узајамну (не)зависност религије и државе. Право цркава на самоодређење и аутономију за собом повлачи и градитељство које своје основе има у верској слободи. ЕУ поштује права изведена из заједничке уставне традиције држава чланица као општи принцип комунитарног права.⁶ Све поменуто потврђује добро познати члан 9 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, који штити верску

⁵ Закон о црквама и верским заједницама – ЗЦВЗ, *Службени Гласник РС*, бр. 36/06, чл. 32, ст. 1 и 2.

⁶ G. Robbers, 581.

слободу како појединца тако и читавих заједница.⁷ Члан 9 Европске конвенције о људским правима говорећи о верским слободама, индиректно се дотиче односа вере и државе. Пуна верска слобода загарантована 9. чланом Европске конвенције о људским правима подразумева и учествовање под једнаким условима у животу друштва, што укључује и изградњу верских објеката, која је, као што смо већ истакли, услов без кога не може бити говора о слободи вероисповедања.

У изложеном начелном оквиру може се утврдити да је црквено градитељство посебан облик испољавања верске слободе, те би се, у датом контексту, могло поставити питање допуштености и домашаја задирања у ту слободу преко норми државног правног поретка које се односе на ограниченост и условљеност црквеног градитељства (издавање, односно неиздавање грађевинско-техничке документације).

Као што не постоје општеприхваћене правне норме које регулишу државно-црквене односе, исто је и са црквеним градитељством у ЕУ. Закључак је да ова питања остају отворена и препуштена општим законским решењима држава чланица Уније. Један од најбољих примера за то је и често помињан Амстердамски уговор из 1997. године, који 11. чланом све ово потврђује:

„Европска унија уважава и не прејудуцира статус који по националним правним системима уживају цркве и верске асоцијације и заједнице у државама чланицама.”⁸

Приметно је да циљ ЕУ тренутно није постављање општеприхваћеног модела односа државе и цркве, због опасности од произвођења различитих последица, како за поједине државе тако и за цркве и верске заједнице у њима.⁹ Тешко је и замислити какав би био резултат унификације односа државе и цркве у Немачкој, у којој

⁷ Више о члану 9 Европске конвенције и његовим конкретним аспектима види Џ. Мурдок, *Заштита права на слободу мисли савести и вероисповести у оквиру Европске конвенције о људским правима*, Савет Европе, Стразбур 2013, 45–81.

⁸ Resolution on the Amsterdam Treaty, *The European Parliament*, A4–347/97, art. 11.

⁹ Да смо далеко од унификације на нивоу ЕУ, говори и пример финансирања цркава и верских заједница од стране државе, што своје последице може имати и по верско градитељство. Наиме, и поред тога што велики број држава чланица има једну или две званичне или преовлађујуће религије (Данска, Финска, Италија, Шпанија, Португалија, Грчка), посебно интригантно је што то не подразумева и аутоматско финансирање цркава и верских заједница (пример Италије), баш као што и непостојање званичне вере на државном нивоу не искључује финансирање верских заједница од стране државе (пример Белгије, Немачке, Луксембурга и Шведске). Европски систем финансирања верских институција и активности претежно је комбинација државног финансирања, материјалне подршке верника и тржишних механизма.

религија ужива посебан правни статус, док би у државама чланицама са моделом државних цркава (Шпанија, Данска, Грчка и Финска), било каква унификација довела, сасвим сигурно, до слабљења и губитка стечених права. Све ово указује да је сасвим примерно да питање односа државе и цркве не буде хармонизовано, а да би покушаји поларизованих позиција и система били осуђени на утопију. Остаје, међутим, отворено питање да ли ће се овакав однос према унификацији променити због тога што ЕУ по природи свог постојања има задатак да обезбеди што уједначенији статус поводом многих државних питања, што не искључује веру и религиозност. Логично је очекивати извештај ЕУ на законски положај цркава и верских заједница у државама чланицама. Разлог ових ишчекивања је у отвореном, транспарентном и сталном дијалогу ЕУ и религиозних и филозофских група, као што је назначено у Лисабонском уговору. Иако је тешко одредити прави значај оваквог дијалога, он је сигурно полазна тачка за даљи развој односа вере и државе на нивоу Уније. Све што је истакнуто буди свест о потреби анализирања националног односа државе према црквама и верским заједницама, који је могуће утврдити на основу извора правне и опште историје и положаја верских заједница у њима, што је несумњиво од значаја и за проблематику верског градитељства.

3. Немачка правна регулатива о планирању и изградњи верских објеката

У СР Немачкој доминирају две религије са приближно једнаким бројем верника. То су римокатоличка и протестантска вера. У оквиру протестантске постоје различите деноминације, од којих је одређени број у Евангелистичком савезу, а неке су се одлучиле да остану изван њега и носе назив „Слободне цркве” (*Friekirchen*).¹⁰ Однос државе и цркве је најумеренији зато што подразумева својеврсну златну средину у односу на моделе државне цркве и строге одвојености. У више примера сведоци смо да крајности у односу државе и цркве пружају низ недостатака, а један од логичних закључака је да умереност, то јест средњи модел, обезбеђује најбоље односе. То нам потврђује пример Немачке у којој закон прописује одвојеност државе и цркве, а Уставом је обезбеђена сарадња између ове две институције.¹¹ С друге стране,

¹⁰ G. Robbers, „State and Church in Germany”, in: *State and Church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers), Nomos, Baden–Baden 2005, 77.

¹¹ E. R. Huber, *Dokumente zur deutschen Verfassung – Weimarer Verfassungsgeschichte*, Kohlhammer, Hardcover 1992, 154.

поједине верске заједнице у Немачкој имају статус корпорација јавног права и као такве нису укључене у државну структуру, али су прихваћене и представљају део јавног живота.

Према Основном закону из 1949. године (*Grundgesetz*) гарантовано је право на верску слободу, а то је слобода да се вера упражњава без ограничења, што подразумева право верских организација да управљају својим пословима без уплитања државе.¹² Самостално управљање својим пословима са статусом јавних корпорација посебна је погодност за цркве и верске заједнице у Немачкој. Конкретно, и из перспективе нашег истраживања, то се односи на доношење аутономних одлука о планирању и изградњи верских објеката. Томе је посебно допринео поменути правни статус цркава и верских заједница – статус корпорација јавног права. Овакав правни статус обезбеђује низ погодности у односу на државу, међу којима се налазе планирање, пројектовање и изградња верских објеката.

Приликом планирања верског објекта у неком месту у Немачкој неопходна је претходна сагласност носилаца јавне власти, тзв. планска сагласност (*Planungsgenehmigung*), коју је потребно обезбедити као документ који претходи изградњи, реконструкцији, адаптацији верских или других пратећих верских објеката у зони или ван зоне верског комплекса.¹³ Планску сагласност издају локалне планске власти (*örtliche Planungsbehörden*), које упоређују уподобљеност планираног верског објекта са локалним развојним планом (урбанистичким планом јединице локалне самоуправе).¹⁴ С друге стране, неопходна је и потврда задовољавања грађевинске регулације (*Bauordnung*), која заједно са планском сагласношћу представља основне грађевинске документе који претходе изградњи верских објеката. Правна регулатива је посебно важна за црквено грађење које је одувек представљало спој архитектуре, теологије и савремене историје, које се укомбиноване у архитектонске компоненте верског објекта у Немачкој увек доживљавају и представљају као целина.¹⁵ Према проф. Стегерсу, циљ је да сваки верски објекат буде планиран, али и изграђен у складу

¹² Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, *Bundesgesetzblatt Teil III*, nu. 100–1/49, Art 140.

¹³ F. Schubert, „Planungsablauf und Planungsgenehmigung“, *Bautechnik 4 – Konstruktiver Ingenieurbau* 4/1988, 9.

¹⁴ M. Achleitner, T. Stelzer, *Das Örtliche Entwicklungskonzept*, Amt der Oö. Landesregierung, Direktion für Landesplanung, wirtschaftliche und ländliche Entwicklung, Linz 2022, 5–18.

¹⁵ R. Stegers, *Zur Geschichte und Gegenwart des Kirchenbaus*, Grundlagen des Sakralbaus, Berlin 2008, 10.

са архетиповима хришћанске сакралне архитектуре. С друге стране, урбанистичким планом се посебна пажња посвећује изградњи ових објеката у стамбеним зонама, тј. води се рачуна да изградња нема већи штетан ефекат на услове живота у оближњим стамбеним зградама, у смислу буке или генерирања саобраћаја.

Немачки правни поредак је специфичан зато што узима у обзир читав низ техничких прописа које мора да испуни неки верски објекат: од техничких услова комуналне и електричне мреже до осигуравања здравља и безбедности људи којима је објекат намењен. Посебна занимљивост при планирању је регулисање потрошње електричне енергије и воде, односно енергетска и експлоатациона ефикасност верских објеката за коју се Немачка посебно залаже. Када се створи потреба за новом изградњом верских објеката, локалне власти се обавезују да ће, где год је потребно, улазити у споразуме о планским обавезама са инвеститорима у циљу доприноса њиховом обезбеђивању.¹⁶ Овакве прилике пренете су са великих стамбених или мешовитих, комерцијалних и развојних пројеката и планова на градитељство верских објеката.

Постоји још неколико особености планирања и изградње верских објеката у немачком правном поретку. У том смислу, посебно се истиче питање положаја верских објеката у централним градским зонама. Заправо је неопходно да објекти буду лако доступни свим верницима, повезани саобраћајном инфраструктуром, јавним превозом, али и доступни пешице или бициклом. По узору на урбанистичку праксу других европских држава, посебно се потенцира да објекти буду измештени из централних градских зона због могуће буке или узнемиравања осталог становништва. Посебна пажња посвећује се архитектонском уклапању верских објеката са другим стамбеним или нестамбеним, односно постојећим или другим новоизграђеним објектима који представљају градски пејзаж.¹⁷

4. Шпанија и црквено градитељство

Устав Шпаније у 16. члану утврђује основе система црквеног права у овој држави. За наше истраживање посебно је важан став 1 који каже:

„Слобода идеологије, вероисповести и богослужења појединаца и заједница је загарантована, без икаквих других ограничења у

¹⁶ М. Achleitner, T. Stelzer, 14.

¹⁷ В. Blasberg, Н. Jais-Nielsen, „Projektauswahl Zentrumkirche“, in: *Sakralbau, Grundlagen des Sakralbaus* (ed. Rudolf Stegers), Basel–Boston–Berlin 2010, 71.

њиховом изражавању осим оних која могу бити неопходна зарад одржавања јавног реда, као што је прописано законом.”¹⁸

Дакле, Устав забрањује било какав механизам приморавања на изјашњавање о вероисповести. Према Ибану, два су разлога постојања овог начела: један се односи на смањивање броја римокатолика а други на то да припадност већинској религији, Римокатоличкој цркви, не подразумева обавезне стандарде понашања који су у складу са њом. Иако изложено уставно начело у комбинацији са моделом односа државе и цркве омогућава да се наслути однос према слободи вероисповедања у контексту црквеног градитељства, нагласићемо још неколико важних околности које нам могу помоћи да формирамо ширу и обухватнију слику о овој теми. Наиме, Шпанија је традиционално склапала конкордате са Светом столицом. Њихови односи представљени су кроз пет споразума. Један је из 1962, а четири су из 1979. године. Ови уговори имају статус уговора међународног јавног права и основа су за доношење Закона о верским слободама из 1980. године, који је у допринео побољшању односа између државе и цркве и испољавању слободе вероисповести, а самим тим и црквеном градитељству као облику те слободе. У Шпанији је на основу Конкордата из 1978. развијено уставно начело под називом „Право аутономног региона” (*Comunidades Autonomas*), које црквама и верским заједницама гарантује пуно право унутар унутрашњих области надлежности региона. Ово право проширено је и на урбанизам, што подразумева учествовање достојника аутономних верских заједница и приликом планирања и доношења одлука о изградњи нових верских објеката.

Парламент шпанске области Каталоније је у јулу 2009. године усвојио нови закон о вери (*Ley de Cultos*).¹⁹ Овим законом олакшавају се остваривања верских права, тако што се обавезују општине да, у складу са својим могућностима и потребама, у развојним плановима резервишу простор за верске намене, где би се захтеви верских заједница за изградњу нових верских објеката могли реализовати.²⁰ Исто тако, гарантују се и једнакост и недискриминација приликом издавања грађевинских дозвола за изградњу. Планирано је да се ово примени на све нове развојне планове, а општине су добиле неопходан

¹⁸ Constitución de España – Capitulo Segundo, *Boletín Oficial del Estado* 1/97, Art. 16.

¹⁹ *Ley de Cultos, Registro Oficial* 547/37.

²⁰ Generalitat de Catalunya, Department de la Vicepresidencia, Parliament passes the law governing places of worship, https://www.euscreen.eu/item.html?id=EUS_511F-5BAEFA2143B6854D8A4C37655241, 14. 2. 2023.

максималан рок од десет година да се томе прилагоде. Закон обавезује Владу Каталоније да пропише правила за обезбеђивање безбедности и хигијене, а предвиђа и обавезу прибављања и издавања општинских дозвола за отварање и коришћење ових верских објеката. Истиче се да се на овај начин промовишу верски плурализам и повећана толеранција.

Исламска и Протестантска заједница у Шпанији и даље извештавају да је процес добијања грађевинских дозвола за изградњу цамија и катедрала тежак и дуготрајан, нарочито ако се тражи дозвола за изградњу објекта на централним урбаним локацијама. Према извештају Исламске комисије, наметнуте су мање уочљиве приградске зоне, ради мањег отпора и негодовања суседских верских конфесија.²¹

5. Швајцарска правна регулатива и искуства

Швајцарска спада у ред секуларних држава у којој влада принцип одвојености државе и цркве. То, међутим, не значи да је религија потпуно забрањена у јавном праву. Као и у другим државама, овакав однос између државе и цркве је резултат вишевековног правно-историјског развоја уставних и законских решења у Швајцарској. Почетак се везује за 16. век, када је данашњу Швајцарску Конфедерацију сачињавао конгломерат повезаних аутономних округа у оквиру којих су жупаније биле потпуно аутономне и издвојене.²² У Швајцарској су дуго на снази била конфесионална ограничења слободе оснивања и других религија, која су временом уставним променама (1874, 1979, 1999) губила на значају, да би у потпуности била уклоњена 2001. године.²³

Раздвајање државе и цркве у Швајцарској није директно помешано у Уставу али је изведено из слободе вероисповести која је заштићена 15. чланом Устава.²⁴ За Швајцарску постоји правна особеност да је већина црквених закона развијена из кантоналног права (26 кантона резултује 26 различитих система државно-црквеног права), мада је уплив политике у државно-црквене односе оставио посебан траг. Један од њих је тај што данас не постоје административни капацитети

²¹ US Department of State, *Report on International religious freedom about Spain*, <https://www.state.gov/report/custom/fe3df39d68-2/> 19. 3. 2023.

²² R. Pahud de Mortanges, „Religion and the secular state in Switzerland”, in: *Religion and the Secular State: National Reports XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law* (eds. Javier Martinez-Torron, Cole Durham), Madrid 2015, 687.

²³ *Ibid.*, 688.

²⁴ Federal Constitution of the Swiss Confederation, *National Legislative Bodies/ National Authorities* CHE 010/99, Art. 15.

који се искључиво баве верским питањима, а за решавање многих од тих питања која захтевају интервенцију државе неопходно је тражити различите контакт особе у савезној државној и локалној управи. У погледу црквеног градитељства то је најчешће управа за грађевинске послове.

Да у односима између државе и појединих верских заједница у Швајцарској није све хармонично, показују све чешћи примери Савезног врховног суда у случајевима црквеног градитељства. Наиме, на иницијативу политички десно оријентисаних партија, а уз противљење Владе, расписан је национални референдум о томе да ли би требало забранити постављање минарета на џамије у Швајцарској. Пошто је иницијатива деснице добила већину гласова кантона, као и 57,7% грађана изашлих на референдум, забрана постављања минарета постала је део швајцарског правног система. Важно је да узмемо у обзир овај специфичан пример будући да у Швајцарској живи око 400.000 становника исламске вере, што је 4,3 посто од укупног броја становника према попису из 2000. године.²⁵ А од постојећих 150 џамија у Швајцарској, само четири имају минарете. Примерно је што се оваква одлука у исламском свету и међу исламским верницима у Швајцарској доживљава као велико угрожавање верских слобода Исламске заједнице. Оваквој одлуци допринела је изражена политичка конотација.²⁶ Занимљиво је истаћи да је питање референдумске забране изградње минарета доспело и до Европског суда за људска права, који је у случајевима *Ouardiri v. Switzerland*²⁷ и *Ligue des Musulmans de Suisse and Others v. Switzerland*²⁸ одбацио представке у којима је, између осталог, тврђено да је дошло до повреде слободе вероисповести из члана 9. Конвенције, с аргументацијом да апликанти нису жртве повреде те слободе, тачније да нису директно погођени, јер такво решење нема никакве практичне ефекте по њих, те да нису ни потенцијалне жртве повреде права. Остављајући по страни низ отворених питања у вези с таквим резонавањем Суда, чија би анализа превазишла дозвољени обим рада, тешко је отети се утиску да се одлуком донесеном на референдуму задире у правила изградње муслиманских верских објеката, а на тај начин утиче и на остваривање права на њихову изградњу, што је само један од видова испољавања слободе вероисповести.

²⁵ R. Pahud de Mortanges, 688.

²⁶ Swiss ban buildings of minarets on mosques, New York Times, Europe, <http://www.nytimes.com/2009/11/30/world/europe/30swiss.html>, 22. 4. 2023.

²⁷ *Ouardiri v. Switzerland*, Application no. 65840/09, 8. 7. 2011.

²⁸ *Ligue des Musulmans de Suisse and Others v. Switzerland*, Application no. 66274/09, 8. 7. 2011.

Према различитим теоријама из области упоредног права, правни поредак Швајцарске на примеру концепта односа државе и цркве постоји као правни трансплант америчког права.²⁹ Према речима Брајса, Швајцарска је погурала све демократске доктрине и развила их много детаљније него било која европска држава.³⁰ Често се истиче чињеница да су саздатељи швајцарског устава у многим питањима добро проучили амерички устав, који им је постао узор и модел при обликовању сопственог.³¹ Подстакнути овом теоријом, одлучујемо се да завршно поглавље посветимо правном систему „даваоцу”. Реч је о америчком закону који се односи на црквено градитељство.

6. „RLUIPA” закон у Сједињеним Америчким Државама

Због различитог историјског контекста настанка држава и њиховог односа са верским заједницама, али и других специфичности америчког друштва, у наставку посвећујемо пажњу савезним и локалним прописима у САД у области планирања и изградње верских објеката с посебним освртом на „RLUIPA” закон. Поред најважнијег закона који регулише ову област, од изузетног доприноса за истраживање су примери различитих случајева, који нас упознају са уставом загарантованим правима верских заједница и критеријумима унутар локалних заједница. Према Првом амандману на Устав САД, активности цркве и државе су раздвојене и не постоји званична вера.³² Америчка држава не финансира верске активности, тако да су и са те стране верске заједнице потпуно равноправне (ниједна не добија државну помоћ).

Законом о религиозној намени земљишта и религиозним особама у затворима (*Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* – RLUIPA), донетог 2000. године, олакшано је планирање и изградња верских објеката у САД.³³ Дух закона се односи на слободно исповедање вере појединаца, заједница и институција, за шта су верски објекти неопходан услов. У пракси је спровођење овог закона изазвало различите проблеме и спорове јер је тешко дефинисати границе

²⁹ Више о упоредноправној теорији правних транспланата вид. А. Васиљевић, „Разлике у компаративистичким теоријама Алана Вотсона и Патрика Глена”, *Страни правни живот* 3/2022, 461–474.

³⁰ J. Bryse, *Modern Democracies – Vol. I*, The Macmillan Company, Toronto 1921, 327.

³¹ W. O'Brien, „Church and State in Switzerland: A Comparative Study”, *Virginia Law Review* 5/1963, 904–924.

³² First Amendment Fundamental Freedoms 1791, *Constitution to the United States*, General Principle of Government Neutrality to Religion, Amdt 1.3.1.

³³ Religious Land Use and Institutionalized Persons Act – RLUIPA, *Congress.Gov* S. 2869/2000.

државног уплитања и поштовања верске слободе. RLUIPA религиозним институцијама и власницима земљишта даје посебно право да се супротставе прописаној намени земљишта и њеним условима, које њихови суседи, корисници земљишта у секуларне сврхе, немају. Из примера планерске праксе у САД које ћемо представити у наставку, јасна је намера закона да се у најмању руку ограничи потпуна аутономија локалних заједница у доношењу различитих прописа који верске заједнице доводе у неравноправан положај у односу на друге субјекте планирања, без довољно утемељене аргументације.

Став верских организација у САД је пре усвајања RLUIPA закона па и данас да правила зонирања и одређивања намене земљишта примењена на верске организације представљају претњу верској слободи. Наиме, право којим јавне власти регулишу веру и верске институције често се користи да би се створиле зоне без религија, а у другим приликама да би се црквама забранило даље ширење.³⁴ Основно правило је да се верски објекат гради на посебним местима, са тачно одређеним стилем и димензијама, а да својим карактеристикама не угрожава друге јавне функције или живот других људи.

Из оваквих приступа и разлога су и након усвајања овог закона његова тумачења и конкретне ситуације у пракси врло често предмет бројних судских спорова, у којима обе стране доказују своја, често сасвим супротна, становишта, док судови доносе углавном различите одлуке. Тако је, примера ради, у Сурфсајду у Флориди, месту са око 6000 становника усвојен пропис којим се забрањује лоцирање црква и синагога у градском центру.³⁵ Позивајући се на правила своје вере, јеврејска заједница је поднела тужбу како би добила право да сагради синагогу у граду, што су власти одбиле, а суд подржао. Такође на Флориди у Хомстеду, мало већем граду (око 30.000 становника), градске власти донеле су одлуку да се забрани лоцирање верских објеката у центру града, а постојећим је дат рок од две године да се иселе.³⁶ С друге стране, у Вирџинији је на снази стари закон по коме се црквама забрањује да поседују више од двадесет хектара земљишта. Стога су цркве принуђене да формирају посебна предузећа на која преносе власништво имовине на коју плаћају додатни порез.³⁷ Занимљив је и

³⁴ The United States Department of Justice, Religious Land Use Will Force the Government to Stop Discriminating Against Religious Institutions, <https://www.justice.gov/crt/religious-land-use-and-institutionalized-persons-act>, 25. 4. 2023.

³⁵ M. Sephardi, Inc. v. Town of Surfside, <https://casetext.com/case/midrash-sephardi-inc-v-town-of-surfside>, 15. 5. 2023.

³⁶ Ibid.

³⁷ The Virginia Statute for Religious Freedom, *Constitutional Rights Foundation* 1/2010.

пример из града Сајперс у Калифорнији где је дошло до судског спора између власти и Котонвуд хришћанског центра (*Cottonwood Christian Center*). Наиме, центар је купио земљу на којој је планирао изградњу верских и пратећих објеката, мада су локалне власти захтевале добијање *Условне дозволе за градњу* од града Сајперса, који је то одбио зато што је на том месту предвиђена изградња шопинг мола.³⁸

Процедуру која претходи добијању дозволе за градњу верског објекта, пратећих објеката или реконструкције истих у САД, можемо сагледати у захтеву који је градским властима поднела Баптистичка црква у Котиц Хилу, насељу у граду Мобајл у Алабами 2005. године³⁹. Циљ захтева било је потраживање планске дозволе за проширење постојећег црквеног комплекса кроз реконструкцију постојећег и изградњу још једног помоћног објекта. Црквено имање се простире на 5,9 хектара и у зони је породичних кућа. Планска дозвола издаје се по увиду у специфичан развојни план *Planned Unit Development (PUD)*, у коме се анализира компатибилност намене локације.⁴⁰ Увидом у PUD, издата планска дозвола потврђује план места градње са становишта саобраћајне, електроенергетске, водоводне, комуналне и друге инфраструктуре.

7. Закључак

Уз пуну свест о обимној разноликости нормативних решења, искустава и праксе у државама у Европи и САД, када су у питању односи цркава и верских заједница и државе, као и уопште однос према вери и решењима у области урбанизма, намени земљишта за црквено градитељство, али и ограниченост коју потврђују примери, може се извести неколико општих закључака. Намена земљишта и услови за изградњу верских објеката у највећој мери зависе од односа државе и цркве и правног статуса цркава и верских заједница у одређеној држави. Уколико је однос државе и цркве близак, и правни положај цркава и верских заједница повољнији, пут планирања и изградње је једноставнији и мање захтеван. У супротном, појављује се низ потреба и ограничења која целокупан поступак додатно отежавају и успоравају.

³⁸ P. Selver, E. Larsen, A. Tauban, „RLUIPA and land use: an overview and a closer look at the *Equal terms* provision and the southern district’s Third Church decision”, *Environmental law in New York* 1/2009, 189.

³⁹ Cottage hill Baptist church subdivision, http://urban.cityofmobile.org/urban_pc/reports/extcottagehillbaptchsub.pdf 16. 5. 2023.

⁴⁰ N. David, „Factors Affecting Planned Unit Development Implementation”, *Planning Practice and Research* 4/2015, 1–17.

Локалне заједнице, полазећи од своје надлежности у области урбанизма, имају слободан маневарски простор да, уз уважавање постојећих законских оквира, одређују и воде локалну политику према верским заједницама и њиховим богослужбеним потребама, укључујући и намену земљишта и урбанистичка правила која се примењују код црквеног градитељства.

У тржишно оријентисаним друштвима и заједницама, цркве и верске заједнице само су један од конкурената за прибављање новог и задржавање постојећег сопственог земљишта и изградњу на њему. Постоје и уочљиве су негативне последице коришћења повољног правног положаја који им обезбеђује држава, а који може бити искоришћен на различите начине. Један од њих је прибављање новог или задржавање старог земљишта (коришћеног у друге намене), које би цркве и верске заједнице искористиле за изградњу нових верских објеката.

Земље са дужом и стабилнијом или недвосмислено доминантном традицијом једне или двеју верских заједница, налазе начин да те заједнице заштите од претераног просторног регулисања и зонарања, као и од неповољних ефеката тржишта. Посебан допринос и напредак уочљив је на примеру RLUIPA закона у САД, где је и поред одсуства континуитета и присуства моћног тржишта, статус црквеног градитељства на највишем нивоу.

Много веће повољности дате су одлукама и могућностима постављања верског објекта по одређеним урбанистичким правилима. На овај начин, заштићени су карактер околног подручја и становништво од угрожавања свакодневног живота. С друге стране, загарантовано је нормално одвијање свих других функција насеља и градова (становнање, комерцијалне делатности, саобраћај, јавне услуге и сл.).

Све горенаведено треба узети у обзир приликом планирања и изградње верских објеката у српском правном поретку, где до 2006. године верски објекти нису виђени као планска категорија. Тек након 2006. постепено се примењује развој у планерској пракси, као и то да су верски објекти данас постали неопходан плански елемент у урбанистичким плановима, у којима се узимају у обзир иницијативе, услови и простор за њихову изградњу. Правне норме црквеног градитељства у нашој држави трансплантоване су на основу параметара преузетих из европских правних поредака у којима је ова област на много развијенијем нивоу.

Aleksandar Vasiljević

PhD Student, Institute for European studies, Belgrade

STATE-LEGAL SOURCES OF RELIGIOUS BUILDING

Summary

Churches and religious communities, whose existence is an expression of freedom of religion, are guaranteed the right to be able, independently and in accordance with state laws, to build temples and other buildings for religious purposes. Although guaranteed, this right is not uniformly normatively elaborated in comparative law, but depends on the relationship between the state and churches and religious communities, which is regulated by the constitutional principles of each individual states. Through the examples of Germany, Spain and Switzerland, the author emphasizes the peculiarities and limitations of church and religious buildings construction. One of the basic features is that religious objects become the subject of a planning category, which implies their prediction and planning in planning documents, while the restrictions are related to the application of autonomous norms from church construction and their relationship to secular construction laws. In the final part, the example of Switzerland confirms the influence of Anglo-Saxon law (common law) on European-continental (civil law), through practical examples and the concrete RLUIPA law in the USA, which regulates even the smallest elements related to the planning and construction of religious buildings.

Keywords: churches and religious communities, freedom of religion, religious buildings, church construction.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

Аврамовић С., *Прилози настанку државно-црквеног права у Србији*, Правни факултет, Београд, 2007.

Achleitner M., Stelzer T., *Das Örtliche Entwicklungskonzept, Amt der Oö. Landesregierung, Direktion für Landesplanung wirtschaftliche und ländliche Entwicklung, Linz 2022.*

- Blasberg B., Jais-Nielsen H., „Projektauswahl Zentrumkirche“, in: *Sakralbau, Grundlagen des Sakralbaus* (ed. Rudolf Stegers), Basel–Boston–Berlin 2010, 70–72.
- Bryse J., *Modern Democracies – Vol. 1*, The Macmillan Company, Toronto 1921.
- Васиљевић А., „Утицај секуларизације и лаицитета на развој државно црквеног права“, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Институт за уредно право, Београд 2022, 9–24.
- Васиљевић А., „Разлике у компаративистичким теоријама Алана Вотсона и Патрика Глена“, *Страни правни живот* 3/2022, 461–474.
- David N., „Factors Affecting Planned Unit Development Implementation“, *Planing Practice and Reserch* 4/2015, 1–17.
- Мурдок Џ., *Заштита права на слободу мисли савести и вероисповести у оквиру Европске конвенције о људским правима*, Савет Европе, Стразбур 2013, 45–81.
- O’Brien W., „Church and State in Switzerland: A Comparative Study“, *Virginia Law Review* 5/1963, 904–924.
- Pahud de Mortanges R., „Religion and the secular state in Switzerland“, in: *Religion and the Secular State: National Reports XVIIIth Congress of the Internacional Academy of Comparative Law* (eds. Javier Martinez-Torron, Cole Durham), Madrid 2015, 687–699.
- Robbers G., „State and Church in the European Union“, in: *State and Church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers), Nomos, Baden–Baden 2005, 577–589.
- Robbers G., „State and Church in Germany“, in: *State and Church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers), Nomos, Baden–Baden 2005, 77–94.
- Sandberg R., „Church-State Relations in Europe – From Legal Models to an Interdisciplinary Approach“, *Journal of Religion in Europe* 3/2008, 329–352.
- Selver P., Larsen E., Tauban A., „RLUIPA and Land Use: an overview and a closer look at the Equal terms provision and the southern district’s Third Church decision“, *Environmental law in New York* 11/2009, 187–208.
- Schubert F., „Planungsablauf und Planungsgenehmigung“, *Bautechnik 4–Konstruktiver Ingenieurbau* 4/1988, 9–23.
- Huber Ernest R., *Dokumente zur deutschen Verfas – Weimarer Verfassungsgeschichte*, Kohlhammer, Hardcover 1992.

Остали извори

- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, *Bundesgesetzblatt Teil III*, Nummer 100–1/49.
- Draft Treaty establishing a Constitution for Europe, *Official Journal*, 2003/C 169/01.
- Закон о црквама и верским заједницама – ЗЦВЗ, *Службени гласник РС*, бр. 36/06.
- Ley de Cultos, *Registro Oficial* 547/37.
- Religious Land Use and Institutionalized Persons Act – RLUIPA, *Congress. Gov S.2869/2000*.
- Resolution on the Amsterdam Treaty, *The European Parliament*, A4–347/97.
- The Virginia Statute for Religious Freedom, *Constitutional Rights Foundation* 1/2010.
- Federal Constitution of the Swiss Confederation, *National Legislative Bodies/ National Authorities* CHE 010/99.
- First Amendment Fundamental Freedoms, *Constitution of the United States*, 1791.
- Constitución de España – Capitulo Segundo, *Boletín Oficial del Estado* 1/97
- Generalitat de Catalunya, Department de la Vicepresidencia, *Parliament passes the law governing places of worship*, https://www.euscreen.eu/item.html?id=EUS_511F5BAEF_A2143B6854D8A4C37655241, 14. 2. 2023.
- Swiss ban buildings of minarets on mosques, *New York Times*, Europe, <http://www.nytimes.com/2009/11/30/world/europe/30swiss.html>, 22. 4. 2023.
- Sephardi M., *Inc. v. Town of Surfside*, <https://casetext.com/case/midrash-sephardi-inc-v-town-of-surfside>, 15. 5. 2023.
- The United States Department of State, *Report on International religious freedom about Spain*, <https://www.state.gov/report/custom/fe3df39d68-2/>, 19. 3. 2023.
- The United States Department of Justice, *Religious Land Use Will Force the Government to Stop Discriminating Against Religious Institutions*, <https://www.justice.gov/crt/religious-land-use-and-institutionalized-persons-act>, 25. 4. 2023.
- Cottage hill Baptist church subdivision, http://urban.cityofmobile.org/urban_pc/reports/ext_cottagehillbaptchsub.pdf, 16. 5. 2023.

STATE AND RELIGION IN POST-YUGOSLAV STATES: IS THERE A POST-YUGOSLAV MODEL OF RELIGION-STATE RELATIONSHIP?

Summary

The paper delves into the legal framework governing state-religion relations in the states that emerged following the dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia. Initially, the author outlines potential models of state-religion relations within which the post-Yugoslav states can be categorized. Subsequently, a detailed examination is conducted on the constitutional and legal provisions, allowing for the deduction of the model characterizing the state's relationship with religion in each of the six post-Yugoslav states. The concluding section of the paper contemplates the existence of a distinct post-Yugoslav model of state-religion relations. Identifying the precise model of state-religion relations, even within a single state, often poses a formidable challenge. However, it is somewhat more feasible to identify several models along a spectrum that a particular state is navigating. At the core of this spectrum lies the cooperation model, yet in all post-Yugoslav states, their respective models tend to incline towards a higher degree of positive identification between religion and the state.

Keywords: churches, religious communities, freedom of religion, model of state religion relations, post-Yugoslav states.

1. Introduction

The region that once encompassed the Socialist Federal Republic of Yugoslavia presents a fascinating landscape of religious pluralism. Firstly, the largest religious organizations in this area are autochthonous, meaning they have existed within this region for centuries, predating the formation of the first Yugoslav state. Furthermore, with the exception of Slovenia, all federal units or republics who are predecessors of today's independent states were characterized by religious heterogeneity. This overall religious diversity was further influenced by official policies during the 1960s, which allowed the entry of new religious organizations, primarily originating from

* Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Republic of Serbia, dalibor.djukic@ius.bg.ac.rs

the United States of America.² At that time, the government aimed to portray Yugoslavia as a nation that highly respected religious freedom on the international stage. Prior to the constitutional changes of 1974, the legislation governing religious freedom was uniform across all federal units. Although jurisdiction over religious matters was subsequently transferred to the republic level, the laws enacted by republics shortly after the adoption of the 1974 Constitution, exhibited remarkable similarity.³ In light of the above, it is evident that the former Yugoslav states, upon gaining independence, inherited both a landscape of religious pluralism and a comparable legal framework for governing the status and rights of religious organizations.

Although they began with the same historical backdrop, each of the newly established independent states embarked on a distinct trajectory in shaping their state–church relations. This divergence can be attributed to a multitude of factors, including historical legacies, social dynamics, religious influences, and political considerations. This paper aims to investigate whether a shared post–Yugoslav model of state–church relations exists today and, if so, to delineate its defining features. The analysis focuses on the legal frameworks that govern the status of religious organizations and the freedom of religion in the nations that emerged following the dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY). Through a comparative and critical examination of these legal provisions, the study endeavors to identify the fundamental commonalities that serve as evidence for the existence of a common system of state–religion relations across the former Yugoslav countries. Additionally, the research aims to outline the key characteristics of this shared system.

The remainder of this paper is structured into three distinct sections. The first section introduces a typology of various configurations of state–religion relations, with a specific focus on the models that encompass post–Yugoslav states (Section 2). Subsequently, the paper delves into the analysis of constitutional and legal provisions that delineate the model of state–religion relations in all six post–Yugoslav states, namely Slovenia (Section 3.1), Croatia (Section 3.2), Bosnia and Herzegovina (Section 3.3), Serbia (Section 3.4), Montenegro (Section 3.5) and North Macedonia (Section 3.6). Finally, the concluding part of the paper succinctly summarizes the key findings derived from the analysis.

² S. Flere, M. Lavrič, D. Jesenik, „Church–State Relations in Slovenia“, in: *Religion in the Post–Yugoslav Context* (eds. Branislav Radeljić, Martina Topić), Lexington Books–Fortress Academic, Lanham 2015, 42.

³ For more detailed analysis see M. Božić, „Neither secular state nor laical Republic? Legal position of religious communities in Communist Yugoslavia: Legal framework analysis“, *Pravni zapisi* 1/2019, 40–64.

2. The range of possible religion–state configurations

In principle, one can encounter an extensive body of literature encompassing works authored by individuals from various fields within the social sciences, which often proffer diverse models of the regulation of the relationship between the state and religion. The process of categorizing and systematizing these disparate models can prove to be immensely advantageous. It aids in the discernment of the particular model to which a given piece of legislation belongs and serves as an invaluable resource for educational purposes. Nevertheless, it is imperative to approach such typologies with a degree of circumspection. It is essential to remain cognizant of the overlaps and intersections that may exist between distinct models. Additionally, it is crucial to acknowledge that, owing to historical, cultural, political, and religious idiosyncrasies, each country essentially embodies a unique model. This section of the paper endeavors to present a classification that not only elucidates the preponderance of conceivable configurations concerning state–religion relations but also elucidates the correlation between the specific model and the extent of religious freedom it entails.

Traditionally typologies of state–religion relationships are presented as a list or straight–line continuum. However, Durham and Scharffs present their typology of state–religion relationships as a continuum (a loop) stretching from positive identification of the state and religion (theocratic states, states, established churches, religious status systems), through neutral postures (cooperation, accommodation and separation) and extending to negative identification of state and religion (secular control regimes, abolitionist regimes).⁴ In this section the focus will be only on models which are important for the analysis of religion–state relations in the former Yugoslav states.

First model that should be presented is the model of endorsed religions. In countries belonging to this model, there is no official state religion, but the constitution recognizes the special role of a single religious organization. Moreover, these states offer strong protection for the religious freedom of all other churches and religious communities. For instance, in Italy and Spain the distinctive historical role of the Catholic Church has been acknowledged while affirming the religious freedom of all religious communities.

Similar to ‘endorsed systems’ is the ‘preferred religions’ model. The state does not recognize the special historical role of one church (like in the previous model) but provides privileged status to a number of religious organizations. This model includes the so–called *multi–tiered* systems of

⁴ C. Durham, B. Scharffs, *Law and Religion: National, International, and Comparative Perspectives*, Wolters Kluwer, Alphen aan de Rijn 2019, 125.

church registration that are operating in many European countries. This model also includes states that distinguish traditional religions, like the Republic of Serbia. Those systems do not violate the international standards of protection of religious freedom *per se*, although there are certain difficulties in the implementation of those systems tainted by the arbitrariness of the state and political procedures.

The model of the future in which most European systems are evolving is the cooperation model. According to the definition of prof. Durham and Torron “cooperation systems respect fundamental baselines of protecting individual religious freedom for all and the fundamental commitment to neutrality and equality in religious affairs, but understanding those notions in a way that allows the state flexibility to cooperate in a variety of ways with religious communities”.⁵ Behind this model is the idea that freedom of religion includes the positive obligation of the secular state to support religious organizations in order to enable the exercise of religious freedom. The primary fields of cooperation are religious education and financial support to religious organizations. Even the states that adopt a strictly secular approach of state–religion relations are changing their posture toward the cooperation systems. For example, France supports religious schools and finances the maintenance of religious buildings of the Catholic Church that were appropriated in 1905. The main advantage of this model is its flexibility which allows the state to cooperate with religion in many different ways.

The next model is the accommodation system. It is similar to the cooperation systems but in this model, the state provides a lower level of support to religious organizations. The direct state funding of religious activity meets tighter constraints in this system. It allows for tax exemptions, the presence of religious symbols in the public sphere, and respects rules of religious organizations. According to several interpretations, the USA Constitution belongs to this system.⁶

3. State–religion relations in post–yugoslav states

3.1. Slovenia

Slovenia is predominantly a Catholic country, with other religious groups being relatively small in number.⁷ The Constitution of Slovenia

⁵ J. Martinez Toron, C. Durham, *Religion and the Secular State: National Reports*, Publishing Service of Complutense University Law School, Madrid 2015, 13.

⁶ C. Durham, B. Scharffs, 124–129.

⁷ 2022 Report on International Religious Freedom: Slovenia, <https://www.state.gov/reports/2022-report-on-international-religious-freedom/slovenia>, 20. 09. 2023.

explicitly states that “the state and religious communities shall be separate”,⁸ yet it does not provide detailed specifications regarding the extent of separation between the state and religious communities. Furthermore, it enshrines that all religious communities enjoy equal rights and safeguards their freedom to practice their activities. Notably, the Constitution refrains from mentioning any particular church or religious community. Some scholars, such as Naglič and Kaučič, deduce from these constitutional provisions that the Slovenian model of state–church relations aligns with a strict and consistent separation, akin to the French model of *laïcité*.⁹

The Religious Freedom Act, passed in 2007, signifies a shift from strict constitutional separation to broader cooperation between the Slovenian state and the Roman Catholic Church.¹⁰ Article 5 of the Act stipulates that “Churches and other religious communities promoting spirituality and human dignity in private and public life, also promoting extending meaning to existence in the area of religious life and simultaneously also having a significant role in public life by developing their educational, charitable and other activities in the area of the welfare state, enriching national identity, thus discharging a significant social role, shall be generally beneficial organizations”.¹¹ While the Act does not specify or further regulate the benefits of “generally beneficial organizations”, it does provide the possibility of granting state aid to religious organizations. Additionally, the same Act envisions religious services in hospitals, military and police facilities, as well as prisons.

In Slovenia, similar to most other former socialist states, the state plays a significant role in education.¹² The presence of private educational institutions is minimal, with very few students attending such institutions. Notably, confessional religious education is absent in both Slovenian public

⁸ Constitution of the Republic of Slovenia, *Official Gazette of the Republic of Slovenia*, Nos. 33/91–I, 42/97, 66/2000, 24/03, 69/04, 68/06 and 47/13.

⁹ A. Naglič, “Svoboda cerkva v Sloveniji”, *Res Novae* 2/2017, 16. I. Kaučič, “Načela ustavne ureditve razmerja med državo in cerkvijo v Sloveniji”, *Država in cerkev: izbrani zgodovinski in pravni vidiki: mednarodni posvet*, Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 2002, 404. Similar opinion L. Šturm, „Church–State Relations and the Legal Status of Religious Communities in Solvenia“, *Brigham Young University Law Review* 2/2004, 622.

¹⁰ M. Lavrič, S. Flere, “Divergent Trends in Legal Recognition of Religious Entities in Europe: The Cases of Slovenia and Hungary”, *Politics and Religion* 8/2015, 294.

¹¹ Zakon o verski svobodi, *Uradni list RS*, št. 14/07, 46/10 – odl. US, 40/12 – ZUJF in 100/1.

¹² The share of private education in Slovenia is 2.4% at the secondary school level and 0.2% at the primary school level. Reševanje krize in financiranje zasebnih šol, <http://katoliska-cerkev.si/resevanje-krize-in-financiranje-zasebnih-sol>, 25.09. 2023.

and private schools. The Slovenian Organization and Financing of Upbringing and Education Act (Education Act) explicitly prohibits denominational religious education and religious activities in general. These prohibitions encompass activities such as “sectarian Bible study or religious education aimed at establishing religion; instruction in cases where educational contents, textbooks, teacher training, and suitable characteristics of teachers are determined by religious communities; organized religious rituals”.¹³ Instead of denominational religious education, Slovenian schools offer an optional subject titled “Religions and Ethics” during obligatory schooling.¹⁴ While every school is required to provide this subject, its implementation depends on the number of students interested.¹⁵ However, a limited number of pupils choose to enroll in this subject.¹⁶ Consequently, Staničić observes that “religious education in Slovenia is almost non-existent”.¹⁷ The Roman Catholic Church operates only a few private elementary and secondary schools in Slovenia, and these institutions receive partial or full state funding. Additionally, the Roman Catholic Church oversees the sole Faculty of Theology in Slovenia, which is a member of the state University of Ljubljana.

Slovenia is among the central European countries that have formalized their relationships with certain religious communities by entering into special agreements. The first agreement on legal status was signed with the Evangelical Church in the Republic of Slovenia in 2000. Subsequently, in 2001, an Agreement between the Republic of Slovenia and the Holy See on legal issues was signed, and it was ratified in 2004.¹⁸ Over time, similar agreements have been signed with a few other churches and religious communities.¹⁹ These agreements, however, do not impose new obligations on either party. Due to the agreement with the Holy See which holds a distinct

¹³ F. Staničić, „Religious Education in the Public Sphere in Slovenia“, *Law, Identity and Values* 2/2021, 151.

¹⁴ Z. Kodelja, “The Teaching about Religion at Slovene Public Schools”, *Theorizing citizenship education* 3–4/1999, 155.

¹⁵ D. Čepar, „Religious education in the Republic of Slovenia“, in: *The Routledge International Handbook of Religious Education* (eds. Derek Davis, Elena Miroshnikova), Routledge, Abingdon 2012, 320.

¹⁶ S. Flere, M. Lavrič, D. Jesenik, 49.

¹⁷ F. Staničić, 159.

¹⁸ Zakon o ratifikaciji Sporazuma med Republiko Slovenijo in Svetim sedežem o pravnih vprašanjih, *Uradni list RS – Mednarodne pogodbe*, št. 4/04.

¹⁹ Those are Pentecostal Church, Serbian Orthodox Church, Islamic Community and Dharmaling Buddhist Congregation. F. Staničić, „The Legal Regulation of Religious Symbols in the Public Sphere in Slovenia“, in: *Religious Symbols in the Public Sphere* (ed. Paweł Sobczyk), Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, Central European Academic Publishing, Budapest–Miskolc 2021, 228.

international character, the Roman Catholic Church has been granted a unique legal position.

From the aforementioned, it can be concluded that Slovenia aligns with the accommodationist regime regarding its state–religion relations. This regime maintains separation between the state and religion while retaining a stance of benevolent neutrality toward religion, without providing direct financial subsidies for religious organizations or their activities. It’s worth noting that in certain aspects, the Slovenian system inclines toward cooperation, particularly concerning close ties between the state and Roman Catholic Church.

3.2. Croatia

Croatia is predominantly a Catholic state with deep–rooted historical ties to the Roman Catholic Church. The Constitution of Croatia explicitly states that religious communities must be separate from the state and equal before the law. Furthermore, within the same article, the Constitution guarantees the rights of religious communities to conduct public religious services, establish and operate educational institutions and charitable organizations, and asserts that they shall receive protection and assistance from the state in their activities (Article 41).²⁰ Therefore, the Croatian Constitution establishes a model of cooperation between the state and religious communities, even though it maintains the principle of separation. Notably, the Constitution does not mention any particular church or religious organization, demonstrating the commitment to a cooperative relationship with various religious entities.

In 2002, the Croatian Parliament passed the Act on the Legal Status of Religious Communities.²¹ This Act establishes a framework for providing state aid to religious communities, with the amount of aid determined based on the type and significance of religious facilities and the socially beneficial activities conducted by religious communities (Article 17). Additionally, the Act outlines tax exemptions for all registered religious communities. Clearly, this legislation sets forth mechanisms for providing support to diverse religious communities and facilitates the state’s cooperative relationship with them.

One of the most contentious issues within the Croatian religion–state relations system pertains to the agreements concluded between the Republic of Croatia and the Roman Catholic Church. Article 141 of the Croatian Constitution stipulates that “international treaties which have been

²⁰ The Constitution of the Republic of Croatia as of 15 January 2014 Consolidated text, *Official Gazette* Nos 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 and 5/14.

²¹ Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica, *Narodne Novine*, br. 83/02 and 73/13.

concluded and ratified in accordance with the Constitution, and which have been published and have entered into force shall be a component of the domestic legal order of the Republic of Croatia and shall have primacy over domestic law”.²² Croatia has entered into four international treaties with the Holy See: the Treaty on the Spiritual Care of Catholic Believers who are Members of the Armed Forces and Police Services of the Republic of Croatia,²³ the Treaty on Cooperation in Education and Culture,²⁴ the Treaty on Legal Issues,²⁵ and the Treaty on Economic Issues.²⁶ Additionally, four significant agreements were signed between the Croatian Bishops’ Conference and the Croatian government (as well as public institutions), facilitating the implementation of the aforementioned international treaties.²⁷ Consequently, Staničić concludes that the Roman Catholic Church has acquired a *sui generis* legal status within the Croatian legal system, and that the Act on the Legal Status of Religious Communities does not apply to this church.²⁸

The Republic of Croatia has entered into treaties with several other religious communities. In 2004, the government attempted to establish regulations that would define the criteria under which religious communities could enter into similar agreements. However, this endeavor proved unsuccessful due to a ruling by the European Court of Human Rights, which determined that such limitations violated Article 14 of the European Convention.²⁹ To date, eight similar contracts have been concluded with a total of 13 churches and religious communities.³⁰ These treaties encompass

²² The Constitution of the Republic of Croatia as of 15 January 2014 Consolidated text, *Official Gazette* Nos 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 and 5/14.

²³ Ugovor o dušobrižništvu katoličkih vjernika, pripadnika oružanih snaga i redarstvenih službi Republike Hrvatske, *Narodne novine: Dodatak međunarodni ugovori*, no. 2/1997.

²⁴ Ugovor o suradnji u području odgoja i kulture, *Narodne novine: Dodatak međunarodni ugovori*, no. 2/1997.

²⁵ Ugovor o pravnim pitanjima, *Narodne novine: Dodatak međunarodni ugovori*, no. 3/1997.

²⁶ Ugovor o gospodarskim pitanjima, *Narodne novine: Dodatak međunarodni ugovori*, no. 18/1998.

²⁷ The Rules on the Organization and Functioning of the Military Ordinariate in the Republic of Croatia, the Agreement on Catholic Confessional Instruction in Public Schools and Religious Education in Public Pre-School Institutions, the Treaty on the Manner of Executing Certain Financial Obligations of the Republic of Croatia Towards the Catholic Church and the Treaty Between the Croatian Radio Television and the Croatian Bishops’ Conference.

²⁸ F. Staničić, “The Legal Status of Religious Communities in Croatian Law”, *Zbornik PFZ* 2/2014, 244.

²⁹ ECtHR, *Savez crkava “Riječ života” and others v. Croatia*, Application no. No. 7798/08, from 9.12.2010.

³⁰ The full list of all agreements is available on the official web page of the Ministry of Science and Education of Republic of Croatia, <https://mzo.gov.hr/pristup-informacijama/>

provisions for state-funded denominational religious instruction in public schools, state funding for various religious activities in public institutions, and state payment for clergy.

In Croatia, confessional religious instruction has been offered as an optional subject in all elementary and secondary schools since 1991. In primary schools, there is no alternative subject, whereas in secondary schools, there is an alternative subject called Ethics. The attendance of pupils in religious instruction is very high, with more than 90% of pupils attending Catholic religious instruction in primary schools during the 2009/2010 school year, and more than 75% in secondary schools.³¹ The legal framework for religious instruction in public schools is established through treaties between the state and major religious communities.

It can be concluded that Croatia's system of state-religion relations aligns with the cooperation model. The state engages in various forms of cooperation with religious organizations and provides financial support for religious activities, including the remuneration of clergy and religious servants. However, these benefits are not extended to all religious organizations, and the Roman Catholic Church holds a special legal status, leaning the system toward the model of preferred religions. This conclusion is consistent with a recent ruling by the Constitutional Court of Croatia, which states that "according to Article 41 para. 2 of the Constitution, religious communities enjoy the protection and assistance of the state in their activities. It follows from this provision that the separation of state and religious communities is not absolute".³² This perspective is also prevalent in Croatian legal and academic discourse.³³ However, close ties between the state and Roman Catholic Church makes this state-religion system closer to the model of historically favored or endorsed churches.

dokumenti-zakonski-i-podzakonski-akti-2080/dokumenti-zakonski-i-podzakonski-akti-9-vjerske-zajednice-zakoni-i-ugovori-2089/2089, 29.09.2023.

³¹ S. Zrinščak et al., "Church and State in Croatia: Legal Framework, Religious Instruction, and Social Expectations", in: *Religion and Politics in Post-Socialist Central and Southeastern Europe* (ed. Sabrina P. Ramet), Palgrave Studies in Religion, Politics and Policy, Palgrave Macmillan, London 2014, 138.

³² Constitutional Court of Croatia, U-I-4504/2010 of December 18, 2018.

³³ F. Staničić, „A Contribution to the Debate on the Republic of Croatia as a Secular State and on the Terms Secularization and Secularism“, *Pravni vjesnik* 3-4/2019, 29. I. V. Savić, "The Legal Regulation of Religious Symbols in the Public Sphere in Croatia", in: *Religious Symbols in the Public Sphere* (ed. Paweł Sobczyk), Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, Central European Academic Publishing, Budapest-Miskolc 2021, 25.

3.3. Bosnia and Herzegovina

Bosnia and Herzegovina is a multi-confessional state, with approximately half of its total population adhering to Sunni Islam and significant Orthodox Christian and Roman Catholic communities (comprising around 31% and 15% of the population, respectively). There is a notable correlation between ethnicity and religious affiliation within the country. Bosnia and Herzegovina is composed of two entities: the Federation of Bosnia and Herzegovina, which includes ten cantons, and the Republika Srpska. Each of these entities possesses its own legislative, judicial, and executive powers. Notably, the Constitution of Bosnia and Herzegovina does not explicitly regulate the relations between the state and religion. This is unsurprising, given that the constitution is, in fact, Annex 4 of The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, more commonly known as the Dayton Agreement. This peace treaty was signed in 1995 and effectively ended the five-year war in Bosnia. Article II of the Dayton Agreement enumerates protected rights, among them being the freedom of thought, conscience, and religion.³⁴ However, there are no other provisions within the agreement that specifically govern the legal status of religious communities or their relationships with the state.

Relevant provisions governing the framework of state-religion relations in Bosnia and Herzegovina are delineated within the Act on Freedom of Religion and the Legal Position of Churches and Religious Communities.³⁵ This Act explicitly proclaims the separation of churches and religious communities from the state. It further stipulates that the separation entails the state's abstention from establishing a state church or religious community and refraining from intervening in their internal organizational matters. However, it does allow the state to extend "material assistance" for social services administered by churches and religious communities (Article 14). Additionally, the Act mandates that the Ministry of Human Rights and Refugees establish cooperation and communication with all registered or potential churches and religious communities (Article 15). It is noteworthy that only four religious communities are explicitly mentioned in the Act, namely the Islamic Community of Bosnia and Herzegovina, Serbian Orthodox Church, Catholic Church, and Jewish Community of Bosnia and

³⁴ Constitution of Bosnia and Herzegovina (Annex 4 of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina), https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=56766&p_country=BIH&p_count=384, 25. 09. 2023.

³⁵ Zakon o slobodi vjere i pravnom položaju crkava i vjerskih zajednica u Bosni i Hercegovini, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, no. 5/2004.

Herzegovina. These entities are classified as “historically based” churches and religious communities, benefiting from inherent legal recognition and protection *ex lege* (Article 8). This legal provision also extends its protective umbrella to all religious communities that had obtained recognition prior to the enactment of the new Act on religious freedom.

The Constitution of Republika Srpska firmly upholds the principles of religious freedom, equality among religious communities, and their autonomy to engage in religious services and activities. Specifically, the Constitution guarantees the right of religious communities to establish and operate religious schools, provide religious instruction, and partake in economic endeavors (Article 28).³⁶ Notably, there is no mention of state support for these activities within the constitutional framework. The Constitution, however, explicitly references one religious organization: the Serbian Orthodox Church. According to the constitutional provision, the Serbian Orthodox Church is designated as the church of the Serbs and other individuals adhering to the Orthodox faith (Article 28, paragraph 2). This provision does not entail any specific privileges or benefits for the Serbian Orthodox Church; rather, it serves to underscore the profound historical and traditional connection between Serbian national identity and the Serbian Orthodox Church.

Conversely, the Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina solely enshrines the principle of religious freedom without delving into any further regulation or delineation of state–religion relations.³⁷

Bosnia and Herzegovina has entered into two significant agreements with churches and religious communities, signifying its commitment to uphold the rights established by the Act on Freedom of Religion and the Legal Position of Churches and Religious Communities. These agreements, first signed in 2006 with the Holy See,³⁸ and subsequently in 2008 with the Serbian Orthodox Church,³⁹ serve to endorse the rights enshrined in the aforementioned Act. Notably, these treaties affirm the right of these religious organizations to provide religious instruction in public schools at all educational levels.

³⁶ Ustav Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, no. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11.

³⁷ Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. novine FBiH*, no. 1/1994, 13/1997, 16/2002, 22/2002, 52/2002, 60/2002, 18/2003, 63/2003, 9/2004, 20/2004, 33/2004, 71/2005, 72/2005, 32/2007, 88/2008, 79/2022, 80/2022, 31/2023.

³⁸ Osnovni ugovor između Bosne i Hercegovine i Svete Stolice, *Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori*, no. 10/07.

³⁹ Odluka o ratifikaciji Osnovnog ugovora između Bosne i Hercegovine i Srpske Pravoslavne Crkve, *Službeni glasnik BiH*, no. 6/2008.

Confessional religious instruction is imparted in both primary and secondary schools throughout the country. According to the Framework Law on Primary and Secondary Education in Bosnia and Herzegovina, students possess the right to attend religious instruction courses aligned with their individual beliefs (Article 9).⁴⁰ It's worth mentioning that the implementation of religious instruction may exhibit slight variations between the two entities within Bosnia and Herzegovina, as well as among the cantons of the Federation of Bosnia and Herzegovina.

In summary, the system governing state–religion relations in Bosnia and Herzegovina is intricate, mirroring the overall complexity of the nation's legal framework. While the fundamental characteristics of this system align it with the cooperation model,⁴¹ there is a discernible inclination, particularly at the entity level, toward a system favoring a preferred set of religions.

3.4. Serbia

Serbia is predominantly an Orthodox Christian country with deep-rooted historical connections between the state and the Serbian Orthodox Church. The Constitution explicitly affirms that the Republic of Serbia is a secular state (Article 11).⁴² This designation has sparked significant debate, as in many other countries, regarding its precise interpretation and implications for state–religion relations. One interpretation posits that the reference to a secular state in the Constitution signifies a strict separation between the state and religion.⁴³ Conversely, an opposing viewpoint suggests that the acknowledgment of a secular state does not preclude potential cooperation between the state and religious organizations.⁴⁴ However, this dispute was resolved through a ruling by the Constitutional Court, which determined “that in the Republic of Serbia there is no system of strict separation of church and state, i.e. that one cannot speak of absolute separation of church and state, but of a system of cooperative separation”.⁴⁵ Consequently, the Constitutional Court's stance provides clarity on the matter. Furthermore,

⁴⁰ Okvirni zakon o osnovnom i srednjem obrazovanju u Bosni i Hercegovini, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 18/2003.

⁴¹ V. Marković, M. Romić, „O ustavnosti registrovanja crkava i verskih zajednica – Prilog proučavanju državno–crkvenog prava“, *Strani pravni život* 1/2020, 57.

⁴² Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the RS*, no. 98/2006.

⁴³ T. Marinković, “Prilog za javnu raspravu o ustavnosti Zakona o crkvama i verskim zajednicama”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2011, 379.

⁴⁴ S. Avramović, “Poimanje sekularnosti u Srbiji – refleksije sa javne rasprave u Ustavnom sudu”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2011, 298.

⁴⁵ Constitutional Court of Serbia, IV3–455/2011.

the Constitution prescribes that churches and religious communities should be separated from the state and prohibits the establishment of state or mandatory religions (Art. 11). The Constitution doesn't mention any particular church or religious community.

The Act on Churches and Religious Communities was enacted by the Serbian Parliament in 2006 and serves as a legislative framework for fostering cooperation between the state and religious entities across various aspects of religious activities.⁴⁶ This Act encompasses several key elements of cooperation models, including state financial support for religious organizations and the delineation of benefits and privileges granted to registered churches and religious communities. A pivotal distinction in Serbian law pertains to the differentiation between traditional and non-traditional religious entities. Traditional churches and religious communities are specifically enumerated within the Act on Churches and Religious Communities.⁴⁷ These traditional religious organizations enjoy legal personality status conferred *ex lege* and receive the highest degree of state support. It's crucial to emphasize that the differentiation between traditional and non-traditional churches and religious communities is not arbitrary;⁴⁸ rather, it is based on objective criteria and objective differences between them. Traditional are those seven religious organizations that have centuries-old historical continuity and have acquired legal personality on the basis of special laws before the II World War (Art. 10). Furthermore, the Act explicitly acknowledges that “the Serbian Orthodox Church plays highly significant historic, nation-building and civilization building role in forming, preserving and developing of the Serbian national identity”. However, it is essential to clarify that this statement is symbolic and does not translate into any form of preferential treatment or privilege for the Serbian Orthodox Church within Serbian legislation. The set of benefits and privileges reserved for traditional churches and religious communities is not extensive and does not constitute discrimination against non-traditional religious organizations.

In Serbia, confessional religious instruction has been offered in both public and private primary and secondary schools since 2001.⁴⁹ This subject is elective, allowing pupils to choose between religious instruction provided

⁴⁶ Act on churches and religious communities, *Official Gazette of the RS*, no. 36/2006.

⁴⁷ Those are Serbian Orthodox Church, Roman Catholic Church, Slovak Evangelical Church, Reformed Christian Church, Evangelical Christian Church, Islamic religious community and Jewish religious community.

⁴⁸ D. Đukić, “Nihil est tam inaequale quam aequitas ipsa: The Issue of Confessional Communities in Serbia”, *Law, Identity and Values* 2/2021, 28.

⁴⁹ Uredba o organizovanju i ostvarivanju verske nastave i nastave alternativnog predmeta u osnovnoj i srednjoj školi, *Službeni glasnik RS*, no. 46/2001.

by seven traditional churches and religious communities or an alternative subject known as Civic Education.⁵⁰ Notably, a significant proportion of pupils, approximately 60%, opt for religious instruction, while slightly over 40% choose Civic Education. Serbia has introduced an innovative approach to organizing confessional religious education through the establishment of the Mixed Commission for the Organization and Implementation of Religious Instruction. This commission comprises six government representatives and representatives from the seven traditional churches and religious communities. The Mixed Commission plays a pivotal role in the oversight and coordination of religious education. Its responsibilities include approving curricula, textbooks, and lists of religious instructors across all denominations.⁵¹ All decisions within this commission are made by consensus, ensuring that every religious organization maintains an equal and meaningful role in overseeing the entire process of providing religious instruction in both private and public schools throughout Serbia.

The Republic of Serbia has not engaged in agreements or treaties with churches and religious communities, except for one international treaty signed with the Holy See. This treaty primarily regulates cooperation in the realm of higher education.⁵²

The system of state–religion relations in Serbia aligns with the cooperation model, which is the official stance of the Constitutional Court. Nevertheless, certain elements of the system bear similarities to the preferred set of religions model. Notably, the differentiation between traditional and non–traditional religious organizations holds significant importance, as it constitutes a key characteristic of the latter model. It is worth emphasizing that traditional churches and religious communities in Serbia do not receive preferential treatment, which keeps the Serbian system of cooperation closer to the cooperation model despite these similarities with the preferred set of religions model.

3.5. Montenegro

Montenegro is a predominantly Christian state with an Orthodox majority, with the Serbian Orthodox Church being its largest religious

⁵⁰ D. Đukić, „The Legal Regulation of Religious Symbols in the Public Sphere in Serbia“, in: *Religious Symbols in the Public Sphere* (ed. Paweł Sobczyk), Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, Central European Academic Publishing, Budapest–Miskolc 2021, 159.

⁵¹ S. Avramović, Religious education in public schools and religious identity in post–communist Serbia, *Annals FLB – Belgrade Law Review* 3/2016, 42.

⁵² Agreement between the Republic of Serbia and the Holy See on the cooperation in higher education, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, no. 17/2014.

organization. In recent times, tensions between the Montenegrin state and the Serbian Orthodox Church have had an impact on legislation related to religious freedom.⁵³ However, contemporary legislation has been brought into alignment with international standards and treaties governing the right to religious freedom. According to the Constitution of Montenegro, religious communities are separate from the state and enjoy equal and unrestricted rights to practice their religious rituals and affairs (Article 14).⁵⁴ The Constitution does not mention any particular religious community or church. Additionally, the Constitution does not explicitly address the potential for cooperation between the state and religious organizations.

Montenegro is the most recent among the post-Yugoslav countries to have replaced its socialist-era legislation concerning religious freedom. Following several years of preparation where the Montenegrin government attempted to exploit the legislation on religious freedom to the detriment of the largest religious community, the Act on Freedom of Religion or Belief and Legal Status of Religious Communities of Montenegro was adopted in 2019. It has been proofed that certain provisions within this Act contravened “international instruments such as the European Convention on Human Rights, the International Covenant of Civil and Political Rights, and the UN Universal Declaration of Human Rights as well as general standards of international law and practice”.⁵⁵ Subsequently, the Act underwent amendments in 2021, aligning it with international legal norms and standards in the realm of religious freedom protection.⁵⁶ The Act expressly forbids the establishment of a state religion while concurrently facilitating “mutual understanding and cooperation” between the state and religious organizations (Article 9). Furthermore, the Act stipulates that both state and local authorities are permitted to provide direct financial subsidies to religious organizations to support their religious or social activities.

Despite the predominance of state schools within the Montenegrin educational system, religious instruction is not offered in public schools in Montenegro. The Act on Freedom of Religion or Belief and Legal Status

⁵³ V. Đurić, V. Marković, “Presecular character of Montenegrin law on freedom of religion in context of Fuller’s demands for internal morality of law”, *Strani pravni život* 4/2020, 7.; M. Jevtić, M. Veković, “Render unto Caesar: Explaining Political Dimension of the Autocephaly Demands in Ukraine and Montenegro”, *Journal of Church and State* 4/2019, 591–609.

⁵⁴ Ustav Crne Gore, *Sl. list CG*, br. 1/2007, 38/2013.

⁵⁵ G. Robbers, *The Montenegrin Law on Freedom of Religion or Beliefs and Legal Status of Religious Communities*, Nomos, Baden Baden 2021, 83.

⁵⁶ Zakon o slobodi vjeroispovijesti ili uvjerenja i pravnom položaju vjerskih zajednica, *Službeni list CG*, no. 74/2019 and 8/2021.

of Religious Communities contemplates the possibility of establishing agreements between the state and religious organizations to govern matters of mutual concern (Article 10). Montenegro has indeed entered into such agreements with the Holy See, the Serbian Orthodox Church, the Islamic Community, and the Jewish Community in Montenegro. These agreements reaffirm the rights already granted by prevailing legislation and elucidate specific aspects of religious activities undertaken by religious organizations in Montenegro.

In summation, the Montenegrin constitution and legislative framework prescribe the separation of state and religion, albeit allowing for cooperation that encompasses various religious activities and incorporates state financial assistance for religious organizations. Consequently, it can be deduced that the Montenegrin system of religion–state relations aligns with the model of cooperation.

3.6. North Macedonia

North Macedonia is primarily characterized as an Orthodox state, with 60.44% of its population adhering to various Christian denominations and 32.17% practicing Islam. Among the Christian population, the majority are Orthodox, with the Macedonian Orthodox Church being the largest religious community in the country. The initial version of the Constitution of North Macedonia stipulated the separation of the Macedonian Orthodox Church and other religious communities from the state, ensuring their equality before the law.⁵⁷ Amendment VII to the Constitution brought about modifications to this article. Specifically, it expanded the provision of the Art. 9 to include not only the Macedonian Orthodox Church but also other religious organizations, namely the Catholic Church, the Evangelical Methodist Church, and the Jewish Community. Notably, the Constitution does not grant any special privileges or treatment to the aforementioned churches and religious communities. Nevertheless, the fact that a constitutional amendment was required merely to mention these specific religious organizations underscores the symbolic, and potentially more profound, significance of this reference for these institutions and their adherents.

The Act on the Legal Position of Churches, Religious Communities, and Religious Groups was enacted in 2007.⁵⁸ This Act reiterates the constitutional provision emphasizing the separation of the state from churches,

⁵⁷ Constitution of the Republic of Macedonia, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/36714/70972/F511737559/MKD36714%20Eng.pdf>, 29.09.2023.

⁵⁸ Закон за правната положба на црква, верска заедница и религиозна група, *Сл. весник на РМ*, бр.113/07.

religious communities, and religious groups, while protects their legal equality (Article 1). However, the Act also outlines that state authorities are responsible for creating favorable conditions for the unhindered conduct of activities by religious organizations (Article 7). Notably, the Act refrains from mentioning any specific religion or religious organization in its text.

Despite occasional attempts to introduce religious instruction in public schools, North Macedonia currently does not provide confessional religious education in its public education system. The Constitutional Court nullified a provision in the 2008 Primary Education Act, which previously allowed for religious education as an elective subject in elementary schools. The Court's rationale for this decision was rooted in the principles of secularism and the separation between the state and religious organizations. Since 2010, a non-mandatory course titled "Ethics and Religion" has been offered in the fifth grade.⁵⁹

The Republic of North Macedonia hasn't entered into agreements or treaties with churches and religious communities.

In summary, North Macedonia has been characterized by a secular state perception, and the principle of the separation of state and religion forms the basis for Constitutional Court decisions. From this perspective, North Macedonia's system of state-religion relations aligns with accommodationist regimes. However, the presence of distinctive relationships between the state and two major religious organizations, namely the Macedonian Orthodox Church and the Islamic Community, brings the country's system closer to the model of cooperation, which is prevalent in the Balkan region.

4. Concluding remarks

All former Yugoslav republics are active members of the United Nations and the Council of Europe, in addition to being signatories to international human rights agreements such as the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Consequently, they have not only accepted but also implemented the provisions safeguarding freedom of religion from these international treaties within their legal system. This alignment can be most prominently observed at the constitutional level, as the constitutional provisions guaranteeing freedom of conscience and religion closely mirror the corresponding provisions in the aforementioned international conventions.

⁵⁹ A. Pajaziti, B. Kasami, "Religion and Education in New Millennium Macedonia", *Milel ve Nihal* 9/2012, 23–24.

In the aftermath of gaining independence, the ex-Yugoslav nations opted against reinstating historical state-religion relations that existed either before the unification of southern Slavs or before World War II. Instead, they chose contemporary systems that deviate from the hostile model witnessed during socialist Yugoslavia and the system of established religious organizations present in the Kingdom of Yugoslavia.

Across all post-Yugoslav countries, there is a clear separation between the state and religion, predominantly outlined within their respective constitutions and legislation on religious freedom. However, separation encompasses a spectrum of state-religion relationship regimes, ranging from those favoring particular religions to abolitionist regimes. Consequently, the nature of this separation has been a subject of substantial debate in these countries. Two distinct and incompatible opinions emerged in these discussions: one advocating for strict or rigid separation, barring any cooperation between the state and religion, and the other contending that separation does not inherently prevent collaboration between the state and religious organizations. The legislation, judicial interpretations, and practical experiences within post-Yugoslav states overwhelmingly support the latter viewpoint.

Within the region scrutinized in this paper, all states allocate direct and indirect economic resources to churches and religious communities, even when specific legal provisions do not explicitly permit it. Various interpretations are employed to legitimize this practice, precluding these systems from being categorized as accommodationist regimes, except for North Macedonia.

Across the region, all countries maintain distinct relationships with one or more religious organizations due to tradition, historical significance, and their role in preserving ethnic identity and culture. This is closely tied to the strong correlation between ethnicity and religious affiliation prevalent in almost all analyzed countries. Some nations even acknowledge one or more religious organizations in their constitution or other legislative texts. The constitutions of ex-Yugoslav states establish the framework for state-religion relations and do not grant established church status to any religious organizations within their borders. Nonetheless, these special recognitions typically extend to acknowledging the importance of one or more religions without conferring preferential treatment or additional benefits upon them.

In conclusion, there is no distinct post-Yugoslav model of state-religion relations. Despite a shared history of state-religion legislation, there are substantial differences in the contemporary legal frameworks governing the relationship with churches and religious communities of former

Yugoslav states. It is often challenging to identify the exact model of state–religion relations even within a single state, as each model is unique, and there are always laws that deviate from the official model. It is possible, however, to identify a zone within the mentioned continuum that encompasses the post–Yugoslav models of state–religion relations. This zone encompasses models ranging from a preferred set of religions to accommodationist regimes, excluding models of endorsed religions or established religions, as well as separationist regimes.

At the heart of this zone lies the cooperation model, which is the most prevalent across Europe, with many European systems gradually shifting in this direction. Within all post–Yugoslav states, there is discernible dynamism in this field. For instance, the Serbian cooperation model inclines toward the preferred set of religions, while the Slovenian accommodationist system inclines toward the cooperation model. It is apparent that all systems are evolving toward a higher degree of positive identification between religion and the state. Predicting the future direction of these changes remains challenging, but the cooperation model is likely to persist as the predominant arrangement in the Balkan region.

Далибор Ђукић

Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Београду

ДРЖАВА И РЕЛИГИЈА У ПОСТЈУГОСЛОВЕНСКИМ ДРЖАВАМА: ДА ЛИ ПОСТОЈИ ПОСТЈУГОСЛОВЕНСКИ МОДЕЛ ОДНОСА ДРЖАВЕ И РЕЛИГИЈЕ?

Сажетак

У раду је анализиран правни оквир који регулише односе између државе и цркава и верских заједница у државама које су настале распадом Социјалистичке Федеративне Републике Југославије. Аутор најпре представља потенцијалне моделе државно–црквених односа којима припадају постјугословенске државе. Након тога рад садржи анализу релевантних уставних и законских одредби, чиме се омогућава идентификација модела који карактерише однос државе и верских организација у свакој од шест постјугословенских држава. У закључном делу рада разматра се постојање посебног постјугословенског модела односа држава и цркве. Идентификовање прецизног модела односа између државе и цркава и верских заједница често

представља велики изазов чак и када је реч о једној држави. Међутим, нешто лакше је идентификовати спектар различитих модела којим уставноправна и законска решења одређене државе могу припадати. Када је реч о постјугословенским државама, у сржи овог спектра лежи модел сарадње, али је евидентно да постоји тенденција инклинације ка вишем степену позитивне идентификације између религије и државе.

Кључне речи: цркве и верске заједнице, слобода вероисповести, модел односа државе и цркве, постјугословенске државе.

REFERENCES

Monograph, articles

- Avramović S., “Poimanje sekularnosti u Srbiji – refleksije sa javne rasprave u Ustavnom sudu”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2011, 279–301.
- Avramović S., Religious education in public schools and religious identity in post-communist Serbia, *Annals FLB – Belgrade Law Review* 3/2016, 25–56.
- Božić M., „Neither secular state nor laical Republic? Legal position of religious communities in Communist Yugoslavia: Legal framework analysis“, *Pravni zapisi* 1/2019, 40–64.
- Čepar D., „Religious education in the Republic of Slovenia“, in: *The Routledge International Handbook of Religious Education* (ed. Davis and Elena Miroshnikova), Routledge, Abingdon 2012.
- Đukić D., “Nihil est tam inaequale quam aequitas ipsa: The Issue of Confessional Communities in Serbia”, *Law, Identity and Values* 2/2021, 19–32.
- Đukić D., „The Legal Regulation of Religious Symbols in the Public Sphere in Serbia“, in: *Religious Symbols in the Public Sphere* (ed. Paweł Sobczyk), Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, Central European Academic Publishing, Budapest–Miskolc 2021, 141–170.
- Durham C., Scharffs B., *Law and Religion: National, International, and Comparative Perspectives*, Wolters Kluwer, Alphen aan de Rijn 2019.
- Đurić V., Marković V., “Presecular character of Montenegrin law on freedom of religion in context of Fuller’s demands for internal morality of law”, *Strani pravni život* 4/2020, 7–26.

- Flere S., Lavrič M., and Jesenik D., „Church–State Relations in Slovenia“, in: *Religion in the Post–Yugoslav Context* (eds. Branislav Radeljić, Martina Topić), Lexington Books–Fortress Academic, Lanham 2015, 39–59.
- Jevtić M., Veković M., “Render unto Caesar: Explaining Political Dimension of the Autocephaly Demands in Ukraine and Montenegro”, *Journal of Church and State* 4/2019, 591–609.
- Kaučič I., “Načela ustavne ureditve razmerja med državo in cerkvijo v Sloveniji”, *Država in cerkev: izbrani zgodovinski in pravni vidiki: mednarodni posvet*, Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 2002, 399–411.
- Kodelja Z., “The Teaching about Religion at Slovene Public Schools”, *Theorizing citizenship education* 3–4/1999, 153–158.
- Lavrič M., Flere S., “Divergent Trends in Legal Recognition of Religious Entities in Europe: The Cases of Slovenia and Hungary”, *Politics and Religion* 8/2015, 286–304.
- Marinković T., “Prilog za javnu raspravu o ustavnosti Zakona o crkvama i verskim zajednicama”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2011, 367–385.
- Marković V., Romić M., „O ustavnosti registrovanja crkava i verskih zajednica – Prilog proučavanju državno-crkvenog prava“, *Strani pravni život* 1/2020, 45–61.
- Naglič A., “Svoboda cerkva v Sloveniji”, *Res Novae* 2/2017, 7–32.
- Pajaziti A., Kasami B., “Religion and Education in New Millennium Macedonia”, *Milel ve Nihal* 9/2012, 9–36.
- Robbers G., *The Montenegrin Law on Freedom of Religion or Beliefs and Legal Status of Religious Communities*, Nomos, Baden–Baden 2021.
- Savić I.V., “The Legal Regulation of Religious Symbols in the Public Sphere in Croatia”, in: *Religious Symbols in the Public Sphere* (ed. Paweł Sobczyk), Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, Central European Academic Publishing, Budapest–Miskolc 2021, 11–37.
- Staničić F., “The Legal Status of Religious Communities in Croatian Law”, *Zbornik PFZ* 2/2014, 225–254.
- Staničić F., „A Contribution to the Debate on the Republic of Croatia as a Secular State and on the Terms Secularization and Secularism“, *Pravni vjesnik* 3–4/2019, 7–33.
- Staničić F., „Religious Education in the Public Sphere in Slovenia“, *Law, Identity and Values* 2/2021, 143–162.
- Staničić F., „The Legal Regulation of Religious Symbols in the Public Sphere in Slovenia“, in: *Religious Symbols in the Public Sphere*

- (ed. Paweł Sobczyk), Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, Central European Academic Publishing, Budapest–Miskolc 2021, 211–244.
- Šturm L., „Church–State Relations and the Legal Status of Religious Communities in Slovenia“, *Brigham Young University Law Review* 2/2004, 607–650.
- Toron J. M., Durham C., *Religion and the Secular State: National Reports*, Publishing Service of Complutense University Law School, Madrid 2015.
- Zrinščak S., et al., Ančić B., “Church and State in Croatia: Legal Framework, Religious Instruction, and Social Expectations”, in: *Religion and Politics in Post–Socialist Central and Southeastern Europe* (ed. Sabrina P. Ramet), Palgrave Studies in Religion, Politics, and Policy, Palgrave Macmillan, London 2014, 131–154.

Other sources

- 2022 Report on International Religious Freedom: Slovenia, <https://www.state.gov/reports/2022-report-on-international-religious-freedom/slovenia>, 20. 09. 2023.
- Act on churches and religious communities, *Official Gazette of the RS*, no. 36/2006.
- Agreement between the Republic of Serbia and the Holy See on the cooperation in higher education, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, no. 17/2014.
- Constitution of Bosnia and Herzegovina (Annex 4 of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina), https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=56766&p_country=BIH&p_count=384, 25.09.2023.
- Constitution of the Republic of Macedonia, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/36714/70972/F511737559/MKD36714%20Eng.pdf>, 29.09.2023.
- Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the RS*, no. 98/2006.
- Constitution of the Republic of Slovenia, *Official Gazette of the Republic of Slovenia*, nos. 33/91–I, 42/97, 66/2000, 24/03, 69/04, 68/06, and 47/13.
- Constitutional Court of Croatia, U–I–4504/2010 of December 18, 2018.
- Constitutional Court of Serbia, IY3–455/2011.

- ECtHR, Savez crkava “Riječ života” and others v. Croatia, Application no. 7798/08 from 9. 12. 2010.
- Odluka o ratifikaciji Osnovnog ugovora između Bosne i Hercegovine i Srpske Pravoslavne Crkve, *Službeni glasnik BiH*, no. 6/2008.
- Okvirni zakon o osnovnom i srednjem obrazovanju u Bosni i Hercegovini, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, no. 18/2003.
- Osnovni ugovor između Bosne i Hercegovine i Svete Stolice, *Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori*, no. 10/07.
- Reševanje krize in financiranje zasebnih škol, <http://katoliska-cerkev.si/resevanje-krize-in-financiranje-zasebnih-sol>, 25. 09. 2023.
- The Constitution of the Republic of Croatia as of 15 January 2014 Consolidated text, *Official Gazette* nos 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 and 5/14.
- The Constitution of the Republic of Croatia as of 15 January 2014 Consolidated text, *Official Gazette* nos 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 and 5/14.
- Ugovor o dušobrižništvu katoličkih vjernika, pripadnika oružanih snaga i redarstvenih službi Republike Hrvatske, *Narodne novine: Dodatak međunarodni ugovori*, no. 2/1997.
- Ugovor o gospodarskim pitanjima, *Narodne novine: Dodatak međunarodni ugovori*, no. 18/1998.
- Ugovor o pravnim pitanjima, *Narodne novine: Dodatak međunarodni ugovori*, no. 3/1997.
- Ugovor o suradnji u području odgoja i kulture, *Narodne novine: Dodatak međunarodni ugovori*, no. 2/1997.
- Uredba o organizovanju i ostvarivanju verske nastave i nastave alternativnog predmeta u osnovnoj i srednjoj školi, *Službeni glasnik RS*, no. 46/2001.
- Ustav Crne Gore, *Sl. list CG*, no. 1/2007, 38/2013.
- Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. novine FBiH*, no. 1/1994, 13/1997, 16/2002, 22/2002, 52/2002, 60/2002, 18/2003, 63/2003, 9/2004, , 20/2004, 33/2004, 71/2005, 72/2005, 32/2007, 88/2008, 79/2022, 80/2022, 31/2023.
- Ustav Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, no. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11.
- Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica, *Narodne Novine*, no. 83/02, 73/13.
- Zakon o ratifikaciji Sporazuma med Republiko Slovenijo in Svetim sedežem o pravnih vprašanjih, *Uradni list RS – Mednarodne pogodbe*, št. 4/04.

Zakon o slobodi vjere i pravnom položaju crkava i vjerskih zajednica u Bosni i Hercegovini, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, no. 5/2004.

Zakon o slobodi vjeroispovijesti ili uvjerenja i pravnom položaju vjerskih zajednica, *Službeni list CG*, no. 74/2019, 8/2021.

Zakon o verski svobodi, *Uradni list RS*, št. 14/07, 46/10 – odl. US, 40/12 – ZUJF in 100/1.

Закон за правната положба на црква, верска заедница и религиозна група, *Сл. весник на РМ*, бр. 113/07.

УСТАВНО ОБЛИКОВАЊЕ ОДНОСА ЦРКВЕ И ДРЖАВЕ У СРБИЈИ

Сажетак

Аутор у тексту одређује природу односа цркве и државе у Србији на основу анализе уставноправног регулисања положаја Православне цркве и других верских заједница. Овај однос у прошлости није био једнообразно уређен, већ је пролазио различите периоде: од државне цркве у Краљевини Србији, преко кооперацијског модела за „усвојене” и „признате” верске заједнице у Краљевини СХС и Краљевини Југославији, до „стриктне одвојености” цркве и државе (сепарацијски модел) у комунистичком раздобљу након Другог светског рата. Други циљ истраживања био је да се преиспита и да ли важећи уставни оквир интегрише европске и међународне стандарде о верским слободама и правима. У Србији не постоји уставна обавеза државе да штити и помаже цркве и верске заједнице, што је аргумент за тврдњу да Устав од 2006. године почива на начелу строге сепарације државе и верских заједница. Теоријска дебата о конституционализацији односа државе и цркве у Србији рефлектује поларизована становишта о начелу световности. Аутор је, осим емпиријског истраживања, користио и упоредну праксу и закључио да различите традиције и политичке околности утичу на уставни дизајн односа цркве и државе.

Кључне речи: устав, слобода вероисповести, равноправност црква и верских заједница, секуларизам, верска аутономија, начело лаицитета.

1. Модели односа државе и цркве у савременом упоредном уставном праву

Однос државе и религије сложен је и вишеслојан, подложен различитим интерпретацијама у друштвеним наукама, са прилично замагљеним појмовима секуларности и неутралности државе у верским питањима. У хронолошком смислу, њихова повест почиње од

* Доцент, научни сарадник, Институт за политичке студије, Београд, miodrag.radojevic@gmail.com

античких времена, али је доктринарна расправа добила замаха са епохом просветитељства. С развитком конституционализма, који у свом ужег значењу подразумева појаву писаних устава од грађанских револуција у другој половини 18. века, нормирање положаја цркве и права на вероисповест увршћено је у кључна правнотеоријска питања. Први устави обнародовали су строго раздвајање државе и религије као један од основних принципа либералне државе.¹ Световна држава изражавала је парадигму у којој религија више нема улогу у легитимизовању владара и политичке власти. Устав као отелотворење разума, на начин на који су га посматрали „очеви оснивачи” у Сједињеним Америчким Државама и француски просветитељи, прокламација је за укидање феудалног поретка, заснованог на монополу вере, али и брана верским несугласицама који би инспирисали грађанске ратове.² Очекивало се да ће утицај религије нестати, са смањивањем њеног утицаја у јавној политици. Либерални поредак, стога, допушта заштиту религије у приватној сфери, али без било каквог мешања државе у њене послове.³ Држава је преузела обавезу да поштује слободу вероисповести, али са прихватањем забране да она повласти или званично призна било коју религију.

Просветитељски принципи уткани су у конституционални однос религије и државе. Амерички теоретичар Розенфелд (*Michael Rosenfeld*), одмеравајући овај утицај, полази од тезе да просветитељски пројекат и његови идеали нису доследно остварени у савременом друштву. По његовом мишљењу, основни уставни принципи нису били доведени у питање са препородом религије у другој половини прошлог века,⁴ у смислу трагања за алтернативним обликовањем узамног односа изван координата које је поставило просветитељство. Друштвене околности у којима се ова начела најоптималније остварују доприносила су разноврсности уставне регулативе. У упоредном уставном праву установљена су различита уставна решења и вишеструки аранжмани или модели односа државе и цркве.⁵

¹ Упор. Ђ. де Верготини, *Упоредно уставно право*, Службени гласник, Београд 2015, 504–505.

² На овом месту не улазимо у суптилне разлике у традицијама двеју земаља (нпр. В. Марковић, „Појам секуларности – историјски, правни и аскиолошко-етимолошки аспекти”, *Богословље* 2/2020, 114–115).

³ М. Rosenfeld, „Can Constitutionalism, Secularism and Religion Be Reconciled in an Era of Globalization and Religious Revival?”, *Cardozo Law Review* 30/2009, 2333.

⁴ Розенфелд преузима тезу Рана Хиршла (*Ran Hirschl*). Упор. R. Hirschl, „Comparative Constitutional Law and Religion”, in: *Comparative Constitutional Law* (eds. Tom Ginsburg, Leo Spitz, Rosalind Dixon), Edward Elgar, Cheltenham 2011, 422–440.

⁵ Видети одредницу „Религија”, у: В. Микић, *Појмовник европске уставности*, ЈП „Службени гласник”, Београд 2022, 796–803; Д. Симовић, „Европски уставни

Са становишта наше теме, у теоријско-методолошком смислу, важно је у основним цртама објаснити однос државе и цркве у уставним документима и разлоге за напуштање строгог секуларизма у пракси. У том смислу, свакако су илустративне промене у правном статусу више земаља, попут Француске, САД и Немачке, под утицајем историјских и политичких прилика, али и све веће улоге религије у савременој политици.⁶ На пример, еволуција схватања начела световности у Француској креће се у правцу „неутралног лаицитета“ (*laïcité neutralité*), према коме држава преузима обавезу да обезбеди услове за јавно богослужење сваке вероисповести.⁷ Штавише, примећено је да се ово начело често нарушава у пракси.⁸ У САД антиклерикализам није имао такву подршку као у Француској, али је према судској доктрини „зида раздвајања“ било забрањено свако мешање државе у религију. Прихватајући је као неминовност, Врховни суд је формулисањем нове доктрине „недавања предности“ изразио и немогућност доследног раздвајања цркве и државе у савременом друштву.⁹ У Немачкој, лаицитет има другачије значење него у Француској; верске заједнице могу да добију статус корпорација јавног права, а тиме и посебне правне, финансијске и друге привилегије.¹⁰

Истраживања о правном регулисању односа државе и цркве нису једногласна ни када се утврђују карактер и модели регулисања

модели односа државе и цркве”, у: *Религија – политика – право* (ур. Јован Ђирић, Велибор Џомић, Мирољуб Јевтић), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд–Будва 2015, 721–739.

⁶ О томе, са становишта конституционализације односа државе и цркве и улози религије у изради устава, вид. А. Ü. Bâli, Н. Lerner, „Introduction”, in: *Constitution Writing, Religion and Democracy* (eds. Asli Ü. Bâli, Hanna Lerner), Cambridge University Press, Cambridge 2017, 2 и даље.

⁷ Вид. Б. Басдевон-Годме, „Држава и црква у Француској”, у: *Држава и црква у Европској унији* (ур. Герхард Робертс), Православни богословски факултет, Институт за теолошка истраживања, Београд 2012, 313–314; В. Ђурић, „Уставноправни модели односа између државе и црква и верских заједница у Европи”, *Годишњак Факултета правних наука* 1/2011, 143–147.

⁸ М. Troper, „Republicanism and Freedom of Religion in France”, in: *Religion, Secularism, & Constitutional Democracy* (eds. Jean L. Cohen, Cécile Laborde), Columbia University Press, New York 2016, 319.

⁹ J. L. Cohen, „Rethinking Political Secularism and the American Model of Constitutional Dualism”, in: *Religion, Secularism, & Constitutional Democracy* (eds. Jean L. Cohen, Cécile Laborde), Columbia University Press, New York 2016, 126.

¹⁰ T. Stein, „Constitution-Making and Religion in West Germany in the Shadow of State Failure”, in: *Constitution Writing, Religion and Democracy* (eds. Asli Ü. Bâli, Hanna Lerner), Cambridge University Press, Cambridge 2017, 91–92.

односа државе и цркве. За разлику од оних који настоје да представе поједностављену слику, у смислу дихотомије између тврдог и меког секуларизма, други тврде да постоји знатно већи број типова, са варијацијама у оквиру ових модела. Према класичном тумачењу, распознају се три модела односа државе и цркве: систем стриктне одвојености државе и верских заједница, систем са доминантном или тзв. државном црквом и модел кооперативне раздвојености. За први модел, како је већ поменуто, карактеристично је одвајање цркве и државе, одсуство било каквих узајамних органских и функционалних веза, с циљем искључивања религије из јавног живота и ограничавања испољавања верског опредељења на приватни живот;¹¹ други модел се заснива на начелу да тзв. државна црква заузима нарочит положај у друштву; а у систему кооперативне раздвојености црква и држава узајамно сарађују у питањима од обостраног интереса.

Поменуто типологизација трпи две врсте критика. Према првој примедби, класификација је статична, јер не уважава околност да је строга сепарација цркве и државе постала „мит“¹² који не одговара емпиријској стварности, и да се у већини земаља примењује модел кооперативне сарадње.¹³ Правни системи се узајамно приближавају умереном моделу кооперативне сарадње, са мноштвом варијација. По другом тумачењу, неопходно је уважити диверсификацију односа цркве и државе у савременим правним системима, с обзиром на процесе који се дешавају у ваневропским земљама под утицајем ислама. На пример, трихотомна класификација је коригована и увођењем модела по коме се држава и црква могу „стопити“, и то тако да црква може да буде потчињена држави или да јој припада супремација над државом.¹⁴ С друге стране, Розенфелд идентификује пет модела, и то: 1) милитантни секуларистички, 2) агностички секуларистички, 3) конфесионални секуларни, 4) модел са званичном

¹¹ Г. Роберс, „Држава и црква у Европској унији“, у: *Држава и црква у Европској унији* (ур. Герхард Роберс), Православни богословски факултет, Институт за теолошка истраживања, Београд 2012, 10; С. Аврамовић, *Прилози настанку државно-црквеног права у Србији*, Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник, Београд 2007, 42, 103–108; В. Марковић, 115–116.

¹² С. Аврамовић, „Поимање секуларности у Србији – рефлексije са јавне расправе у Уставном суду“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 295.

¹³ О моделу кооперативне одвојености државе и цркве у уставном праву држава чланица ЕУ детаљније: В. Ђурић, Н. Врањеш, „Уставни положај и аутономија црква и верских заједница у систему кооперативне одвојености“, *Правна ријеч* 31/2013, 279–301.

¹⁴ Н. Ђурђевић, *Остваривање слободе вероисповести и правни положај црква и верских заједница у Републици Србији*, Заштитник грађана, Београд 2009, 262.

религијом и толеранцијом за моделе мањинских религија и 5) модел у коме постоји колективна самоуправа сваке верске заједнице унутар државе.¹⁵ Розенфелд користи ову типологизацију с намером да испита простор за деловање изворног модела секуларизма.

У уставној теорији постоје и класификације које на основу базичних нормативних решења и јуриспруденције препознају већи број типова односа државе и верских заједница. Ран Хиршл (*Ran Hirschl*) залаже се за суптилнији приступ¹⁶ и уочава осам модела: 1) „атеистичку државу”, модел који је карактеристичан за комунистичку уставну јуриспруденцију (Кина); 2) „асертивни секуларизам” заснован на строгом секуларизму као основној норми конституционализма и уставног идентитета државе (Француска и Турска)¹⁷; 3) модел неутралног става државе према вероисповестима (Сједињене Америчке Државе); 4) систем са „слабим верским естаблишментом” и церемонијалном ознаком „државне религије” у уставу (Норвешка, Грчка, Кипар); 5) модел са „формалним раздвајањем са *de facto* превагом једне деноминације” (земље Латинске Америке, Шпанија, Италија, Ирска, Пољска итд.), карактеристичан за државе у којима католицизам утиче на уставну праксу, нарочито када су у питању интерпретације уставних слобода и права (као што је право на родну равноправност или питања абортуса); 6) модел одвајања са толерисањем и подржавањем верских разлика у јавној сфери (Канада); 7) модел верских јурисдикцијских енклава у Африци и Азији, у којима постоји посебан третман верских мањина у појединим енклавама, и напослетку, 8) модел уставне теократије заснован на доминацији једне религије у уставном систему, уз поштовање основних елемената савременог конституционализма (Иран).

Чини нам се да се анализом већине ових типологија пружа скроман увид у актуелне проблеме у односима цркве и државе. Пре свега, савремена конституционална теорија се разилази у тумачењу ефеката растућег утицаја религија широм света. По Хиршовом схватању, не треба занемарити опасност за секуларни (либерални) конституционализам са „препородом” религије, који се манифестује у сукобу уставних права и верских доктрина.¹⁸ Сличну забринутост деле и други угледни конституционалисти, попут Шаја (*Sajo*), за кога

¹⁵ M. Rosenfeld, 2349.

¹⁶ R. Hirschl (2011), 429.

¹⁷ У међувремену, у овој земљи се постепено урушава Ататурков модел секуларизма.

¹⁸ R. Hirschl, A. Shachar, „Competing Orders? The Challenge of Religion to Modern Constitutionalism”, *The University of Chicago Law Review* 2/2018, 426.

је секуларизам једно од темељних начела либералне уставне демократије недоследно примењено у већем броју уставних система.¹⁹ Оно у чему постоји слагање неистомишљеника јесте да конституционализација односа државе и цркве није изгубила на својој актуелности, чак ни у тзв. западним демократијама. Притом, кључно тежиште је у очувању равнотеже између либералних вредности и поштовања верских осећања.

У наредном делу рада истражујемо сликовиту повест односа цркве и државе у Србији у протекла два века. У овом раздобљу промењено је више модела, а конституционализација световности у савременом правном систему изазвала је полемике и теоријску дебату о уставности закона којим је регулисан положај цркава и верских заједница.

2. Положај цркава и верских заједница у уставном праву Србије

Државноправни развој Србије у протекла два века био је интензиван и турбулентан, што ће утицати и на доношење већег броја устава и конституционализовање односа државе и цркве. Друштвени и политички живот се одвијао у различитим правним оквирима. У 19. веку, трибутарна кнежевина није имала суверено право да уређује положај цркава и верских заједница. У свом законодавству уважила је начело верске толеранције уз привилегован статус Српске православне цркве. Након стицања независности, положај Српске православне цркве је формализован у државну цркву, што је било у складу са њеном улогом најважније народне установе и чувара националног идентитета под Османлијама. Од краја Првог светског рата, улазак у вишеконфесионалну Југославију довео је до прокламовања равноправности усвојених и признатих верских заједница у Југославији. Цркве и верске заједнице су одвојене од државе, али је држава и даље преузимала надлежност да задире у њихову аутономију. Након Другог светског рата, нова власт је имала другачији поглед на друштвену улогу цркава и верских заједница, па је у складу са строгим секуларизмом и идеолошким постулатима регулисала њихов положај.

¹⁹ Аутор се залаже за реafirмацију секуларизма који обавља „патролну дужност” у уставном систему. По схватању Шаја, раздвајање државе и цркве је у интересу народне суверености, јер онемогућава концентрацију моћи у рукама једне духовне организације као што је црква, али користи и цркви, јер је ставља ван надзора световне власти. Он је и противник кооперације државе са верским заједницама и црквама, јер сматра да то подрива либерални и демократски карактер државе. A. Sajó, „Constitutionalism and Secularism: the need for public reason”, *Cardozo Law Review* 6/2009, 114, 126.

Напоследку, са променом политичког режима реформисано је законодавно уређење с циљем да помири два начела – начело што доследнијег раздвајања и начело кооперације државе и верских заједница, уз уважавање посебности појединих цркава.

2.1. Положај цркава и верских заједница у уставном развоју Србије у 19. веку

Борба за државну самосталност испољена је у захтевима за признање права на вероисповест и црквену аутономију почетком 19. века.²⁰ Књаз Милош и Народна скупштина, у чијем раду су учествовала и свештена лица, формулисали су ове захтеве који су прослеђени руским дипломатама и наведени у Акерманској конвенцији закљученој између Русије и Турске 1826. године (види: Оделити акт о Србији), а потврђени у члану VI Једренског уговора из 1829. године. Порта се обавезала, према Једренском уговору, „да ће их испунити и без најмањег одлагања” у форми фермана снабдеведеног хатишерифом, што је она и учинила наредне године. Султановим Хатишерифом из 1830. године (тач. 1 и 14) признато је српском народу право на богослужење (вероисповест) и право да бира своје владике (митрополите и епископе) у споразуму са цариградским патријархом.²¹ Уступак је у том смислу представљао то што чин рукоположења митрополита није морао да се обави у Цариграду, па се формално свео на потврђивање или један декларативни акт на који више није утицала Порта нити Васељенска патријаршија, јер би се то сматрало атаком на српску самоуправу и права њеног народа.²² Тиме је учињен значајан корак ка црквеној аутономији и створене су претпоставке за самостално уређивање односа будуће државе и цркве.²³

²⁰ Ј. Продановић, *Уставни развојак и уставне борбе у Србији*, Издавачко и књијарско предузеће Геце Кона, Београд 1936, 31; Ђ. Слијепчевић, *Историја Српске православне цркве, књига II*, ЈРЈ, Београд 2002, 208.

²¹ Хатишерифом је први пут званично одобрена слобода вероисповести, што је за православне вернике значило да се обнављају и подижу цркве и манастри, оснивају школе, али и одржавају литије и оглашавају црквена звона. Упор. Р. Љушић, *Кнежевина Србија 1830–1839*, Завод за уџбенике, Београд 2004, 8.

²² Кнез Милош се, ипак, приликом избора новог митрополита, из дипломатских разлога, консултовао са Цариградском патријаршијом. Вид. Н. В. Радосављевић, „Аутономија Православне цркве у Кнежевини Србији и арондација епископија 1831–1836”, *Истраживања* 25/2014, 243.

²³ Црквена аутономија је формално примљена касније (1831. године), али је процес окончан 1836. године, због припајања нових области Православној цркви, о чему у нашој историографији постоје различита мишљења. Црквена аутономија је значила и да митрополије Православне цркве у Србији нису више под канонском

Однос државе и цркве конституционализован је у Сретењском уставу из 1835. године, и приликом његовог разматрања ваља имати у виду да у то време Србија није била самостална држава са сувереном уставном влашћу, нити је Српска православна црква била аутокефална. Важност верског питања препознаје се и у томе што је овај устав посветио већи број одредаба и посебну главу цркви (глава девета, чл. 92–98). Уставна решења су необично либерална за то доба, у складу са правима која су примљена првим хатишерифом, историјском традицијом и друштвеним приликама у којима је православни живаљ представљао већину становништва на територији Кнежевине Србије.

Устав не успоставља теократију, потпуну сепарацију државе и цркве, нити систем државне цркве,²⁴ већ почива на толеранцији других вероисповести, уз уважавање посебног статуса Православне цркве. Црквена аутономија је ограничена, јер ће се уредити указом који ће бити „утврђен” с цариградским патријархом (чл. 93).²⁵ Одлучивање о броју архијереја није у надлежности цркве, с обзиром на то да се усклађује са „множеством народа” (чл. 92). Црква добија приходе од државе, свештенство права која је до тада уживало, али се свештеницама онемогућава да врше и друге послове, односно да имају друга звања (чл. 94 и 95). Смисао поменутих одредаба је у томе да црква и даље представља стуб националног идентитета, с тим да не треба дозволити да она постане претежан политички фактор. Српски владари су током читавог 19. века настојали да нормативно уставе положај Православне цркве, тако да га она не може употребити у сложеним политичким приликама сврставајући се на страну њихових противника.

Нарочита веза Православне цркве и државе испољава се и у одредбама о верској припадности кнеза, књегиње и жена чланова

јурисдикцијом Цариградске патријаршије, а будућег кнеза приликом ступања на престо миропомазаће српски митрополит.

²⁴ Како с правом наводе поједини аутори, овај устав почива на противречним концептима недовољно прецизног разграничења световне и државне власти и државне и аутономне црквене власти. Упор. Д. Симовић, И. Крстић Мистрицеловић, „Државно–црквени односи и уставна традиција Србије”, у: *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Београд–Будва 2019, 181–182; Д. С. Ракитић, *Конкордат Краљевине Србије и пројекти конкордата Краљевине СХС и Краљевине Југославије – Правноисторијски аспекти односа цркве и државе* (докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 202.

²⁵ Ова норма двосмисленог карактера очигледно је остављала простор да се изван канонског права приступи озакоњењу статуса и унутрашње аутономије Православне цркве.

кнежеве фамилије (чл. 29), санкционисању кнежевих синова и кћери кнежеве фамилије ако ступе у брак са особама неправославне вере (чл. 38), полагању заклетве кнеза, државних саветника и чиновника (чл. 44, 75 и 139). По Сретењском уставу, призната је слобода вероисповести за „свако вјероисповеданије”, с тим што је предвиђена помоћ („покровитељство”) свакој вероисповести (чл. 97). У овом уставу, по садашњим мерилима, начело равноправности грађана било је нарушено, јер је верска припадност (хришћанска вероисповест) била један од услова за стицање држављанства, звања и чинова (вид. чл. 108–109 Сретењског устава).²⁶

Сретењски устав није заживео, али су Хатишерифом из 1838. године („Турски устав”) установљена правила о положају цркве у Кнежевини у форми *lex superiora*. У међувремену, усвојено је Начертаније о духовној власти у Србији (1836), које представља први правни пропис о положају цркве у Србији.²⁷ Одредбе и дух Начертанија делимично су унете у Турски устав, пре свега у виду ширења утицаја световне власти на цркву. По Начертанију, кнез је располагао знатним овлашћењима контроле и надзора над Православном црквом – именоввао је епископа и митрополита, бирао световне чланове Конзисторије, примао годишњи извештај о манастирима, манастирским братствима и манастирској имовини. Са кнежевим утицајем на цркву сматрало се да је и Православна црква постала државна вера, што је било у складу са тадашњом праксом у Европи.²⁸ Слобода вероисповести је утврђена само за припаднике православне вероисповести (чл. 57 Хатишерифа), што је било у складу са намером Порте да положај других верских заједница измести ван надлежности Кнежевине.

Турски устав настојао је да унесе семе раздора у функционисање световне и духовне власти својим нејасним и двосмисленим формулацијама. Надлежност Државног савета је проширена, што ће изазвати политичку кризу у односима са књазом. Оснажена је и духовна јурисдикција Васељенског патријарха, који је требало да у својству

²⁶ У то време, нарочито у државама са католичком већином, попут Аустрије, у државној служби су се могла запослити само лица римокатоличке вероисповести.

²⁷ Д. Новаковић, „Од Начертанија о духовним власти до Закона о црквама и верским заједницама – 170 година законодавства о православној цркви у Србији”, у: *Српска теологија у двадесетом веку: истраживачки проблеми и резултати* (ур. Богољуб Шијаковић), Православни богословски факултет, Београд 2013, 150.

²⁸ З. Чворовић, „Слобода вероисповести у Кнежевини и Краљевини Србији”, у: *Слободе и права човека и грађанина у концепту новог законодавства Републике Србије* (ур. Станко Бејатовић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2004, 540–541; Д. С. Ракићић, 218–219.

коначне инстанце одлучује о црквеним питањима („Началник овог Закона и Синода”, чл. 57).²⁹ Канонска аутономија је нарушена јер је министар надлежан за правосуђе овлашћен да, у договору са црквеним управитељима, устројава све што се тиче „закона, богослуженија и цркве” (чл. 22), а са кнежевим учешћем и под његовим надзором бирају се митрополит и епископ (чл. 57). Свештенству и монаштву је забрањено учешће у политичком животу, а среским начелницима да се мешају у црквене послове (чл. 65). У Хатишерифу је поменут Архиепископски сабор (чл. 58), ослобађање од обавезе плаћања данка за духовенство (чл. 60) и гарантовање права својине црква над покретном и непокретном имовином (чл. 65), а извршна власт у лику начелника среза није се смела мешати у црквена дела. У односу на Сретењски устав, Хатишериф је корак назад у регулисању аутономије Православне цркве. Према Турском уставу је духовна власт потчињена патријарху у Константинопољу, а Срби су поданици Порте.

На основу Мирног уговора из Париза од 1856. године, Србија је добила нове силе заштитнице свог трибутарног положаја. Овим уговором предвиђено је да Кнежевина „сачува своју независну народну управу, као и пуну слободу вере” (чл. 28), а промењене геополитичке околности утицаће и на решавање верског питања у Србији. Законом о слободи вероисповести (1853), донетим под притиском великих сила, признато је право другим хришћанским вероисповестима да оснивају своје црквене општине на територији Србије. Претходно је слобода вероисповести кривичноправно заштићена од 1850. године.

Процес „подржављења” Православне цркве настављен је Законом о Устројенију централне државне управе од 1862. године,³⁰ када је по неким тумачењима православље постало државна вера.³¹ Министар просвете и црквених дела стекао је надлежност да над признатим вероисповестима врши надзор, али и да све послове с циљем „одржавања и унапређивања вере православне” обавља у сагласности са духовним властима. Исте године донет је пропис којим је настављено јачање утицаја државне власти на црквене послове. Према Закону о црквеним властима православне вере (1862), Влада (министар просвете

²⁹ Упор. Д. Новаковић, „Цркве и верске заједнице у уставима Србије”, у: *Српска теологија у двадесетом веку: истраживачки проблеми и резултати* (ур. Богољуб Шијаковић), Православни богословски факултет, Београд 2015, 68.

³⁰ За време уставобранитељског режима, по Устројенију духовних власти Књажевства Сербскога из 1847. године, цркви је враћена аутономија, а утицај световне власти на црквена питања је смањен.

³¹ З. Чворовић, 540–541; Вид. супротно Д. С. Ракитић, 207.

и црквених дела) је вршила надзор над финансирањем и доношењем одлука Сабора.³²

Намеснички устав није се свео само на понављање ранијих решења, већ доноси и нове уставне одредбе о положају цркве, али и даље са неконзистентним и противречним приступом проблему односа државе и верских заједница. Суштински, он је и даље на средокраћу између модела државне цркве и сарадње цркве и државе, која је постојала у тадашњем упоредном праву. Правилније је рећи да он фактички прихвата систем државне цркве и принцип толеранције према другим признатим вероисповестима. Према чл. 31 Устава Књажевства Србије из 1869. године, прокламовано је да је „владајућа вера у Србији источно-православна”,³³ али и да је слободна „друга призната вера”.³⁴ Дакле, уставна конструкција „владајуће вере” само номинално није исто што и „државна вера”, али ни она *eo ipso* не нарушава начело равноправности вера. У складу са системом државне вере, кнез и наследник престола морају да буду источноправославне вероисповести (чл. 11 и 19),³⁵ а владар, у складу са начелом толеранције, има уставну обавезу да штити све признате вероисповести (чл. 119). Осим „владајуће вере”, признате вероисповести су римокатоличка, евангелистичка, јеврејска и мухамеданска. За разлику од Сретењског и Турског устава, политичка и друга права, изузев титуле књаза и његовог наследника, нису везана за припадност одређеној вероисповести. По Уставу је гарантовано слободно и јавно вршење обреда свих признатих вероисповести.³⁶

Начело сепарације државе и верских заједница нарушено је у овом уставу, јер он утврђује да црквене власти („надлежне духовне власти”) свих вероисповести имају аутономију у унутрашњим пословима, а духовна јурисдикција признатих вера је под контролом и надзором министра црквених послова. Тако преписка духовних власти Православне цркве у земљи подлеже одобрењу надлежног министра, а других вероисповести властима изван земље.³⁷ Било који акт

³² Вид. Д. С. Ракићић, 235–236.

³³ Устав за Књажевство Србију, *Србске новине*, бр. 84 од 5. јула 1869. године.

³⁴ По неким тумачењима, ова два начела се „међусобно не искључују, јер је статус ’владајуће вере’ обезбеђивао православној вероисповести само првенство части, ничим не нарушавајући правну једнакост свих признатих вера.” З. Чворовић, 541.

³⁵ За разлику од Сретењског устава, не наводи се да је кнегиња морала да буде Српкиња.

³⁶ Устав је, ипак, критикован да није обезбедио слободу савести и вероисповести, као и низ других права. Ј. Продановић, 205.

³⁷ Упоредити: Д. Симић, И. Крстић Мистицеловић, 184–185; Д. С. Ракићић, 208–209; В. Џомић, „Православно државно-црквено право у Кнежевини и Краљевини Србији од 1869. до 1901. године”, у: *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир

духовних власти, страних или домицилне Православне цркве, мора да одобри министар црквених послова да би био обнародован (чл. 120 и 121). За разлику од претходних устава (Сретењског и Турског устава), Намеснички устав не помиње Васељенску патријаршију у Цариграду, што указује и на фактичко стање у развоју аутономије Православне цркве. Овај устав је конституционализовао и забрану прозелитизма и то једносмерно, забраном преласка православних хришћана у другу веру. Ова уставна норма је, иначе, неколико година раније већ била утврђена Законом о забрани преласка из православне вере (1853).³⁸

Радикалски устав из 1888. године био је први устав Србије након стицања њене суверености и аутокефалности Српске православне цркве (1879). Иако један од најмодернијих и најдемократскијих европских устава у другој половини 19. века, он није битније остварио модел државно-црквених односа у односу на пређашње стање,³⁹ нити је изразио реалност насталу након Закона о изменама и допунама Закона о црквеним властима православне вере из 1882. године. Поменутом новелом Православна црква је подређена држави. Доношењу овог закона претходио је сукоб државе и Цркве, који ће нарушити њихове узајамне односе. Узрок није био канонске природе, иако је овај догађај у нашој историографији познат као „Црквено питање”. Митрополит Михаило и део свештенства отворено су се супротставили потписивању Тајне конвенције из 1881. године,⁴⁰ којом је Србија направила спољнополитички заокрет приближивши се Аустроугарској. Повод неслагању био је и Закон о таксама (1881), донет без сагласности са црквеним властима, који је погађао интересе Цркве. Исте године, уз огроман притисак кнеза Милана и напредњачке владе, митрополит Михаило је разрешен одлуком Архијерејског сабора. Напредњачка влада није се на томе зауставила, већ је донела измене закона о црквеним властима којим је свештенство, то јест црквена хијерархија, стављена под надзор државе. Законом је измењен састав Архијерејског сабора и изборног тела које бира митрополита, тако да у овом другом претежу световни елементи;

Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Београд–Будва 2019, 198–202.

³⁸ Д. Симовић, И. Крстић Мистицеловић, 184; Д. С. Ракитић, 211.

³⁹ У овом уставу није извршено одвајање цркве и државе сагласно изворним програмским принципима Радикалне странке. Радикали су усвојили полазишта либерала и напредњака, па су Српску православну цркву сматрали државном установом и важним делом националног идентитета. Због тога је уставна позиција Цркве остала непромењена у односу на Намеснички устав.

⁴⁰ Ђ. Слијепчевић, 259–260.

проширена су овлашћења министра просвете и црквених дела на одобрење извршења решења Сабора и сагласност на положаје епископа у администрацији и старешинству Цркве; краљевим указом потврђивана су намештења и постављани епископи, којима су призната права државних чиновника.⁴¹

Устав из 1888. године редефинише позицију цркве и уређује је у основним одредбама (облик државе, државна вера и државна област), што сведочи о њеном значају, а одредбе о слободи вероисповести другачије су номотехнички сређене. Први пут је утврђено да је државна вера „источноправославна”,⁴² а Српска црква аутокефална, да не зависи од друге цркве и остаје у догматском јединству са Васељенском православном црквом (чл. 3). Формулација о државној вери могла је да буде конституционализована тек након стицања независности. Деривативи државне вере су и даље задржани у одредбама о краљу заштитнику признатих вероисповести у Србији (чл. 42) и томе да он и његов дом морају да буду источноправославне вере (чл. 41). Одредбе о слободи вероисповести смештене су у глави о правима грађана. Устав најпре јамчи слободу савести, а затим и то да су све „признате вере слободне и стоје под заштитом закона, уколико вршење њихових обреда не вређа јавни ред или морал.” (чл. 18). Из Намесничког устава пренета је одредба о забрани прозелитизма упереног против православне вере (чл. 19) и забрани приговора савести, према којој се српски грађанин не може ослободити грађанских и војних дужности позивајући се на прописе своје вере (чл. 20). Декларативно, источноправославна црква је аутономна у унутрашњој управи (чл. 190 ст. 1), а за друге вероисповести унутрашња управа припада њиховим духовним властима. У наредним одредбама Устава, аутономија цркве је обесмишљена. Најпре, надлежни министар надзире духовне власти, а Архијерејски сабор само задржава право договора о уређењу црквене власти и својих верских школа (чл. 190 ст. 3–4). За објављивање („обнародовање”) сваког службеног писма и одлуке црквених власти Сабора и Синода неопходно је одобрење министра црквених послова. Такође, службена преписка духовних власти са страним црквеним властима подлеже одобрењу министра црквених послова (чл. 192), надлежном да одлучује и о жалбама против црквених власти

⁴¹ Борба епископа и Владе се наставила, и то опет на штету црквене аутономије. Након „бојкота” епископа, изабрано је ново изборно тело које је неканонски изабрало новог митрополита, а затим су неканонским путем постављени и нови епископи. Опширније вид. Ђ. Слијепчевић, 268–272.

⁴² Устав за Краљевину Србију, *Српске новине*, бр. 182 од 23. децембра 1888. године.

било које вероисповести (чл. 191 ст. 2). Детаљније уређење положаја Српске православне цркве уследило је у Закону о црквеним властима источноправославне цркве од 1890. године, који ће важити са изменама и допунама све до доношења новог прописа 1929. године. И са овим законом је појачан државни утицај, избором митрополита, радом духовних судова, чиновничким положајем секретара и писара епархијских судова итд.⁴³

Устав Краљевине Србије из 1901. године преузима решења о положају цркве и слободе вероисповести из Радикалног устава⁴⁴ користећи другачије формулације. Тако одређује да су све црквене власти под врховним надзором министра црквених послова, а да се посебан закон о уређењу црквених власти доноси по саслушању Архијерејског сабора (чл. 98). Устав је изоставио одредбу о томе да је краљ заштитник свих признатих вера. Свештеници нису могли да буду бирани за посланике у Народној скупштини (чл. 68),⁴⁵ али су се у Сенату, по свом положају, налазили архиепископ београдски и епископ нишки (чл. 70), а то су и једине иновације у односу на раније уставне одредбе.

Са Уставом од 1903. године, којим је са незнатним изменама враћен у живот Радикални устав, а измене се не односе на веру и цркву, завршено је раздобље развитка српске уставности до Првог светског рата. На основу уставних одредаба, анализом основних прописа о уређивању источноправославне цркве и политичких прилика, закључујемо да је Српска православна црква била у двојаком положају према световној власти. Држава јој је пружила извесне привилегије, али и вршила строги надзор. Премда је признавала аутономију, овлашћења надлежног министра су дубоко задирала у унутрашњу самосталност Православне цркве. Практично, овај модел државне цркве је функционисао са настанком и развојем српске државе, али је формално уобличен Уставом из 1888. године.

⁴³ Законом је врло исцрпно уређен положај Православне цркве. Премда израз компромиса, са њим се део архијереја тешко мирио, што је само указивало на то да је држава настојала да задржи доминантну позицију и управља приликама у Цркви. Вид. Ђ. Слијепчевић, 277.

⁴⁴ Вид. чл. 3, 7 и 33 Устава Краљевине Србије, *Српске новине*, бр. 76 од 6. априла 1901. године.

⁴⁵ Ова одредба ишла је у прилог архијереја, који су желели да се свештенство не бави партијском политиком, за коју је сматрано да је по Србију велико зло. Српски митрополити су често осуђивали политичко партијашење и тражили да се и правно онемогући учешће свештеника у политици.

2.2. Однос државе и цркве у Краљевини СХС и Краљевини Југославији

У вишенационалној и вишеконфесионалној држави, какве су биле Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца, односно Краљевина Југославија, један од кључних политичких и уставноправних проблема било је верско питање.⁴⁶ Основне смернице уређења односа у будућој држави и верских заједница одређене су у преговорима српске владе са представницима Југословенског одбора.⁴⁷ У складу са Крфском декларацијом, регент Александар Карађорђевић донео је Прокламацију 6. јануара 1919. године којом је зајемчена равноправност вера у Краљевини и укинута повлашћен статус Православне цркве у Србији и Црној Гори. Начела одвојености државе од цркве и равноправности верских заједница била су у складу и са међународним уговорима, идејама демократије и заштите људских права, па су и унете у први устав заједничке државе.⁴⁸ Међутим, ови принципи недоследно су спроведени. Држава је често и неадекватно интервенисала у црквеним питањима, а установљен је некохерентан правни режим регулисања верских заједница.⁴⁹ Такво стање било је последица неуређеног односа и у другим деловима друштвеног и привредног живота, па су бројне области остале правно неунифициране до почетка Другог светског рата.⁵⁰

⁴⁶ У новој држави, православни више нису чинили апсолутну већину. Православаца је било око 47%, римокатолика 39%, а муслимана 11%, према попису становништва из 1921. године (Краљевина Југославија, Општа државна статистика, *Дефинитивни резултати пописа становништва од 31. јануара 1921. године*, Државна штампарија, Сарајево 1932, 2–3).

⁴⁷ О околностима које су утицале на дефинисање верске политике у Југославији између два светска рата вид. Д. Новаковић, „Решавање верског питања током Првог светског рата”, у: *Српска теологија у двадесетом веку: истраживачки проблеми и резултати* (ур. Богољуб Шијаковић), Православни богословски факултет, Београд 2013, 132–138.

⁴⁸ Слободан Јовановић је овај однос државе и цркве у Видовданском уставу образложио на следећи начин: „Све би цркве требало да буду аутономне вероисповедне заједнице; то не би искључивало ни државну помоћ ни државни надзор, али ни та помоћ ни тај надзор не би смели ићи тако далеко да од цркве начине државну установу...” (С. Јовановић, *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1924, 436).

⁴⁹ Д. Новаковић, „Оснивање министарства вера и уставни положај цркава и верских заједница у Краљевини СХС – Југославији”, у: *Српска теологија у двадесетом веку: истраживачки проблеми и резултати* (ур. Богољуб Шијаковић), Православни богословски факултет, Београд 2014, 198.

⁵⁰ Заједничку државу обележавало је и постојање више хетерогених правних система. Кодификација законодавства одвијала се веома отежано захваљујући и низу политичких и других проблема.

Оба југословенска устава у раздобљу између два светска рата (Видовдански устав из 1921. и Октроисани устав из 1931. године) издвајају две категорије верских заједница – „усвојене” и накнадно „признате” (чл. 12 ст. 3 Видовданског устава),⁵¹ због чега је Слободан Јовановић тврдио да „слобода вероисповедног удруживања није потпуна”.⁵² Традиционалне верске заједнице законом су потврђене пре доношења Видовданског устава („усвојене”),⁵³ док су другу групу чиниле накнадно законски одобрене („признате”) вероисповести. Обе категорије верских заједница уживале су статус јавних установа („заједнице” или „удружења”), са посебним положајем у држави.⁵⁴ За разлику од других верских заједница, могле су рачунати и на материјалну помоћ државе, а непризнате верске заједнице биле су „забрањене и њихови припадници прогоњени.”⁵⁵ Усвојене и признате верске заједнице обављале су и јавноправне послове, које им је држава поверила у области брачних и породичних односа, па и имовинско-правних спорова (шеријатски судови).⁵⁶ Због тога су у нашој теорији статус верских заједница и право на слободу вероисповести двосмислено тумачени. Према С. Аврамовићу, било је седам верских заједница чији је однос био правно регулисан у Краљевини Југославији,⁵⁷ што априорно није значило да су биле привилеговане у односу на друге верске заједнице. Овај аутор полази од становишта да равноправност верских заједница не значи и идентичност, а то се може и утврдити на основу упоредноправне праксе. Ово становиште је саобразно мишљењу Слободана Јовановића који закључује да из начела равноправности не следује да статус свих вероисповести и однос државе и верских заједница треба уредити по истом обрасцу.⁵⁸ С друге стране, Лазо Костић је сматрао

⁵¹ Другачији положај верских заједница у новој држави предвиђен је Крфском декларацијом, у којој се наводи да се све признате вероисповести врше слободно и јавно, а три најбројније – православна, римокатоличка и мухамеданска биле би једнаке и равноправне према држави.

⁵² С. Јовановић, 436.

⁵³ Ове термине користи уставотворац (вид. чл. 11 ст. 3 Устава Краљевине Југославије).

⁵⁴ У складу са Уставом, оне су самостално уређивале своје унутрашње верске послове и управљале својим закладама и фондовима у складу са законом (чл. 12 ст. 3).

⁵⁵ Упор. Д. Новаковић (2013а), 156.

⁵⁶ У већем делу земље једина пуноважна форма брака била је црквена, иако је Устав јемчио грађанима да у складу са слободом вере не припадају ниједној конфесији.

⁵⁷ С. Аврамовић (2007), 89.

⁵⁸ С. Јовановић, 437.

да равноправност цркава и верских заједница није била апсолутна, већ су привилегије биле посебно признате појединим религијама, као што је мухамеданска.⁵⁹ И одредбе о верској аутономији и слободи вероисповести у Видовданском уставу креиране су након политичког договора Николе Пашића и Југословенске муслиманске организације.⁶⁰ Равноправност, по његовом мишљењу, не треба изједначити са потпуном једнакости једне вере са другом, већ са равноправношћу припадника вере. То је посебно долазило до изражаја у финансирању, тј. материјалној помоћи верским заједницама која се распоређивала на основу два критеријума – према броју верника и „стварно доказаној потреби” (чл. 11, ал. 2 Устава).

С друге стране, Српска православна црква изгубила је повлашћени статус који је имала у Србији и Црној Гори.⁶¹ Уједињењем у државу у којој су живели православни верници, претходно подељени у више земаља, створен је темељ за проглашење Аутокефалне уједињене српске православне цркве Краљевине СХС и поновно успостављање Српске патријаршије 1920. године.⁶² Верско законодавство донето након увођења диктатуре (1929) формално је изједначило Српску православну цркву са другим већим и мањим конфесијама (римокатоличком, јеврејском и исламском, али и мањим верским заједницама, попут Словачке евангелистичке цркве). До доношења овог црквеног законодавства, она је била у истом положају у Србији и Црној Гори до уједињења, а пре уједињења, била је у статусу државне цркве. Како наводи Ђ. Слијепчевић, „одвајање цркве од државе није ослободило цркву од државне контроле”,⁶³ па је тако краљ указом потврђивао избор патријарха и епархијских архијереја на предлог министра правде и у сагласности са председником Министарског савета.⁶⁴

⁵⁹ Л. М. Костић, „Коментар Устава (Југословенско уставно право)”, у: *Сабрана дела, први том Уставно право*, Српска радикална странка, Београд 2000, 47.

⁶⁰ М. Павловић, *Видовдански устав*, Надежда Павловић, Крагујевац 2022, 164–165.

⁶¹ Д. Новаковић (2014), 194.

⁶² Држава је помагала СПЦ приликом признавања аутокефалије и достојанства Патријаршије од Цариградске цркве и црквеног уједињења. Заузврат, она је желела да управља и црквеним питањима, тј. да се меша у њену аутономију. То се нарочито примећује у томе што је црквеноправна акта донела извршна власт. Влада је, на пример, својом уредбом регулисала начин избора патријарха.

⁶³ Ђ. Слијепчевић, 376.

⁶⁴ Таква норма била је апсурдна, јер су о избору српских архијереја могли да одлучују министри, припадници других вероисповести. Упор. чл. 8 Закона о Српској Православној Цркви, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 269/1929.

У раздобљу између два светска рата у Југославији је нерегулисан однос државе са Католичком (старокатоличком) црквом. СПЦ је подржавала доношење општег међуверског закона који би регулисао правни положај цркава и верских заједница, што је био и њен захтев након доношења Видовданског устава.⁶⁵ Уместо тога, закључено је више споразума са другим верским заједницама и црквама, не у циљу њихове равноправности, већ државне контроле и утицаја на унутрашње ствари и канонска питања.⁶⁶ На пример, положај СПЦ регулисан је трима најважнијим актима: Законом о СПЦ (1929), Законом о избору патријарха СПЦ (1930) и Уставом СПЦ (1931).⁶⁷ Држава је са Исламском верском заједницом такође закључила својеврсне споразуме, као и са Евангелистичком црквом и Јеврејском (Мојсијевом) верском заједницом (1930). Због хетерогеног правног уређивања положаја верских заједница и покушаја наметања државне контроле, процес унификације законодавства и у оквиру појединих традиционалних цркава, као што је СПЦ, није довршен у раздобљу до почетка Другог светског рата.

Однос Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, односно доцније Краљевине Југославије и Католичке цркве требало је да буде регулисан посебним међудржавним споразумом.⁶⁸ Суштина спора са Римокатоличком црквом била је у тумачењу начела равноправности верских заједница и секуларности. Католичка црква инсистирала је на јурисдикцији над верницима која је, по неким схватањима, задржала у начело лаицитета. Конкордат, чији је нацрт утврђен 1935. године и који су прихватили југословенска влада и папа, две године доцније наћи ће се и пред посланицима, а посланичка већина у оба дома парламента је прихватила законски пројекат.⁶⁹ Међутим, под снажним притиском СПЦ и опозиције, Влада је одустала од конкордата. Политичка елита је овај уговор са Светом столицом посматрала као тактичко средство у геополитичкој утакмици за очување заједничке државе. Од Ватикана се очекивало да ће заузврат стати на страну Краљевине Југославије и

⁶⁵ Томе се противио С. Јовановић сматрајући да је то лоше решење, с обзиром на различите верске заједнице. С. Јовановић, 437.

⁶⁶ Н. Ђурђевић, 16–17, 265.

⁶⁷ О различитим мишљењима о овим актима вид. М. Т. Томић, *Статусна и црквеноправна питања Српске православне цркве на територији Босне и Херцеговине између два светска рата*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022, 63–76.

⁶⁸ Србија је Конкордат са Ватиканом закључила 24. јуна 1914. године, али се он због природе нове државе неће примењивати.

⁶⁹ СПЦ је донела одлуку и о екскомуникацији свих сенатора православне вероисповести који су гласали за доношење Конкордата.

успротивити се територијалним аспирацијама фашистичке Италије. Међутим, Српска православна црква, али и део политичке јавности, били су оштар критичар нагодбе, сматрајући да ће примена конкордата угрозити опстанак православља и појачати прозелитску акцију Католичке цркве.

Са становишта слободе вероисповести и аутономије верских заједница нарочиту пажњу у Видовданском уставу је изазвао канцел параграфа (забрана злоупотребе предикаонице) који је, са другачијом стилизацијом, преузет из немачког кривичног права и у каснијим југословенским уставима.⁷⁰ Оно што је необично, јесте да је таква одредба била изузетак у кривичноправном законодавству (Пруска и Немачка), а није постојала у компаративном уставном праву.⁷¹ Уставна норма је била раритет који се од стране наших тадашњих угледних правника (Слободана Јовановића и Лазе Костића) образлагао чињеницом да је њен циљ био да спречи политичку пропаганду преко цркава и верских организација, али да то није искључивало право свештеника да се баве политиком као приватне личности.⁷² Септембарски устав из 1931. године је отишао и корак даље, допуњујући одредбу Видовданског устава новим ставом (чл. 11 ст. 8) по коме је забрањена свака „политичка агитација” у верским објектима или на верским скуповима.⁷³ О канцел параграфу развијена је богата дебата са изношењем низа аргумената у прилог или против ове одредбе,⁷⁴ али он никада није био примењен у пракси.

У међуратном периоду, у Краљевини Југославији није доследно остварено тадашње савремено начело о одвојености верских заједница од државе. Држава је признала верске заједнице, али је и настојала да их контролише. Традиционалне и признате верске заједнице су добиле статус јавних установа, аутономних заједница, са посебним положајем и привилегијама.⁷⁵ Међутим, држава је задржала право вршења

⁷⁰ Упор. чл. 12 ст. 7 Видовданског устава и чл. 11 ст. 7–8 Октроисаног устава.

⁷¹ М. Павловић, 171.

⁷² С. Јовановић је тврдио да ова одредба забрањује злоупотребу духовне власти у партијске сврхе и да се може упоредити са забраном која је важила за чиновнике. Ипак, она је требало да буде другачије формулисана тако да, према његовом мишљењу, не угрожава слободу избора. Вид. С. Јовановић, 439.

⁷³ Према Кривичном законнику, била је предвиђена казна затвора или новчана казна. Упор. Ј. М. Костић, 50.

⁷⁴ Католичка црква је била оштар критичар ове одредбе, јер је тврдила да се у недељним мисама њени свештеници уобичајено обраћају верницима беседама у којима заузимају ставове о политичким питањима. Упућујемо на интересантан приказ разлога о канцел параграфу у М. Павловић, 175–187.

⁷⁵ Д. Новаковић (20136), 138.

надзора и одлучивања о финансијској помоћи.⁷⁶ На примеру Српске православне цркве, нарочито доношења њеног Устава из 1931. године, закључује се да је држава, супротно канонском праву, нарушавала и аутономију цркава уређујући њихове унутрашње ствари.⁷⁷ Влада је, како наводи Н. Ђурђевић, у „црквени Устав унела решења која су њој одговарала”, па није могло да буде речи ни о каквој хармонији или складном односу, па ни о кооперативној одвојености Цркве и државе.⁷⁸

2.3. Однос државе и цркве у раздобљу комунистичке владавине

Доласком комуниста на власт формално је конституционализован модел стриктне одвојености државе од цркве у Југославији након окончања Другог светског рата. У стварности, грубо су кршена верска осећања и начело неутралног и непристрасног понашања државе према црквама и верским заједницама. Нарушавање прокламованих уставних норми испољавало се у дискриминацији верских група и појединца и у изразито негативном или одбојном односу према верским заједницама.⁷⁹ У складу са теоријским категоријама у овом раду, овај модел односа државе према цркви је најприближнији Хиршловој „атеистичкој држави”. Инспирисан доктрином марксизма и совјетског болшевизма,⁸⁰ политички режим био је непријатељски расположен према црквама и верским заједницама нарочито у првим годинама устоличења нове власти, настојећи да уклони сваки утицај религије у јавном животу.

Остваривање социјалистичке револуције подразумевало је обрачун са класно-идеолошким непријатељима. Комунистички апарат је у њих уврстио цркве и верске заједнице.⁸¹ У мају 1945. године,

⁷⁶ Видети износе ових средстава у буџетској 1933–1934. Л. М. Костић, 48.

⁷⁷ Д. Новаковић, „Доношење првог Устава Српске православне цркве 1931”, *Зборник Матице српске за друштвене науке* 146/2014, 52.

⁷⁸ Н. Ђурђевић, 265.

⁷⁹ Након тешког страдања у Другом светском рату, многе верске заједнице, а нарочито Српска православна црква, биле су изложене наставку тортуре. Држава је национализовала црквену имовину и прогонила свештенике. Упор. С. Аврамовић (2007), 9.

⁸⁰ Оправдање за уставноправно одвајање државе од цркве, осим аргументације о поштовању универзалног начела о равноправности грађана, образложено је и „практичним” значајем који принцип секуларизације има за процес одумирања државе и преношења државних функција на друштво у социјалистичком друштву и самоуправној заједници. Упор. М. Пајванчић, „Устав о слободи вероисповести”, *Политичка мисао* 2/1990, 162.

⁸¹ Однос „народне власти” према верским заједницама обликован је у складу са прописима у току грађанског рата. Опредмење је пронађено у „чињеници да се верске заједнице и њихова руководства нису одазвали позиву КПЈ на устанак, док су

Председништво АВНОЈ-а је донело Закон о забрани изазивања националне, расне и верске мржње и раздора, с циљем да се, како се истицало, заштите братства и јединства и равноправности вера.⁸² Закон је предвиђао оштре казне за дело распиривања националне и верске мржње: лишење слободе, губитак политичких права и смртну казну. У пракси, „народни судови” доносили су пресуде у складу са „револуционалном правдом”, често на основу анонимних пријава, по скраћеном поступку и без права на жалбу. Ова репресивна фаза трајала је више година.

Југословенски уставни наредби након Другог светског рата прокламују слободу вероисповести и уређују уставне принципе односа државе и цркве.⁸³ Први послератни устав, Устав ФНРЈ од 1946. године, садржи одредбе о једнакости грађана пред законом и равноправности без обзира на вероисповест (чл. 21 ст. 3), о раздвајању цркве од државе (чл. 25 ст. 2), гарантовању слободе савести и вероисповести (чл. 25 ст. 1),⁸⁴ слободи верских школа, али и одвајању јавнообразовних установа од цркве,⁸⁵ а предвиђа и могућност материјалне помоћи верским заједницама (чл. 25 ст. 5).⁸⁶ Верским заједницама је такође призната аутономија у верским пословима и верским обредима (чл. 25 ст. 4). Уставотворац, руковођен намером да цркву потисне из „живота народа”,⁸⁷ раздвојио је слободу савести од слободе вероисповести и предвидео низ ригидних решења у Нацрту устава. Ипак, њихов коначан облик је био ублажен, након што су прихваћене поједине примедбе Светог архијерејског

се поједини свештеници и њихови верници активно укључили у отпор окупатора.” (Вид. М. Пајванчић, 163) Овакво образложење делимично је тачно, јер су највеће верске заједнице – СПЦ и Католичка црква, заговарале антикомунизам. Међутим, за разлику од Католичке цркве, чија је прозелитска политика подразумевала подршку квислишкој творевини – Независној држави Хрватској, СПЦ је била на страни антифашизма и подршке легитимној Југословенској војци у отаџбини (ЈВО).

⁸² *Службени лист ФНРЈ*, бр. 36/1945 и 54/1946. Закон је престао да важи 1951, након доношења Кривичног законика ФНРЈ. Међутим, ова кривична дела нису декекриминализована, већ су инкорпорирани у кодификовани кривични законик.

⁸³ Д. Новаковић (2015), 76.

⁸⁴ И Устав од 1974. године раздвојиће слободу вероисповести од слободе савести. Нова власт је слободу савести другачије тумачила у односу на СПЦ. Упор. Ђ. Слијепчевић (2002), 105.

⁸⁵ Уставом су школе одвојене од цркве (чл. 38 ст. 5). Веронаука у школама више није била део обавезног наставног програма, већ факултативни предмет, а Богословски факултет је издвојен из састава Београдског универзитета 1952. године.

⁸⁶ Финансијска помоћ је била пука уставна прокламација, док се у пракси на различите начине онемогућавао рад верским заједницама. СПЦ су одузета имања, док су у једном периоду прекинути односи југословенске владе са Ватиканом.

⁸⁷ Љ. Димић, *Историја српске државности, књига III – Србија у Југославији*, САНУ, „Беседа”, Издавачка установа Православне епархије Бачке, Друштво историчара Јужнобачког и Сремског округа, Београд – Нови Сад 2001, 330.

синода СПЦ.⁸⁸ Одређене уставне норме су спутавале делатност цркава и верских заједница, па се тако верским заједницама признаје право да оснивају верске школе за „спремање свештеника”, али не и верска настава за друга лица. На основу одредбе о забрани злоупотребе цркве и вере у политичке сврхе и политичке организације на верској основи (канцел параграф) установљене су кривичноправне санкције. Међутим, смисао овог правног оквира није био у томе да делује у циљу заштите несметаног деловања верских заједница. Напротив, установљен је као средство атеизације, претње за вернике и свештенике који су практиковали богослужење.⁸⁹ Доцнији Устав из 1963. је такође садржао ову одредбу (чл. 46 ст. 4),⁹⁰ али не и Устав из 1974. године.

Устав ФНРЈ из 1963. године доноси више новина. Прво, не користи термин *цркве*, већ само *верске заједнице*; друго, садржи формулацију по којој је исповедање вере слободно и „приватна је ствар човека” (чл. 46 ст. 1) и треће, верским заједницама је признато право својине на непокретности у складу са савезним законом. Уређивање правног положаја верских заједница је у надлежности федерације (чл. 161 ст. 1, тач. 3). Претходно донет савезни закон о верским заједницама, у примени је од 1953. године до 1971. године. Овим законом је, први пут, детаљније уређен правни положај верских заједница након Другог светског рата.⁹¹ „Либералнији” однос према црквама и верских заједницама последица је спољнополитичког заокрета државе, која се постепено удаљавала од бољшевичког курса у раздобљу од 1945. до увођења самоуправљања почетком педесетих година прошлог века. Законом је дозвољена верска настава, али у црквама и храмовима. Верске заједнице добиле су статус правног лица „грађанског права” (чл. 7 ст. 2),⁹² а њихово оснивање није било везано за формалности,

⁸⁸ СПЦ је предложила да се Нацрт устава допуни одредбом о томе да се однос цркве и државе уређује посебним законом којим ће се признати право својине, да грађани имају право да слободно одлуче о форми брака и решавању брачних спорова, а црква да оснива верске школе не само за будуће свештенике већ и за остале вернике и лаике. Уставом је признат црквени брак, али као факултативна форма након закључења грађанског брака (чл. 26 ст. 2). О томе опширније у: К. Чавошки, *Устав као средство агитације и пропаганде*, Институт за савремену историју, Службени гласник, Београд 2011, 84–88.

⁸⁹ Упор. чл. 25 ст. 4 Устава ФНРЈ, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 10/1946.

⁹⁰ Устав СФРЈ, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 14/1963.

⁹¹ Основни закон о правном положају верских заједница, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 22/1953, *Службени лист СФРЈ*, бр. 10/1965.

⁹² У првобитној редакцији пројекта Устава из 1946. године (чл. 20 ст. 2) верске заједнице су могле добити статус лица јавног права у складу са савезним законом. Ова одредба је избрисана у коначној верзији Устава. К. Чавошки, 56.

већ је било потпуно слободно (чл. 2 ст. 1). С обзиром на то да није постојала обавеза регистрације верских заједница, нема ни званичних извора о броју цркава, верских заједница и верника јер није било централног регистра верских организација.⁹³

На основу Устава СФРЈ из 1974, надлежност за правно уређивање положаја верских заједница пренето је са савезног нивоа на федералне јединице,⁹⁴ па је Србија донела свој закон 1977. године.⁹⁵ У последњем уставу социјалистичке Југославије преписана је одредба о заштити верских слобода из Устава из 1963. (чл. 46), с једином разликом у ставу 4 и додавањем речи „само”, тако да овај став гласи: „Верске заједнице могу оснивати верске школе *само* (курз. Р. М.) за спремање свештеника” (чл. 174 Устава СФРЈ).⁹⁶ То не значи да више није дозвољена катихизација, већ да је раздвојено верско образовање свештеника од верске поуке за друга лица.

Републички закон, за разлику од савезног прописа, предвидео је систем пријаве верских заједница општинском органу управе надлежном за унутрашње послове (члан 7 став 1 Закона о правном положају верских заједница), али кршење ове обавезе није било прекршајно санкционисано.⁹⁷ Грађани су били дужни да поднесу пријаву о оснивању односно престанку верске заједнице у року од 30 дана. Закон детаљније уређује и верско образовање. „Верска поука” није се могла обавити ван просторија верских заједница и у време школске наставе (чл. 19–21), а верске школе могле су да похађају лица која су завршила основно школовање или им је престала законска обавеза похађања основне школе (чл. 23). Верске школе и интернати су се налазили под надзором државе.

Између правног (*de iure*) и фактичког (*de facto*) стања у односима државе и цркве био је дубок јаз. Уставна начела била су углавном саображена начелу сепарације државе од цркве, али је у пракси

⁹³ Б. Шијаковић, „Држава и црква у Србији данас”, у: *Држава и црква у Европској унији* (ур. Герхард Робертс), Православни богословски факултет, Институт за теолошка истраживања, Београд 2012, 394.

⁹⁴ Дискутабилан је *ratio* преношења надлежности на републичке чланице, јер су „скоро све цркве и верске заједнице имале јединствену управљачку структуру и организацију на нивоу читаве државе” В. Ђурић, „Законско уређивање правног положаја цркава и верских заједница у Републици Србији: од оспоравања до унапређивања”, *Свеске за јавно право* 13/2013, 44.

⁹⁵ Закон о правном положају верских заједница, *Службени гласник СРС*, бр. 44/1977.

⁹⁶ Члан 174 Устава СФРЈ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 9/1974.

⁹⁷ Према Н. Ђурђевићу, у некадашњој Југославији није постојао систем регистрације верских заједница. Н. Ђурђевић, 392.

постојао дискриминаторски однос власти према верским заједницама. Током 60–их и 70–их година прошлог века, он ће се мање свести на насиље, а више на суптилније механизме контроле и надзора над црквом. Секуларизација и антирелигиозна индоктринација показале су се као делотворнија средства у сузбијању верских осећања грађана.⁹⁸ У скоро полувековној повести социјализма у Југославији, Српска православна црква, друге цркве и верске заједнице нису биле слободне, јер није било стварне слободе у новој држави.⁹⁹ У политичкој заједници, која се одрекла владавине права и у којој су закони „пусто слово на папиру”, право на вероисповест, као уосталом и друга људска права, није уживало одговарајућу заштиту. Социјалистичка држава је *par excellence* држава у којој су једна идеологија и једна политика привилеговане. Из тога следи да се право и правне установе и институти потчињавају политици или веровању у принципе социјализма. Због тога, она није пример неутралне државе, нити може да буде држава у којој ће начело верских слобода и равноправности верских заједница бити поштовано.

2.4. Положај цркве

у савременом уставном праву Србије

Положај цркава и верских заједница у Србији није адекватно правно регулисан од 1993. до доношења Закона о црквама и верским заједницама 2006. године (ЗЦВЗ).¹⁰⁰ Народна скупштина је ставила ван снаге поменути пропис из социјалистичког раздобља (Закон о правном положају верских заједница из 1977. године), због његове неусклађености са Уставом од 1990. године,¹⁰¹ па је у овом раздобљу постојала *lacuna iuris* у уређивању односа државе и цркве. Опортуност законодавца делимично је последица идеолошке инерције из претходног

⁹⁸ М. Радуловић, некадашњи министар вера, издвојио је три фазе у односима верских заједница и државе у другој половини 20. века. Прво раздобље назива „време терорисања” (1945–1953), друга фаза је „време контролисања”, а трећа је „време манипулисања” и она се наставља у последњој деценији прошлог века. М. Радуловић, *Обнова српског државно-црквеног права, друго издање*, Konrad Adenauer Stiftung, Београд 2014, 82–87.

⁹⁹ О различитим облицима деловања против СПЦ и физичком насиљу над свештеницима вид. Ђ. Слијепчевић, 98 и даље.

¹⁰⁰ Н. Ђурђевић, 391; М. Радуловић, 24.

¹⁰¹ И у другим бившим југословенским републикама је постојала слична пракса. У Црној Гори, закон из социјалистичког раздобља (Закон о правном положају вјерских заједница из 1977) важио је до доношења Закона о слободи вјероисповести 2019. године.

периода и инструментализације верско-националних осећања („време манипулације”).¹⁰² Због тога је нови закон о верским заједницама сачекао другачији политички амбијент. Након промене власти 2000. године, наступила је и нова фаза у односима државе и цркве која је подразумевала напуштање ранијег модела („асертивни секуларизам”) и преобликовање положаја религије у јавном животу.¹⁰³ То се, пре свега, односило на увођење верске наставе у основне и средње школе као опциони предмет (2001), враћање Богословског факултета у састав Универзитета у Београду (2004), а затим и на доношење ЗЦВЗ. Међутим, одредбе овог закона постале су предмет критика, због чега су неке верске заједнице и невладине организације поднеле иницијативу, односно предлог за оцену уставности ЗЦВЗ.

Ипак, вратимо се Уставу од 1990. године, према коме грађани имају једнаку заштиту пред државним органима без обзира на вероисповест (чл. 13). Устав јамчи слободу вероисповести, која обухвата слободу веровања, исповедања вере и вршења верских обреда. Верске заједнице су одвојене од државе и слободне у вршењу верских послова и верских обреда, и могу да оснивају верске школе и добротворне организације. Држава може материјално да помаже верске заједнице (чл. 41 ст. 4). Поменута одредба, иако је обележје система кооперације, баштина је претходне социјалистичке уставности и не представља опредељење уставотворца да подршком верским заједницама омогући већу улогу у јавном животу. Начело световности државе, као у Уставу од 2006. године, није изричито наведено, али је *de facto* присутна концепција строгог секуларизма. Уставотворац није привилеговао ниједну верску заједницу. Занимљиво је да он користи генерички род за верске заједнице („вероисповести”, чл. 41 ст. 2), занемарујући постојање традиционалних цркава, као што је Српска православна црква. У ширем смислу, верским заједницама је гарантована аутономија, право да самостално уређују своју унутрашњу организацију и верске послове без енунцијације или упућивања на регулисање законским нормама, што је било обележје овог устава када су у питању други институти. Изузев што није испољила намеру да уреди положај верских заједница, власт није показала ни решеност да изврши денационализацију црквене имовине, нити да веронауку поново уведе у школски систем.¹⁰⁴

¹⁰² М. Радуловић, 85–86.

¹⁰³ Упор. Д. Симовић, „Десекуларизовање јавног простора и верска настава у Републици Србији”, *Свеске за јавно право* 30/2017, 9–21, 10.

¹⁰⁴ У овом периоду није враћена одузета имовина црквама и верским заједницама. Некадашњи председник Србије Слободан Милошевић послао је на поновно гласање Закон о денационализацији имовине Српске православне цркве (1991). Претходно

Устав од 2006. године познат је у делу наше јавности под називом „Митровдански устав”, а ова симболика да се на црквене празнике дешавају значајни историјски догађаји и доносе правни акти није неуобичајена у нашој повести. За овај устав карактеристично је и то да се СПЦ обратила јавности и позвала грађане да гласају на референдуму за предлог новог устава.¹⁰⁵ Заштита територијалног интегритета и суверенитета Србије и очување духовног наслеђа на Косову и Метохији наведени су као кључни легитимацијски основи за доношење новог устава.¹⁰⁶ СПЦ је имала и додатни мотив да подржи доношење Устава, јер је консултована приликом писања одредаба о слободи вероисповести. Управо ова чињеница сведочи у корист опредељења да је у Србији прихваћен модел меке секуларности, по коме су цркве и верске заједнице слободне да учествују у расправи о темама од јавног интереса.

Митровдански устав исцрпније уређује однос цркве и државе, али изоставља одређене одредбе које су се налазиле у Уставу од 1990. На пример, није преузета норма о могућности државе да материјално помаже верске заједнице, која је постојала у уставима након Првог светског рата. Положај цркава и верских заједница регулисан је у члановима под насловима „Световност државе” (чл. 11),¹⁰⁷ „Слобода мисли, савести и вероисповести” (чл. 43), „Цркве и верске заједнице” (чл. 44). У анализи уставних одредаба неопходно је консултовати и чл. 21 ст. 1, чл. 48 и 81, али и одредбе ЗЦВЗ.¹⁰⁸ Уставне норме о положају цркава и верских заједница и слободи вероисповести усаглашене су са међународним документима и Европском конвенцијом за заштиту људских права и слобода.

је Народна скупштина скоро једногласно, гласовима власти и опозиције, усвојила овај закон (званичан његов назив је Закон о враћању Српској православној цркви зграда-задужбина, зграда-легата, службених зграда и грађевинског земљишта који су прешли у друштвену својину на основу Закона о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта). Правно посматрано, постојали су оправдани разлози за примену вета, јер према тадашњем Уставу (чл. 60 Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 1/1990), враћање грађевинског земљишта није могло да буде у приватној својини. Осим тога, овај закон нарушавао је начело равноправности верских заједница, јер је било предвиђено враћање имовине само СПЦ. Вид.: М. Ђорђевић, *Суспензивни вето председника Републике* докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2020, 151.

¹⁰⁵ „Црква позвала на подршку Уставу”, <https://www.slobodnaevropa.org/a/685566.html>, 6. 8. 2023.

¹⁰⁶ Упор. М. Радојевић, „Прилог за расправу о уставном питању у Србији – Митровдански устав”, *Српска политичка мисао* 1/2009, 238.

¹⁰⁷ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 88/2008, 115/2021 – Амандмани I–XXIX и 16/2022.

¹⁰⁸ *Службени гласник РС*, бр. 36/2006.

Прва новина је термилошке природе, па тако Устав, осим израза „верска заједница”, користи и одредницу „црква”. Синтагма „верска заједница” преузета је из категоријалног апарата ЗЦВЗ, а критичари су указивали на то да је ова дихотомија у нескладу са паритетним принципом вероисповести и да нарушава уставни принцип забране дискриминације (чл. 21 ст. 1 Устава) и равноправности црква и верских заједница (чл. 44).¹⁰⁹ Успостављање различитих ентитета може да допринесе привилегованом статусу појединих црква или верских заједница. С друге стране, ови аргументи се одбацују из правноисторијских и социолошких разлога. Уставна норма је усклађена са међународним стандардима и Европском конвенцијом за заштиту људских права и слобода.¹¹⁰ Према Европској конвенцији за заштиту људских права, допуштен је различит правни статус верских заједница (верски плурализам), ако је то сразмерно легитимном (разумном) циљу и не доводи до дискриминације, што је наведено и у више пресуда овог суда. У овој области постоји слободно поље процене државе чланице, као и приликом других аспеката секуларности.

Према схватању законодавца, на термилошком плану ЗЦВЗ је у дисконтинуитету са периодом од Другог светског рата, у коме су цркве и верске заједнице биле сведене на ниво удружења.¹¹¹ Такво становиште заснива се на полазишту да је превазиђена строга сепарација и начело неутралности. Уставна концепција лаицитета, претходно уткана и у ЗЦВЗ, заснива се на равноправном третману црква и верских заједница. Ниједна црква и верска заједница нема привилегован статус. У прилог таквом тумачењу је и образложење предлога ЗЦВЗ. Према овом закону постоје две категорије верских заједница – традиционалне и конфесионалне. За разлику од традиционалних, конфесионалне заједнице се на основу закона региструју и уписују у Регистар. Специфичност овог система је то што се статус традиционалне верске заједнице заснива на правном континуитету пре Другог светског рата, а поступак регистрације подразумева достављање докумената којим се верификује положај конфесионалне заједнице.¹¹²

¹⁰⁹ Усклађеност Устава и Закона није потпуна, јер се у ЗЦВЗ помињу и „конфесионалне заједнице и друге верске заједнице”. Н. Ђурђевић (2011), 179. ЗЦВЗ није усклађен након доношења новог устава.

¹¹⁰ Вид. С. Аврамовић (2011), 282–294.

¹¹¹ М. Радуловић, 107–108.

¹¹² В. Ђурић (2012), 160; В. Марковић, М. Ромић, „О уставности регистрација црква и верских заједница – прилог проучавању државно-црквеног права”, *Страни правни живот* 1/2020, 50–51.

Према Уставу, Република Србија је световна држава (чл. 11 ст. 1),¹¹³ а ово уставно начело уставотворац је везао за три уставноправна захтева – одвојеност државе од Цркве (чл. 11 ст. 2), забрану постојања званичне или државне религије (чл. 11 ст. 2) и слободу вероисповести. Уставом је изричито гарантован и религијски плурализам – равноправност верских заједница (чл. 44 ст. 1) и забрањена дискриминација по основу вероисповести. Примедба на ове одредбе је да уставотворац није конституционализовао све елементе световности, а затим и да из уставних норми није могуће прецизно одредити однос државе са црквама и верским заједницама.¹¹⁴ Управо на овом терену разумевања равноправности настају размимоилажења у стручној јавности, од тумачења да ли је равноправност исто што и једнакост права, да ли све цркве и верске заједнице подлежу истом начину одобрења или дозволе за рад до тога да ли се уставотворац определио за строгу сепарацију цркве и државе или систем кооперације.

У нашој стручној јавности, однос државе и цркве онако како је уређен Уставом, био је предмет полемика и одлучивања пред Уставним судом. Кључна дилема је гласила – да ли се Устав заснива на строгом одвајању државе и цркве или кооперативној одвојености? И након одлуке Уставног суда,¹¹⁵ настављена је академска расправа. Пре свега, оквир дебате је везан за поменути члан 11 Устава, према коме је Република Србија световна држава, цркве и верске и заједнице су одвојене од државе и ниједна религија се не може успоставити као државна или обавезна. Различита тумачења су последица две околности: прва је да регулација односа државе са црквама и верским заједницама нема прецизно уређену садржину; а друга, да у домаћим уставним нормама није прецизно одређен модел начела световности.¹¹⁶ Несугласице су, најпре, настале у полазишту о начелу световности државе. Критичари сматрају да се уставотворац определио за систем строге одвојености у односима државе и верских заједница, што се аргументује

¹¹³ О секуларности у Уставу Србије вид. В. Петров, В. Микић, „Начело лаичности у савременој уставности”, у: *Религија – политика – право* (ур. Јован Ћирић, Велибор Џомић, Мирољуб Јевтић), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд–Будва 2015, 625–642; В. Марковић, 120–123; В. Микић, „Световност државе у Уставу Републике Србије и његовој примени”, *Српска политичка мисао – посебан број* 2017, 250–260.

¹¹⁴ Упор. коментар чл. 11 у: Д. Симовић, С. Орловић, *Коментар Устава Републике Србије*, ЈП Службени гласник, Београд 2023, у штампани.

¹¹⁵ Види одлуку Уставног суда о уставности Закона о црквама и верским заједницама, *ИУз-455/2011*, *Службени гласник РС*, бр. 23/2013.

¹¹⁶ Д.Симовић, С.Орловић, *ibid*.

изостављањем поменуте норме о материјалној и другој помоћи,¹¹⁷ а постављањем одредбе о световности државе у ранг највиших уставних вредности или начела.¹¹⁸ На основу тога се и закључује да је важећи ЗЦВЗ неусклађен са Уставом. *Per definitionem* систем строге сепарације искључује органске и функционалне везе између религије и државе, полазећи од тога да је религија приватна ствар појединца. Држава би, према овом тумачењу, била неутрална не само када се ради о помоћи верским заједницама већ и у другим областима, попут права да обезбеди верску наставу, извршавања одлука црква и верских заједница, и финансирања здравственог пензијског и инвалидског осигурања свештеника, што у Србији није случај. Према критичарима спорног ЗЦВЗ и заступницима тумачења да је Устав прокламовао строго раздвајање – наведени облици прожимања државе са верским заједницама и црквама су неуставни.

Уставни суд је резонувао другачије. У својој одлуци о уставности ЗЦВЗ није био издашан у истицању правних и теоријских разлога,¹¹⁹ али је део академске јавности овај недостатак надоместио истицањем других аргумената. На основу анализе и других уставних одредаба не може се закључити да је конституционализована строга сепарација. Најпре, уставно начело световности има деклараторно значење, што не имплицира да је сарадња државе и цркве забрањена. Друго, кооперативна одвојеност није изричито наведена ни у једном уставу у свету.¹²⁰ Треће, системско тумачење Устава, као што је одредба о обавези Србије да одређеним мерама подстиче уважавање разлика које постоје због верског идентитета њених грађана (чл. 48), такође говори у прилог одлуци Уставног суда.¹²¹

3. Закључак

Правно регулисање односа цркве и државе у савременом друштву и даље је тема која побуђује велико теоријско интересовање и пажњу јуриспруденције. Друштвене промене, са растућом улогом

¹¹⁷ „...можемо да закључимо да се Устав од 2006. определио за систем строге одвојености између верских заједница и државе”. Т. Маринковић, „Прилог за расправу о уставности Закона о црквама и верским заједницама”, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011, 379.

¹¹⁸ М. Драшкић, „Устав Србије: Стриктна или кооперативна одвојеност цркве и државе”, *Свеске за јавно право* 12/2013, 39–40.

¹¹⁹ Његова аргументација је и спорна, када рецимо као мерило за оцену уставности ЗЦВЗ узима друге законе. Д. Симовић (2017), 12.

¹²⁰ С. Аврамовић (2011) 297.

¹²¹ В. Ђурић (2013б), 46.

религије у јавном животу, изнова су обновили занимање за однос конституционализма и секуларизма. Положај цркава и верских заједница није само јуристичко већ и политичко питање, некада и са несагледивим друштвеним последицама, какав је рецимо био случај у Црној Гори након доношења закона о црквама и верским заједницама (2019), а доцније потписивања Темелјног уговора са Српском православном црквом. И овај пример показује да религиозна осећања и верски идентитет нису нестали у амбијенту либералног капитализма и потрошачког друштва. Слободе вероисповести и регулисање односа државе и цркве су прворазредно питање у земљама које предузимају уставне реформе. С друге стране, поједини уставноправни теоретичари са запада са опрезом прате ове процесе и сматрају да је очување демократије и либералних вредности могуће само ако се реконструише класичан модел световности државе.

О чему сведочи повест уставног нормирања односа цркве и државе у протекла два века у Србији? Пре свега, она нуди обиље емпиријског материјала о улози религије у стварању националног идентитета. У њеном развоју препознаје се утицај детерминанти, попут традиције и идеологије, на однос државе и цркве, као и на формулисање начела световности. Такође, промене облика и уређења државе определиће статус цркава и верских заједница. Детаљнија анализа упућује на закључак о раскораку уставних и законских норми о слободи вероисповести и равноправности деноминација и стварног положаја цркава и верских заједница. У динамичној уставноправној прошлости промењено је више модела, од доминантне деноминације и/или државне цркве у току 19. века, аутономије верских заједница и патронажне улоге државе између два светска рата, до атеистичке секуларне државе у наредном раздобљу од пола века.

Након политичких промена 2000. године, отворена је нова страница у развоју односа државе и цркве и црквеног права. Два најмаркантнија догађаја десила су се исте године – усвајање ЗЦВЗ и Устава. Повод за разматрање уставне дефиниције световности било је управо доношење ЗЦВЗ. Суштина спора је у томе да ли је у Србији конституционализовано строго раздвајање државе и цркве или је реч о кооперативној одвојености. Одлуком Уставног суда пружено је ауторитативно тумачење односа државе и цркве у Србији. Расправа је открила да важећи правни оквир интегрише европске и међународне стандарде о верским слободама и правима, али и да садржи одређене недостатке или непрецизности номотехничке природе.

Mijodrag Radojević

Research associate, Institute for Political Studies, Belgrade

CONSTITUTIONAL MOLDING OF RELATIONS BETWEEN CHURCHES AND STATE IN SERBIA

Summary

In the text, the author analyzes the nature of the relationship between church and state in Serbia, starting from the constitutional regulation of the position of the Orthodox Church and other religious communities. In the past, this relationship was not uniformly regulated, but went through different phases: from the state church in the Kingdom of Serbia, through the model cooperation for the „accepted” and „recognized” religious communities in the Kingdom of SHS and the Kingdom of Yugoslavia, to the „strict separation” of the church and the atheist secular state in the communist period after World War II. Another objective of the study is to determine whether the current constitutional framework takes into account European and international standards for religious freedom and rights. In Serbia, there is no constitutional obligation for the state to protect and support churches and religious communities. This has been an argument for critics that since 2006 the Constitution proclaims the principle of strict separation of the state and religious communities. The author does not share this view. The theoretical debate on the constitutionalization of the relationship between the state and the church in Serbia points to polarized viewpoints on the principle of secularity. In addition to empirical research, the author has also drawn on comparative practice to explain how tradition, ideology and political circumstances influence the constitutionalization of the relationships between church and states.

Keywords: constitution, freedom of religion, equality of churches and religious communities, secularism, religious autonomy, the principle of laicity.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Аврамовић С., *Прилози настанку државно-црквеног права у Србији*, Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник, Београд 2007.
- Аврамовић С., „Поимање секуларности у Србији – рефлексije са јавне расправе у Уставном суду”, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 279–301.
- Bâli Ü. A., Lerner H., „Introduction”, in: *Constitution Writing, Religion and Democracy* (eds. Asli Ü. Bâli, Hanna Lerner), Cambridge University Press, Cambridge 2017, 1–26.
- Басдевон-Годме Брижит, „Држава и црква у Француској”, у: *Држава и црква у Европској унији* (ур. Герхард Робертс), Православни богословски факултет, Институт за теолошка истраживања, Београд 2012, 312–330.
- Верготини де Ђ., *Упоредно уставно право*, Службени гласник, Београд 2015.
- Димић Ј., *Историја српске државности, књига III – Србија у Југославији*, САНУ, „Беседа” – Издавачка установа Православне епархије Бачке, Друштво историчара Јужнобачког и Сремског округа, Београд / Нови Сад 2001.
- Драшкић М., „Устав Србије: Стриктна или кооперативна одвојеност цркве и државе”, *Свеске за јавно право* 12/2013, 37–46.
- Ђорђевић М., *Суспензивни вето председника Републике* (докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2020.
- Ђурђевић Н., *Остваривање слободе вероисповести и правни положај црква и верских заједница у Републици Србији*, Заштитник грађана, Београд 2009.
- Ђурић В., „Уставноправни модели односа између државе и цркве и верских заједница у Европи”, *Годишњак Факултета правних наука* 1/2011, 139–163.
- Ђурић В., Врањеш Н., „Уставни положај и аутономија црква и верских заједница у систему кооперативне одвојености”, *Правна ријеч* 31/2013, 279–301.
- Ђурић В., „Законско уређивање правног положаја црква и верских заједница у Републици Србији: од оспоравања до унапређења”, *Свеске за јавно право* 13/2013, 43–55.

- Ђурић В., „Правни положај цркава и верских заједница у Републици Србији у светлу одлуке Уставног суда”, *Црквене студије* 11/2014, 437–453.
- Јовановић С., *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1924.
- Костић М. Л., „Коментар Устава (Југословенско уставно право)”, у: *Сабрана дела, први том Уставно право*, Српска радикална странка, Београд 2000.
- Љушић Р., *Кнежевина Србија 1830–1839*, Завод за уџбенике, Београд 2004.
- Маринковић Т., „Прилог за расправу о уставности Закона о црквама и верским заједницама”, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011, 367–385.
- Марковић В., Ромић, Ј. М., „О уставности регистрација цркава и верских заједница – прилог проучавању државно-црквеног права”, *Страни правни живот* 1/2020, 45–61.
- Марковић В., „Појам секуларности – историјски, правни и аксиолошко-етимолошки аспекти”, *Богословље* 2/2020, 103–126.
- Микић В., „Световност државе у Уставу Републике Србије у његовој примени”, *Српска политичка мисао – посебан број* 2017, 249–262.
- Микић В., *Појмовник европске уставности*, Службени гласник, Београд 2022.
- Новаковић Д., „Решавање верског питања током Првог светског рата”, у: *Српска теологија у двадесетом веку: истраживачки проблеми и резултати* (ур. Богољуб Шијаковић), књ. 13, Православни богословски факултет, Београд 2013, 132–138.
- Новаковић Д., „Од Начертанија о духовним властима до Закона о црквама и верским заједницама – 170 година законодавства о православној цркви у Србији”, у: *Српска теологија у двадесетом веку: истраживачки проблеми и резултати* (ур. Богољуб Шијаковић), књ. 14, Православни богословски факултет, Београд 2013, 148–165.
- Новаковић Д., „Оснивање министарства вера и уставни положај цркава и верских заједница у Краљевини СХС – Југославији”, у: *Српска теологија у двадесетом веку: истраживачки проблеми и резултати* (ур. Богољуб Шијаковић), књ. 15, Православни богословски факултет, Београд 2014, 194–200.
- Новаковић Д., „Доношење првог Устава Српске православне цркве 1931”, *Зборник Матице српске за друштвене науке* 146/2014, 41–54.

- Новаковић Д., „Цркве и верске заједнице у уставима Србије”, у: *Српска теологија у двадесетом веку: истраживачки проблеми и резултати* (ур. Богољуб Шијаковић), књ. 18, Православни богословски факултет, Београд 2015, 64–86.
- Павловић М., *Видовдански устав*, Надежда Павловић, Крагујевац 2022.
- Пајванчић М., „Устав о слободи вероисповести”, *Политичка мисао* 2/1990, 160–170.
- Петров В., Микић В., „Начело лаицитета у савременој уставности”, у: *Религија – политика – право* (ур. Јован Ћирић, Велибор Џомић, Мирољуб Јевтић), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд–Будва 2015, 625–642.
- Петров В., Симовић Д., Радојевић М. (ур.), *Српски уставни, књига прва*, Службени гласник, Београд 2021.
- Продановић Ј., *Уставни развратак и уставне борбе у Србији*, Издавачко и књижевско предузеће Геце Кона, Београд 1936.
- Радојевић М., „Прилог за расправу о уставном питању у Србији – Митровдански устав”, *Српска политичка мисао* 1/2009, 231–254.
- Радосављевић Н., „Аутономија Православне цркве у Кнежевини Србији и арондација епископија 1831–1836”, *Истраживања* 25/2014, 233–248.
- Радуловић М., *Обнова српског државно-црквеног права, друго издање*, Konrad Adenauer Stiftung, Београд 2014.
- Ракитић С. Д., *Конкордат Краљевине Србије и пројекти конкордата Краљевине СХС и Краљевине Југославије – Правноисторијски аспекти односа цркве и државе* докторска дисертација, Правни факултет, Универзитет у Београду, Београд 2016.
- Роберс Г., „Држава и црква у Европској унији”, у: *Држава и црква у Европској унији* (ур. Герхард Роберс), Православни богословски факултет, Институт за теолошка истраживања, Београд 2012, 9–16.
- Rosenfeld M., „Can Constitutionalism, Secularism and Religion Be Reconciled in an Era of Globalization and Religious Revival?”, *Cardozo Law Review* 30/2009, 2333–2368.
- Sajó A., „Constitutionalism and Secularism: the need for public reason”, *Cardozo Law Review* 6/2009, 109–134.
- Симовић Д., „Европски уставни модели односа државе и цркве”, у: *Религија – политика – право* (ур. Јован Ћирић, Велибор Џомић,

- Мирољуб Јевтић), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд–Будва 2015, 721–739.
- Симовић Д., Крстић Мистрицеловић И., „Државно-црквени односи и уставна традиција Србије”, у: *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Београд–Будва 2019, 177–195.
- Симовић Д., Орловић С., *Коментар Устава Републике Србије*, ЈП Службени гласник, Београд 2023. (у штампи)
- Симовић Д., „Десекуларизовање јавног простора и верска настава у Републици Србији”, *Свеске за јавно право* 30/2017, 9–21.
- Слијепчевић Ђ., *Историја Српске православне цркве, књига II*, ЈРЈ, Београд 2002.
- Слијепчевић Ђ., *Историја Српске православне цркве, књига III*, ЈРЈ, Београд 2002.
- Stein T., „Constitution-Making and Religion in West Germany in the Shadow of State Failure”, in: *Constitution Writing, Religion and Democracy* (eds. Asli Ü. Bâli, Hanna Lerner), Cambridge University Press, Cambridge 2017, 74–98.
- Томић Т. М., *Статусна и црквеноправна питања Српске православне цркве на територији Босне и Херцеговине између два свјетска рата* докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022.
- Troper M., „Republicanism and Freedom of Religion in France”, in: *Religion, Secularism & Constitutional Democracy* (eds. Jean L. Cohen, Cécile Laborde), Columbia University Press, New York 2016, 316–334.
- Hirschl R., „Comparative Constitutional Law and Religion”, in: (eds. Tom Ginsburg, Leo Spitz, Rosalind Dixon), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, Cheltenham 2011, 422–440.
- Hirschl R., Shachar A., „Competing Orders? The Challenge of Religion to Modern Constitutionalism”, *The University of Chicago Law Review* 85/2018, 425–455.
- Cohen L. J., „Rethinking Political Secularism and the American Model of Constitutional Dualism”, in: *Religion, Secularism, & Constitutional Democracy* (eds. Jean L. Cohen, Cécile Laborde), Columbia University Press, New York 2016, 113–156.
- Чавошки К., *Устав као средство агитације и пропаганде*, Институт за савремену историју, Службени гласник, Београд 2011.

- Чворовић З., „Слобода вероисповести у Кнежевини и Краљевини Србији”, у: *Слободе и права човека и грађанина у концепту новог законодавства Републике Србије* (ур. Станко Бејатовић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2004, 533–553.
- Џомић В., „Православно државно-црквено право у Кнежевини и Краљевини Србији од 1869. до 1901. године”, у: *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Београд–Будва 2019, 197–222.
- Шијаковић Б., „Држава и црква у Србији данас”, у: *Држава и црква у Европској унији* (ур. Герхард Роберс), Православни богословски факултет, Институт за теолошка истраживања, Београд 2012, 388–405.

Остали извори

- Закон о Српској Православној Цркви, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 269/1929.
- Закон о забрани изазивања националне, расне и верске мржње и раздора, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 36/45 и 54/46.
- Закон о правном положају верских заједница, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 22/53, *Службени лист СФРЈ*, бр. 10/1965.
- Закон о правном положају верских заједница, *Службени гласник СРС*, бр. 44/1977.
- Закон о црквама и верским заједницама, *Службени гласник РС*, бр. 36/06.
- Одлука Уставног суда о уставности Закона о црквама и верским заједницама, *ЛУз-455/2011*, *Службени гласник РС*, бр. 23/2013.
- Основни закон о правном положају верских заједница, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 22/1953, *Службени лист СФРЈ*, бр. 10/1965.
- Устав за Књажевство Србију, *Српске новине*, бр. 84/1869.
- Устав за Краљевину Србију, *Српске новине*, бр. 182/1888.
- Устав Краљевине Србије, *Српске новине*, бр. 76/1901.
- Устав за Краљевину Србију, *Српске новине*, бр. 127/1903.
- Устав Федеративне Народне Републике Југославије, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 10/1946.
- Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 14/1963.

- Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, *Службени лист СФРЈ*, бр. 9/1974.
- Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 1/1990.
- Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 88/08, 115/21 – Амандмани I–XXIX и 16/22.
- Хатишериф из 1830. године, у: Петров В., Симовић Д., Радојевић М. (ур.), *Српски устави, књига прва*, Службени гласник, Београд 2021, 83–87.
- Краљевина Југославија, Општа државна статистика, *Дефинитивни резултати пописа становништва од 31. јануара 1921. године*, Државна штампарија, Сарајево 1932.

RESTITUTION OF ECCLESIASTICAL PROPERTY IN HUNGARY, ROMANIA AND SERBIA – A COMPARATIVE SURVEY

Summary

The authors in this paper compare the rules of restitution of ecclesiastical property in Hungary, Romania and Serbia. They conclude that, although Hungary and Romania developed a Soviet-type dictatorship after the Second World War and former Yugoslavia (a legal predecessor of today's Serbia) a different, milder type of socialist establishment, they concurred in the harsh approach towards the ecclesiastical property. After the change of regime, all three countries strived to rectify this injustice done to churches and religious organizations, hence they all enacted statutes on the restitution of ecclesiastical property. Although they show differences in terms of specific means of restitution, for instance on the relation between restitution in kind and pecuniary compensation, this process ought to be considered successfully accomplished in Hungary and Serbia, and still ongoing in case of Romania.

Keywords: restitution of ecclesiastical property, restitution, restitution in kind, substitution in kind, monetary compensation.

1. Introduction

The nationalization of church property by Soviet-type dictatorships can be attributed to several reasons. First, the *ideological* reasons. Communism was founded on the belief in the abolition of private property and the redistribution of wealth. This ideology clashed with the accumulation of wealth and power by religious institutions, which were seen as part of the capitalist system. Nationalizing church property was perceived as a way to further the communist goal of economic equality. Second, *secularization*, because communist governments were secular in nature, prioritizing the state over religious institutions. By nationalizing church property, they sought to reduce the influence of religion in society and promote secularism. Third, nationalization was a tool for *resource redistribution*. Churches often held

* Full professor, Faculty of Law, University of Miskolc, emod.veress@uni-miskolc.hu

** Associate professor, Faculty of Law, University of Novi Sad, a.dudas@pf.uns.ac.rs

significant wealth, including land, buildings, and other assets. Nationalizing these assets allowed communist governments to redistribute resources to benefit the state. Fourth, the *control and suppression* should also be mentioned. Communist governments considered religious institutions as a potential source of opposition or dissent. By nationalizing church property, they could exert greater control over religious organizations and limit their influence on the population. Overall, the nationalization of church property by communist governments can be understood as a complex interplay of ideological, political, economic, and historical factors, and, in its methods and finality, an abusive takeover of property by the state. As such, after the collapse of Soviet-type dictatorships, the inverse of nationalization was raised: restitution of church property. The restitution was thus also aimed at least partially correcting the abuses of the dictatorships. We analyse the legal regimes of restitution of nationalized church property in Hungary and Romania, which at that time when the church property was nationalized belonged to the group of states that could be qualified as Soviet-type dictatorship. In addition, we analyse the rules of restitution of ecclesiastic property in Serbia, the legal predecessor of which, the “post second world war” Yugoslavia, quite early departed from the path of developing a Soviet-type communism, but by no means can a conclusion be reached that it treated the church property light-handedly. Finally, some comparative observations end the analysis.

2. Hungary

The restitution of ecclesiastical property – in Hungarian terminology “property settlement” (*ingatlanrendezés*) – was based on specific solutions. The legal framework was created by Act XXXII of 1991. The legislator proceeded from the premise that churches have performed and continue to perform not only religious, but also work creating, preserving and transmitting culture, and have implemented significant tasks in the fields of education, health, social and cultural services. The Soviet-style dictatorship, imposing materialistic and atheistic principles, confined the churches to a narrow role by means of power also by confiscating their property. After the change of regime, the role of the church was restored to its full extent, but its financial resources were limited. The restitution of property was necessary both to remedy serious violations of property rights and to provide the material conditions for the church to carry out its activities. The general assessment was that “the property settlement should be carried out in such a way as to minimize new infringements. The primary principle of the legal settlement is therefore to create the basic conditions for functionality, i.e. the ability to function as a church and to remedy to

a certain extent the damage caused to the churches. An important feature of the settlement is its gradual nature, which serves the interests of both the church and the owner, manager or user of the property, since most of these buildings were or are occupied by public institutions. Gradualism also provides an opportunity to spread the financial burden of the transfer over time.”¹ The aim was therefore not to restore the original ownership, but a more limited purpose was considered realistic.

The restitution enclosed built-up properties that were nationalized after 1 January 1948 without compensation. Restitution did not only cover property used for religious purposes (for religious worship, conference centres, church administration, housing for church employees, clerical education, monastic orders, etc.), but real estate that served educational, educational, health, social, child and youth protection or cultural purposes, including museums, formed also object of restitution. But the restitution was also subject to the condition that the repossessed property was to continue to be used for the above purposes. Also among the legal criteria, it should be noted that restitution was only possible for property that was owned by the State or by the local government at the time the law entered into force. The scope of the law therefore does not extend to former ecclesiastical property which had left the ownership of the State or the municipality before the law entered into force. The Constitutional Court examined the constitutionality of this provision. The issue raised was that the law does not provide for the possibility of monetary compensation in respect of former church properties that have been excluded from the scope of the law. According to the petitioner, this condition violates the right to property and the requirement of equal treatment, since it makes compensation conditional on a time limit and excludes resold properties from the scope of compensation. However, the Constitutional Court rejected the application on procedural grounds without examining the merits.²

The property of a foundation established for the benefit of the church was to be considered church property. There have been a number of lawsuits in this area, for example the Supreme Court has had to rule that the building of the Royal Catholic University Gymnasium in Budapest, which belonged to the former Hungarian Catholic Study Fund and in which a vocational school for construction was operating, is covered by the law and can therefore be legitimately claimed by the Church.³

¹ A. Ádám, „Az állami egyházjogról”, *Jura* 1–2/ 2000, 28.

² Decision of Constitutional Court of Hungary, 3372/2012. (XII. 15.)

³ T. Fedor, „Az egyházi ingatlanrendezés és a magyar iskolarendszer, *Új Pedagógiai Szemle* 11/1995, 41.

More than 8,000 applications were submitted by churches. There was a staggered submission of claims, with no time limit. However, security of ownership also justified the need to close the list of reclaimed properties as soon as possible. This is why the property settlement procedure was reformed.

In 1997, a Hungarian-Holy See agreement was reached on the financing of public service and religious activities (Vatican Agreement)⁴ and as a result, Act XXXII of 1991 was amended several times. The original deadline for the completion of the property settlement was 2001, which was extended to 2011, and the actual implementation of the Act was planned to be carried out in a steady annual schedule of transfer of property to the churches in proportion to their value between 1998 and 2011. Another significant innovation was the introduction of the property annuity. Claims for property covered by the legislation and not claimed by the church in kind, not transferred to it or not settled by monetary compensation or exchange could be converted into an annuity. The annuity, which is paid out on a regular annual basis, can be used freely by churches for religious and public purposes. The amount of the annuity is 5% of the annualized value of the property.

In 1997, a provision was introduced into the law to make it more difficult to provide restitution of school buildings, according to which property used for school purposes can be transferred to the churches only if the local government can continue to fulfil its obligation to provide school education and training as defined in the Public Education Act. This amendment was not necessary because the law had already provided in § 2 that restitution could only take place „to the extent and at the time necessary for the actual activity of the church”, „taking into account the material conditions indispensable for the performance of the state’s tasks and those of the local government”. This provision was therefore repealed in 2001. It is important to point out that the Constitutional Court had already laid down the conditions for the establishment of church schools in 1993. According to the Constitutional Court, the State must be neutral in matters of religion and other matters of conscience. From the right to religious freedom follows the obligation of the State to ensure the possibility of the free development of individual convictions. The separation of the church from the State does not mean that the particularities of religion and the church must be ignored by the State. The state school cannot be committed to any religion. But the state must provide the legal possibility

⁴ Hungarian-Holy See agreement ratified by Act LXX. of 1999.

for church schools to be established, even if the state itself is not obliged to establish such schools. Where the state provides church ownership of a state school building, it must effectively allow those who do not wish to attend a church school to attend a state school in a way that does not impose a disproportionate burden on them. The petitions raising the issue that the Act XXXII of 1991 on the Settlement of the Ownership of Former Church Property would violate the Constitution because it does not provide for the possibility of school choice – based on the right to freedom of conscience and religion – in the case of the transfer of the building of a primary school to church ownership were rejected by the Constitutional Court.⁵

In 1998, the state also reached agreements with other churches to close the property settlement procedures by 2011 (agreements between the Government and the Federation of Jewish Communities in Hungary on 1 October 1998,⁶ between the Government and the Evangelical Church in Hungary⁷ and between the Government and the Reformed Church in Hungary on 8 December 1998,⁸ between the Government and the Serbian Orthodox Church in Buda on 9 December 1998,⁹ and between the Government and the Baptist Church in Hungary on 10 December 1998).¹⁰

The final list of properties to be restored or settled was to be submitted to the government in 1999. And thereafter, the government was to implement the actual property settlement by adopting annual lists.

The alternative to restitution in kind was to provide the church with other suitable state or local government-owned real estate or undeveloped land suitable for building, or to provide the church with monetary compensation for the purchase of real estate or the construction of buildings. The monetary compensation was originally considered an exceptional measure, but experience has shown that in many cases it would have been disproportionately costly to relocate a major state or municipal institution, and that it was more justified from a budgetary and functional point of view to compensate the Church. On the other hand, churches have often been forced to take over buildings in a very dilapidated state from municipalities or public authorities in recent decades, in which case it would have been more appropriate to compensate the church financially.

⁵ Decision of Constitutional Court of Hungary 4/1993. (II. 12.)

⁶ Government Decision no 1058/1999. (V. 28.).

⁷ Government Decision no 1056/1999. (V. 26.).

⁸ Government Decision no 1057/1999. (V. 26.).

⁹ Government Decision no 1043/2001. (IV. 20.).

¹⁰ Government Decision no 1044/2001. (IV. 20.).

In 2005, the government decided to speed up the settlement procedures of church property.¹¹ Property cases to be settled by 2011 were to be discussed, properties were to be listed by 2006, and compensation payments were to be scheduled on a valorized basis. The Hungarian Catholic Church, the Federation of Jewish Communities in Hungary and the Serbian Orthodox Church of Buda joined the state in the acceleration process. The Reformed Church of Hungary and the Evangelical Church of Hungary have not joined. The cases of the churches joining the acceleration were discussed by the Conciliation Committee and the corresponding lists were accepted by the Government. The Jewish and Serbian lists included 5 properties, the Catholic list 430 properties. The non-joining churches requested the continuation of the annual mechanism.

The settlement procedure was to create a conciliation committee for each church, consisting of representatives of the government and the church. In the case of local government-owned property, a representative of the local government could also vote. The property could also be returned by direct agreement or, if this failed, the government would decide the matter. The church could reclaim the property in kind, giving it an appropriate function; it could claim compensation, but also use the financing along the lines of the functions it had bound; or it could claim an annuity in exchange for the property. Due to the conciliatory nature of the procedure, the number of lawsuits is also negligible (in twenty years, the judiciary has had to intervene in the procedure with only about 90 cases).

The church property settlement process was virtually completed in Hungary in 2011. The churches involved have given a very positive assessment of the procedures and its results. The Hungarian regulation followed functional principles and is considered an early example of restitution of church property in the region. The functional approach has contributed also to the emergence of a multitude of truly functional and competitive church institutions in Hungary.

¹¹ I. Platthy, „Hogyan tovább az állam és egyházak kapcsolatában?”, *Magyar Közigazgatás* 8/1998, 490.

Summary table on the property settlement for the largest churches:
number of units (1991-2011)

Church	Settled by government decision	Settled by annuity	Settled by direct agreement	Rejected (as not covered by the law)
Hungarian Catholic Church	1230	1154	571	1192
Reformed Church of Hungary	1064	343	389	1210
Evangelical Church of Hungary	309	76	99	90
Federation of Jewish Communities in Hungary	33	154	4	140
Serbian Orthodox Church of Buda	22	2	5	13
Romanian Orthodox Church of Hungary	9	-	-	9
Orthodox Church of Hungary	2	-	-	3

3. Romania

In case of Romania, the Soviet-type dictatorship also used nationalization to reduce the activity, presence and importance of churches to the minimal, in the name of the Marxist doctrine.¹² For example, ‘Educational

¹² For a general analysis on nationalization, see E. Veress, „Nationalization, Collectivization, Reprivatization and Privatization in East Central Europe: Arguments for a General Theory”, in: *Lectures on East Central European Legal History* (ed. Pál Sáy),

Reform' Decree no. 175/1948,¹³ in its first phrase declares that a uniform public education structure is to be created and organized exclusively by the State. According to this Decree, all schools operated by churches or private bodies became public schools. According to the Decree (Article 37), all persons resisting the implementation of these measures could be convicted to 5 to 10 years of forced labour and the confiscation of their property. Decree no. 176/1948 provides for the nationalization of all religious schools along with all their assets. Within the meaning of the first paragraph of this law, for the good organization and operation of state-owned public education, as well as for the democratization and expansion of education, all movable and immovable assets which belong to the churches or any kind of congregations, religious communities, private associations, or if they were held by private natural and legal entities or they served the nationalized educational institutions, are transferred into state property under the care of the Ministry of Education. Any property serving the operation of schools, boarding schools, student homes, or canteens fell under the scope of this law. According this regulation, all those bodies which organized and operated private schools were disbanded. Health and social services operated by churches were also nationalized.¹⁴

The General Law on Churches,¹⁵ among other things, imposed that in order to operate lawfully all religious denominations should forward their operational and organizational by-laws, which had to be adopted by the Grand National Assembly, being previously approved by the Ministry of Culture. Article 23 stipulated that the Ministry of Cults has the power to overrule any kind of decisions regarding administration of the church on cultural, educational, and charitable dispositions, provisions, or instructions if those endanger state security and public order. All the pastoral letters, circulars should be sent to the same Ministry for censorship. Article 30 stated the strict financial monitoring of congregations. The budget of the Church districts and dioceses required a previous ratification by the Ministry of Cults. Article 40 stipulated that all the churches may keep contacts with the same denominations abroad only with the approval of the Ministry of Cults and through the mediation of

Central European Academic Publishing, Miskolc-Egyetemváros, 241–269. For a general overview on the legal history of the period, see J. Z. Fazakas, Zs. Fegyveresi, E. Veress, „Transylvania as Part of Romania (1918/20–Present)” in: *Constitutional History of Transylvania* (ed. Emőd Veress), Springer, Cham 2023, 301–373.

¹³ Educational Reform' Decree no. 175/1948, *Official Gazette*, Part I, no. 177, from 3 August 1948.

¹⁴ E. Veress, „Post-Communist Restitution of the Nationalized Reformed and Roman Catholic Church Property in Romania“, *Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies* 1/2018, 112–114.

¹⁵ General Law on Churches, *Official Gazette*, Part I, no. 178, from 4 August 1948.

the Ministry of Foreign Affairs. Article 41 barred foreign church structures from exercising any kind of jurisdiction over the churches in Romania.

Historically, the operation of the schools and charitable institutions was made possible by the buildings possessed by the churches. The maintenance of these establishments was funded by the income of agricultural lands and forests also owned by churches. With the expropriation, the social and educational service of the Church was practically left without any material basis and ceased to exist.

The overthrow of the Soviet-type regime, based on the dominance of state property in all areas of social existence, a new chapter was opened in the history of the churches. Their complex activity was free to be developed again. The churches in their complex organization were owners of different sorts of properties: kindergartens, schools, orphanages, hospitals, retirement centres, and homes for the elderly. It is very important to state again that the churches performed a wide range of social services.

Facing the consequences of nationalisations is not easy, and solving the problems caused by nationalisations quickly and fairly is even more impossible. The process started with a limited restitution of agricultural land, later broadened and extended also to forests also to the churches.

The second step of church property restitution envisaged churches just indirectly, because, based on Emergency Ordinance no. 83/1999, this process had as object restitution of property that belonged to communities of national minorities in Romania. Emergency ordinances in the Romanian constitutional order are normative acts adopted by the Government, having the force of law, conditioned to an exceptional situation that justifies this intervention and to post facto parliamentary approval. The real estates, consisting of constructions and adjoining land or free urban land were contained in the Annex as an integral part of the Emergency Ordinance. The Ordinance empowered the Government to supplement the Annex if necessary, through new Government decisions. This Emergency Ordinance established its own scope as the restitution of real estate which belonged to the communities (organizations, religious groups) of national minorities in Romania, which were nationalized after 1940 by the Romanian State by means of coercion, confiscation, nationalization, or deceptive manoeuvres, to be returned to their rightful owners. A Special Restitution Committee was established with 3 members (a representative of the Ministry of Justice, a representative of the Department for the Protection of National Minorities, and a representative of the concerned minority organization (depending on the real estate)).

The third phase is given by a normative act of limited restitution, Emergency Ordinance no. 94/2000 regarding the restitution of property that

belonged to religious cults in Romania. This ordinance, in its initial form, limited the maximum amount of real estate that may be restored to each religious centre/diocesan centre to no more than ten. A new, seven-member committee was established, formed only by the representatives of state authorities, the representative of the Church having a guest status. One of the most important general restitution norms, Law no. 10/2001 on the legal regime of some buildings taken abusively between the 6th of March 1945 and the 22nd of December 1989 stated that the legal regime of properties that belonged to religious or national minority communities, nationalized by the state or other legal entities, will be covered by special norms. Until such a restitution can take place, regulations prohibited the alienation (i.e. sale, donation, etc.) of the real estate in question or any change of destination, in some cases this interdiction being already too late.

Only in the fourth phase a general regime of church property restitution was finally created, by Law no. 501/2002 approving Government Emergency Ordinance no. 94/2000 regarding the restitution of properties that belonged to religious cults in Romania. This Law approved but also modified the Ordinance, creating the general legal framework for church property restitution.¹⁶

The Restitution Committee took a new shape, working in the presence of 5 out of the 7 representatives of the state authorities. A new deadline of 6 months for submitting restitution request was opened, with the express statement that documents proving the required rights may be submitted within a reasonable time determined by the committee. (A further six-month deadline was granted by the provisions of Law no. 247/2005). Decisions of the Committee may be challenged before the administrative court within 30 days, calculated from the communication of the decision. The judgment of the administrative court is subject to appeals according to Law no. 554/2004. Practically, the Committee being a central authority of the state, the first instance jurisdiction belongs to the Court of Appeals, and the High Court of Cassation and Justice of Romania passes the final verdict. In cases when the restored property was previously destined for activities of public interest, e.g. in education or healthcare, financed or co-financed from the national or

¹⁶ For an analysis regarding the Romanian Orthodox Church, see A. Nicolae Petcu, „On the Patrimony of the Romanian Orthodox Church during the Communist Regime. Some Aspects”, *Acta Universitatis Sapientiae. Legal Studies* 1/2020, 167–178; on the Greek-Catholic Church, see V. Median, „The Ecclesiastical Patrimony of the Romanian Church United with Rome from the Perspective of the Events of 1948”, *Acta Universitatis Sapientiae. Legal Studies* 1/2020, 105–140; for the situation of Jews, see C. Moldoveanu, „The Legal Status of Jewish Properties after the Second World War”, *Acta Universitatis Sapientiae. Legal Studies* 1/2020, 141–150.

the local budget, the new owner is required to maintain this public interest purpose for up to 5 years from the date of issuance of the restitution decision. During this period, the new owner will be the beneficiary of rents in the amount established by Government decision. Law no. 165/2013 subsequently extended this term from 5 to 10 years. Acts of sale of property covered by the Ordinance are null and void if they have been concluded in violation of the imperative legal provisions in force at the time of alienation.

According to this Law, in the case of restitution of an immovable property item, also movable property items are restored if the movables were taken with the immovable and exist at the time of the request for restitution submitted by the concerned church. For proof of ownership rights, the applicant may submit written evidence, certified testimonies, experts' opinions as well as any document which, combined, attest the authenticity of possession at the date of the abusive nationalization. In the absence of opposing evidence, the existence and, where appropriate, the extent of ownership is presumed to be the one resulting from nationalization documents, and also the person/entity determined in the nationalization documents is considered as the owner of such property.

If the immovable property subject to the restitution legislation was legally alienated after 22 December 1989, churches can opt for compensation.

The fragmentation of the restitution process was caused by several factors. At first, there was no intention to restore church properties. In the next stage, only a limited restitution was tolerable for the State and for the governing political parties. Just the latest phase provides for a general restitution. External and internal factors played a crucial role in the evolution of the restitution process. External factors significantly determined the start and development of church property restitution. Nationalization was fast, simple, and effective: it was implemented overnight. On the contrary, property restitution is acrimonious and progressed slowly. Most notably, the (1) refusals to enforce final judicial verdicts establishing property rights of churches; (2) the refusal to implement or enforce the law or government decisions referring to the restitution of properties; (3) misinterpretation of facts and legal provisions, emergence of a contradictory jurisprudence; (4) acceptance of legality of unlawful sales contracts concluded by the state before the start of the restitution process affected the entire procedure and gave rise to thousands of lawsuits regarding church property restitution.¹⁷

The restitution process is still ongoing in Romania.

¹⁷ For case studies showing the difficulties of church property restitution in Romania, see E. Veress, „Remarks on Church Property Restitution in Romania, with Special Focus on the Case of the Székely Mikó College”, *Central European Journal of Comparative Law* 2/2021, 221–240.

Current status of the restitution procedures (May 2023)

	Total number of requests	Requests solved	Requests to be solved	Restitution in kind	Partial restitution in kind (with partial compensation or with partial rejection of the request)	Compensation	Rejection of the request	Requests withdrawn ¹⁸
Romanian Orthodox Church	3659	3235	424	254	124	189	2227	177
Roman Catholic Church	1252	988	264	316	50	91	289	121
Romanian Church United with Rome (Greek-Catholic)	6980	5625	1355	152	54	74	4288	236
Reformed Church in Romania	1191	969	222	379	104	57	229	80
Federation of Jewish Communities in Romania	1911	1584	327	57	63	349	540	418
Unitarian Church of Transylvania	87	78	9	40	6	7	24	-
Evangelical Church in Romania (Germans)	1120	872	248	284	44	55	334	89
Evangelical Church in Romania (Hungarians)	29	27	2	15	-	5	7	-

¹⁸ Does not include the requests redirected to other authorities (for example having as object agricultural land).

4. Serbia

The property of churches and religious communities has been in the former Yugoslav states nationalized mostly in the post-second world war era. There were some forms of nationalization conducted for the purpose of agrarian reform, which affected arable land in ecclesiastical property in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes (somewhat later known as the Kingdom of Yugoslavia),¹⁹ but the deprivation of such property of churches and religious communities in the most part falls decisively on the burden of the socialist Yugoslav state emerging in the wake of the Second World War.

Numerous statutes, regulations and other sources of law were adopted that aimed to nationalize property in private ownership in general. These affected ecclesiastical property mostly in three waves, that is three statutes of major importance should be emphasized. The first was the Act on Agricultural Reform and Colonization (*Zakon o agrarnoj reformi i kolonizaciji*) of 1945. It prescribed the nationalization of all land holdings of churches, monasteries, religious institutions, and all kinds of foundations, secular and ecclesiastical. It is estimated that 2827 agricultural holdings in the ecclesiastical property have been nationalized, comprising as much as 172.000 acres of arable land.²⁰ The second act of major impact was the Act on the nationalization of private companies (*Zakon o nacionalizaciji privatnih preduzeća*) of 1948. Since churches and religious organizations were owners of numerous business organizations, they were nationalized based on this law.²¹ Finally, the residential objects and building land in the ownership of churches and religious organizations were, except for some exceptions, nationalized based on the Act on the Nationalization of Rental Buildings and Building Land (*Zakon o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta*) of 1958.²²

In order to address the consequences of unjust deprivation of ecclesiastical property the state enacted in 2006 the Act on the Restoration (Restitution) of Property to Churches and Religious Organizations (*Zakon o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama*). It was preceded by the Act on Reporting and Recording of Nationalized Property

¹⁹ D. Ranđelović, „Vraćanje imovine crkvama i verskim zajednicama“, *Novopazarški zbornik* 35/2015, 156.

²⁰ *Ibid.*, 154.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

(*Zakon o prijavljivanju i evidentiranju oduzete imovine*) in 2005, the aim of which was to map the aggregate volume of the potential claims for restitution of property in the course of general restitution. However, the act governing the conditions, procedure and means of general restitution was adopted as late as 2011. This was the Act on Restitution of Nationalized Property and Pecuniary Compensation (*Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju*).

Some criticized the decision of the legislative to regulate the restitution of ecclesiastical property, in a form a special statute, before the general statute on restitution has even been enacted. On the one hand, it deviates from the logical principle that first a general regulatory framework is required into which the special one fits in. On the other hand, the special statute on the restitution of ecclesiastical property contains some solutions that fundamentally differs from the general regime of restitution. The most notable example is the possibility of natural substitution, which is lacking in the general legal regime of restitution.²³ This issue became so much topical that it reached the Constitutional Court as well, in a form of three initiatives for the declaration of the unconstitutionality of a general legal act. The petitioners claimed, inter alia, that the Act infringes the principle of equality of all legal subjects and the prohibition of discrimination, provided by the Serbian Constitution. The Constitutional Court rejected all three initiatives, with the reasoning the intention of the legislature to regulate specifically the issue of restitution of ecclesiastical property in fact are affirmative measures, that are according to the Constitution serve to achieve equal standing of especially vulnerable entities, such the churches and religious communities in the socialist state definitely were.²⁴ Later on, four petitions and two initiatives for constitutional review were also filed, aimed to challenge specific rules of the Act, but these were also rejected by the constitutional court as well in 2013.²⁵

The Act envisages restitution in kind and pecuniary compensation as the two methods of restitution, whereby it explicitly states that the former has priority. The position of restitution claimants is further strengthened by the rule prescribing that if the restitution in kind does not seem possible, another appropriate real estate shall be provided to the claimant – so-called natural substitution or substitution in kind (Art.

²³ S. Samardžić, „Naturalna restitucija u Srbiji: period gestacije”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2012, 449.

²⁴ See the decision of the Constitutional Court No. IUz-119/2008 of 20 April 2011.

²⁵ See the decision of the Constitutional Court No. IUz-455/2011 of 16 January 2013.

4). The entities entitled to restitution are churches and religious organizations, just as their legal successors (Art. 6.). These are defined in the Act on Churches and Religious Organizations (*Zakon o crkvama i verskim organizacijama*). In case a church or a religious organization does not exist anymore, their legal successors are also entitled to restitution. However, it has been established in the case law that a spiritual liaison between a former and a new church or religious organization sharing the same system of values does not suffice. A clear succession on legal terms is required.²⁶

The obligor of the claim for restitution, that is the entity liable to perform restitution in kind of real estate is the Republic of Serbia, business organization or any other legal person that is considered to be the owner of the object of restitution at the moment when the Act came into force (Art. 7. Sec. 1.). Safeguarding the legitimate interests of the business organizations and other legal persons, the Act prescribes if they acquired ownership based on an onerous juridical act, at market price at the time of acquisition, they remain to be the owner of the real estate, and the Republic of Serbia shall be considered liable to provide pecuniary compensation to the petitioner (Art. 7. Sec. 1.). If the price paid at the time of acquisition cannot be considered as a market price, the business organization or other legal person remain to be the obligor to provide restitution in kind (Art. 7. Sec. 3.). The Act provides special legal protection to bona fide natural persons who in the course of time acquired ownership of the object of restitution based either on onerous or gratuitous juridical acts. They are neither obliged to provide restitution in kind or to pay monetary compensation (Art. 8. Sec. 1.). Pecuniary compensation has secondary role: applicable only when neither the restitution in kind nor the substitution in kind is applicable. If the obligor is the Republic of Serbia, the compensation is to be provided in state bonds. If the obligor is a natural or legal person, the compensation is provided in cash payment (Art. 16. Sec. 1.).

The Act set a strict deadline for filing petitions for restitution: 30 September 2008 (Art. 25.). The petitions should had been filed to the Directorate for Restitution (*Direkcija za restituciju*). Later on, when the act on general restitution has been adopted, the newly formed Agency for restitution (*Agencija za restituciju*) took over the competence of the Directorate and became the sole body deciding on claims for restitution in administrative procedure.

²⁶ See the judgement of the Administrative court No. III-3-U 17098/2010 of 2 December 2011.

Current status of the restitution procedure (May 2023)²⁷

Total number of requests	3049
Serbian Orthodox Church	1602
Roman Catholic Church	467
Greek Catholic Church	42
Jewish Religious Community	520
Slovakian Evangelical Church	236
Evangelistic Christian Church	28
Romanian Orthodox Church	37
Armenian Catholic Church	1
Islamic Religious Community	56
Reformed Christian Church	25
Evangelical Methodist Church	9
Christian Baptist Church	1
Union of Baptist Churches	2
Christian Adventist Church	2
Christian Nazarene Community	1
Church of God	1
Natural persons and other legal persons	19

5. Comparative conclusions

From the point of view of the timeframe, Hungary started the restitution process early (in 1991) and practically the entire process was completed in 2011. In the case of Romania, the process started sporadically in 1999, and only from 2002 we can talk about a general restitution of church properties. The process is still ongoing. In Serbia, the restitution of church property was started in 2006, supplemented by the enactment of the act on general restitution in 2011.

²⁷ Agencija za restituciju, <https://www.restitucija.gov.rs/latinica/direkcija-za-restituciju.php>, 12. 9. 2023.

As for the scope of restitution, in both Hungary and Romania the procedure covered not only religious property, but also property used for social and cultural functions of the denominations. The Hungarian legislation was more restrictive: it required the continuity of the original function. In the case of Romania, the legislation protected the state use of the buildings for a limited period of time, but after a certain period of time the churches were free to decide on the faith of the real estate (use for direct church purposes, rent, sale, etc.). In Serbia, there is no requirement that the property serves the same function, but a clear legal continuity was required, regarding the identity of the restitution petitioner.

The Hungarian legislation did not provide for monetary compensation for real estate that was not publicly owned in 1991. Instead, the Romanian legislation also covered such cases. The Hungarian legislation provided for monetary compensation only in cases where the restitution in kind was theoretically possible, but the participants in the proceedings finally opted for compensation instead. In Serbia the restitution in kind, complemented with substitution in kind, also has priority over pecuniary compensation.

A complex issue was the fate of property owned or administered by organizational forms, with or without legal personality, related to churches or deserving ecclesiastical purposes, such as foundations. From this point of view, the Hungarian attitude was permissive, therefore the property of foundations for the benefit of the Church formed the object of restitution. In Romania, the legislation was not clear and the jurisprudence contradictory, but in many cases the refusal to restore such property by the Special Committee and/or the courts was perceived as a real tool to limit the overly generous effects of the restitution legislation and to protect state property from various churches. In Serbia, as in Hungary, restitution also covered the property of religious organizations.

The Hungarian procedure was based on dialogue and had a conciliatory nature; therefore the number of court cases is absolutely reduced. In contrast, the restitution of church property gave rise to a very high number of court cases in Romania. In Serbia, a significant number of decrees of Directorate for Restitution was also challenged by the petitioners.

A specific Hungarian solution was the introduction of an annuity instead of in kind restitution of some buildings.

The authors conclude that in all three countries the restitution of ecclesiastic property, even if it gives rise to complex legal problems, was considered as a legitimate goal. In case of Hungary and Serbia, it was mostly accomplished successfully; in case of Romania, debates exist, and the process is still ongoing.

Емод Вереш

Редовни професор Правног факултета Универзитета у Мишколцу

Атила Дудаш

Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

РЕСТИТУЦИЈА ЦРКВЕНЕ ИМОВИНЕ У МАЂАРСКОЈ, РУМУНИЈИ И СРБИЈИ – УПОРЕДНИ ПРЕГЛЕД

Сажетак

Аутори у овом раду упоређују правила реституције црквене имовине у Мађарској, Румунији и Србији. Они закључују да су се, иако су Мађарска и Румунија после Другог светског рата развиле диктатуру совјетског типа, а бивша Југославија (правни претходник данашње Србије) другачији, блажи тип социјалистичког поретка, ове државе усагласиле у оштром приступу према црквеној имовини. После промене режима, све три земље су настојале да исправе ову неправду учињену црквама и верским заједницама, па су све донеле законе о враћању црквене имовине. Иако се могу уочити одређене разлике у погледу специфичних средстава реституције, на пример у односу између реституције у природи и новчане накнаде, овај процес треба сматрати успешно обављеним у Мађарској и Србији, док у случају Румуније он још увек траје.

Кључне речи: реституција црквене имовине, реституција, повраћај у природи, замена у природи, новчана накнада.

REFERENCES

Monograph, articles

Ádám A., “Az állami egyházjogról”, *Jura* 1–2/2000 18–34.

Fazakas J. Z., Fegyveresi Zs., Veress E. “Transylvania as Part of Romania (1918/20-Present)”, in: *Constitutional History of Transylvania* (ed. Emőd Veress), Cham 2023, 301–373.

Fedor T., “Az egyházi ingatlanrendezés és a magyar iskolarendszer”, *Új Pedagógiai Szemle* 11/1995, 40–49.

Medan V., “The Ecclesiastical Patrimony of the Romanian Church United with Rome from the Perspective of the Events of 1948”, *Acta Universitatis Sapientiae. Legal Studies* 1/2020, 105–140.

- Moldoveanu C., “The Legal Status of Jewish Properties after the Second World War”, *Acta Universitatis Sapientiae. Legal Studies* 1/2020, 141–150.
- Petcu A. N., “On the Patrimony of the Romanian Orthodox Church during the Communist Regime. Some Aspects”, *Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies* 1/2020, 167–178.
- Platthy I., “Hogyan tovább az állam és egyházak kapcsolatában?”, *Magyar Közigazgatás* 8/1998, 488–490.
- Randelović D., „Vraćanje imovine crkvama i verskim zajednicama”, *Novopazarski zbornik* 35/2015, 153–170.
- Samardžić S., „Naturalna restitucija u Srbiji: period gestacije”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2012, 443–468.
- Veress E., “Nationalization, Collectivization, Reprivatization and Privatization in East Central Europe: Arguments for a General Theory”, in: *Lectures on East Central European Legal History* (ed. Pál Sárý), Miskolc-Egyetemváros 2022, 241–269.
- Veress E., “Post-Communist Restitution of the Nationalized Reformed and Roman Catholic Church Property in Romania”, *Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies* 1/2018, 109–121.
- Veress E., “Remarks on Church Property Restitution in Romania, with Special Focus on the Case of the Székely Mikó College”, *Central European Journal of Comparative Law* 2/2021, 221–240.

Other sources

- Agencija za restituciju, <https://www.restitucija.gov.rs/latinica/direkcija-za-restituciju.php>, 12.9.2023.
- Decision of the Constitutional Court of Serbia, no. IUz-119/2008 of 20 April 2011.
- Decision of the Constitutional Court of Serbia, no. IUz-455/2011 of 16 January 2013.
- Judgement of the Administrative court of Serbia no. III-3-U 17098/2010 of 2 December 2011.
- General Law on Churches, *Official Gazette*, Part I, no. 178, from 4 August 1948.
- Decision of Constitutional Court of Hungary, 3372/2012. (XII. 15.)
- Hungarian-Holy See agreement ratified by Act LXX. of 1999.
- Decision of Constitutional Court of Hungary 4/1993. (II. 12.)
- Government Decision no 1058/1999. (V. 28.).

Government Decision no 1056/1999. (V. 26.).

Government Decision no 1057/1999. (V. 26.).

Government Decision no 1043/2001. (IV. 20.).

Government Decision no 1044/2001. (IV. 20.).

Educational Reform' Decree no. 175/1948, *Official Gazette*, Part I, no. 177,
from 3 August 1948.

III
ИСТОРИЈСКЕ
ОСНОВЕ

LA LEGISLAZIONE RELIGIOSA DI TEODOSIO I - TRA UNITÀ E PLURALISMO

Riassunto

La legislazione di Teodosio I, tramandata a noi nel Codice Teodosiano, rappresenta una politica non repressiva nei confronti degli eretici, degli ebrei e, per la prima fase del suo impero, anche nei confronti del paganesimo, inducendo a riflettere sull'opportunità di una designazione di comodo di questo imperatore come paladino del cristianesimo e nemico per eccellenza del paganesimo. Piuttosto, le costituzioni imperiali sembrano attestare un ventaglio di soluzioni adottate per far fronte alle difficoltà della sua epoca, dilaniata da grandi cambiamenti e gravi incertezze nella pluralità delle fedi e delle identità, nella direzione di una convivenza pragmatica.

Parole chiave: Cristianesimo, ebraismo, religione tradizionale, eresia, pluralismo, unità, pragmatismo.

1. Premessa

Flavio Teodosio Augusto, imperatore romano come Teodosio I dal 375 al 395, è una figura chiave della storia del Cristianesimo.¹ Nella sua

* Professore ordinario all'Università degli Studi di Milano e all'Universität Bern, iole.fargnoli@unimi.it

¹ Il contributo costituisce una traduzione in lingua italiana, rivista e aggiornata I.Fargnoli, "Many Faiths, one Emperor. Remarks about the Religious Legislation of Theodosius the Great", *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 52/2005, 147. Sul tema dell'interazione tra diritto e religione nel Tardoantico, rinvio anche a I. Fargnoli, "Sulla 'caduta senza rumore' delle Olimpiadi classiche", *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 50/2003, 119–154; I. Fargnoli, "La duplice conservazione di un testo normativo in tema di eresia: 'summus error' o scelta consapevole dei compilatori", in: *Droit, Religion et Société dans le Code Théodosien* (eds. Jean-Jacques Aubert, Philippe Blanchard), Université de Neuchâtel, Genève 2009, 67–86; I.Fargnoli, "Tra religione tradizionale e impulsi cristiani: il percorso normativo di un giovane imperatore", in: *Atti Accademia Romanistica Costantiniana. XVIII convegno internazionale in onore di Remo Martini. Persona e persone nella società e nel diritto della Tarda Antichità (Spello, 18-20 giugno 2007)*, Roma 2012, 87–112; I. Fargnoli, "Politica religiosa di Teodosio il Grande e abolizione delle Olimpiadi: tra Cedreno e il Codex Theodosianus", *Index* 39/2011, 1–8; I.Fargnoli, "Olim pro religione catholicae sanctitatis. Sulla datazione di una legge di Graziano", in: *Studi in onore di Remo Martini*, Giuffrè, Milano 2008, 1017–1039; I.Fargnoli,

orazione funebre il vescovo Ambrogio lo appellò *'princeps cristianus'*,² venti anni dopo Agostino lo qualificò l'imperatore cristiano ideale.³ Per il ruolo da lui avuto nel processo di affermazione di tale fede nell'Impero Romano, il Concilio di Calcedonia, convocato dall'imperatore Marciano nel 451, affiancò al suo nominativo Teodosio il titolo di 'Il Grande', con cui da allora è ricordato nella storia.⁴

Se infatti la diffusione del cristianesimo da fenomeno settario a religione di massa ha la sua prima cruciale tappa nell'Editto di Milano del 313, con cui Costantino riconobbe il diritto di tolleranza a tale religione alla stregua delle altre religioni riconosciute, fu Teodosio a promulgare uno dei documenti più significativi della storia religiosa europea. È con l'Editto di Tessalonica, datato il 27 febbraio 380, che il Cristianesimo divenne religione dell'Impero che da quel momento poté fregiarsi dell'appellativo di cristiano. Tale Editto cristallizzava l'ortodossia nicena (riconosciuta dal concilio di Nicea del 325, il concilio ecumenico, cui parteciparono vescovi d'Occidente e d'Oriente, che sancì la condanna di Ario e dei suoi seguaci e quindi la dottrina della natura divina di Cristo), imponendo direttamente per legge quell'unità dei cristiani perseguita invano da Costantino e arrivando a rappresentare uno dei pilastri della storica alleanza siglata tra Impero e Chiesa: *secundum apostolicam disciplinam evangelicamque doctrinam patris et filii et spiritus sancti unam deitatem sub parili maiestate et sub pia trinitate credamus*.⁵

“Vietato indossare il velo. A proposito dell'editto religioso dell'imperatore Decio”, *Scritti per Alessandro Corbino* (ed. Isabella Piro), Lecce 2016, 523–540.

² Ambrosius, *De obitu Theodosii*, 51: *Prona enim potestas in vitium ferebatur et more pecudum vaga sese libidine polluebant, ignorabant deum. Restrinxit eos crux domini et revocavit a lapsu impietatis, levavit oculos eorum, ut Christum in coelum quaererent. Exuerunt se camo perfidiae, susceperunt frena devotionis et fidei, secuti dicentem: 'tolite iugum meum super vos; iugum enim meum suave est et onus meum leve est'. (...) Inde reliqui principes Christiani – praeter unum Iulianum, qui salutis suae reliquit auctorem, dum philosophiae se dedit errori – inde Gratianus et Theodosius.*

³ Augustinus, *De Civitate Dei contra paganos*, 5.26: *Inter haec omnia ex ipso initio imperii sui non quievit iustissimis et misericordissimis legibus adversus impios laboranti ecclesiae subveniri, quam Valens haereticus favens Arrianis vehementer adflixerat; cuius ecclesiae se membrum esse magis quam in terris regnare gaudebat. Simulacra gentium ubique evertenda praecepit, satis intelligens nec terrena munera in daemoniorum, sed in Dei veri esse posita potestate.*

⁴ Concilium Chalcedonense, ACO II, 3, 2, 97.

⁵ C.Th.16.1.2: IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. EDICTUM AD POPULUM URBIS CONSTANTINOPOLITANAE. *Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit temperamentum, in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum apostolum tradidisse Romanis religio usque ad nunc ab ipso insinuata declarat quamque pontificem Damasum sequi claret et Petrum Alexandriae episcopum virum apostolicae sanctitatis, hoc est, ut secundum apostolicam disciplinam evangeli-*

Se Teodosio è ricordato dalla storia proprio per l'Editto di Tessalonica, per avere dato cioè crisma di ufficialità alla religione cristiana, non bisogna trascurare che tale provvedimento appartiene all'esordio del suo regno ventennale, durato appunto dal 379 al 395. Proprio negli anni successivi alla promulgazione di uno dei più importanti provvedimenti della storia del cristianesimo di tutti i tempi, l'imperatore si trovò ad affrontare smisurati ostacoli non solo di eterodossia religiosa, ma anche di convivenza del cristianesimo con le fedi religiose radicate nella società.

Il momento storico era particolarmente delicato: dopo il riconoscimento ufficiale della religione cattolica, si prospettavano problemi di enormi dimensioni non solo di reazione al paganesimo, ancora profondamente radicato nelle classi più alte della società, ma anche al giudaismo, di fronte soprattutto ad episodi di fanatismo religioso, ai frequenti attacchi da parte di monaci e di folle eccitate sia contro templi sia contro sinagoghe. In effetti è noto che l'effettiva irrogazione delle sanzioni previste in astratto dalla legislazione contro l'eterodossia religiosa dipendeva spesso, oltre che dal contingente atteggiamento del potere politico-religioso, anche dallo stesso magistrato preposto alla loro attuazione, per cui si verificava talvolta che l'applicazione delle pene irrogate fosse poco coerente, perché subordinata per vari versi a flessibili considerazioni di opportunità politica. Invero, a prescindere dai problemi di applicazione delle norme, la politica religiosa di Teodosio ha da sempre riscosso molto interesse tra gli storici, ma ha anche condotto spesso ad antitetiche interpretazioni. Se non manca chi abbia apprezzato il suo atteggiamento di apertura nei confronti delle altre fedi,⁶ gran parte della

camque doctrinam patris et filii et spiritus sancti unam deitatem sub parili maiestate et sub pia trinitate credamus. I. Hanc legem sequentes Christianorum catholicorum nomen iubemus amplecti, reliquos vero dementes vesanosque iudicantes haeretici dogmatis infamiam sustinere nec conciliabula eorum ecclesiarum nomen accipere, divina primum vindicta, post etiam motus nostri, quem ex caelesti arbitrio sumpserimus, ultione plectendos. DAT. III KAL. MAR. THESSALONICAE GRATIANO A. V ET THEODOSIO A. I CONSS. (27 Febr. 380)

⁶ O. Seeck, *Geschichte des Untergangs der antiken Welt*, Stuttgart 1920, 138. Afferma a proposito dell'Editto di Tessalonica: "Dies klang sehr hart, war aber im Grunde nicht mehr als ein Glaubensbekenntnis des Kaisers. Er hing den Andersgläubigen Schimpfnamen an, bedrohte sie aber zunächst mit der Strafe des Himmels; dass auch er selbst sie strafen werde, war nur als eine künftige Möglichkeit angedeutet"; analogamente A. Lippold, s.v. *Theodosius I (10)*, PW Suppl. XIII, 1973, col. 958: "scheint aber stets auf freiwillige Bekehrung zum wahren Glauben gehofft zu haben" e A. Lippold, *Theodosius der Große und seine Zeit*, München 1980, 138. "In der Regel verzichtete er doch auf brutale Durchführung seiner Anordnungen", A. Di Mauro Todini, *Aspetti della legislazione religiosa del IV secolo*, Roma 1990, in particolare 135. "Teodosio manifesta sin dall'inizio

letteratura lo vede quale paladino del Cristianesimo e strenuo persecutore del paganesimo.⁷

del suo regno l'intento di promuovere l'unità dell'impero", ma il suo Editto (137) "appare del tutto privo – al momento dell'emanazione – di quel valore epocale, che, invece, gli ha attribuito la legislazione successiva". Anche J. Ernesti, *Princeps christianus und Kaiser aller Römer. Theodosius der Große im Lichte zeitgenössischer Quellen*, Paderborn–München–Wien–Zürich 1998, 475 che afferma: „Nimmt man noch die weitgehend positive Beurteilung durch seine heidnischen Zeitgenossen hinzu, so gelangt man zu dem Schluß, dass Theodosius versucht hat, *Kaiser aller Römer* zu sein, Heiden wie Christen, und dass sein christliches Bekenntnis in dieser Hinsicht kein Hindernis gewesen zu sein scheint“ e infine H. Leppin, *Theodosius der Große auf dem Weg zum Christlichen Imperium*, Darmstadt 2003, in particolare 239. “Man sollte daher die Bedeutung der Förderung des Christentums durch Theodosius für den Prozess der Christianisierung des Reiches nicht zu hoch veranschlagen. Ein klares Konzept ist bei ihm nicht zu erkennen. Auch bei der Unterstützung der Nizäner und der Bekämpfung der Heiden hat er sich offenbar in einem hohen Maße von tagespolitischen Interessen leiten lassen”.

⁷ Nell'ambito dell'ampia letteratura su Teodosio (per un quadro bibliografico J. Ernesti, 479 ss. e H. Leppin, *Theodosius der Große*, 265 ss.) si vedano: E. Gibbon, *The Decline and Fall of the Roman Empire* IV, London 1782, tr. it., da cui si cita, P. Angarano, *Decadenza e caduta dell'impero romano*, Roma 1968, 186. “Se Costantino ebbe il coraggio di inalberare il vessillo della croce, l'emulazione del suo successore ebbe il merito di soffocare l'eresia ariana e di abolire il culto degli idoli nel mondo romano”; B. Biondi, *Il diritto romano cristiano. I. Orientamento religioso nella legislazione*, Giuffrè, Milano 1952, 326. “L'opera legislativa di Teodosio a difesa della fede cattolica fu così importante e profonda che la Chiesa giustamente lo ha chiamato ‘Teodosio Magno’ e con tale qualifica tradizionalmente è passato alla storiografia”; H. Lietzman, *Geschichte der Alten Kirche*, Berlin 1953, transl. B.L. Woolf, *History of the Early Church*, London 1961, 35 ss., da cui si cita, lo qualifica come uno dei padri della Chiesa; W. Enßlin, *Die Religionspolitik des Kaisers Theodosius des Grossen*, München 1953, 88. “Gerade darin aber war Theodosius, wie wir zu zeigen versucht haben, wie kein Kaiser vor und nach ihm in der christlichen Spätantike oder, wenn wir lieber wollen, in der frühbyzantinischen Zeit getragen von einem hohen Verantwortungsgefühl der typische Repräsentant des autokratischen Kaiserthums”; E. Stein, J.R. Palanque, *Histoire du Bas Empire (284–476)*, Paris 1959, 192. “Il a également réussi en grande partie là où tous les empereurs chrétiens avaient précédemment échoué, en rendant à l'Église une paix à peu près digne de ce nom”; N. Q. King, *The Emperor Theodosius and the establishment of Christianity*, S.C.M. Press, London 1961, 93. “Under Theodosius a tremendous mass movement into Christianity took place” and “few men since Theodosius have been able to exert so decisive an influence over the Church Universal”; G. Barone Adesi, *Eresie ‘sociali’ ed inquisizione teodosiana*, Aracne, Perugia 1986, 163 evidenzia il proposito di Teodosio di “unire spiritualmente tutto l'Impero nella confessione della ortodossia *nicaena*”, si vedano anche G. Barone Adesi, *Primi tentativi di Teodosio il Grande per l'unità religiosa dell'impero*, Aracne, Perugia 1979, 49. G. Nocera, *Cuius regio eius religio*, Aracne, Perugia 1986, 305 parla di: “severa repressione di tutti quei movimenti religiosi, che si profilavano intorno al cristianesimo, alimentando un giuoco di correnti, pericolo per l'unità religiosa e, di riflesso, per l'unità politica dell'impero” e “legame inscindibile tra l'umano e il divino di ogni grande comunità politica, quasi a riaffermare che non v'è organizzazione di potere, senza spiritualità

Per prendere posizione sulla legislazione di Teodosio nei confronti delle altre confessioni religiose, mi propongo, nei limiti dei tempi che mi sono stati accordati, di soffermarmi sul dettato delle costituzioni da lui promulgate, pervenuteci nella codificazione teodosiana. Nel Codice, promulgato nel 438 dal nipote di Teodosio I, Teodosio II, quale prima raccolta ufficiale di costituzioni imperiali, l'ultimo libro, il XVI, è interamente dedicato alla materia religiosa e contiene tra l'altro tre titoli *De haereticis*, *De iudeaeis* e *De paganis* che ben delineano le linee portanti della legislazione di Teodosio il Grande: la legislazione nei confronti delle eresie, del giudaismo e infine del paganesimo.

2. La legislazione in rapporto alle eresie

Prendendosi le mosse dalla legislazione teodosiana in materia di eresie, la politica di Teodosio fu in generale orientata ad una radicale persecuzione delle stesse. Quale tenace difensore dell'ortodossia del credo di Nicea, le riteneva estremamente pericolose. Le leggi promulgate in materia di eresia da Teodosio sono innumerevoli, anzi in questo ambito Teodosio sembra avere legiferato molto più che in altre e sicuramente più che nei confronti di giudei e pagani. Egli si preoccupò di definire chi sia da considerare difensore della fede nicena e vero seguace della religione cattolica in C.Th.16.5.6.⁸ I pagani non avevano diritto di costruire luoghi di culto, quelli

di fondamento: *cuius regio eius religio*"; S. Williams, G. Friell, *Theodosius. The Empire at Bay*, London 1998, tr. it., da cui si cita, S. Simonetta, *Teodosio. L'ultima sfida*, Genova 1994, in particolare 205. "Se la maggior parte delle decisioni prese da Teodosio in qualunque ambito consistevano per forze di cose nel tentativo di trovare difficili equilibri, a ispirare il suo operato non fu certo la moderazione" and "Teodosio si era già avvalso di forme di coercizione legale per sopprimere l'eresia (...). Non esisteva quindi alcun motivo razionale che gli impedisse di adottare i medesimi provvedimenti contro il paganesimo, reo anch'esso di offendere Dio".

⁸ C.Th.16.5.6: IDEM <GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS> AAA. EUTROPIO PRAEFECTO PRAETORIO. *Nullus haereticis mysteriorum locus, nulla ad exercendam animi obstinatoris dementia pateat occasio. Sciant omnes etiam si quid speciali quolibet rescripto per fraudem elicitum ab huiusmodi hominum genere impetratum est, non valere. 1. Arceantur cunctorum haereticorum ab illicitis congregationibus turbae. Unius et summi dei nomen ubique celebretur; Nicaenae fidei dudum a maioribus traditae et divinae religionis testimonio atque adsertione firmatae observantia semper mansura teneatur; Fotinianae labis contaminatio, Arriani sacrilegii venenum, Eunomianae perfidiae crimen et nefanda monstruosis nominibus auctorum prodigia sectarum ab ipso etiam aboleantur auditu. 2. Is autem Nicaenae adsertor fidei, catholicae religionis versus cultor accipiendus est, qui omnipotentem deum et Christum filium dei uno nomine confitetur, deum de deo, lumen ex lumine: qui spiritum sanctum, quem ex summo rerum parente speramus et accipimus, negando non violat: apud quem intemeratae fidei sensu viget incorruptae trinitatis indivisa substantia, quae Graeci*

già esistenti sono confiscati a vantaggio della mano pubblica o concesse ai cattolici; non possono utilizzarsi neanche case private per le assemblee o le riunioni di culto. L'imperatore tendeva anche a privarli di ogni diritto civile, impedendo loro per esempio di designare eredi per testamento e di ricevere in assenza di disposizioni testamentarie.⁹ Le sanzioni previste tuttavia non erano mai la pena di morte, ma piuttosto pene pecuniarie o volte ad emarginare l'eretico mettendolo in condizioni di non nuocere. Per esempio Teodosio stabilì che l'eretico doveva essere condannato all'esilio in luoghi al di fuori delle mura della città.¹⁰ Le pene sembrano quindi più spesso volte al ravvedimento degli eretici che alla loro punizione, quasi come strumento di intimidimento piuttosto che di costrizione all'ortodossia.¹¹ Da questo dato sembra possibile affermare che Teodosio si avvale del potere imperiale per ricondurre nella Chiesa quanti se ne erano allontanati e, nel caso in cui ciò fosse risultato impossibile, separarli definitivamente dalla comunità dei fedeli.

È noto infatti che, alle origini della cristianità, fosse diffusa la convinzione di dovere con la forza difendere la verità dagli errori dottrinali, al punto che la difesa di una falsa credenza religiosa veniva sostanzialmente identificata con una contaminazione demoniaca, alle cui origini si supponeva che vi fosse un'intenzione malvagia. Regnava invero la pericolosa convinzione che la fede, in quanto distinta dal rispetto del rituale, fosse una forma di comportamento volontario sul quale si poteva intervenire con la forza. Le principali controversie dottrinali riguardavano la natura di Cristo e coinvolgevano donatisti, cipriani, ariani, sabelliani, macedoniani e innumerevoli altri gruppi che erano in grado di spingersi ben oltre gli anatemi, provocando violenze e coinvolgendo folle di fanatici. Oltre nei confronti di eresie minori come per esempio gli eunomiani,¹² Teodosio operò una persecuzione soprattutto nei confronti del clero di fede ariana. Nel 381 Teodosio

adsertione verbi oŪs...a recte credentibus dicitur. Haec profecto nobis magis probata, haec veneranda sunt. 3. Qui vero isdem non inserviunt, desinant adfectatis dolis alienum verae religionis nomen adsumere et suis apertis criminibus denotentur. Ab omnium submoti ecclesiarum limine penitus arceantur, cum omnes haereticos illicitas agere intra oppida congregationes vetemus ac, si quid eruptio factiosa temptaverit, ab ipsis etiam urbium moenibus exterminato furore propelli iubeamus, ut cunctis orthodoxis episcopis, qui Nicaenam fidem tenent, catholicae ecclesiae toto orbe reddantur. DAT. IIII ID. IAN. CONSTANTINOPOLI EUCHERIO ET SYAGRIO CONSS. (10 Ian. 381)

⁹ C.Th.16.5.7 e 16.5.9.

¹⁰ C.Th.16.8.6.

¹¹ L. De Giovanni, *Il libro XVI del Codice Teodosiano. Alle origini della codificazione in tema di rapporti Chiesa-Stato*, M. D'Auria, Napoli, 1985, 78.

¹² C.Th.16.5.17. Essi rappresentavano una forma di arianesimo estremista, il cui interesse si concentrava sulle fondamentali differenze tra Padre e Figlio.

ordinò l'espulsione degli ecclesiastici ariani dalle loro chiese ed indicò il nome dei vescovi cattolici legittimi titolari delle singole diocesi, ai quali il clero inferiore doveva obbedire nello svolgimento dei propri compiti pastorali. Vi furono anche dimostrazioni popolari a favore del credo ariano e a Costantinopoli fu necessario l'intervento dei soldati per insediare nelle rispettive chiese i nuovi sacerdoti niceni, anche se alcuni ecclesiastici ariani erano rimasti al loro posto essendosi convertiti. Quando fu insediato con un imponente cerimonia Gregorio di Nazianzo come vescovo di Costantinopoli, fu necessario schierare accanto al nuovo vescovo un nutrito corpo di guardia che lo proteggesse dalla folla insultante, tanto che lo stesso Gregorio notò con tristezza che il suo ingresso ricordava quello di un conquistatore in una città sconfitta. Ultimo focolaio di resistenza ariana ebbe come teatro Milano, dove l'energica madre di Valentiniano II, Giustina, era di fede ariana e proseguiva la sua lotta contro Ambrogio e il suo seguito cattolico.¹³ Giustina riuscì ad ottenere che il figlio promulgasse, nel gennaio del 386, una legge che garantisse libertà di associazione e culto alle congregazioni ariane. Lo scontro decisivo con Ambrogio e la fazione cattolica si ebbe nel momento in cui Giustina domandò che una delle chiese milanesi, la Basilica Porziana (oggi la basilica di San Lorenzo a Milano), fosse destinata al culto ariano. Incuranti di quanto stabilito dalla legge, Ambrogio e i suoi si barricarono per quattro settimane all'interno della basilica. Giustina, pur di evitare di utilizzare la guarnigione contro il popolo in una città a prevalenza cattolica, si vide costretta a cedere. Da quel momento l'arianesimo, spossessato dei suoi luoghi di culto, andò incontro a una riduzione sempre maggiore.

3. La legislazione in rapporto al giudaismo

Se è riconoscibile un atteggiamento di Teodosio nel complesso volto più a convincere gli eretici a fare ritorno all'ortodossia che a punirli in concreto per la loro devianza, anche nei confronti del giudaismo non è attestata intransigenza dell'imperatore. Da sempre il culto giudaico si presentava ai Romani con caratteri che lo diversificavano da ogni altro perché era l'insieme di tradizioni e costumi religiosi che provenivano dalla nazione ebraica e con essa si confondevano. Nazione e culto in tale caso si identificavano. I Romani, sempre tolleranti nei confronti dei popoli da loro sottomessi, lo erano anche nei confronti dei giudei, di cui rispettavano la religione malgrado le specifiche caratteristiche che essa aveva. Il Dio degli ebrei impediva ai fedeli di compiere atti in contrasto col suo culto ed era

¹³ Ambrogio, *Epistula* 20.

geloso esclusivo intollerante. Tuttavia dal suo seno era nato il cristianesimo, anche se poi era stato il primo ad opporsi alla predicazione del Vangelo.

Della legislazione di Teodosio in materia il Codice Teodosiano tramanda solo due costituzioni, che si rivelano però particolarmente significative. Se la fede dei giudei viene chiamata in termini spregiativi *superstitio* (C.Th.16.8.8), è fondamentale l'enunciazione che si trova in C.Th.16.8.9 che afferma come la setta dei giudei non fosse proibita da nessuna legge: *Iudeorum sectam nulla lege prohibitum satis constat*. C.Th.16.8.9 ingiunge inoltre di reprimere con la dovuta severità gli atti illegali di coloro che, in nome della religione cristiana, tentavano di distruggere e spogliare le sinagoghe.¹⁴ Episodi del genere non dovevano essere rari in Oriente e celeberrimo è l'episodio dello spoglio della sinagoga di Callinico, fortezza di confine sull'Eufrate in Siria, attestata dalle *Epistulae* di Ambrogio (la XL e la XLI) e dalla biografia di Ambrogio scritta da Paolino.¹⁵ Sul finire del 388 nel *castrum* di *Callinicum*, località sulla riva sinistra dell'Eufrate, oggi Ar-Raqqah, in Siria, alcuni monaci, su istigazione del vescovo, incendiarono e saccheggiarono una sinagoga e, forse presupponendo una solidarietà tra eretici ed ebrei locali, bruciarono anche una cappella di Valentiniani, ritenuti eretici. A questo atto di intolleranza religiosa nei confronti di ebrei ed eretici Teodosio, mentre non prese alcuna decisione nei confronti dei Valentiniani, reagì punendo i colpevoli della profanazione della sinagoga e recuperando gli oggetti sottratti. Impose inoltre al vescovo le spese per ricostruzione della

¹⁴ Si tratta di C.Th.16.8.9 del 29 Sept. 393, tramandataci nel titolo VIII *De iudaeis, caelicolis et samaritanis*: IDEM THEODOSIUS, ARCADIUS ET HONORIUS AAA. ADDEO COMITI ET MAGISTRO UTRIUSQUE MILITIAE PER ORIENTEM. *Iudeorum sectam nulla lege prohibitam satis constat. Unde graviter commovemur interdictos quibusdam locis eorum fuisse conventus. Sublimis igitur magnitudo tua hac iussione suscepta nimietatem eorum, qui sub Christianae religionis nomine illicita quaeque praesumunt et destruere synagogas adque expoliare conantur, congrua severitate cohibebit*. DAT. III KAL. OCTOB. CONSTANTINOPOLI THEODOSIO A. III ET ABUNDANTIO CONSS. Con la legge, indirizzata da Costantinopoli ad Addeo, *comes et magister militiae per Orientem*, Teodosio reprimeva i comportamenti di coloro che, sotto l'egida della religione cristiana, tentavano di distruggere e spogliare le sinagoghe.

¹⁵ Paulinus Mediolanensis, *Vita sancti Ambrosii a Paulino eius notario ad Beatum Augustinum conscripta*, XXII.1.3. Per una trattazione specifica dell'avvenimento si vedano, per esempio, L. Ruggini, "Ebrei e orientali nell'Italia settentrionale fra il IV e il VI secolo" *Studia, et Documenta Historiae et Iuris* 25/1959, 198.; M. Sargenti, R. B. Bruno Siola (eds.), *Normativa imperiale e diritto romano negli scritti di S. Ambrogio*, Giuffrè, Milano 1991, 94.; J. Ernesti, 162. e M. Cutino, "Strategie argomentative nell'omelia di Ambrogio di Milano sull'affare Callinico fra polemica antiggiudaica e teologia politica", in: *Forme della polemica nell'omiletica latina di IV-VI secolo. Convegno internazionale di studi. Foggia 11-13 settembre 2013* (eds. Marcello Marin, Francesca Maria Catarinella) Edipuglia, Bari 2014, 53.

sinagoga distrutta. Ambrogio, venuto a conoscenza della sanzione, inviò all'imperatore la nota lettera (l'epistola XL)¹⁶ in cui sosteneva l'impossibilità per il vescovo di obbedire all'ordine e invitava il sovrano alla clemenza con varie argomentazioni e minacce abilmente velate: la rinascita di un *templum impietatis* assumeva un significato ancora più grave per il fatto che veniva ricostruito per mano dei cristiani. Teodosio in un primo momento tentò di mantenere fermo il suo atteggiamento, esonerando il vescovo dalla ricostruzione del luogo di culto giudaico, ma ribadendo allo stesso tempo che l'illecito andasse in ogni caso punito. Tuttavia alla fine l'imperatore acconsentì a non procedere in alcun modo contro i cristiani.¹⁷ È però verosimile che, in conseguenza di tale episodio o comunque di episodi simili, Teodosio abbia legiferato con il provvedimento in questione per impedire che fossero poste in essere ulteriori profanazioni dei luoghi di culto ebraici.¹⁸

La seconda costituzione, C.Th.16.8.8 del 17 Apr. 392,¹⁹ precedente sul piano cronologico a quella appena descritta, ma un po' meno significativa, conferisce ai capi delle comunità dei giudei il diritto di pronunciare sentenze concernenti la loro religione. Il provvedimento prendeva spunto da una vicenda che si era verificata nella pratica per cui alcuni giudei erano stati prima espulsi dalla setta e in seguito riammessi su decisione dei giudici. I primati della setta, ovvero i capi che in ciascuna provincia sovrintendevano alle comunità e che erano immediatamente al di sotto delle autorità centrali residenti in Palestina, si erano opposti, da cui il provvedimento legislativo che condannava l'accaduto, affermando che i giudei non potevano riconciliarsi conto la volontà dei loro capi ricorrendo ai giudici o ottenendo fraudolentemente un rescritto a loro favore.

¹⁶ Ep. XL, 22-23; Paolinus, *Vita Ambrosii*, cit., XXII.3.14.

¹⁷ Ep. XLI. 28; Paolinus, *Vita Ambrosii*, cit., XXIII.4.23: in questa lettera Ambrogio racconta alla sorella Marcellina come fosse riuscito a strappare a Teodosio il pentimento nei confronti della vicenda, andando incontro, in veste di predicatore di penitenza, all'imperatore, che arrivava per assistere alla funzione religiosa, e rifiutandosi di dare inizio alla celebrazione della messa prima che l'imperatore stesso non avesse revocato il suo ordine di punire i capi dei disordini di Callinico.

¹⁸ In tale senso già L. De Giovanni, 111 che ritiene il provvedimento verosimilmente ispirato proprio dallo stesso episodio di *Callinicum*.

¹⁹ C.Th. 16.8.8: IMPPP. THEODOSIUS, ARCADIUS ET HONORIUS AAA. TATIANO PRAEFECTO PRAETORIO. *Iudaeorum querellae quosdam auctoritate iudicum recipi in sectam suam reclamantibus legis suae primatibus adseverant, quos ipsi iudicio suo ac voluntate proiciunt. Quam omnino submoveri iubemus iniuriam nec eorum in ea superstitione sedulus coetus aut per vim iudicum aut rescripti subreptione invitis primatibus suis, quos virorum clarissimorum et illustrium patriarcharum arbitrio manifestum est habere sua de religione sententiam, opem reconciliationis mereatur indebitae.* DAT. XV KAL. MAI. CONSTANTINOPOLI ARCADIO A. II ET RUFINO CONSS. (17 Apr. 392).

Dunque, con riferimento a quanto ci è pervenuto nel Codice Teodosiano, non si hanno notizie che Teodosio abbia peggiorato la condizione degli ebrei, bensì è attestato che sia intervenuto legislativamente per fare sì che esercitassero liberamente la loro fede nei propri luoghi di culto. Sarebbero stati gli imperatori successivi a Teodosio a dimostrare un atteggiamento repressivo nei loro confronti.²⁰

4. La legislazione in rapporto al paganesimo

In tema di culti pagani la legislazione di Teodosio sembra potersi differenziare in due fasi. In un primo momento l'imperatore si dimostrò particolarmente clemente. Le tradizioni pagane erano invero molto diffuse ma non costituivano una minaccia reale per la Chiesa, perché il paganesimo non possedeva lo zelo combattivo e l'organizzazione unitaria e disciplinata del Cristianesimo. Soprattutto il paganesimo, quale religione politeista era caratterizzata dalla tendenza ad allargare la sfera degli dei all'infinito, sia adottando culti stranieri sia ricorrendo addirittura ad *evocationes* degli dei del nemico, come fu al tempo delle tensioni politiche con Veio e con Cartagine. L'Impero pagano non distingueva gli stranieri per le loro credenze: gli dei di tutti gli uomini, civilizzati o barbari, erano veri oppure erano gli stessi dei sotto nomi differenti. Allo stesso tempo la religione pagana era connessa ai rituali pubblici e alle tradizionali divinità della tradizione romana. Al tempo di Teodosio i pagani erano assai numerosi nell'alta aristocrazia, dalla quale provenivano soprattutto in Occidente i più importanti funzionari governativi. In sostanza la cultura classica pagana costituiva il nucleo di ciò che permetteva all'uomo colto di distinguersi da villani e barbari. Teodosio auspicava senz'altro che l'influenza della religione pagana si riducesse, ma aveva probabilmente bisogno quale imperatore romano del sostegno della parte pagana della classe dirigente, non meno di quanto ne avesse dei cristiani. L'unico divieto riguardava i sacrifici su cui si concentravano le paure dei cristiani. Infatti nell'Esodo si legge: «Chi farà sacrifici agli altri dei sarà distrutto». In realtà i sacrifici non solo presentavano dei forti legami con l'arte divinatoria, ma anche con i rischi di cospirazione ad essa connessi. Teodosio volle perciò ribadire il divieto senza però spingersi a dichiarare illegali altri riti quali l'uso dell'incenso, le offerte votive e le libagioni.

²⁰ Sulle leggi che vietavano di interferire con le libertà e i privilegi degli Ebrei tra il IV secolo e i primi decenni del V, si veda A.M. Rabello, *Giustiniano, Ebrei e Samaritani alla luce delle fonti storico-letterarie, ecclesiastiche e giuridiche*, Giuffrè, Milano 1987-1988, 55, 688.

Il Codice Teodosiano comprende tre costituzioni promulgate tra il 381 e il 385. In C.Th. 16.10.7 del 381²¹ Teodosio stabilisce che chi compisse sacrifici per conoscere il futuro fosse punito con la proscrizione dei beni, in C.Th. 16.10.9 del 385²² vieta a chiunque di volesse conoscere il futuro con esecrabili consultazioni, stabilendo la generica sanzione di un *acerbius supplicium*. Particolarmente significativa è la costituzione di C.Th.16.10.8 del 382²³ in cui l'imperatore ordina espressamente che fosse mantenuto aperto un tempio che era sede appropriata di riunioni pubbliche, in quanto a suo giudizio era ingiusto ritenere offensive per i cristiani le statue degli dei pagani. Esplicita che le statue sono opere d'arte non idoli. Anche i riti tradizionali del culto imperiale non vennero ridimensionati e l'unica condizione ad essi posta fu che escludessero qualunque sacrificio. Tale atteggiamento è confermato dal fatto che Teodosio mantenne relazioni di amicizia con molti pagani, quali Temistio, filosofo e funzionario statale, nonché futuro tutore di Arcadio, primogenito dell'imperatore, e il retore Libanio di Antiochia,²⁴ il quale mise in evidenza che Teodosio in dieci anni di regno aveva proibito tra tutti riti pagani solo i sacrifici. Egli riconosceva che come cristiano Teodosio avrebbe voluto vedere i pagani convertirsi, ma come buon governante sapeva di non potere raggiungere un obiettivo simile con la forza che toglieva valore a qualsiasi conversione ed era condannata dalla stessa legge

²¹ C.Th.16.10.7: IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. FLORO PRAEFECTO PRAETORIO. *Si qui vetitis sacrificiis diurnis nocturnisque velut vesanus ac sacrilegus, incertorum consultorem se inmerserit fanumque sibi aut templum ad huiuscemodi sceleris executionem adsumendum crediderit vel putaverit adeundum, proscrizione se noverit subiugandum, cum nos iusta institutione moneamus castis deum precibus excolendum, non diris carminibus profanandum.* DAT. XII KAL. IAN. CONSTANTINOPOLI EUCHERIO ET SYAGRIO CONSS. (21 Dec. 381)

²² C.Th.16.10.9: IDEM <GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS> AAA. CYNEGIO PRAEFECTO PRAETORIO. *Ne quis mortalium ita faciendi sacrificii sumat audaciam, ut inspectione iecoris extorumque praesagio vanae spem promissionis accipiat vel, quod est deterius, futura sub execrabili consultatione cognoscat. Acerbioris etenim imminebit supplicii cruciatus eis, qui contra vetitum praesentium vel futurarum rerum explorare temptaverint veritatem.* DAT. VIII KAL. IUN. CONSTANTINOPOLI ARCADIO A. I ET BAUTONE V. C. CONSS. (25 Mai. 385)

²³ C.Th.16.10.8: IDEM <GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS> AAA. PALLADIO DUCI OSDROENAE. *Aedem olim frequentiae dedicatam coetui et iam populo quoque communem, in qua simulacra feruntur posita artis pretio quam divinitate metienda iugiter patere publici consilii auctoritate decernimus neque huic rei obreptivum officere sinimus oraculum. Ut conventu urbis et frequenti coetu videatur, experientia tua omni votorum celebritate servata auctoritate nostri ita patere templum permittat oraculi, ne illic prohibitorum usus sacrificiorum huius occasione aditus permissus esse credatur.* DAT. PRID. KAL. DEC. CONSTANTINOPOLI ANTONIO ET SYAGRIO CONSS. (30 Nov. 382)

²⁴ Libanio, Orat., 30.

cristiana. Soprattutto le dottrine pagane non furono criminalizzate e gli esponenti di tale cultura – poeti oratori e filosofi – ebbero la possibilità di continuare a scrivere e ad insegnare per tutto l’Impero bizantino.

Peraltro in Oriente stava diventando sempre più frequente vedere folle di monaci invasati attaccare, distruggere e saccheggiare i templi. Soprattutto a partire dal 384 quando fu nominato prefetto per l’Oriente lo zelante cattolico spagnolo Materno Cinegio, molto vicino all’imperatore Teodosio, i gruppi di fanatici furono incoraggiati e furono liberi di operare nella più completa impunità. Il grande tempio di Edessa, un edificio imponente e abbellito da un gran numero di pregevoli opere d’arte, situato nei pressi della frontiera persiana, venne distrutto. Così l’enorme tempio di Giove ad Apamea fu sottoposto ad un vero e proprio assedio dalle truppe di Deinia, un governatore provinciale e cedette quando vennero fatte crollare le basi delle colonne. In tali casi solo la presenza dei soldati impedì loro di dare sfogo al proprio risentimento. Libanio deplora con forza simili violenze e le attribuisce a Cinegio, dichiarandosi convinto che Teodosio non avesse autorizzato atti illegali.

Verosimilmente sulla scia di queste tensioni la politica di apertura di Teodosio nei confronti del paganesimo subì un repentino arresto. È verosimile che tale arresto sia ascrivibile al carisma del vescovo di Milano Ambrogio, una delle personalità religiose più forte di tutti i tempi, che indusse il sovrano a smettere i panni del sovrano tollerante e lo fece indurre a stroncare ogni forma di dissenso. Si narra che l’influenza di Ambrogio sulla legislazione religiosa di Teodosio cominciò a farsi sentire a partire dal 390 e quindi a partire dal famoso eccidio di Tessalonica, in cui Teodosio in uno dei suoi impeti di collera, per reprimere un moto sedizioso nella città, fece massacrare il popolo nel circo. Ambrogio, avuta notizia dell’eccidio, invitò l’imperatore alla penitenza. Non si sa se Teodosio cedette subito o se resistette per un po’ di tempo, quanto è noto è che nel Natale del 390 fece pubblica ammenda della sua colpa nella basilica di Milano e fu quindi riammesso nella comunità dei fedeli.²⁵ Questo episodio, se pure fu molto probabilmente abbellito dalla leggenda, è considerato di fondamentale importanza del rapporto tra l’imperatore e il vescovo, tra i due poteri in eterna contrapposizione, quello politico e quello religioso, da un lato come riconoscimento da parte del sovrano della superiorità della legge di Dio e dall’altro come affermazione del sacerdote e del suo diritto di punire o di

²⁵ Sull’episodio rinvio a S. Puliatti, “S. Ambrogio, vescovo di Milano, ispiratore e testimone del diritto tardoantico”, in: *Studi in onore di Antonino Metro* (ed. Carmela Russo Ruggeri), Giuffrè, Milano 2010, 135. anche per un quadro della vasta letteratura in materia.

assolvere l'imperatore. Da questo momento l'imperatore promulgò una serie di provvedimenti repressivi dei culti pagani, proibendo con fermezza qualsiasi sacrificio, bandendo per la prima volta anche le tradizionali cerimonie pubbliche ancora in uso a Roma. Con C.Th.16.1.10.10 del 391²⁶ Teodosio proibisce ogni cerimonia pagana, minacciando generiche sanzioni umane e divine, con C.Th. 16.10.11 del 391²⁷ ribadisce il divieto generalizzato di pratiche rituali pagane, imponendo che venga osservato da tutti senza possibilità di invocare privilegi dal potere imperiale a proprio favore. Tuttavia è nel 392 che Teodosio promulgò un Editto ancora più intransigente nei confronti delle tradizioni locali, contenuto in C.Th. 16.10.12,²⁸ che generalizzava

²⁶ C.Th. 16.10.10: IDEM <IMPP. VALENTINIANUS ET THEODOSIUS> AAA. AD ALBINUM PRAEFECTUM PRAETORIO. *Nemo se hostiis polluat, nemo insontem victimam caedat, nemo delubra adeat, templa perlustret et mortali opere formata simulacra suspiciat, ne divinis adque humanis sanctionibus reus fiat. Iudices quoque haec forma contineat, ut, si quis profano ritui deditus templum uspiam vel in itinere vel in urbe adoraturus intraverit, quindecim pondo auri ipse protinus inferre cogatur nec non officium eius parem summam simili maturitate dissolvat, si non et obstiterit iudici et confestim publica adtestatione rettulerit. Consulares senas, officia eorum simili modo, correctores et praesides quaternas, apparitiones illorum similem normam aequali sorte dissolvant.* DAT. VI KAL. MART. MEDIOLANO TATIANO ET SYMMACHO CONSS. (24 Febr. 391)

²⁷ C.Th. 16.10.11: IDEM <IMPP. VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AA.> EVAGRIO PRAEFECTO AUGUSTALI ET ROMANO COMITI AEGYPTI. *Nulli sacrificandi tribuatur potestas, nemo templa circumeat, nemo delubra suspiciat. Interclusos sibi nostrae legis obstaculo profanos aditus recognoscant adeo, ut, si qui vel de diis aliquid contra vetitum sacrisque molietur, nullis exuendum se indulgentiis recognoscat. Iudex quoque si quis tempore administrationis suae fretus privilegio potestatis polluta loca sacrilegus temerator intraverit, quindecim auri pondo, officium vero eius, nisi conlatis viribus obviarit, parem summam aerario nostro inferre cogatur.* DAT. XVI KAL. IUL. AQUILEIAE TATIANO ET SYMMACHO CONSS. (16 Iun. 393)

²⁸ C.Th. 16.10.12: IMPPP. THEODOSIUS, ARCADIUS ET HONORIUS AAA. AD RUFINUM PRAEFECTUM PRAETORIO. *Nullus omnino ex quolibet genere ordine hominum dignitatum vel in potestate positus vel honore perfunctus, sive potens sorte nascendi seu humilis genere condicione ortuna in nullo penitus loco, in nulla urbe sensu carentibus simulacris vel insontem victimam caedat vel secretiore piaculo larem igne, mero genium, penates odore veneratus accendat lumina, inponat tura, sarta suspendat. 1. Quod si quispiam immolare hostiam sacrificaturus audebit aut spirantia exta consulere, ad exemplum maiestatis reus licita cunctis accusatione delatus excipiat sententiam competentem, etiamsi nihil contra salutem principum aut de salute quaesierit. Sufficit enim ad criminis molem naturae ipsius leges velle rescindere, inlicita perscrutari, occulta recludere, interdicta temptare, finem quaerere salutis alienae, spem alieni interitus polliceri. 2. Si quis vero mortali opere facta et aevum passura simulacra inposito ture venerabitur ac ridiculo exemplo, metuens subito quae ipse simulaverit, vel redimita vittis arbore vel erecta effossis ara cespitibus, vanas imagines, humiliore licet muneris praemio, tamen plena religionis iniuria honorare temptaverit, is utpote violatae religionis reus ea domo seu possessione multabitur, in qua eum gentilicia constiterit superstitione*

il divieto delle pratiche rituali pagane sia rivolgendolo a uomini di qualsiasi condizione sociale sia estendendolo a tutto il territorio dell'Impero, stabilendo che i sacrifici non dovessero tenersi *in nulla urbe*. Pare che con tale provvedimento vennero vietate anche le Olimpiadi che fino ad allora erano state celebrate.²⁹ Le tradizioni e i miti del politeismo e il patrimonio comune della cultura classica venivano quindi cancellati da un provvedimento ufficiale, anche se poi di fatto l'applicazione di esso non è del tutto chiara. A Roma per esempio vennero aboliti i riti sacrificali pubblici, ma le altre cerimonie continuarono ad essere celebrate, come testimoniato dalla continua frequentazione dei templi, nonché al ricorso alle iscrizioni votive e ad altri simboli rituali.

Peraltro tale svolta legislativa non alterò il giudizio nel complesso positivo del mondo pagano su Teodosio. Le fonti contemporanee pagane pervenuteci parlano infatti in chiave positiva di questo imperatore e della sua legislazione, mettendone in evidenza le qualità di tolleranza soprattutto nei confronti del paganesimo. Il panegirista Pacato Drepanio, il poeta Claudiano, il retore Libanio e il filosofo Temistio ci tramandano la figura di un imperatore clemente, il cui atteggiamento era piuttosto quello di agevolare la conversione nella religione cristiana.³⁰ L'unico pagano che giudica intransigente la politica di Teodosio è lo storico Eunapio di Sardes, originario della Lidia. Egli attribuisce all'imperatore suo contemporaneo la responsabilità delle guerre contro i templi e ritiene che proprio la sua infedeltà agli dei gli avrebbe impedito di tenere insieme il regno e di allargarne i confini, avviando l'Impero alla sua dissoluzione³¹. Che Teodosio volesse peraltro indurre alla conversione piuttosto che reprimere emerge peraltro dal lessico

famulatum. Namque omnia loca, quae turis constiterit vapore fumasse, si tamen ea in iure fuisse turificantium probabuntur, fisco nostro adsocianda censemus. 3. Sin vero in templis fanisve publicis aut in aedibus agrisve alienis tale quispiam sacrificandi genus exercere temptaverit, si ignorante domino usurpata constiterit, viginti quinque libras auri multae nomine cogetur inferre, coniventem vero huic sceleri par ac sacrificantem poena retinebit. 4. Quod quidem ita per iudices ac defensores et curiales singularum urbium volumus custodiri, ut ilico per hos comperta in iudicium deferantur, per illos delata plectantur. Si quid autem ii tegendum gratia aut incuria praetermittendum esse crediderint, commotioni iudiciariae, subiacebunt; illi vero moniti si vindictam dissimulatione distulerint, triginta librarum auri dispendio multabuntur, officiis quoque eorum damno parili subiugandis. DAT. VI ID. NOV. CONSTANTINOPOLI ARCADIO A. II ET RUFINO CONSS. (8 Nov. 392)

²⁹ I.Fagnoli, (2003), 119.

³⁰ Su tali testimonianze si veda ancora J. Ernesti, 321.

³¹ Sull'opinione di Eunapio su Teodosio si veda J. Ernesti, 474; cfr. anche l'affermazione incisiva di D. F. Buck, "Eunapios of Sardis and Theodosius the Great", *Byzantion. Revue International des Études Byzantines* 58/1988, 41. "In Eunapios opinion Costantine began the destruction of the Roman Empire and Theodosius completed it".

giuridico di una delle costituzioni della seconda fase della politica di Teodosio nei confronti del paganesimo e cioè da C.Th.16.10.10 del 391: il *profani ritus* viene definito *veneranda miseria*, così come il paganesimo viene qualificato *superstitio*.

5. Rilievi conclusivi

Alla luce di queste considerazioni risulta difficile individuare, nell'articolata e poliedrica legislazione, un tratto unitario che consenta di qualificare Teodosio il Grande quale paladino del Cristianesimo, così come quale nemico per antonomasia del paganesimo. Risulta in particolare che l'imperatore introdusse una forma di tutela per le sinagoghe degli ebrei, pur dopo avere deciso – su pressione del vescovo Ambrogio – di non punire il fanatismo dei cristiani dopo l'episodio di Callinico. Al contempo, nei confronti delle eresie, Teodosio stabilì sanzioni gravi, pur tentando di persuadere gli eretici all'ortodossia piuttosto che punirli. Infine, nei confronti dei pagani è sì attestato un cambiamento di registro nel corso del suo regno, ma è evidente che la politica iniziale dell'imperatore non fu per nulla intransigente.

Pertanto dalle costituzioni imperiali che ci sono state tramandate dal Codice Teodosiano affiora un nucleo comune, e cioè lo sforzo dell'imperatore di conciliare le alterità religiose. È peraltro verosimile che non vi fosse un reale disegno nella politica religiosa di Teodosio, ma che si trattasse piuttosto di risposte a situazioni di emergenza e di decisioni contingenti, ora dettate dal desiderio di non attirarsi l'ostilità dell'aristocrazia pagana, ora dalla volontà di assecondare il potere religioso, impersonato dal carismatico vescovo Ambrogio. Ne deriva l'incongruenza di una designazione di comodo per la figura di Teodosio che riduca semplicisticamente la sua legislazione religiosa all'Editto di Tessalonica. Le costituzioni imperiali tramandateci attestano piuttosto una gamma di soluzioni adottate per fronteggiare le difficoltà della sua epoca, lacerata da grandi mutamenti e gravi incertezze nella pluralità di fedi e identità, nella direzione di una pragmatica convivenza.

Iole Fagnoli

Full Professor, Faculty of Law, University of Milan

THE RELIGIOUS LEGISLATION OF THEODOSIUS I - BETWEEN UNITY AND PLURALISM

Summary

The legislation of Theodosius I, handed down to us in the Theodosian Codex, documents a policy that was not repressive toward heretics, Jews and, for the first phase of his empire, also in relation to paganism, leading one to reflect on the appropriateness of a designation of convenience of this emperor as the champion of Christianity and the enemy par excellence of paganism. Rather, the imperial constitutions appear to attest to a range of solutions adopted to cope with the difficulties of his age, torn by great changes and serious uncertainties in the plurality of faiths and identities, in the direction of pragmatic coexistence.

Keywords: Christianity, Judaism, traditional religion, heresy, pluralism, unity, pragmatism.

Јоле Фарњоли

Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Милану

ВЕРСКО ЗАКОНОДАВСТВО ТЕОДОСИЈА ПРВОГ – ИЗМЕЂУ ЈЕДИНСТВА И ПЛУРАЛИЗМА

Сажетак

Законодавство Теодосија Првог, које нам је пренето кроз Теодосијев кодекс, документује политику која није била репресивна према јеретицима, Јеврејима и, за прву фазу његовог царавања, ни према паганима, што нас наводи на размисљање о прикладности описивања овог владара као шампиона хришћанства и par excellence непријатеља паганства. Уместо тога, чини се да царске конституције сведоче о низу решења усвојених да се избори са тешкоћама његовог доба, растрзаног великим променама и озбиљним неизвесностима у плурализму вера и идентитета, а у правцу прагматичног суживота.

Кључне речи: Хришћанство, Јудаизам, традиционалне религије, јерес, плурализам, јединство, прагматизам.

REFERENCES

Monograph, articles

- Barone Adesi G., *Eresie 'sociali' ed inquisizione teodosiana*, Aracne, Perugia 1986.
- Barone Adesi G., *Primi tentativi di Teodosio il Grande per l'unità religiosa dell'impero*, Aracne, Perugia 1979.
- Biondi B., *Il diritto romano cristiano. I. Orientamento religioso nella legislazione*, Giuffrè, Milano 1952.
- Buck D. F., "Eunapios of Sardis and Theodosius the Great", *Byzantion. Revue Internationale des Études Byzantines* 58/1988, 36–53.
- Cutino M., "Strategie argomentative nell'omelia di Ambrogio di Milano sull'affare Callinico fra polemica anti giudaica e teologia politica", in: *Forme della polemica nell'omiletica latina di IV-VI secolo. Convegno internazionale di studi. Foggia 11–13 settembre 2013* (eds. Marcello Marin, Francesca Maria Catarinella), Edipuglia, Bari 2014, 53–74.
- De Giovanni L., *Il libro XVI del Codice Teodosiano. Alle origini della codificazione in tema di rapporti Chiesa-Stato*, M. D'Auria, Napoli, 1985.
- Di Mauro Todini A., *Aspetti della legislazione religiosa del IV secolo*, Roma 1990.
- Enßlin W., *Die Religionspolitik des Kaisers Theodosius des Grossen*, München 1953.
- Ernesti J., *Princeps christianus und Kaiser aller Römer. Theodosius der Große im Lichte zeitgenössischer Quellen*, Paderborn–München–Wien–Zürich 1998.
- Fargnoli I., "Many Faiths, one Emperor. Remarks about the Religious Legislation of Theodosius the Great", *RIDA* 52/2005, 146–162.
- Fargnoli I., "Sulla 'caduta senza rumore' delle Olimpiadi classiche", *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 50/2003, 119–154.
- Fargnoli I., "La duplice conservazione di un testo normativo in tema di eresia: 'summus error' o scelta consapevole dei compilatori", in: *Droit, Religion et Société dans le Code Théodosien* (eds. Jean-Jacques Aubert, Philippe Blanchard), Université de Neuchâtel, Genève 2009, 67–85.
- Fargnoli I., "Tra religione tradizionale e impulsi cristiani: il percorso normativo di un giovane imperatore", in: *Atti Accademia Romanistica*

- Costantiniana. XVIII convegno internazionale in onore di Remo Martini. Persona e persone nella società e nel diritto della Tarda Antichità (Spello, 18-20 giugno 2007)*, Roma 2012, 87–112.
- Fargnoli I., “Politica religiosa di Teodosio il Grande e abolizione delle Olimpiadi: tra Cedreno e il Codex Theodosianus”, *Index* 39/2011, 1–8.
- Fargnoli I., “Olim pro religione catholicae sanctitatis. Sulla datazione di una legge di Graziano”, in: *Studi in onore di Remo Martini*, Giuffrè, Milano 2008, 1017–1039.
- Fargnoli I., “Vietato indossare il velo. A proposito dell’editto religioso dell’imperatore Decio”, *Scritti per Alessandro Corbino* (ed. Isabella Piro), Lecce 2016, 523–540.
- Gibbon E., *The Decline and Fall of the Roman Empire* IV, London 1782.
- King N. Q., *The Emperor Theodosius and the establishment of Christianity*, S.C.M. Press, London 1961.
- Leppin H., *Theodosius der Große auf dem Weg zum Christlichen Imperium*, Darmstadt 2003.
- Lietzman H., *Geschichte der Alten Kirche*, Berlin 1953.
- Lippold A., *Theodosius der Große und seine Zeit*, München 1980.
- Nocera G., *Cuius regio eius religio*, Aracne, Perugia 1986.
- Puliatti S., “S. Ambrogio, vescovo di Milano, ispiratore e testimone del diritto tardoantico”, in: *Studi in onore di Antonino Metro* (ed. Carmela Russo Ruggeri), Giuffrè, Milano 2010, 135–162.
- Rabello, A.M., *Giustiniano, Ebrei e Samaritani alla luce delle fonti storico-letterarie, ecclesiastiche e giuridiche*, Giuffrè, Milano 1987–1988.
- Ruggini L., “Ebrei e orientali nell’Italia settentrionale fra il IV e il VI secolo”, *Studia, et Documenta Historiae et Iuris* 25/1959, 185–308.
- Sargenti M., Bruno Siola, R. B., (eds.), *Normativa imperiale e diritto romano negli scritti di S. Ambrogio*, Giuffrè, Milano 1991.
- Seeck O., *Geschichte des Untergangs der antiken Welt*, Stuttgart 1920.
- Stein E., Palanque J.R. *Histoire du Bas Empire (284-476)*, Paris 1959.
- Williams S., Friell G., *Theodosius. The Empire at Bay*, London 1998.

SULLA COSTRUZIONE DEL TITOLO TEODOSIANO DE FIDE CATHOLICA

Riassunto

L'obiettivo del contributo è l'individuazione dei criteri seguiti dai compilatori teodosiani per la scelta delle costituzioni da inserire nel primo titolo del libro XVI, il De fide catholica. CTh. 16.1, infatti, risulta composto da due costituzioni orientali, emanate da Teodosio I per imporre l'ortodossia nicena nella pars Orientis dell'impero, e da due leges occidentali, una precedente e l'altra seguente i provvedimenti teodosiani. Le costituzioni occidentali sembrerebbero dissonanti, per non dire in contrasto, rispetto alla ratio del titolo. Premessa una valutazione complessiva dei diversi aspetti si giunge a concludere che, avvalorato il ruolo accordato da Teodosio I alla fides Nicaena, i compilatori hanno anche ritenuto opportuno ribadire, nel medesimo titolo programmatico della legislazione religiosa, l'assoluta incontestabilità delle tradizionali competenze imperiali a disciplinare i diritti dei cittadini anche in base alle opzioni religiose.

Parole chiave: Custodia templi, religione romana, ortodossia imperiale, tradizione apostolica petrina, legittimazione culturale acattolica.

1. La problematicità di CTh.16.1

I codici legislativi tardoimperiali attestano nei rispettivi titoli *De fide catholica* (CTh.16.1=C.1.1)¹ i criteri costitutivi della legislazione ecclesiastica romana. Unica costituzione inserita in entrambi i titoli risulta il celebre editto emanato da Teodosio I nel 380 a Tessalonica. Posto in apertura del *codex* nel *corpus* giustiniano (C.1.1.1), la costituzione risulta, invece, inserita nel Teodosiano in CTh.16.1.2. Benché la rivisitazione romanistica del Teodosiano, avviata dall'opera di Gian Gualberto Archi,² abbia segnato il tramonto di sterili paragoni tra i due codici³, non sembra trascurabile

* Professore Associato di Diritto romano e Diritti dell'antichità mediterranea presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia dell'Università degli Studi *Magna Græcia* di Catanzaro, mcarbone@unicz.it

¹ C.1.1, ha una denominazione più articolata rispetto a CTh.16.1 e precisamente *De summa trinitate et de fide catholica*.

² G. G. Archi, *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli 1976, 158–190.

³ Tendenti ad ascrivere all'incapacità dei commissari teodosiani la realizzazione dell'articolato progetto compilatorio programmato del 429 (v. CTh. 1.1.5). Sul progetto

fermare l'attenzione sulla posizione assegnata in CTh.16.1 alla costituzione teodosiana giunta nel 380 a dichiarare l'ortodossia nicena,⁴ *religio* professata dagli imperatori cristiani. Desta qualche perplessità constatare⁵ come, a mezzo secolo dalla pubblicazione della *Cunctos populos*, l'editto sia stato inserito nel titolo teodosiano *De fide catholica* in CTh.16.1.2 e non in apertura,⁶ soprattutto ove si consideri che questa scelta è stata effettuata da commissari manifestamente consapevoli del ruolo fondamentale che intendevano conferire al provvedimento.

Lo stupore viene ulteriormente alimentato dalla preposizione all'editto di Tessalonica di una costituzione, emanata da Valentiniano I (CTh.16.1.1), non in sintonia con le inflessibili concezioni religiose teodosiane di *fides catholica*. Peraltro nel titolo non solo CTh.16.1.1 appare estranea alle rigide prospettive confessionali enunciate in CTh.16.1.2 e accentuate in CTh.16.1.3, ma CTh.16.1.4 suscita perplessità, perfino maggiori. Se infatti CTh. 16.1.1 può ritenersi non in sintonia con gli intenti che si prefigge CTh. 16.1 ne resta comunque motivata la collocazione, in quanto si tratta di un provvedimento preteodosiano. Invece CTh. 16.1.4, benché successiva a CTh. 16.1.2 e CTh. 16.1.3, non sembra affatto in accordo con gli indirizzi affermati in Oriente da Teodosio I negli anni precedenti.

Se gli articolati criteri enunciati in entrambe le costituzioni teodosiane appaiono esaustivi della materia accolta nel titolo, il problematico inserimento di CTh.16.1.1 e CTh.16.1.4 induce a ricercare le ragioni che possono avere determinato i commissari ad accogliere entrambi questi provvedimenti nel *De fide catholica*.

Le seguenti osservazioni sulle disposizioni adottate dalle quattro costituzioni accolte in CTh.16.1 permettono probabilmente di ipotizzare le prospettive perseguite dai compilatori teodosiani nella composizione del titolo.

di Teodosio tra gli altri, G. Barone Adesi, *Ricerche sui corpora normativi dell'impero romano. I – I corpora degli iura tardo imperiali*, Torino 1998, 45–77.

⁴ Com'è noto il primo concilio ecumenico, indetto dall'imperatore Costantino a Nicea nel 325, ha proclamato la *fides catholica*, professata ancora oggi dalla Chiesa romano-cattolica e dalle Chiese ortodosse.

⁵ Soprattutto alla luce della diffusa opinione verificabile anche attenendosi alla sola manualistica in argomento. Cervenca afferma, ad esempio, che Teodosio I nel 380 "promulga un editto, nel quale impone ai suoi sudditi di abbracciare la fede cristiana nella sua forma ortodossa", così in M. Talamanca (ed.), *Lineamenti di storia del diritto romano*, Giuffrè, Milano 1989, 548. Licandro attribuisce al provvedimento l'istituzione dello stato confessionale. F. Arcaria, O. Licandro, *Diritto romano. I. Storia costituzionale di Roma*, G. Giappichelli, Torino 2014, 409.

⁶ Come avverrà invece nel secolo successivo allorché la *Cunctos populos* risulterà posta in apertura del *Codex repetitae praelectionis*.

2. L'interdizione di imporre a cristiani la custodia di templi pagani

Indirizzata da Valentiniano I a Simmaco *praefectus urbi*⁷, la costituzione posta dai compilatori teodosiani in apertura del primo titolo del libro sedicesimo risulta tradita nella seguente versione in CTh.16.1.1

IMPP. VALENTINIANUS ET VALENS AA. AD SYMMACHUM PRAEFECTUM URBI. Quisquis seu iudex seu apparitor ad custodiam templorum homines Christianae religionis adposuerit sciat non saluti suae, non fortunis esse parcendum. DAT. XV KAL. DECEMB. MEDIOLANO, VALENTINIANO ET VALENTE AA. CONSS.

Il provvedimento viene tradizionalmente attribuito a sollecitazioni ecclesiastiche⁸ volte ad indurre Valentiniano I a vietare l'imposizione a cristiani dell'espletamento di *munera*⁹ in contrasto con i principi religiosi professati. Emanata a breve distanza dalle iniziative giulianee¹⁰, restauratrici dei tradizionali culti etnici, repressi dai predecessori¹¹, la statuizione attesta contrasti, sorti nel territorio romano, tra l'aristocrazia sostenitrice delle tradizioni religiose urbane¹² e i cristiani intenti a contestare l'onere

⁷ Il destinatario del provvedimento Aurelio Aviano Simmaco è padre del celebre omonimo oratore, *praefectus urbi* negli anni 364-5 v. O. Seeck, "Symmachus,, in: *Pauly-Wissowa's Realencyclopädie* (eds. August Friedrich von Pauly et al.), IV A, col. 1146.

⁸ *Infra*, nt. 15.

⁹ Come rileva R. Delmaire, in: *Code Théodosienne XVI*, (ed. Theodor Mommsen) J. Rougé, Paris 2005, 113 nt. 1, „la garde des temples (*custodia aedium*), pour éviter les vols ou les dégradations, est répertoriée à la fin du III s. Par Charisius dans la liste des charges personnelles municipales (Dig. L.4,18,10)“.

¹⁰ Sulla legislazione religiosa di Giuliano v., oltre i contributi di C. Dupont, "La politique de Julien à l'égard du Christianisme dans les sources littéraires des IVe et Ve siècles après Jésus-Christ", *AARC* 3/1979, 197–216; M. Sargenti, "Aspetti e problemi dell'opera legislativa dell'imperatore Giuliano", *AARC* 3/1979, 323–381; E. Germino, *Scuola e cultura nella legislazione di Giuliano l'apostata*, Jovene, Napoli 2004, 24–29.

¹¹ Benché la repressione del paganesimo risulti attuata con accentuato vigore da Costanzo, fonti ecclesiastiche del IV e V secolo ascrivono a Costantino la chiusura dei templi pagani. In realtà il primo legislatore cristiano si è limitato a vietare unicamente culti in contrasto con i costumi romani v. L. De Giovanni, *Costantino e il mondo pagano. Studi di politica e legislazione*, Napoli 1977; E. Moreno Resano, "La definición jurídica de los cultos tradicionales en la legislación constantiniana", in: *'Lex et religio'. XL Incontro di Studiosi dell'Antichità Cristiana (Roma, 10-12 maggio 2012)*, Roma 2013, 191–201.

¹² Sul ruolo svolto nell'Urbe dall'aristocrazia senatoria a sostegno dei culti pagani v. Z. Várhelyi, *The Religion of Senators in the Roman Empire. Power and the Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge 2010; A. Cameron, *The Last Pagans of Rome*,

di essere posti a custodia di templi idolatrici. Il provvedimento denuncia, pertanto, sussistenti angherie operate dall'establishment romano promotore degli antichi culti.

In CTh.16.1.1 Valentiniano I non si limita a diffidare magistrati e funzionari ma ascrive la diretta responsabilità, di qualsiasi operatore giudiziario o amministrativo, di avere posto *ad custodiam templorum nomine Christianae religionis*¹³. Nel merito dell'inserimento della costituzione in apertura di CTh.16.1, Godefroy ne ascrive la ratio *ad vindicandam hac parte venerationem catholicae & christianae Fidei*¹⁴.

Come si è accennato CTh.16.1.1 risulta priva di connessione con le prospettive del titolo, riscontrabili nelle successive costituzioni teodosiane. La recezione della disposizione valentiniana in CTh.16.1.1 non sembra, peraltro, costituire mero ricordo storico di contrasti postgulianei tra cristiani e pagani. La perentoria ingiunzione a qualsiasi magistrato o funzionario giudiziario (*iudex seu apparitor*), di non porre cristiani a custodia di templi pagani documenta come i compilatori teodosiani abbiano comunque ritenuto opportuno ribadirne la vigenza generale in tutto l'impero¹⁵.

Oxford University Press, Oxford 2011. L'esercizio dei sacerdoti tradizionali da parte dell'aristocrazia pagana risulta documentato nel IV e ancora nel V secolo, J. Rüpke, *Religions of the Romans*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, 240.

¹³ Sulla datazione della costituzione, attribuita dalla *subscriptio* al 365 v. R. Delmaire, (2005), 112–113.

¹⁴ *Ad hanc legem* CTh. 16.1.1 in *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis Iacobi Gothofredi*, VI, 1, Lipsiae 1443, 3.

¹⁵ L'inserimento della disposizione nel corpus Theodosianum pare plausibilmente riferibile a templi chiusi ma non distrutti. Sulla normativa accolta nel titolo de paganis XVI.10: L. Desanti, 'Sileat omnibus perpetuo divinandi curiositas': *indovini e sanzioni nel diritto romano*, Giuffrè, Milano 1990, 155–156; R. Klein, "Distruzione di templi nella tarda antichità. Un problema politico, culturale e sociale", *AARC* 10/1995, 127–152; F. Sini, 'Sua cuique civitati religio' *Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Giappichelli, Roma 2001, 23–50; R. Delmaire, "La législation sur les sacrifices au IV siècle un essai d'interprétation", *RHD* 8/2004, 319–333; A. Fraschetti, "Principi cristiani, templi e sacrifici nel codice Teodosiano e in altre testimonianze parallele", in: *Diritto romano e identità cristiana. Definizioni storico-religiose e confronti interdisciplinari* (ed. Alessandro Saggioro), Carocci, Roma 2005, 123–140. La demolizione dei luoghi di culti idolatrici trova attuazioni in tempi e modalità differenti nelle varie province dell'impero. Testimonianze archeologiche attestano, infatti, la sussistenza di santuari pagani, trasformati sovente in chiese cristiane in età successiva alla promulgazione delle *leges generales* che ne ordinano la distruzione. Secondo i risultati conseguiti da J. Dagron, *Naissance d'une capitale. Constantinople et ses institutions de 330 à 451*, Presses universitaires de France, Paris 1974, l'editto non sembra essere stato mai pubblicato a Costantinopoli. Sulla recezione del testo in fonti ecclesiastiche del V sec. A. Di Mauro Todini, "La défense de l'orthodoxie dans la législation religieuse de Théodose le grand", in: *Empire chrétien et Église aux IV et V siècles. Intégration ou « concordat»? Le témoignage du Code Théodosien* (eds. Jean-Noël Guinot, François Richard)

L'aspetto di maggiore interesse riscontrabile nella costituzione sembra, però, costituito dal riferimento ad *nomine Christianae religionis*. La espressione appare indicativa della generalità del divieto. Il riferimento induce a ritenere che in origine l'interdizione non abbia riguardato unicamente i seguaci della *fides catholica* professata dal legislatore ma fosse estesa a tutti i cristiani, aldilà di divergenze confessionali. La ipotesi risulta, del resto, in sintonia con gli indirizzi "tolleranti" attestati nella legislazione religiosa di Valentiniano I.

3. L'editto di Tessalonica: la fides Romana è costituita dall'ortodossia nicena

Secondo l'ipotesi appena prospettata, CTh.16.1.1 non pare, dunque, riconducibile alle prospettive fundamentalmente perseguite dal titolo, proclamate, invece, in termini esaustivi, da CTh.16.1.2:

IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. EDICTUM AD POPULUM URBIS CONSTANTINOPOLITANAE. Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit temperamentum, in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum apostolum tradidisse Romanis religio usque ad nunc ab ipso insinuata declarat quamque pontificem Damasum sequi claret et Petrum Alexandriae episcopum virum apostolicae sanctitatis, hoc est, ut secundum apostolicam disciplinam evangelicamque doctrinam patris et filii et spiritus sancti unam deitatem sub parili maiestate et sub pia trinitate credamus. Hanc legem sequentes Christianorum catholicorum nomen iubemus amplecti, reliquos vero dementes vesanosque iudicantes haeretici dogmatis infamiam sustinere nec conciliabula eorum ecclesiarum nomen accipere, divina primum vindicta, post etiam motus nostri, quem ex caelesti arbitrio sumpserimus, ultione plectendos. DAT. III KAL MART. THESSALONICAE GRATIANO A. V ET THEODOSIO A. "I CONSS

Indirizzato al popolo di Costantinopoli¹⁶, l'*edictum* riconosce cristiani cattolici solo i seguaci della *fides Nicaena*, legittimati ad adoperare *Christianorum catholicorum nomen*¹⁷. Nella prospettiva Teodosio I

Paris 2008, 443–456. Sui provvedimenti legislativi emanati da Teodosio I e riguardanti l'ambito privatistico cfr., tra gli altri, M. Carbone, "L'affidamento della tutela alla madre da Teodosio I (CTh.3.17.4) a Giustiniano", *Iuris Antiqui Historia* 5/2013, 121–136.

¹⁶ Secondo i risultati conseguiti da J. Dagron, l'editto non sembra essere stato mai pubblicato a Costantinopoli. Sulla recezione del testo in fonti ecclesiastiche del V sec. A. Di Mauro Todini, 443–456.

¹⁷ Sulla origine costantiniana della contrapposizione legislativa tra *catholici* ed *haeretici* e *schismatici* in CTh. 16.5.1, posta in evidenza dai compilatori teodosiani in apertura

dichiara la conformità del dogma niceno alla *fides* trasmessa dall'apostolo Pietro ai romani¹⁸ e professata, in età teodosiana, dal vescovo di Roma, papa Dàmaso¹⁹, e da Pietro vescovo di Alessandria²⁰. L'asserzione appare fondata dall'appartenenza alla *ecclesia catholica* di quanti si dichiarano cristiani. L'adesione è comprovata dal duplice requisito costituito dalla connessa professione:

- 1) del credo niceno;
- 2) della *fides* tradita dall'apostolo Pietro ai romani che continuano a custodirla, senza alterazioni, e a trasmetterla *secundum apostolicam disciplinam evangelicamque doctrinam Patris et Filii et Spiritus Sancti*.

Per Teodosio I sono dunque autorizzati a dichiararsi cristiani cattolici unicamente quanti professano *unam deitatem sub parili maiestate et sub pia trinitate*, in adesione al dogma niceno del 325. L'interdizione di definirsi cristiani, o cattolici, per quanti, pur dichiaratisi tali rifiutano l'ὁμοούσιος²¹, induce il legislatore ad apostrofare gli eterodossi definiti *dementes vessanosque*²². *Formate da infami sostenitori haeretici dōgmatis*,

del titolo *De haereticis* v. A. Saggioro, “‘Nomen Christianum’ e ‘nomina monstruosa’: paradigmi dell'identità nel Codice Teodosiano”, in: *Lex et religio, XL Incontro di Studiosi dell'Antichità Cristiana (Proceedings of the International Conference, Rome, 10-12 May 2012)*, Roma 2013, 345–360.

¹⁸ In conformità con la tradizione ecclesiastica dell'antica Urbe, l'imperatore spagnolo attribuisce all'apostolo Pietro la fondazione della Chiesa romana. Per il dibattito in argomento v. V. Saxer, S. Heid, voce “Pietro apostolo”, in: *Nuovo Dizionario Patristico e di antichità cristiane* (ed. Angelo Di Berardino), Marietti, Genova–Milano 2008, 4068–4070.

¹⁹ V. Gheller, “‘Et tunc primum erubuit Damasus’. Damaso, i luciferiani e l'editto ‘cunctos populos’”, in: *Lex et religio, XL Incontro di Studiosi dell'Antichità Cristiana (Proceedings of the International Conference, Rome, 10-12 May 2012)*, Roma 2013, 129–257.

²⁰ A. Di Berardino, “Pietro II di Alessandria”, in: *Nuovo Dizionario Patristico e di antichità cristiane* (ed. Angelo Di Berardino), Marietti, Genova–Milano 2008, 4076–4078. Per l'attenzione riservata dalla legislazione imperiale ai vescovi alessandrini v. P. Blaudeau, “Puissance ecclésiale, puissance sociale: le siège alexandrin au prisme du Code Théodosien et des Constitutions Sirmondienues”, in: *Droit, Religion et Société dans le Code Théodosien* (eds. Jean-Jacques Aubert, Philippe Blanchard), Université de Neuchâtel, Genève 2009, 87–110.

²¹ J. L. Canizar Palacio, “La utilidad política y social del vocabulario religioso en la legislación del Teodosiano”, in: *Droit, Religion et Société dans le Code Théodosien* (eds. Jean-Jacques Aubert, Philippe Blanchard), Université de Neuchâtel, Genève 2009, 129–146.

²² In argomento cfr. le osservazioni di: F. Zuccotti, “Follia e ragione tra diritto pagano e mondo cristiano”, *AARC* 8/1990, 271–307; F. Zuccotti, *Furor haereticorum. Studi sul trattamento giuridico della follia e sulla persecuzione della eterodossia religiosa nella*

le comunità incriminate costituiscono giuridicamente *conciliabula*, privi di legittimazione ad adoperare *ecclesiarum nomen*.

Nota come “editto di Tessalonica” la costituzione rappresenta il perno del titolo *De fide catholica*. L’aspetto testuale di maggiore rilevanza appare costituito dalla identificazione della *religio Romana* con la ortodossia nicena.

Teodosio I asserisce la *Romanitas* della *fides Nicaena* in continuità all’ammissione, operata nel 212 dalla *constitutio Antoniniana*²³, di tutti i sudditi dell’impero ecumenico ai culti dell’antica urbe al fine di incrementare la coesione religiosa dei popoli rientranti nell’orbe romano²⁴. Mediante CTh.16.1.2 l’imperatore cattolico proclama la nuova identità religiosa dei cittadini romani e, di conseguenza, di tutti i popoli dell’impero esortati a professare la *fides Nicaena* come inconfutabile adesione alla *Romanitas*. In merito al fondamento teologico il legislatore, infatti, sostiene che il dogma niceno non ha innovato la ortodossia cristiana in quanto si fonda sugli insegnamenti trasmessi dall’apostolo Pietro ai romani. L’asserzione legislativa della plurisecolare e fedele custodia del genuino messaggio cristiano, realizzato dalla *ecclesia Romana*, consente dunque a Teodosio I di asserire la *Romanitas* della *fides Nicaena*, riconosciuta *religio populi Romani*,²⁵ e, pertanto, destinata ad unire *cunctos populos* dell’impero.

Il processo di osmosi tra *Romanitas* e *Christianitas*²⁶, in progressivo sviluppo a partire dalla età di Costantino, ne determina gli interventi legislativi volti a promuovere in tutto l’impero l’unità della *ecclesia catholica*,

legislazione del tardo impero, Giuffrè, Milano 1992; V. Escribano Paño, “La construction de l’image de l’hérétique dans le Code Théodosien XVI”, in: *Empire chrétien et Eglise aux IV^e et V^e siècles*, (ed. Jean-Noël Ginoit), CERF, Paris 2008, 389–412.

²³ Sul provvedimento cfr., da ultimo, magistralmente, O. Licandro, *Cives et peregrini. Città, cittadinanza, integrazione, mobilità sociale e certezza del diritto dall’età repubblicana alla Tarda Antichità. Studi epigrafici e papirologici II*, Jovene, Napoli 2022, 111–202.

²⁴ Secondo quanto afferma il lacunoso papiro Gissen 40.2: l’elargizione della cittadinanza intende ammettere gli abitanti dell’impero ecumenico ai culti riservati romani.

²⁵ J. Rüpke, *From Jupiter to Christ. On the History of Religion in the Roman Imperial Period*, Oxford University Press, Oxford 2014, 3, sostiene che, soprattutto per l’età imperiale, sia maggiormente appropriato fare riferimento alla *religio* del popolo romano piuttosto che alla religione romana.

²⁶ In argomento le osservazioni di G. Crifò, “Romanizzazione e cristianizzazione. Certezze e dubbi in tema di rapporto tra cristiani e istituzioni”, in: *I cristiani e l’impero nel IV secolo. Colloquio sul cristianesimo nel mondo antico* (eds. Giorgio Bonamente, Aldo Nestori), Università degli studi di Macerata, Macerata 1988, 75–106 e, di recente: D. Hunt, “Christianising the Roman Empire: the evidence of the Code”, in: *The Theodosian Code. Studies in the imperial law of late antiquity* (eds. Jill Harries, Ian Wood), Bloomsbury Academic, London 2010, 143–160.

compromessa prima in Africa dallo scisma donatista²⁷ e, di seguito, dalla devastante diffusione dell'arianesimo e delle altre eresie²⁸.

Le crescenti divisioni dottrinali riscontrate nelle comunità cristiane della *pars Orientis* dell'impero²⁹, inducono Teodosio I ad enunciare la rigida identificazione dei cristiani cattolici solo con i seguaci del dogma niceno, mentre i "dissenzienti" dovranno sostenere l'*infamia* di essere dichiarati eretici. Nella fattispecie l'*infamia* implica l'esclusione dei "dissidenti" dalle *ecclesiae (nec conciliabula eorum ecclesiarum nomen accipere)*³⁰.

Teodosio I afferma che in capo agli eretici incombono le punizioni divine, destinate ad essere seguite da ulteriori disposizioni imperiali. La prospettata connessione tra punizioni divine e legislative rivela l'onere di adottare *caelesti arbitrio* misure coercitive a carico degli *haeretici*, corruttori della *religio catholica* identificata con il dogma niceno.

²⁷ Per le indagini sul donatismo: W.H.C. Friend, "Donatismo", *NDPAC* 1/2006, 1481-1492. In ambito romanistico: oltre alle annotazioni di J. Gaudement "Actes de la conférence de Carthage en 411", *I (SC 194)*, Lyon 1976. V. le recenti osservazioni di M. Fiorentini, *Il giurista e l'eretico. Critica delle fonti e irenismo religioso nella prima età moderna*, Ariccia, Roma 2016, 38-128.

²⁸ Fondamentali risultano i contributi di M. Simonetti, *La crisi nel IV sec.*, Institutum Patristicum Augustinianum, Roma 1975; M. Simonetti, "Conflitti di potere nella controversia ariana: Antiochia Alessandria Roma", in: *Costellazioni geo-ecclesiali da Costantino a Giustiniano: dalle chiese 'principali' alle chiese patriarcali*, Institutum Patristicum Augustinianum, Roma 2017, 81-90.

²⁹ Nonostante la condanna nicena, in età preteodosiana gran parte dell'episcopato risulta aderente alle varie correnti ariane in entrambe le *partes* dell'impero, non soltanto tra i barbari. Per i rapporti tra *ecclesia catholica* e barbari stanziati nell'impero: G. Barone Adesi, "Ecclesia catholica in republica: sulla configurazione etnica delle ecclesiae dei barbari stanziati nell'impero romano", in: *Roma e Barbari nella tarda antichità* (ed. Stefano Giglio), Roma 2014, 111-120; P.O. Cuneo Benatti, "Alcune questioni giuridiche fra diritto romano e mondo barbarico nelle lettere di Sant'Agostino (Ep.10* e 46)", in: *Roma e Barbari nella tarda antichità* (ed. Stefano Giglio), Roma 2014, 139-174; S. Esder, "Deditio e battesimo. Sull'integrazione dei barbari nel tardo Impero romano", in: *Roma e Barbari nella tarda antichità* (ed. Stefano Giglio), Roma 2014, 21-32; T. Sardella, "Frontiere e superamento delle frontiere: cristianesimo e integrazione nelle 'Storie contro i pagani' di Orosio", in: *Frontiere della romanità nel mondo tardo antico*, (eds. Carlo Lorenzi, Marialuisa Navarra) Napoli 2016, 255-288.

³⁰ Giuridicamente le assemblee ereticali non costituiscono infatti *ecclesiae* ma *conciabula*. M.V. Escribano Paño, "The Social Exclusion of Heretics" in: *Droit, Religion et Société dans le Code Théodosien* (eds. Jean-Jacques Aubert, Philippe Blanchard), Université de Neuchâtel, Genève 2009, 39-66. Per il significato tecnico di *infamia* in CTh.16.1.2 vd. la critica di M. Fiorentini, (2016) 97., a A. Di Mauro Todini, *Aspetti della legislazione religiosa del IV secolo*, Università di Roma La Sapienza, Roma 1990, 133-134.

Il riferimento testuale ai vescovi di Roma e di Alessandria documenta come, nel tradizionale esercizio di *auctoritas* imperiale *de religione*, Teodosio I manifesti ossequio per le competenze episcopali, esclusive in ambito dogmatico e canonico, in sintonia con gli indirizzi costantiniani.³¹

4. Criteri probatori di adesione dell'episcopato orientale all'ortodossia nicena

Se CTh.16.1.2 enuncia quale *fides* debba essere professata da quanti vogliono essere legittimati a definirsi *Christiani catholici* (e priva di conseguenza, i “dissenzianti” del diritto di dichiararsi tali), CTh.16.1.3 documenta le difficoltà frapposte all'identificazione dei vescovi oppositori del dogma niceno e fornisce una possibile soluzione attraverso le seguenti disposizioni:³²

IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. AD AUXONIUM PROCONSULEM ASIAE. Episcopis tradi omnes ecclesias mox iubemus, qui unius maiestatis adque virtutis patrem et filium et spiritum sanctum confitentur eiusdem gloriae, claritatis unius, nihil dissonum profana divisione facientes, sed trinitatis ordinem personarum adsertione et divinitatis unitate, quos constabit communioni Nectari episcopi Constantiopolitanae ecclesiae nec non Timothei intra Aegyptum Alexandrinae urbis episcopi esse sociatos; quos etiam in Orientis partibus Pelagio episcopo Laodicensi et Diodoro episcopo Tarsensi: in Asia nec non proconsulari adque Asiana dioecesi Amphilochio episcopo Iconiensi et Optimo episcopo Antiocheno: in Pontica dioecesi Helladio episcopo Caesariensi et Otreio Meliteno et Gregorio episcopo Nysseno, Terennio episcopo Scythiae, Marmario episcopo Marcianopolitano communicare constituerit. Hos ad optinendas catholicas ecclesias ex communione et consortio probabilium sacerdotum oportebit admitti: omnes autem, qui ab eorum, quos commemoratio specialis expressit, fidei communione dissentiunt, ut manifestos haereticos ab ecclesiis expelli neque his penitus posthac obtinendarum ecclesiarum pontificium facultatemque permitti, ut verae ac Nicaenae fidei sacerdotia casta permaneant nec post evidentem praecepti nostri formam malignae locus detur astutiae. DAT. III KAL. AUG. HERACLEAE EUCHERIO ET SYNAGRIO CONSS.

³¹ Sui rapporti tra Costantino e i vescovi v. H.A., Drake, *Constantine and the Bishops. The Politics of Intolerance*, JHU Press, Baltimore 2002.

³² Al riguardo va rilevata non soltanto la diffusa presenza negli alti ranghi amministrativi dell'impero di funzionari pagani ma anche di governatori non in grado di individuare la sicura adesione all'ortodossia nicena da parte di vescovi assertori di sottili varianti teologiche comprensibili solo da esperti.

Nel legittimare all'esercizio delle funzioni pontificali esclusivamente i vescovi fedeli al dogma niceno-costantinopolitano, Teodosio I stabilisce il seguente criterio idoneo ad individuarli; devono essere riconosciuti ortodossi i vescovi in comunione sacramentale con omologhi noti per comprovata fedeltà all'ortodossia nicena³³. In apertura dell'elenco è posto Nettario di Costantinopoli, seguito da Timoteo di Alessandria. Per la diocesi orientale il legislatore fa riferimento ai vescovi di Laodicea e di Tarso, per l'Asia a quelli di Iconio e di Antiochia, per il Ponto ai vescovi di Cesarea, di Melitene e di Nissa. CTh.16.1.3 menziona, infine, un vescovo della Scizia e quello di Marcianopoli.

Promulgata ad un anno di distanza da CTh.16.1.2 la nuova disposizione teodosiana sottopone, dunque, a rigoroso controllo ecclesiastico l'effettiva adesione dei vescovi orientali all'ortodossia nicena³⁴.

Una volta allontanato da Costantinopoli il vescovo ariano Demofilo, il concilio convocato nel 381 dall'augusto nella capitale orientale³⁵ aveva attribuito al vescovo della città le prerogative ecclesiastiche romane:

Can. 3 del concilio costantinopolitano: Τὸν μὲν τοι Κωνσταντινουπόλεως ἐπίσκοπον ἔχειν τὰ πρεσβεῖα τῆς τιμῆς μετὰ τὸν τῆς Ῥώμης ἐπίσκοπον, διὰ τὸ εἶναι αὐτὴν νέαν Ῥώμην.

Il canone afferma, con icastica precisione, la *ratio* degli *honores* conferiti al vescovo della capitale orientale dell'impero: la città di Costantino è nuova Roma³⁶. La *Romanitas* della *polis* legittima la preposizione,

³³ G. Barone Adesi, "Primi tentativi di Teodosio il Grande per l'unità religiosa dell'Impero", in: *Atti 3. Convegno internazionale - Accademia Romanistica Costantiniana*, Libreria Universitaria, Perugia 1979, 53–54.

³⁴ In argomento le osservazioni di E. Doveve, "Législation théodosienne *de fide*: la choix conciliaire (années 435–449)", in: *Empire chrétien et Eglise aux IVe et Ve siècles*, (ed. Jean-Noël Ginoit), CERF, Paris 2008, 94–95.

³⁵ Com'è noto il Concilio convocato da Teodosio I a Costantinopoli nel 381 ha integrato il testo della professione di fede nicena per asserire la pari appartenenza dello Spirito Santo alla Trinità divina. Sul punto cfr. il testo, seppur datato, rimasto fondamentale di L.D. Davis, *The First Seven Ecumenical Councils (325-787). Their History and Theology*, M. Glazier, Wilmigton Del. 1983, 81–133.

³⁶ A. Di Berardino (ed.), *I canoni dei concili della chiesa antica*, Roma 2006, 42. In merito allo svolgimento del sinodo A. Kaldellis, "From Rome to New Rome, from Empire to Nation-State: Reopening the Question of Byzantium's Roman Identity", in: *Two Romes: Rome and Constantinople in Late Antiquity* (eds. Lucy Grig, Gavin Kelly), Oxford University Press, Oxford 2012, 387–404; C.W.B. Stephens, *Canon law and Episcopal Authority. The Canons of Antioch and Serdica*, Oxford University Press, Oxford 2015, 91, 191–192; A. N. McLynn, "Two Romes, Beacons of the Whole World: Canonizing Constantinople", in: *Two Romes: Rome and Constantinople in Late Antiquity* (eds. Lucy Grig, Gavin Kelly), Oxford University Press, Oxford 2012, 345–363; P. Blaudeau, "Between Petrine Ideology and Realpolitik: The See of Constantinople in Roma Geo-

in CTh.16.1.3, del vescovo di Costantinopoli all'omologo alessandrino³⁷. Il nuovo ordine di precedenza ecclesiastica pone, subito dopo Roma, Costantinopoli, seguita da Alessandria³⁸. I vescovi menzionati di seguito in CTh.16.1.3 risultano elencati in base a criteri territoriali, peraltro, non tanto determinati dalla preminenza canonica esercitata dalle relative sedi episcopali quanto dalla acclarata adesione dei loro titolari al dogma niceo-costantinopolitano. La costituzione rende manifesto l'indirizzo teodosiano volto a consolidare l'*auctoritas* teologica riconosciuta, nelle diocesi orientali dell'impero, a vescovi sostenitori di tale dogma. L'aspetto sembra non essere sfuggito a Socrate scolastico che attribuisce alla disposizione l'istituzione dei patriarchi cristiani³⁹. L'affermazione di Socrate, non riscontrabile già nella coeva *Historia Ecclesiastica* di Sozomeno⁴⁰, potrebbe risultare, solo in parte errata. L'affermazione dello scolastico potrebbe riflettere la concezione della funzione patriarcale, recepita in ambito cristiano nella prima metà del V secolo in seguito alla estinzione della dinastia patriarcale giudaica⁴¹.

La prospettiva perseguita da CTh.16.1.3 induce inoltre a ritenere che il riferimento di CTh.16.1.2 alla disciplina apostolica e alla dottrina evangelica, tradita ai romani dall'apostolo Pietro, promuova concezioni ecclesiastiche di *Romanitas* prodromiche delle prerogative papali⁴².

Teodosio I stabilisce, dunque, che solo la comunione con i vescovi menzionati legittima gli omologhi *ad optinendas catholicas ecclesias*. Di conseguenza i "dissenziati", dichiarati *manifestos haereticos*, dovranno

Ecclesiology (449–536)", in: *Two Romes: Rome and Constantinople in Late Antiquity* (eds. Lucy Grig, Gavin Kelly), Oxford University Press, Oxford 2012, 364–384.

³⁷ Per il vasto ruolo egemone esercitato dalla Chiesa alessandrina, ratificato dal concilio niceo del 325, nonché sulle successive tensioni con la *ecclesia* della capitale orientale v. le indagini condotte da P. Blaudeau, *Alexandrie et Constantinople (451–491) de l'histoire à la géo-ecclésiologie*, Ecole française de Rome, Roma 2006 e da E. Wipszycka, *The Alexandrian Church People and Institution*, The Journal of Juristic Papyrology, Warsaw 2015.

³⁸ La nuova precedenza modifica l'ordinamento niceo v. A. Di Berardino, "Organizzazione geografica delle comunità cristiane al tempo del concilio di Nicea (325)", in: *Costellazioni geo-eccliesialida Costantino a Giustiniano: dalle Chiese 'principali' alle Chiese patriarcali XLIII Incontro di Studiosi dell'Antichità Cristiana, (Roma, 7-9 maggio 2015)*, Institutum Patristicum Augustinianum, Roma 2017, 37–38.

³⁹ Socrate scolastico, HE 5,8.

⁴⁰ Sozomeno HE 7,9,6.

⁴¹ Sulla questione prospettata si veda da ultimo il contributo di G. Barone Adesi, "Contemplatione religionis. Prerogative patriarcali in CTh.16.8 e in C.1.1", in: *Armata Sapientia. Scritti in onore di Francesco Paolo Casavola in occasione dei suoi novant'anni* (ed. Lorenzo Franchini), Editoriale Scientifica, Napoli 2020, 44–52.

⁴² Sul punto P. Blaudeau, *Le Siège de Rome t l'Orient (448-536). Étude Géo-ecclésiologique*, l'Ecole Française de Rome, Roma 2012.

essere espulsi *ab ecclesiis* e privati della facoltà di svolgere ulteriormente funzioni episcopali. Volte a garantire la fedele adesione *verae ac Nicaenae fidei* le disposizioni intendono infine impedire, ovunque, stratagemmi diretti ad aggirare le perentorie prescrizioni imperiali.

5. La legittimazione imperiale di adunanze comunitarie acattoliche

Al prefetto del pretorio di Occidente risulta indirizzata, nel 386, la costituzione posta dai compilatori a chiusura del titolo:

IMPPP. VALENTINIANUS, THEODOSIUS ET ARCADIUS AAA. AD EUSIGNUM PRAEFECTUM PRAETORIO. Damus copiam colligendi his, qui secundum ea sentiunt, quae temporibus divae memoriae Constanti sacerdotibus convocatis ex omni orbe Romano expositaque fide ab his ipsis, qui dissentire noscuntur, Ariminensi concilio, Constantinopolitano etiam confirmata in aeternum mansura decreta sunt. conveniendi etiam quibus iussimus patescat arbitrium, scituris his, qui sibi tantum existimant colligendi copiam contributam, quod, si turbulentum quippiam contra nostrae tranquillitatis praeceptum faciendum esse temptaverint, ut seditionis auctores pacisque turbatae ecclesiae, etiam maiestatis capite ac sanguine sint supplicia luituri, manente nihilo minus eos supplicio, qui contra hanc dispositionem nostram obreptive aut clanculo supplicare temptaverint. DAT. X KAL. FEB. MEDIOLANO HONORIO NOB. P. ET EUDOXIO CONSS.

Promulgata da Valentiniano II, ancora fanciullo sottoposto a tutela della madre Giustina⁴³, la costituzione autorizza adunanze di quanti sostengono di aderire alle deliberazioni adottate dal concilio di Rimini del 359⁴⁴, riconosciute dal legislatore come destinate a rimanere in eterno vigenti, in quanto anche confermate dal concilio costantinopolitano del 360. Entrambi

⁴³ In merito alla influenza esercitata dalla imperatrice filoariana nella adozione del provvedimento v. I. Fagnoli, “La duplice conservazione di un testo normativo in tema di eresia: ‘summus error’ o scelta consapevole dei compilatori”, in: *Droit, Religion et Société dans le Code Théodosien* (eds. Jean-Jacques Aubert, Philippe Blanchard), Université de Neuchâtel, Genève 2009, 70.

⁴⁴ CTh. 16.2.10 fa riferimento alle deliberazioni adottate dal concilio appena menzionato in merito alle esenzioni fiscali dei patrimoni ecclesiastici. Il concilio legittima la tassazione dei patrimoni privati dei chierici. In argomento i contributi di C. Benincasa Pérez, “Accroissement et consolidation du patrimoine ecclésiastique dans le CTh. XVI”, in: *Empire chrétien et Eglise aux IVe et Ve siècle* (ed. Jean-Noël Ginoit), CERF, Paris 2008, 259–284 ; R. Delmaire, “Eglise et Fiscalité: le privilegium christianitatis et ses limites”, in: *Empire chrétien et Eglise aux IVe et Ve siècle*, (ed. Jean-Noël Ginoit), CERF, Paris 2008, 285–293.

i sinodi sono stati voluti dall'imperatore Costanzo II⁴⁵ per consentire la partecipazione a tutti i vescovi dell'impero. Il disegno di ristabilire l'unità della *ecclesia catholica*, sconvolta dalla diffusione degli insegnamenti di Ario o comunque di altri divergenti dal dogma niceno, aveva portato il legislatore a convocare in sinodo anche i fautori di dottrine avverse. Il riferimento a specifici concili generali, celebrati in Occidente (359), e di seguito in Oriente (360), intende legittimare, sulla base di indirizzi sinodali precedenti, le estensioni valentiniane di autorizzazioni di riunioni, accordate da imperatori ad oppositori del dogma niceno. Il ricorso ad attestazioni conciliari rivela come Valentiniano II abbia avvertito i pericoli, per la pace religiosa e sociale dell'impero, insiti in contestazioni radicali delle sussistenti comunità ereticali.

Per prevenire accuse di legiferare in contrasto con le prospettive ecclesiastiche l'augusto occidentale notifica, pertanto, a quanti rivendicano di essere gli unici cristiani autorizzati a riunirsi, che, ove risulteranno responsabili di fomentare disordini, in violazione a quanto è statuito in CTh.16.1.4, saranno incriminati per sedizione e turbativa della pace sociale. Incorsi nel *crimen maiestatis* subiranno, pertanto, torture fino allo spargimento di sangue e alla comminazione della pena capitale. La costituzione afferma, infine, che non minori punizioni colpiranno quanti cercheranno, in modo surrettizio o furtivo, di interporre suppliche per sfuggire alle disposizioni previste da CTh.16.1.4.

In evidente contrasto con le precedenti (CTh.16.1.2 e CTh.16.1.3), il sorprendente inserimento di CTh.16.1.4 nel *De fide catholica*, non è sfuggita agli studiosi⁴⁶. Relativamente di recente anche Mario Fiorentini ha definito CTh.16.1.4 “un corpo estraneo all'interno della compilazione teodosiana”⁴⁷. In merito a CTh.16.1.4 lo studioso sostiene che occorre estromettere dalla discussione oltre alla inaccettabile ipotesi di McLynn⁴⁸ anche l'attribuzione

⁴⁵ Per le posizioni teologiche assunte dall'imperatore ostile al dogma niceno, v. da ultimo I. Bodrožić, “ ‘Non recipit mendacium veritas, nec patitur religio impietatem’. La reazione di Ilario di Poitiers contro la legislazione dell'imperatore Costanzo” in: *Lex et religio, XL Incontro di Studiosi dell'Antichità Cristiana (Proceedings of the International Conference, Rome, 10-12 May 2012)*, Roma 2013, 521–533.

⁴⁶ Per un quadro delle diverse opinioni prospettate in argomento I. Fagnoli, (2009), 71–74

⁴⁷ “Soprattutto in un titolo essenziale come il primo del libro XVI, *De fide catholica*”, così M. Fiorentini, (2016), 84–85.

⁴⁸ Secondo la quale l'inserimento del provvedimento in CTh.16.1.4 sarebbe stata determinata dalla confusione, operata dai compilatori tra il sinodo costantinopolitano del 360 e il concilio svoltosi nella capitale orientale nel 381. N. McLynn, *Ambrose of Milan: Church and Court in a Christian Capital*, University of California Press, Berkeley 1994, 181 nt.84.

della recezione a interesse storico proposta da Archi⁴⁹. Non va inoltre trascurato rilevare come la costituzione valentiniana risulti geminata, nello stesso libro sedicesimo, in CTh.16.4.1. Non vi è dubbio che l'inserimento delle due *leges geminatae*, rispettivamente in CTh.16.1.4 e in CTh.16.4.1, suscitò perplessità in merito alle reali prospettive compilatorie riscontrabili in CTh.16.1. Peraltro CTh.16.4.1, mentre tralascia di menzionare i concili ricordati in CTh.16.1.4, sostituisce nella *subscriptio*, Costantinopoli a Milano, quale luogo di emanazione del provvedimento valentiniano. In entrambe le versioni rimane, invece, invariato il destinatario Eusigno, *praefectus praetorio* di Italia e di Illirico tra il 386 e il 387, non attestato negli stessi anni nella *pars Orientis*.

In merito alle rilevate differenze testuali Fiorentini ritiene esatto quanto sostenuto da Gaudemet: la costituzione milanese sarebbe stata depurata dalla cancelleria teodosiana del riferimento ai due concili per essere utilizzata contro le agitazioni religiose. Nella prospettiva l'alterazione della *subscriptio* avrebbe avuto la finalità pratica di cancellare qualsiasi connessione alla *occasio legis* per “conferire alla costituzione una patente di tutela della comunità cattolica”.⁵⁰ In altri termini il mutamento del luogo di pubblicazione ha determinato l'utilizzazione della costituzione milanese in funzione antiariana. L'alterazione potrebbe essere stata effettuata già al tempo di Teodosio I o, forse, dai compilatori propensi a porre una costituzione teodosiana⁵¹ in apertura del titolo *De his, qui super religione contendunt*.⁵²

Meno agevole pare, invece, ipotizzare la finalità perseguita dall'inserimento in CTh.16.1.4 della versione più ampia della costituzione. Al riguardo Elio Doveve fornisce una motivazione a giudizio di Fiorentini impeccabile sulla scelta compilatoria di geminare CTh.16.1.4. Lo studioso napoletano sostiene che il “fatto di conservare nel *De fide Catholica* un documento divenuto del tutto inefficace sul piano operativo e un testo dai riferimenti dogmatici non propriamente ortodossi può leggersi come una decisione consapevole della commissione di Teodosio. Una scelta scaturita non solo dall'interesse a preservare una legge “storicamente importante” ma anche una opzione di natura politica fondata, almeno così sembrerebbe di arguire vista la rubrica, su una *ratio* di spessore squisitamente ideologico.

⁴⁹ G. G. Archi, (1976), 164 anche se continua Archi “a noi lettori del XX secolo sfugge l'esatto motivo di questo interesse, che quantomeno agli uomini di Teodosio II doveva apparire degno di tutela”.

⁵⁰ M. Fiorentini (2016), 89.

⁵¹ Perché, ovviamente, la sostituzione della *subscriptio* ne avrebbe appunto determinato l'attribuzione a Teodosio.

⁵² Sul punto infra, nt. 59.

Conservare il semplice ricordo di una *constitutio* notoriamente ormai inapplicabile⁵³ e salvarne le importanti e generali affermazioni che da tempo avevano proclamato tutto l'impegno della imperiale *potestas* di difendere le decisioni dogmatiche dei vescovi avrebbe significato poter chiudere degnamente il primo titolo del libro XVI".⁵⁴

Più esplicitamente Fiorentini sostiene che la conservazione della costituzione di Valentiniano II e il suo inserimento nel Codice Teodosiano come CTh.16.1.4 doveva rispondere ad un'esigenza di politica legislativa che poteva trarre comunque forza dal dettato della costituzione ma rovesciandone il senso. E la chiave per la comprensione del problema dell'inserimento della legge di Valentiniano II nel Teodosiano sarebbe oltre ogni ragionevole dubbio costituita dalla clausola sanzionatoria.⁵⁵ Secondo Fiorentini, quindi, che "nella versione originaria l'*ecclesia* tutelata fosse quella ariana era passato in subordine rispetto all'equiparazione tra l'ordine imperiale, pace della chiesa (adesso cattolica e non più ariana, come nella versione originale) e fedeltà alla *maiestas* imperiale. Aldilà della identità di contenuto soprattutto sotto il profilo sanzionatorio, la differenza che separa Cth.16.4.1 da Cth.16.1.4 è lampante."⁵⁶ Nonostante le osservazioni di Fiorentini, però, il problema dell'inserimento della costituzione in CTh.16.1.4 pare ancora aperto,⁵⁷ perché affermare che fosse passata "in subordine" la

⁵³ A differenza di quanti ascrivono l'abrogazione di CTh. 16.1.4 a CTh. 16.5.15 I. Fargnoli (2009), 74–81, ne imputa, con argomenti convincenti, la caducazione a CTh. 16.5.16.

⁵⁴ E. Dove, 'Ius principale' e 'catholica lex', Jovene, Napoli 1999, 185–186.

⁵⁵ E precisamente "...si turbulentum quippiam contra nostrae tranquillitatis praeceptum faciendum esse temptaverint, ut seditionis auctores pacisque turbatae ecclesiae, etiam maiestatis capite ac sanguine sint supplicia luituri, manente nihilo minus eos supplicio, qui contra hanc dispositionem nostram obreptive aut clanculo supplicare temptaverint".

⁵⁶ M. Fiorentini (2016), 89.

⁵⁷ Sul punto, relativamente di recente, Iole Fargnoli ha rilevato che l'iterazione di una parte di CTh.16.1.4 in CTh.16.4.1 deve ascrivarsi ad una cosciente scelta dei compilatori dovuta alla presenza di due diverse versioni della costituzione, l'esemplare occidentale e quello orientale. I commissari teodosiani avrebbero optato per la conservazione di entrambe in quanto «nonostante la fede dell'Impero fosse quella nicena e tutte le eresie fossero state ripetutamente vietate dalla legislazione imperiale precedente alla compilazione, la costituzione di Valentiniano II, che forse in Occidente non fu mai esplicitamente abrogata, non solo era strettamente legata al dettato nientemeno che di due concili ma poteva anche dimostrare una sua utilità in un momento storico in cui le riunioni liturgiche ariane in Occidente non erano poi così infrequenti. Ma allora diventa plausibile che, nonostante la battaglia combattuta da Ambrogio contro l'arianesimo, la legge filoariana di Valentiniano II - perlomeno sul piano interpretativo - fosse ancora in vigore ai tempi della compilazione», così I. Fargnoli (2009), 82. A parte la difficoltà di comprendere precisamente cosa la studiosa intenda quando afferma che la legge di Valentiniano II "perlomeno sul piano interpretativo - avesse ancora, ai tempi della compilazione, un suo vigore". Nella sostanza,

circostanza che “nella versione originaria *l’ecclēsia* tutelata fosse quella ariana” a fronte della redazione di una “versione orientale” del provvedimento appare difficilmente condivisibile.⁵⁸ Potrebbe ipotizzarsi invece che i commissari teodosiani avrebbero voluto, per quanto possibile, separare l’interdizione di discussioni teologiche,⁵⁹ dalla legittimazione, ribadita dal legislatore in CTh.16.1.4, di riunioni comunitarie consentite dal legislatore ad avversari del dogma niceno intenti a sostenere di essere rimasti fedeli alle deliberazioni conciliari arminensi e costantinopolitane, adottate anche da vescovi *qui dissentire noscuntur* provenienti *ex toto orbe Romano*. Sulla *auctoritas* dei menzionati concili generali di tutto l’impero, Valentiniano II fonda la legittimazione, non solo legislativa ma anche ecclesiastica di adunanze comunitarie antinicene, autorizzate anche da precedenti augusti. L’enfatico riferimento di CTh. 16.1.4 a ‘tolleranti’ indirizzi conciliari promossi da Costanzo *divae memoriae* appare evocato, dunque, da Valentiniano II in opposizione a contestazioni ecclesiastiche volte a deplorare l’attenuazione di misure repressive antiereticali. Mentre esclude la ricezione di istanze avverse agli indirizzi legislativi affermati in CTh. 16.1.4, Valentiniano II sottopone alle massime pene i contestatori cristiani giungendo ad incriminarli per sedizione indirizzata a sconvolgere la pace sociale e religiosa dell’impero.⁶⁰

però, la situazione storica presupposta dalla Fagnoli che giustificerebbe l’inserimento in CTh.16.1.4 del provvedimento in esame sembrerebbe in sintonia con le conclusioni prospettate in chiusura del presente contributo.

⁵⁸ La funzione di politica legislativa ascrivita all’inserimento di CTh.16.1.4, da Dovere prima e da Fiorentini in seguito, non appare tuttavia disconoscibile. Enunciata nella predisposizione della sanzione, la necessità che i disordini vengano evitati perché compromettono tanto la pace della Chiesa quanto la fedeltà alla *maiestas* imperiale, costituisce la *ratio* che può avere indotto i commissari teodosiani a ritenere esemplare il provvedimento tanto da inserirlo, ovviamente depurato dai riferimenti ai concili ariani e “riorientato” dalla modifica della *subscriptio*, a fondamento del titolo IV *De his, qui super religione contendunt*.

⁵⁹ Affidata alla versione del provvedimento accolta in CTh.16.4.1, cfr. nt. prec.

⁶⁰ Quanto i compilatori abbiano avvertito l’estrema gravità dei frequenti disordini provocati in ambiti urbani da scorrerie realizzate da bande guidate da ecclesiastici intenti a sconvolgere la pacifica convivenza dell’*imperium* e della *ecclēsia* appare confermato dalla creazione compilatoria del titolo *de monachis* (CTh. 16.3). Emblematicamente inserito tra CTh. 16.2 (relativo ai chierici) e CTh. 16.4 (volto a denunciare i contestatori della *religio catholica*), il breve titolo documenta il fallimento della interdizione teodosiana ai monaci di recarsi in centri urbani, dove interferiscono sulla corretta amministrazione della giustizia. Lo stesso Teodosio deve revocare il divieto sancito nel 390 da CTh. 16.3.1 mediante CTh. 16.3.2 del 392 v. G. Barone Adesi, *Monachesimo Ortodosso di Oriente e Diritto Romano nel Tardo Antico*, Giuffrè, Milano 1989, 235–252. Sulla legislazione relativa agli asceti cristiani v. anche il bel contributo di S. Scarcella, “Condotta dei monaci

6. Fides catholica e limiti di legittimità acattolica

Anteriore a C.1.1 anche il titolo teodosiano *De fide catholica* proclama l'adesione legislativa alla ortodossia nicena⁶¹. Più conciso, rispetto all'omologo giustiniano, CTh.16.1 appare di notevole interesse per la recezione di disposizioni legislative non coerenti agli indirizzi riscontrabili in CTh.16.1.2.

La composizione di CTh.16.1 risulta effettuata mediante l'inserimento nel titolo di due costituzioni, emanate da Teodosio I per imporre l'ortodossia nicena nella *pars Orientis*. Le congiunte disposizioni adottate dal capostipite della dinastia teodosiana sono precedute e seguite da due *leges* occidentali dissonanti, per non dire in contrasto, rispetto alla *ratio* del titolo. Mentre la prima, promulgata da Valentiniano I, esonera dalla custodia dei templi pagani *homines Christianae religionis*, (quindi non soltanto i seguaci del dogma niceno), la quarta legittima indeterminati 'eretici', cioè antinicensi, a riunirsi, se autorizzati dal legislatore. A sostegno del provvedimento Valentiniano II, seguito dai compilatori teodosiani, adduce⁶² il precedente costituito dai concili generali convocati da Costanzo II *ex toto orbe Romano* per ristabilire l'unità della Chiesa, mediante la condanna delle posizioni contrapposte ritenute del tutto inconciliabili.

L'inserimento di CTh. 16.1.4, immediatamente di seguito a CTh. 16.1.2 e CTh. 16.1.3, attesta come la recezione compilatoria del riferimento valentiniano alle posizioni assunte da Costanzo possa indurre ad attribuire valore di auspicio al *volumus*, riscontrabile nella ingiunzione a tutti i popoli dell'impero di professare l'ortodossia nicena (CTh. 16.1.2). Benché pubblicati in Occidente, i provvedimenti adottati da Valentiniano II e recepiti in CTh.16.1.4 documentano, infatti, l'assenza di estensione a tutto l'impero, a partire dal 380, del progetto teodosiano tradito da CTh.16.1.2. Pare pertanto supponibile che la costituzione non solo allorché è stata emanata⁶³ ma anche al tempo della compilazione⁶⁴ abbia inteso ribadire il programma legislativo

e legislazione imperiale da Teodosio I a Giustiniano", *Bullettino dell'istituto di diritto romano 'Vittorio Scialoja'* 96-97/1993-1994, 315-342.

⁶¹ F. Grelle, "La disciplina delle confessioni religiose nella sistematica del 'Codex Iustinianus' e i profili teologici del potere normativo", *Vetera Christianorum* 47/2010, 85-98.

⁶² Oltre ad affermare di avere già emanato, così come precedenti legislatori, provvedimenti del genere.

⁶³ G.L. Falchi, "Église et Empire au IVe siècle: de l'Empire *laïc* à l'Empire *confessionnel*", in: *Empire chrétien et Eglise aux IVe et Ve siècle*, (ed. Jean-Noël Ginoit), CERF, Paris 2008, 131-153.

⁶⁴ Sulla duplice o anche triplice valenza del provvedimento in relazione all'epoca di emanazione o al periodo del suo inserimento nelle due compilazioni, tra gli altri, A. Di Mauro Todini (1990), 135-141 e M. Fiorentini (2016), 96-97.

de religione enunciato dal capostipite della dinastia teodosiana. Fondamentale nella concezione di CTh. 16.1, la *Cunctos populos* sembrerebbe, ancora nel 438, sollecitare, non imporre, a tutti gli eretici la perentoria adesione alla *fides catholica*. In contrasto con estremiste istanze ecclesiastiche, la recezione di CTh.16.1.4 a chiusura del titolo documenta come i compilatori abbiano considerato tanto i consolidati insediamenti di barbari ariani⁶⁵, in entrambe le parti dell'impero,⁶⁶ quanto la sussistenza di 'dissidenti' dalla *ecclesia catholica* (in linea di principio dichiarati dal legislatore 'eretici') autorizzati a riunirsi e a svolgere determinate attività, nei limiti stabiliti dal legislatore.⁶⁷ Una volta avvalorato il ruolo accordato da Teodosio I alla *fides Nicaena*, i compilatori hanno dunque ritenuto opportuno anche ribadire, nel medesimo titolo programmatico della legislazione religiosa, l'assoluta incontestabilità delle tradizionali competenze imperiali a disciplinare i diritti dei cittadini pure in base alle loro opzioni religiose.

Mentre la codificazione delle due costituzioni emanate in Oriente da Teodosio I (CTh.16.1.2 e CTh.16.1.3) ribadisce il ruolo conferito dal legislatore alla *fides Nicaena*, CTh.16.1.1 riafferma la illegittimità di imporre a qualsiasi cristiano la custodia di templi pagani. Plausibilmente priva di applicabilità al tempo della compilazione,⁶⁸ la disposizione parrebbe premessa dai compilatori a CTh. 16.1.2 per porre in ulteriore evidenza la svolta legislativa, a favore dei seguaci del dogma niceno, enunciata da Teodosio I mediante la *Cunctos populos*. In accordo con l'ipotesi avanzata la menzione in CTh. 16.1.1 del sostegno accordato dalla legislazione postgiuliana a tutti i cristiani potrebbe ritenersi introduttoria alla esclusiva identificazione dei 'cristiani' con gli aderenti al dogma niceno,⁶⁹ conforme agli insegnamenti trasmessi dall'apostolo Pietro ai romani. Il riferimento legislativo alla incorrotta trasmissione, nell'ambito della *ecclesia Romana*, della *fides evangelica et apostolica* consente a Teodosio I di dichiarare sussistenti nella *fides Nicaena* entrambi i requisiti tradizionali di:

⁶⁵ Per la presenza di ariani cfr. quanto evidenziato *supra* nt.58.

⁶⁶ L'aspetto non sfugge, peraltro, alla normativa canonica evidenziata da G. Barone Adesi (2014), 111–120.

⁶⁷ Emblematiche risultano in materia le articolate disposizioni poste dai compilatori a ricapitolazione del titolo in CTh. 16.5.65 v. da G. Barone Adesi, *Eresie "sociali" ed inquisizione teodosiana*, Aracne, Città di Castello 1986, 119–166. Sul titolo teodosiano *De haeretici* v. L. Cracco Ruggini, "Il Codice Teodosiano e le eresie", *Recueil de travaux* 55/2009, 21–37.

⁶⁸ A partire dal tempo di Costantino il legislatore vieta ai 'dissenzienti' dalla *ecclesia catholica* di dichiararsi cristiani.

⁶⁹ Sulla individuazione dei rispettivi status in relazione al credo professato M. Carbone, "La definizione dello 'status' di 'cristiano' o 'cattolico' e di 'eretico' In CTh. 16.1", *Teoria e Storia del Diritto Privato* 10/2017, 1–30

- 1) antichità (si tratta della *fides* trasmessa dall'apostolo Pietro ai romani);
- 2) etnicità (la *fides Nicaena* è ormai la *religio* propria di molti cittadini romani)

Professata dalla dinastia teodosiana, l'ortodossia nicena costituisce la *religio* destinata ad unire tutti i popoli dell'impero. In ottemperanza al disegno legislativo CTh. 16.1.3 enuncia criteri idonei a verificarne l'effettiva adesione da parte di tutti i vescovi della *pars Orientis*.

Una volta enunciati i principi dottrinali e normativi della professione della *fides catholica*, custodita dai romani, i compilatori hanno inserito CTh.16.1.4, a chiusura del titolo, per ribadire la tradizionale e incontestabile competenza imperiale de *religione* mediante la legittimazione di circoscritte attestazioni di dissenso dalla *fides Nicaena*.

In deroga a CTh.16.1.2 e, soprattutto, per contrastare contestazioni radicali di fattuale legittimazione acattolica,⁷⁰ il provvedimento risulta legittimato in CTh.16.1.4 sulla base di deliberazioni non solo imperiali ma anche ecclesiastiche. Il legislatore fa riferimento, infatti, ai provvedimenti adottati da Costanzo II e dai sinodi generali dell'episcopato di tutto l'impero, riuniti a Rimini nel 359 e a Costantinopoli nel 360.

L'inserimento di CTh.16.1.4 nel titolo *De fide catholica* induce a rilevare come la *Romanitas* della *ecclesia catholica* non risponda, nella recezione compilatoria di CTh.16.1.2, alla prospettiva di affermare la esclusiva legittimazione della ortodossia nicena, professata dalla *ecclesia* dell'urbe.

La *Romanitas* della *fides Nicaena* ribadisce la vigenza delle tradizionali competenze imperiali *de religione*. Pur ascrivibile a prospettive differenti, l'inserimento di CTh.16.1.1 e CTh.16.1.4 nel titolo *De fide catholica* converge, dunque, nel riaffermare la legittimazione imperiale a disciplinare normativamente tutte le comunità religiose della *res publica Romana*.

L'osservazione induce ad ascrivere a C.1.1.1, posta in apertura programmatica del *Codex repetitae prelectionis*, il definitivo conseguimento, da parte della *fides catholica Nicaena*, del ruolo di *religione ufficiale*

⁷⁰ Il legislatore era giunto addirittura ad irrogare la massima pena a chierici, monaci e seguaci autori di disordini manifestamente denunciati, verso la fine del IV secolo, da CTh. 9.40.15 e CTh.9.40.16. Entrambe le costituzioni dichiarano rei di sconvolgere l'ordine pubblico chierici e asceti pronti ad irrompere in aule giudiziarie per sospendere i processi. Gli esponenti cattolici incriminati sono inoltre accusati di effettuare blitz per sottrarre condannati alla irrogazione della pena capitale. Sulla questione v. A. Ducloux, "L'Église, l'asile et l'aide aux condamnés d'après la constitution du 27 juillet 398", *RHD* 69/1991, 143-151.

dell'impero romano.⁷¹ A differenza dal compatto titolo giustiniano relativo alla *fides catholica*, l'omologo teodosiano documenta, invece, le due seguenti prospettive:

1) la prima, posta ovviamente a fondamento del titolo, è basata sul programma di legislazione religiosa del capostipite della dinastia teodosiana, enunciato in CTh.16.1.2 e applicato in CTh.16.1.3. L'imperatore spagnolo riconosce come *fides Christiana* unicamente la ortodossia nicena professata dalla *ecclesia catholica* e custodita attraverso i secoli, senza alcuna alterazione, dalla *ecclesia Romana*;

2) la seconda, affermata in CTh.16.1.4, ribadisce la legittimità di adunanze comunitarie di non aderenti al dogma niceno, (esclusi, pertanto, dalla *ecclesia catholica*), se autorizzati dall'*imperium*.

Mariateresa Carbone

Associate Professor of Roman law, Department of Law, Economics and Sociology at Magna Graecia University Catanzaro

ON THE FORMATION OF THE TITLE DE FIDE CATHOLICA IN CODEX THEODOSIANUS

Summary

The purpose of this contribution is to identify the rules followed by the Theodosian editors whilst selecting the constitutions to be included in the first title of the XVI book, De fide catholica. CTh.16.1, in fact, results as being composed of two oriental constitutions, issued by Theodosius I in order to enforce the Nicenian orthodoxy in the pars Orientis of the Empire, and by two occidental leges, one preceding and the other following Theodosian requirements. Western constitutions seem at prima facie to be conflicting, not to say contrasting, with regards to the title's ratio. After a complete evolution of the regulations established by the before-mentioned imperial constitutions, we can conclude the following: with Theodosius I granting more power to the editors' role in the fides Nicaena, they decided it to be appropriate to reiterate the unquestionable traditional imperial authority to decide citizens' rights based also on their religious choices, in the same programmatic title for religion law.

Keywords: Custody of temples, Roman religion, Imperial orthodoxy, Peter's apostolic tradition, Non-Catholic cult legitimacy.

⁷¹ Come, del resto, emerge con evidenza da tutto il primo titolo della *repetita praelectio* del codice di Giustiniano v. le osservazioni di F. Grelle (2010), 85.

Маријатереза Карбоне

Ванредни професор Римског права, Одељење за право, економију и социологију, Универзитет *Велика Грчка*, Катанцаро

**О ФОРМИРАЊУ ПОГЛАВЉА *DE FIDE CATHOLICA*
У ТЕОДОСИЈЕВОМ КОДЕКСУ**

Сажетак

Сврха овог прилога је да идентификује правила којих су се придржавали Теодосијеви уредници приликом одабира конституција које ће бити укључени у прво поглавље XVI књиге, *De Fide Catholica*. C.Th.16.1, у ствари, бива састављена од две оријенталне конституције, које је издао Теодосије Први да би наметнуо никејско православље у источним деловима Царства, и од два западна закона, од којих једна претходи, а друга следи Теодосијеве захтеве. Чини се да су западне конституције на први поглед конфликтне, имајући у виду сврху поглавља. Након потпуне еволуције прописа утврђених претходно поменутиим царским конституцијама, можемо закључити следеће: како је Теодосије Први дао више овлашћења улози уредника у *fides Nicaena*, они су одлучили да је примерено поновити неупитну традиционалну царско овлашћење да одлучује о правима грађана на основу њихових верских избора, у истом програмском поглављу као и за верско законодавство.

Кључне речи: чување храмова, Римска религија, царско Православље, петровска апостолска традиција, оправдање некатоличких култова.

REFERENCES

Monograph, articles

- Arcaria F., Licandro, O., *Diritto romano. I. Storia costituzionale di Roma*, G. Giappichelli, Torino 2014.
- Archi G. G., *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli 1976.
- Barone Adesi G., *Eresie "sociali" ed inquisizione teodosiana*, Aracne, Città di Castello 1986.
- Barone Adesi G., *Monachesimo Ortodosso di Oriente e Diritto Romano nel Tardo Antico*, Giuffrè, Milano 1989, 235–252.

- Barone Adesi G., “Primi tentativi di Teodosio il Grande per l’unità religiosa dell’Impero”, in: *Atti 3. Convegno internazionale - Accademia Romanistica Costantiniana*, Libreria Universitaria, Perugia 1979, 53–54.
- Barone Adesi G., *Ricerche sui corpora normativi dell’impero romano. 1 – I corpora degli iura tardo imperiali*, Torino 1998.
- Barone Adesi G., “Contemplatione religionis. Prerogative patriarcali in C.Th.16.8 e in C.1.1”, in: *Armata Sapientia. Scritti in onore di Francesco Paolo Casavola in occasione dei suoi novant’anni* (ed. Lorenzo Franchini), Editoriale Scientifica, Napoli 2020, 44–52.
- Barone Adesi, G., “Ecclesia catholica in republica: sulla configurazione etnica delle ecclesiae dei barbari stanziati nell’impero romano”, in: *Roma e Barbari nella tarda antichità* (ed. Stefano Giglio), Roma 2014, 111–120.
- Benincasa Pérez C., “Accroissement et consolidation du patrimoine ecclésiastique dans le C.Th. XVI” in: *Empire chrétien et Eglise aux IVe et Ve siècle* (ed. Jean-Noël Ginoit), CERF, Paris 2008, 259–284.
- Bodrožić I., “‘Non recipit mendacium veritas, nec patitur religio impietatem’. La reazione di Ilario di Poitiers contro la legislazione dell’imperatore Costanzo” *Lex et religio, XL Incontro di Studiosi dell’Antichità Cristiana (Proceedings of the International Conference, Rome, 10-12 May 2012)*, Roma 2013, 521–533.
- Blaudeau P., *Alexandrie et Constantinople (451–491) de l’histoire à la géo-ecclésiologie*, Ecole française de Rome, Roma 2006.
- Blaudeau P., *Le Siège de Rome et l’Orient (448–536). Étude Géo-ecclésiologique*, l’Ecole Française de Rome, Roma 2012.
- Blaudeau P., “Between Petrine Ideology and Realpolitik: The See of Constantinople in Roma Geo-Ecclesiology (449–536)” in: *Two Romes: Rome and Constantinople in Late Antiquity* (eds. Lucy Grig, Gavin Kelly), Oxford University Press, Oxford 2012, 364–384.
- Blaudeau P., “Puissance ecclésiastique, puissance sociale: le siège alexandrin au prisme du Code Théodosien et des Constitutions Sirmondiennes”, in: *Droit, Religion et Société dans le Code Théodosien* (eds. Jean-Jacques Aubert, Philippe Blanchard), Université de Neuchâtel, Genève 2009, 87–110.
- Cameron A., *The Last Pagans of Rome*, Oxford University Press, Oxford 2011.
- Carbone M., “L’affidamento della tutela alla madre da Teodosio I (C.Th.3.17.4) a Giustiniano”, *Iuris Antiqui Historia* 5/2013, 121–136.

- Carbone M., “La definizione dello ‘status’ di ‘cristiano’ o ‘cattolico’ e di ‘eretico’ In CTh. 16.1”, *Teoria e Storia del Diritto Privato* 10/2017, 1–30.
- Canizar Palacio J.L., “La utilidad política y social del vocabulario religioso en la legislación del Teodosiano”, in: *Droit, Religion et Société dans le Code Théodosien* (eds. Jean-Jacques Aubert, Philippe Blanchard), Université de Neuchâtel, Genève 2009, 129–146.
- Crifò G., “Romanizzazione e cristianizzazione. Certezze e dubbi in tema di rapporto tra cristiani e istituzioni”, in: *I cristiani e l'impero nel IV secolo. Colloquio sul cristianesimo nel mondo antico* (eds. Giorgio Bonamente, Aldo Nestori), Università degli studi di Macerata, Macerata 1988, 75–106.
- Cracco Ruggini L., “Il Codice Teodosiano e le eresie”, *Recueil de travaux* 55/2009, 21–37.
- Cuneo Benatti P.O., “Alcune questioni giuridiche fra diritto romano e mondo barbarico nelle lettere di Sant’Agostino (Ep.10*e 46)”, in: *Roma e Barbari nella tarda antichità* (ed. Stefano Giglio), Roma 2014, 139–174.
- Dovere E., *‘Ius principale’ e ‘catholica lex’*, Jovene, Napoli 1999.
- Dovere E., “Législation théodosienne “de fide”: la choix conciliaire (années 435-449)” in: *Empire chrétien et Eglise aux IVe et Ve siècle*, (ed. Jean-Noël Ginoit), CERF, Paris 2008, 94–95.
- Delmaire R., “Église et Fiscalité: le privilegium christianitatis et ses limites”, in: *Empire chrétien et Eglise aux IVe et Ve siècle*, (ed. Jean-Noël Ginoit), CERF, Paris 2008, 285–293.
- Delmaire R., “La législation sur le sacrificies au IV siècle un essai d’interprétation”, *RHD* 8/2004, 319–333.
- Dagron J., *Naissance d'une capitale. Constantinople et ses institutions de 330 à 451*, Presses universitaires de France, Paris 1974.
- Di Mauro Todini A., “La difesa de l’orthodoxiedans la législation religieuse de Theodose le grand”, in: *Empire chrétien et Église aux IV et V siècles. Integration ou “concordat”? Le témoignage du Code Théodosien* (eds. Jean-Noël Guinot, François Richard), Paris 2008, 443–456.
- Di Mauro Todini A., *Aspetti della legislazione religiosa del IV secolo*, Università di Roma La Sapienza, Roma 1990.
- Di Berardino A., “Pietro II di Alessandria” in: *Nuovo Dizionario Patristico e di antichità cristiane* (ed. Angelo Di Berardino), Marietti, Genova–Milano 2008, 4076–4078.

- Di Berardino A., “Organizzazione geografica delle comunità cristiane al tempo del concilio di Nicea (325)”, in: *Costellazioni geo-ecclesiali Costantino a Giustiniano: dalle Chiese ‘principali’ alle Chiese patriarcali XLIII Incontro di Studiosi dell’Antichità Cristiana (Roma, 7-9 maggio 2015)*, Institutum Patristicum Augustinianum, Roma 2017, 37–38.
- Di Berardino A., (ed.), *I canoni dei concili della chiesa antica*, Roma 2006.
- Davis L.D., *The First Seven Ecumenical Councils (325-787). Their History and Theology*, M.Glazier, Wilmigton Del. 1983.
- Drake H. A., *Constantine and the Bishops. The Politics of Intolerance*, JHU Press, Baltimore 2002.
- De Giovanni L., *Costantino e il mondo pagano. Studi di politica e legislazione*, Napoli 1977.
- Desanti L., ‘*Sileat omnibus perpetuo divinandi curiositas*’: *indovini e sanzioni nel diritto romano*, Giuffre, Milano 1990.
- Ducloux A., “L’Église, l’asile et l’aide aux condamnés d’après la constitution du 27 juillet 398”, *RHD* 69/1991, 143–151.
- Dupont C., “La politique de Julien à l’égard du Christianisme dans les sources littéraires des IVe et Ve siècles après Jésus-Christ”, *AARC* 3/1979, 197–216.
- Escribano Paño V., “La costruzione de l’image de l’hérétique dans le Code Théodosien XVI”, in: *Empire chrétien et Eglise aux IVe et Ve siècle* (ed. Jean-Noël Ginoit), CERF, Paris 2008, 389–412.
- Escribano Paño M.V., “The Social Exclusion of Heretics” in: *Droit, Religion et Société dans le Code Théodosien* (eds. Jean-Jacques Aubert, Philippe Blanchard), Université de Neuchâtel, Genève 2009, 39–66.
- Esder S., “Deditio e batesimo. Sull’integrazione dei barbari nel tardo Impero romano”, in: *Roma e Barbari nella tarda antichità* (ed. Stefano Giglio), Roma 2014, 21–32.
- Falchi G. L., “Église et Empire au IVe siècle: de l’Empire “laïc” à l’Empire “confessionnel””, in: *Empire chrétien et Eglise aux IVe et Ve siècle* (ed. Jean-Noël Ginoit), CERF, Paris 2008, 131–153.
- Fargnoli I., “La duplice conservazione di un testo normativo in tema di eresia: ‘summus error’ o scelta consapevole dei compilatori”, in: *Droit, Religion et Société dans le Code Théodosien* (eds. Jean-Jacques Aubert, Philippe Blanchard), Université de Neuchâtel, Genève 2009, 67–85.
- Frend W.H.C., “Donatismo”, *NDPAC* 1/2006, 1481–1492.
- Fiorentini M., *Il giurista e l’eretico. Critica delle fonti e irenismo religioso nella prima età moderna*, Ariccia, Roma 2016.

- Fraschetti A., “Principi cristiani, templi e sacrifici nel codice Teodosiano e in altre testimonianze parallele”, in: *Diritto romano e identità cristiana. Definizioni storico-religiose e confronti interdisciplinari* (ed. Alessandro Saggioro), Carocci, Roma 2005, 123–140.
- Germino E., *Scuola e cultura nella legislazione di Giuliano l’apostata*, Jovene, Napoli 2004.
- Grelle F., “La disciplina delle confessioni religiose nella sistematica del ‘Codex Iustinianus’ e i profili teologici del potere normativo”, *Vetera Christianorum* 47/2010, 85–98.
- Gheller V., ” ‘Et tunc primum erubuit Damasus’. Damaso, i luciferiani e l’editto ‘cunctos populos’”, in: *Lex et religio, XL Incontro di Studiosi dell’Antichità Cristiana (Proceedings of the International Conference, Rome, 10–12 May 2012)*, Roma 2013, 129–157.
- Hunt D., “Christianising the Roman Empire: the evidence of the Code”, in: *The Theodosian Code. Studies in the imperial law of late antiquity* (eds. Jill Harries, Ian Wood), Bloomsbury Academic, London 2010, 143–160.
- Kaldellis A., “From Rome to New Rome, from Empire to Nation-State: Reopening the Question of Byzantium’s Roman Identity”, in: *Two Romes: Rome and Constantinople in Late Antiquity* (eds. Lucy Grig, Gavin Kelly), Oxford University Press, Oxford 2012, 387–404.
- Klein R., “Distruzione di templi nella tarda antichità. Un problema politico, culturale e sociale”, *AARC* 10/1995, 127–152.
- Licandro O., *Cives et peregrini. Città, cittadinanza, integrazione, mobilità sociale e certezza del diritto dall’età repubblicana alla Tarda Antichità. Studi epigrafici e papirologici II*, Jovene, Napoli 2022.
- McLynn N., *Ambrose of Milan: Church and Court in a Christian Capital*, University of California Press, Berkeley 1994.
- McLynn, N.A., “Two Romes, Beacons of the Whole World: Canonizing Constantinople”, in: *Two Romes: Rome and Constantinople in Late Antiquity* (eds. Lucy Grig, Gavin Kelly), Oxford University Press, Oxford 2012, 345–363.
- Moreno Resano E., “La definición jurídica de los cultos tradicionales en la legislación constantiniana”, in: ‘*Lex et religio*’. *XL Incontro di Studiosi dell’Antichità Cristiana (Roma, 10-12 maggio 2012)*, Roma 2013, 191–201.
- Rüpke J., *Religions of the Romans*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.
- Rüpke J., *From Jupiter to Christ. On the History of Religion in the Roman Imperial Period*, Oxford University Press, Oxford 2014.

- Saggiaro A., “ ‘Nomen Christianum’ e ‘nomina monstruosa’: paradigmi dell’identità nel Codice Teodosiano”, in: *Lex et religio, XL Incontro di Studiosi dell’Antichità Cristiana (Proceedings of the International Conference, Rome, 10-12 May 2012)*, Roma 2013, 345–360.
- Saxer V., Heid S., “Pietro apostolo”, in: *Nuovo Dizionario Patristico e di antichità cristiane* (ed. Angelo Di Berardino), Marietti, Genova-Milano 2008, 4068–4070.
- Sardella T., “Frontiere e superamento delle frontiere: cristianesimo e integrazione nelle ‘Storie contro i pagani’ di Orosio”, in: *Frontiere della romanità nel mondo tardo antico* (eds. Carlo Lorenzi, Maria-luisa Navarra) Napoli 2016, 255–288.
- Sargenti M., “Aspetti e problemi dell’opera legislativa dell’imperatore Giuliano”, *AARC* 3/1979, 323–381.
- Scarcella S., “Condotta dei monaci e legislazione imperiale da Teodosio I a Giustiniano”, *Bullettino dell’istituto di diritto romano ‘Vittorio Scialoja’* 96-97/1993–1994, 315–342.
- Seeck O., “Symmachus”, in: *Pauly-Wissowa’s Realencyclopädie* (eds. August Friedrich von Pauly et al.)
- Sini F., *‘Sua cuique civitati religio’ Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Giappichelli, Roma 2001.
- Simonetti M., *La crisi nel IV sec.*, Institutum patristicum Augustinianum, Roma 1975.
- Simonetti M., “Conflitti di potere nella controversia ariana: Antiochia Alessandria Roma”, in: *Costellazioni geo-ecclesiali da Costantino a Giustiniano: dalle chiese ‘principali’ alle chiese patriarcali*, Institutum Patristicum Augustinianum, Roma 2017, 81–90.
- Stephens C. W. B., *Canon law and Episcopal Authority. The Canons of Antioch and Serdica*, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Talamanca M., (ed.), *Lineamenti di storia del diritto romano*, Giuffrè, Milano 1989.
- Várhelyi Z., *The Religion of Senators in the Roman Empire. Power and the Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge 2010.
- Wipszycka E., *The Alexandrian Church People and Institution*, The Journal of Juristic Papyrology, Warsaw 2010.
- Zuccotti F., “Follia e ragione tra diritto pagano e mondo cristiano”, *AARC* 8/1990, 271–307.
- Zuccotti F., *Furor haereticorum. Studi sul trattamento giuridico della follia e sulla persecuzione della eterodossia religiosa nella legislazione del tardo impero*, Giuffrè, Milano 1992.

L'ELABORAZIONE DEL CONCETTO DI IUS NATURALE DA PARTE DEI GIURISTI ROMANI TRA POTERE PUBBLICO E CHIESA NEI PRIMI SECOLI DELL'IMPERO

Riassunto

Il diritto romano, fin dalle sue origini, presenta una evidente propensione all'universalità. Essa si manifesta chiaramente alla "fondazione" del sistema, nelle Costituzioni con cui Giustiniano accompagna il varo del CJC, ma rimonta senza dubbio indietro nel tempo, fino alla individuazione da parte dei romani del ius gentium, alla cui base viene riconosciuta la naturalis ratio. Lo statual-legalismo non è stato in grado di recidere questo cordone ombelicale con il diritto romano e con la ragione naturale che si pone a suo fondamento. Il diritto romano, vigente ancorché non più effettivo, costituisce il motore delle moderne codificazioni, e deve essere custodito dai moderni operatori del diritto come un vero e proprio patrimonio comune dell'umanità. Si crea così una sorta di ius naturale degli uomini, inteso in senso non escatologico, ma fondato sul modello costituito dagli homines. La salvaguardia dei valori da esso rappresentati, che ruotano intorno alla centralità della persona umana (bona fides, aequitas, libertas, voluntas ecc.) rappresenta la sfida che tutti noi, in quanto giuristi, dobbiamo dimostrare di essere in grado di raccogliere.

Parole chiave: diritto romano, ius civile e ius gentium, ius naturale e diritto naturale, universalità del diritto, sistema giuridico.

1. Giustiniano

Come è noto, con la Costituzione bilingue *Tanta-Dédoken*, emanata il 16 dicembre dell'anno 529 d.C., l'imperatore Giustiniano ordina la pubblicazione del Digesto, opera la cui compilazione era iniziata formalmente il 15 dicembre di tre anni prima (vd. Cost. *Deo auctore*), e che contiene il sapere giuridico elaborato nel corso di diversi secoli dai giuristi romani.

L'approccio fatto proprio da Giustiniano già nelle costituzioni introduttive all'opera mi pare renda evidente un netto distacco tra il modo in cui egli concepisce la compilazione a cui il suo ingegno stava dando vita

* Professore ordinario di Diritto romano, 'Sapienza' Università di Roma, antonio.saccoccio@uniroma1.it

e il *modus operandi* dei legislatori moderni: Giustiniano non ha di mira soltanto il benessere dei sudditi del proprio impero, ma pone come orizzonte del proprio operato anche e soprattutto quello delle future generazioni.¹

Infatti, l'imperatore, già nell'ordinare la compilazione dell'opera, aveva chiaro il disegno mirabile a cui questa tendeva, che non era solo la risoluzione di problemi contingenti di carattere giudiziario, o di insegnamento o, ancora, di sistemazione del materiale giuridico, ma rispondeva al più ampio progetto di edificare un vero e proprio tempio alla giustizia (*templum iustitiae*) e costruire quasi una cittadella del diritto.²

Lo stesso Giustiniano, poi, precisa (*Cost. Tanta*, 12) che questa sua opera non è diretta tanto a proporre un diritto perfetto ad uso dei contemporanei, ma è piuttosto destinata ad essere sostegno per gli uomini nel corso dei secoli futuri (*omni aevo tam instanti quam posteriori*).

Cost. Tanta, 12. *Omnipotentis Deo et hanc operam ad hominum sustentationem piis optulimus animis uberesque gratias maximae deitate reddimus, quae nobis praestitit et bella feliciter agere et honesta pace perpotiri et non tantum nostro, sed etiam omni aevo tam instanti quam posteriori leges optimas ponere.*³

Le riferite affermazioni mi pare costituiscano un significativo indizio del riconoscimento da parte dell'imperatore di una funzione quasi ecumenica della sua opera codificatoria, che del resto riflette quella propensione universalistica che è caratteristica precipua del diritto romano, fin dalle origini. Lo stesso Giustiniano intende il diritto romano, da lui 'codificato' nel Digesto, come non limitato spazialmente⁴ né temporalmente (*in*

¹ Sul punto vedi già G. G. Archi, *Giustiniano legislatore*, Il Mulino, Bologna 1970.

² *Const. Deo auctore* 5: *...oportet eam pulcherrimo opere extruere et quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consecrare...* Per le vicende che hanno accompagnato la codificazione e per il coinvolgimento in essa dei giuristi, basti in questa sede il rimando ad G. G. Archi, *Giustiniano legislatore*, Il Mulino, Bologna 1970; S. Schipani, "Premessa", in: *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione*, I (1-4) (ed. Sandro Schipani), Giuffrè, Milano 2005, 7-13; A. Cenderelli, "L'opera dei giuristi compilatori del Digesto", in: *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in memoria di G. Pugliese (1914-1955)* (ed. Letizia Vacca), Cedam, Padova 2008, 169.

³ "Con animo devoto abbiamo offerto a Dio onnipotente anche quest'opera, diretta a essere sostegno per gli uomini, e abbiamo reso abbondanti grazie al sommo Dio, che ci ha concesso sia di condurre felicemente le guerre, sia di godere di una pace onorevole, sia di proporre un diritto ottimo non solo per la nostra epoca, ma anche per quelle future, tanto imminenti quanto successive" Vedi S. Schipani (ed.), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione*, I (1-4) Giuffrè, Milano 2005, 47.

⁴ *Const. Tanta/Dédoken*, 24.

omne aevum valituras).⁵ Anche per questo, nella Costituzione *Deo auctore*, l'imperatore non manca di richiamare l'eternità come metro di misura dell'intera propria opera giuridica.⁶

Possiamo, di conseguenza, facilmente affermare che già nella mente di Giustiniano il patrimonio sapienziale costituito dal diritto romano, così come costruito nel corso di lunghi secoli da parte dei giuristi, forma un 'sistema',⁷ organico ed articolato, valido per il presente, ma aperto e orientato verso il futuro. Per tale sistema, è chiaro allo stesso Giustiniano come sia indispensabile riconoscere l'esistenza di un diritto comune tra tutti i popoli che abitano l'ecumene, noti o ancora ignoti, e che si potrebbero incontrare, in una prospettiva universalistica che le moderne contrapposizioni tra gli Stati e tra gli ordinamenti che dagli Stati derivano rendono faticoso, se non quasi impossibile, cogliere.

2. Ius civile

L'universalità del sistema giuridico costruito dalla sapienza dei giuristi romani, però, affonda le sue radici molto più indietro nel tempo rispetto a Giustiniano.

Sulla scorta delle fonti, possiamo affermare che il diritto romano nasce, sin dall'epoca della "fondazione giuridica" della *civitas*, come un diritto proprio dei *cives romani*: secondo le parole del giurista Pomponio, infatti, le XII Tavole "fondarono" la città con le leggi,⁸ e da esse cominciò

⁵ *Const. Tanta/Dédoken*, 23.

⁶ *Deo auctore* 14: *...ut codex consummatus et in quinquaginta libros digestus nobis offeratur in maximam et aeternam rei memoriam...* (... affinché questo codice completato e distribuito in ordine in cinquanta libri ci sia offerto in memoria, altissima ed eterna...) S. Schipani (ed.), 28.

⁷ Uso consapevolmente la parola latina '*Systema*' (che costituisce il calco del greco *sustēma*), la quale è presente già in *Const. Dédoken*, 7, ad indicare la raccolta (latino: *compilatio/digestum*) da Giustiniano stesso realizzata. Con essa, poi, intendo riferirmi al "sistema giuridico romanistico", cioè quel complesso di principi, istituti e norme che rimonta all'opera sapiente dei giuristi romani e che, con linee evidenti di continuità e discontinuità, giunge fino ai nostri giorni. Sull'individuazione del sistema giuridico romanistico, nonché sul sottosistema giuridico latinoamericano. P. Catalano, "Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina", *Roma e America. Diritto romano comune* 18/2004, 19.; S. Schipani, "Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto", *Roma e America. Diritto romano comune* 24/2007, 3–15; D. Esborraz, "La individualización del Subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanista (I)" *Roma e America. Diritto romano comune* 21/2006, 5. e D. Esborraz, "La individualización del Subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanista (II)", *Roma e America. Diritto romano comune* 24/2007, 33.

⁸ *Pomp. l. s. enchr.* D.1,2,2,4.

a scorrere (*fluere*) il diritto civile (*ius civile*), da intendersi come *ius proprium civium romanorum*,⁹ cioè un diritto riservato ai soli cittadini romani. È il cd. principio della personalità del diritto.

Ma di lì a poco, il riconoscimento di prassi commerciali ed economiche circolanti nel mondo ellenistico determinò anche a Roma la nascita, primariamente in via consuetudinaria,¹⁰ di una sorta di “diritto consuetudinario sovranazionale”,¹¹ che si sarebbe affermato, grazie soprattutto all’opera del pretore peregrino (242 a.C.), come un ordinamento comune a romani e stranieri. Si tratta del *ius gentium*, da intendersi come il diritto che *gentes humanae utuntur*.¹² È quindi errata la ricostruzione di chi sostiene che il pretore peregrino avrebbe da solo determinato la nascita di questo diritto ‘sovranazionale’, creando norme e istituti di *ius gentium*, che solo successivamente sarebbero stati ‘recepti’ nel *ius civile*.¹³

Si tratta di una parte assolutamente essenziale all’interno dell’ordinamento giuridico romano. Già Cicerone, nel riferirsi al noto episodio del giuramento di Attilio Regolo presso i cartaginesi rivendicava l’esistenza di *multa iura communia* tra i romani e i popoli confinanti, sia amici che nemici.

⁹ *Pomp., l. s. ench.* D.1,2,2,6; *Gai., l inst.* D.1,6,3; su questi problemi basti in questa sede il rinvio a S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, Giappichelli, Torino 2011. Ovviamente le parole di Pomponio non sono da prendere alla lettera, perché lo *ius civile*, fondato sui *mores* era ben presente anche prima delle XII Tavole: sul punto, nonché sul complesso rapporto XII Tavole/*mores*, G. Grosso, *Premesse generali al corso di diritto romano*, Giappichelli, Torino 1960, 84. (anche con riferimento alla contrapposizione *leges* e *ius civile*); F. Serrao, “Dalle XII Tavole all’editto del pretore”, in: *La certezza del diritto nell’esperienza giuridica romana. Atti del Convegno* (eds. M. Sargenti, G. Luraschi), Cedam, Padova 1987, 51; F. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell’età commerciale. Forme giuridiche di un’economia mondo*, Opedaletto, Pacini 2002, 265.

¹⁰ P. Frezza, “*Ius gentium*”, *RIDA* 1/1949, 259; G. Lombardi, *Sul concetto di “ius gentium”*, Apollinaris, Roma 1947; G. Lombardi, “Diritto umano e *ius gentium*”, *SDHI* 16/1950, 254.

¹¹ R. Cardilli, “*Societas vitae in cic. off. 3, 70 E obligatio consensu contracta*” *BIDR* 105/2011, 185.

¹² *Ulp., l inst.* D.1,1,1,4. L’affermazione è comune a molte altre fonti, giuridiche e non; tra queste ultime, cfr. *Isid. Etym.* 5,6 (...*et inde ius gentium, quia eo iure omnes fere gentes utuntur*); per i numerosi richiami alla *natura* e allo *ius naturale* come base di questo *ius gentium* vd. meglio *infra*, sub C.

¹³ L. Franchini, “*Osservazioni in merito alla recezione nel ius civile dei iudicia bonae fidei*”, in: *Actio in rem e Actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca* (ed. Luigi Garofal), Cedam, Padova 2011, 113.; in senso contrario, vd. esattamente, R. Fiori, “*Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della recezione dei iudicia bonae fidei*”, *BIDR* 101–102/1998–1999, 165; R. Fiori, “*La nozione di ius gentium nelle fonti di età repubblicana*”, in: *Scritti per A. Corbino*, (ed. Isabella Piro), Tricase 2016, 109.

Cic., *de off.* 3,108: ...*cum iusto enim et legitimo hoste res gerebatur, adversus quem et totum ius fetiale et multa sunt iura communia.*¹⁴

Secondo Cicerone, con il *legitimus hostis* ci accomunerebbe sia tutto il *ius fetiale* sia *multa iura communia*.¹⁵ Dal discorso di Cicerone possiamo ricavare due importanti conseguenze.

La prima conseguenza riguarda la possibilità per ciascun popolo (romani e stranieri) di usare il proprio diritto (*suis legibus uti*).¹⁶

La seconda conseguenza attiene invece al riconoscimento che il sistema è incompleto senza l'individuazione di un diritto applicabile anche ai non romani, di un diritto cioè "sovranazionale", che si fonda sugli elementi comuni che romani e peregrini condividono in quanto uomini, indipendentemente dalla effettività ad esso eventualmente garantita da un qualsiasi potere pubblico.¹⁷

3. *Ius gentium*

Il diritto che i romani stessi chiamano *ius gentium*, e che deriva da quelle prassi mercantili ed economiche che si applicano a Roma quando questa si apre sull'orizzonte commerciale del Mediterraneo, comincia dal III sec. a.C. ad essere introdotto a Roma, dove trova espresso riconoscimento grazie all'operato del *praetor peregrinus* a partire dal 242 a.C. Esso si muove secondo (almeno)¹⁸ due differenti (ma convergenti) direttrici.¹⁹

¹⁴ ...Si aveva a che fare, infatti con un nemico legittimo con il quale abbiamo in comune tutto il *ius fetiale* e molti altri diritti.

¹⁵ Sulla corretta portata del *ius fetiale* qui richiamato ("complesso di norme giuridico-religiose tipicamente romane"), nonché sulla possibile identificazione di questi *multa iura communia* con il *ius gentium* (su cui vd. *infra* nel testo), P. P. Catalano, *Linee del sistema sovranazionale*, Giappichelli, Torino 1965, 5. Sul tema è tornato di recente anche G. Turelli, *Audi Iuppiter. Il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana*, Giuffrè, Milano 2011.

¹⁶ Sul punto S. Schipani, "Riflessioni conclusive. Suis legibus uti/Avvalersi delle proprie leggi", in: *I diritti dei popoli indigeni in America Latina* (ed. Sabrina Lanni), Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2011, 439.

¹⁷ Sul punto vd. meglio *infra* nel testo.

¹⁸ Per classificazioni diverse da quella qui proposta, e ai nostri fini di minore rilievo, vd. M. Talamanca, "*Ius gentium – da Adriano ai Severi*", in: *La codificazione del diritto dall'antico al moderno, Incontri di studio – Napoli, gennaio-novembre 1996*, (ed. Elio Dove), Editoriale scientifica, Napoli 1998, 191., il quale distingue tra un significato descrittivo o sociologico di *ius gentium* (a suo avviso esemplificato da *Gai.*, 1,1) e uno dogmatico o normativo (*Gai.*, 3,93).

¹⁹ Per le varie accezioni secondo le quali è stato interpretato dalla dottrina il *ius gentium* vd. un rapido riassunto in F. De Martino, "Variazioni postclassiche del concetto romano di *ius gentium*", *Annali della Fac. di Giur. dell'Univ. di Bari* 6/1945, 109. Per

Secondo la prima direttrice, il *ius gentium* costituisce un vero e proprio *Völkerrecht* che vige come una sorta di *ius commune* tra popoli (diremmo noi oggi: tra Stati); si tratta di una sorta di diritto internazionale pubblico “*ante litteram*”, il quale, però, proprio perché si fonda sull’individuazione di elementi che accomunano tutti gli uomini, vige indipendentemente dall’esistenza o meno di trattati, vige anche a prescindere dall’esistenza di qualche autorità che ne produca ad effettività i risultati, vige anche nei confronti degli stranieri e dei nemici (perfino nei confronti degli odiati cartaginesi), marcando così una evidente differenza tra questo *ius commune* e il concetto moderno di diritto internazionale.²⁰

Seguendo la seconda direttrice, il *ius gentium* si può considerare come una sorta di *ius* (prevalentemente privato)²¹ che i romani reputavano *commune* tra tutti gli uomini,²² fondato su un elemento che accomuna l’intera umanità, e che è costituito da quella *naturalis ratio* che più volte le fonti (giuridiche e non) pongono a base di questa nozione di *ius gentium*.²³ Qui, per evidenti ragioni, prenderò in considerazione principalmente la seconda

l’impostazione delle varie questioni coinvolte. P. Frezza, (1949), 283; M. Kaser, *Ius gentium*, Böhlau, Köln–Weimar–Wien 1993, 3. ma per delle critiche tutt’altro che infondate v. R. Fiori, (1998–1999), 191. il quale pensa che la distinzione non dovrebbe essere intesa in senso troppo rigido, e senza dubbio non in senso originario: in principio, ci sarebbe stata “una originaria nozione giuridico-religiosa, al tempo stesso “normativa” e “teorica” in senso universalistico, dalla quale solo successivamente sarebbe scaturito una sorta di sdoppiamento.

²⁰ La bibliografia sul punto è sterminata. Mi limito a segnalare, nel senso riferito nel testo, dopo il lavoro fondamentale di P. Catalano (1965), 5 e 41, da ultimi, F. Gallo, “Bona fides e *ius gentium*”, in: *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno di internazionale di studi in onore di A. Burdese*, (ed. Luigi Garofalo), Cedam, Padova 2003, 117.; R. Fiori (2016), 134; per una opinione diversa, vd. però recentemente G. Falcone “Il rapporto *ius gentium*-*ius civile* e la *societas vitae* in Cic., off. 3,68–69”, *AUPA* 56/2013, 259.

²¹ “Privatrechtliche *ius gentium*” lo chiama M. Kaser, 12.

²² Contro la nutrita corrente dottrinarie che lo riteneva consistere in un diritto universale comune a tutti gli uomini è scagliato a colpi di interpolazioni F. De Martino (1945), 110 a giudizio del quale il *ius gentium* sarebbe consistito soltanto nel diritto che i romani ritenevano applicabile agli stranieri, e per questo definito comune con essi; al contrario, secondo G. Lombardi (1947), 3. nessuna fonte testimonierebbe di una accezione del *ius gentium* come riferita soltanto al diritto che i romani avrebbero essenzialmente riservato ai *peregrini*. Oggi non si dubita più che entrambe le concezioni siano presenti nelle fonti: M. Talamanca (1996), 91. In ogni caso, decisamente da rifiutare appare quella corrente dottrinarie che rappresenta quest’ultimo concetto (diritto riservato dai romani agli stranieri) come quello tecnico e originario, e il primo (diritto universale comune a tutti gli uomini), invece, come quello frutto di una astrazione compiuta da giuristi e filosofi. G. Lombardi (1947), 8.

²³ Per le fonti giuridiche vd. *infra* nel testo. Per quelle non giuridiche, *ex multis*, Cic., *de harusp. resp.* 32; Cic., *De off.* 3, 23.

delle due accezioni, ma non senza avvertire che il primo aspetto, che per lungo tempo è stato considerato quasi secondario dalla dottrina, riveste una importanza certamente non minore.

Si tratta del *ius gentium* che, come detto, Mario Talamanca chiama descrittivo o sociologico, contrapponendolo al *ius gentium* che egli chiama dogmatico o normativo, e che sarebbe costituito da quella parte del *ius civile* romano che si applica anche agli stranieri.²⁴

4. Cicerone

I due concetti di *ius civile* (inteso come *ius proprium civium romanorum*) e *ius gentium* (nella sopra riferita accezione “privatistica”, “descrittivo-sociologica”) sono tra loro distinti, ancorché tutt’altro che incomunicanti, almeno nel periodo del primo affermarsi di quest’ultimo.²⁵ Già Cicerone, riprendendo una opinione che egli stesso riconosce risalire ai *veteres*,²⁶ affermava che il *ius civile*, da lui evidentemente inteso, in questa prima accezione, in un senso assolutamente generale (*umfassend*),²⁷ si estendeva a comprendere anche il *ius gentium*, mentre non era vera la reciproca, esistendo un diritto civile (in senso stretto) che non può comprendere al suo interno il *ius gentium*, né essere in questo ricompreso.

Cic., *De off.* 3,69: *Hoc quamquam video propter depravationem consuetudinis neque more turpe haberi neque aut lege sanciri aut iure civili, tamen naturae lege sanctum est. Societas est enim – quod, etsi saepe*

²⁴ M. Talamanca (1996), 192. Sul punto, precisa opportunamente R.Fiori, (2016), 137. Che al tempo di Cicerone, mentre la funzione “normativa” del *ius gentium* aveva da tempo prodotto i suoi frutti, al contrario il processo di traduzione della nozione di *ius gentium* in categorie filosofiche era appena agli inizi.

²⁵ M. Kaser, 14.

²⁶ Nel testo subito appresso riportato Cicerone parla di “*maiores*”. Mi appare non revocabile in dubbio il fatto che nel linguaggio giuridico (che Cicerone non può non conoscere) il termine ha un chiaro ambito di riferimento ai giuristi delle generazioni precedenti; a mio parere è proprio a questi che Cicerone intende riferirsi nell’individuazione di un concetto (*ius gentium*) che egli stesso non può non riconoscere come giuridico. G. Grosso, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Giappichelli, Torino 1967, 57; R. Fiori (2016), 135. Non mi sfugge, però, che, a giudizio di altri studiosi con il termine Cicerone intenderebbe riferirsi più generalmente ai “predecessori” (our ancestors). G. Lombardi (1950) 258; F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, The Clarendon Press, Oxford 1953, 73. (Ma il termine si trova in latino, non tradotto, nella trad. it. dell’opera); G. Falcone, 272.

²⁷ M. Kaser, 15. Secondo il quale in questo impiego ciceroniano sarebbero compresi anche alcuni istituti del *ius gentium*.

*dictum est, dicendum est tamen saepius – latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes, interior eorum, qui eiusdem gentis sint, prior eorum, qui eiusdem civitatis. Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt: quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet.*²⁸

Cicerone ricorda in questo testo che alcuni comportamenti, sebbene non espressamente vietati dalla legge o dal diritto civile, lo sono dalla legge di natura; esiste, infatti, un vero e proprio legame societario (che potremmo definire corrispondente proprio alla *lex naturae*) che lega tra loro gli uomini, tutti gli uomini, a un livello superiore rispetto a quello costituito dalla *gens* o dalla *civitas*. Per questo, continua l'Arpinate, i *maiores* hanno riconosciuto²⁹ la distinzione del *ius gentium* che, evidentemente in quanto fondato sulla *lex naturae*, accomuna tutti gli uomini, dal diritto civile, il quale si applica solo ad alcuni: il primo è comune a tutti, e in questo senso deve³⁰ identificarsi e comprendere anche il secondo; il secondo ha una sua

²⁸ Sebbene io veda che questo modo di agire, a causa della depravazione indotta dalla consuetudine, non è considerato turpe per i costumi (*mos*), né è proibito dalla legge o dal diritto civile, tuttavia esso è stato vietato dalla legge di natura. Difatti la società più ampia (anche se lo abbiamo detto spesso, lo si deve, tuttavia, ripetere ancor più spesso) è quella che unisce tutti gli uomini fra loro, più ristretta quella tra uomini della stessa nazione, ancor più limitata quella tra uomini della stessa città. Perciò gli antichi giuristi vollero che il diritto delle genti e quello civile fossero differenti: il diritto civile non si identifica senz'altro con quello delle genti, ma quello delle genti deve essere anche civile.

²⁹ Su questa traduzione di “*voluerunt*” v. G. Lombardi (1947), 71.

³⁰ Secondo G. Beseler, “De iure civili Tullio duce ad naturam revocando”, *BIDR* 39/1931, 336, il *debet* non dovrebbe essere inteso in senso di doverosità (*Sollen*), ma piuttosto come un chiarimento concettuale (*Begriffsnotwendigkeit*); al contrario, sulla valorizzazione del *debet* come “dover essere”, si intrattiene soprattutto G. Lombardi (1947), 77 e nt. 2; anche F. Gallo, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Giappichelli, Torino 1997, 33, di una tensione, ingenerata dalla contrapposizione tra la *lex naturae* e la *depravatio consuetudinis*, tra “le aspirazioni un po' indistinte che, nella sua ipostasi etico-politica, l'oratore si limita, in sostanza, ad enunciare” e la “positività degli ordinamenti” si sofferma anche M. Talamanca, “La bona fides nei giuristi romani. “Leerformeln” e valori dell'ordinamento”, in: *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese* (ed. Luigi Garofalo), Cedam, Padova 2003, 149. Del resto che quello di “*natura*” sia un concetto bifronte (in senso ontologico e deontologico insieme), al punto da poter costituire un'arma a doppio taglio, è un punto chiaro agli stessi filosofi del diritto. A. Passerin d'Entrèves, *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, Milano 1980, 16, il quale (p. 39) parla dell'impiego da parte dei giuristi di un concetto giuridico e non filosofico di *ius naturale*, alla luce del quale quest'ultimo non appariva come “un sistema completo e bell'e pronto di norme, ma un mezzo di interpretazione”.

“anima” ristretta, che non si applica a tutti, ma solo *iis, qui eiusdem civitatis sunt*,³¹ e quindi non può ontologicamente comprendere il primo.³²

Mi pare possibile affermare, seguendo il discorso di Cicerone, che il *ius civile* accoglie al suo interno, espandendosi, il *ius gentium*, con tutto il suo portato di regole che sono considerate diritto presso tutti i popoli, soprattutto in merito a istituti come la compravendita, la locazione ecc.³³ Ricaviamo quindi una nozione di *ius gentium* come composto da un complesso di istituti, principi e norme, considerati nella loro positività, concretezza e storicità, e riscontrati come comuni presso tutti i popoli,³⁴ proprio in ragione di quella *lex naturae* richiamata all’inizio del discorso, che, sebbene non si esaurisca tutta nella “forma” del *ius gentium*, accomuna tutti gli uomini, in senso chiaramente universale.³⁵

In altre parole, come è stato brillantemente messo in luce, il discorso ciceroniano riflette la seguente situazione: all’interno dello *ius civile* vi sono regole, istituti, principi e norme propri dei romani e regole, istituti, principi

³¹ Sulla possibile distonia ingenerata dalla mancata corrispondenza tra i tre livelli di *societates* (*omnium inter omnes; eorum, qui eiusdem gentis sint* (*societas interior*); *eorum, qui eiusdem civitates* (*sint*) (*societas prior*)), e il dualismo *ius gentium-ius civile*, G. Falcone, 264. Secondo G. Lombardi (1947), 72, Cicerone collegava il *ius gentium* alla *societas omnium inter omnes* e il *ius civile* alla *civitas*, lasciando cadere il riferimento alla *gens*; al contrario, secondo B. Albanese, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Pubblicazioni del Seminario Giuridico dell’Università di Palermo, Tip. S. Montaina, Palermo 1978, 137, il *ius civile* si riferirebbe alle ultime due più ristrette *societates*. Secondo R. Fiori, (2016), 139., invece, il *ius gentium* costituisce “l’insieme delle regole poste dalla natura in quanto accolte nell’ordinamento”; residua pertanto una sfera di *lex naturae* che non è accolta dall’ordinamento, e per questo è materia dei soli filosofi; pertanto, non può sorprendere la sopra rilevata disomogeneità: per Cicerone, quindi, il *ius gentium* rientrerebbe quanto al suo “contenuto” positivo all’interno della *societas omnium inter omnes*, mentre per la “forma”, nella *societas eorum, qui eiusdem civitatis sunt*.

³² Il passo prosegue con alcune esemplificazioni e con un celeberrimo elenco dei *iudicia bonae fidei* (di probabile derivazione muciana. F. Bona, “Cicerone e i libri *iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola”, in: *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana, Atti di un seminario, Firenze 27-28 maggio 1983* (ed. Gian Gualberto Archi), Giuffrè, Milano 1985, 253. che ho scelto di non riportare, perché costituisce argomento non rilevante per il discorso qui svolto; sul punto, basti il rimando a G. Falcone, 259. Il quale richiama la bibliografia sul punto.

³³ R. Fiori (2016), 138.

³⁴ Così F. Gallo (2003), 119; G. Grosso, “*Syngraphae, stipulatio e ius gentium*”, *Labeo* 17/1971, 12.; al contrario, secondo G. Falcone, 263, l’oratore intenderebbe qui identificare in senso stretto lo *ius gentium* con la *lex/ius naturae*, sulla scorta di quanto si legge anche in altri luoghi della medesima opera (il riferimento è a *Cic., de off.* 3,23).

³⁵ Per una prospettiva secondo cui, in una chiave evidentemente universalistica, cioè aperta a tutti gli uomini e non solo ai *cives*, la *societas omnium inter omnes* qui richiamata si aggancia all’*oportere ex fide bona*, di cui lo stesso Cicerone parla poco dopo nella medesima opera (3,70). R. Cardilli, 195.

e norme che sono comuni a tutti i popoli; “queste ultime coincidono con la *lex naturae*, perché costituiscono quella parte delle *leges populorum* (per i romani: dello *ius civile*) che è tratta dalla *natura*”.³⁶

Lo stesso legame, forse ancora più saldo, tra *ius gentium* e *natura* si legge altri passi dello stesso oratore. Non è possibile riportarli qui tutti. Scelgo, *ex multis*, Cic., *De off.* 3,5,23.

*Cic., De off. 3,5,23 Neque vero hoc solum natura, id est iure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri.*³⁷

Afferma Cicerone che a nessuno è lecito danneggiare gli altri per il proprio vantaggio, non solo seguendo la natura, cioè (*id est*)³⁸ il *ius gentium*, ma anche per le *leges populorum* che esistono nelle singole *civitates*.

Anche qui, se pure non si voglia vedere una identificazione tra *ius gentium* e *natura*,³⁹ è indubbio ammettere quanto meno la derivazione dell'uno dall'altra.

D'altra parte è lo stesso Arpinate che parla, seppure in contesti più generali, di un diritto che “*non opinio genuit, sed quaedam in natura vis inseruit*”⁴⁰ e che il diritto “*in natura esse positum*”,⁴¹ laddove alla “*natura*” non va correlata una accezione trascendente,⁴² ma vanno piuttosto collegati

³⁶ R. Fiori (2016), 138.

³⁷ D'altra parte, questo non è stato stabilito solo dalla natura, cioè dal diritto delle genti, ma anche dalle leggi dei popoli, sulle quali si fonda, nelle singole città, il governo della cosa pubblica, affinché non sia permesso ad alcuno di nuocere agli altri per il proprio vantaggio.

³⁸ Sulla complessa tradizione manoscritta che esiste intorno a questo “*id est*” v. G. G. Lombardi (1947), 81.

³⁹ *Ibid.*, 82, secondo il quale mentre per Cicerone il *ius naturale* sarebbe un “diritto che vige solo idealmente”, il *ius gentium* sarebbe un diritto che “vige positivamente”. Al contrario, secondo B. Albanese, 137. E G. Anselmo Aricò, “*Ius publicum-ius privatum in Ulpiano, Gaio e Cicerone*”, *AUPA* 37/1983, 688. Il passo testimonierebbe di una equiparazione tra *ius gentium* e *natura* da parte di Cicerone, rappresentanti essi stessi l'ideale diritto, in contrapposto alla legge positiva (*ius civile*, inteso come concreta traduzione in *mores* e *leges* dei principi formulati nelle teorie dei filosofi, soli e veri interpreti della legge di natura).

⁴⁰ Cic., *De inv.* 2,161.

⁴¹ Cic., *De leg.* 1,34. Sulla differenza che passa, nel pensiero ciceroniano, tra l'essere il *ius civile a natura ductum, accomodatum* ecc. e il *ius naturale*, invece, *in natura positum, ex natura ortum, natura constitutum* ecc., G. Anselmo Aricò, 684.

⁴² A. Burdese, “*Ius naturale (diritto romano)*”, *NNDI* 9/1957, 385, il quale intende il *ius naturale* romano come quel “diritto positivo ricollegato alla natura intesa come realtà di fatto, senza coltivare, o per lo meno senza utilizzare in concreto, l'idea di un ordine ideale

i concetti di realtà, essenza, normalità,⁴³ intesi non in senso filosofico, ma così come desunti dall'osservazione del mondo esteriore al fine della "creazione" dell'ordinamento giuridico,⁴⁴ quasi come una spinta naturale dell'essere umano⁴⁵, fondata sulla *recta ratio*.⁴⁶

Si tratterebbe di una sorta di diritto naturale nel senso aristotelico (*dikaion fusikon*: vd. *Arist., Et. Nic.* 5,10), cioè una sorta di *lex naturae* identificabile con la *recta ratio*, *naturae congruens*, *diffusa in omnes*, *constans*, *sempiterna*.⁴⁷

trascendente, che possa o debba servire di ispirazione al diritto positivo pensato come a quello contrapposto". Esso non va neanche inteso in una prospettiva teleologicamente orientata, che aprirebbe la via ad indicare non quella che è la natura dell'uomo, ma "quella che, secondo le soggettive varianti che pure presso i giusnaturalisti allignano, dovrebbe essere tale natura", v. in modo chiaro, M. Talamanca (2003), 149.

⁴³ B. Biondi, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Giuffrè, Milano 1937, 158; B. Biondi, "La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustiniana", *RIDA* 3/1950, a giudizio del quale il termine indica per il periodo classico "quella realtà delle cose, quella necessità ineluttabile, che è presa in considerazione dal diritto", mentre una dimensione escatologica sarebbe stata introdotta soltanto dai giustiniani (concorde A. Burdese, 385, ma v. *contra* O. Robleda, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, Università Gregoriana Editrice, Roma 1979, 155.

⁴⁴ B. Biondi, „Interpretatio prudentium e legislazione”, *BIDR* 43/1935, 139. Lo stesso Cicerone ricorda che la legge di natura è una *non scripta, sed nata lex, quam non didicimus, accipimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus* (una legge non scritta, ma naturale, da noi né imparata né ereditata né letta, ma colta attinta ricavata dalla natura stessa) *Cic., Pro Milone*, 4,10. Essa è *vox naturae* che si forma sulla base del consenso di tutti (*consensus omnium*) *Cic., Tusc. disp.* 1,15,35. E che l'Arpinate a proposito della natura in questo contesto intenda riferirsi in primo luogo all'uomo e alla sua razionalità mi pare fatto chiaro da *Cic., De finibus bon. et mal.*, 5,9,26: ...*secundum naturam vivere, quod ita interpretemur: vivere ex hominis natura undique perfecta et nihil requirente...* Cfr. anche *Cic., De off.* 1,22; 1,100; 1,128; 3,13; *Cic., Cato maior de senectute*, 5: *naturam optimam ducem tamquam deum sequimur eique paremus*.

⁴⁵ Già il sofista Protagora affermava che "l'uomo è misura di tutte le cose, di quelle che sono, in quanto sono, di quelle che non sono, in quanto non sono": *Prot., Fragm.*, 80 B 1 (Diels-Kranz) *Diogene Laerzio*, 9,8,51.

⁴⁶ R.M. Pizzorni, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*, Pontificia Università Lateranense – Città nuova, Roma 1985, 86.

⁴⁷ *Cic., de rep.* 3,22,33 (che conosciamo grazie a *Lactant., Div. Inst.* 6.8.6): *est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnis, constans, sempiterna, quae vocet ad officium iubendo, vetando e fraude deterreat; Cic., De leg.* 1,18: *lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria*; tale *lex naturae ante nata est quam scripta lex ulla aut quam omnino civitas constituta* (*ibidem*, § 19); ma vd. anche *Cic., Pro Mil.* 4,10; *Cic., De off.* 3,27; *Cic., De inv.* 2,161: *naturae ius est, quod non opinio genuit, sed quaedam in natura vis insevit*; *Cic., De fin. bon. et mal.*, 3,71; ma soprattutto *Cic., De nat. deor.* 2,78 s.; 2,154: *Est enim mundus quasi communis deorum atque hominum domus aut urbs utrorumque; soli enim ratione utentes iure ac lege vivunt*; sul punto anche B. Albanese, 139.

5. Gaio

Se possiamo ad esaminare le testimonianze dei giuristi, sempre a proposito del *ius gentium* significative sono soprattutto le parole del giurista Gaio (II sec. d. C.), nel primo libro delle sue Istituzioni (*Gai.*, 1,1,1), raccolte nella sostanza da Giustiniano anche in D.1,1,9 (*Gai.*, 1 *inst.*), oltre che nelle sue stesse Istituzioni (I.1,2,1).

Gai.,1,1,1 *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque romanus partim suo proprio, partim communi omnium iure utitur.*⁴⁸

Secondo Gaio, tutti i popoli civili, cioè i popoli che si disciplinano in base a leggi e/o a *mores* (sono cioè esclusi i ‘barbari’) in parte usano il diritto loro proprio, in parte usano il diritto comune di tutti gli uomini: il primo, cioè quel diritto che ciascun popolo ha costituito per sé stesso, è chiamato ‘diritto civile’; il secondo, che si fonda sulla ragione naturale (*naturalis ratio*) ed è comune a tutti gli uomini, è chiamato ‘diritto delle genti’, quasi a volerne sottolineare proprio la comunità di uso tra tutte le genti. Anche qui, come nei sopra riportati passi di Cicerone, il fondamento del *ius gentium* sulla *natura/naturalis ratio* vuole indicare la logica naturale sprigionantesi dalla realtà delle cose:⁴⁹ in questo senso, ancora per Gaio i due concetti di *ius gentium* e *ius naturale* finiscono per essere l’uno lo specchio dell’altro, o, praticamente, per coincidere.

⁴⁸ Tutti i popoli che sono retti da leggi e costumi in parte usano il diritto loro proprio, in parte usano il diritto comune di tutti gli uomini. Infatti, quel diritto che ciascun popolo ha costituito esso stesso per sé, questo è proprio della cittadinanza stessa ed è chiamato “diritto civile”, come a dire “diritto proprio della cittadinanza stessa”. Invece, quel diritto, che la ragione naturale ha costituito tra tutti gli uomini, questo è custodito in modo uguale presso tutti i popoli, ed è chiamato “diritto delle genti”, come a dire “diritto di cui fanno uso tutte le genti”. Pertanto, il popolo romano fa uso di un diritto in parte suo proprio, in parte comune di tutti.

⁴⁹ O. Behrends, “Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. formulae in factum conceptae”, in: *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche* (eds. Cosimo Cascione, Carla Masi Doria), Editoriale Scientifica, Napoli 2002, 197; O. Behrends, “Che cos’era il *ius gentium* antico?”, in: *Tradizione romanistica e Costituzione* (eds. Luigi Labruna, Maria Pia Baccari, Cosimo Cascione), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006, 481.

Sono riflessioni che verosimilmente i giuristi romani mutuano dalla filosofia greca (possibilmente per il tramite di scrittori latini, come Cicerone o Seneca):⁵⁰ non è un caso, pertanto che Giustiniano, nel chiamare i giuristi ‘*sacerdotes*’, dica espressamente che la loro missione è quella di essere seguaci della ‘vera filosofia’.⁵¹

6. Fine del periodo classico

La bipartizione *ius civile-ius gentium* solo apparentemente entra in crisi allorché, alcuni decenni dopo, Ulpiano conia la tripartizione tra *ius civile*, *ius gentium* e *ius naturale*: D.1,1,1,2-4 *Ulp.*, 1 *Inst.*

D.1,1,1,2-4 Ulp., 1 *Inst.* 2. ...*Privatum ius tripartitum est: collectum enim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.* 3. *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censer.* 4. *Ius gentium est, quod gentes humanae utuntur; quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune est.*⁵²

Il passo è stato per lungo tempo ritenuto interpolato, pretendendo di ridurre la tricotomia ulpiana ad una dicotomia corrispondente a quella di Gaio: si riteneva, infatti, che Ulpiano non avesse la capacità scientifica di

⁵⁰ Per una derivazione dallo stoicismo v. L. Winkel, “Einige Bemerkungen über ius naturale und ius gentium”, in: *Ars boni et aequi. Fs. für W. Waldstein zum 65. Geburtstag* (eds. M.J. Schermaier, Z. Végh), Steiner, Karlsruhe 1993, 442.

⁵¹ W. Waldstein, “Zum Problem der vera philosophia bei Ulpian”, in: *Collatio iuris romani. Études dédiées à H. Ankum à l’occasion de son 65e anniversaire* (eds. L. Winkel et al.), J.C. Gieben, Amsterdam 1995, 607.

⁵² “2. ... Il diritto privato è tripartito: è composto, infatti, da precetti naturali, o delle genti o civili. 3. Il diritto naturale è quello che la natura ha insegnato a tutti gli esseri animati: infatti, questo diritto non è proprio del genere umano, ma è comune a tutti gli esseri animati che nascono in terra, in mare, ed è comune anche agli uccelli. Da qui deriva l’unione del maschio e della femmina, la quale unione noi chiamiamo matrimonio; da qui deriva la procreazione dei figli; da qui l’educazione. Vediamo, infatti, che anche tutti gli altri esseri animati, comprese le fiere, sono valutati in base alla esperienza che abbiamo di questo diritto. 4. Il diritto delle genti è quello di cui le genti umane fanno uso. Si può capire facilmente che esso si discosta dal diritto naturale, poiché il diritto naturale è comune a tutti gli esseri animati, mentre il diritto delle genti è comune ai soli uomini tra loro»: cfr. *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, I (1-4), 77 s. L’impianto del brano coincide nella sostanza con quello del cd. *Fragmentum Dositheanum* (v. FIRA, II, 618), che non è possibile qui approfondire.

innovare in maniera così originale sul punto.⁵³ L'ipotesi non appare più persuasiva al giorno d'oggi,⁵⁴ anche considerando che lo stesso testo si incontra, con pochissime varianti, nelle Istituzioni di Giustiniano.⁵⁵

Secondo il giurista severiano, il diritto privato raccoglie precetti del diritto naturale, delle genti e civili; il *ius naturale* è comune a tutti gli uomini e anche agli animali, mentre il *ius gentium* solo alle *humanae gentes*.

La ragioni empiriche del passaggio dalla bipartizione alla tripartizione le spiega lo stesso Ulpiano, in un passo che i Giustinianeî hanno staccato di poco dal precedente, ma che originariamente faceva parte dello stesso contesto narrativo, cioè il primo libro delle Istituzioni di Ulpiano: D.1,1,4 pr.-1 *Ulp., 1 Inst.*

*D.1,1,4 pr.-1 Ulp. 1 inst. Manumissiones quoque iuris gentium sunt. Est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis: nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate. 1. Quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esse incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis.*⁵⁶

In questo luogo il giurista severiano, pur non disconoscendo che il *ius gentium* si fonda sulla *naturalis ratio*, afferma che è necessario individuare un *genus* più ristretto, il *ius naturale*, che la natura ha insegnato

⁵³ In questo senso già G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, J.B.C. Mohr, Tübingen 1913, 131, 143.

⁵⁴ B. Albanese, 140.

⁵⁵ Non si dimentichi poi che chi voglia smontare la tricotomia in Ulpiano è costretto ad attaccare anche D.1,1,4 (v. subito dopo nel testo), dove essa è data per presupposta: non appare verosimile, infatti, ipotizzare che l'intero ragionamento ivi condotto dal giurista severiano costituisca il frutto delle speculazioni dei compilatori. Lo stesso, *mutatis mutandis*, può essere detto a proposito di D.1,1,5 (vd. *infra* nel testo), dove in quale modo la separazione tra *ius gentium* e *ius naturale* sembra data in qualche modo per acquisita da Ermogeniano. Poco convincente appare altresì anche l'ipotesi G. Lombardi (1947), 197. Che l'interpolatore sarebbe un ignoto giurista postclassico, al quale i Giustinianeî avrebbero attinto per entrambi i testi.

⁵⁶ "Anche le manomissioni appartengono al diritto delle genti. La mano-missione è la dismissione dalla soggezione a quella potestà chiamata "mano": si tratta, cioè, della concessione della libertà: infatti, fintantoché qualcuno è in servitù, è sottoposto alla "mano" e alla potestà altrui; se poi è manomesso, è liberato dalla potestà. Ciò prese origine dal diritto delle genti, in quanto secondo il diritto naturale tutti nascerebbero liberi, e non sarebbe nota la manomissione, essendo sconosciuta la servitù; ma poi, dopo che la servitù si diffuse secondo il diritto delle genti, seguì il beneficio della manomissione" *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, I (1-4), 2005.

agli uomini e agli animali,⁵⁷ perché mentre per il diritto naturale tutti gli uomini sono nati liberi, è il *ius gentium* che ha introdotto la schiavitù.

Sulla stessa linea d'onda, alcuni anni dopo, il giurista Ermogeniano, con un ragionamento che si trova ripetuto anche nelle Istituzioni giustiniane, ⁵⁸ può affermare che è solo grazie al *ius gentium* (così parzialmente distinto dallo *ius naturale*) che sono state introdotte le guerre, divisi i popoli, posti i confini ai possedimenti ecc.

D.1,1,5 *Herm. I iur. ep.: Ex hoc iure gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutæ: exceptis quibusdam quæ iure civili introductæ sunt.*

Tali costruzioni, che separano per alcuni fini specifici *ius gentium* e *ius naturale*, non appaiono in grado di smontare l'equivalenza tra *natura* (o *naturalis ratio*) e *ius gentium* che sopra abbiamo visto emergere nettamente dalle fonti citate. Esse, semmai, dimostrano non tanto che il *ius naturale* fosse avvertito dai giuristi come un concetto puramente filosofico di ispirazione peripatetica e invece il *ius gentium* come un concetto dal significato pratico-giuridico, di ispirazione stoica;⁵⁹ quanto piuttosto dimostrano come l'asseverazione fosse da essi stessa avvertita come non perfetta, potendosi verificare casi in cui il *ius gentium* si discostasse da quella *natura*, che comunque ne costituiva senza dubbio alcuno il fondamento.⁶⁰

In altre parole, lo scollamento che in alcuni casi isolati Ulpiano (e anche Ermogeniano) coglie tra *natura* e *ius gentium* non appare in grado di

⁵⁷ La frase *quod natura omnia animalia docuit* ha da sempre destato innumerevoli polemiche, in quanto si è ritenuto assurdo che il giurista severiano pensasse ad un diritto in favore degli animali v. già A. Rosmini, *Filosofia della politica*, I, cap. 4, Milano 1858, 88., il quale riteneva che i giuristi romani sul punto fossero incappati in un equivoco; ma poi anche S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, Athenaeum, Roma 1928, 103, il quale la definisce una frase "puerile e inutile"; E. Albertario, "Sul concetto di *ius naturale*", *Rend. Reale Ist. Lomb. di scienze e lett.* 57/1924, 168, il quale la definisce scipita; G. Grosso (1967), 56, per il quale la frase sarebbe una «vaga enunciazione teorica; anche Albanese e Biondi, nei vari scritti più volte citati nel corso della trattazione; per una argomentata posizione contraria, v. però ora P.P. Onida, *Prospettive romanistiche del diritto naturale*, Jovene, Napoli 2012, 83., il quale adeguatamente discute anche le posizioni a lui contrarie.

⁵⁸ I.1,2,2.

⁵⁹ È questa la tesi di L. Winkel, 442. ma per altri legami di questi concetti con la filosofia greca vd. anche *supra*, nt. 61.

⁶⁰ È questa la posizione a mio avviso condivisibile di Biondi, espressa nei vari scritti sopra citati; sul punto, anche, in senso analogo, G. Nocera, *Ius naturale nella esperienza giuridica romana*, Giuffrè, Milano 1962, 30.

inficiare il fondamento di quest'ultimo sopra quella *naturalis ratio* che ne costituisce l'ancoraggio e il caposaldo.

7. La centralità della persona umana

Alla luce di quanto affermato finora, possiamo concordare con l'opinione di chi riteneva che il *ius gentium*, applicabile *ad omnes gentes*, costituisse al tempo dei romani "la più importante manifestazione dell'idea universale nel campo del diritto".⁶¹ Ad esso potremmo addirittura forse estendere quelle caratteristiche di corrispondenza al *bonum et aequum* immutabile,⁶² di incorruttibilità e immodificabilità che Gaio e Paolo riportano al *ius naturale*.⁶³

Il fondamento di questo modello, nonché della universalità che vi è posta alla base, non va però, a mio avviso, identificato in una impostazione che lascia "residui giusnaturalistici", secondo l'obiezione che già Orestano deferiva ai fautori del metodo cd. dogmatico nello studio del diritto romano.⁶⁴ Si tratta piuttosto di riconoscere e valorizzare l'affermazione del giurista Ermogeniano, per cui "*hominum causa omne ius constitutum est*".⁶⁵

⁶¹ B. Biondi, "Aspetti universali e perenni del pensiero giuridico romano", *JUS* 2/1956, 192.

⁶² E di conseguenza è il diritto stesso, se si orienta secondo i parametri del *bonum et aequum*, a finire per coincidere con il *ius naturale*. W. Waldstein, 101.

⁶³ D.1,1,11 *Paul.*, 14 *ad Sab. Ius pluribus modibus dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum et bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. Altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile* (Si dice "diritto" in più modi: in un modo, quando si dice "diritto" quel che è sempre buono ed equo, come è il diritto naturale; in altro modo si dice "diritto" ciò che è utile a tutti o ai più in ciascuna città, come è il diritto civile: *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, I (1-4), cit., 79 s.); *Gai.* 1,158 *Sed agnationis quidem ius capitis deminutione perimitur, cognationis vero ius eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest*; D.4,5,8 *Gai.*, 4 *ad ed. prov. Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest. Itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilo minus durat etiam post capitis deminutione* (È palese che quelle obbligazioni che si ritengono avere ad oggetto una prestazione naturale, non si estinguono per il peggioramento della condizione giuridica, poiché la ragione civile non può intaccare i diritti fondati sulla natura. Pertanto, l'azione dotale, poiché è stata concepita sulla base del buono e dell'equo, permane non di meno inalterata anche successivamente al peggioramento della condizione giuridica: *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, I (1-4), 2005, 338).

⁶⁴ R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Giappichelli, Torino 1963, 420, 460.

⁶⁵ *Hermog.*, 1 *iur. epit.* D.1,5,2: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu... dicemus.*

Già Donello,⁶⁶ nel ricordare proprio D.1,1,1,2 riportato nel § precedente, affermava che il diritto romano riguarda anche i popoli presso i quali esso non sia vigente in quanto “proprio”, perché il diritto delle genti e il diritto naturale vincolano tutti.⁶⁷

La centralità della persona umana come colonna portante dell'intero sistema conduce evidentemente al riconoscimento di alcuni principi di portata chiaramente universalistica, che l'elaborazione scientifica degli *iuris periti* non tarda a individuare all'interno del sistema medesimo,⁶⁸ riconoscendoli come colonne portanti: così l'*humanitas*, la *fides bona*, l'*aequitas*, la *voluntas*, la *libertas*, l'eguaglianza sostanziale; la causalità nei contratti; il *favor debitoris*; la lotta contro le usure e gli usurai ecc. costituiscono un patrimonio comune per i giuristi odierni proprio grazie al riconoscimento che di essi hanno fatto i giuristi romani nell'ambito del sistema.⁶⁹

8. La universalità del diritto romano

Dal combinarsi di tutti gli elementi sopra descritti, viene riconosciuta già a Roma l'esistenza di un diritto comune a tutti gli uomini (*ius gentium*), che è antico come l'uomo, proprio perché si fonda su quella *naturalis ratio* che i giuristi vi riconoscono alla base.⁷⁰ E in questo senso, con le precisazioni sopra addotte, possiamo fare nostra la frase di un famoso studioso della filosofia del diritto: “fu merito del diritto naturale se il modesto corpo di leggi di una piccola comunità contadina della penisola italyca divenne la legge universale di una civiltà mondiale”.⁷¹

Gli *iura populi Romani*, da cui siamo sopra (§ 1) partiti, vanno pertanto intesi come “complessi” di norme giuridiche del popolo romano, i quali però sono elaborati e rielaborati in un sistema coerente, in uno *ius*

⁶⁶ H. Donellus, *Commentarii de iure civili*, Bauer et Raspe, 1822, 140.

⁶⁷ Ciò in quanto, continua lo stesso Donello: *Prima illa naturae praecepta et rectae rationis, ad quam fere a nostris omnia exiguntur, sunt eiusmodi quae omnibus nota esse debent, et quibus omnes obtemperare debent*; sul punto, anche A. Guzmán Brito, *Ratio scripta*, Vitorio Klostermann, Frankfurt am Main 1981, 141.

⁶⁸ “The jurists then called a rule natural when it seemed to them in conformity with either the physical condition of man or his normal conduct or expectation in social relation”. E. Levy, “Natural Law in Roman Thought”, *SDHI* 15/1949, 53.

⁶⁹ Per una visione di sintesi, soprattutto S. Schipani, “Ius romanum commune ed eguaglianza tra i popoli nelle prospettive del BRICS”, *Roma e America. Diritto romano comune* 33/2012, 293.

⁷⁰ “La universalità del diritto romano deriva dunque da quelle stesse fonti del *ius gentium*”. S. Riccobono, “La universalità del diritto romano”, in: *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker* (ed. F. Calasso), Giuffrè, Milano 1954, 11.

⁷¹ A. Passerin d'Entrèves, 20.

*romanum commune*⁷² nel quale i diversi contributi si inseriscono in “armonia” (*consonantia*)⁷³ sulla base dei principi di fondo che lo guidano,⁷⁴ e dei quali “la definizione stessa del diritto è la sintetica prima enunciazione”:⁷⁵ “il diritto è il sistema di ciò che è buono ed equo”, parafrasando le parole del giurista Giuvenzio Celso (II sec. d.C.).⁷⁶

Nell’esaminare il lascito del diritto romano, è quindi possibile, anzi doveroso, astrarre dalle accidentalità epifenomeniche e contingenti legate alla società nella quale esso ha trovato la sua prima elaborazione concettuale, per individuare quei “dogmi generali”, quegli aspetti “non contingenti ma universali” che ne costituiscono la base, quei “valori particolari, ma permanenti, razionali e pratici insieme, e quindi descrivibili nel loro essere e nel loro divenire”.⁷⁷ Indubbiamente, un diritto che si fonda su “quelle consuetudini naturali delle popolazioni che si unirono a Roma e rimasero sempre attive e prevalenti” deve avere necessariamente natura universale.⁷⁸ Sgombrato il campo dagli *idola temporis e loci*, “quello che perdura è l’esigenza che il diritto abbia a corrispondere alla natura umana, all’equità,

⁷² P. Catalano, “Ius Romanum. Note sulla formazione di un concetto”, in: *La nozione di “romano” tra cittadinanza e universalità, Da Roma alla Terza Roma, Documenti e Studi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1984, 533.

⁷³ Di *consonantia* come elemento di aggregazione e sistemazione di un coacervo prima confuso, parla *Const. Imp. 2: et cum sacratissimas constitutiones antea confusas in luculentam ereximus consonantiam*....

⁷⁴ D. 1,1,6 pr.; *Cic., de off.* 3,69; *Cic., Phil.* 2,105 (*iura populi romani*). Sui principi generali del diritto, potenziale porta aperta negli ordinamenti moderni per il recupero del patrimonio sapienziale costituito dal diritto romano.

⁷⁵ S. Schipani (2012), 298.

⁷⁶ *Ulp., I inst. D.* 1,1,1,1: ...*nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*. Sulla definizione celsina, oggetto di intenso dibattito nella romanistica, mi piace qui ricordare almeno F. Gallo, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino 2010. Non apparirà qui inutile ricordare le parole con cui l’imperatore Giustiniano definiva lo studio del diritto come conoscenza delle cose umane e divine e teoria del giusto e ingiusto: cfr. I.1,1,1 *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. Sulla risalenza a Salvatore Riccobono della scelta, di certo tutt’altro che scevra da una certa carica ideologica, di tradurre la parola latina ‘ars’ con ‘sistema’, peraltro discostandomi dalla traduzione it. in precedenza più volte usata, riferisce lo stesso Schipani nel contributo cit. *supra*, alla nt. precedente.

⁷⁷ Così C. Gioffredi, “Domatica e sistematica nello studio del diritto romano (A proposito di una recente traduzione delle “Istituzioni” di Gaio)”, *SDHI* 18/1952, 252.

⁷⁸ S. Riccobono, 10; anche O. Behrends, 481, 511., secondo il quale il *ius gentium* (che egli chiama “secondario”) fonderebbe una unità spirituale come frutto della molteplicità, ma senza alterare l’identità di quelle che l’a. chiama formazioni statali, le quali, in piena libertà, «elaborano ciò che è comune ed è per tutti vincolante, a partire dalle loro condizioni di volta in volta particolari.

alla giustizia”,⁷⁹ così che il diritto romano può a buon diritto essere definito come “un pedagogo della ragione giuridica”.⁸⁰

Questo è quello che potremmo definire come lo *ius naturale romanum*, che porta alcuni giuristi a definire Roma come la *Patria communis*⁸¹ e a rivendicare questi valori a fondamento dell’Europa.⁸²

9. Da San Tomaso al giusnaturalismo contemporaneo

L’universalità del diritto romano, la sua capacità di porsi come fondamento del diritto moderno, è dipesa proprio dalla sua natura di diritto “indipendente da ogni costituzione politica”.⁸³

È evidente che questo messaggio dei giuristi romani, che porta ad una valorizzazione del rispetto della persona umana e al riconoscimento di una *naturalis ratio* comune a tutti, era perfettamente confacente ai valori del cristianesimo, e per questo la Chiesa guardò con estremo favore a queste costruzioni giuridiche già a partire dai primi secoli dell’Impero e fino a Giustiniano, che, come abbiamo visto, lo valorizza nel *Corpus Iuris Civilis*.

Facile, però, risultava nei secoli successivi, la virata teleologica verso l’escatologia. Il terreno fu preparato da San Tommaso, il quale, nel Trattato sul diritto, individua quattro tipi di leggi: legge eterna, legge naturale, legge umana e legge divina.⁸⁴

Secondo l’Aquinata, che riprende sul punto Aristotele, è necessario distinguere i precetti primari e quelli secondari della legge naturale. I primi sono da considerare immutabili e universali, mentre i secondi sono regole naturali che vengono percepite in maniera diversa a seconda del contesto culturale e geografico. I precetti primari sono i doveri conosciuti immediatamente attraverso quella che i Padri della Chiesa chiamavano ‘synderesis’,

⁷⁹ A. Passerin d’Entrèves, 41.

⁸⁰ È la celeberrima affermazione di A. Rosmini-Serbati, *Filosofia della morale e del diritto*, V, *Filosofia del diritto*, I, Boniardi–Pagliani, Milano 1841, 12. dove l’a. afferma altresì: “la ragione per la quale il corpo del diritto romano è prezioso, si è per quella parte del diritto razionale, che in esso si trova dedotto e applicato con fina logica alle circostanze”; sul punto anche M. Balestri Fumagalli, *Rosmini e il diritto romano*, Giuffrè, Milano 2003, 40.

⁸¹ Sul punto vd. A. Saccoccio, “Una alternativa alla globalizzazione è possibile: Roma communis patria”, in: *Città e diritto. Studi per la partecipazione civica. Un Codice per Curitiba* (eds. Domenico D’Orsogna, Giovanni Lobrano, Pietro Paolo Onida), Jovene editore, Napoli 2017, 105.

⁸² A. Plachy, “Il diritto romano come valore culturale nella storia dell’Europa”, in: *L’Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker* (ed. F. Calasso), Giuffrè, Milano 1954, 477.

⁸³ U. Manthe, *Geschichte des Römischen Rechts*, Beck, München 2004.

⁸⁴ R. M. Pizzorni, 87.

ossia il sentimento morale della coscienza umana che permette di distinguere il bene dal male (ad es.: si deve fare il bene ed evitare il male'). Tuttavia, nel momento stesso in cui i precetti primari si applicano alla realtà mutevole, vengono generati i precetti secondari, che sono soggetti al cambiamento. Per dimostrare questa seconda specie di doveri naturali, Tommaso riprende una testimonianza raccontata nel *De bello Gallico* di Giulio Cesare, secondo cui i popoli germanici consideravano il reato di furto tale soltanto quando quest'ultimo era praticato all'interno della propria tribù, ma si poteva derubare membri di altri clan senza ricevere punizioni dalla propria gente.

In ordine gerarchico, per San Tommaso il primo tipo di legge è la 'legge eterna' (*lex aeterna*) ed è quella che regge tutto l'universo creato da Dio. Tale legge non è accessibile a nessuna creatura se non a Dio che coincide con essa. Quando la legge eterna ha a che fare con le creature razionali (gli esseri umani), essa si manifesta alla loro ragione come 'legge naturale' (*lex naturalis*): "la legge naturale non è altro che la partecipazione della legge eterna nella creatura razionale". I precetti primari della legge naturale sono considerati doveri universali e immutabili e sono massime come: 'si deve fare il bene ed evitare il male', 'non si deve fare torto/male a nessuno', 'si deve anelare alla verità' ecc.

Tali precetti sono il minimo indispensabile per la convivenza tra gli uomini e permangono anche nelle società umane, poiché l'essere umano è per natura animale sociale, ma, a contatto con la realtà mutevole, generano precetti naturali secondari che possono essere interpretati in maniera diversa dalle varie popolazioni. È chiaro che, essendo per San Tommaso la natura umana mutevole e corrotta dal peccato originale, non basta solo la legge naturale per una retta convivenza tra gli uomini, ma è necessaria un'altra legge che abbia potere coercitivo, ossia la legge positiva.

La 'legge umana' (*lex humana*) ha la funzione di vietare i vizi più gravi (furto, omicidio etc.) e promuovere le virtù più importanti nella convivenza comunitaria (il bene comune, l'altruismo etc.). Il legislatore, infatti, deve limitarsi a promuovere leggi generali, al fine di orientare la società al bene comune, e i precetti primari della legge naturale gli sono d'aiuto in questo: ad esempio, l'enunciato normativo 'si deve fare il bene ed evitare il male' gli permette di discernere tra leggi giuste ed ingiuste. Quando il legislatore tradisce l'obiettivo del bene comune per interessi personali, i sudditi hanno diritto di resistenza, rifiutandosi di seguire le leggi. Lo stesso vale quando la legge va contro Dio.

Infine, Tommaso individua un quarto tipo di legge, ossia la legge divina (o *lex divina*): si tratta della legge "promulgata positivamente da Dio

e comunicata attraverso le Scritture (Antico e Nuovo Testamento)”. Questo tipo di norma serve per orientare la moralità dell’uomo verso il suo fine ultimo (la beatitudo, ossia l’eterna beatitudine) e arriva lì dove la legge positiva non può arrivare, poiché la funzione di quest’ultima è solo quella di regolamentare i rapporti sociali:

Si apre così la via al giusnaturalismo del XVI secolo, di cui i massimi esponenti sono Ugo Grozio e Thomas Hobbes; questo, a sua volta, verrà spazzato via dalla Rivoluzione francese, e lascerà spazio al cd. ‘giusnaturalismo contemporaneo’, che vede come suo massimo esponente il filosofo tedesco Jürgen Habermas, teorico della cosiddetta Diskursethik (o Etica del discorso). Ma questa è un’altra storia, per la quale io non ho sufficienti competenze e che qualcuno meglio di me saprà raccontare.

Antonio Saccoccio

Full Professor of Roman Law, Faculty of Law, La Sapienza University Rome

THE DEVELOPMENT OF THE CONCEPT OF IUS NATURALE BY ROMAN JURISTS BETWEEN THE PUBLIC AUTHORITIES AND CHURCH IN THE FIRST CENTURIES OF THE EMPIRE

Summary

Roman law, from its origins, has a clear propensity for the Universality. This is clearly evident at the moment of the “foundation” of the system, through the Constitutions with which Justinian introduced the CJC. By the way this propensity for the Universality goes back to time, until the Romans detected the ius gentium, at whose basis is placed the naturalis ratio. Statual-legalism has not been able to take the distances from Roman law and from the natural reason that lies at its foundation. Roman law, today still in force even if no longer effective, constitutes the engine of modern codifications, and must be guarded by modern legal operators as a true common heritage of humanity. The protection of these values, values that revolved around the centrality of the human person (bona fides, aequitas, libertas, voluntas etc.), represents the challenge that all of us, as jurists, must prove to be able to gather.

Keywords: Roman Law, *ius civile* and *ius gentium*, *ius naturale* and *Natural Law*, universality of the Law, juridical system.

Антонио Сакођо

Редовни професор Римског права, Правни факултет, Ла Сапиенца
Универзитет, Рим

РАЗВОЈ КОНЦЕПТА IUS NATURALE ОД СТРАНЕ РИМСКИХ ПРАВНИКА – ИЗМЕЂУ ЈАВНИХ ВЛАСТИ И ЦРКВЕ У ПРВИМ ВЕКОВИМА ЦАРСТВА

Сажетак

*Римско право од свог настанка има јасну склоност ка универзалности. То је јасно видљиво у тренутку „темељења“ система, кроз Конституције са којима је Јустинијан увео свој Кодекс. Иначе, ова склоност универзалности сеже у прошлост, све док Римљани нису открили *ius gentium*, у чијој основи се налази *ratio naturalis*. Статуални легализам није успео да одвоји дистанцу од римског права и од природног разлога који лежи у његовом темељу. Римско право, које је данас још увек на снази, иако не формално, представља покретач модерних кодификација и мора бити сачувано од стране савремених правних субјеката као истинско заједничко наслеђе човечанства. Заштита ових вредности, вредности које су гравитирале око централности људске личности (*bona fides, aequitas, libertas, voluntas* итд.), представља изазов који сви ми, као правници, морамо доказати да можемо да му одговоримо.*

Кључне речи: римско право, универзалност права, правни систем, *ius civile* и *ius gentium*, *ius naturale* и природно право.

REFERENCES

Monograph, articles

- Albanese B., *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Pubblicazioni del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo, Tip. S. Montaina, Palermo 1978.
- Albertario E., “Sul concetto di *ius naturale*”, *Rend. Reale Ist. Lomb. di scienze e lett.* 57/1924, 168–180.
- Anselmo Aricò G., “*Ius publicum-ius privatum* in Ulpiano, Gaio e Cicerone”, *AUPA* 37/1983, 445–787.

- Archi G.G., *Giustiniano legislatore*, Il Mulino, Bologna 1970.
- Balestri Fumagalli M., *Rosmini e il diritto romano*, Giuffrè, Milano 2003.
- Biondi B., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Giuffrè, Milano 1937.
- Biondi B., “La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustiniana”, *RIDA* 3/1950, 129–158.
- Biondi B., “Interpretatio prudentium e legislazione” *BIDR* 43/1935.
- Biondi B., “Aspetti universali e perenni del pensiero giuridico romano”, *JUS* 2/1956.
- Beseler G., “De iure civili Tullio duce ad naturam revocando”, *BIDR* 39/1931, 295–348.
- Beseler G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, J.B.C. Mohr, Tübingen 1913.
- Behrends O., “Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. formulae in factum conceptae”, in: *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche* (eds. Cosimo Cascione, Carla Masi Doria), Editoriale Scientifica, Napoli 2002.
- Behrends O., “Che cos’era il ius gentium antico?”, in: *Tradizione romanistica e Costituzione*, (eds. Luigi Labruna, Maria Pia Baccari, Cosimo Cascione), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006, 481–514.
- Burdese A., “Ius naturale (diritto romano)”, *NNDI* 9/1957.
- Bona F., “Cicerone e i libri iuris civilis di Quinto Mucio Scevola”, in: *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana, Atti di un seminario, Firenze 27-28 maggio 1983* (ed. Gian Gualberto Archi), Giuffrè, Milano 1985, 205–279.
- Cardilli R., “Societas vitae in cic. off. 3, 70 E obligatio consensu contracta”, *BIDR* 105/2011, 185–196.
- Catalano P., “Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina”, *Roma e America. Diritto romano comune* 18/2004, 14–40.
- Catalano P., “Ius Romanum. Note sulla formazione di un concetto”, in: *La nozione di “romano” tra cittadinanza e universalità, Da Roma alla Terza Roma, Documenti e Studi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1984, 531–557.
- Catalano, P.P., *Linee del sistema sovranazionale*, Giappichelli, Torino 1965.
- Cenderelli A., “L’opera dei giuristi compilatori del Digesto”, in: *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in memoria di G. Pugliese (1914-1955)* (ed. Letizia Vacca), Cedam, Padova 2008, 169–180.

- De Martino F., “Variazioni postclassiche del concetto romano di *ius gentium*”, *Annali della Fac. di Giur. dell’Univ. di Bari* 6/1945, 109–144.
- Donellus H., *Commentarii de iure civili*, Bauer et Raspe, 1822.
- Esborraz D., “La individualización del Subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanista (I)”, *Roma e America. Diritto romano comune* 21/2006.
- Esborraz D., “La individualización del Subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanista (II)”, *Roma e America. Diritto romano comune* 24/2007.
- Falcone G., “Il rapporto *ius gentium*-*ius civile* e la *societas vitae* in Cic., off. 3,68–69”, *AUPA* 56/2013, 259–274.
- Fiori R., “*Ius civile, ius gentium, ius honorarium*: il problema della “recezione” dei *iudicia bonae fidei*”, *BIDR* 101–102/1998–1999, 165–197.
- Fiori R., “La nozione di *ius gentium* nelle fonti di età repubblicana”, in: *Scritti per A. Corbino* (ed. Isabella Piro), Tricase 2016, 109–129.
- Frezza P., “*Ius gentium*”, *RIDA* 1/1949.
- Franchini L., “Osservazioni in merito alla recezione nel *ius civile* dei *iudicia bonae fidei*”, in: *Actio in rem e Actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca* (ed. Luigi Garofalo), Cedam, Padova 2011, 113–238.
- Gallo F., “*Bona fides e ius gentium*”, in: *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno di internazionale di studi in onore di A. Burdese* (ed. Luigi Garofalo), Cedam, Padova 2003.
- Gallo F., *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino 2010.
- Gallo F., *L’officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Giappichelli, Torino 1997.
- Gioffredi C., “Dommatica e sistematica nello studio del diritto romano (A proposito di una recente traduzione delle “Istituzioni” di Gaio)”, *SDHI* 18/1952, 249–259.
- Grosso G., *Premesse generali al corso di diritto romano*, Giappichelli, Torino 1960.
- Grosso G., *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Giappichelli, Torino 1967.
- Grosso G., “*Syngraphae, stipulatio e ius gentium*”, *Labeo* 17/1971, 7–15.
- Guzmán Brito A., *Ratio scripta*, Vitorio Klostermann, Fankfurt am Main 1981.
- Kaser M., *Ius gentium*, Böhlau, Köln–Weimar–Wien 1993.
- Lombardi G., *Sul concetto di “ius gentium”*, Apollinaris, Roma 1947.
- Lombardi G., “Diritto umano e *ius gentium*”, *SDHI* 16/1950, 254–268.

- Levy E., “Natural Law in Roman Thought”, *SDHI* 15/1949, 43–72.
- Manthe U., *Geschichte des Römischen Rechts*, Beck, München 2004.
- Nocera G., *Ius naturale nella esperienza giuridica romana*, Giuffrè, Milano 1962.
- Onida P.P., *Prospettive romanistiche del diritto naturale*, Jovene, Napoli 2012.
- Orestano R., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Giappichelli, Torino 1963.
- Passerin d’Entrèves, A., *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, Milano 1980.
- Pizzorni R.M., *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d’Aquino*, Pontificia Università Lateranense – Città nuova, Roma 1985.
- Perozzi S., *Istituzioni di diritto romano*, Athenaeum, Roma 1928.
- Plachy A., “Il diritto romano come valore culturale nella storia dell’Europa”, in: *L’Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker* (ed. F. Calasso), Giuffrè, Milano 1954, 477–492.
- Riccobono S., “La universalità del diritto romano”, in: *L’Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker* (ed. F. Calasso), Giuffrè, Milano 1954, 3–11.
- Robleda O., *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, Università Gregoriana Editrice, Roma 1979.
- Rosmini-Serbati A., *Filosofia della morale e del diritto*, V, *Filosofia del diritto*, I, Boniardi–Pagliani, Milano 1841.
- Rosmini A., *Filosofia della politica*, I, cap. 4, Milano 1858.
- Saccoccio A., “Una alternativa alla globalizzazione è possibile: Roma communis patria”, in: *Città e diritto. Studi per la partecipazione civica. Un Codice per Curitiba* (eds. Domenico D’Orsogna, Giovanni Lobrano, Pietro Paolo Onida) Jovene editore, Napoli 2017, 105–112.
- Saccoccio A., “Il sistema giuridico latinoamericano: storia di una storia”, in: *Sistema giuridico latinoamericano. Summer School* (eds. Antonio Saccoccio, Simona Cacace), Giappichelli, Torino 2019, 31–47.
- Schipani S., “Premessa”, in: *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Digesti o Pandette dell’imperatore Giustiniano. Testo e traduzione*, I (1-4) (ed. Sandro Schipani), Giuffrè, Milano 2005, 7–13.
- Schipani S. (ed.), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Digesti o Pandette dell’imperatore Giustiniano. Testo e traduzione*, I (1-4) Giuffrè, Milano 2005.
- Schipani S., “Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto”, *Roma e America. Diritto romano comune* 24/2007, 3–15.

- Schipani S., *La codificazione del diritto romano comune*, Giappichelli, Torino 2011.
- Schipani S., “Riflessioni conclusive. Suis legibus uti/Avvalersi delle proprie leggi”, in: *I diritti dei popoli indigeni in America Latina* (ed. Sabrina Lanni), Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2011.
- Schipani S., “Ius romanum commune ed eguaglianza tra i popoli nelle prospettive del BRICS”, *Roma e America. Diritto romano comune* 33/2012, 283–300.
- Schulz F., *History of Roman Legal Science*, The Clarendon Press, Oxford 1953.
- Serrao F., “Dalle XII Tavole all’editto del pretore”, in: *La certezza del diritto nell’esperienza giuridica romana. Atti del Convegno* (eds. M. Sargenti, G. Luraschi), Cedam, Padova 1987, 51–100.
- Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell’età commerciale. Forme giuridiche di un’economia mondo*, Ospedaletto, Pacini 2002.
- Talamanca M., “La bona fides nei giuristi romani. “Leerformeln” e valori dell’ordinamento”, in: *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese* (ed. Luigi Garofalo), Cedam, Padova 2003.
- Talamanca M., “Ius gentium – da Adriano ai Severi”, in: *La codificazione del diritto dall’antico al moderno, Incontri di studio – Napoli, gennaio-novembre 1996* (ed. Elio Dove), Editoriale scientifica, Napoli 1998.
- Turelli G., *Audi Iuppiter. Il collegio dei feziali nell’esperienza giuridica romana*, Giuffrè, Milano 2011.
- Waldstein W., “Zum Problem der vera philosophia bei Ulpian”, in: *Collatio iuris romani. Études dédiées à H. Ankum à l’occasion de son 65e anniversaire* (eds. L. Winkel et al.), J.C. Gieben, Amsterdam 1995, 607–617.
- Winkel L., “Einige Bemerkungen über ius naturale und ius gentium”, in: *Ars boni et aequi. Fs. für W. Waldstein zum 65. Geburtstag* (eds. M.J. Schermaier, Z. Végh), Steiner, Karlsruhe 1993, 443–449.

ДРЖАВНО ЦРКВЕНО ПРАВО У ЗАКОНОПРАВИЛУ СВЕТОГА САВЕ КРОЗ ПРИЗМУ ЦРКВЕНОИМОВИНСКОГ ПРАВА

„Највећи Божији дарови међу људима, даровани од вишњег човекољубља, јесу – свештенство и царство; једно, дакле, да служи оном што је божанско, а друго да влада и да се стара за оно што је људско. Из једног истог начела обоје происходећи, украшавају људски живот...”¹

Сажетак

Симфонијски однос државе и цркве, који ће обележити средњовековно право и државност Србије, свој почетни и најобухватнији одраз добио је у Законоправилу Светога Саве. Састављач овог правног споменика, избором грађе, тумачења, па чак и својим ситним изменама и допунама, допринео је да се сфере важења световног и канонског права умногоме разграниче. Истовремено, на бројним местима где је преплитање ова два правна система целисходно, њихова сарадња, најчешће због природе односа које уређују, нормирана је следећи најбољу ромејску праксу. Посебна област прожимања црквеног и световног права јесте поље црквене имовине. Положај Цркве и њених чланова као субјекта права, те располагања у корист цркве, налагали су овакво темељно уређење по већ опробаном образцу. Циљ овог рада је да, на основу разматрања норми Законоправила о црквеној имовини, утврди како се начело симфоније нормативно испољило на питање положаја Цркве као субјекта и црквених ствари као објекта права, те какво усмерење њихов привилеговани положај даје односима државе и Цркве на начелном нивоу.

* Сарадник у настави и студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду, djordje.stepic@ius.bg.ac.rs; рад је настао као резултат пројекта Правног факултета Универзитета у Београду “Савремени проблеми правног система Србије”, за 2023. годину.

¹ Прво правило 45 главе Законоправила Светога Саве, тј. Зборника у 87 глава (Collectio 87 capitulorum, узето из Nov. 6). Српски превод према српскословенском тексту Иловичког преписа, М. Петровић (прир. и прев.), *Законоправило Светога Саве на српскословенском и српском језику* 1, Манастир Жича, Краљево 2004, 624. У даљем тексту рада, како би се избегла забуна између глава Зборника и глава Законоправила, за прве ће се користити термин „правило”.

Кључне речи: Законоправило Светога Саве, рецепција права, црквена имовина, државно-црквено право, ромејско (византијско) право, српско средњовековно право.

1. Увод

Услед великих промена у правнополитичким кретањима односа државе и цркве на нашим просторима кроз историју питање правног положаја црквене имовине поставља се изнова, често пратећи а понекад и засењујући шире појмовне оквире тих односа. Средњовековно српско право, на епоси пригодан начин, утврђује основе државно-црквене сарадње, усредсређујући се на питања одржања и унапређења имовног стања цркве путем посебне потпоре, даровања и економских имунитета. Овакав „привилегијски саобраћај” није се одвијао једносмерно: Црква² је држави више служила као основ легитимитета – оправдања и поуздани сарадник у тренуцима нестабилности, него као самосталан центар моћи, што је био случај у суседном Источноримском царству.

Нагласак у овом раду биће стављен на поједине норме Законоправила, потекле првенствено из световних (државних) извора, иако ромејска пракса канонизовања закона и позакоњења канона³ чини одвојено сагледавање материје црквеноимовинског права сразмерно тешким. Због тога, биће нужно осврнути се и на неке каноне о црквеној имовини, као и на општа правила о установама стварног и облигационог права, у оној мери у којој они осветљавају разлике у појединостима црквеног, привилегованог уређења, уз кратке осврте на правну праксу и друге изворе права. Све наведено стоји у служби сагледавања правних посебности имовине аутокефалне Православне цркве у средњовековној Србији.

² У раду ће се, у односу на Цркву као јединствену институцију, у контексту средњовековног права, користити облик са великим почетним словом, како би се разликовала у односу на појединачну богомољу, цркву.

³ Реч је о појави да световни закони почињу да се сматрају обавезним и као део аутономног црквеног права, односно да канони, црквени прописи, добијају потврду световних власти. Два најочигледнија примера за овакву номотехничку праксу налазе се у глави 45 Законоправила. Правило 22 (= Nov. 131, 1) прописује важење канона прва четири Васељенска сабора као закона; цела глава 45 (Coll. 87. capit.) се и састоји од световних закона, сабраних и укључених у црквене зборнике. С. Троицки, „Црквено-политичка идеологија Светосавске крмчије и Властареве синтагме”, *Глас САНУ* 212/1953, 172–173.

2. Држава и црквена имовина. О црквеној имовини у Законоправилу

Положај државе као гарантора (правне) сигурности црквене имовине може се пратити од времена када хришћанске цркве постају дозвољена удружења (*collegia licita*) у Римском царству, а особито од коначне победе хришћанства на прелазу из 4. у 5. век. Низ царских прописа јемчи и приближније одређује начине стицања, правни режим и извесне повластице црквене имовине.⁴ Њихова обухватност кулминира за време законодавног рада цара Јустинијана, у чијој је кодификацији знатан простор посвећен управо овим питањима.⁵ Доцнији цареви углавном задржавају овако благонаклон однос према цркви – трзавице световних и духовних власти изузетно ће се тицати имовинских питања, осим у случајевима секуларизације црквених имања и ванредних економских терета.⁶ Та сигурност обезбеђивана је посебним, привилегованим положајем цркава и манастира као ималаца права, те њихове имовине као објекта права, о чему ће бити речи доцније, без икаквог суштинског одступања од источноримских правних регула.

С друге стране, држава реагује у корист цркве не само у материји имовинског, већ и других грана права, прописујући управне и економске привилегије и имунитете,⁷ као и посебну кривично-правну заштиту у одређеним случајевима. Примерице, за дело против црквене имовине – светотатство, предвиђају се далеко теже казне него за обичну крађу. Оно може бити квалификовано: својством учиниоца, временом и начином извршења, као и врстом црквеног објекта који је покраден.⁸

Према овом обрасцу, црквена имовина, прецизније, имовина намењена за црквене/побојне циљеве, без обзира на њен својински

⁴ Вид. Н. Милаш, „Грчко-римско законодавство о црквеној имовини”, *Аутобиографија; Студије; Чланци (Дела Никодима Милаша, књ. 7)*, Истина, издавачка установа Епархије далматинске, Београд–Шибеник 2005, 301–386.

⁵ Реч је, пре свега, о царевим *Новелама* 6, 67, 120, 123 и 131, које ће се доцније сретати сабране у посебним зборницима, те укључене у номоканоне.

⁶ Насупрот томе, мешање царева у догматска питања и постављења црквених великодостојника изазиваће далеко веће проблеме кроз ромејску историју.

⁷ О црквеним привилегијама и имунитетима у Србији Немањића, Т. Тарановски, *Историја српског права у Немањићкој држави I*, Талија, Ниш 2020, 168–176; М. Копривица, *Властелинства и економија манастира средњовековне Србије*, Центар за историјску географију и историјску демографију, Филозофски факултет Универзитета у Београду – Центар за црквене студије у Нишу, Београд–Ниш 2022, 168–203.

⁸ Ова норма улази и у главу 47 Законоправила, Законоправило 1, 705–706.

режим,⁹ уживала је нарочит положај у средњовековној Србији, свакако и у време пре првих Немањића.¹⁰ О овоме сведочи потврђена, иако релативно скромна, ктиторска делатност владара и имућнијих становника српских земаља из раног средњег века. Она се углавном сводила на одржавање и обнављање затечених ромејских верских здања. Појединости њеног правног уређења у периоду пре 12. века могу се само претпостављати¹¹ због врло оскудних извора – из овог периода није сачувана ниједна оснивачка манастирска повеља, нити попис, а акта која су дошла до нас различитог су степена аутентичности.¹²

Са почецима династије Немањића и замахом у задужбинарској делатности српских великодостојника долази до приснијег повезивања између државне власти и Цркве, особито након стицања аутокефалности 1219. године. Поред тога што је верска установа, Црква је значајна и као извор легитимитета владарске власти, с обзиром на њено божанско оправдање. Разумевши ову и многобројне друге друштвене улоге цркве, као и нужност јаке имовинске подршке за њено деловање у свету, тадашњи владари чине обилне дарове црквама, прописујући у повељама низ економских и других привилегија.¹³

⁹ Цркве и манастири у правном промету наступају као правна лица, заступана од клирика (епископа, игумана, економа или свештеника). Код установе ктиторског права црква нема својину над имовином која се користи за црквене циљеве. Ипак, она над њом задржава готово сва овлашћења из права својине. Због тога и имовину у власништву ктитора (премда им остаје као „голо право” – *ius nudum*) сматрам црквеном имовином. О ктиторском праву, уместо свих С. Троицки, „Ктиторско право у Византији и у Немањићкој Србији”, *Глас* 168/1935, 81–135. За различита становишта о ктитору као власнику вид. Ђ. Степић, *Баштинске цркве у српском средњовековном праву*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022, 3–7.

¹⁰ О задужбинарској делатности на овим просторима пре Немањића, В. Марковић, *Православно монаштво и манастири у средњовековној Србији*, Српска манастирска штампарија, Сремски Карловци 1920, 1–50.

¹¹ О црквеном уређењу српских земаља закључно са 11. веком вид. Т. Живковић, *Црквена организација у српским земљама (Рани средњи век)*, Завод за уџбенике, Београд 2011, 153–171. Основе правног уређења цркве могу се пронаћи у ранијим номоканонским зборницима грчке и словенске редакције. О тим зборницима вид. нпр. А. Соловјев, „Светосавски номоканон и његови нови преписи”, *Братство* 26/1932, 21–26 и Н. Милаш, *Православно црквено право*, Издавачка књижарница Пахера и Кисића, Мостар 1902, 185–195.

¹² Велику групу тих раних извора, поред ктиторских натписа и помена у књижевним изворима, чине повеље, које су српски владари наводно издавали бенедиктинском манастиру на Локруму. За потоње се још раније утврдило да готово сви представљају доцније фалсификате из 14. и 15. века.

¹³ Вид. фн. 6.

Ипак, у области црквене имовине први општи правни прописи који долазе путем Законоправила Светог Саве, за разлику од повеља, нису представљали само ехо правних традиција царства Ромеја и других суседних држава, већ директну позајмљеницу из ромејског права. Овај правни трансплант, прилагођен у малој мери другачијим приликама средњовековне Србије најбоље одсликава, у најмању руку, вредносно усмерење даљег развоја државноцрквеног права. Битан чинилац за његово поимање представља и његов однос према црквеноимовинском праву. Управо он показује стварне, као и најшире могуће координате кретања Православне цркве у правном промету, као у типичном световном подручју њеног деловања, као и домет државне потпоре том деловању.

Законоправило Светог Саве као угаони камен правног уређења аутокефалне српске цркве (и државе) код Срба први је темељни правни зборник који преузима најквалитетније норме световног и црквеног ромејског права, између осталог и у сврху изградње симфоничног (сарадничког) односа младе српске краљевине и архиепископије.¹⁴ Избор грађе, тумачења канона, и други преводилачки и састављачки поступци Светог Саве¹⁵ омогућили су да тековине ромејског права, уз поштовање старих канонских и световних узора, нађу плодно тле за своју примену ван Источног Рима (и његових наследница).¹⁶

Прописи о црквеној имовини следе општи профил правних извора у Законоправилу. Део њих потиче из чистог канонског права – апостолских, те правила васељенских и помесних сабора, правила светих отаца – а део из световних извора, углавном из зборника Јустинијанових новела (у главама 45 и 47 Законоправила) и Прохирона („Закон градског” – глава 55).¹⁷ Они нису ограничени само на

¹⁴ Вид. С. Троицки (1953), 175–186.

¹⁵ После низа расправа у домаћој и иностраној науци о Савином ауторству/учешћу у састављању Законоправила, сматрам најубедљивијим аргументе домаћих аутора (Троицки, Богдановић и Петровић), који сматрају Светог Саву покретачким духом настанка Законоправила, јер се његово лично ангажовање не може искључити. Уместо свих М. Петровић, „Свети Сава као састављач и преводилац Законоправила - српског Номоканона”, *Историјски часопис* 49/2002, 31–32, са прегледом литературе о овом питању.

¹⁶ О тим састављачким и преводилачким поступцима архиепископа Саве, уз низ детаљних примера у Апостолским правилима, *ibid.*, 33–41.

¹⁷ Намера овог зборника је била да врати ромејски правни систем чистом Јустинијановом праву, као и да га осавремени доцнијим законима тамо где је то неопходно. Б. Гардашевић, „Значај светосавске Крмчије за наше црквено и државно законодавство”, *Богословље* 1/1959, 5. У Закону градском налази се низ одредаба којима се црквеној имовини од државних власти гарантује повлашћени статус.

грађанскоправне (материјалне) прописе, већ и на норме процесног и кривичног права.

У раду ће бити речи о правилима која се тичу црквене имовине, особито уколико укључују државно ангажовање и привилеговање цркве и њених чланова (клирика и верника) као субјеката права, и различитих облика њене имовине као објеката права. Циљ оваквог приступа јесте сагледавање начела симфоније на практичној, материјалној разини, наместо идеолошко-појмовне, којој је раније посвећивано нешто више пажње.¹⁸

3. Привилеговани положај Цркве као субјекта (имовинског) права у Законоправилу

Старање државе о црквеној имовини почиње већ од подизања нових цркава и манастира, као места у којима се обављају црквени и литургијски живот. Иако 6. правило 45. главе ЗП прописује обавезни епископски благослов као нужан канонски услов за подизање новог храма, 27. правило исте главе,¹⁹ одмах након понављања претходног, поставља материјални, економски услов да ктитор-оснивач²⁰ мора својој задужбини обезбедити средства „за уље, и за восак, и за храну онима који пребивају у њима, и за свештену службу”, поред сношења трошкова изградње цркве/манастира. Мотивација за овакво решење наводи се

Већина њих је поновљена, пошто је реч о делу грађанских закона о Цркви, претходно сабраних у главама 45 и 47 Законоправила (Coll. 87. titulorum и световни део Nom. XIV titulorum). Распоређене су у главама 15 („О закупу”) и 24 („О наслеђивању епископа и монаха”), а мањи број њих се среће расут у другим главама Закона градског. За текст вид. М. Петровић (пир. и прев.), *Законоправило Светога Саве на српско-словенском и српском језику* 2, Београд 2021, 53–217.

¹⁸ О овој димензији начела симфоније и државно-црквених односа уопште вид. С. Троицки (1953), 175–176 и Т. Тарановски 427–431. Од новијих радова, М. Ромић, „Државно-црквено право у Законоправилу Светога Саве”, у: *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Митрополија црногорско-приморска – Институт за упоредно право, Београд 2019, 63–71. Када је реч о црквеној имовини у ромејском праву и даље је од домаћих аутора незаобилазан Н. Милаш (2005а), 307–372. Сумарно о црквеној имовини у доба Немањића вид. Р. Поповић, *Црквена имовина у Немањићкој Србији*, Свети архијерејски синод Српске православне цркве, Београд 1991, 9–88.

¹⁹ Норма потиче из Nov. 67, 1–2. Слично правило као канон поновљено је на Прводругом сабору у Цариграду 861. године. Оно потврђује обавезу епископа да посвети богомољу, ктитора да све намењено цркви чува неокрњеним, као и забрану потоњем да поставља игумана по својој вољи. Прводр. 1, Законоправило 1, 494, за скраћен текст канона.

²⁰ Законоправило за ктитора – оснивача храма, користи и термин *сздателъ*. Више о врстама ктитора и разлици између ктитора и основатеља, вид. В. Марковић (1924), 100–106; С. Троицки (1935), 89–93.

на почетку заповести: „Многи, имена ради, на зидање светих цркава стреме, те тако, сазидавши их, даље не брину да ради њихове потребе издвоје одговарајуће трошкове ... већ их остављају само као нага здања, те потом – или се руше или су сваке свештене службе лишене.”²¹

Дакле, поменути пропис стоји у функцији заштите Цркве од несавесних ктитора који су ради да стекну сва почасна и друга права проистекла из тог звања,²² али не и да сnose одговарајуће обавезе. Њихова имовинска потпора циљно је нераскидиво повезана са службом тих часних домова – наставак заповести о оригинерном стицању ктиторства над запуштеном задужбином стоји у истој логичкој вези: одржати часни дом у својој богослужбеној намени.²³ Путем норме грађанског права, држава поставља оквир у ком нови ктитори морају да се крећу, обезбеђујући (барем почетни) замах за деловање својих задужбина.

Једном подигнути и посвећени цркве и манастири, уз старање ктитора и привређивање сопствене економије,²⁴ требало би да у редовном току ствари успеју да се одрже у добром стању. Ипак, запуштање и пропадање верских објеката дешавало се сразмерно често, из различитих разлога (ратова, похара, лоше управе, општег осиромашења). Ипак, ни у каквим околностима не би смело да дође до секуларизације – „посветовљења” ових богомоља, што стриктно забрањује правило 17 главе 45 ЗП, као и канон 7 Вас. 13, који се противе претварању манастира у „људска жилишта”.²⁵

Повеље српских средњовековних владара често говоре о запуштеним, разрушеним и до темеља уништеним богомољама, које они наново подижу или обдарају. На овакво поступање подстиче и наставак поменутог 27. правила, главе 45 ЗП, у ком се каже да је ктиторима, особито ако нису у економској моћи за подизање нове задужбине, боље да обнове неку од многобројних старих цркава и тиме стекну ктиторство.²⁶ Идеја овог прописа јесте подстицање задужбинарства

²¹ Законоправило 1, 644.

²² О правима и обавезама ктитора, В. Марковић (1924), 106–109, 110–119; С. Троицки (1935), 105–123.

²³ Првенствени циљ одржања богослужбене намене једног храма потврђује случај повратка ктиторског права породици Вукославића, након што су „владушти” манастира Хиландара лошом управом довели метохију „до последње запуштености”. Вид. Ђ. Степић, (2022а) 46–53, супротно од С. Троицки (1935), 126–132.

²⁴ О манастирској економији и манастирима као привредним центрима, М. Копривица, (2022) 235–340.

²⁵ Законоправило 1, 638; 484.

²⁶ Законоправило 1, 645. Овим чином, обновитељ постаје „други ктитор” и добија већину овлашћења из ктиторског права. В. Марковић (1924), 104–106; С. Троицки (1935), 91–93.

у светлу променљивих материјалних прилика, као и очување/обнављање претходно пропалих часних домова.

Поред личног ангажовања задужбинара на опредељењу²⁷ црквене имовине за живота, било је потребно уредити и правне послове *mortis causae* побожних хришћана у светлу њиховог добротворног делања. Из ромејског права долази у ЗП и обавезно тумачење воље завештаоца, уколико није јасно у корист које цркве је располагање учињено. Пример за такву праксу налази се у случају нејасних завештања у корист Христа и светаца (ангела, мученика...), те сиромаха и заробљених, без именована конкретног часног дома.

Прописи с почетка главе 47 ЗП (према Nov. 131, 9 и 11)²⁸ поменуто питање решавају узимајући у обзир не само богослужбену већ и добротворну намену такве имовине. Најпре, уколико је за наследника назначен Христ, без икакве даље ознаке, имовину наслеђује храм који се налази у месту пребивалишта оставиоца. Иста је правна последица и када је реч о дару, који ће *истъщнтъ се на пицоу убогихъ*.²⁹

Код завештања у корист светаца, распоред правила је нешто другачији у односу на *Новеле*. Најпре, уколико је „наследником” означен светац коме је посвећена једна црква у датом „пределу”, не долази до забуне у погледу правне личности. Уколико их је више исто именованих, онда заоставштина остаје цркви ка којој завешталац *имѣаше болшоую любовь. и често тало прихѣждаше*.³⁰ Ако се ово својство не може утврдити, наследником се сматра најсиромашнија од тих цркава.

Слична је правна последица завештања за заробљенике и за убоге. У првом случају, „наслеђе примају” епископ и градски стројитељ (економ) последњег места пребивалишта оставиоца – заправо, они су само извршиоци његове воље, који се старају за остваривање сврхе таквог завештања. У другом случају, странопријемник тог места извршава вољу оставиоца раздељујући имање убогима. Уколико је више ових установа у једном месту, норма прописује да ће најубогији странопријемник – онај који руководи најсиромашнијом странопријемницом – располагати имањем.³¹

²⁷ Овај термин користим како бих обухватио и непосредна даровања црквама, као и правне чинове којима се заснива ктиторско право које има нешто другачију природу, о чему је већ било речи.

²⁸ За латинске и грчке текстове Јустинијанових *Новела* поменутих у раду, вид. R. Schoell, G. Kroll (eds.), *Corpus iuris civilis – editio stereotypa, volumen tertium: Novellae*, Weidmannos, Berolini 1895.

²⁹ Законоправило 1, 704.

³⁰ *Ibid.*, 701–702. Упоредити са Nov. 131, 9, 1, према R. Schoell, G. Kroll, 658.

³¹ *Ibid.*, 703–704.

Логика је у оба случаја иста: због више преплетених интереса који не морају бити у сагласју, држава овом нормом уређује два руководећа принципа разрешења оваквих случајева. Први критеријум је претпостављена воља оставиоца, заснована на његовој „блискости” са наследницима, прецизније – са крајњим корисницима његове имовине. Други је критеријум стварне потребе, односно сиромаштва тих крајњих корисника – очекивано, најсиромашнији храмови и странопријемнице имају највише проблема приликом остваривања својих добротворних служби, због чега им, у случају нејасног завештања, следује најпотребнија корист како би те службе могли да врше. Подстицај сиромашнијим часним домовима исходује и равномернију и целисходнију расподелу бриге о убогим.³²

Цркве и манастири имовину стичу било од верника, било од свештених лица (епископа, свештеника и монаха), чије је располагање сопственом имовином ограничено правима цркве у којој службују. Наравно, даривање цркве од стране свештеника или управитеља часног дома недвосмислено се подржава, без обзира да ли то чине пре или после рукоположења/именовања (правило 49, глава 45 ЗП). Доцнија пракса сведочи о великим прилозима свештенства, па и монаштва, средњовековним богомољама, чак и о ктиторству.³³

Основно правило је да монаси, примивши завет сиромаштва, све своје до тада стечено имање предају манастиру у ком су се заредили. Свакако, оваква једноставна норма не може обухватити низ животних случајева и односа поводом нечијег монашења. Због тога, поред осталих, 10. правило 45. главе ЗП детаљније уређује да будући

³² Више о помоћи убогим и испуљењу заробљених вид. М. Петровић, *Крмчија светог Саве о заштити социјално угрожених*, Народна библиотека Србије / Народна књига, Београд 1983, 9–21, 43–49. О странопријемницама и болницама у средњовековној Србији детаљнији подаци стижу из манастирских типика (примерице, Хиландарског и Студеничког), као и из археолошких трагова њиховог постојања. Са посебним освртом на разлику ових установа вид. Ђ. Степић, „Цртице о правном уређењу болница у средњовековној Србији”, *Весник правне историје* 2/2022, 9–13 и даље, са повезаном литературом.

³³ Примене овог правила дотичу се и З. Мирковић, М. Ђурђевић, „Правила о поклону у српском средњовековном праву”, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 85–86, примећујући да код располагања монаха (са освртом на исправу номика Степана из Новог Брда) имовина потиче од бестеретног стицања у току монаштва. Остаје, ипак, могућност да су монаси задржавали део свог имања, који је онда опредељиван или у побожне сврхе или у корист породице, без „аутоматског” прелажења у својину цркве. За исправу номика Степана вид. Ђ. Бубало, *Српски номиси*, Византолошки институт САНУ, Београд 2004, 176–186; рашчитани текст: *Ibid.*, 258–259. О својини монаха у светлу канонског права, Д. Ј. Јањић, „Монаси и лична својина”, *Црквене студије* 17/2020, 129–133.

монах има пуну слободу да том имовином располаже пре пострига уколико не жели да она постане манастирска. Наравно, ово не сме вређати наследна права деце и женино³⁴ право на мираз.³⁵ Због тога се деци (наследницима) из имовине родитеља мора издвојити четврти део, према *Lex Falcidia*,³⁶ а брачни дар се има чувати неокрњен.

Једна доцнија заповест регулише и очекивано честу појаву да родитељ деци преноси имовину на равне части. Код ове радње могуће је да родитељ себи задржи део једнак деловима очекиваних наследника, који *in fine* остаје манастиру. Најпосле, уколико замонашени родитељ умре не разделивши имање потомцима, они имају право потраживати само законски део родитељског имања.³⁷ Државно ромејско законодавство препознаје да су права најближих сродника јача него право манастира на имовину замонашеног – привилеговани положај Цркве познаје границе постављене јавним поретком.

Ово пак не значи да сродници могу правно да условљавају лице које планира да ступи у монаштво или свештенство. Правило 51, главе 45 ЗП прописује да родитељи не смеју да забрањују деци такав чин, нити да их због тога лише наследства. Уколико тестаментарно располажу, морају им оставити три дела од редовног наследног удела, а ако их деца наслеђују законски, стичу оно што им следује по редовним правилима. Ако монаси или свештеници оставе цркву или манастир, тада целокупно њихово наследство које су стекли за време свештенства/монаштва остаје цркви/манастиру у коме су службовали.³⁸

³⁴ „У случају да се монаши једно или обоје брачника, дужни су вратити једно другоме брачне дарове, као и онај део свог брачног дара на који би други имао право после његове смрти, осим уколико нешто од тога не желе да поклоне или да „просте“ (дуг). У случају вереника, сваки задржава залог за обручење.” Правило 81, глава 45 ЗП Законоправило I, 670.

³⁵ Женски брачни дар – прикија – давао се мужу само на уживање, не и у својину. Након нескривљеног престанка брака (развода или смрти супружника) он се враћао жени. Више о прикији вид. Д. Динић Кнежевић, „Прикија” у: *Лексикон српског средњег века* (ур. Сима Ћирковић, Раде Михаљчић), Knowledge, Београд 1999, 583–584.

³⁶ Овај закон из 40. г. п. н. е. прописује да завешталац, како би се заштитили интереси наследника, не може легатима располагати са више од три четвртине своје имовине. О *Lex Falcidia* вид. А. Berger, *Encyclopedic dictionary of Roman law*, The American philosophical society, Philadelphia 1953, 552, са старијом литературом, као и А. Катанчевић, *Рана историја римског легата*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво, Београд 2023, 89–97. У поменутом случају из Законоправила, деца имају права да им се да четврти део имања које би им припало ако оставилац умре без завештања, у шта се урачунавају и (пред)брачни дарови.

³⁷ Правило 79 и 80, глава 45 ЗП, Законоправило I, 669.

³⁸ Законоправило I, 715.

Чак и уколико монах реши да промени манастир, имаће не следеће више његову личност, већ остаје у првобитном манастиру (Правило 11, гл. 45 ЗП). Такође, уколико монах поново хоће да прихвати световни живот тј. да напусти монаштво, та одлука не дира у претходни правни чин: сва имовина коју је унео у манастир, остаје у власништву манастира.³⁹

Изузетак од наведених правила долази у правилу 78 исте главе ЗП. Манастир или црква ипак не сме потраживати оно што су они који напусте свештенство или монаштво поделили на искупљење заробљених, као и на храну убогим. Ова се норма убраја у низ правила која истичу значај племенитих побуда, чак науштрб интереса богомоље као такве. Њена опредељеност по намени (модусу) и субјекту (титулару) ствара низ подрежима црквене имовине и говори о великим ограничењима идеје о схватању цркве као јединственог правног лица.⁴⁰

Сва ова правила очитују начело: све што је једно лице стекло као монах, остаје на располагању цркви, сем неколико изузетака који се односе на породичне прилике монаха/монахиње. На тај начин ограничава се или (чешће) искључује право располагања том имовином, а питање претходно стеченог се и не поставља пошто се сматра да су монаси тиме већ располагали или га предали цркви/манастиру.

Економски имунитети и привилегије које је црква уживала учиниле су положај клирика врло примамљивим. Ипак, увећавање броја свештеника и монаха није могло ићи на штету црквене имовине – напротив, у цркви је могло да службује тек онолико служитеља колико је она могла економски да поднесе. То је суштина и заповести из 47. главе ЗП (11. одредба прве гране *Новела*), по којој се број служитеља везује за слѣ *нмѣнни сгодецаго се на всако лѣто въ цр(ь)к(ь)вѣ*. Затим је, примера ради, наведен њихов број у Светој Софији у Цариграду.⁴¹ Овакво решење је нужно, како би се систем црквене економије чинио

³⁹ Правила 11, 9 и 10, главе 45 ЗП, Законоправило 1, 630. Уколико монах самовољно напусти манастир, духовне или световне власти (епископ или властелин) морају га вратити, уз сав иметак манастиру. Ако поновно то учини, властелин је дужан да га прибори „својим људима” – световњацима који су под његовим властелинством. Правило 84, глава 45 ЗП. Законоправило 1, 671.

⁴⁰ Т. Тарановски даје негативан одговор на питање да ли се Црква може сматрати посебним правним лицем; као носиоце правног субјективитета он види поједине цркве и манастире, укључујући и поједина епископска /поглаварска седишта. Т. Тарановски III–IV, 49–51. Слично и Р. Поповић, који тврди да „Црква у средњовековној Србији не постоји као јединствена заједница у имовинском погледу.” Р. Поповић, 10.

⁴¹ Законоправило 1, 700–701.

одрживим. У средњовековној Србији ће се и каснијим световним прописима о цркви регулисати доступност свештеничког позива,⁴² као и највећи број калуђера који има „хранити” одређени број становника⁴³ из сличног разлога – како превелики терет издржавања ових лица не би притискао њихове подложнике или околину.

Црква се кроз цео средњи век, те и у држави Немањића, појављивала као све важнији учесник у правном промету, као власник и корисник значајне имовине. Наравно, наступ у промету значи и постојање одређених ризика којима је свако од учесника изложен. Имајући у виду напред наведене посебности Цркве, проистекле из њених циљева и служби, разумно је обезбедити јој већу заштиту од несавесних понашања. Пример за једну такву норму долази из главе 47 ЗП (= Nov. 120, 9, рг). Наиме, уколико црква теретним или бестеретним располагањем стекне *поусто село*, тј. штетно имање – непокретност оптерећену неком јавном дажбином или „људским дугом” тако да може проузроковати трошкове/штету новом стицаоцу – такав посао биће ништав, а све трошкове/штету поводом тог имања сносиће првобитни власник или његови наследници, којима се то имање враћа.

Међутим, могуће је да друга страна да и „нешто за/уз” такво имање, преварно, како би прикрила штетно својство ствари, а заправо подстакла неког клирика⁴⁴ да прихвати располагање за рачун цркве. Тада би правна последица била иста као у претходном случају, с тим што би „отпала” правна квалификација преварног поступања пропратног дара. Он би се сматрао обичним поклоном цркви. У оба случаја, часни дом/црква поштеђена је штете/трошкова услед штетног стицања, а зла намера располагача не смета увећању црквене имовине у потоњем. На тај начин је задовољена и правна сигурност цркве у промету и привилегован још један начин течења имовине.⁴⁵

⁴² Пример за доцније ограничавање доступности свештеничког позива налази се у Дечанској хрисовуљи, која прописује да се свештеници не могу производити из реда меропаха и сокалника, већ само од свештеника. Тиме се нижим слојевима становништва искључује приступ овом звању, а свештенство се дефинитивно окамењује као посебан сталеж. Више вид. М. Копривица, *Попови и протопопови српске цркве у средњем веку*, Центар за црквене студије – Филозофски факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2012, 195–203.

⁴³ Члан 16 Душановог законика прописује да се на 1000 кућа храни 50 калуђера. Ђ. Бубало (ур.), *Душанов законик*, Завод за уџбенике – Службени гласник, Београд 2010, 155.

⁴⁴ Сама заповест користи термин *леть*, као превод за *dolus*, односно преварне или зле намере располагача.

⁴⁵ Детаљније разматрање ове заповести вид. Ђ. Степић, „Око садржаја и превода норме о штетном имању из главе 47 Законоправила – прилог проучавању рецепције

Сведочанства о улози цркве у правном промету долазе из повеља и из малобројне праксе сачуване у неколико уговора манастирским пописима (попут хтетовског, кончанског и хиландарског – за Струмичку област), те неколико пресуда спорова о манастирској земљи. Иако расута кроз неколико векова (13–15), она сведочи о једном од, рекло би се, општих места средњовековног (српског) права – Црква као ималац права, формално је и материјално у привилегованом положају у односу на већину оних (поред владара и најкрупније световне и духовне властеле)⁴⁶ који са њом закључују правне послове.

Ипак, поред низа олакшица код стицања својине, световно законодавство у Законоправилу поставља доста строже услове код отуђења и давања у закуп црквених непокретности. Продаја непокретности (*сел. ннвы. и виногради и ина такова*)⁴⁷ за јавни дуг цркве могућа је једино ако не постоје никаква друга средства из којих би се тај дуг измирио, о чему је било више речи код правила о светим сасудима. Дакле, уколико не постоји било каква расположива покретна ствар или прекобројни сасуд који би са за такав дуг могао заложити или продати, што испитују епископ и митрополит, приступа се продаји непокретности. Купац полаже цену порезнику пред судијама, а добија писмену потврду о положеној цени, док цркви примерак те потврде служи као доказ измиреног дуга – чиме ова установа личи на исплату од стране трећег лица. Тим чином дуг се сматра измирен, а непокретност продата.

Државно ангажовање око црквене имовине је овде вишеструко: намирује се државна дажбина уз ангажовање државних чиновника. Порезник прима цену као исплату дуга, а целом поступку присуствују судије, који, поред издате писмене исправе, имају посведочити карактер правног посла: нужну продају непокретности од стране цркве за тачно одређени јавни дуг, као и карактер примања уплате: *и како не от(ъ) богатства раздрѣшенъ бысть. нь по нужди на продание стежання прнде.*⁴⁸

права”, у: *Изазови и перспективе развоја правних система у XXI вијеку* (ур. Жељко Мирјанић, Игор Милинковић, Бојан Влашки), Правни факултет Универзитета у Бања Луци, Бања Лука 2022, 471–478.

⁴⁶ Термин „црквена властела” одомаћен је у нашој историјскоправној науци за означавање највиших црквених великодостојника, који заузимају изузетно важан положај не само у црквеној већ и у државној управи, делујући кроз државне саборе, те као заступници интереса Цркве. Вид. Т. Тарановски I, 29–30; 182–184.

⁴⁷ Овде се поново среће (највероватније) састављачева допуна којом илуструје шта се може сматрати црквеном непокретношћу подобном за продају.

⁴⁸ Правило 13, глава 45 ЗП. Законоправило 1, 633–635. Иста могућност остављена је и „простом човеку” приликом измирења јавних намета.

Већ следеће правило говори о давању црквених непокретности у краткорочни и дугорочни закуп.⁴⁹ У сваком од ових случајева потребан је договор и заклетва економа, управника часног дома о коме је реч, као и књигохранитеља да за ту установу неће настати штета или ма какав мањак.⁵⁰ Исто правило подстиче цркве и манастире да једни другима дају своје непокретности у „имање и насађење”, што ће рећи у својину и дугорочни закуп. Овим држава упућује богомоље на међусобну сарадњу како би њихово имање остало неокрњено, те чвршће гарантовано добро управљање; као што држава чини потпору црквама, очекивано је да ће та потпора бити плодотворна и између њих самих.

Кад је реч о манастирима, закуп непокретности се одобрава договором игумана и монаха. Из исте норме долазе још два примера државног привилеговања црквене имовине: приликом продаје за јавни дуг, понуда се прилаже у року од 20 дана од објаве, како би се подстакли понуђачи да плате више, а код закупа се прописује да ће се, у случају закупа вредне некретнине са малим приходом закупнина мерити према збирној вредности прихода у дужем периоду.⁵¹ Овим поступцима Црква, иако донекле спутана сложенијим уласком у послове продаје и закуп од осталих учесника у правном промету, (потенцијално) остварује велике користи. Једини изузетак постоји код апсолутне забране располагања оним што је цркви припало из царског дома.⁵² Примери ових располагања црквеним непокретностима су сразмерно ретки у нашем средњовековном праву. Ипак, повеље сведоче да се сва значајнија располагања, као и друге одлуке, одобравају „зговором игумана и братије.”⁵³

Цркве и манастири, као и њихове непокретности, свакако нису смеле да се оптерете ванредним теретима и „прљавим” работама осим зидања моста и града.⁵⁴ Овај имунитет, изричито наведен у правилу

⁴⁹ У Законоправилу се за ову врсту закупа среће израз *вспрѣстани*.

⁵⁰ Слично је правило и за закуп црквене непокретности од стране неког црквеног управитеља: остатак управе односно братства мора, уз пратећи записник, потврдити да црква од тог посла може имати само користи. Правило 35, глава 45 ЗП. Законоправило 1, 650.

⁵¹ Правило 15, глава 45. *Ibid.*, 637.

⁵² Формулација забране наликује каснијим поменима у повељама и Душановом законнику, које говоре о слободи располагања: *не продати. ни измѣнити. ни подѣлагати. ни никакѡ от(ъ)давати*. 15. правило, глава 45 ЗП. Законоправило 1, 638. Упор. рецимо са чл. 40 и 43 Законика: *ни под црковъ дати ни за доушоу отдати ни продати...*, *ни коупити, ни замѣнити...* Ђ. Бубало, 83–84.

⁵³ Т. Тарановски III–IV, 38–39.

⁵⁴ Законоправило 1, 640.

23, главе 45 ЗП, само је један од многих економских имунитета који су се усталили у српској средњовековној држави. У повељама српских владара до времена распада државе Немањића, најчешће су се цркве ослобађале терета и данака по формули која је садржала набројане типичне обавезе других сталежа, пре навођења „и уопште од свих работа великих и малих”.⁵⁵ Опште узевши, цркве су биле ослобођене свих или највећег дела обавеза према држави (јавним властима), те поменуте привилегије и процедуре код „јавног дуга” делују као сувишно нормиране.

Већина поменутих световних прописа се, посредно или непосредно, тицала црквених непокретности (храмова, часних домова, имања – њива и винограда) и правних односа поводом њих (наслеђивања, купопродаје, закупа...). Оваква усмереност норми према уређивању односа поводом непокретности је разумљива, пошто земљиште и грађевине представљају најзначајније ресурсе у тадашњем правном промету. Начело које се лако уочава јесте лакоћа течења имовине од стране Цркве, а велика тежина отуђења ствари у њеној својини. Потоње иде чак дотле да канон 7, Вас, 12 забрањује епископима и игуманима продају црквене имовине, под претњом – *да нхденеть се*.⁵⁶ Како би се дословном применом овог канона у потпуности спутало црквено имовино отуђење, он је ублажен кроз тумачења канониста, те касније световне законе.

Потоњи прописи допуштају да црква може, у изузетним околностима: крајњег осиромашења, плаћања јавних дажбина и искупљења заробљеника, олакшано отуђити своју имовину. Чак и тада, међутим, постоји битан редослед по коме се то сме чинити. Једно правило из главе 47 ЗП, друге гране и друге главе *Новела* (= Nov. 120, 10) прописује да се свети сасуди могу залагати или продавати само због искупљења заробљеника. У случају да је црква оптерећена дугом који не може вратити, средства прибавља првенствено тако што ће продавати покретне ствари *рекше нно нѣкоје нмѣнне*.⁵⁷ Тек уколико нема таквих

⁵⁵ Идентичну формулацију садржи и чл. 26 Душановог Законака. Ђ. Бубало, 80; М. Копривица (2022), 171–172. У време деспотовине усталила се пракса помињања ванредних околности у којима се и од цркава очекивало да учествују у одређеним данцима и работама или у сношењу оних намета којих нису изричито ослобођене. М. Копривица (2022), 188–192.

⁵⁶ Законоправило 1, 483–484. Поменути казну „изгоњења” канониста схвата као изгон јерарха из епископије, односно манастира.

⁵⁷ Ово је једно од објашњења појма покретне ствари које се среће у Законоправилу. Поред „имања”, са сличним значењем се среће и појам „иметак”, који може означавати и одређени новац.

покретних ствари, могуће је продавати свете сасуде, али само уколико је испуњено неколико даљих услова: а) сасуди су прекобројни, тј. не постоји потреба за њиховим коришћењем;⁵⁸ б) потребно је продати сасуде другим часним домовима; в) уколико то није могуће, они морају изгубити облик светог сасуда – треба их претопити – пре него што ће се (племенити) метал продати неком трећем лицу.

Ова ограничења су уведена са циљем да се очува црквени земљишни фонд, од кога оне најбоље цркве могу и привређивати. Такву идеју добро осликава и објашњење појма некретнине – *недвижности* – које је идентично на неколико места у Законоправилу *рекше села или виногради. такoвaтa бo гл(агол)ють се недвижности*.⁵⁹ Њиме је обухваћено неколико типичних земљишних имања цркава и манастира (њиве и виногради). Оно подразумева да се црквене зграде не могу наћи под залогом или бити продате (трећима), управо због забране секуларизације цркава, о чему је претходно било речи.⁶⁰

На крају, црквена имовина као предмет спора носи низ посебности у судским поступцима. У таквим случајевима, ромејско право прописује надлежност црквеног суда, као и заступништво економа у име Цркве, уместо епископа. Ипак, низ примера из доцније праксе сведочи да спорови о црквеној земљи остају у искључивој надлежности владаревог суда.⁶¹

У случају спора поводом црквене имовине, укључујући спорове поводом легата и наследства остављеног за благочастиве побуде, цркви се може супротставити само проток времена (квалификоване државине) од 40 година, у току ког црква од држаоца није потраживала предмет спора. Реч је о посебном облику приговора (*exceptio longi temporis*) којим се одбијао захтев тужиоца који тврди своје

⁵⁸ М. Петровић тумачи да је реч о сасудима „које ни једном нису имале потребу да се користе”. Законоправило 1, 704. Имајући у виду основни текст заповести и текст ЗП, остајем при тумачењу у главном тексту.

⁵⁹ Објашњење које се среће у Законоправилу М. Петровић не налази ни у једном од коришћених грчких рукописа, што чини вероватним да је оно Савино дело. Законоправило 1, 705. Овај појам слично је објашњен и код 7 Вас, 12 и правила 13, главе 45 ЗП.

⁶⁰ Ипак, чак је и црква могла бити предмет поклона, наслеђивања, па и купопродаје, уколико се чува њена намена, а постоје ктиторскоправна овлашћења која то дозвољавају. За примере вид. Ђ. Степић (2022а).

⁶¹ Релативно богата грађа остаје о споровима манастира Хиландара које пресуђује владарев суд и/или црквени поглавар у доцнијим временима. Поред поменутог случаја са Вукославићима, неколико пресуда се може наћи и код А. Соловјев, *Одабрани споменици српског права (од краја XII до краја XV века)*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1926, 169, 214–216.

власништво над ствари. Привилегија почива на дужини захтеваног протока времена квалификоване државине туженог – за остале случајеве важе краћи рокови.⁶²

4. О значају црквеноимовинског права за државно (и) црквено право данас

У претходно обрађеним нормама налази се низ случајева код којих је Црква привилегована код наступа у правном промету у средњовековној Србији, по угледу на ромејско црквено и световно законодавство. С тим у вези, нарочито занимљив за проучавање јесте номотехнички приступ (ромејског) законодавца код регулисања општих института (махом) грађанског права, са посебним освртом на Цркву, који се у тим правилима уочава.

Било да третира јединствену установу (Цркву) или појединачну богомољу (цркву) као субјекта, те црквене ствари као објект права, такав приступ је оправдан због посебности њеног наступа у правном саобраћају. Многи разлози за ову посебност, попут обављања добротворних делатности, значајне вредности њене покретне и непокретне имовине, честог бестеретног стицања од својих верника и клира, опстају до данас.

У време све већег повезивања и преплитања правних грана, па и целих (над)државних система права, посебна заштита цркве као учесника у правном промету може се чинити сасвим анахроном. Ипак, одлука о томе је у бити правнополитичка, заснована на концепту државно-црквених односа који су усвојени у конкретном правном поретку. Кооперативна одвојеност, концепт за који се залаже српски законодавац, оставља одређени простор за привилеговање верских заједница у целини, без посебних (правних) повластица ма којој од њих.

Више тих повластица набројано је у Закону о црквама и верским заједницама. Оне које се тичу црквеноимовинског права подразумевају, између осталог, посебну заштиту црквене имовине као културне баштине од принудног извршења и отуђења у стечајном поступку или код принудног поравнања,⁶³ материјалну помоћ државе

⁶² *Ibid.*, 641. О овом институту, сумарно М. Милошевић, *Римско право*, Номос, Београд 2005, 234; А. Berger, 647.

⁶³ Чл. 27 „Закон о црквама и верским заједницама” (ЗЦВЗ), *Службени гласник РС* бр. 36/2006. Упоредити са отежаним поступком за отуђење црквених покретних и непокретних ствари, изнад у раду. Поред овога, својство културне баштине по правилу представља квалификаторну околност код кривичних дела крађе и уништења и оштећења туђе ствари.

црквама и верским заједницама, у обостраном интересу,⁶⁴ те потпуно или делимично ослобођење црква и верских заједница пореских и других обавеза.⁶⁵

Тек летимичан поглед на поједина правила у црквеној имовини у Законоправилу открива велику сличност између средњовековног и савременог законодавства. Та сличност показује да се, макар код сарадње државе и цркве у имовинским стварима, типичне повластице која потоња може/треба да ужива суштински нису промениле вековима. Све оне стоје у служби богослужбеног и добротворног деловања „у свету”, без неких од неизвесности које са собом носи редован наступ у правном промету.

Осим ових, низ питања која лебде између аутономног црквеног и државно црквеног права такође могу бити интересантна савременом законодавцу (црквеном или световном). Правни послови, попут располагања верника и клирика у корист цркве, како *inter vivos*, тако и *mortis causae*, те питање правног субјективитета Цркве и/ли њених организационих јединица, и даље траже нијансиран приступ у регулацији.

Примера ради, замисливо је да неко завешта „све цркви”,⁶⁶ а да данашњи јуриста застане пред низом наизглед нерешивих дилема око правне личности наследника. Да ли је реч о целокупној верској заједници (и којој) или неком њеном делу, конкретној богомољи (и којој) – одговори на ова питања би пре неколико векова били неспорни.

Стога, поновни поглед на Законоправило може бити од користи и код тражења савремених правних решења. Један део њих је већ уклопљен у позитивно право кроз ЗЦВЗ и друге позитивне прописе, било непосредно или кроз друге правне установе,⁶⁷ док други, опет, делује упадљиво анахроно и дискриминаторно, те у њему треба посматрати само историјскоправну занимљивост. Међутим, постоје и норме које би могле да послуже као усмерења код тумачења права. Хипотетички случај изнад служи као један сликовити пример за овај последњи принцип.

⁶⁴ Чл. 28 ЗЦВЗ. Упоредити са помагањем Цркви „из царског дома” и коментаром изнад у раду, фн. 51.

⁶⁵ Чл. 30 ЗЦВЗ. Упоредити са правилом 23, главе 45 ЗП, и коментаром изнад у раду.

⁶⁶ Пример је замишљен према британском случају *Thorn v Dickens [1906] WN 54*, у коме је оставилац у тестаменту написао просто „All to mother”. У доказном поступку је утврђено да је он под изразом „мајка” подразумевао своју супругу.

⁶⁷ На пример, посебна правила за добротворно располагања у грађанском праву – што је типична врста послова којом цркве и верске заједнице стичу имовину.

5. Закључак

Прописима Законоправила Светога Саве поставља се чврста основа за повлашћен положај Православне цркве у целокупном току српске државности у средњем веку, како на идеолошком, тако и на сасвим практичном нивоу – привилеговањем црквене имовине. На овом месту анализиран је само један њихов део, понегде у светлу тадашњих и доцнијих општих и посебних правних извора. Иако је оскудна сачувана правна пракса оставила нека питања у вези са применом ових норми отвореним, из ње се ипак уочава различит однос према преузетим нормама. Њихова примена је – као што је и морала бити – или веома упрошћена или ублажена обичајним правом, те другачијим приликама правног система у који су преузете.

Историјскоправни осврт може пружити подршку у разумевању другачије перспективе и у расправама о савременом положају Цркве и њене имовине, нарочито имајући у виду да Законоправило, у свом канонском делу, и даље важи као основни правни зборник Српске православне цркве, као аутономно црквено право.⁶⁸ Можда и важнији јесте његов немерљиви симболички значај за изградњу српске средњовековне државности и црквене аутокефалности.

Иако су државно-црквени односи у великој мери промењени у односу на средњовековне прилике, сарадња ове две обухватне друштвене установе, ослањајући се на дугу традицију, и даље остаје норма у низу законодавстава, па и у српском. Начин и правни оквири за њу, премда ће нужно бити доста другачији, не утичу на промену појединих сфера међусобне потпоре, као што су питања социјалног старања, културе, образовања.⁶⁹ Потреба за оваквим двосмерним кретањима није нестала, већ се само преобликовала у складу са новим донетима државног и црквеног деловања, означеним у припадајућим темељним правним прописима.

⁶⁸ Одлука Светог архијерејског сабора СПЦ АСБр. 63/зап. 145 од 12/25. маја 1939.

⁶⁹ У том смислу и чл. 31–44 ЗЦВЗ.

Dorđe Stepić

Teaching associate, PhD student at the Faculty of Law, University of Belgrade

CHURCH STATE LAW IN THE ZAKONOPRAVILO OF SAINT SAVA THROUGH THE PRISM OF CHURCH PROPERTY LAW

Summary

The relation between church and state in medieval Serbia was built around the doctrine of symphony, that originated in the Nomocanon Rhomaian (Byzantine) law and which stayed a guiding principle of said relations during the entirety of the Serbian Middle Ages. Most scholars approached this topic from the standpoint of church ideology and the role of the Church within the State and its various privileges and immunities, attested by the charters of Serbian monarchs. However, the very first Serbian written law code – the Zakonopravilo of Saint Sava of Serbia – contains many norms detailing Church-State relations with regards to church property, all loaned from Rhomaian compilations, such as the Nomocanon in 50 titles (Collectio 87. capitulorum, to be precise) and Nomocanon in 14 titles (the textus of civil law norms). The Serbian translation and redaction of said norms aims to ensure the cooperation of Church and State, not just as a matter of principle, but rather as an effective mechanism of (mutual) assistance in questions including social care, judiciary, state and civil law, with special reference to Church's right to property, various means of acquiring it (through donations, succession, sale etc.) and privileges that the Church and the clergy have in disposing with such property. It is easy to conclude that such provisions set the foundation for the harmonious relations of Church and State in the centuries to come. Moreover, such a "dive into past" can help us better understand the trials and tribulations of navigating the modern relations of these two organizations, bearing in mind the cooperation (with separation) of Church and State remains the legal framework of modern-day Serbia concerning this issue, and Zakonopravilo still being retained as the canonical codex of the Serbian Orthodox church.

Keywords: Zakonopravilo of Saint Sava of Serbia, church property, Church-state relations, Serbian medieval law, reception of law, Byzantine law.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Berger A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Philadelphia 1953.
- Богдановић Д., „Крмчија Светога Саве”, у: *Зборник радова са међународног скупа „Сава Немањић – свети Сава, историја и предања* (ур. Војислав Ђурић), САНУ, Београд 1979, 91–99.
- Бубало Ђ., *Српски номици*, Византолошки институт САНУ, Београд 2004.
- Бубало Ђ. (ур.), *Ђушанов законик*, Завод за уџбенике, Службени гласник, Београд 2010.
- Гардашевић Б., „Значај Светосавске Крмчије за наше црквено и државно законодавство”, *Богословље* 1/1959, 3–15.
- Живковић Т., *Црквена организација у српским земљама (Рани средњи век)*, Завод за уџбенике, Београд 2011.
- Јањић Д. Ј., „Монаси и лична својина”, *Црквене студије* 17/2020, 129–136.
- Катанчевић А., *Рана историја римског легата*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво, Београд 2023.
- Копривица М., *Попови и протопопови српске цркве у средњем веку*, Центар за црквене студије – Филозофски факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2012.
- Копривица М., *Властелинства и економија манастира средњовековне Србије*, Центар за историјску географију и историјску демографију – Филозофски факултет Универзитета у Београду – Центар за црквене студије у Нишу, Београд–Ниш 2022.
- Марковић В., *Православно монаштво и манастири у средњевековној Србији*, Српска манастирска штампарија, Сремски Карловци 1920.
- Марковић В., „Ктитори, њихове дужности и права”, *Прилози за књижевност, језик, историју и фолклор* 5/1925, 100–124.
- Милаш Н., „Грчко-римско законодавство о црквеној имовини”, *Аутобиографија; Студије; Чланци* (Дела Никодима Милаша, књ. 7), Истина, издавачка установа Епархије далматинске, Београд–Шибеник 2005, 301–386.
- Милаш Н., *Православно црквено право по општим црквено-правним изворима и посебним законским наредбама које важе у*

- појединим аутокефалним црквама*, Издавачка књижарница Пахера и Кисића, Мостар 1902.
- Мирковић З., Ђурђевић М., „Правила о поклону у српском средњовековном праву”, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2011, 63–91.
- Петровић М., *Крмчија светог Саве о заштити социјално урожених*, Народна библиотека Србије – Народна књига, Београд 1983.
- Петровић М., „Свети Сава као састављач и преводилац Законоправила – српског Номоканона”, *Историјски часопис*, књ. 49/2002, 27–45.
- Петровић М. (прир. и прев.), *Законоправило Светог Саве на српско-словенском и српском језику 1*, Манастир Жича, Краљево 2004.
- Петровић М. (прир. и прев.), *Законоправило Светог Саве на српско-словенском и српском језику 2*, Београд 2021.
- Поповић Р., *Црквена имовина у Немањинској Србији*, Свети архијерејски синод Српске православне цркве, Београд 1991.
- Ромић М., „Државно-црквено право у Законоправилу Светог Саве”, *Државно–црквено право кроз векове*, (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија црногорско приморска, Београд 2019, 57–72.
- Соловјев А., *Одабрани споменици српског права (од краја XII до краја XV века)*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1926.
- Соловјев А., „Светосавски номоканон и његови нови преписи”, *Братство* 26/1932, 21–43.
- Степић Ђ., *Баштинске цркве у српском средњовековном праву*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022.
- Степић Ђ., „Око садржаја и превода норме о штетном имању из главе 47. Законоправила – прилог проучавању рецепције права”, у: *Изазови и перспективе развоја правних система у XXI вијеку* (ур. Жељко Мирјанић, Игор Милинковић, Бојан Влашки), Правни факултет Универзитета у Бања Луци, Бања Лука 2022, 471–485.
- Степић Ђ., „Цртице о правном уређењу болница у средњовековној Србији”, *Весник правне историје* 2/2022, 9–28.
- Schoell R., Kroll G.(eds.), *Corpus iuris civilis – editio stereotypa, volumen: Novellae*. Weidmannos, Berolini 1895.
- Тарановски Т., *Историја српског права у Немањинској држави I–IV*, Талија, Ниш 2020.
- Троицки С., „Ктиторско право у Византији и у Немањинској Србији”, *Глас* 168/1935, 81–135.

Троицки С., „Црквено-политичка идеологија Светосавске крмчије и Властареве синтагме”, *Глас САНУ*, 212/1953.

Остали извори

Закон о црквама и верским заједницама, *Службени гласник РС* бр. 36/2006.

Лексикон српског средњег века (ур. Сима Ћирковић, Раде Михаљчић), Knowledge, Београд 1999.

Одлука Светог архијерејског сабора СПЦ АС бр. 63/зап. 145 од 12/25. маја 1939.

ЦРКВЕНО-ГРАЂАНСКИ КАРАКТЕР ДУШАНОВОГ ЗАКОНОДАВСТВА

Сажетак

Аутор у раду анализира одредбе Душановог законодавства, првенствено Душановог законика и Синтагме Матије Властара које сведоче о црквено-грађанском карактеру овог законодавства. Душанов законик у многим случајевима попуњавао је правне празнине из Скраћене Синтагме, а у неким и пооштравао санкције у духу још строжег православља. Аутор посебно истиче значај установа брачног права, начела симфоније, положаја и овлашћења свештенства, као и појединих установа црквеног и световног права реципираних из византијског правног система.

Кључне речи: Душаново законодавство, Душанов Законик, Синтагма Матије Властара, начело симфоније, рецепција византијског права, брачно право.

1. Увод

Душаново законодавство¹ представља троделни кодекс права донет на државним саборима 1349. и 1354. године. Чине га Душанов законик, Скраћена Синтагма и Јустинијанов закон. Синтагма Матије Властара,² византијски правни зборник из прве половине XIV века,

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, djole@prafak.ni.ac.rs

¹ Душаново законодавство је израз који се у правноисторијској науци користи за означавање не само Душановог законика, већ и византијских правних компилација Синтагме Матије Властара и тзв. Закона цара Јустинијана преведених и сачињених по наредби цара Душана. Међу првима је на ову чињеницу указао и наш познати правни историчар Александар Соловјев у својој расправи објављеној 1928. године. А. Соловјев, *Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка*, Скопље 1928. Ово издање је поново штампано 1998. године у едицији *Класици југословенског права*.

² Синтагма Матије Властара је византијски правни зборник настао 1335. године као дело светогорског монаха. Назива се и Алфавитна Синтагма, будући да свака глава почиње словом из старогрчког алфавита. Има 24 главе, преко 300 чланова и важан је кодификаторски подвиг византијских законодаваца у XIV веку. На старосрпски језик преведена је за време владавине цара Душана, а њено скраћивање познато је као посебна српска правна компилација под називом Скраћена Синтагма (нешто мање од сто чланова). Прво издање српскословенског превода Властареве Синтагме објавио је наш познати научник Стојан Новаковић, сада већ давне, 1907. године. С. Новаковић,

преведен је на српскословенски језик за време Душанове владавине. Убрзо је наређено њено скраћивање, па је Синтагма са око 300 чланова сведена на једну трећину. Тако је настала Скраћена Синтагма коју проналазимо у многим преписима *Душановог законика* који су дошли до нашег времена. Трећи део Душановог законодавства чини Закон цара Јустинијана³, који представља особену српску правну компилацију засновану на преводу неколико византијских правних текстова.

Римско-византијско право је, дакле, у Србију стизало из Византије, прихватањем трију византијских правних збирки: Законоправила, Синтагме Матије Властара и тзв. Јустинијановог закона. Њихова рецепција имала је своје специфичности, јер је долазила посредним путем. Српски правници нису читали оригиналне латинске списе, већ византијске (грчке) прераде римског права. Због разлика између римске и византијске правне терминологије, понекад је смисао римских правних установа био измењен.⁴ Као пример рецепције византијског права, овоме треба додати и сам Душанов законик. Никола Радојичић одавно је доказао да су многи чланови Душановог законика преузети из византијског законодавства – из Прохирона, Василика, Епанагоге и других правних зборника.⁵

2. О Душановом законодавству

Питање Душановог законодавства, дакле, представља питање односа српског и византијског права. Формални утицај римско-византијског права на српско право почиње још од доношења Законоправила

Матије Властара Синтагмат, Задужбина Илије М. Коларца, Београд 1907. После више од једног века, Српска академија наука и уметности издала је превод Синтагме на савремени српски језик. Реч је о преводу Татјане Суботин Голубовић. Т. Суботин Голубовић, *Матија Властар, Синтагма*, Српска академија наука и уметности, Београд 2013. У овом раду приликом цитирања појединих одредаба из Синтагме, биће коришћен наведени превод Татјане Суботин Голубовић, будући да је то први превод са старосрпског на савремени српски језик.

³ *Јустинијанов закон* представља посебну компилацију различитих византијских (грчких) текстова преведених на српскословенски језик. Основни извори овог правног зборника су Земљораднички закон, Еклога Лава III, Прохирон Василија Македонца, Василике (царске књиге) Лава VI Мудрог, новеле византијских царева и друге византијске правне збирке. Б. Марковић, *Јустинијанов закон*, САНУ, Београд 2007, 32.

⁴ С. Шаркић, „*Рецепција грчко-римског (византијског) права у Србији*”, у: *Средњовековно право у Срба у огледалу историјских извора*, Српска Академија Наука и Уметности, Београд 2009, 2–3.

⁵ Н. Радојичић, „*Душанов законик и византиско право*”, у: *Зборник у част шесте стогодишњице Законика цара Душана I* (ур. Никола Радојичић), САНУ, Београд 1951, 64–74.

Светог Саве.⁶ Примањем хришћанства из Источног римског царства и ступањем Законоправила на правну снагу, постављени су темељи рецепције византијске културе у средњовековној Србији. Тај процес трајао је непрекидно, а био је најинтезивнији за време владавине цара Душана. У том смислу треба и посматрати Душаново законодавство као логичан и природан наставак пута рецепције грчко-римског (византијског) права у Србији, започетог још почетком XIII века.

Посебно питање представља место Скраћене Синтагме у оквиру Душановог законодавства. Прегледом старијих преписа Душановог законодавства види се да је редослед правних извора увек исти: најпре иде Скраћена Синтагма, потом следи Законик Јустинијанов и на крају Душанов законик. Посебну везу између ова три правна зборника на основу неколико хипотеза први је доказао А. Соловјев, који тврди да се у садржају Скраћене Синтагме на крају текста увек наводи да „оно што се не налази у Синтагми, треба тражити у Душановом и Јустинијановом закоником”. Исти аутор затим уочава у Раковачком препису Душановог законодавства запис о томе да је Скраћена Синтагма „састављена и утврђена царем Душаном”. Тај запис, у нешто измењеном облику, поновљен је и у Хиландарском препису. По насловном тексту једног преписа Скраћене Синтагме једног преписа, Соловјев износи претпоставку да је Скраћена Синтагма настала ради практичних потреба царских судова – тј. да би се судије лакше сналазиле приликом примене права. Најзад, на основу анализе текста једне повеље цара Душана, из формулације „обновисмо и састависмо и узаконисмо свака правила светих и божанствених цркава”, исти истраживач извлачи закључак да је реч о Скраћеној Синтагми. У саставу Државног сабора који је донео Душаново законодавство, проналазимо и „калуђере и властелу грчку”, што упућује на закључак да је њихово присуство било неопходно управо због потврде византијских закона.⁷ Скраћена Синтагма настала је, дакле, по наредби цара Душана и у

⁶ Савино Законоправило (Номоканон) први је писани српски законик. Реч „номоканон” је кованица старогрчког порекла, од речи номос (*νομος*) – закон и канон – црквено правило. Номоканони представљају мешовите збирке световног и црквеног права. Настали су у Византији, а Свети Сава је, по угледу на византијско право, сачинио Номоканон за српску употребу, назвавши га Законоправило, које садржи 64 главе (шест уводних) на око 800 листова. О Законоправилу постоји обимна литература, а у раду на његовом објављивању и превођењу на модеран српски језик посебно се истакао наш научник Миодраг М. Петровић. М. Петровић, *Законоправило Светога Саве на српскословенском и српском језику I*, Манастир Жича 2004.

⁷ А. Соловјев, *Историја словенских права, Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка*, Службени лист СРЈ, Београд 1998, 363–367.

веома је тесној вези са Душановим закоником и Закоником Јустинијана. Сва три правна зборника треба посматрати као целину, као један сложен организам српског и византијског права. Сама чињеница да је Душаново законодавство било донето 1349. и 1354. године на државним саборима које су чинили владар и његова породица, као и најкрупнија црквена и световна властела (и српска и грчка), сведочи о црквено-грађанском и српско-византијском карактеру овог кодекса.

Постоји у литератури и мишљење да је превод целе Властареве Синтагме на српскословенски језик следио веома брзо по њеном доношењу. Потпуна Синтагма није као таква ушла у Душаново законодавство, већ је изражавала ставове оних византофилских кругова који су се противили проглашењу Српског царства и Патријаршије. Синтагма није признавала српску и бугарску аутокефалију и одрицала је право осталим народима на уздизање државног ранга на степен царства. Само се Скраћена Синтагма сматра делом српског законодавства. Потпуна Синтагма сачувала се у мало преписа и вероватно је употребљавана искључиво у црквеној средини. Скраћена Синтагма, очишћена од византофилских правних и црквених норми, била је очигледно погоднија за примену пред световним судовима. Савино Закономправило садржало је оне прописе који су били неопходни цркви, тако да је Скраћена Синтагма била намењена искључиво световним судијама Душанове државе.⁸

3. Душаново законодавство о цркви и православљу

Душанов законик посветио је цркви многобројне чланове. Готово четвртина његових одредаба се непосредно или посредно односи на православље и цркву. Вери и цркви посвећено је првих 38 чланова. Остале одредбе које се тичу ове материје су чланови: 45, 47, 64, 65, 78, 79, 81, 84, 85, 95, 106, 109, 128, 130, 148, 150, 151, 158, 160, 194, 195 и 196. У наведеним члановима регулисани су: чл. 1 – хришћанство; чл. 2 и 3 – црквени брак; чл. 4 – црквени суд верницима; чл. 5 – анатема; чл. 6–9 – римокатолички прозелитизам; чл. 10 – „јеретик“; чл. 11 – постављање духовника; чл. 12 – заштита судског имунитета цркве; чл. 13 – симонија; чл. 14 – избор и разрешење игумана; чл. 15–19 – калуђери; чл. 20 – спаљивање „вампира“; чл. 21 – продаја православног хришћанина; чл. 22 – властеоски људи на црквеним имањима; чл. 23 – дужност поноса; чл. 24 – кривично дело узимања мита; чл. 25 – управни имунитет цркве; чл. 26 – ослобађање цркве од работа; чл. 27 – самосталност царских цркава; чл.

⁸ Д. Богдановић, *Душаново законодавство, Историја српског народа 1*, Српска књижевна задруга, Београд 1981, 558–560.

28 – дужност давања хране сиромашнима; чл. 29 – забрана калуђерима да живе изван манастира; чл. 30 – заштита калуђера и црквених људи од недозвољене самопомоћи световних лица; чл. 31 – попови на манастирским имањима; чл. 32 – одговорност за протеривање црквених људи; чл. 33 – црквени патримонијални суд; чл. 34 – црквени људи дужни су работе једино својој цркви; чл. 35 – економска овлашћења игумана; чл. 36 – „закон киновијски”; чл. 37 – „доходак духовни”; чл. 38 – ослобађање цркве дужности исхране царских коња; чл. 45 и 47 – баштинске властеоске цркве; чл. 64 и 65 – попови на властеоским имањима; чл. 78 и 79 – парнице поводом земље у којима је једна страна црква; чл. 81 – планински пашњаци; чл. 84 и 106 – правдање „котлом”; чл. 85 – „бабунска реч”; чл. 95 – кривичноправна заштита свештеника; чл. 109 – врачарство и тровање; чл. 128 – помоћ цару кад крсти или жени сина и кад зида двор или куће; чл. 130 – рушење цркве на војном походу; чл. 148 – општа дужност поступања у складу са наредбом царских судија о крадљивцима и разбојницима, обухватала је и цркву; чл. 150 – правдање „железом”; чл. 151 – свака порота мора да буде у цркви; чл. 158 – дужност села, укључујући и црквена, да чувају стражу од крадљиваца и разбојника; чл. 160 – грађанскоправна заштита трговаца и калуђера у случају крађе на друму; чл. 194 – припадност црквених глоба; чл. 195 – ноћивање жена у цркви; и чл. 196 – одобрење надлежног епископа за монашки постриг.

На црквено-грађански карактер српског средњовековног законодавства међу првима је указао наш велики научник и истраживач Стојан Новаковић. Он тврди да су римски закони дошли у Србију „кријумчарским путем”, као део црквено-грађанских зборника и вере. Новаковић посебно указује на значај Властаревог Синтагмата као правног зборника из доба цара Душана. Синтагма је, вероватно по наређењу цара Душана, веома брзо преведена на српскословенски, а затим је наређено и њено скраћивање. Разлози за то су, према Новаковићу, били ширење Српског царства на византијске области и тежња српскога цара да Византију као грчко царство замени једним новим словенско-српским царством.⁹

Византијски правни утицај на Србију био је немерљив. Србија је, поред права, од Византије примила и хришћанство. Уређење цркве спроведено је према источно-грчком обрасцу. Најважније је било начело симфоније. Основа овог начела садржана је у једној новели цара Јустинијана из 535. године у којој је прописано: *Највећи дарови које је божанска благост подарила људима су црквена и световна власт,*

⁹ С. Новаковић, *Васкрс државе српске и друге студије*, Службени лист СРЈ, Београд 1986, 252–254.

од којих претходна служи божанским стварима, а друга штити и пази људске ствари. И тако, ништа неће захтевати већу цареву бригу од честитости свештеника, пошто се они стално моле Богу за њих (цареве). Јер, ако је свештенство у сваком погледу безгрешно и верно Богу, а световна власт влада правично и исправно државом која јој је поверена, резултираће склад, који ће установити све што је корисно за људски род...¹⁰

И Савино Законоправило прожето је у потпуности начелом симфоније. У глави 45, члану 1 Законоправила, Свети Сава га је преузео по угледу на поменуто Јустинијанову новелу.¹¹ Још тада је начело симфоније, садејства и сагласја световне и духовне власти, из византијског канонског права ушло у српско право. Симфонија је из ове новеле преузета и у једном византијском правном зборнику. Реч је о закону под називом Епанагога¹², другом законодавном делу Василија Македонца с краја IX века. Светом Сави ово важно начело могло је бити познато и из овог византијског законика. Начело симфоније је правно начело које карактерише разрађена диархична равнотежа представљена тесном сарадњом двеју власти.¹³

Цар Душан Силни, као потомак Светога Саве и настављач његовог законодавног рада, у првом члану Душановог законика под насловом „О христијанству” прописује: Најпрво за христијанство. Сиим же образом да се очисти христијанство (Најпре за хришћанство. Овим начином да се очисти хришћанство).¹⁴ Под речју *христијанство* законодавац мисли искључиво на православно хришћанство, што се види из чланова 6 и 7 у којима Душанов законик осуђује „латинску јерес”, „веру латинску” и „азимство”. Други део првог члана, да се очисти *христијанство* упућује на закључак да је законодавац желео да православно веру „очисти” од свих оних друштвених појава и понашања које су биле противречне православлју. Синтагма такође почиње текстом који носи наслов „О православној вери”: ...овде прво

¹⁰ С. Шаркић, *Правне и политичке идеје у Источном римском царству*, Службени гласник, Београд 2017, 233–234.

¹¹ М. Петровић, 624–625.

¹² Епанагога је други зборник цара Василија Македонца. Најважнију новину у њој чине одредбе о дужностима и правима цара и патријарха. Према њој, државно-црквени организам представља идеално јединство цара и патријарха. Посебно се тај идеал поштовао у словенским земљама. Г. Острогорски, *Историја Византије*, Народна књига–Алфа, Београд 1998, 236–237.

¹³ Б. Бојовић, *Краљевство и светост – политичка филозофија средњовековне Србије*, Службени лист СРЈ, Београд 1999, 41.

¹⁴ Н. Радојчић, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354.*, Београд 1960, 89.

*треба изложити богонадахнута правила која утврђују праву веру, јер онима који у добру чврсто стоје на овом темељу није узалудно придодати и друга правила...*¹⁵

4. Душаново законодавство о браку

Једна од црквено-грађанских установа којој је Душаново законодавство посветило доста пажње јесте брак. Синтагма Матије Властара садржи многобројне одредбе о браку као важној установи приватног права, док у Душановом законику нема много одредаба о брачном и породичном праву. Законоправило Светога Саве садржало је и Прохирон¹⁶ који је посветио много чланова браку и породици. Осим тога, Сава је у својој *Жичкој повељи* из 1220. године поклонιο велику пажњу кривичним делима против светости брака.¹⁷

Скраћена Синтагма преузела је из Потпуне Синтагме велики део одредаба о брачном праву, а оне чине трећину свих одредаба Скраћене Синтагме. Дефиниција брака такође је преузета у овом делу Душановог законодавства. Та дефиниција реципирана је из византијског Прохирина, а самим тим, била је позната Србима још из Законоправила Светога Саве.¹⁸ Брачно право првенствено је, дакле, прописано у Властаревој Синтагми, док је Душанов законик у члановима 2, 3 и 9 само допунио брачно право реципирано из византијских изворника. У глави Г2 дата је и поменута чувена Модестинова дефиниција брака, која је српском праву већ била позната из Савиног Градског закона¹⁹ (Прохирина) у *Законоправилу: Брак је сједињавање мушкарца и жене и заједнички усуд током целог живота, јединство божанског и људског права, било да је то (обављено) благословом, венчањем, било са записом; а не прихватамо оно што се преко тога догоди.*²⁰

Чланови 2 и 3 Душановог законика представљају објашњење и прецизирање овог члана Властарево Синтагме. Већ у другом члану Законика, који носи наслов „О женитбе”, прописано је: *Властеле и*

¹⁵ Т. Суботин Голубовић, 31.

¹⁶ Прохирон (*προχειρος νομος*) је византијски закон у 40 глава донет за време цара Василија I, оснивача Македонске династије, у периоду 870–879. године. То је важан правни зборник грађанског, кривичног и црквеног права, а за српско средњовековно право има велики значај, будући да је у оквиру Законоправила преведен на српскословенски језик, под називом *Градски закон*. Г. Острогорски, 235–236.

¹⁷ А. Соловјев, 410.

¹⁸ *Ibid*, 411.

¹⁹ О Градском закону вид. и А. Ђорђевић, „Градски закон као саставни део Законоправила”, *Црквене студије* 16/2019, 249–254.

²⁰ Т. Суботин Голубовић, 116.

прочи људи да се не жене, не благословивше се у својега архијереја, али у тех-зи да се благослове, кои су изабрали духовници архијереји (Властела и други људи да се не жене без благослова свог архијереја, или да се благослове од оних које су архијереји поставили, изабравши их за духовнике).²¹ Овај члан, дакле, прописује обавезан црквени брак за све категорије становништва – и за повлашћени слој феудалаца (властела) и за све остале људе. Архијереји или духовници које су архијереји поставили имали су обавезу да испитају евентуално постојање брачних сметњи.

Трећи члан Душановог законика повезан је са претходним. Он носи назив „О свадбе” и гласи: *И ниједна свадба да се не учини без венчанија; ако ли се учини без благословенија и упрошенија цркве, такови да се разлуче* (Ниједна свадба да се не учини без венчања, а ако се учини без благослова и упита цркве, такви да се разлуче).²² Овај члан Душановог законика прописује обавезну форму црквеног брака и ова одредба такође нема никакав класни карактер, будући да је из текста потпуно јасно да се односи на све слојеве становништва. Брак без црквене форме сматран је ништавим. Међутим, ова два члана разрешавају сваку недоумицу која би евентуално проистекла из цитираног члана главе Г у Синтагми (*било да је то (обављено) благословом, венчањем, било са записом*). Душанов законик нам не оставља никакве недоумице. У члановима 2 и 3 он изричито прописује два неопходна елемента за пуноважност брака: благослов цркве и сам чин црквеног венчања. Душанов законик, у духу још строжег православља, прописује да нема правоваљаног брака без благослова архијереја и црквеног венчања. Теодор Тарановски чак сматра да су морала постојати два посебна правна акта: благослов или дозвола епископа и венчање надлежног парохијског свештеника, којег је поставио исти епископ. Он наводи да су два идентична акта постојала и у Русији, где је епископ издавао посебан писмени налог за венчање на основу којег је свештеник могао да склопи брак између младенаца.²³

Закључење новог брака регулисано је главама Г-4 (О мушкарцима и женама који ступају у други, трећи и у многе бракове (и) о другобрачним свештеницима) и Г-5 (О жени која жели да ступи у други брак, а муж је отпутовао или је отишао у рат и о њему нема вести). У глави Г-4 налази се правило из Василика да жена млађа од двадесет

²¹ Н. Радојчић, 1960, 90.

²² *Ibid.*

²³ Т. Тарановски, *Историја српског права у немањихкој држави*, Службени лист СРЈ, Београд 1996, 578.

пет година други брак може закључити једино уз сагласност свог оца (34 βαζ. XXVIII, 4), али и значајно правило римског брачног права да удовица мора да проведе годину дана у жалости због мешања семена (крви), зато што нема мужа (*turbatio sanguinis*).²⁴ Жена је једино по царевом допуштењу у време жалости могла да доведе другог мужа. Бигамија је забрањена (35 βαζ. XXVIII, 5)²⁵ и санкционирана и у глави М-14 (О прељуби): *Онај ко има две жене да буде шибан, а наложница да се отера заједно са децом коју је родила.*²⁶

У глави Г-9 (О противзаконитим и неприкладним браковима међу рођацима) инкриминисано је кривично дело против брака и породице – родоскрвњење²⁷ у три одредбе: **Крвосмесници, било да су родитељи са децом, било деца са родитељима, било браћа са сестрама – да буду кажњени мачем. Ако се у неком другом степену сродства мешају, на пример, отац са синовљевом женом, или син са очевом женом, то јест маћехом, или очух са пасторком, или брат са братовљевом женом, или ујак са анепсејом, или анепсеј са тетком, или са двама сестрама, или са туђом мајком и њеном кћери, при чему се зна да су имали односе – да буду шибани и носеви да им се одсеку. Ако се братучеди сједињују у браку, или на други начин телесно опште, па се роде и деца, или отац и син са мајком и ћерком, или два брата са двама сестрама, или два брата са мајком и ћерком – да се раздвоје и да буду шибани. Ако неко са својом кумом живи у браку, или се на други начин тајно са њом саживи, обома да буду одсечени носеви. Ако је жена удата, још да буду и шибани.**²⁸

²⁴ У класичном римском праву ово „време жалости” (*virum lugere* или *ellugere*) износило је десет месеци, да би 380. године било продужено на годину дана конституцијом цара Грацијана, Валентијана II и Теодосија I (С. 5, 9, 2). Б. Ајзнер, М. Хорват *Римско право*, Правни факултет, Загреб 1948, 149. Грађанскоправна санкција за непоштовање ове забране била је губитак грађанске части и наследних права према мужу из првог брака, као ограничење располагања својом имовином до једне трећине у корист мужа из другог брака када нема деце. Т. Суботин Голубовић, 105.

²⁵ *Ibid*, 119

²⁶ *Ibid*, 291.

²⁷ Наведено кривично дело предвиђено је и најстаријим словенским правним зборником Закон судњи људем, свакако под утицајем Еклоге. У члану 7 инкриминисан је брак са кумом: *Ако неко своју куму узме за жену, по световном закону нека им се одсеку носеви и нека се раставе, а по црквеном закону нека се раставе и нека се подвргну посту од петнаест година.* Д. Николић, *Закон судњи људем – најстарији словенски правни зборник*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу и Центар за византијскословенске студије Универзитета у Нишу, Ниш 2016, 68. Занимљиво да члан 12 наређује само да се родоскрвници који међусобно ступају у брак само раставе, без икакве кривичне санкције.

²⁸ Т. Суботин Голубовић, 128.

Разлози за развод брака садржани у глави Г-13 Синтагме, такође су преузети из Прохирона и ова глава је заснована углавном на познатој 117. новели Јустинијана. Постоје три групе разлога за развод брака: 1) развод брака услед кривице жене (ако жена сазна да неки представљају опасност по царску власт и не каже то свом мужу; прелјуба; ако угрожава живот мужа; ако са другим мушкарцима, без сагласности мужа, одлази на гозбе или у бању, или уопште борави ван куће; ако без сагласности мужа присуствује коњским тркама, позоришним представама или играма са дивљим зверима); 2) развод брака услед кривице мужа (ако ради против царске власти; ако угрожава живот жене или њено поштење, подстичући је на прелјубу; ако учини прелјубу, те и даље одржава односе са другом женом) и 3) развод брака без кривице (ако муж у току три године не може да име односе са женом; у случају замонашења; заробљеништво без вести о животу током пет година).²⁹

Властарева Синтагма у даљем тексту о браку у оквиру главе Г-2 (коју су преузели и редактори Скраћене Синтагме), прописује да је неопходан одговарајући узраст (14 година за мушкарца и 12 за жену), пристанак старатеља за пуноважност брака, као и сагласност будућих супружника. Веома интересантан је и члан који говори о неопходности јавности венчања: *Нико тајно да се не венчава него пред многима; а онај који се дрзнуо (на то) помоћу казне да се приведе памети, а исто тако и свештеник који је учествовао у овој неподопитини (треба) да буде кажњен у складу са заповестима црквених правила.*³⁰ Дакле, црквено венчање није смело бити организовано у тајности, а казна је претила и младожењи и свештенику који би на такво венчање пристао. Вероватно због постојања ове норме у Синтагми, Душанов законик није морао посебно да је прописује. Ово је још један доказ да Душаново законодавство чине заједно и Законик и Синтагма, да су оба правна зборника неодвојиви делови целокупног царског законодавства и да чине једну смислену целину.

Византијско право све до краја IX века не помиње црквени благослов као обавезан елемент за закључење правоваљаног брака. Ни Еклога, ни Прохирон не говоре о венчању и благослову као предусловима за пуноважност брака. Тек византијски цар Лав VI Мудри у својој новели из 893. године предвиђа црквени благослов као предуслов за закључење сваког брака. Међутим, чак ни у Византији тај пропис није заживео у пракси, те је цар Андроник 1306. године донео

²⁹ *Ibid*, 133–136.

³⁰ *Ibid*, 116.

новелу која тражи да сваки брак буде венчан са знањем дотичног духовника. Ове новеле нису ни ушле у Синтагму грешком Матије Властара, те је Душанов законик морао да попуњава насталу правну празнину члановима 2 и 3.³¹ Све ово нам такође говори и о томе да је српски законодавац веома добро познавао византијско право (као и његове актуелне недостатке).

Синтагма Матије Властара предвиђа и брачне сметње у глави В 8. Ова глава у потпуности је преузета у Скраћеној Синтагми и подељена на неколико делова. Она прописује различите степене сродства као брачне сметње, као и брак са јеретцима и припадницима других вероисповести. Синтагма изричито прописује: *Треба истражити степене сродства не само крвног него и по крштењу и по усвојењу, а допуштено је све после седмог степена. Треба пазити на оне степене који настају женидбом и од трородног сродства код којих постоји забрана или сливање. А код оних који су изван сродства, прикладно је склопити брак.*³² Синтагма често користи израз „до трећега братучеда”, а Душанов законик овај израз преузима. Поређењем одредаба Синтагме и Душановог законика, јасно је да је реч о шестом степену сродства, које је представљало брачну сметњу.

У глави Г 12 Синтагма забрањује брак свештенства са јеретцима и припадницима других вероисповести. (*... нити да се браком сједињују са јеретицима, ни са Јудејцима ни са Јелинима*) Она тачно одређује ко се сматра јеретиком: *... а јеретицима се код нас називају они који примају тајну (крштења), али са неким грешкама, по којима се разликују од православних...*³³ Из ове формулације потпуно је јасно да се под јеретицима подразумевају и неправославни хришћани, тј. римокатолици.

Синтагма, ипак, оставља извесне празнине и недоумице у погледу склапања брака обичних људи и „јеретика”. Будући да је по одредбама Синтагме остало нејасно да ли се брак свештеника са јеретицима могао односити и на лаичко становништво, била је неопходна још једна интервенција српског законодавца. Та интервенција поново је спроведена преко одговарајућих норми Душановог законика. Члан 9 Душановог законика такође допуњује Синтагму Матије Властара и још једном разрешава сукоб између норми унутар Душановог законодавства: И ако се нађе полуверац, који је узео хришћанку, ако усхте, да се крсти у хришћанство, а ако се не крсти, да му се узме жена и

³¹ А. Соловјев, 412.

³² Т. Суботин Голубовић, 104.

³³ *Ibid*, 131.

деца и да им се даде део од куће, а он да се изагна.³⁴ Брак „полуверца” (римокатолика) био је ништав, а могао је да се оснажи преласком младожење у православље. У супротном, брак би био поништен, а младожења римокатоличке вере био би кажњен конфискацијом и прогонством.

О јеретицима Синтагма Матије Властара има још једну општу формулацију; у оквиру слова А, глава друга, прописано је: *Они који су одступили од православне вере и постали јеретици, или су принели жртву или су коме обећали да ће је принети, не могу да завештавају (имовину), то јест да дијатаксују,³⁵ нити да дарују, нити са уговором нити без уговора могу шта примити.*³⁶ Реч је о онима који су из православља прешли у римокатоличанство или се вратили у паганство. Ова одредба Душановога законодавства веома строго санкционише конвертите („јеретике”), општом забраном закључивања свих грађанско-правних послова, укључујући и завештање. Ова норма Синтагме веома је значајна за схватање појма „јеретик”, и говори о врло ригидним санкцијама за напуштање православља.

Посебне главе Синтагме прописују питања закључења другог и трећег брака. Редактори Скраћене Синтагме су из текста избацили многобројна црквена правила о новом браку. Међутим, задржали су „Свитац сједињења” који је као такав остао део Душановог законодавства: *Већ су стари закони познавали три брака. А цара Лава Премудрог, који је склопио и четврти брак, одлучио је патријарх Никола... треба допустити и трећи брак, набацивши узду онима који су ослабљени прекомерним похотним жељама...*³⁷ Дакле, било је дозвољено закључити правоваљано највише три брака сукцесивно, што је из византијског права реципирано у Душановом законодавству.

Нису све одредбе о брачном и породичном праву ушле у Скраћену Синтагму. То, међутим, не умањује значај ових правних норми, нити се доводи у питање постојање црквено-грађанског карактера

³⁴ Н. Радојчић, 1960, 91.

³⁵ Закон цара Јустинијана у једном члану помиње завештање, користећи грчки назив који је у средњовековној Србији често коришћен – „дијатакса” (διатаξίς). Члан 2 ове правне компилације гласи: *Ако ко опоручу (у оригиналу διатази) пише некоме и дода нешто у њој, као и ономе дијаку који је писао да оставља што(год) било, да се не верује.* Б. Марковић, 53, 65. О завештању у српском праву вид. А. Ђорђевић, „Завештање у Душановом законодавству”, у: *Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије: зборник радова* (ур. Наташа Стојановић, Новак Крстић), Правни факултет у Нишу, Ниш 2016, 167–176.

³⁶ Т. Суботин Голубовић, 40.

³⁷ *Ibid*, 120.

правних текстова средњовековне српске државе. По мишљењу А. Соловјева, Скраћена Синтагма била је највероватније намењена царским судијама, док је Потпуна, Властарева Синтагма била примењивана пред црквеним судом.³⁸ У словенском праву, које се развијало под утицајем византијског црквеног права, ово је била уобичајена појава. У праву Кијевске Русије, посебно у црквеном уставу кнеза Владимира из 988. године, црквени судови добили су искључиву надлежност за поступање у породичним и наследноправним споровима.³⁹

5. Душаново законодавство о овлашћењима епископа и свештенства

Право милосрдне интервенције које је припадало високим црквеним великодостојницима такође је из византијског права прешло у српско законодавство. Епископи су били овлашћени да под своју заштиту узимају мале и сиромашне људе који су неправедно гоњени од стране властеле и богатих људи. Слично је било са заточеницима и са сиротињом уопште. Црквени великодостојници могли су да захтевају од владара да се укине гоњење или да се незаконито заточени пуне на слободу. Византијско право је још у новели цара Никифора Вотанијата 1079. године предвидело милосрдну интервенцију као дужност патријарха, а у XIII веку уведена је чак и обавеза византијског цара да једном недељно одговара на милосрдну интервенцију патријарха.⁴⁰

Синтагма Матије Властара такође предвиђа право милосрдне интервенције – *Седмо правило Сардијског (сабора): уколико епископ не буде позван царским писмом, не сме да иде цару ради већих достојанстава (чинова), јер то више приличи мирјанима него епископима. Уколико буде желео да иде цару да тражи помоћ за очигледно оштећене, сиромашне, удовице и осиротеле, или буде молио за оне који су због престаупа послати у заточење или за оне који се муче на друге начине – треба да буде похваљен, а не укорен од стране разумних.*⁴¹

Душанов законик предвиђа сличну обавезу црквених великодостојника у члану 28 – *О хране убогим: И по свих црквах да се хране убози, како јест уписано от ктитора; кто ли их не усхрани от митрополита, или от епископа или от игумен, да се отлучи сана (И по свим црквама да се хране убоги, како је уписано од ктитора, а ко*

³⁸ А. Соловјев, 445.

³⁹ Д. Николић, *Древноруско словенско право*, Службени лист СРЈ, Београд 2000, 82.

⁴⁰ Т. Тарановски, 312–313.

⁴¹ Т. Суботин Голубовић, 58–59.

их од митрополита, или од епископа, или од игумана не усхрани, да се одлучи од сана).⁴² Овом одредбом се наређује да се по свим црквама (и манастирима) хране сиромаси, како је то ктитор прописао. Ктитор је власник имовине намењене цркви, са правима и обавезама који произилазе из његовог донаторског чина. Митрополит, епископ или игуман који не врши наведену дужност свргаван је од свога достојанства (сана). Из наведеног члана јасно се види да су право али и обавезу на милосрђе имали митрополит, епископ и игуман као црквени великодостојници. Сличне правне норме проналазимо и у Законоправилу Светога Саве, у одредбама о заштити сиромашних, обесправљених и социјално угрожених.⁴³

Треба поменути још једну одредбу Душановог законодавства о епископима. Епископ је по Властаревој Синтагми (а то је остало и у Скраћеној Синтагми) могао изгубити свој положај. У глави А-9 прописано је: *...епископ који је дуже од шест месеци ван своје цркве и борави у туђој земљи, али не по царском или патријарховом наређењу, или ако не лежи због тешке болести, која му је ускратила могућност кретања, биће удаљен из свештенства и други ће епископ бити постављен на његово место.* Формулација *не по царском или патријарховом наређењу* такође сведочи о дуализму црквено-световне власти, као и о црквено-грађанском карактеру целокупног Душановог законодавства.

6. Закључак

Одредбе Душановог законодавства о цркви, положају свештеника и монаха, као и одредбе о браку и породици, о заштити православних и осуди јеретика представљају правне норме које су углавном реципиране из византијског права. Душанов законик је неке одредбе из Скраћене Синтагме објашњавао и допуњавао, и на тај начин целокупном кодексу дао несумњив црквено-грађански печат и значај. Због недостатка појединачних правноисторијских извора, не можемо поуздано знати како се Душаново законодавство примењивало. Постоје ипак посредни докази о његовој примени у Паштровићима и Грбљу.⁴⁴

⁴² Н. Радојчић, 1960, 96.

⁴³ М. Петровић, *Црквено-грађански значај Законоправила Светога Саве*, Ратина, Београд 2013, 267 и даље.

⁴⁴ О примени права из Душановог законика и Скраћене Синтагме у српском приморју видети И. Синдик, „Душаново законодавство у Паштровићима и Грбљу”, у: *Зборник у част шесте стогодишњице Законика цара Душана I* (ур. Никола Радојчић), САНУ, Београд 1951, 180–181.

Познато је да је Законоправило Светог Саве било донето још 1219. године и да је свакако било на снази у тренутку доношења Душановог кодекса. Зато се с правом поставља питање о томе из ког разлога је било неопходно да многобројне одредбе Властареве Синтагме постану део Душановог законодавства, што је царевом законодавном делу и дало суштински црквено-грађански печат. Разлози за то су двоструки. Први је сигурно практичног карактера, будући да Законоправило од 800 страница никако није могло бити једноставно коришћено пред царским судовима. Други разлог је што обично српско становништво, чак и средином XIV века, није могло у потпуности да се ослободи прехришћанских паганских навика и обичаја. Због тога законодавац понавља одредбе о браку и породичном праву. Уосталом, новела цара Андроника из 1306. године нам посредно говори и о понашању становништва Византије, будући да су њоме прописане норме о неопходности црквене форме брака. Душаново законодавство у том смислу представља и потребу за поновним и сталним „црквеним васпитавањем” својих поданика, без обзира на постојање свеобухватног Савиног Законоправила.

Aleksandar Đorđević

Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

**THE ECCLESIASTICAL-CIVIC CHARACTER
OF DUŠAN'S LEGISLATION**

Summary

The provisions of Dušan's legislation on the church, the position of priests and monks, as well as the provisions on marriage and the family, on the protection of the Orthodox and the condemnation of heretics, represent legal norms that were mainly received from Byzantine law. Dušan's codex clarified and supplemented some provisions from the Syntagma and thus gave the entire codex an unmistakable ecclesiastical-civic seal and significance. In this sense, Dušan's legislation also represents the need for repeated and constant "church education" of his subjects, regardless of the existence of the comprehensive Saint Sava's Nomokanon.

Keywords: Dušan's legislation, Dušan's Code, Matija Vlastar's Syntagma, principle of symphony, reception of Byzantine law, marriage law.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Ајзнер Б., Хорват, М., *Римско право*, Накладни завод Хрватске, Загреб 1948.
- Богдановић Д., *Душаново законодавство, Историја српског народа I*, Српска књижевна задруга, Београд 1981.
- Бојовић Б., *Краљевство и светост – политичка филозофија средњовековне Србије*, Службени лист СРЈ, Београд 1999.
- Ђорђевић А., “Градски закон као саставни део Савиног Законоправила”, Црквене студије, бр. 16 /2019, 249–254.
- Ђорђевић А., “Завештање у Душановом законодавству”, *Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије: зборник радова*, Правни факултет у Нишу, Ниш 2016, 167–176.
- Марковић Б., *Јустинијанов закон*, Српска академија наука и уметности, Београд 2007.
- Николић, Д., *Древноруско словенско право*, Службени лист СРЈ, Београд 2000.
- Николић Д., *Закон судњи људем – најстарији словенски правни зборник*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу и Центар за византијскословенске студије Универзитета у Нишу, Ниш 2016.
- Новаковић С., *Законик Стефана Душана*, Задужбина Илије Коларца, Београд 1898.
- Новаковић С., *Матије Властара Синтагмат*, Задужбина Илије Коларца, Београд 1907.
- Новаковић С., *Васкрс државе српске и друге студије*, Службени лист СРЈ, Београд 1986.
- Острогорски Г., *Историја Византије*, Народна књига–Алфа, Београд 1998.
- Петровић М., *Законоправило Светога Саве на српскословенском и српском језику I*, Епархија Жичка, Манастир Жича 2004.
- Петровић М., *Црквенограђански значај Законоправила Светога Саве*, Ратина, Београд 2013.
- „Душанов законик и византиско право”, у: *Зборник у част шесте стогодишњице Законика цара Душана I* (ур. Никола Радојчић), САНУ, Београд 1951, 64–74.
- Синдик И., „Душаново законодавство у Паштровићима и Грбљу” у: *Зборник у част шесте стогодишњице Законика цара Душана I* (ур. Никола Радојчић), САНУ, Београд 1951, 119–182.

- Соловјев А., *Историја словенских права, Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка*, Класици југословенског права, Службени лист СРЈ, Београд 1998.
- Суботин Голубовић, Т., *Матија Властар, Синтагма*, Српска академија наука и уметности, Београд 2013.
- Тарановски Т., *Историја српског права у немањихкој држави*, Класици југословенског права, Службени лист СРЈ, Београд 1996
- Шаркић С., “Рецепција грчко-римског (византијског) права у Србији”, у: *Средњовековно право у Срба у огледалу историјских извора*, Српска Академија Наука и Уметности, Београд 2009, 1–7.
- Шаркић С., *Правне и политичке идеје у Источном римском царству*, Службени гласник, Београд 2017.

**NOTE SULLA REGIA GIUNTA DI GIURISDIZIONE
DEI DUCATI DI PARMA, PIACENZA E GUASTALLA
ALLA FINE DELL'ANTICO REGIME.
UN SUPREMO DICASTERO PER I RAPPORTI
TRA LO STATO E LA CHIESA**

Riassunto

Tra il XVI e il XVIII secolo molti Stati italiani istituirono dicasteri speciali con funzioni giurisdizionali, consultive e latamente amministrative, composti da giuristi di ottima levatura culturale, di cui i sovrani si servirono come leva per conseguire il controllo sulle istituzioni ecclesiastiche. A questa tendenza non fecero eccezione i Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla, dove allo scopo venne istituita la Regia Giunta di Giurisdizione, fortemente voluta dal ministro riformatore Guillaume Du Tillot. L'articolo indaga le vicende di questo supremo dicastero nel periodo meno conosciuto della sua esistenza, tra il 1771 e il 1788, dopo la destituzione di Du Tillot dalla guida del governo.

Parole chiave: Giurisdizionalismo, Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla, Regia Giunta di Giurisdizione, Guillaume Du Tillot, Médéric Louis Élie Moreau de Saint-Méry.

1. Stato e Chiesa a Parma dai Farnese ai Borbone

Il fenomeno del giurisdizionalismo, inteso come insieme delle politiche di controllo delle istituzioni ecclesiastiche da parte del potere secolare, trovava origine e terreno fertile nelle molteplici occasioni di attrito tra le due sfere, che andavano dai conflitti di giurisdizione in campo criminale, come in materia di stregoneria, bestemmia, reati sessuali quali la bigamia, l'incesto, la sodomia, al diritto d'asilo nei luoghi sacri, e dalle esenzioni fiscali di cui sin dal Medioevo beneficiavano le persone ecclesiastiche sia fisiche che giuridiche, al foro privilegiato per i chierici, alle immunità e alla provvista beneficiale.¹ Se tutte queste fattispecie costituirono accesso

* Professore Associato di Storia del Diritto medievale e moderno presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia dell'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro, alarico.barbagli@unicz.it

¹ Abbreviazioni: ASPr = Archivio di Stato di Parma. Tra le più recenti principali pubblicazioni dell'autore: A. Barbagli, *Francesco Accolti maestro del diritto comune del*

terreno di scontro tra le due autorità nel periodo compreso tra i secoli XVI e XVIII, che vengono individuati dalla storiografia quali termini *a quo* e *ad quem* delle politiche giurisdizionaliste attuate dagli Stati italiani di Antico Regime, è altrettanto vero che esse avevano già costituito oggetto di contrasto tra comuni e istituzioni ecclesiastiche durante gli ultimi secoli del Medioevo, lasciando significativi strascichi anche durante la Restaurazione e persino nei primi decenni di vita dello Stato unitario.²

È logico che, in un arco cronologico così ampio e caratterizzato da mutamenti radicali delle strutture istituzionali coinvolte nel confronto tra potere secolare e potere ecclesiastico – basti pensare all’evoluzione dei comuni in regimi signorili e principeschi fino all’emersione dello Stato moderno e della monarchia assoluta – le politiche di limitazione dell’autorità ecclesiastica, che possono essere definite latamente giurisdizionaliste, non si presentarono ovunque secondo le stesse modalità e intensità, ma seguirono percorsi diversificati a seconda del periodo storico e della realtà politico-istituzionale nell’ambito della quale ogni azione politica veniva elaborata, prodotta ed eseguita. Pur tenendo conto delle differenze nell’azione

Quattrocento, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2023; A. Barbagli, *Profili giuridici del fallimento nel pensiero dei commentatori*, G. Giappichelli, Torino 2019. Definizioni tradizionali del concetto di “giurisdizionalismo” si possono leggere in R. Giustiniani, “Giurisdizionalismo”, in: *Nuovo Digesto italiano* (eds. Mariano D’Amelio), Torino 1938, 386; A. Piola, “Giurisdizionalismo”, in: *Novissimo Digesto italiano*, VII, Utet, Torino 1975, 983–985; A.C. Jemolo, “Giurisdizionalismo”, in: *Enciclopedia del diritto*, XIX, Giuffrè, Milano 1970, 186; E. Friedberg, *Lehrbuch des Katholischen und Evangelischen Kirchenrechts*, Leipzig 1879. Si vedano sul punto i recenti saggi di D. Edigati, “Per un nuovo approccio storiografico al tema del giurisdizionalismo”, in: *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani* (eds. Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini), Roma 2015, 11–28, e C. Fantappiè, “Giurisdizionalismo. Dalla classificazione dogmatica alla nozione storico-politica”, in: *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani* (eds. Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini), Roma 2015, 305–322, volume recensito in Sul tema del giurisdizionalismo, trattato nel presente saggio, A. Barbagli, “Recensione al volume La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani. Premesse, ricerche, discussioni, a cura di D. Edigati e L. Tanzini, Roma 2015”, *Studi Senesi* 129/2017, 314–317; ma già R. Giustiniani, 386; A. Piola, 983–985; A.C. Jemolo, 186; A. Lauro, *Il giurisdizionalismo pregiannoniano nel Regno di Napoli: problema e bibliografia, 1563–1723*, Edizioni di storia e letteratura, Roma 1974, 28; G. Galasso, *Il Mezzogiorno nella storia d’Italia*, F. Le Monnier, Firenze 1977, 239–240.

² Si veda D. Edigati, (2015), 11–28. In un’ottica di lungo periodo si segnala l’originale saggio di A. Banfi, “A proposito di giurisdizionalismo. Alle origini della questione. I precedenti costantiniani in materia di giurisdizione ecclesiastica”, in: *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani* (eds. Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini), Roma 2015, 29–50, che rinviene nell’epoca dell’impero di Costantino il primo esempio di smottamento della giurisdizione laica in campo ecclesiastico, con riferimento al conflitto esplosivo tra la Chiesa di Roma e i seguaci dell’eresia donatista.

dei governi in materia ecclesiastica col mutare dei tempi e dei luoghi, è certo tuttavia che in genere le politiche giurisdizionaliste degli Stati italiani di Antico Regime furono a lungo caratterizzate da un approccio basato più sul compromesso che non sullo scontro aperto, sulla ricerca dell'accordo con la controparte piuttosto che sul conflitto e sull'intransigenza. Sin dai primi interventi attuati in materia dagli Stati italiani nel Cinquecento e fino alla metà del Settecento, infatti, l'autorità secolare puntò al raggiungimento di un sostanziale equilibrio nei rapporti con la parte ecclesiastica, da conseguire mediante un'azione costante di coordinamento tra gli uffici e gli organismi riconducibili alle due potestà, con il fine di evitare e prevenire lo scontro, piuttosto che impegnarsi in una vera lotta.³ L'atteggiamento accomodante che aveva guidato l'azione politica degli Stati italiani per l'intera Età moderna cessò a partire dalla seconda metà del Settecento, allorché, con l'avvento di nuove dinastie di origine straniera su molti dei troni italiani, si assistette all'attuazione di politiche più innovative ed aggressive in materia ecclesiastica.⁴

Per quanto concerne i rapporti tra Stato e Chiesa nei Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla nel tardo Settecento, occorre innanzitutto mettere a fuoco i presupposti storico-politici necessari a comporre il quadro entro il quale furono concepite e realizzate le politiche del governo

³ Per alcune considerazioni generali sul punto si veda D. Edigati (2015), 11–28; ma anche G. Greco, “Giurisdizionalismo e modernità, confessionalizzazione e secolarizzazione”, in: *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani* (eds. Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini), Roma 2015, 277–303. Significativi esempi dei primi conflitti tra comuni e vescovi nell'Italia centro-settentrionale sono passati in rassegna M. Ronzani, “Vescovi e città in età comunale (secoli XII–XIII)”, in: *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani* (eds. Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini), Roma 2015, 51–63, che, accanto a situazioni di scontro aperto tra i due poteri, cita alcuni casi esemplari in cui il contrasto fu risolto in via pattizia, come avvenne proprio a Parma nel 1221. La prassi di coordinamento tra corti comunali e tribunali vescovili è confermata per il Trecento toscano dal saggio di L. Tanzini, “Giurisdizione secolare e giurisdizione vescovile nella Toscana del XIV secolo. Casi documentari di conflitti e sovrapposizioni”, in: *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani* (eds. Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini), Roma 2015, 65–89. Per alcuni significativi esempi, si veda per Milano U. Bruschi, “La mitra e il laticlavio. Il Senato e il controllo degli episcopati dello Stato di Milano nel XVII secolo”, in: *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani* (eds. Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini), Roma 2015, 115–146, mentre per la Toscana si veda D. Edigati, “Dalla Congregazione alla prima età lorenese. Il consolidamento del controllo delle istituzioni ecclesiastiche in Toscana fra mezzi giurisdizionali e potere “economico”, in: *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani* (eds. Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini), Roma 2015, 183–214.

⁴ Si veda G. Greco, (2015), 277–303. A titolo di esempio si veda il caso di Modena, per cui E. Tavilla, “La sovranità fiscale. Politica e legislazione giurisdizionalista negli anni del riformismo estense”, in: *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani* (eds. Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini), Roma 2015, 215–238.

borbonico in materia ecclesiastica e si svolse l'operato della Regia Giunta di Giurisdizione.⁵ L'azione di governo delle dinastie poste alla guida degli Stati italiani di Antico Regime non fu quasi mai ispirata a logiche di lungo periodo e a programmi politici organici e pianificati nel tempo, ma può essere piuttosto descritta come un insieme di atti di amministrazione consistenti in una serie di risposte a bisogni e criticità contingenti. Pertanto, ogniqualvolta sorgeva un problema, il governo predisponeva una reazione che, sommandosi a precedenti analoghi, dava luogo a prassi di amministrazione della cosa pubblica per ciascun settore d'intervento, compreso quello della politica ecclesiastica. I problemi, le esigenze e le criticità che stimolarono questo genere di azione politica ebbero natura essenzialmente finanziaria: gli Stati italiani di Età moderna, infatti, furono affetti da una cronica instabilità finanziaria e, di conseguenza, da un crescente fabbisogno di liquidità che impegnò continuamente i governi nella ricerca di nuove fonti di gettito da realizzare attraverso la leva fiscale.⁶ Il caso dei Ducati di Parma, Piacenza e Guastalla non si discosta da questo modello, alla luce del quale dovranno essere lette anche le politiche messe in opera in materia ecclesiastica nel piccolo Stato padano per l'intera durata dell'Antico Regime.

I principi di casa Farnese, che ressero il ducato sin dalla sua fondazione nel 1545, non incisero sui privilegi di cui beneficiavano gli enti ecclesiastici, tanto è vero che, quando Guillaume Du Tillot prese le redini del governo, essi godevano di un regime di esenzione fiscale pressoché totale.⁷

⁵ Un'analisi delle politiche giurisdizionaliste dai farnese ai Borbone, fino al governo di Guillaume Du Tillot, è in D. Edigati, "Una storia da scrivere: controllo delle istituzioni ecclesiastiche e tutela delle prerogative regie fra gli ultimi duchi Farnese e il ministero Du Tillot", *Società e storia* 147/2015, 29–65; sul periodo farnesiano si veda U. Bruschi, "Un Principe totalmente pio, ecclesiastico, apostolico romano. Dinamiche del giurisdizionalismo nel Ducato di Parma e Piacenza da Pier Luigi Farnese alle guerre di Castro", in: *Giurisdizionalismi. Le politiche ecclesiastiche negli stati minori della penisola italiana in età moderna* (eds. Daniele Edigati, Elio Tavilla), Aracne, Roma 2018, 45–75.

⁶ Sull'importanza di questi organismi in relazione alla gestione della politica ecclesiastica degli Stati di Antico Regime si veda G. Greco, *La Chiesa in Italia nell'età moderna*, Roma-Bari 1999, 202 etc. Per quanto riguarda la centralità della prassi nell'azione politica degli Stati di Antico Regime si veda D. Edigati (2015a), 11–28; per il caso di Genova si veda L. Sinisi, "Il "martello de' vescovi"? Prime note sulla Giunta Ecclesiastica della Repubblica di Genova (1638–1797)", in: *Giurisdizionalismi. Le politiche ecclesiastiche negli stati minori della penisola italiana in età moderna* (eds. Daniele Edigati, Elio Tavilla), Aracne, Roma 2018, 97–123. Sulle caratteristiche della legislazione sovrana in Età moderna si veda D. Edigati (2015a), 11–28.

⁷ Le politiche fiscali poste in essere nei Ducati di Parma e Piacenza, soprattutto da parte del governo di Guillaume Du Tillot, sono state recentemente esaminate nell'ampio

L'estinzione dei Farnese, avvenuta nel 1731 con la morte dell'ultimo duca Antonio, aprì una fase di forte instabilità politica per i ducati padani, che negli anni seguenti passarono più volte da una dinastia all'altra, finendo per essere addirittura smembrati per qualche tempo con il rischio di perdere la plurisecolare indipendenza.⁸

La situazione che si è appena descritta cambiò radicalmente a partire dal 1748, allorché i ducati padani furono riuniti sotto lo scettro di Filippo di Borbone, fratello di Carlo nel frattempo divenuto Re di Napoli e di Sicilia, con la protezione delle corti di Francia e Spagna. Dopo i primi anni in cui la politica ducale apparve segnata dall'incertezza circa le sorti del nuovo monarca, che sembrava destinato ad un soggiorno temporaneo a Parma in attesa di essere proiettato su altri più prestigiosi troni, a partire dal 1753 Filippo assunse saldamente la guida dello Stato, avviando un'energica azione di risanamento delle finanze pubbliche attuata mediante il contenimento della spesa, la lotta all'evasione fiscale, la razionalizzazione del sistema impositivo e la sottoposizione delle amministrazioni comunitative ad uno stringente controllo da parte del governo.⁹

Il vero spartiacque nella politica di Filippo di Borbone fu però rappresentato dalla nomina del francese Guillaume Léon Du Tillot al rango di segretario di stato il 18 giugno 1759. Il nuovo ministro divenne il protagonista assoluto della politica parmense, dando luogo ad un ardito programma di riforme che ebbe tra i principali settori operativi proprio la materia dei rapporti tra Stato e Chiesa. La politica del Du Tillot, che si mosse sempre di concerto con gli interessi dell'alleanza franco-spagnola alla quale la nuova dinastia insediata a Parma era legata, fu essenzialmente ispirata all'esigenza di procurare ai ducati borbonici l'autonomia finanziaria della quale il piccolo Stato difettava.¹⁰

L'azione politica di Du Tillot nei confronti della Chiesa può essere descritta sinteticamente come un estenuante braccio di ferro tra il ministro francese, che puntava ad ottenere l'ampliamento della platea dei contribuenti anche agli esponenti del clero, e la Santa Sede che, al contrario, cercava di mantenere immutato lo *status quo*, in forza del quale gli ecclesiastici godevano di un'immunità pressoché totale di fronte al fisco.¹¹ Tra il 1764 e il 1771, Du Tillot varò in materia provvedimenti molto radicali, che

e documentato saggio di C. Maddalena, *Le regole del principe. Fisco, clero, riforme a Parma e Piacenza (1756-1771)*, Franco Angeli, Milano 2008, 54 etc.

⁸ *Ibid.*, 89-96.

⁹ *Ibid.*, 97 etc.

¹⁰ *Ibid.*, 9-50.

¹¹ *Ibid.*, 134 etc.

andavano dall'introduzioni di limitazioni agli acquisti di beni da parte degli enti ecclesiastici cosiddetti di "manomorta", a un editto di perequazione fiscale che assoggettava alla tassazione ducale i beni immobili acquisiti dal clero successivamente alla redazione degli estimi farnesiani, e veniva altresì varata la Regia Giunta di Giurisdizione, una magistratura speciale con funzioni di gestione della politica ecclesiastica dei ducati borbonici. La morte improvvisa del duca Filippo di Borbone il 18 luglio 1765 privò il ministro del più valido sostenitore delle sue politiche giurisdizionaliste: a partire dal 1769, infatti, negli ambienti di corte cominciò a prendere corpo un clima sempre più sfavorevole nei confronti del segretario di stato, le cui politiche giurisdizionaliste gli avevano procurato l'avversione sia di buona parte dell'antica nobiltà locale, sia delle amministrazioni cittadine di Parma e Piacenza che negli anni del ministero Du Tillot erano state praticamente esautorate di qualunque potestà in materia fiscale. Le istanze conservatrici, che avevano lungamente covato sentimenti di riscossa negli anni precedenti, si coagularono intorno alla figura della duchessa consorte Maria Amalia d'Asburgo, convolata a nozze con il duca Ferdinando proprio nel 1769: il 19 novembre 1771, infine, anche a seguito di tumulti popolari che avevano come bersaglio proprio il Du Tillot, il duca Ferdinando si risolse per il licenziamento del segretario di stato.¹²

2. La Regia Giunta di Giurisdizione dalla sua istituzione alla caduta di Guillaume Du Tillot

L'istituzione della Regia Giunta di Giurisdizione fu certamente una delle più rilevanti riforme tra quelle varate dal Du Tillot negli anni in cui fu al vertice della politica dei ducati borbonici. Come altri stati preunitari italiani, i ducati di Parma, Piacenza e Guastalla non si erano mai dotati di un organismo speciale competente per la gestione della politica ecclesiastica, ma l'articolato programma di riforme inaugurato in materia dal Du Tillot rese necessaria l'adozione di tale misura, sia per avere a disposizione un organismo che desse corretta e coerente esecuzione alle nuove leggi, sia allo scopo di coinvolgere il ceto dei togati parmensi nella programmazione ed attuazione delle politiche giurisdizionaliste del segretario di stato. La genesi e i primi anni di funzionamento della Regia Giunta hanno già costituito oggetto d'indagine da parte della storiografia, ma in questa sede è necessario ripercorrere almeno sommariamente tali argomenti, che costituiscono il presupposto dei fatti esaminati nel presente saggio.

¹² *Ibid.*, 174–189, 219 etc., 143–144.

Il 19 gennaio 1765, pertanto, il duca Filippo di Borbone promulgava il *Piano del nuovo tribunale di giurisdizione di Sua Altezza Reale*, che disciplinava la composizione ed il funzionamento del nuovo organismo: la Giunta, in particolare, sarebbe stata composta da sette giuristi locali e presieduta direttamente da Guillaume Du Tillot quale ministro segretario di stato. La scelta in favore dei giuristi nazionali rispondeva al desiderio di Du Tillot di incentivare la partecipazione dei togati dei ducati borbonici alla predisposizione ed attuazione del suo ambizioso programma di riforme, nonché di continuare ad avvalersi dell'aiuto che molti dei rappresentanti di quel ceto gli avevano fornito per preparare le riforme adottate negli anni precedenti.

Il 30 gennaio del 1767 l'apparato legislativo che disciplinava la Regia Giunta veniva completato con l'emanazione delle *Istruzioni concernenti le incombenze della Giunta all'effetto di togliere gli abusi introdotti in pregiudizio de' diritti della Suprema Giurisdizione negli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, che individuavano le competenze del nuovo organismo. Nell'elaborazione del documento Du Tillot e i suoi collaboratori avevano tratto ispirazione dalle legislazioni di altri Stati italiani, come il Granducato di Toscana, la Repubblica di Genova o la Lombardia asburgica, ma soprattutto avevano trovato utili esempi nelle norme vigenti nel confinante Ducato di Modena.¹³

Le *Istruzioni* del 30 gennaio 1765 investivano la Giunta di un ampio ventaglio di competenze di tipo consultivo, esecutivo, giudiziario. In primo luogo, infatti, al nuovo dicastero vennero attribuiti compiti di controllo molto penetranti sull'attività degli enti ecclesiastici, a partire dalla vigilanza sulle violazioni dei limiti imposti in materia di giurisdizione ai tribunali vescovili ed alle corti dell'Inquisizione e sull'attività editoriale di questi enti. Alla Giunta fu devoluto anche il controllo sugli enti di manomorta, con tanto di poteri di soppressione degli enti ecclesiastici appartenenti al clero regolare che non soddisfacevano esigenze di pubblica utilità, nonché la possibilità di porre il divieto alle fondazioni di nuovi conventi e monasteri e ispezionare la consistenza patrimoniale di quelli già esistenti.¹⁴

Lo spoglio delle ricche serie archivistiche prodotte dalla Regia Giunta di Giurisdizione consente di ricostruire con una certa precisione le procedure adottate dal tribunale nell'esercizio delle proprie competenze. Le pratiche si aprivano sempre con il ricorso dell'interessato, che però non veniva depositato direttamente presso la Regia Giunta, ma doveva essere indirizzato in prima istanza al sovrano, il quale poi lo "abbassava" al

¹³ *Ibid.*, 191–192.

¹⁴ *Ibid.*, 190 etc.

dicastero ecclesiastico per il tramite della Segreteria di stato. In ordine a questi ricorsi, la Regia Giunta aveva talora funzioni giurisdizionali, talaltra consultive, a seconda del quesito formulato dalla segreteria di stato che accompagnava l'atto delegato. Per elaborare i pareri, i magistrati della Regia Giunta si servivano dei precedenti in materia, ai quali facevano poi espresso riferimento nel corpo del testo del consulto per corroborare le loro determinazioni. Per ricostruire la storia della Giunta, i suoi indirizzi operativi e i rapporti con la politica ducale, è necessario esaminare la documentazione che questo organismo produsse nei suoi principali settori di competenza.

3. Le linee della politica ecclesiastica a Parma dopo il Du Tillot nella prassi della Regia Giunta di Giurisdizione

In materia di diritto di asilo, per esempio, nel periodo immediatamente successivo alla caduta del Du Tillot, la Regia Giunta continuò ad operare seguendo l'orientamento anticurialistico che si era consolidato durante il governo del ministro francese. Già dal 1772, tuttavia, in coincidenza con l'assunzione della presidenza del supremo dicastero da parte del conservatore Francesco Dall'Aglio, la prassi della Regia Giunta cominciò a palesare un atteggiamento più morbido nei confronti delle istituzioni religiose, spia di un progressivo riposizionamento del dicastero all'insegna di un maggiore rispetto delle prerogative ecclesiastiche.¹⁵

Un altro terreno di frequenti scontri tra autorità laiche e religiose era rappresentato dalla gestione dei luoghi pii, vale a dire il complesso degli enti assistenziali che si trovavano sotto la gestione diretta del clero secolare o regolare. Nel corso del Settecento, le politiche giurisdizionaliste dei sovrani italiani ridussero un po' dovunque gli spazi di autonomia di questi enti, assoggettandoli ad uno stringente controllo statale fino ad arrivare, talvolta, alla loro soppressione, come per esempio a Parma. Du Tillot, infatti, aveva abolito larga parte degli enti assistenziali a conduzione religiosa esistenti nel ducato per incamerarne i beni in un nuovo ente pubblico denominato Patrimonio dei Poveri. Con la caduta del ministro francese si assistette al tentativo, da parte delle autorità ecclesiastiche, di recuperare almeno in parte gli spazi perduti: di fronte a queste istanze, il nuovo corso della Regia Giunta di Giurisdizione fu improntato ad una certa comprensione delle ragioni della Chiesa.¹⁶

¹⁵ ASPr, *Regia Giunta di Giurisdizione, Carteggio*, 25, s.n.; ASPr, *Carte Moreau de Saint-Méry, Dono Monza*, 20bis, s.n.

¹⁶ ASPr, *Carte Moreau de Saint-Méry, Dono Monza*, 20bis, s.n.

Uno degli strumenti che potevano essere utilizzati per tenere sotto controllo il clero era costituito dalla limitazione dei luoghi ove fosse possibile impiantare il noviziato, giacché riducendone il numero, sarebbe stato possibile regolamentare la crescita quantitativa del clero nel territorio dello Stato. Sotto il governo Du Tillot il numero di questi luoghi era stato infatti ridotto, ma dopo la sua caduta le autorità religiose cercarono in vari casi di riconquistare il terreno perduto e la Regia Giunta non frappose molte resistenze di fronte a queste richieste.¹⁷

A partire dal 1774, poi, in coincidenza con l'ascesa di Giuseppe Pompeo Sacco alla carica di ministro segretario di stato, le politiche delle autorità ducali in materia ecclesiastica divennero decisamente più concilianti e benevole, e si assistette ad un'opera di progressivo smantellamento di molti dei risultati raggiunti dal Du Tillot. La Regia Giunta aderì con convinzione al nuovo corso, rilasciando un elevato numero di pareri ampiamente favorevoli all'erezione di nuovi luoghi pii, anche se ovviamente, la Giunta non si dimostrò sempre incondizionatamente disponibile verso le richieste di nuove fondazioni, poiché il supremo tribunale esaminava ogni fattispecie con grande attenzione, avendo soprattutto riguardo all'effettiva utilità che il nuovo ente avrebbe potuto portare o meno al bene pubblico, nonché alla congruità del patrimonio di dotazione rispetto allo scopo istituzionale del nuovo soggetto, onde evitare la nascita di luoghi pii che, per l'insufficienza del proprio patrimonio, avrebbero in seguito riscontrato problemi di funzionamento.¹⁸

L'edilizia sacra era un tema strettamente connesso all'immunità locale di cui godevano gli edifici religiosi, giacché il loro incremento quantitativo avrebbe necessariamente comportato come conseguenza il rafforzamento sul territorio di questa prerogativa ecclesiastica. La Regia Giunta non mancò di far sentire la propria voce a riguardo, manifestando però dal 1772 un atteggiamento molto morbido verso le richieste di costruzione di edifici sacri, in particolare in materia di ampliamenti di fabbricati già esistenti.¹⁹ Certamente più delicata sul piano dell'estensione dell'immunità locale era la questione della costruzione di nuovi fabbricati religiosi. A partire soprattutto dal 1774, la Regia Giunta si distinse per il marcato favore accordato all'edificazione di fabbricati ecclesiastici nuovi. L'indirizzo di favore verso le istituzioni ecclesiastiche manifestato dal duca Ferdinando e dal ministro Sacco conobbe un'ulteriore spinta con il successore di quest'ultimo nella

¹⁷ ASPr, *Carte Moreau de Saint-Méry, Dono Monza*, 20bis, s.n.

¹⁸ ASPr, *Carte Moreau de Saint-Méry, Dono Monza*, 20bis, s.n.

¹⁹ ASPr, *Regia Giunta di Giurisdizione, Carteggio*, 25, s.n.; ASPr, *Carte Moreau de Saint-Méry, Dono Monza*, 20bis, s.n.

carica di segretario di stato, Prospero Valeriano Manara, che ricoprì l'incarico dal 1781 fino al 1786.²⁰

Tra i principali settori d'intervento della Regia Giunta di Giurisdizione figurava anche la provvista beneficiale e, in generale, la gestione del patrimonio ecclesiastico. Negli anni che seguirono alla rimozione di Du Tillot dall'incarico, il supremo dicastero fu destinatario di un cospicuo numero di istanze dirette a conseguire il ripensamento di decisioni e orientamenti adottati nel corso degli anni precedenti, in modo da ridimensionare gli effetti negativi che le politiche giurisdizionaliste del ministro francese avevano prodotto sui patrimoni degli enti religiosi. Con l'arrivo di Giuseppe Pompeo Sacco alla carica di ministro segretario di stato si assistette, poi, anche ad una moderata ripresa della crescita quantitativa del numero dei benefici, grazie alla concessione del decreto di ammortizzazione per l'istituzione *ex novo* di benefici ecclesiastici.

Il controllo esercitato dalla giunta sull'estensione e sulla gestione del patrimonio degli enti ecclesiastici aveva anche una funzione determinante in campo fiscale, considerando che molti dei beni di proprietà della Chiesa godevano dell'immunità cosiddetta "reale", o "manomorta", consistente nell'immunità dal fisco laico. Guillaume Du Tillot era intervenuto incisivamente in materia mediante l'emanazione dell' "Editto di perequazione" e dell' "Editto delle collette", due provvedimenti di grande portata che avevano limitato l'immunità ecclesiastica ai beni acquistati dagli enti religiosi in data antecedente al 1588. La Regia Giunta venne investita del compito di vigilare affinché quel limite fosse rigorosamente rispettato, vagliando attentamente che i soggetti ecclesiastici non sottraessero all'imposizione fiscale ducale i beni ad essi pervenuti in epoca successiva al 1588. La documentazione d'archivio dimostra come il supremo tribunale adempisse a questa funzione con diligenza attraverso una minuziosa analisi della documentazione fiscale conservata negli archivi delle magistrature cittadine. Se i primi due anni che seguirono alla destituzione di Guillaume Du Tillot rappresentarono un periodo di sostanziale assestamento per la Regia Giunta, che si distinse per un atteggiamento conciliante nei confronti delle istituzioni religiose, ma generalmente fermo nel non concedere loro troppi margini di manovra nel tentativo di recuperare parte dei privilegi perduti a causa della normativa che era stata dal ministro francese, a partire dal 1774 si assistette ad una decisa inversione di tendenza nelle politiche parmensi in materia ecclesiastica. Anche in questo campo, in coincidenza con l'assunzione della carica di ministro segretario di stato da parte di Giuseppe

²⁰ ASPr, *Carte Moreau de Saint-Méry, Dono Monza*, 20bis, s.n.

Pompeo Sacco, avvenuta alla fine del mese di dicembre 1773, si registrano infatti una serie di provvedimenti normativi che sconfessavano, a volte platealmente, la previgente disciplina. Il nuovo corso fu suggellato il 13 luglio 1775 dall'avvicendamento alla presidenza della giunta mediante la nomina del conservatore conte Nasalli in luogo di Dall'Aglio. Da quel momento, la stessa Regia Giunta di Giurisdizione prese parte attiva nello smantellamento dei risultati conseguiti dal ministro francese.²¹

4. L'epilogo: gli ultimi anni della Regia Giunta di Giurisdizione

Dopo la destituzione di Guillaume Du Tillot dalla carica di ministro segretario di stato del Ducato di Parma si assiste ad un lento, ma costante calo quantitativo della documentazione d'archivio prodotta dalla Regia Giunta di Giurisdizione, che testimonia come, tra novembre 1771 e gli ultimi mesi del 1788, il supremo tribunale ecclesiastico parmense sia stato interessato da un progressivo ed inesorabile declino. Se ancora durante il 1772, sull'onda delle riforme volute dal ministro francese, la Giunta continuò a lavorare regolarmente con i ritmi che ne avevano caratterizzato l'operato negli anni precedenti, già a partire dal 1773 il suo funzionamento cominciò a rarefarsi e la documentazione di servizio a scemare, finché nel periodo compreso tra 1783 e 1788 i lavori del dicastero si fecero intermittenti, per interrompersi di colpo nel mese di settembre 1788. Le cause di questo andamento sono ignote, né la documentazione d'archivio soccorre a sgomberare il campo dalle nebbie che l'avvolgono. La spiegazione più plausibile per lo spegnimento del supremo dicastero ecclesiastico parmense risiede nel nuovo corso politico di stampo conservatore inaugurato dal duca Ferdinando I all'indomani della rimozione di Du Tillot dalla guida del governo: è probabile, infatti, che l'irrobustirsi delle politiche clericali del duca abbia finito per soffocare la Regia Giunta, che era stata concepita come principale grimaldello per scardinare le posizioni di privilegio detenute dalle istituzioni religiose nel Ducato, fino a provocarne la sclerotizzazione e la cessazione delle funzioni per consunzione.

Allorché, il 4 gennaio 1804, si riunì per la prima volta il nuovo Consiglio di Suprema Giurisdizione istituito dal governatore di occupazione francese di Parma, Médéric Louis Elie Moreau de Saint-Méry, la Regia Giunta di Giurisdizione doveva essere da tempo soltanto un ricordo. Quando infatti, con decreto emesso quello stesso giorno, Moreau de Saint-Méry

²¹ ASPr, *Regia Giunta di Giurisdizione, Carteggio*, 24, s.n.; ASPr, *Carte Moreau de Saint-Méry, Dono Monza*, 20bis, s.n.

ricordava che, dopo avere riportato pienamente in vigore la legislazione borbonica sulle manimorte, “*sono stati presentati diversi memoriali concernenti delle controversie, le quali meritano di essere discusse da un tribunale*”, incaricandone pertanto della trattazione il Consiglio di Suprema Giurisdizione, egli sanciva la rinascita in Parma di un organismo giurisdizionale specializzato in materia ecclesiastica, quale ideale erede della Regia Giunta che si era spenta per consunzione pochi anni prima.²²

Alarico Barbagli

Associate Professor, Department of Law, Economy and Sociology, University Magna Graecia, Catanzaro

NOTES ON THE “REGIA GIUNTA DI GIURISDIZIONE” OF THE DUCHIES OF PARMA, PIACENZA AND GUASTALLA AT THE END OF “ANCIEN RÉGIME”. A SUPREME DICASTERY FOR RELATIONSHIPS BETWEEN THE STATE AND THE CHURCH

Summary

Between the 16th and 18th centuries, many Italian states established special dicasteries with jurisdictional, consultative and broadly administrative functions, composed of jurists of excellent cultural standing, of whom the sovereigns used as leverage to achieve control over ecclesiastical institutions. The Duchies of Parma, Piacenza and Guastalla were no exception to this trend, where the Royal Jurisdiction Board was established for this purpose, strongly desired by the reforming minister Guillaume Du Tillot. The article investigates the events of this supreme dicastery in the least known period of its existence, between 1771 and 1788, after the dismissal of Du Tillot from the leadership of the government.

Keywords: Jurisdictionalism, Duchies of Parma, Piacenza e Guastalla, Regia Giunta di Giurisdizione, Guillaume Du Tillot, Médéric Louis Élie Moreau de Saint-Méry.

²² ASPr, *Regia Giunta di Giurisdizione, Carteggio*, 35, s.n.

Аларико Барбаљи

Ванредни професор, Одељење за право, економију и социологију,
Универзитет Велика Грчка, Катанцаро

**БЕЛЕШКЕ О КРАЉЕВСКОМ ЈУРИСДИКЦИЈСКОМ
ОДБОРУ ВОЈВОДСТАВА ПАРМЕ, ПЈАЋЕНЦЕ
И ГВАСТАЛЕ С КРАЈА АНТИЧКОГ РЕЖИМА.
ВРХОВНИ ФОРУМ ЗА ОДНОСЕ ДРЖАВЕ И ЦРКВЕ**

Сажетак

Између 16. и 18. века, многе италијанске државе су основале посебне дикастерије са правосудним, консултативним и широким административним функцијама, састављене од правника који су уживали велики углед. Ове дикастерије коришћене су као полуга за постизање контроле над црквеним институцијама. Војводства Парма, Пјаћенца и Гвастала нису били изузетак од овог тренда, где је у ту сврху основан Краљевски јурисдикцијски одбор, уз снажну подршку реформаторског министра Гијом де Тијоа. Чланак истражује праксу овог врховног дикастерија у најмање познатом периоду његовог постојања, између 1771. и 1788. године, након разрешења де Тијоа.

Кључне речи: Јурисдикционализам, Војводства Парме, Пјаћенце и Гвастале, Краљевски јурисдикцијски одбор, Гијом де Тијо, Медерик Луис Ели Моро де Сан–Мери.

REFERENCES

Monograph, articles

- Banfi A., “A proposito di giurisdizionalismo. Alle origini della questione. I precedenti costantiniani in materia di giurisdizione ecclesiastica”, in: *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani*, (eds. Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini), Roma 2015, 29–50.
- Barbagli A., *Francesco Accolti maestro del diritto comune del Quattrocento*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2023.
- Barbagli A., *Profili giuridici del fallimento nel pensiero dei commentatori*, G. Giappichelli, Torino 2019.

- Barbagli A., „Recensione al volume *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani. Premesse, ricerche, discussioni*, a cura di D. Edigati e L. Tanzini, Roma 2015”, *Studi Senesi* 129/2017, 314–317.
- Bruschi U., “La mitria e il laticlavio. Il Senato e il controllo degli episcopati dello Stato di Milano nel XVII secolo”, in: *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani* (eds. Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini), Roma 2015, 115–146.
- Bruschi U., “Un Principe totalmente pio, ecclesiastico, apostolico romano. Dinamiche del giurisdizionalismo nel Ducato di Parma e Piacenza da Pier Luigi Farnese alle guerre di Castro”, in: *Giurisdizionalismi. Le politiche ecclesiastiche negli stati minori della penisola italiana in età moderna* (eds. Daniele Edigati, Elio Tavilla), Aracne, Roma 2018, 45–75.
- Edigati D., “Per un nuovo approccio storiografico al tema del giurisdizionalismo”, in: *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani* (eds. Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini), Roma 2015, 11–28.
- Edigati D., “Dalla Congregazione alla prima età lorenese. Il consolidamento del controllo delle istituzioni ecclesiastiche in Toscana fra mezzi giurisdizionali e potere “economico”, in: *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani* (eds. Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini), Roma 2015, 183–214.
- Edigati D., “Una storia da scrivere: controllo delle istituzioni ecclesiastiche e tutela delle prerogative regie fra gli ultimi duchi Farnese e il ministero Du Tillot”, *Società e storia* 147/2015, 29–65.
- Fantappiè C., “Giurisdizionalismo. Dalla classificazione dogmatica alla nozione storico-politica”, in: *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani* (eds. Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini), Roma 2015, 305–322.
- Friedberg E., *Lehrbuch des Katholischen und Evangelischen Kirchenrechts*, Leipzig 1879.
- Galasso G., *Il Mezzogiorno nella storia d'Italia*, F. Le Monnier, Firenze 1977.
- Giustiniani R., “Giurisdizionalismo”, in: *Nuovo Digesto italiano* (ed. Mariano D’Amelio), Torino 1938.
- Greco G., *La Chiesa in Italia nell’età moderna*, Roma–Bari 1999.
- Greco G., “Giurisdizionalismo e modernità, confessionalizzazione e secolarizzazione”, in: *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani* (ed. Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini), Roma 2015, 277–303.
- Jemolo C.A., Giurisdizionalismo, in: *Enciclopedia del diritto*, XIX, Giuffrè, Milano 1970.

- Lauro A., *Il giurisdizionalismo pregiannoneiano nel Regno di Napoli: problema e bibliografia, 1563–1723*, Edizioni di storia e letteratura, Roma 1974.
- Maddalena C., *Le regole del principe. Fisco, clero, riforme a Parma e Piacenza (1756–1771)*, Franco Angeli, Milano 2008.
- Piola A., “Giurisdizionalismo”, in: *Novissimo Digesto italiano*, VII, Utet, Torino 1975, 983–985.
- Ronzani M., “Vescovi e città in età comunale (secoli XII–XIII)”, in: *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani* (ed. Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini), Roma 2015, 51–63.
- Sinisi L., “Il “martello de’ vescovi” ? Prime note sulla Giunta Ecclesiastica della Repubblica di Genova (1638–1797)”, in: *Giurisdizionalismi. Le politiche ecclesiastiche negli stati minori della penisola italiana in età moderna* (eds. Daniele Edigati, Elio Tavilla), Aracne, Roma 2018, 97–123.
- Tanzini L., “Giurisdizione secolare e giurisdizione vescovile nella Toscana del XIV secolo. Casi documentari di conflitti e sovrapposizioni”, in: *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani* (eds. Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini), Roma 2015, 65–89.
- Tavilla E., “La sovranità fiscale. Politica e legislazione giurisdizionalista negli anni del riformismo estense”, in: *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani* (eds. Daniele Edigati, Lorenzo Tanzini), Roma 2015, 215–238.

Other sources

- Archivio di Stato di Parma (ASPr), *Carte Moreau de Saint-Méry, Dono Monza*
- Archivio di Stato di Parma (ASPr), *Regia Giunta di Giurisdizione, Carteggio*, 24–76.

О ОДНОСУ ЦРКВЕ И ЦАРСТВА У СРПСКОЈ ТРАДИЦИЈИ У СВЕТЛУ РИМСКОГ ПРАВА

Сажетак

Предмет истраживања је однос царства у смислу његове универзалне претензије на светску власт у српској народној традицији. Аутор истражује идеју склада између царства и цркве у српским народним песмама и легендама, са циљем да укаже на то да се овај склад схвата као нужни предуслов дуготрајности и стабилности царске власти, што је идеја која потиче из античког Рима.

Кључне речи: Црква, царство, Рим, римско право, српска народна традиција.

1. Увод. О концепту преноса царске власти (*translatio imperii*). Однос царства и цркве

Појам царства (*imperium*) настао је у старом Риму. Изворно је у римској републици означавао политички концепт сличан данашњем појму суверенитета, највишу и недељиву власт која припада римским грађанима, који је реализују колективним изјашњавањем на скупштини, или уколико буду изабрани, на функцију вишег магистрата. Од времена првог цара Октавијана Августа, империјум се везује за владара којем сенат у име народа путем закона о империјуму (*lex de imperio*) поверава највишу власт. Однос императора и народа има „уговорни” карактер: император влада у име народа са циљем да обезбеди мир и просперитет, али народ задржава право да се побуни против лоше владавине чиме поново преузима свој изворни суверенитет.¹ Од времена императора Константина и христјанизације Римске

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина и Департмана за правне науке Државног универзитета у Новом Пазару, Србија, samiralicic1@gmail.com

¹ О концепту империјума у старом Риму видети G. Cardinali, „La funzione dell'impero romano nell'antichità”, *Atti del V Congresso Nazionale di studi romani I*, Roma 1939, 27–38; A. Heuss, „Zur Entwicklung des Imperiums der römischen Oberbeamten”, *ZSS* 64/1944, 57–133; A. Barker, „Il concetto di impero”, *L'eredità di Roma*, Milano 1953, 49–95; R. Koebner, „Imperium, The Roman Heritage”, *Scripta Hierosolymitana. Studies in*

империје, легитимитет царске, и уопште монархијске власти, све више добија религиозну конотацију, те у средњем веку настаје доктрина о власти „по милости Божјој” (*Dei gratia*), што је термин позајмљен из Прве посланице апостола Павла Коринћанима (15:8–10). У неким владарским насловима елементи народне воље и божанске милости су комбиновани, као нпр. у царској титули Наполеона III (*Par le Grâce de Dieu, et le Volonté Nationale*), или у формули *по милости Божјој и вољи народној*, коју су кнежеви и краљеви Србије, и краљеви Краљевине СХС и Краљевине Југославије користили до пре неколико деценија.

Међутим, већ у време старог Рима, идеја империје повезује се са идејом светске доминације. Под империјом је почео да се подразумева политички ентитет који има претензију на светску владавину, и то значење ће задржати и у средњем веку када се развило учење о хијерархији држава, са царством на врху којем су остале државе (краљевине, кнежевине итд.) потчињене. У том периоду је реч „царство”, настала од латинске речи цезар (*caesar*), ушла у словенске језике, укључујући и српски. За разлику од данашњег значења монархије чији поглавар носи титулу „цара” (што је данас случај једино са Јапаном), царство у антици и средњем веку, па и у рано модерно доба, није територијални ентитет, није „држава”, нема границе и потенцијално тежи да обухвати цео свет. Оно може да обухвата већи број вазалних или на други начин потчињених држава које имају већи или мањи степен самосталности, али ипак признају универзалну и наднационалну супремацију царства, за шта је Свето римско царство можда најтипичнији пример.

Након пропасти Западног римског царства 476. године, Источно римско царство, касније названо Византија, преузело је претензију на царску, тј. универзалну власт. Међутим, у потоњим вековима, са постепеним слабљењем Византије, и разни други политички ентитети, укључујући Франачку, Свето римско царство, Бугарску, Србију, Русију и Француску, претендовали су на универзалну тј. царску власт, сматрајући себе наследницима било Источне било Западне империје. Да би се овим претензијама дао легитимитет, тада се развила и доктрина о преносу царске власти (*translatio imperii*), о непрекинутом току универзалне власти који се протеже од старог Рима,

classics and jewish hellenism edited on behalf of the Faculty of Humanities by Richard Koebner 1-1954, 120–144; A. A. T. Ehrhardt, „Imperium und humanitas. Grundlagen des römischen Imperialismus”, Studium generale 14/1961, 646–664; W. Suerbaum, Vom antiken zum frühmittelalterlichen Staatsbegriff. Über Verwendung und Bedeutung von res publica, regnum, imperium und status von Cicero bis Jordanis, Münster 1961; A. Lintott, Imperium Romanum: Politics and Administration, Routledge, London–New York 1993.

прелазећи са једног политичког ентитета на други, али не мењајући своју суштину.²

Пагански Рим није познавао раздвајање световне и духовне власти. Римски цар је међу својим звањима носио и титулу врховног свештеника (*pontifex maximus*) коју данас носи римски папа. Хришћанска црква од почетка је независна институција. До Константина Великог однос цркве и царства углавном је непријатељски, а након тога две институције махом мирно коегзистирају и у средњем веку постају неодојиве; царска титула не сматра се легитимном ако није призната од једног од два највећа црквена средишта, Рима или Цариграда. Повремених трзавица у односима царства и цркве било је махом због непостојања јасне правне регулативе о њиховом међусобном односу. На Западу је проблем углавном решен Вормским конкордатом којим је установљено начело да је цар господар у световним, а папа у духовним стварима, чиме је утрт пут будућем западњачком учењу о секуларизацији, односно о одвајању цркве и државе. На Истоку је пак преовладало учење о симфонији, то јест складу цркве и царства, који су равноправни и нису једно другом потчињени, али нису потпуно одвојени и блиско сарађују. И на Истоку и на Западу, постојање добрих односа између државе и цркве сматрано је нужним предусловом легитимности и трајности како царске тако и црквене универзалне власти.³

2. Концепт царства у српској епској поезији. Пренос царске власти

Идеја царства постоји од самог освита српске историје. Ово није прилика да се говори о званичној државноправној доктрини о царској власти, која је у Србији била посебно развијена за време цара Душана, због његових претензија на царску титулу, које су, иако у

² О концепту *translatio imperii* види О. Treitinger, *Die oströmische Kaiser – und Reichsidee*, Darmstadt 1956; R. Romano, „L'idea di impero da Roma a Carlo V”, *L'incidenza dell'antico* 1/1995, 69–79; F. Fabbrini, *Translatio imperii. L'impero universale da Ciro ad Augusto*, Roma 1983.

³ О односу цркве и царства видети нпр. В. Biondi, „Fondamento e limiti della sovranità nell'impero romano-cristiano”, *Jus* 4/1953, 145–158; F. Lucrezi, *Messianismo, Regalità, Impero. Idee religiose e idea imperiale nel mondo romano*, Firenze 1996; P. G. Caron, „Natura giuridica del sistema dei rapporti fra Stato e Chiesa nell'impero romano e nell'impero bizantino”, *Studi Sanfilippo* 2/1982, 61–75; M. Bianchini, „Chiesa e Impero d'Occidente a confronto alla metà del V secolo”, *Quaderni catanesi* 1/1989, 5–44; E. Herrmann, *Ecclesia in re publica. Die Entwicklung der Kirche von pseudostaatlicher zu staatlich inkorporierter Existenz*, Frankfurt a. M. – Bern – Cirencester 1980; P. Chillag, „The Role of the Church in the Interim Epoch of Roman Law (from the Last Quarter of the 4th Century to the 7th Century)”, *Klio* 63/1981, 643–648.

историјско-временском оквиру краткотрајне, оставиле дубок траг у српској историји. Задржаћемо се на народном схватању, садржаном у предању, етосу српског народа, у његовом народном стваралаштву и традицијама.

Извесна идеја о томе да царска власт потиче из старог Рима може се наслутити у српском народном предању, у којем је необично присутна веза са античким временима, мада често до непрепознатљивости замагљена додавањем легендарних и митолошких елемената. Већ у овим, можда и најстаријим, елементима колективног сећања наслућујемо одређено мишљење о односу државе и цркве. У легендама и песмама о цару Дуклијану или Дукљану можемо несумњиво препознати императора Диоклецијана, који је у народном предању постао нека врста демона, а лошу репутацију добио је пре свега због насилничке природе, али и богохуљења. Обавеза ковача да за Божић ударе чекићем о наковањ како би „причврстили” оков који демонизираниог цара држи везаног у тамници чак је и прописана у племенском закону Васојевића (Васојевићки закон, чл. 23).⁴

Очигледно, негативно сећање на императора Диоклецијана остало је у народу због његових прогона цркве. Међутим, ни сећање на императора Константина, који је те прогоне окончао, иако далеко позитивније, није без мрље. У песми *Цар Константин и ђаче самоуче*,⁵ император Константин приказан је као хришћанин (што у стварности за живота није био), који, анахронично, слави славу (Ђурђевдан), на којој је с поштовањем угостио бројна црквена лица. Цар у песми од њих тражи одговор на питање о томе како би се могао решити греха који је починио према својим родитељима. Историјски гледано, није нам познато да је император Константин починио недела према родитељима, али је ово можда одраз чињенице да је наредио погубљење више других чланова своје породице. У песми цар од угледних и учених чланова црквене јерархије добија удворички одговор: решиће се греха ако буде обасуо цркву новцем и привилегијама. Цар је незадовољан одговором, и на крају прихвата савет који му даје најнижи по рангу, именован само као „ђаче самоуче”, да се изложи суђењу ватром тако што ће се затворити у дрвену ћелију која ће потом бити запаљена. Иначе, идеја о суђењу ватром није непозната српској традицији, не само

⁴ И. М. Јелић, *Васојевићки закон у дванаест точкака*, Српска краљевска академија, Београд 1929. Види и А. Савић Ребац, „О народној песми „Цар Дуклијан и Крститељ Јован”, *Зборник радова САНУ* 1/1951, 253–273.

⁵ В. С. Караџић, *Српске народне пјесме II*, Штампарија јерменскога манастира, Беч 1845, 89–92.

верској него и правној; ирационална доказна средства као што су котло или мазија и железно, при чему је оптужени вадио из котла или носио од црквених врата до олтара комад усијаног гвожђа да би доказао своју невиност, користила су се пред српским средњовековним судовима.

Након што је ђаче самоуче преживело суђење ватром, цар и сам пристаје да се њему подвргне. Међутим, он том приликом страда због својих грехова, али остаје недирнута његова рука, која се посветила тиме што је цар њоме учинио и многа добра дела помажући сиромашне.

Може се видети да се основом стабилности царске власти сматра поштовање цркве (које међутим не сме да се сведе на угађање среброљупцима у црквеним редовима) и брига о добробити народа. Ова формула се понавља у већем броју народних песама. Песме *Свети Саво* и *Опет Свети Саво*⁶ представљају својеврсни *res gestae* Стефана Немање, историјски нетачно названог „цар Немања”. У њима Св. Сава негира пред великашима (*господом ришћанском*) да је његов отац потрошио своје благо на оружје и бојне коње; уместо тога, потрошио га је градећи цркве и манастире, али и бринући се о благостању поданика (*зидајући по калу калдрме и градећи по водам’ ћуприје, дијељећи кљасту и слијепу*).

Идеја о Риму као изворишту идеје царства, и идеја континуитета са древном империјом, присутна је, дакле, на више начина, мада поприлично замагљена у, како би рекао Јунг, „колективно несвесном” народном сећању. На пример, у песми *Почетак буне на дахије*⁷ Филип Вишњић у уста турских мудраца ставља речи:

Кад су ‘наке бивале прилике
Виш’ Србије по небу ведроме,
Ев’ од онда пет стотин’ година,
Тад је Српско погинуло царство,
Ми смо онда царство задобили,
И два влашка цара погубили:
Константина насред Цариграда;
Украј Шарца, украј воде ’ладне,
И Лазара на пољу Косову,
Милош уби за Лазу Мурата,
Ал’ га добро Милош не потуче,
Већ све Мурат у животу бјеше,
Док ми Српско царство освојисмо.

⁶ В. С. Карацић, *Пјесме јуначке најстарије, књига друга*, Штампарија јерменскога манастира, Беч 1845.

⁷ В. Ђурић, *Антологија народних јуначких песама*, СКЗ, Београд 1995, 651–666.

У даљем тексту, умирући Мурат даје савете Турцима како да им царство, које је управо освојио, буде дуговечно. Турци у песми сматрају да су царство задобили тако што су победили два „влашка цара”: Константина (XI Драгаша Палеолога, последњег византијског цара погинулог приликом освајања Цариграда у долини речице Ликос која је протицала кроз град, и коју народни певач назива „Шарац”), и Лазара (Хребелјановића, који никада није био цар, али је у народу доживљаван као наследник царских претензија Немањића). Етноним „Влах”, дакако, може да представља увредљив назив за православно становништво, посебно оно из брдских крајева, јер је временом постало синоним за чобанина. Међутим, у овом случају, овај термин скоро сигурно није коришћен као увреда. Филип Вишњић изгледа да га користи у његовом изворном значењу: Римљанин. Турци у песми вероватно хоће да кажу да су стекли право на царску владавину тако што су освојили две државе које су претендовале на царску власт, пореклом из древног Рима. Наиме, етноним Влах потиче од старог германског назива за Римљане *Welsch*, од којег су настали изрази којима се означава романско становништво, попут холандског *Waal*s (Валонци), или енглеског *Welsh* (Велшани), а и данас користи за становништво у источној Србији које се служи архаичним дијалектом који је настао од колоквијалног латинског језика (лат. *Latina vulgata*). У неким земљама термини изведени од овог назива означавају Италијане, попут словеначког *Lahi*, пољског *Wlochi* или мађарског *Olasz*.⁸

Идеја да се српске царске претензије повежу са древним Римом није ограничена само на народну књижевност. Као што је добро познато, Константин Филозоф је у измишљеном родослову представио Немањиће као потомке императора Лицинија. Идеја о илирском пореклу Јужних Словена присутна је већ вековима не само код Срба него и код других јужнословенских народа. Први пут ју је, још у шеснаестом веку, јасно изложио фра Прибојевић, а нешто касније развио дон Мавро Орбин.⁹ Идеја илиризма имаће великог утицаја на формирање српског и хрватског националног покрета, као и на стварање југословенске идеје. Идеја српског илиризма била је извесно време званично подржана од стране Хабзбуршке монархије; Срби су извесно време били познати под

⁸ О етимологији и значењу назива Влах и сродних термина видети нпр. S. Peter, *Language Contact and the Origins of the Germanic Language*, Routledge, New York–London 2014, 20.

⁹ Fra V. Pribojevich, *Oratio de origine successionibusque Slavorum*, Joannes Antonius et fratres de Sabio, Venezia 1532; Don M. Orbini, *Il Regno de gli Slavi hoggi corrottamente detti Schiavoni*, Girolamo Concordia con licenza dei Superiori, Pesaro 1601.

званичним називом *Natio Illyrica*.¹⁰ Мотив илиризма и континуитета са античком традицијом срећемо и у поезији других јужнословенских народа. Тако, фра Андрија Качић Миошић у песми *Писма о Цезару Константину Великом и његовој мајци, светој Јелини Крижарици*¹¹ каже:

Ако ни знао до сад,
 Цар Константин гди се роди,
 Становито знат ћеш од сад,
 да с' у Нису ово згоди
 У краљевству Словинском,
 Близу Босне од истока,
 Бог дарова пуку свому,
 Владаоца привисока,
 Отац му се Клоро зваше,
 Цесар Римски племенити,
 Од Клаудиа излазаше,
 Такви витез храбренити.
 Далматина Илирика,
 И Римскога још Цесара,
 Кои бише част и дика,
 Славног'пука срића стара.

Ни *Горски вијенац* није лишен везе са античким идеалом, на пример у познатој похвали Милошу Обилићу, који је упоређен са грчким и римским херојима:¹²

О Милоше, ко ти не завиди?
 Ти си жртва благородног чувства, 225
 воинствени гениј свемогући,
 гром стравични те круне раздраба!
 Величаство витешке ти душе
 надмашује бесмртне подвиге
 дивне Спарте и великог Рима; 230
 сва витештва њина блистателна
 твоја горда мишца помрачује.
 Шта Леонид оће и Сцевола
 кад Обилић стане на поприште?

¹⁰ S. Aličić, „La Grande migrazione dei Serbi nel Sacro Romano Impero e le idee giuridiche”, *Index* 46/2018, 715–720; S. Aličić, *La recezione delle idee giuridiche e politiche romane e lo sviluppo della teoria costituzionale serba*, Facolta di Giurisprudenza, Sarajevo Est 2023, 35–40.

¹¹ *Разговор угодни народа словинскога*, први пут објављено 1756, овде цитирано по издању: А. Качић Миошић, *Разговор угодни народа словинскога*, Братја Батара тискари издатељи, Задар 1846.

¹² П. П. Његош, *Горски Вијенац*, Едиција Заветине, Београд 2008.

3. Морална декаденција и непоштовање цркве као узроци пропасти царске власти

У српској поезији често се понавља мотив моралне декаденције као узрока пропасти царстава.¹³ Као један од најтипичнијих симптома који указују да се ближи време да један државни ентитет пропадне и да уступи место новом који ће обновити царску моћ у пуном сјају јесте непоштовање цркве. У песми *Урош и Мрњавчевићи*¹⁴, која одсликава стање пред пропаст Српског царства, поред бесомучног отимања великаша о престо, пада у очи и крајње непоштовање које четири хералда („чауша”), представника четворице претендената на престо, укључујући ту и иначе правичног Уроша, показују према свештенику од којег покушавају да сазнају последњу вољу преминулог цара:

Али прота дома не бијаше
Но у цркви бијеше на јутрењи,

¹³ Поново долази у мисао Његошев *Горски вијенац*: морална декаденција је представљена као главни узрок пада и српског и турског царства:

*Бог се драги на Србе разљути
за њихова смртна сагрешења.
Наши цари закон погазише, 200
почеше се крвнички гонити,
један другом вадиш очи живе;
забацише владу и државу,
за правило лудост изабраше.
Невјерне им слуге постадоше 205
и царском се крвљу окупаше.
Великаши, проклете им душе,
на комате раздробилише царство,
српске силе грдно сатријеше;
великаши, траг им се утро, 210
распре сјеме посијаше грко,
те с њим племе српско отроваше;
великаши, грдне кукавице,
постадоше рода издајнице.
О проклета косовска вечеро, 215
куд та срећа да грдне главаре
све потрова и траг им утрије;
сам да Милош оста на сриједи
(...)
Крв је људска храна наопака, 1140
на нос вам је почела скакати;
препуните мјешину гријеха!
...Не требају царство нељудима,
нако да се пред свијетом руже.*

¹⁴ В. С. Карацић, *Пјесме јуначке најстарије, књига друга*, Штампарија јерменскога манастира, Беч 1845.

На јутрењи и на летурђији.	
Кол'ко с' силни огњени чауши,	45
Колико су силни од силнијех.	
Те не кћеше коње ођахати,	
Но у цркву коње нагонише,	
Потегоше племените канџије,	
Ударају протопоп-Недељка:	50
„Брже хајде, протопоп Недељко.	
Брже хајде на Косово равно,	
Да ти кажеш, на коме је царство;	
Ти си свијетлог цара причестио,	
Причестио и исповиједио,	55
У тебе су књиге староставне;	
Ја л' ћеш сада изгубити главу.”	
Сузе рони протопоп-Недељко,	
Сузе рони, па њима говори:	
„Одбијте се, силни од силнијех,	60
Док у цркви закон савршимо,	
Знати ће се, на коме је царство.”	

За трајност царске власти није, дакле, пресудно да је она декларативно хришћанска, него да поштује цркву, и добро се опходи према народу. У песми *О боју косовском*,¹⁵ вероватно најдетаљнијој песми о току Косовског боја, цар Лазар, пред погубљење, оставља у аманет Мурату да се односи добро према народу, али и према цркви, што умирући Мурат саопштава Турцима као свој завет:

2239 Већ ја видим, царе, да сам погинуо,
 2240 И моју сам круну изгубио
 2241 И сву моју погубио војску –
 2242 Тако ти, царе, Бога јединога,
 2243 Аманет ти сва Маћедонија,
 2244 Немој, царе, земље раселити,
 2245 Цркви немој порушити,
 2246 Христијанина немој силом турчити
 2247 Да би тебе силом не крстили!”
 2248 Цар послуша што му кнез говори,
 2249 Па погледа царе на везире:
 2250 „Кнез аманет на мени оставља,
 2251 Ја на вама од данас довека –
 2252 Немојте цркви силом рушити,
 2253 Сиротиње силом турчити,
 2254 Народа раселити немојте,
 2255 Држите и како је кнез држао,
 2256 Арач узимајте па нека вас служе!”

¹⁵ В. С. Караџић, *Српске народне песме*, Просвета, Београд 1969.

Овај завет у нешто детаљнијем облику Мурат саопштава у песми *Почетак буне против дахија*, где се изричито помиње као једна од дужности царске власти заштита цркве и вере („закона”):

Онда себи везире дозива:
„Турци браћо, лале и везири!
Ја умријех, вама добих царство,
Него ово мене послушајте,
Да вам царство дуговјечно буде:
Ви немојте раји горки бити,
Веће раји врло добри буд’те;
Нек је харач петнаест динари,
Нек је харач и тридесет динари;
Не износ’те глоба ни пореза,
Не износ’те на рају биједа;
Не дирајте у њихове цркве,
Ни у закон, нити у поштење;
Не ћерајте освете на раји,
Што је мене Милош распорио,
То је срећа војничка дон’јела:
Не може се царство задобити,
На душеку све дуван пушећи;
Ви немојте рају разгонити;
По шумама, да од вас зазире,
Него паз’те рају к’о синове,
Тако ће вам дуго бити царство;
Ако л’ мене то не послушате,
Већ почнете зулум чинит’ раји,
Ви ћет’ онда изгубити царство.” -
Цар умрије, а ми остадосмо,
И ми нашег цара не слушасмо,
Већ велики зулум подигосмо:
Погазисмо њихово поштење,
Свакојакe б’једе износисмо,
И на рају глобе навалисмо,
И гријоту Богу учинисмо,
Сад су ‘наке постале прилике,
Сад ће нетко изгубити царство.

4. Закључак

У српској народној мисли царство није схваћено као територијални државни ентитет, већ као претензија на универзалну, светску власт. Постоји свест о томе да идеја царства потиче из античких времена, од Римског царства. Његови наследници су разни политички

ентитети који су дуже или краће време претендовали на царску власт, укључујући Византијско, Српско, Отоманско и Хабзбуршко царство. Инструменти царске власти су сила и правда. Ова друга подразумева правичан однос према поданицима, али и поштовање према цркви. Стара римска идеја да је савезништво цркве и царства један од инструмената за дуготрајност царске власти снажно је присутна у српској народној традицији. Уколико оно изостане, неминовно се јављају сукоби и унутрашње расуло који на крају доводе до пропасти царства. Циклични процес успона једне империје, затим периода моралне декаденције који следи, те њеног неминовног пада и преласка царске власти у руке новог, достојнијег режима, стално се кроз историју понавља. Могуће је да царство буде и нехришћанско, а упркос томе дуговечно, уколико влада правично и показује поштовање према цркви. Заправо, владавина морално исправних неверника који се пажљиво опходе према цркви за хришћанство је донекле непријатна ситуација, јер се претпоставља да ће дуго трајати, за разлику од царства које отворено напада цркву и тлачи народ, којем се пак прогнозира брзи крај.

Samir Aličić

Associate professor, Faculty of Law of the University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina; Department of Legal Sciences of the State University of Novi Pazar, Serbia

ON THE RELATIONS BETWEEN CHURCH AND EMPIRE IN THE SERBIAN FOLK TRADITION IN THE LIGHT OF THE ROMAN LAW

Summary

The subject of this paper are the relations between the Empire, understood as a pretension to universal world power, in Serbian folk tradition. Author is researching the idea of accord between Church and Empire in Serbian folk poems and legends, with a intention to prove that such an accord is a necessary precondition of the durability and stability of the imperial power, which idea derives from the ancient Rome. Serbian popular thought accepts the idea of the translatio imperii, or the transfer of the imperial power from one political entity to another. The moral decadence results in the disrespectful attitude toward both Church and subjects, and in a cyclical historical periods results in a fall of one great power, and a

rise of another, which gets imperial power, only to pass the process of the decadence and fall in the future itself.

Keywords: Church, Empire, Rome, Roman Law, Serbian Folk Tradition.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Aličić S., „La Grande migrazione dei Serbi nel Sacro Romano Impero e le idee giuridiche”, *Index* 46/2018, 715–720.
- Aličić S., *La recezione delle idee giuridiche e politiche romane e lo sviluppo della teoria costituzionale serba*, Facoltà di giurisprudenza, Sarajevo Est 2023.
- Barker A., „Il concetto di impero”, in: *L'eredità di Roma*, Milano 1953, 49–95.
- Bianchini M., „Chiesa e Impero d'Occidente a confronto alla metà del V secolo”, *Quaderni catanesi* Anno 1/1989, 5–44.
- Biondi B., „Fondamento e limiti della sovranità nell'impero romano-cristiano”, *Jus* 4/1953, 145–158.
- Ehrhardt A. A. T., „Imperium und humanitas. Grundlagen des römischen Imperialismus”, *Studium generale* 14/1961, 646–664.
- Koebner R., „Imperium, The Roman Heritage”, *Scripta Hierosolymitana. Studies in classics and jewish hellenism edited on behalf of the Faculty of Humanities by Richard Koebner* 1/1954, 120–144.
- Lintott A., *Imperium Romanum: Politics and Administration*, Routledge, London–New York 1993.
- Lucrezi F., *Messianismo, Regalità, Impero. Idee religiose e idea imperiale nel mondo romano*, Casa editrice Giunta Sri con unico socio, Firenze 1996.
- Peter S., *Language Contact and the Origins of the Germanic Language*, Routledge, New York–London 2014.
- Romano R., „L'idea di impero da Roma a Carlo V”, *L'incidenza dell'antico* 1/1995, 69–79.
- Савић Ребац А., „О народној песми Цар Дуклијан и Крститељ Јован”, *Зборник радова САНУ* 1/1951, 253–273.
- Suerbaum W., *Vom antiken zum frühmittelalterlichen Staatsbegriff. Über Verwendung und Bedeutung von res publica, regnum, imperium und status von Cicero bis Jordanis*, Aschendorf, Münster 1961.

- Treitinger O., *Die oströmische Kaiser – und Reichsidee*, Gentner, Darmstadt 1956.
- Fabbrini F., *Translatio imperii. L'impero universale da Ciro ad Augusto*, Roma 1983.
- Herrmann E., *Ecclesia in re publica. Die Entwicklung der Kirche von pseudostaatlicher zu staatlich inkorporierter Existenz*, Peter Lang, Frankfurt a. M. – Bern – Cirencester 1980.
- Heuss A., „Zur Entwicklung des Imperiums der römischen Oberbeamten“, *ZSS* 64/1944, 57–133.
- Cardinali G., „La funzione dell'impero romano nell'antichità“, *Atti del V Congresso Nazionale di studi romani* 1/1939, 27–38.
- Caron P. G., „Natura giuridica del sistema dei rapporti fra Stato e Chiesa nell'impero romano e nell'impero bizantino“, *Studi Sanfilippo* 2/1982, 61–75.
- Chillag P., „The Role of the Church in the Interim Epoch of Roman Law (from the Last Quarter of the 4 th Century to the 7th Century)“, *Klio* 63/1981, 643–648.

Остали извори

- Ђурић В., *Антологија народних јуначких песама*, СКЗ, Београд 1995.
- Јелић И. М. *Васојевићки закон у дванаест точкака*, Српска краљевска академија, Београд 1929.
- Карацић В. С., *Пјесме јуначке најстарије*, књига друга, Штампарија јерменскога манастира, Беч 1845.
- Карацић В. С., *Српске народне песме*, Просвета, Београд 1969.
- Карацић В. С., *Српске народне пјесме II*, Штампарија јерменскога манастира, Беч 1845.
- Качић Миошић А., *Разговор угодни народа словинскога*, Братја Батара тискари издатељи, Задар 1846.
- Његош П. П., *Горски вијенац*, Едиција Заветине, Београд 2008.
- Orbini Don M., *Il Regno de gli Slavi hoggi corrottamente detti Schiavoni*, Girolamo Concordia con licenza dei Superiori, Pesaro 1601.
- Pribojevich Fra V., *Oratio de origine successionibusque Slavorum*, Joannes Antonius et fratres de Sabio, Venezia 1532.

ПРЕДСТАВЉАЊЕ ЦРКАВА И ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА У КОНТЕКСТУ РАСПРАВА О СТРУКТУРИ ПАРЛАМЕНТА – СРПСКА И ЕВРОПСКА ИСКУСТВА**

Сажетак

Циљ овог чланка је да укаже на присуство Цркве у расправама које су се о структури парламента водиле између присталица монокамерализма и бикамерализма у српској и југословенској правој традицији, али и на ширем европском простору. У раду се најпре разматра какав је био однос Цркве према питању структуре највишег представничког тела у земљи. У том контексту, посебно ће бити размотрен однос Цркве према концепту представничке демократије, који је био у повоју у другој половини XIX века, али и њен однос према корпоративистичким идејама у међуратној епохи. Затим ће, с једне стране, бити приказано пројектовано представљање Цркве у нацртима устава који су били конципирани на бикамералним основама. С друге стране, биће приказан предвиђени положај репрезентата Цркве у другом дому српског и југословенског парламента по уставима из 1901. и 1931. године. Како ни данас монокамерално-бикамерална идеја у Србији није у потпуности разрешена, те се ово питање и даље не може сматрати депласираним, биће указано на сличне тенденције у другим европским државама, односно у раду ће бити пружен и компаративноправни осврт на овај феномен, као и социо-политичка учења цркава по овом питању.

Кључне речи: Црква, други дом, социјално-економски бикамерализам, Априлски устав, Септембарски устав.

1. Расправе о структури парламента

Питање структуре парламента једно је од централних тема уставног и парламентарног права. Оно је дуго представљало и једно од најважнијих политичких питања која су потресала европски континент, укључујући и нашу земљу у последња два века. Још од времена рађања савремених политичких система, крајем XVIII и почетком XIX века, у

* Научни сарадник, Институт за европске студије, Београд, dusan.ilic@ies.rs

** Чланак је настао у оквиру научноистраживачке делатности Института за европске студије, кога финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

погледу структуре највишег представничког тела искристалисале су се две правне и политичке школе мишљења – монокамералисти и бикамералисти. И док су први заснивали своју аргументацију на Русоовој (Jean-Jacques Rousseau) идеји народне суверености, други су истрајавали на Монтескјеовој (Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu) идеји поделе власти. Међутим, од првих сукоба присталица једнодомности и присталица дводомности, црква је имала важну улогу и била препозната као један од незаобилазних фактора. На самом почетку епохе уставности, нове елите су цркву, уз монархију и племство, перципирале као један од главних стубова тзв. *старог режима* (*Ancien Régime*). Стога су неретко, представници црквеног клира бранили бикамералну опцију и постојање горњег дома, као последњег упоришта старих елита, али је са друге стране, било и клирика који су подржавали нове концепције, попут опата Сјејеса (Emmanuel Joseph Sieyès). Његов силогизам биће један од базичних аргумената за оправдавање једнодомне скупштине.¹

2. Црква и расправе о структури парламента у српском и југословенском праву

Када посматрамо целокупан период развоја институције Народне скупштине у нашој земљи у последњих сто шездесет година, чини се да је у време постојања српске државе (Кнежевине/Краљевине Србије 1859–1918. и Републике Србије од 2006. до данас) доминирао монокамерални концепт, са изузетком у периоду од 1901-1903, док је за време постојања југословенске државе (Краљевине СХС/Југославије 1918–1945, ДФ/ФНР/СФР Југославије 1945–1992. и СРЈ/СЦГ 1992-2006) био преовлађујући бикамерални дискурс, изузимајући првих тринаест година.² Но, током читаве друге половине XIX и прве половине XX века, у разноврсним полемикама, било је мноштво бикамералних предлога, иако је монокамерализам и даље преовладавао. У том контексту, ретко се који предлог није дотицао репрезентовања Цркве³ у горњем, односно другом дому Народне скупштине.

¹ В. Петров, *Парламентарно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 55.

² Д. Илић, *Улога другог дома у европским унитарним државама*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2023, 74.

³ Имајући у виду да је у време Кнежевине/Краљевине Србије Српска црква по уставу сматрана државном, те да је касније дошло до раздвајања цркве и државе у новој, мултиконфесионалној југословенској држави, ми ћемо термин црква користити двојако. У првом случају мисли се искључиво на Српску православну цркву, без обзира на то што је њено формално уједињење извршено тек 1920, док се у другом мисли на све признате традиционалне цркве и верске заједнице.

Имајући у виду да се развој Скупштине у Србији може пратити тек од 1859. године, када је она законом дефинитивно установљена, прва дилема у погледу њеног структурисања јавила се у контексту реформе тзв. Турског устава из 1838. Наиме, непосредно пре атентата у Кошутњаку, кнез Михаило Обреновић поверио је посао израде нацрта новог устава председнику Апелационог суда Радомиру Милојковићу. Милојковић је оптирао за бикамерални парламент. Његов предлог пројектовао је законодавно тело као дводомно и имало би Стални и Изборни дом. Стални дом, конципиран је као својеврсно представништво појединих слојева друштва, у које би улазили људи по положају. И док би династију представљали сви пунолетни кнежевићи, војску би представљала три пуковника (или потпуковника), правосуђе председници Касационог и Апелационог суда, по три члана Касације и два Апелације, као и три председника првостепених судова; просвету ректори Велике школе и Богословије, као и два професора Велике школе које професори изаберу, остало чиновништво председник Главне контроле, управитељ Града Београда, као и пет окружних начелника. За нас је посебно важна чињеница да би цркву представљали митрополит, владике⁴ и пет окружних протојереја, које би постављао кнез. Сви чланови Сталног дома задржавали би места док су у тим звањима.⁵ Из овога се види да је црква сматрана једном од најважнијих институција у земљи, поред круне, војске, судства и школства. Након убиства кнеза, Намесништво саставља Уставни одбор, који предлаже бикамерални парламент у начелу, али због противљења тзв. сељачких посланика, Намесништво бира једнодомност, ради задобијања симпатија у народу, незадовољном личним режимом претходног кнеза.⁶ Као компензација за изостанак другог дома, уведена је категорија тзв. кнежевих, односно владиних посланика,⁷ али предвиђених места за репрезенте цркве није било, премда је неретка пракса била да се ниже свештенство кандидује и да освоји мандате у тадашњој Народној скупштини.

⁴ У том тренутку, на територији Кнежевине Србије постоје Београдска митрополија, Шабачка, Ужичка и Тимочка епархија.

⁵ М. Кулаузов, *Страни утицаји на развитак идеје о дводомном народном представништву у уставном систему Србије*, магистарски рад, Правни факултет, Нови Сад 2006, 34–35.

⁶ С. Јовановић, *Наше уставно питање у XIX веку, Политичке и правне расправе, књига I, Сабрана дела Слободана Јовановића*, (прир. Радован Самарцић, Живорад Стојковић), том 2, Српска књижевна задруга, Београд 1990, 28.

⁷ С. Јовановић, *Влада Милана Обреновића, књига I, Сабрана дела Слободана Јовановића*, (ур. Радован Самарцић, Живорад Стојковић), том 4, Српска књижевна задруга, Београд 1990, 72–83.

И наредни Устав из 1888. године остао је на становишту монокамерализма, превасходно због тога што је круна била спремна на компромис са најјачом партијом у земљи, радикалима, којима је то било једно од најважнијих програмских начела.⁸ Ваља рећи да је у овом периоду немали број црквених великодостојника, међу којима и сам митрополит београдски Михајло,⁹ подржавао радикалску политику, која је укључивала и борбу за једнодомност. Истовремено, главна режимска, односно дворска странка – Напредна странка, промовисала је бикамералну идеју, али не ради репрезентовања цркве или других слојева друштва, него пре свега, ради квалитетнијег учешћа интелигенције у Народној скупштини. Представљање овог друштвеног слоја било је пресудно за напредњаке, из разлога што је он био њихова бирачка база. С тим у вези треба посматрати предлоге Милана Пироћанца из 1883.¹⁰ и Стојана Новаковића из 1896. године.

Иако је владавина последњег Обреновића, краља Александра, праћена честим уставним кризама, он је најзаслужнији за доношење првог устава који је код нас увео дводомну скупштину. Априлским уставом 1901. године уведено је дводомно Народно представништво састављено од Сената и Народне скупштине. Сенат је био мешовитог типа, јер је имао и именоване и изборне и вирилне посланике. Од 51 члана Сената 30 је постављао краљ, и то из реда бивших министара и чланова Државног савета. Изборних је било 18, док су по положају у његов састав улазили престолонаследник, када постане пунолетан, као и митрополит београдски и епископ нишки. То је први устав у српској историји који је у највише законодавно тело увео црквене архијереје. Међутим, иако је у Србији постојало још неколико епархија, одлучено је да се као вирилни посланици препознају само два архијереја, која су столовала у два највећа града Краљевине.

Након Мајског преврата, Априлски устав замењен је модификованим Уставом из 1888, што је подразумевало и раскид са дводомношћу. Њиме је црква и формално изгубила своје представнике у горњем дому Скупштине, али јој је и нови Устав признао статус државне вере. Обновљени монокамерални модел остаће на снази све време постојања Србије. Било је, међутим, странака које су се залагале за обнову

⁸ Д. Јанковић, *Рађање парламентарне демократије, Политичке странке у Србији XIX века*, Правни факултет, Београд 1997, 422.

⁹ Поред њега, као виђенији радикали међу свештенством, били су прота Милан Ђурић, али и свештеници Милоје Петровић и Маринко Ивковић, бивши народни посланик, оба из Бољевца, те Лазар Миленковић, бивши народни посланик из Трњана, предводници Тимочке буне.

¹⁰ М. Пироћанац, *Белешке*, (ур. Сузана Рајић), Београд 2004, 92–93.

двodomности, попут Српске народне сељачке слоге, која се заузимала за социјално-економски вид двodomности¹¹ или Српске конзервативне странке Живојина Перића. У свом програмском тексту из 1914. Перић експлицитно тврди да је двodomни систем темељ конзервативног деловања у Србији, те да без њега, неће бити равнотеже, умерености, нити владавине закона у српској држави. Након окончања Првог светског рата и формирања прве југословенске државе, једно од најважнијих питања било је питање новог уставног уређења, што је укључивало и поновно отварање полемике – један или два дома? У том контексту, немали број предлога подразумевао је двodomни модел, као и партиципацију Цркве у другом дому Скупштине. Нацрт Миленка Веснића предвиђао је да од 100 сенатора, сразмерно броју становника, девет покрајина 62 бира, док би осталих 38 бирале различите „сталешке“ односно професионалне организације. Међу њима би, по једног представника имале и признате верске организације: Српска православна црква, Римокатоличка црква, Исламска, Јеврејска и Протестантска верска заједница. Сличан нацрт изнела је и хрватска интелигенција окупљена у Народном клубу, предложивши да од 100 сенатора, Православна црква, Римокатоличка црква и Исламска заједница имају по два, а Јеврејска и Протестантска по једног члана Сената. Нацрт хрватских и словеначких клерикалних кругова окупљених око Југословенског клуба такође је предвиђао постојање два дома, Политичке и Социјално-економске скупштине. Половину састава ове друге чинили би сталежи и позиви, али без експлицитног одређења партиципације црква и верских заједница. С друге стране, бикамерални предлог Јосипа Смодлаке није предвиђао репрезентацију цркве у другом дому парламента.¹²

Уставотворна скупштина остала је, међутим, доследна ранијим српским монокамералним традицијама, те је Видовданским уставом Народна скупштина конципирана као једнодомно тело. Тиме је дефинитивно раскинуто са традицијама државне вере, имајући у виду мултиконфесионални карактер нове државе. Све вере су признате као равноправне, а црква је одвојена од државе, али не у потпуности.¹³ Сложена етноконфесионална слика довела је и до великих политичких

¹¹ Ч. Митриновић, М. Брашић, *Југословенске народне скупштине и сабори*, Издање Народне скупштине Краљевине Југославије, Београд 1937, 154.

¹² И. Срнић, *Други дом у представничким телима*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1958, 272–273.

¹³ Цркве и верске заједнице добиле су статус својеврсних јавних установа са специјалним положајем у држави и овлашћењем да у име државе врше поједине јавно-правне послове. Ј. Стефановић, *Односи између цркве и државе*, Загреб 1953.

проблема. Иако црква тих година није учествовала у дневнополитичким трвењима, један део присталица социјално-економског бикамерализма и сталешког представљања залагао се за партиципацију традиционалних цркава и верских заједница у националном парламенту. На трагу идеја Арчибалда Рајса, сличне предлоге износио је и Димитрије Љотић, чак предлажући краљу Александру нови устав, конципиран на наведеним принципима. Но, краљ Александар се одлучио да земљи подари нови Устав 1931. године, уводећи други дом типа сената. Тиме наша држава поново, по други пут у својој историји, добија горњи дом. Устав је предвидео да број именованих чланова може бити истовестан броју изабраних сенатора,¹⁴ што је за последицу имало политичко „ухлебљивање“ бивших чиновника, ислужених државних и неафирмисаних партијских функционера. Међутим, имајући у виду сложене етноконфесионалне односе у држави, круна је избегавала партиципацију цркава у националном парламенту.¹⁵ Овакво уставно стање умногоне је промењено доношењем Уредбе о Бановини Хрватској,¹⁶ која није утицала на учешће цркве у највишем законодавном телу.

Црква је дефинитивно престала да игра улогу фактора у монокамерално-бикамералним расправама након Другог светског рата и доласка комуниста на власт. Првим послератним Уставом 1946. црква је одвојена од државе, а истовремено је конституисан федерални други дом. Таква бикамерална пракса биће делимично напуштена 1953, а потпуно 1963, увођењем корпоративног модела мултикамералне скупштине,¹⁷ али ће изнова бити реафирмисана Уставом 1974. године. Иако је са дводомном праксом настављено и након распада СФРЈ, у трећој југословенској држави (Устав СРЈ 1992. и Уставна повеља СЦГ 2003), цркве и верске заједнице нису се ни на који начин у читавом послератном периоду изјашњавале о проблему структуре парламента, а са друге стране, у веома динамичној уставној пракси и великом броју уставних предлога није било места за партиципацију цркава. Овакве традиције

¹⁴ Чл. 50 ст. 3 Устава Краљевине Југославије, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 200/1931.

¹⁵ Д. Илић, *Идеја социјално-економског бикамерализма у српском и југословенском праву*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 22.

¹⁶ Д. Илић, „Допринос Лаза М. Костића српској правној науци”, у: *Лазо М. Костић: наука, идентитет, родољубље*, (ур. Будимир Алексић, Миша Ђурковић), Институт за српску културу, Институт за европске студије, Никшић - Београд 2020, 39–40.

¹⁷ Д. Илић, „Прилог расправи о постојању социјално–економског парламента у Другој Југославији”, *Култура полиса* 37/2018, 528.

рефлектовале су се и на важећи Устав Србије из 2006, који је додуше, престанком постојања федералне државне структуре, након 75 година напустио и дводомност, те наставио са праксом секуларизма.¹⁸

3. Упоредноправни аспекти партиципације цркава у дводомном парламенту

Црква је на прелазу епоха, с краја XVIII и почетка XIX века, била перципирана као један од главних стубова тзв. *старог поретка* (*Ancien Régime*), што је умногоме утицало на претежно бикамералистичку оријентацију клира широм Европе. То је за последицу имало партиципацију цркве у горњем, тј. другом дому већине европских националних парламената у то време. С тим у вези, овакве тенденције можемо пратити у већини земаља на европском тлу. Ваља подвући да се оне могу пратити вековима раније, те је довољно истаћи примере Француске, Шведске, Пољске, Чешке (у оквиру Хабзбуршке монархије), Ирске, Румуније и др, где се ова пракса задржала током читавог XIX и једног дела XX века.¹⁹

Но, данас у Европи само једна земља обезбеђује репрезентовање цркве у националном парламенту. Ради се о Уједињеном Краљевству, које је, иако нема кодификовани устав, у последње две деценије прошло кроз озбиљне уставне промене. УК је једина европска држава која још увек има аристократски други дом, где поред световних лордова (*Lords Temporal*), правних лордова (*Lords Law*) и доживотних лордова, односно истакнутих појединаца из јавног и културног живота земље, улазе и тзв. духовни лордови (*Lords Spiritual*). Реч је о највишим великодостојницима Цркве Енглеске. Ових лордова је двадесет шест, од којих по положају у Дом лордова улазе надбискупи Кентерберија и Јорка, као и бискупи Лондона, Дарама и Винчестера. Приоритет уласка у Горњи дом зависи од дужине трајања службе. Након реформе 2015, приоритет ће имати жене које буду дошле на позицију бискупа, без обзира на старост,²⁰ што је радикална новина на овом пољу. Чланство високих великодостојника Цркве Енглеске представља последњи остатак оваквих традиција на европском тлу.

¹⁸ М. Лазовић, Д. Илић, „Угрожавање принципа секуларности новим законским решењима у Републици Србији”, *Социолошки преглед* 3/2021, 752.

¹⁹ Д. Илић (2023), 109, 123, 140, 169, 210.

²⁰ *Lords Spiritual (Women) Act 2015*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/18>, 3. 7. 2023.

4. Социо-политичка учења црква и њихов утицај на структуру парламента

Имајући у виду да је црква умногоме изгубила утицај на политичком плану, не чуди што је изгубила интересовање и за питање структуре парламента. Међутим, остављен је значајан траг на пољу монокамерално-бикамералних дилема. У том погледу, нарочито је важно истаћи улогу Римокатоличке цркве у развоју концепције корпоративног парламента, односно социјално-економског облика дводомности. Иако је Римокатоличка црква и раније имала удела у промовисању оваквих идеја, пре свега, у германским земљама, чини се да је прекретница била доношење енциклике *Quadragesimo Anno* 1931, којом је подржано укључивање професионалних интереса у друштвене процесе одлучивања. То је значило експлицитну подршку корпоративном моделу парламента, заснованог на струковним принципима.

Енциклика је директно утицала на популарност социјално-економског вида дводомности и корпоративних скупштина у фашистичким и нацистичким системима, али је дала и ветар у леђа формирању различитих социјално-економских савета у демократским државама Европе. Стога, данас две већински римокатоличке европске земље упражњавају овакав вид представљања бирача. У питању су Република Ирска и Словенија. У Сенат Републике Ирске улазе представници културе и просвете, пољопривреде, рада, индустрије и трговине, јавне администрације и универзитета.²¹ Када је реч о словеначком другом дому - Државном савету, поред репрезентата локалних територијалних интереса, другу половину чланства чине представници послодаваца, запослених, пољопривредника, занатлија, независних професија и неекономских активности.²² Упркос чињеници да међу члановима ирског и словеначког другог дома нема репрезентата црква и верских заједница, јасно је да ове две државе до данас упражњавају наведени модел под јаким утицајем римокатоличких социјалних традиција. Штавише, корпоративистичке традиције до скоро је практиковала и немачка федерална јединица Баварска.²³

²¹ Чл. 18 Устава Републике Ирске 1937, <https://www.gov.ie/en/publication/d5bd8c-constitution-of-ireland/>, 8. 12. 2020.

²² Čl. 96 Ustava Republike Slovenije, *Uradni list RS*, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99 in 75/16 – UZ70a.

²³ Оваква пракса напуштена је тек 1999. године.

Са друге стране, ваља нагласити да Православна црква није заузела јединствени став када је реч, како о питању структуре парламента, тако ни о карактеру и типу репрезентације бирача. Иако православне помесне цркве, као ни Православна црква у целини немају традиције аналогне римокатоличким социјалним, ипак је Руска православна црква 2000. године усвојила акт под називом *Основи социјалне концепције Руске православне цркве*,²⁴ који за разлику од наведене папске енциклике, ни у ком делу не прејудицира структуру и састав највишег представничког тела, као ни партиципацију саме цркве у истом. Оно што је РПЦ определило да се овим питањима изјашњава јесте чињеница да је један део свештенства, могао без благослова надлежних архијереја да узме учешћа у изборном процесу. Веома често су и епископи и друга висока јерархија бирани у највиша представничка тела СССР и РСФСР. С тим у вези, Свети архијерејски сабор РПЦ, одржан у октобру 1989. године, усвојио је процедуру по којој би, о питању сврсисходности учешћа представника свештенства у предизборној кампањи требало, у сваком конкретном случају, претходно да одлучи надлежна инстанца. У случају епископа - Свети синод, а у случају свештеника - надлежни епископ. Међутим, и након тога су поједина црквена лица, без одговарајућег благослова, ипак учествовала на изборима. Свети синод је 20. марта 1990. са жаљењем изјавио да се „Руска православна црква ослобађа моралне и верске одговорности за учешће ових лица у изабраним органима власти“. На проширеном заседању Светог синода 8. октобра 1993. године одлучено је да се свештенству наложи уздржавање од кандидовања на парламентарним изборима. Према одговарајућој синодалној дефиницији, утврђено је да свештенство које је прекрши одлуку подлеже одузимању чина.²⁵

5. Закључак

Црква као један од најзначајнијих друштвених чинилаца никада није заузимала јасан став када је реч о дилеми један или два дома. Иако је било припадника свештенства који су, попут опата Сјејеса заговарали монокамерални модел, други део клира залагао се за постојање другог дома, који би репрезентовао конзервативне друштвене слојеве, са јаким утицајем цркве. Стога је током читавог XIX и прве половине XX века, црква била репрезентована у овом телу у

²⁴ Вид. Основы социальной концепции Русской Православной Церкви, Архиерейский Собор 2000 г, <http://www.patriarchia.ru/db/text/419128.html>, 6. 9. 2023.

²⁵ Церковный вестник, бр. 20 (393), октобар 2008, <http://www.tserkov.info/docs/?ID=3732>, 5. 9. 2023.

европској компаративној пракси. Али, у српској и југословенској традицији, црква није исказивала такве аспирације. Свега једном је било предвиђено да представници цркве буду чланови српског сената по положају, и то Уставом из 1901. Српско свештенство неретко се кандидовало и освајало мандате у Скупштини, али у оквиру редовног страначког надметања на изборима, а не ради задобијања или задржавања позиција моћи као што је то био случај у Западној Европи. С друге стране, на западу Европе, једино је Црква Енглеске задржала своје позиције у националној легислативи до данашњих дана, пре свега у Дому лордова, као горњем дому британског парламента. Римокатоличка црква изгубила је борбу на политичком пољу, те је одустала од деветнаестовековне борбе за други дом као последњи бедем старих, конзервативних елита. С тим у вези, енциклика *Quadragesimo Anno* из 1931. представља нови вид борбе против све очигледнијих недостатака класичне партијске демократије. Утицај социјалног учења Римокатоличке цркве на структуру парламента приметан је и данас, нарочито на примерима Сената Републике Ирске и словеначког Државног савета, који су конципирани на њеним темељима. Ово би могао да буде пример и православним помесним црквама на који начин могу да разматрају важне правне и политичке теме не улазећи у дневнополитичке изазове.

Dušan Plić

Research Associate, Institute of European studies, Belgrade

REPRESENTATION OF CHURCHES AND RELIGIOUS COMMUNITIES IN THE CONTEXT OF THE DEBATE ON THE STRUCTURE OF THE PARLIAMENT - SERBIAN AND EUROPEAN EXPERIENCES

Summary

The aim of this article is to point out the presence of the Church in the debates about the structure of parliament between supporters of unicameralism and bicameralism in the Serbian and Yugoslav legal traditions, but also in the wider European area. First, the paper examines the attitude of the Church towards the question of the structure of the highest representative body in the country. In this context, the attitude of the Church towards the concept of representative democracy, which was in its infancy in the

second half of the 19th century, as well as the attitude towards corporatist ideas in the inter-war era, will be specially considered. Second, on the one hand, the projected representation of the Church in the draft constitutions, which were conceived on a bicameral basis, will be presented. On the other hand, the predicted position of the representatives of the Church in the second chamber of the Serbian and Yugoslav parliaments according to the constitutions of 1901 and 1931 will be shown. Since even today the unicameral-bicameral idea in Serbia has not been fully resolved, and this question cannot be considered out of place yet, similar tendencies in other European countries will be pointed out, and a comparative legal overview of this phenomenon will be provided, as well as the socio-political teachings of the churches on this matter.

Keywords: Church, second chamber, socio-economic bicameralism, April Constitution, September Constitution.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Илић Д., „Допринос Лаза М. Костића српској правној науци”, у: *Лаза М. Костић: наука, идентитет, родољубље*, (ур. Будимир Алексић, Миша Ђурковић), Институт за српску културу, Институт за европске студије, Никшић- Београд 2020, 34–57.
- Илић Д., „Прилог расправи о постојању социјално-економског парламента у Другој Југославији“, *Култура полиса* 37/2018, 521–531.
- Илић Д., *Идеја социјално-економског бикамерализма у српском и југословенском праву*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016.
- Илић Д., *Улога другог дома у европским унитарним државама*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2023.
- Јанковић Д., *Рађање парламентарне демократије, Политичке странке у Србији XIX века*, Правни факултет, Београд 1997.
- Јовановић С., *Влада Милана Обреновића, књига I, Сабрана дела Слободана Јовановића*, (прир. Радован Самарцић, Живорад Стојковић), том 4, Српска књижевна задруга, Београд 1990.
- Јовановић С., *Наше уставно питање у XIX веку, Политичке и правне расправе, књига I, Сабрана дела Слободана Јовановића*, (ур.

- Радован Самарцић, Живорад Стојковић), том 2, Српска књижевна задруга, Београд 1990.
- Кулаузов М., *Страни утицаји на развитак идеје о дводомном народном представништву у уставном систему Србије*, магистарски рад, Правни факултет, Нови Сад 2006.
- Лазовић М., Илић Д., „Угрожавање принципа секуларности новим законским решењима у Републици Србији“, *Социолошки преглед* 3/2021, 751–770.
- Митриновић Ч., Брашић М., *Југословенске народне скупштине и сабори*, Издање Народне скупштине Краљевине Југославије, Београд 1937.
- Петров В., *Парламентарно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010.
- Пироћанац М., *Белешке*, (ур. Сузана Рајић), Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 2004.
- Срњић И., *Други дом у представничким телима*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1958.
- Стефановић Ј., *Односи између цркве и државе*, Загреб 1953.

Остали извори

- Lords Spiritual (Women) Act 2015, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/18>, 3. 7. 2023.
- Ustava Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99 in 75/16 – UZ70a.
- Основы социальной концепции Русской Православной Церкви, Архиерейский Собор 2000 г, <http://www.patriarchia.ru/db/text/419128.html>, 6. 9. 2023.
- Устав Краљевине Југославије, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 200/1931.
- Устав Републике Ирске 1937, <https://www.gov.ie/en/publication/d5bd8c-constitution-of-ireland/>, 8. 12. 2020.
- Церковный вестник, бр. 20 (393), октобар 2008, <http://www.tserkov.info/docs/?ID=3732>, 5. 9. 2023.

IV
МЕЂУНАРОДНО
ПРАВО,
ПРАВО ЕУ,
ДИГИТАЛНЕ
ТЕХНОЛОГИЈЕ

SOME REFLECTIONS ON THE NON-DEROGABLE CHARACTER OF FREEDOM OF THOUGHT, CONSCIOUS AND RELIGION AND THE CONCEPT OF ABSOLUTE HUMAN RIGHTS

Summary

Certain human rights are considered to be of an absolute nature because the interests they protect reflect the core values of human society. For many scholars, the outstanding importance of absolute rights is epitomised in their non-derogability, which is taken to be the main formal criterion for their delineation from other human rights. However, there are also views that non-derogability is not necessarily a manifestation of the fundamental importance of a right but that it can also ensue from its other characteristics. An illustration of this is typically found in the freedom of thought, conscious and religion, as laid down in Article 18 of the ICCPR. In the paper, the authors analyse possible reasons that may justify the non-derogable status of Article 18, as a way to gain further insights in the relationship between non-derogability and the concept of absolute rights. The outcome of the analysis provides arguments in favour of the thesis that non-derogability is closely related to the fundamental importance of a right and, as such, should remain among the key criteria for definition of absolute rights.

* Research Fellow, Institute of Comparative Law (Belgrade, Serbia), m.matijevic@iup.rs; ORCID: 0000-0002-2459-9201 This paper is a result of the research conducted by the Institute of Comparative Law financed by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia under the Contract on realisation and financing of scientific research of SRO in 2023 registered under no. 451-03-47/2023-01/200049.

** Research Assistant at the Institute of Comparative Law (Belgrade, Serbia) and Researcher of the Center for Legal Fundamentals at the Faculty of Law of the University of Belgrade, a.zdravkovic@iup.rs; ORCID: 0000-0001-7514-8892 The part of the research conducted by A. M. Zdravković was part of the Horizon Twinning project “Advancing Cooperation on The Foundations of Law – ALF” (project no. 101079177). ALF is coordinated by the Faculty of Law of the University of Belgrade (coordinators Miodrag Jovanović and Bojan Spaić) in partnership with University of Genova (coordinator Andrej Kristan), University of Lisbon (coordinator David Duarte), University of Surrey (coordinator Hrafn Asgeirson). The project is financed by the European Union.

Keywords: absolute human rights, human rights restrictions, derogations, fundamental importance, freedom of thought, conscious and religion, Article 18 ICCPR, Article 4 ICCPR.

1. Introduction

There are certain human rights which are regarded as having an absolute nature for the outstanding importance of the interests safeguarded by them. Their fundamental importance for preserving core values of our societies, hence, is the main substantive criterion for their delineation from other human rights.¹ That criterion alone, as could be easily assumed, is not enough for an operative definition, nor offers a unified view on which rights should be regarded as absolute.

That means as well that no agreement on the formal attributes of these rights exists. Given that they protect very important societal interests, they are, as the very term implies, supposed to be absolutely protected. In other words, it is only logical to expect that absolute rights should be shielded from restrictions of which a state can avail itself *vis-à-vis* other rights or considerations. That is the reason why some scholars tie their property of absoluteness in the first place to their non-derogability and the absence of the limitation clause.² The derogation is an *ultima ratio* measure, the type of human rights restrictions which is allowed only exceptionally, in extraordinary circumstances. Since only a finite number of rights can never be subject to derogation, scholars usually conclude that non-derogability is closely related to the need to preserve fundamental interests.³ In that way,

¹ The traces of hierarchy among the human rights norms can be found in the case law of international judicial and quasi-judicial bodies. See, for instance, *the Barcelona Traction case of the International Court of Justice (Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain))*, Judgment, ICJ Reports 1970, para. 34.) On this and some other relevant ICJ case law see M. Reljanović, V. Čorić, M. Matijević, *Međunarodni sud pravde I – organizacija, postupak, slučajeve*, Institut za uporedno pravo, 2007. At the same time, the concept of absolute rights stands at odds to today's dominant view of human rights as an indivisible, interdependent and interrelated system of norms. More on this contemporary cannon of human rights: D. Whelan, *Indivisible Human Rights: A History*, University of Pennsylvania Press, 2010. For the empirical analysis of interdependency and interrelatedness of human rights see: L. Minkler, S. Sweeney, "On the Indivisibility and Interdependence of Basic Rights in Developing Countries", *Human Rights Quarterly* 33/2, 2011, 351–96; J. Essink *at al.*, "The Indivisibility of Human Rights: An Empirical Analysis", *Human Rights Law Review* 23/3, 2023, 1–18.

² See Chapter 4.

³ The non-derogable human rights play an important role in the constitutionalisation of international law, which is commonly understood as a process of creation of the unified and hierarchically organized international system of norms representing restrictions on

non-derogability becomes a proxy for absolute rights and an essential element of their definition, and should the right also be formulated in a way that leaves no possibility for its limitations, its absolute nature can hardly be disputed.

Yet, to use non-derogability trait as a criterion for defining absolute human rights is not without obstacles since not all rights typically understood as absolute are explicitly non-derogable, while the absolute nature of some non-derogable rights is questioned in both theory and practice. Moreover, different human rights instruments include different lists of non-derogable rights. The paradigmatic example of the latter case is the right to freedom of thought, conscious and religion or belief.⁴ This right is derogable in the European Convention on Human Rights (Art. 9)⁵ and non-derogable in the International Covenant on Civil and Political Rights (Art. 18)⁶. Article 18 is also an interesting case as it is the only one, among the explicitly non-derogable ICCPR rights, which includes a limitation clause.

There is also another, less analysed but for this inquiry particularly important segment of a discussion about the non-derogable character of freedom of thought, conscious and religion. It is not rare that non-derogability of Article 18 is explained by some practical reasons and not by the fundamental importance of the interest it protects. Such view, which we could call the “factual impossibility” argument, explains the non-derogable character of Article 18 through the specific nature of this right. The freedom of thought, conscious and religion is to be primarily realised in the inner world of an individual for the reasons of which, according to the proponents of this view, its violation is factually impossible, or at least beyond our epistemological reach. The views of the UN Human Rights Committee⁷ on that matter and *en general* on the nature of absolute rights leave as well

the arbitrary exercise of power by states and other relevant international actors (as defined in : E. De Wet, “The Constitutionalization of Public International Law”, in: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (eds. M. Rosenfeld, A. Sajó), Oxford University Press, 2012, 1213; For a different view, where constitutionalisation is seen as a response to the erosion of power of states in the domestic and international spheres see M. V. Matijević, “Some Critical Reflections on the Broad Human Rights Constitutionalisation”, *Constitutio Lex Superioris: Sećanja na profesora Pavla Nikolića* (ur. Oliver Nikolić, Vladimir Čolović), Institut za uporedno pravo, 2021, 155–172.

⁴ Further “freedom of thought, conscious and religion”.

⁵ Further “ECHR”. Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, 4 November 1950, ETS 5.

⁶ Further “ICCPR”. UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, 171.

⁷ Further “Human Rights Committee” or “HRC”.

some space for a question whether non-derogability of Article 18 ICCPR ensues from the fundamental importance of the interest it protects.

The present research examines the reasons for non-derogability of Article 18 by analysing the “factual impossibility” argument in the context of certain Human Rights Committee statements on the topic. The relevance of the analysis follows from the fact that a closer understanding of the reasons for the explicitly non-derogable nature of Article 18, that is of the freedom of thought, conscience and religion as laid down in the ICCPR, could help us discern to what extent non-derogability determines the concept of absolute rights. The paper studies the relationship between fundamental interests, non-derogability and the concept of absolute rights in the scholarly works and in the comments of the Human Rights Committee and other relevant UN treaty bodies. As such, its scope remains confined to the examination of how the matter is regulated under the ICCPR, with only sporadic references to the position of the freedom within the other international instruments.⁸

The structure of the paper reflects the intention to preserve the clarity of the analysis despite the conceptual complexity of its subject matter. For that reason, the first two chapters are dedicated to setting the stage for the ensuing analysis. In the first chapter, a brief overview of the content and scope of freedom of thought, conscience and religion, as laid down in the ICCPR, is provided. The second chapter brings terminological and conceptual clarifications of the types of human rights restrictions relevant for the analysis. The third chapter represents a short glance at the existing attempts to define absolute rights. The main analysis takes place in the fourth chapter, where the reasons for the non-derogable character of Article 18 and their relevance for the concept of absolute rights are investigated. In the conclusion we sum up the results of the inquiry.

2. A Brief Overview of Article 18 of the ICCPR

Freedom of thought, conscience and religion is guaranteed under Article 18 of the ICCPR. Although often referred to as “religious freedom” its scope is not limited to religious matters. Article 18 encompasses freedom of thought *en general*, thus also protecting political, scientific and philosophical thoughts and beliefs.⁹ As noted by Kevin Boyle and Sangeeta Shah,

⁸ For a comparison of the normative status, content and scope of the right to freedom of thought, conscience and religion under the ICCPR and the ECHR see P. M. Taylor, *Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, 2005.

⁹ See, for instance, *Kang v. Republic of Korea*, a case in which the distribution of communist leaflets was qualified by the Human Rights Committee as the manifestation of

the mere usage of the words “religion or belief” shows the drafter’s intention to protect all beliefs and not just those of religious character.¹⁰ Apart from the right to adopt and change theistic, non-theistic, and atheistic beliefs, Article 18 also guarantees the right not to profess any religion or belief, as well as the right to engage in critical thinking about a religion or belief.¹¹

Article 18 does not protect religion or belief itself but the right of an individual to profess a religion or belief of his or her choice and live in accordance with the freely adopted convictions. Such a focus on “believers rather than beliefs” is not only a logical consequence of the notorious fact that the right-holder of a human right is a human being,¹² but also a necessity given the number of religions and beliefs existing today and the sometimes irreconcilable differences between them.¹³ The individual, as tacitly expressed by the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, is “the only common denominator identifiable within such vast diversity” of religions or beliefs.¹⁴ For that reason, the interpretations of Article 18 which confine its scope to traditional religions or religions and beliefs with institutional characteristics or practices analogous to those of traditional religions, betray its meaning.¹⁵

a belief in the sense of Art. 18, para. 1. Human Rights Committee, *Yong-Joo Kang v. Republic of Korea*, adopted on 16 July 2003, CCPR/C/78/D/878/1999.

¹⁰ K. Boyle, S. Shah, “Thought, Expression, Association, and Assembly”, in: *International Human Rights Law* (eds. Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran), Oxford University Press, 220.

¹¹ Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 30 July 1993, para. 2. See, also the 3rd commitment under the Beirut Declaration on Faith for Rights, which calls for the creation of a social ambient in which “the critical thinking and debate on religious matters should not only be tolerated but rather encouraged as a requirement for enlightened religious interpretations in a globalized world composed of increasingly multi-cultural and multi-religious societies that are constantly facing evolving challenges”. Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Report on Freedom of Religion and Belief, Annex II:18 commitments on “Faith for Rights”, of 5 March 2019, A/HRC/40/58, para. III.

¹² Human beings as rights holders may exercise these freedoms as individuals and in community with others.

¹³ Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Interim Report: Elimination of all forms of religious intolerance, 2 August 2016, A/71/269, para. 11.

¹⁴ *Ibid.*, para. 12.

¹⁵ Any discrimination, especially towards adherents to other religions or the non-believers in the states with an official religion or a traditional religion that assembles most of the population, is inconsistent with Article 18. In that sense, the HRC places strong emphases on safeguarding the freedom of religious minorities and sees Article 18 as pivotal in that regard. HRC, General Comment No. 22, para. 9. In relation to this, Heiner Bielefeldt observes that this freedom often remains confined to a firmly fixed list of religious options, for the reason of which members of less known, new or alternative religious communities

This is a multifaceted right, with three of its distinct realms explicitly regulated in the text of Article 18. Freedom of thought, conscience and religion represents the so-called *forum internum* realm of the right, referring to “person’s inner sanctum (mind) where mental faculties are developed, exercised and defined”.¹⁶ As an expression of the special protection assigned to the *forum internum* dimension of the right, Article 18, in its paragraph 2, prohibits the use of coercion aimed at impairing one’s freedom to have or to adopt a religion or belief of own choice. The freedom to manifest one’s religion or belief, individually or in community with others, and in public or private, in worship, observance, practice and teaching, represents the *forum externum* aspect of the right.¹⁷ The last paragraph of Article 18 (para. 4) protects the right to intergenerational transmission of religion or belief by placing a duty on the State Parties to respect the liberty of parents to ensure that the religious and moral education of their children is in conformity with their own convictions.

A delineation of the *forum internum* and *forum externum* realms of freedom of thought, conscience and religion is important, as only the latter may be subject to restrictions. Article 18 is in its entirety exempted from derogations, *i.e.*, cannot be subject to the measures by which the State Parties can temporarily restrict the enjoyment of the rights guaranteed under the ICCPR in times of public emergency (Art. 4, para. 2). However, only its *forum internum* aspect enjoys unlimited protection. As noted, the second paragraph of Article 18 lays down an unqualified protection against coercion that would impair freedom to have or to adopt a religion or belief of one’s choice. Importantly, its scope has been interpreted by the Human Rights Committee as to also include the freedom from being forced to reveal own thoughts or adherence to a religion or belief.¹⁸ The protection against

are usually excluded or discriminated against. H. Bielefeldt, “Freedom of Religion or Belief – A Human Right under Pressure”, *Oxford Journal of Law and Religion*, 2012, 20.

¹⁶ Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Report on freedom of thought, 5 October 2021, A/76/380, para. 2.

¹⁷ The 1981 Declaration on the Elimination of all Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief in its Article 6 provides a detailed account of different forms of manifestation of religion or belief. UN General Assembly, *Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief*, 25 November 1981, A/RES/36/55.

¹⁸ HRC, General Comment No. 22, para. 3. However, while examining state reports, the relevant UN human rights bodies have dealt with the issue of compulsory religious oaths and the religious affiliation stated in the identity card mostly in relation to the protection against discrimination in the context of religious freedoms. See, for instance, Report of the Human Rights Committee, 7 October 1993, A/48/40 (Part I), para. 607; Human Rights Committee Special Rapporteur, Report on the Implementation of the Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion

coercion encompasses both its direct and indirect forms. The existing case law shows that the latter often materialises as a limited access to important public goods, such as education, medical care or employment, or limitations on the enjoyment of family law rights, such as custody of children.¹⁹ In its General Comment No. 22, the Human Rights Committee adopted a broader interpretation of the absolute protection guarantees contained in Article 18, to include the liberty of parents to ensure that their children receive a religious and moral education in conformity with their own convictions.²⁰

On the other hand, the *forum externum* dimension, the freedom to manifest one's religion or belief as laid down in Art. 18, para. 3, may be subject to limitations that are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals, or the fundamental rights and freedoms of others. That balancing exercise, as it will be explained in the next chapter, can be undertaken both in time of emergency and in regular times, and it concerns the type of human rights restrictions which is clearly distinct from derogations.

3. Non-derogable Rights

Before proceeding with the analysis, we should first point out the pronounced terminological inconsistency characterising the main notions which are used for different types of restrictions placed by states on the enjoyment of human rights. A good example of this are the terms "restrictions" and "limitations". They are used interchangeably throughout the ICCPR²¹, which

or Belief, 6 January 1993, E/CN.4/1993/62, para. 81; Human Rights Committee Special Rapporteur, Report on the Implementation of the Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, 7 November 1996, A/51/542/Add.1, para. 136. On the European Court of Human Rights approach to these issues see: ECtHR, *Alexandridis v Greece*, App. No. 19516/06, Judgment of 21 February 2008; ECtHR, *Sinan Isik v Turkey*, App. No. 21924/05, Judgment of 2 February 2010; See also K. Boyle, S. Shah, 223.

¹⁹ HRC, General Comment No. 22, para. 5.

²⁰ HRC, General Comment No. 22, para. 8. In that sense, the HRC underlined that public education which includes instructions in a particular religion or belief is inconsistent with Article 18, except if provision is made for non-discriminatory exemptions or alternatives that would accommodate the wishes of parents and guardians (See, HRC, General Comment No. 22, para. 6).

²¹ See, for instance, Articles 11, 19, 21 as compared to Article 18. The *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights* reflect this, for the reason of which its text contains a note which points to the use of the term "limitations" in a way that includes the term "restrictions" as used in the Covenant. American Association for the International Commission of Jurists, *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 28 September 1984, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, footnote.

renders rather difficult their definition per genus proximum et differentiam specificam. The same problem is also reflected in the academic literature,²² which is why certain terminological clarifications must be made.

In the paper, the term “human rights restrictions” (or “restrictions”) is consistently used as a general notion which refers to the class of legal mechanisms by which the state can lawfully interfere with an individual’s enjoyment of human rights. The term “limitations” here has a narrower meaning and denotes a distinct type of restrictions, *i.e.*, a specific legal mechanism through which, under certain conditions, an individual’s enjoyment of human rights can be limited. Limitations are enabled by the so-called “limitation clause” that may be included in a provision guaranteeing a certain right. When such a limitation clause exists, governments are allowed to partially limit the enjoyment of a right, but only in the pursuit of a therein listed legitimate aim, such as the protection of national security, public order, public health and morals, and rights and freedoms of others, insofar as necessary in a democratic society.²³

Another type of human rights restrictions is derogation. Derogation of a human right or of one of its aspects “is its complete or partial elimination as an international obligation”, of which a state can avail itself only during public emergency.²⁴ To say that a certain right is derogated is to say that it is suspended for a limited period of time because a state, due to a public emergency, becomes unable to guarantee all the conditions necessary for the realisation of that right. In this situation, the non-compliance, which would normally amount to a violation, is not considered as such. In other words, the derogation mechanism enables states – provided they meet the prescribed requirements – to officially proclaim that they cannot fulfil some of their human rights obligations and in that way gain some space for a manoeuvre in order to overcome as soon as possible the state of emergency. An important difference between the derogation mechanism and limitations is that the latter can be applied during both regular and irregular times, while derogations are strictly related to public emergencies.

Not only were the drafters of the ICCPR aware that sometimes, in extraordinary circumstances, the State Parties might need to depart from

²² See, for instance: J. M. Ross, “Limitations on Human Rights in International Law: Their Relevance to the Canadian Charter of Rights and Freedoms”, *Human Rights Quarterly* 6/2, 1984, 180–223; O. M. Garibaldi, “General Limitations on Human Rights: The Principle of Legality”, *Harvard International Law Journal* 17/3, 1976, 503–558.

²³ For instance, such limitation clauses can be found in Art. 12, para. 3, Art. 18, para. 3, Art. 19, para. 3 of the ICCPR.

²⁴ D. McGoldrick, “The Interface Between Public Emergency Powers and International Law”, *International Journal of Constitutional Law* 2/2, 2004, 383.

their treaty obligations, but they were also aware that this mechanism can be misused. To prevent potential abuses and secure an adequate level of legal certainty, the first paragraph of Article 4 lays down strict conditions for a derogation to be lawful. There must be an officially proclaimed public emergency which threatens the life of the nation, for instance, war, rebellion, terrorist attack, or natural disaster. The derogating measures must be undertaken only to the extent strictly required by the exigencies of the situation and must not be discriminatory or inconsistent with other international obligations of the State Party in question.²⁵ Article 4 also prescribes a set of procedural conditions, which establish a duty to immediately inform the UN Secretary-General about the provisions that will be derogated and state relevant reasons for such measures, as well as to provide additional communication on the date of termination of derogations.²⁶

Certain rights are non-derogable. As an exception to the general rule established in para. 1, the second paragraph of Article 4 provides a list of the ICCPR rights which cannot be suspended even during a state of emergency.²⁷ The list is similar but not identical to the lists of non-derogable

²⁵ Art. 4, para. 1 of the ICCPR.

²⁶ For the view that every notification on derogations must contain explanation and reasoning for imposing a particular emergency measure, see A. M. Zdravković, “The Affair of “State of Emergency” – Was 70 Years of European Convention on Human Rights Enough to Prepare Member States for COVID-19 Crisis?”, *Iustunianus Primus Law Review* 2020, 9–11. For a critical evaluation of the existing system of human rights treaty derogations see: L. Helfer, “Rethinking Derogations from Human Rights Treaties”, *American Journal of International Law* 115/1, 2021, 20–40.

²⁷ According to ICCPR Article 4, non-derogable are the right to life, freedom from torture, cruel, inhuman, degrading treatment or punishment, freedom from slavery or servitude, the right not to be imprisoned for contractual debt, freedom from retroactive criminal punishment, right to recognition as a person before the law and freedom of thought, conscience, and religion, while non-derogability of the prohibition of the death penalty is prescribed under the Second Optional Protocol to the ICCPR (UN General Assembly, *Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, Aiming at the Abolition of the Death Penalty*, 15 December 1989, A/RES/44/128). However, in the General Comment No. 29, the HRC stated that the given list should not be seen exhaustive and interpreted it to include several other, not explicitly mentioned segments of the rights guaranteed by the ICCPR. According to the HRC, illustrative examples of the provisions that cannot be subject to lawful derogation are: the right of all persons deprived of their liberty to be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person (Art. 10); the prohibitions against taking of hostages, abductions or unacknowledged detention; elements of the international protection of the rights of persons belonging to minorities; the prohibition of the deportation or forcible transfer of population without grounds permitted under international law, in the form of forced displacement by expulsion or other coercive means from the area in which the persons concerned are lawfully present (which constitutes a crime against humanity);

rights contained in the derogation clauses of other human rights instruments, with each later drafted treaty expanding the list of non-derogable rights. Freedom of thought, conscience and religion is qualified as non-derogable in the ICCPR, whereas under the ECHR, adopted 16 years earlier, it does not enjoy the same status.²⁸ Be that as it may, the practical implications of this difference are rather limited since all Member States of the ECHR are also State Parties to the ICCPR and must respect obligations under both treaties. Given that those obligations which are more stringent prevail, the states must respect the right to thought, conscience and religion as a non-derogable right. Since only three international human rights treaties – the ICCPR, the ECHR and the American Convention on Human Rights – contain derogation clauses, only a handful of human rights are explicitly exempted from derogation.²⁹

Non-derogability of some human rights is taken to be an important characteristic of the contemporary system of international human rights norms. Firstly, it is an element for determination of the norms of peremptory character, given that only norms which are exempted from derogation can become peremptory norms of general international law.³⁰ The International Law Commission sees in non-derogability the formal expression of their special status: “[t]he idea that peremptory norms of general international law (*jus cogens*) are universally applicable, like that of their

provision requiring that any propaganda for war shall be prohibited by law, as well as that any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law (Art. 20); the obligation to provide effective remedy for violations of the provisions of the Covenant (Art. 2, para. 3); provisions of the Covenant, including Article 4, relating to procedural safeguards and guarantees; certain elements of the right to a fair trial that are explicitly guaranteed under international humanitarian law during armed conflict, including that only a court of law may try and convict a person for a criminal offence, the presumption of innocence and the right to take proceedings before a court to enable the court to decide without delay on the lawfulness of detention, in order to protect non-derogable rights. See HRC, *General Comment No. 29*, paras. 13–15.

²⁸ Article 15 of the ECHR.

²⁹ Apart from Article 15 of the ECHR, a similar derogation mechanism is also found in Article 27 of the American Convention on Human Rights (Organization of American States, *American Convention on Human Rights, “Pact of San Jose”, Costa Rica*, 22 November 1969). African Charter on Human and Peoples’ Rights is the only regional human rights instrument which does not contain a derogation clause (Organization of African Unity, *African Charter on Human and Peoples’ Rights (“Banjul Charter”)*, 27 June 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58).

³⁰ As defined in Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, 331.

hierarchical superiority, flows from non-derogability”³¹ Non-derogability is, in that sense, seen as a direct consequence of the fundamental interest that the right exempted from derogations protects.³² As such, it represents an important element of the attempts to define absolute rights.

4. Defining Absolute Rights

A closer look at the derogation as a distinct type of human rights restriction was needed for the ensuing analysis of the non-derogability of Article 18 and its relevance for the definition of absolute rights. But, before venturing into that complex inquiry, we need to gain at least a basic idea of what the concept of absolute rights is about. As already observed, neither theory nor practice has yet arrived at a commonly accepted definition of absolute rights, even though the term is present in the academic literature and the case-law of international and national courts.

On the international plane, the notion is often found in the decisions of the European Court of Human Rights,³³ as well as in the general comments of the HRC, but it can also be identified in the jurisprudence of other international courts and quasi-judicial bodies.³⁴ However, these bodies define it rarely, if ever, and rather use it as a self-referential term. In other words, they assign to the concept a certain meaning without giving an account of its content and scope.³⁵ As far as academia is concerned, the matter is not much

³¹ UN General Assembly, Report of the International Law Commission on its Seventy-first session (29 April–7 June and 8 July–9 August 2019), A/74/10, 155.

³² R. Pisillo Mazzeschi, A. Viviani, “General Principles of International Law: From Rules to Values?”, in: *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law* (eds. R. Pisillo Mazzeschi, P. De Sena), 2018, Springer, 143.

³³ This is primarily true with respect to Art. 3 of the ECHR. See, for instance, ECtHR, *Soering v. the United Kingdom*, App. No. 14038/88, Judgment of 7 July 1989, para. 88; ECtHR, *Chahal v. the United Kingdom*, App. No. 22414/93, Judgment of 15 November 1996, para. 79–80; ECtHR, *Gäfgen v. Germany*, App. No. 22978/05, Judgment of 1 June 2010, paras. 87, 107. As a matter of fact, on the official webpage of the Council of Europe the differentiation between qualified and unqualified rights can be found within the category “Definitions”. “Unqualified rights are rights which cannot be balanced against the needs of other individuals or against any general public interest. They may be subject to specific exceptions, e.g. the right not to be deprived of liberty, Article 5; or to none at all, when they are called absolute rights, e.g. freedom from torture, Article 3.”, <https://www.coe.int/en/web/echr-toolkit/definitions> 10. 6. 2023.

³⁴ UN Committee against Torture, *Report of the Committee against Torture on its Forty-third session (2–20 November 2000) and on its Forty-fourth session (26 April–14 May 2010)*, Suppl. No. 44 (A/65/44), para. 17; ICTY, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 2000, paras. 26, 29.

³⁵ For example, in the General Comment No. 36 on the right to life, the HRC simply pointed out that this right is not absolute. Human Rights Committee, CCPR General

clearer since different authors in different way define or otherwise determine the key elements of the concept of absolute rights.³⁶ While analysing the European Court of Human Rights reasoning with regards to Article 3 of the ECHR, as the paradigmatic example of an absolute right, Natasa Mavronicola identified three elements of the right's absoluteness, namely that it does not contain a limitation clause, that it is non-derogable, and that it applies irrespective of one's conduct, that is to say, even if the right-bearer was a criminal or a terrorist.³⁷ According to her, the main structural implication of the absolute nature of a right is that the obligations it encompasses cannot be lawfully displaced by the consequentialist concerns.³⁸ For some other authors, non-derogability represents the essential determinant of the absolute nature of a right. According to Dinah Shelton and Patricia Roberts Harris, the fact that non-derogable rights cannot be subject to suspensions, reservations,

Comment No. 36 on Article 6: Right to life, CCPR/C/GC/36, 3 September 2019, para. 10.

³⁶ For more on absolute rights see, for instance: M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2014, 66; E. Klein, "On Limits and Restrictions of Human Rights: A Systematic Attempt", in: *Strengthening Human Rights Protections in Geneva, Israel, the West Bank and Beyond* (eds. J. David et al.), Cambridge University Press, 25; C. K. Wouters, "International Refugee and Human Rights Law: Partners in Ensuring International Protection and Asylum", in: *Routledge Handbook of International Human Rights Law* (eds. S. Sheeran, Sir N. Rodley), Routledge, 2013, 234–235; A. M. Zdravković, „Pravo na život sagledano kroz prizmu apsolutnih ljudskih prava”, *Pravni život* 12/2019, 339–340.

³⁷ Especially controversial in this regard is the ECtHR's case *Gäfgen v. Germany*, App. No. 22978/05, Judgment of 3 June 2010. Natasa Mavronicola, "What is an 'Absolute Right'?" Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review* 12/2012, 737.

³⁸ Natasa Mavronicola, "Crime, Punishment and Article 3 ECHR: Puzzles and Prospects of Applying an Absolute Right in a Penal Context", *Human Rights Law Review* 15/2012, 724. The two opposed ethical theories – deontological and teleological theory – are particularly important for theorizing absolute rights, since authors advocating for the existence of absolute human rights accept absolutism, a categorical (or deontological) theory that considers certain acts as intrinsically wrong, irrespective of their effects and, hence, those acts must be avoided at all costs. The consequences of these acts for them have no ethical relevance. (See D. McNaughton, "Deontological Ethics", in: *Concise Routledge Encyclopedia of Philosophy* (ed. Edward Craig), Routledge, 1999, 202; T. Nagel, "War and Massacre", in *Consequentialism and its Critics* (ed. Samuel Scheffler), Oxford University Press, 1988, 60). In contrast, the opponents of absolute human rights mostly derive their positions from the consequentialist (or teleological) theory, which evaluates the morality of an action by reference to its consequences. In that sense, they are willing to balance every right against any consideration. Most of the criticism of deontology is based on its inflexibility, which led to the conceptualization of a third approach, the so-called "threshold deontology". This approach argues that rules should always be obeyed unless there is an emergency situation, in which one should revert to consequentialism. (See L. Alexander, M. Moore, "Deontological Ethics", *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, October 30, 2020.

or denunciations, brings them close to being absolute in nature.³⁹ Sara Joseph notes that most of the absolute rights are non-derogable.⁴⁰

Others perceive absolute rights as those that do not allow for any limitations. For instance, Martin Sheinin takes the view that absolute rights are a separate category from non-derogable rights, as some absolute rights have not been explicitly exempted from derogations and, conversely, some non-derogable rights may permit “exceptions” during normal times but do not allow for an additional layer of exceptions through the introduction of derogations during a state of emergency.⁴¹ In relation to this, he refers to General Comment No. 29, especially its part pointing to Article 18 of the ICCPR as the non-derogable provision that includes a limitations clause. Olivier De Schutter highlights that absolute rights allow no limitations,⁴² whereas Kai Möller sees them as those that cannot be subjected to the proportionality test.⁴³

5. Non-derogability and Absolute Human Rights

In this chapter, we will examine the HRC’s view on the matter. We will start our inquiry with General Comment No. 29, more specifically, its

³⁹ D. Shelton, P. Roberts Harris, Report “Are There Differentiations Among Human Rights? Jus Cogens, Core Human Rights, Obligations Erga Omnes and Non-derogability”, UniDem Seminar *The Status of International Treaties on Human Rights* (Coimbra (Portugal), 7–8 October 2005), 21.

⁴⁰ S. Joseph, M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights – Cases, Materials and Political Rights*, Oxford University Press, 2013, 30.

⁴¹ M. Sheinin, “Core Rights and Obligations”, in: *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (ed. Dinah Shelton), Oxford University Press, 2013, 532.

⁴² Considering above-explained terminological inconsistencies that pervade this field, the exact meaning of various terms used by different authors can only be assumed. In that regard, it is not entirely clear whether De Shutter uses the term “limitations” in the sense of “restrictions” as understood in this paper or as a narrow category granted by the limitation clause. O. De Shutter, *International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2010, 257.

⁴³ This opinion of Möller is indirectly deduced from his statement that “while it is true that some rights are absolute, [...] most rights — including the rights to life, physical integrity, privacy, property, freedom of religion, expression, assembly, and association — can generally be limited in line with the proportionality test, at the core of which is a balancing exercise where the right is balanced against a competing right or public interest.”, K. Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2012, 13. The most direct definition of absolute rights that he offered is “the rights which must never be interfered with”, K. Möller, “The Right to Life Between Absolute and Proportional Protection”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 13/2010, 2. A similar determination of absolute rights is also found in A. Takahashi, Yutaka, “Proportionality”, in: *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (ed. Dinah Shelton), Oxford University Publishing 2013, 467. For the opposite view see M. Borowski, “Absolute Rights and Proportionality”, *German Yearbook of International Law* 56, 2013, 385–424.

parts in which the HRC interprets the exemption from derogation found in Article 4, paragraph 2. There the HRC states that the given provision should as well embrace elements of several other, not explicitly mentioned ICCPR rights, and that the absolute nature of some of these rights “is justified by their status as norms of general international law”.⁴⁴ The given statement is rather curious, hence, it deserves a short analysis.

To begin with, it is important to note that the HRC connects the absoluteness of a right with its non-derogable character – by interpreting the prohibition of derogation from Art. 4, para. 2, as also to apply to some other rights because of their absolute nature – though it remains unclear whether for the HRC the non-derogability of a right automatically leads to it being characterised as absolute. A second, equally interesting point, is the HRC’s reference to the notion of “general international law”. Given that there is no agreement on the exact meaning of this notion,⁴⁵ as confirmed by the Study Group on Fragmentation of International Law established by the International Law Commission,⁴⁶ the point of linking the absolute character of certain norms to their status of norms belonging to “general international law” is unclear and raises several questions. Certainly, not all norms of general international law can be considered absolute; hence, this cannot be the right explanation. However, only a norm belonging to general international law can become a peremptory norm of international law (*jus cogens*). According to Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, “a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of states as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent

⁴⁴ For the sake of clarity and for the ease of further analysis this is the exact wording of the relevant provisions found in paragraph 13 the General Comment No. 29: “13. In those provisions of the Covenant that are not listed in article 4, paragraph 2, there are elements that in the Committee’s opinion cannot be made subject to lawful derogation under article 4. Some illustrative examples are presented below. [...] (b) The prohibitions against taking of hostages, abductions or unacknowledged detention are not subject to derogation. *The absolute nature of these prohibitions, even in times of emergency, is justified by their status as norms of general international law* (italic added).” HRC, *General Comment No. 29*, para. 13(b).

⁴⁵ Josef L. Kunz insists that general international law can be created solely by a custom, Kunz, “General International Law and the Law of International Organizations”, *American Journal of International Law*, 1953, 457. Contrary to this view, Grigory Tunkin is convinced that general international law comprises both customary and conventional rules. G. Tunkin, “Is General International Law Customary Law Only?”, *European Journal of International Law* 4/1993, 541. For more see A. M. Zdravković, “Finding the Core of International Law – *Jus Cogens* in the Work of the International Law Commission”, *South Eastern Europe and the European Union – Legal Issues*, 5/2019, 141–158.

⁴⁶ As cited in International Law Commission, Second report on *jus cogens* by Dire Tladi, Special Rapporteur, 16 March 2017, A/CN.4/706, para. 41.

norm of general international law having the same character”. Simply put, to become peremptory, a norm must belong to the corpus of general international law; secondly, it must be accepted and recognized by the international community of states as non-derogable. As a reminder, in General Comment No. 29, the HRC stated that certain provisions should be considered non-derogable because of their absolute nature, which is derived from them being a part of general international law.⁴⁷ Well, as previously explained, there is a notion in international law which denotes to such norm, but that notion is generally avoided. International bodies are traditionally reluctant to qualify a norm as a peremptory, *jus cogens* norm, and that seems to be as well the case with this HRC argument. Here, the HRC could have stated that the justification of the non-derogability of the relevant provisions lays in their peremptory status, but it preferred not to. Instead, it resorted to the absolute nature of these norms and offered some kind of mixture of concepts that only added to the confusion over these already overlapping terms.

To leave no stone unturned, the HRC did clarify that the enumeration of non-derogable rights “is related to, but not identical with, the question whether certain human rights obligations bear the nature of peremptory norms of international law”.⁴⁸ What is more, it added that “the proclamation of certain provisions of the Covenant as being of a non-derogable nature in article 4, paragraph 2, is to be partly seen as recognition of the peremptory nature of some fundamental rights”, but that “some other provisions of the Covenant were included in the list of non-derogable provisions *because it can never become necessary to derogate from these rights during a state of emergency* (italics added)”.⁴⁹ As an illustration of norms which are to be considered non-derogable “because it can never become necessary to derogate from these rights during a state of emergency” and not because they could be qualified as peremptory norms, the HRC pointed out the prohibition of imprisonment for inability to fulfil a contract (Art. 11) and the freedom of thought, conscious and religion (Art. 18).⁵⁰

⁴⁷ See, footnote no. 43.

⁴⁸ HRC, *General Comment No. 29*, para. 11. Similarly, in para. 13 (c) the HRC claimed non-derogability of certain elements of the rights of persons belonging to minorities, *inter alia*, on the basis of “the *non-derogable nature* of article 18 (italic added)”.

⁴⁹ *Ibid.* On the basis of this, the HRC also concluded that the freedom to hold opinion without interference (Art. 19, para. 1) belongs to those rights. The non-derogable nature of Article 19, para. 1 was also stated in the General Comment No. 34, where the HRC said that although the freedom of opinion is not in the list of non-derogable rights found in Art. 4, para. 2, it permits no derogation “since it can never become necessary to derogate from it during a state of emergency”. Human Rights Committee, CCPR *General Comment No. 34*, 12 September 2011, CCPR/C/GC/34, para. 9.

⁵⁰ HRC, *General Comment No. 29*, para. 11.

That, however, provokes another important question. How to understand this view of the HRC given that several years earlier, in General Comment No. 22, the same body expressed what seems to be an opposite view, when affirming the “fundamental character” of freedom of thought, conscious and religion that is “reflected in the fact that this provision cannot be derogated from, even in time of public emergency”?⁵¹ In other words, it remains unclear whether the freedom of thought, conscious and religion is non-derogable owing to its fundamental importance or simply because it would never be necessary to derogate from it. A closer scrutiny of the possible reasons for its inclusion in the list of non-derogable norms might provide valuable insights about the concept of absolute rights *per se*.

5.1. *The Non-derogable Character of Freedom of Thought, Conscious and Religion*

In the academic literature and practice of the UN treaty bodies, it is not rare to come across the view that the *forum internum* realm of Article 18 is inviolable because interference with this freedom is factually impossible or at least beyond our epistemological grasp.⁵² This opinion is mostly based on the argument that the *forum internum* entitlements are related to the inner act of believing.⁵³ Hence, according to such a view, they can be neither derogated nor limited. An often-cited reference for that is found in the study of discrimination in the matter of religious rights and practices, where the Special Rapporteur Krishnaswami stated that “[f]reedom to maintain or to change religion or belief falls primarily within the domain of the inner faith and conscience of an individual”, and that “[v]iewed from this angle, one would assume that any intervention from out-side is not only illegitimate but impossible.”

If further developed, such an interpretation of the content of the *forum internum* freedoms could be a logical reason for the non-derogable character of at least this dimension of Article 18.⁵⁴ And what about the *forum externum* aspect of Article 18? If we push the same argument further,

⁵¹ HRC, *General Comment No. 22*, para. 1.

⁵² For a view that freedom of conscience is non-derogable because its limitation would be impossible see M. Jovanović, I. Krstić, “Human Rights and the Constitutionalization of International Law”, in: *Human Rights in the 21st Century* (eds. Tibor Várady, Miodrag Jovanović), Eleven International Publishing, 2020, 29.

⁵³ See also O. Nikolić, *Država, crkva i sloboda veroispovesti*, Institut za uporedno pravo, 2022, 52.

⁵⁴ Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/200/Rev.1, UN Sales No. 60. XIV.2.

we could say that neither the right to derogate from the *forum externum* is needed – although it certainly does not belong to the inner realm of an individual’s existence – given that it can be subject to lawful limitations. As noted earlier, Art. 18, para. 3, contains a limitation clause which allows a state to interfere with its enjoyment both in times of normalcy and during public emergencies. To go back to the dilemma raised in the previous chapter, according to this reasoning, the words of the HRC should be read as pointing to the factual impossibility to restrict Article 18 freedoms as the *ratio legis* for its inclusion in the list of non-derogable rights from Art. 4, para. 2. Furthermore, these arguments could also become the basis of a claim that – given that not all non-derogable rights are non-derogable because of their fundamental character – the definition of absolute rights need not imply the nexus between the fundamental importance of a certain norm and its non-derogable nature.

On the other hand, this reasoning could be challenged on at least two grounds. The most basic argument goes as follows: if it were factually impossible to interfere with *forum internum* rights, the prohibition of coercion laid down in Art. 18, para. 2 would be redundant. Although *forum internum* denotes the inner nucleus of a person’s religious, moral, or other conviction, this provision clearly protects it against violations which, as we have seen earlier, can be a consequence of direct and indirect forms of coercion, as well as other interferences resulting in a compulsion to act contrary to one’s beliefs. Not only that the ICCPR provisions postulate unconditional protection of the *forum internum* freedoms, but during the last seventy years, the scope of the Article 18 *forum internum* has been expanded in a way which now makes it even easier to argue that it is factually possible to violate it. We have seen in the previous chapters that *forum internum* today includes rights which can be easily interfered with by a state, such as the right not to reveal one’s thoughts or adherence to a religion or belief illustrated in cases concerning the inclusion of data on religious affiliation in identity cards. Yet another example is a state inquiry into the reasons for adopting certain belief, or the requirement of advance notice or prior permission, that has surfaced in several cases in relation to the anti-conversion measures and has been characterised as a practice that may easily lead to an unlawful interference with the *forum internum*.⁵⁵ Secondly, the argument that the *forum externum* freedoms can never become necessary to derogate from – given that they are already subject to limitations – can be challenged by recalling that limitations and derogation are two distinct types of human

⁵⁵ Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Report and Addendum: Mission to India, 26 January 2009, A/HRC/10/8/Add.3, para. 49.

rights restrictions. While there are many similarities between the two, the obvious difference is that much more is needed to lawfully derogate from a right, since the officially proclaimed public emergencies do not take place every day.⁵⁶ At the same time, the more significant interferences with a right are more likely to be proven justified under derogations, provided that the formal requirements are met, than under limitation clauses.⁵⁷

Seen this way, the above developed line of reasoning which derives the non-derogable character of Article 18 from a factual impossibility, taken in a literal sense, to derogate from its provisions, cannot provide a consistent answer to the question of why Article 18 was included in the list of non-derogable rights. Nevertheless, if we abandon the literal reading of the “factual impossibility” argument, we can try to give it a new one through a somewhat more creative interpretation of the relevant HRC sentence. The HRC statement that some provisions of the Covenant, Article 18 being among them, are found in the list of non-derogable provisions “because it can never become necessary to derogate from these rights during a state of emergency” could be read as referring to the fact that there can be no imaginable and legitimate reasons to suspend the freedom to have or to adopt a religion or belief of one’s choice, or to be free from coercion which would impair this freedom.⁵⁸ In other words, a state could suspend application of the *forum internum* rights, but it would never be able to fulfil the substantive criteria, *i.e.*, meet the proportionality test laid down in Art. 4, para. 1, so to make of that suspension a lawful derogation.

If we embraced this view on the non-derogable nature of Article 18, we would arrive at the conclusion that the HRC statement that it can never become necessary to derogate from this right, in effect, points to its fundamental character. In theory, the fundamental character of Article 18 is often derived from its importance for preserving the dignity of a person. According to the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, the importance of the *forum internum* freedoms for the individual’s “inner

⁵⁶ For the view that derogations produce more serious consequences regarding the enjoyment of human rights than those arising from the limitation of rights, see V. Đurić, V. Marković, „Sloboda veroispovesti i mere za suzbijanje epidemije virusa KOVID 19 – novi pristup, domaća iskustva i uporedna rešenja”, u: *Pandemija kovida 19: pravni izazovi i odgovori* (ur. Vladimir Đurić, Mirjana Glintić), Institut za uporedno pravo, 2021, 41.

⁵⁷ This statement is based on the simple assumption that situations which require derogations are usually much more serious, such as war, pandemic or natural disasters, compared to those in which limitation clauses are invoked. It goes without saying that this is far from being a rule, thus the interest would be weighed on the case-by-case basis.

⁵⁸ Similar approach to the fundamental importance of the right as being an underlying reason for its non-derogability can be found in D. Đukić, “Vera, zdravlje, pravo: ograničenja slobode veroispovesti u uslovima pandemije”, *Harmonius* 2021, 85.

faculty of forming, holding or changing, *inter alia*, opinions, ideas, conscientious positions, religious and non-religious convictions” and, hence, developing and preserving “a stable sense of self-respect”, warrants an interpretation “in close analogy to the unconditional prohibition of slavery and the equally unconditional prohibition of torture”.⁵⁹ Similarly, Malcom D. Evans makes an analogy between the importance of freedom of thought, conscious and religion and the importance of the prohibition of torture for securing the basic well-being of an individual, as the reason why the two are granted “elevated status which ought not to be subject to restriction”. According to him, if vital aspects of physical well-being were protected by the unconditional prohibition of torture than “it is at least arguable that essential aspects of intellectual autonomy should be similarly protected”.⁶⁰ D. M. El-Rashed follows the same line of reasoning when she derives the absolute status of some rights from the fact that even in the most serious emergencies there are still rights that cannot be derogated “on the grounds that they are inherently too fundamental to ever be infringed upon” and, subsequently, there is “no justifiable State objective to be sought in their curtailment”.⁶¹ According to these views, the proposition that Article 18 is exempted from derogation because it can never become necessary to derogate from it eventually comes down to the fundamental importance of freedom of thought, conscious and religion as the explanation of its explicitly non-derogable character. The drafters of the Siracusa Principles, though in relation to some other ICCPR provisions, point to the same logic when they observe that “the denial of certain rights fundamental to human dignity can never be strictly necessary in any conceivable emergency”.⁶²

To go back to our main question, that is, whether the non-derogable status of a right could be taken as a proxy for its absolute character, it seems that our analysis provides arguments which support such an approach to the concept of absolute rights. It was shown that the non-derogable character of freedom of thought, conscience and religion could be considered as indication of its fundamental importance, which is a view that has its

⁵⁹ Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Report of 23 December 2015, A/HRC/31/18, para. 19. Here, the Special Rapporteur refers to both Article 18 (para. 2) and Article 19 (para. 1).

⁶⁰ M. Evans, *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge University Press, 1997, 317.

⁶¹ D. M. El-Rashed, “Derogation in Time of Emergency: An Analysis of Counter-Terrorism Measures in France and Their Impact on Human Rights”, *Florida Journal of International Law* 30(1), 2018, 14–15.

⁶² American Association for the International Commission of Jurists, *The Siracusa Principles*, para. 70.

supporters in both theory and practice. According to the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, the non-derogable character of Article 18 “underlines the importance of the freedom of thought, conscience and religion”.⁶³ Evans, goes a step further when he claims that due to the non-derogable character of Article 18, freedom of thought, conscience and religion should be considered an absolute right.⁶⁴ In effect, the assumption that non-derogable rights are exempted from derogations because of their fundamental importance brings us to the concept of absolute rights. They are seen as rights the importance of which overrides any possible benefit that their suspension might bring to a state facing a threat to its security or survival. As John H. Knox, expressed it, non-derogable rights are “like “trumps,” in Ronald Dworkin’s phrase, that outweigh other societal interests, no matter how pressing and important”.⁶⁵

That brings us to the conclusion, with which we are closing our inquiry, that if there were no exception to the rule that the explicit prohibition of derogation ensues from the fundamental interest a right protects, then the nexus between the non-derogability and the fundamental importance could remain among the key elements of the definition of absolute rights.⁶⁶

6. Conclusion

The goal of this paper was to provide further insights – by analysing different interpretations of the non-derogable character of Article 18 – on the relationship between non-derogability and absolute rights. After providing the basic terminological and conceptual clarifications and a brief overview of the main attempts to define absolute rights, we have analysed several statements of the Human Rights Committee which reflect its view of non-derogability and the concept of absolute rights. There we have observed that the HRC clearly links exemption from derogation with the absolute character of a right and is of the opinion that such a link, which

⁶³ Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Report: Civil and Political Rights, Including the Question of Religious Intolerance, of 9 January 2006, E/CN.4/2006/5, para. 42.

⁶⁴ M. Evans, 200, 221.

⁶⁵ J. H. Knox, “Horizontal Human Rights Law”, *The American Journal of International Law* 102/1, 2008, 13.

⁶⁶ That, however, does not answer a myriad of other questions, such as whether the catalogue of non-derogable rights should be confined only to those explicitly proclaimed as such, whether the scope of absolute protection should embrace the entire right or only some of its aspects, and many other similar issues which will hopefully become a subject of some future academic inquiries.

ensues from the fundamental nature of the interest a right protects, is not confined to peremptory norms of international law. For the HRC there is a causal relationship between non-derogability and the absolute nature of a right. However, the HRC also points to the existence of norms which are non-derogable because it can never become necessary to derogate from them during a state of emergency. To illustrate this, it refers to the non-derogable nature of freedom of thought, conscience and religion. In legal scholarship, it is sometimes also claimed that the exemption from derogation of Article 18 ensues from the fact that this right, more specifically, its *forum internum* aspect, is factually impossible to restrict.

The given claim turns the examination of the reasons for the explicit non-derogability of Article 18 into an interesting path for investigating the relationship between the prohibition of derogation and absolute rights. Namely, if not all non-derogable rights were non-derogable because of their fundamental character, that would mean that non-derogability does not always and necessarily imply the fundamental importance of a right. As such, the non-derogable status of a right could not be considered as firm indication of its absolute nature. In other words, the nexus between the fundamental importance of a certain norm and its non-derogable character would not figure anymore as the key element of the concept of absolute rights as it does in many of the existing attempts to define it.

In the paper, we first investigated the view that the *forum internum* realm of Article 18 is inviolable because, as certain authors claim, it is factually impossible to restrict it. We further developed the given view by extending it to the *forum externum* aspect of the freedom. Then we challenged it by providing arguments against such an understanding of the non-derogable character of Article 18. Eventually, we offered an alternative reading of the HRC statement that some provisions of the Covenant, Article 18 being among them, are exempted from derogation “because it can never become necessary to derogate from these rights during a state of emergency”. We showed that the contentious HRC statement could be interpreted as referring to the fact that there can be no imaginable and legitimate reasons to suspend the freedom to have or to adopt a religion or belief of one’s choice, or to be free from coercion which would impair this freedom. In other words, that it is possible for a state to suspend application of the *forum internum* rights in practice, but it would never be able to fulfil the substantive criteria, *i.e.*, meet the proportionality test laid down in Art. 4, para. 1, as to make of such a suspension a lawful derogation. If embraced, that interpretation of the non-derogable character of Article 18 eventually comes down to the fundamental importance of freedom of thought,

conscious and religion as the key explanation of its explicitly non-derogable character. This, in turn, provides one more argument for the view that the nexus between non-derogability and the fundamental significance of the interest a right protects should remain an important criterion for the identification of absolute rights.

Милица В. Матијевић

Научна сарадница Института за упоредно право

Ана М. Здравковић

Истраживачица сарадница Института за упоредно право

НЕКОЛИКО ЦРТИЦА О НЕДЕРОГАТИВНОМ КАРАКТЕРУ СЛОБОДЕ МИСЛИ, САВЕСТИ И ВЕРОИСПОВЕСТИ И КОНЦЕПТУ АПСОЛУТНИХ ЉУДСКИХ ПРАВА

Сажетак

Поједина људска права се називају апсолутним правима, јер се сматра да интереси које штите одражавају основне вредности људског друштва. За многе ауторе, изузетан значај ових права потврђен је немогућношћу њихове дерогације, што их одваја од других, дерогативних људских права. Међутим, постоје и ставови да недерогативност није нужно манифестација фундаменталне важности конкретног људског права, већ да проистиче из његових других карактеристика. Као пример обично се наводи право на слободу мисли, савести и вероисповести, гарантовано одредбом члана 18. Пакта о грађанским и политичким правима. У раду аутори анализирају могуће разлоге због којих ово право ужива недерогативни статус, а у циљу стицања детаљнијег увида у однос између недерогативности и концепта апсолутних права. Резултати анализе пружају аргументе у прилог тези да је недерогативност уско повезана са фундаменталним значајем права и да као таква треба да остане међу кључним критеријумима за дефинисање апсолутних права.

Кључне речи: апсолутна људска права, ограничења људских права, дерогација, фундаментални значај, слобода мисли, савести и вероисповести; члан 18. Пакта о грађанским и политичким правима, члан 4. Пакта о грађанским и политичким правима.

REFERENCES

Monograph, articles

- Alexander L., Moore M., “Deontological Ethics”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-deontological/> 30. 10. 2020.
- Åström K., “The Freedom of Religion in Relation to Other Human Rights” in: *Freedom of Religion – An Ambiguous Right in the Contemporary European Legal Order* (eds. Hedvig Bernitz, Victoria Enkvist), Hart Publishing, 2020, 75–98, <https://doi.org/10.5040/9781509935895.ch-006>
- Bielefeldt H., “Freedom of Religion or Belief – A Human Right under Pressure”, *Oxford Journal of Law and Religion* 1/2012, 15–35, <https://doi.org/10.1093/ojlr/rwr018>
- Borowski M., “Absolute Rights and Proportionality”, *German Yearbook of International Law* 56, 2013, 385–424.
- Boyle K., Shah S., “Thought, Expression, Association, and Assembly”, in: *International Human Rights Law* (eds. Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran), Oxford University Press, 2014, 217–238, <https://doi.org/10.1093/he/9780199654574.003.0014>
- De Shutter O., *International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2010.
- De Wet E., “The Constitutionalization of Public International Law”, in: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (eds. Michel Rosenfeld, András Sajó), Oxford University Press, 2012, 1209–1230.
- Đukić D., „Vera, zdravlje, pravo: ograničenja slobode veroispovesti u uslovima pandemije”, *Harmonius* 2021, 76–95.
- Đurić V., Marković V., „Sloboda veroispovesti i mere za suzbijanje epidemije virusa KOVID 19 – novi pristup, domaća iskustva i uporedna rešenja“, u: *Pandemija kovida 19: pravni izazovi i odgovori* (ur. Vladimir Đurić, Mirjana Glintić), Institut za uporedno pravo, 2021, 35–51.
- El-Rashed D. M., “Derogation in Time of Emergency: An Analysis of Counter-Terrorism Measures in France and Their Impact on Human Rights”, *Florida Journal of International Law* 30/2018, 1–26.
- Essink J. *et al.*, “The Indivisibility of Human Rights: An Empirical Analysis”, *Human Rights Law Review* 23/3, 2023, 1–18, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngad013>

- Evans M., *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge University Press, 1997, <https://doi.org/10.1017/CBO9780511599378>
- Garibaldi O. M., “General Limitations on Human Rights: The Principle of Legality”, *Harvard International Law Journal* 17/3, 1976, 503–558.
- Helfer L., “Rethinking Derogations from Human Rights Treaties”, *American Journal of International Law* 115/1, 2021, 20–40, <https://doi.org/10.1017/ajil.2020.92>
- Joseph S., Castan M., *The International Covenant on Civil and Political Rights – Cases, Materials and Political Rights*, Oxford University Press, 2013, <https://doi.org/10.1093/law/9780199641949.001.0001>
- Jovanović M., Krstić I., “Human Rights and the Constitutionalization of International Law”, in: *Human Rights in the 21st Century* (eds. Tibor Várady, Miodrag Jovanović), Eleven International Publishing, 2020, 25–43.
- Klein E., “On Limits and Restrictions of Human Rights: A Systematic Attempt”, in: *Strengthening Human Rights Protections in Geneva, Israel, the West Bank and Beyond* (eds. Joseph E. David *et al.*), Cambridge University Press, 10–39, <https://doi.org/10.1017/9781108973069.002>
- Knox J. H., “Horizontal Human Rights Law”, *The American Journal of International Law* 102/1, 2008, 1–47.
- Kunz J., “General International Law and the Law of International Organizations”, *American Journal of International Law* 47/3, 1953, 119–126.
- Matijević M. V., “Some Critical Reflections on the Broad Human Rights Constitutionalisation”, *Constitutio Lex Superioris: Sećanja na profesora Pavla Nikolića* (ur. Oliver Nikolić, Vladimir Čolović), Institut za uporedno pravo, 2021, 155–172.
- Mavronicola N., “Crime, Punishment and Article 3 ECHR: Puzzles and Prospects of Applying an Absolute Right in a Penal Context”, *Human Rights Law Review* 15/2012, 721–743, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngs020>
- Mavronicola N., “What is an ‘Absolute Right’? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review* 12/2012, 723–758.
- Mazzeschi R. P., Viviani A., “General Principles of International Law: From Rules to Values?”, in: *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law* (eds. R. Pisillo Mazzeschi, P. De Sena), 2018, Springer, 113–161, <https://doi.org/10.1007/978-3-319-90227-2>
- McGoldrick D., “The Interface Between Public Emergency Powers and International Law”, *International Journal of Constitutional Law* 2/2, 2004, 380–429, <https://doi.org/10.1093/icon/2.2.380>

- McNaughton D., “Deontological Ethics” in: *Concise Routledge Encyclopedia of Philosophy* (ed. Edward Craig), Routledge, 1999.
- Minkler L., Sweeney S., “On the Indivisibility and Interdependence of Basic Rights in Developing Countries”, *Human Rights Quarterly* 33/2, 2011, <https://doi.org/10.1353/hrq.2011.0017>
- Möller K., “The Right to Life Between Absolute and Proportional Protection”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 13/2010, 1–18, <https://doi.org/10.2139/ssrn.1620377>
- Möller K., *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2012, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199664603.001.0001>
- Nagel T., “War and Massacre”, in: *Consequentialism and its Critics* (ed. Samuel Scheffler), Oxford University Press, 1988, 51–73.
- Nikolić O., *Država, crkva i sloboda veroispovesti*, Institut za uporedno pravo, 2022, https://doi.org/10.56461/M186_22ON
- Paunović M., Krivokapić B., Krstić I., *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2014.
- Reljanović M., Ćorić V., Matijević M. V., *Međunarodni sud pravde i – organizacija, postupak, slučajeve*, Institut za uporedno pravo, 2007.
- Ross J. M., “Limitations on Human Rights in International Law: Their Relevance to the Canadian Charter of Rights and Freedoms”, *Human Rights Quarterly* 6/1984, 180–223, <https://doi.org/10.2307/762242>
- Sheinin M., “Core Rights and Obligations”, in: *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (ed. Dinah Shelton), Oxford University Press, 2013, 527–540, <https://doi.org/10.1093/law/9780199640133.003.0023>
- Taylor P. M., *Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, 2005.
- Tunkin G., “Is General International Law Customary Law Only?”, *European Journal of International Law*, 1993, 534–541, <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.ejil.a035843>
- Whelan D., *Indivisible Human Rights: A History*, University of Pennsylvania Press, 2010, <https://doi.org/10.9783/9780812205404>
- Wouters C. K., “International Refugee and Human Rights Law: Partners in Ensuring International Protection and Asylum”, in: *Routledge Handbook of International Human Rights Law* (eds. Scott Sheeran, Sir Nigel Rodley), Routledge, 2013, 231–245, <https://doi.org/10.4324/9780203481417-17>
- Yutaka A. T., “Proportionality”, in: *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (ed. Dinah Shelton), 2013; Oxford University Publishing, 446–468, <https://doi.org/10.1093/law/9780199640133.003.0020>

- Zdravković A. M., “Finding the Core of International Law – *Jus Cogens* in the Work of the International Law Commission”, *South Eastern Europe and the European Union – Legal Issues* 5/2019, 141–158, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3776309>
- Zdravković A. M., “The Affair of “State of Emergency” – Was 70 Years of European Convention on Human Rights Enough to Prepare Member States for COVID–19 Crisis?”, *Iustunianus Primus Law Review*, 2020, 1–12, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3938255>
- Zdravković A. M., „Pravo na život sagledano kroz prizmu apsolutnih ljudskih prava”, *Pravni život* 12/2019, 337–355.

Other Sources

- American Association for the International Commission of Jurists, *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 28 September 1984, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4.
- Council of Europe, “Some definitions”, <https://www.coe.int/en/web/echr-toolkit/definitions>, 10. 6. 2023
- Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5.
- Shelton D., Roberts Harris P., Report “Are There Differentiations Among Human Rights? *Jus Cogens*, Core Human Rights, Obligations *Erga Omnes* and Non–derogability”, UniDem Seminar “The Status of International Treaties on Human Rights” (Coimbra (Portugal), 7–8 October 2005), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-UD\(2005\)020rep-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-UD(2005)020rep-e), 23. 7. 2023.
- European Court of Human Rights, *Alexandridis v. Greece*, App. No. 19516/06, Judgment of 21 February 2008.
- European Court of Human Rights, *Chahal v. the United Kingdom*, App. No. 22414/93, Judgment of 15 November 1996.
- European Court of Human Rights, *Gäfgen v. Germany*, App. No. 22978/05, Judgment of 1 June 2010.
- European Court of Human Rights, *Sinan Isik v. Turkey*, App. No. 21924/05, Judgment of 2 February 2010.
- European Court of Human Rights, *Soering v. the United Kingdom*, App. No. 14038/88, Judgment of 7 July 1989.

- Human Rights Committee Special Rapporteur, Report on the Implementation of the Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, 6 January 1993, E/CN.4/1993/62.
- Human Rights Committee Special Rapporteur, Report on the Implementation of the Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, 7 November 1996, A/51/542/Add.1.
- Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 22 on Article 18: Right to freedom of thought, conscience and religion*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 30 July 1993.
- Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 August 2001.
- Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 34 on Article 19: Freedoms of opinion and expression*, CCPR/C/GC/34, 12 September 2011.
- Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 36 on Article 6: Right to life*, CCPR/C/GC/36, 3 September 2019.
- Human Rights Committee, Report of 7 October 1993, A/48/40 (Part I).
- Human Rights Committee, *Yong–Joo Kang v. Republic of Korea*, adopted on 16 July 2003, CCPR/C/78/D/878/1999.
- International Court of Justice, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment, ICJ Reports 1970.
- International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 2000.
- International Law Commission, Second report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur, 16 March 2017, A/CN.4/706.
- Organization of African Unity, *African Charter on Human and Peoples' Rights ("Banjul Charter")*, 27 June 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58.
- Organization of American States, *American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose"*, Costa Rica, 22 November 1969.
- Special Rapporteur of the Sub–Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/200/Rev.1, UN Sales No. 60. XIV.2.

- Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Interim Report: Elimination of all forms of religious intolerance, 2 August 2016, A/71/269
- Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Report of 23 December 2015, A/HRC/31/18, para. 19.
- Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Report on freedom of thought, 5 October 2021, A/76/380.
- Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Report on Freedom of Religion and Belief, Annex II: 18 commitments on “Faith for Rights”, of 5 March 2019, A/HRC/40/58.
- Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Report, Addendum: Mission to India, 26 January 2009, A/HRC/10/8/Add.3.
- Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Report: Civil and Political Rights, Including the Question of Religious Intolerance, of 9 January 2006, E/CN.4/2006/5.
- UN Committee against Torture, Report of the Committee against Torture on its Forty-third session (2–20 November 2000) and on its Forty-fourth session (26 April–14 May 2010), Suppl. No. 44, A/65/44.
- UN General Assembly, *Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief*, 25 November 1981, A/RES/36/55.
- UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, 171.
- UN General Assembly, Report of the International Law Commission on its Seventy-first session (29 April–7 June and 8 July–9 August 2019), A/74/10.
- UN General Assembly, *Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, Aiming at the Abolition of the Death Penalty*, 15 December 1989, A/RES/44/128.
- United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, 331.

THE FREEDOM OF RELIGIOUS EXPRESSION AND JUDICIAL PRACTICE OF SUPRANATIONAL COURTS IN EUROPE

Summary

The authors started from the standpoint which is mostly undisputed in the literature that religion is of vital importance for any democratic society. Religious pluralism, harmony and tolerance among members of different religions is an irreplaceable element of peace and stability in a society. However, even though the ECtHR and the CJEU have emphasized such positions in their decisions regarding the exercise of religious freedom, they do not seem to contribute to the proclaimed aims. The authors examined the judgments of the two courts concerning the wearing of the Islamic headscarf, as well as other cases that may indicate the pattern of thoughts. The authors concluded that the decisions of the courts in Strasbourg and Luxembourg did not contribute to religious harmony and tolerance, but rather caused unrest among members of the Muslim faith and disrupted an appropriate balance of individual freedom and general social interests which will have to be reconsidered in the future.

Keywords: Islamic headscarf, muslims in Europe, religious harmony, religious tolerance.

1. Introduction

Freedom of belief is derived from the basic right of freedom of thought and conscience. Consequently, the basic principle is that religion is the private matter of each individual, and the state should be neutral in this respect. Nevertheless, religion is also a psychological human need. It is his integral part and because of that it inevitably becomes a question of collectivity, influencing politics to a lesser or greater extent. All societies

* Teaching Assistant, University of Novi Sad Faculty of Law, Novi Sad, ijovanov@pf.uns.ac.rs

** Trainee of the XII Generation of the Initial Training of the Judicial Academy in Belgrade, Belgrade, jovanov.sara@hotmail.com

live in symbiosis with religion.¹ Religion is one of the most important social and cultural phenomena, and its manifestation is comparable to the manifestation of the mother tongue. It is a part of the public sphere, one of the most important elements of national identity and inevitably comes into contact with the state and its legal order. Respect for religious rights and freedoms imposes the constant engagement of the state, not with the aim of creating a relationship of subordination, but cooperation in matters of common interest.² Given that there is a large increase in the number of members of the Islamic religion in Europe, it is logical that some European nations feel uneasy. Nonetheless, the question arises whether by limiting the expression of religion, culture and other elements of people's identity one can strengthen one's own identity, or does it have to be done in a different way. Religious tradition is an irreplaceable factor in preserving peace, but in order to perform its function, it must have the conditions to express itself freely.³

Freedom of religion belongs to the so-called absolute rights. This means that man has complete freedom to believe whatever he wants (*forum internum*), while certain restrictions can only be imposed on its external expression (*forum externum*). Nevertheless, even though it is about the human spiritual sphere, one cannot imagine belonging to a certain religion without the possibility of confessing it, that is, practicing it in communication with other people.⁴

Freedom of religion includes numerous elements.⁵ The freedom of religious expression, the freedom to improve religious culture and the right of parents to provide their children with religious education in accordance with their beliefs are particularly interesting for the purpose of this paperwork. We notice a growing problem with the expression of the Islamic religion in Europe. Therefore, at the beginning of the Islamic holiday of Eid al-Adha recently the Koran was burned in Sweden which was condemned

¹ N. Đurđević, *Ostvarivanje slobode veroispovesti i pravni položaj crkava i verskih zajednica u Republici Srbiji*, Službeni glasnik, Beograd 2009, 44, 57; N. Milićević, „Sloboda vjere i vjeroispovedanja”, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 2004, 252–255.

² D. Đukić, „Zakon o crkvama i verskim zajednicama i uloga policije u zaštiti slobode veroispovesti”, *Nauka, bezbednost, policija* 3/2012, 124.

³ M. Radulović, *Obnova srpskog državno-crkvenog prava*, Fondacija Konrad Adenauer, Hrišćanski kulturni centar dr Radovan Bigović, Beograd 2014, 189; V. Đurić, „Sloboda veroispovesti i pravni subjektivitet crkava i verskih zajednica u Evropskim zemljama”, *Strani pravni život* 1/2012, 25.

⁴ H. Šarkinović, „Sloboda vjeroispovesti u praksi Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Crne Gore”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 2/2020, 536.

⁵ V. Đurić, *Sloboda veroispovesti u jurisprudenciji evropskih ustavnih sudova*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2012, 16–17.

by representatives of numerous countries including Pope Francis. In addition, for women, a great difficulty appears in respect to wearing the Islamic headscarf. The judgments of the two most important courts in Europe that dealt with topics of religious expression, the European Court of Human Rights in Strasbourg (ECtHR) and the Court of Justice of the European Union in Luxembourg (CJEU), undoubtedly contributed to this, which caused rather negative emotions among the Muslims in Europe.

2. The hypocrisy of the ECtHR's decisions

The purpose of freedom of religious expression is to protect the proceedings that are connected to the standpoints, for example dressing in a certain way, and represents the perception of devotees that these activities are previously prescribed or required.⁶ It is guaranteed by Articles 9 and 10 of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, ECHR)*⁷, Article 18 of the *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*⁸ and other documents of the UN, the Council of Europe, the Organization for European Security and Cooperation, the practice of the UN Human Rights Committee and the judicial practice of the ECtHR and the CJEU. A very important document is *General Comment No. 22* regarding the Article 18 of ICCPR. It more closely clarifies the content of freedom of religious expression, which can be exercised through a wide variety of acts, including the use of ritual objects, the display of symbols, special diet and “wearing of instinctive clothing or headcoverings”.⁹ Simultaneously, ICCPR establishes certain limitations. Article 18(3) permits restrictions on religious expression only if limitations are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health or morals, or the fundamental rights and freedoms of others. The Human Rights Committee observes that Article 18(3) is to be strictly interpreted and limitations may be applied only for those purposes for which they were prescribed and must be directly related and proportionate to the specific need on which they are predicated. Consequently,

⁶ On the religious clothing in public spaces see M. D. Evans, “From Cartoons to Crucifixes: Current Controversies concerning the Freedom of Religion and the Freedom of Expression before the European Court of Human Rights”, *Journal of Law and Religion* 1/2010, 364–368.

⁷ https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf, 14. 6. 2023.

⁸ <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>, 14. 6. 2023.

⁹ *General comment No. 22* adopted by the Human Rights Committee on 20 July 1993 https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2F20%2F21%2FRev.1%2FAdd.4&Lang=en, 20. 6. 2023.

limitations on the freedom to manifest a religion or belief for the purpose of protecting morals must be based on principles not deriving exclusively from a single tradition.¹⁰ Finally, parents have liberty to ensure that their children receive a religious and moral education in conformity with their own convictions, and public education that includes instruction in a particular religion or belief is inconsistent with article 18 unless the provision is made for non-discriminatory exemptions or alternatives that would accommodate the wishes of parents. So, for the purpose of this paperwork, it should already be noted that “the wishes of the parents” are recognized by the UN Covenant as a legitimate aim regarding the religious education, which includes the freedom for children not to study any religion if that is the decision of their parents.

The judicial practice of the ECtHR is at a glance varied and contradictory. The first real case concerning religious expression to have come before the Court since it was established and consequently the landmark case regarding freedom of religion, according to Judge Pettit, is the case *Kokkinakis v. Greece*. It was the case of proselytism by the member of Jehovah’s Witnesses and the ECtHR voted 6–3 that the Greek government violated ECHR. “Freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a democratic society. It is one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it. According to Article 9 of ECHR, freedom to manifest one’s religion includes in principle the right to try to convince one’s neighbour, for example through ‘teaching’, failing which, moreover, ‘freedom to change one’s religion or belief’, enshrined in Article 9, would be likely to remain a dead letter.”¹¹ Contrary, in the case *Otto-Preminger-Institut v. Austria* regarding the prohibition on displaying a film provocatively depicting objects of religious worship, the ECtHR considered that it “cannot disregard the fact that the Roman Catholic religion is the religion of the overwhelming majority of Tyroleans. In seizing the film, the Austrian authorities acted to ensure religious peace in that region and to prevent that some people should feel the object of attacks on their religious beliefs in an unwarranted and offensive manner. It is in the first place for the national authorities, who are better placed than the international judge, to assess the need for such a measure in the light of the situation obtaining locally at a

¹⁰ On the difference between limitation and derogation of freedom of religion in the state of emergency see D. Avramović, “Exercising Religious Freedom in Pandemic Era During the State of Emergency – a Legal Perspective”, *Astra Salvensis*, VIII, 16/2020, 229–242.

¹¹ *Kokkinakis v. Greece*, ECtHR, Strasbourg, 25 May 1993.

given time.”¹² Furthermore, in the case *Murphy v. Ireland*, the display of a religious TV commercial, the ECtHR stated that it was the relevant fact that religion had been a divisive issue in Northern Ireland. “Irish people with religious beliefs tended to belong to a particular church so that religious advertising from a different church might be considered offensive and open to the interpretation of proselytism. The Court observes that it is not to be excluded that an expression, which is not on its face offensive, could have an offensive impact in certain circumstances. The main factor which the Government considered justified the impugned prohibition was the particular religious sensitivities in Irish society which, they submitted, were such that the broadcasting of any religious advertising could be considered offensive.”¹³

It is worth noting that the recent jurisprudence of the ECtHR is much more restrictive regarding the possibility of limiting religious expression from the point of view of endangering the religious feelings of others.¹⁴ “Although the Court recognises that it is possible that tension is created in situations where a religious or any other community becomes divided, it considers that this is one of the unavoidable consequences of pluralism. The role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other.”¹⁵ This actually demonstrates that the case-law of the ECtHR was, in fact, not contradictory and Judge Pettit’s opinion that the *Kokkinakis* case was a landmark was correct. The proselytism was allowed when one person had been involved but not when a large number of people were to be affected. The emphasis on pluralism in the reasoning and the ECtHR’s decisions seem to be at odds. Simply, the exception that concerns morality with relation to the freedoms and rights of others is an extremely stretchable category and has the fate of all other similar concepts. There is no question of freedom of expression, but of preventing major unrest in

¹² *Otto–Preminger–Institut v. Austria*, ECtHR, Strasbourg, 20 September 1994.

¹³ *Murphy v. Ireland*, ECtHR, Strasbourg, 10 July 2003 For a comment on some of these cases see J. Murdoch, *Zaštita prava na slobodu misli, savesti i veroispovesti u okviru Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Priručnici Saveta Evrope za ljudska prava, Strazbur 2013, 70–73.

¹⁴ See the most lately Annual Reports of the UN High Commissioner for Human Rights compiling existing legislations and jurisprudence concerning defamation of and contempt for religions.

¹⁵ *Serif v. Greece*, ECtHR, Strasbourg, 14 December 1999 „The Court has frequently emphasised the State’s role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society.” *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, ECtHR, Strasbourg, 13 February 2003

specific cases through decisions that are legally supported but socially and morally problematic.

In addition, we have the judgment delivered in the case of *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*.¹⁶ The applicant association asked for the official approval it needed in order to be able to perform ritual slaughter in accordance with the very strict religious prescriptions of its members, for whom meat is not kosher unless it is “glatt”. It cannot be proper if an examination of the animals’ lungs reveals the slightest blemish. The application was refused on the ground that the applicant could not be considered a “religious body” within the meaning of the national provisions, which permits the exemption from the obligation to stun animals before they are slaughtered only in the case of ritual slaughter carried out by ritual slaughterers authorised by an approved religious body. The applicant association complained that it was the victim of discrimination because the approval it sought was granted only to the Paris Central Consistory, the association which represented the vast majority of Jews in France. According to the ECtHR’s opinion, there was no interference with the freedom to manifest one’s religion because the applicant association could easily obtain supplies of specially prepared meat in Belgium. Regardless of the decision, for the purpose of this paperwork it is more interesting to note that ritual slaughter of animals is permitted by the national provisions for the purpose of religious expression. It seems that one could safely assume that the majority of the population in the countries of the “developed West”, where there are numerous associations for the animals’ rights protection, are against ritual slaughter as something retrograde, and that their feelings could be offended in this way. However, such rituals are performed invisibly. According to majority of population, they are very rare since the number of devotees of such a religion is very small, and therefore they are not discussed. In contrast, displaying a film or wearing an Islamic headscarf is extremely public and the number of Muslims in Europe is constantly increasing.

Probably the most important ECtHR’s case regarding the wearing of hijab is *Dahlab v. Switzerland*. The appellant, a Swiss national woman, a teacher in a public school in Geneva, who after being married abandoned the Catholic religion and converted to Islam, started wearing an Islamic headscarf. The Director General of Primary Education of the Geneva Canton stated that the wearing of hijab is an obvious means of identification imposed by a teacher on her pupils and instructed her to stop wearing it in the performance of her professional duties. The appellant brought an action to the national court and eventually the Federal Court upheld the

¹⁶ *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*, ECtHR, Strasbourg, 27 June 2000.

Geneva cantonal government's decision with a series of almost unbelievable thoughts. Firstly, the appellant argued that the impugned order did not have a sufficient basis in law. The Court found that civil servants are bound by a special relationship of subordination to the public authorities. "Where interference with freedom of conscience and belief results from a rule of conduct that is very specific or would be regarded by the average citizen as being of minor importance (in this case, prohibiting a teacher from wearing a headscarf at school), the requisite basis in law cannot be too precise. In particular, the legal basis for restrictions on such freedoms does not have to be especially precise. It is, therefore, sufficient for the law to give a general indication, by means of indeterminate legal concepts, of the values which must be adhered to".¹⁷ ECtHR simply held that Cantonal provisions were sufficiently precise. Secondly, the appellant observed that the fact that she wore an Islamic headscarf had gone unnoticed for four years and did not appear to have caused any obvious disturbance within the school. Furthermore, the fact that no complaints had been made by pupils or parents constituted sufficient proof that the religious beliefs of others had been respected. The ECtHR accepts that it is very difficult to assess the impact that wearing a headscarf may have on the freedom of conscience and religion of very young children. Nevertheless, the Federal Court stated as follows: "Admittedly, there have been no complaints from parents or pupils to date. But that does not mean that none of them has been affected. Some may well have decided not to take any direct action so as not to aggravate the situation, in the hope that the education authorities will react of their own motion."¹⁸ Thirdly, the ECtHR considered that the impugned decision is fully in accordance to establishment of religious harmony and tolerance between members of different religion and the appellant's attitude is likely to provoke reactions, or even conflict. Of course, the Court did not miss the opportunity to refer to the *Kokkinakis* and *Otto-Preminger-Institut* cases to emphasize the value of religious pluralism for democracy. However, the Court considers that Member States have a certain margin of appreciation in assessing the existence and extent of the need for interference and that the measure was justified for the purposes of the protection of the rights and freedoms of others, as well as public safety and public order. The Geneva authorities did not exceed their margin of appreciation and the measure they took was not unreasonable.¹⁹ Admittedly, the Muslim woman is not accused

¹⁷ *Dahlab v. Switzerland*, ECtHR, Strasbourg, 15 February 2001.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ There are some thoughts that margin of appreciation before national as well as international courts can be avoided by using artificial intelligence. See D. Avramović, I.

of proselytising or even of talking to her pupils about her beliefs. Her teaching, which was secular in nature, had never given rise to the slightest problem or to any complaints from pupils or their parents. She is accused of disruption of religious harmony and tolerance by wearing a “powerful religious symbol – that is to say, a sign that is immediately visible to others and provides a clear indication that the person belongs to a particular religion.” Thus, wearing a religious clothing must be forbidden, when in contact with children, in order to protect religious harmony and tolerance.

Therefore, one cannot escape the thinking that the decisions of the CJEU, which will be discussed further, have been made in the same spirit and should at least be regarded equally problematic.²⁰

3. Reference for a Preliminary Ruling in Joined Cases C–804/18 and C–341/19

In the case C–804/18²¹, WABE, a company that runs a large number of child day care centres in Germany, in March 2018, adopted the *Instructions on observing the requirement of neutrality* which forbids employees to wear any signs of their political, philosophical or religious beliefs that are visible to parents, children and third parties in the workplace. The applicant, a Muslim woman, brought an action before the Labour Court in Hamburg, Germany, seeking the order whereby WABE would remove from her personal file the warnings concerning the wearing of the Islamic headscarf. In support of her action, she submitted that despite the general character of the mentioned rule it directly targeted the wearing of the hijab and therefore constituted direct discrimination. Furthermore, she emphasized that the Federal Constitutional Court in Germany had held that a prohibition on wearing the Islamic headscarf at work constituted a serious interference with the freedom of religion and belief and in order to be permissible had to relate to an established and specific risk. According to WABE, it is apparent from the CJEU case-law that a private employer is authorised to implement a policy of neutrality if it is pursued consistently and systematically. WABE also argued that, since the German *General Law on Equal Treatment* is

Jovanov, „Sudijska (ne)pristrasnost i veštačka inteligencija”, *Strani pravni život* 2/2023, 161–177.

²⁰ It appears that one could endlessly quote ECtHR judgments regarding the violation of freedom of religious expression when it comes to minority religious groups, but only if that exercise is somehow invisible. For example, in the case *Vartic v. Romania*, ECtHR decided that the prisoner’s right to exercise his Buddhist religion was violated because he was not provided with adequate food while serving a 25-year sentence in Romanian prison. See *Vartic v. Romania*, ECtHR, Strasbourg, 17 December 2013.

²¹ *IX v. WABE ev*, (C–804/18, EU:C:2021:594)

intended to transpose EU law, the national courts cannot give a different weighting to religious freedom, such as that adopted by the Federal Constitutional Court, without contravening the primacy of EU law and the principle of interpretation in accordance with EU law.

In those circumstances, the Labour Court in Hamburg decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the CJEU for a preliminary ruling:

(1) Does a unilateral instruction from the employer constitute direct discrimination within the meaning of Article 2(1) and 2(2)(a) of *Directive 2000/78/EC* (“Directive”)?

(2) Does a unilateral instruction from the employer constitute indirect discrimination within the meaning of Article 2(1) and Article 2(2)(b) of *Directive*, in particular, for a prohibition on religious clothing? Is abstract capacity to endanger the neutrality of the employer enough or a specifically threatened economic disadvantage for the employer or an affected third party is required?

Basically, the problem is that the national standards for protection of religious freedoms are higher than those of CJEU and the referring court would like a clarification on that matter.

In the case C341/19²², MH Müller Handel GmbH (“MH”) decided to conduct a policy of neutrality and instruct its employee, a Muslim saleswoman, to attend her workplace without conspicuous, large-sized signs of any political, philosophical or religious beliefs. She brought an action before the national courts seeking a declaration that instruction was invalid. In support of her action, she claimed that the policy of neutrality, sought by MH, does not enjoy unconditional priority over the freedom of religion and must be subject to a proportionality test. Her action before those courts was upheld and MH subsequently brought an appeal before the Federal Labour Court in Germany. It argued that it is apparent from the CJEU previous judgments that it is not necessary to establish specific economic harm to apply validly in order for a prohibition on manifesting beliefs. Thus, the CJEU attributed greater weight to the freedom to conduct a business than to freedom of religion and a different outcome cannot be derived by national law.

The national court considers that MH’s internal directive constitutes unequal treatment indirectly based on religion. However, in order to determine whether that unequal treatment constitutes unlawful indirect discrimination, it is also necessary to answer the question whether only a complete prohibition covering any visible form of expression of political, philosophical or religious beliefs is capable of achieving the aim pursued by a policy

²² *MH Müller Handel GmbH v. MJ*, (C-341/19, EU:C:2021:594).

of neutrality or whether a prohibition, limited to conspicuous, large-sized signs, is sufficient for that purpose. The Federal Labour Court in Germany also wishes to know if Article 2(2)(b) of *Directive* is to be interpreted that national rules of constitutional status, which protect freedom of religion, may be taken into account as more favourable provisions within the meaning of Article 8(1) of *Directive* in the examination of whether established indirect unequal treatment on grounds of religion is justifiable.

4. Legal Context

Directive 2000/78/EC of 27 November 2000²³ establishes a general framework for equal treatment in employment and occupation on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation. “Equal treatment” means that a person cannot be treated less favourably than another in a comparable situation (direct discrimination) and an apparently neutral provision cannot put persons, having a particular religion or belief, at a particular disadvantage compared with other persons (indirect discrimination) unless that provision is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary. Furthermore, Member States may introduce or maintain provisions, which are more favourable to the protection of the principle of equal treatment than those laid down in the Directive.

Basic Law for the Federal Republic of Germany of 23 May 1949²⁴ states that freedom to profess a religious creed and undisturbed practice of religion shall be guaranteed and inviolable. Child care and upbringing is parents’ natural right and they shall have the right to decide whether children shall receive religious instruction.

General Law on Equal Treatment of 14 August 2006²⁵ is intended to transpose *Directive* into German law. This is why there is no difference in defining terms of direct and indirect discrimination. On the contrary, regarding the exception when indirect discrimination is allowed, there is a small but very important change. German *Law on Equal Treatment* develops the provision of the Directive by adding that a difference in treatment shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of the particular occupational activities or of the context in which they are carried out, such grounds constitute a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate.²⁶

²³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000L0078>, 29. 6. 2023.

²⁴ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html, 29. 6. 2023.

²⁵ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_agg/englisch_agg.html, 29. 6. 2023.

²⁶ On the diversified and complex German State–Church relationship and Europeanization of German law on religion see L. Bloß, “European Law of Religion – Organizational

5. The Opinion of the Advocate General Athanasios Rantos and the Judgment

In the case *Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. G4S Secure Solutions*, the CJEU was expressly asked about the existence of direct discrimination within the meaning of Article 2(2)(a) of *Directive*. In that regard, the Court held that the internal rule at the issue referred to the wearing of *visible* signs of political, philosophical or religious beliefs, and that the rule required from all workers, in a general and undifferentiated way, to dress neutrally. On that basis, the Court concluded that such a rule did not introduce a difference of treatment that is *directly* based on religion or belief.²⁷ In the present cases, the Court just makes a remark that it has already decided on that matter. It follows from that case-law that direct discrimination is to be taken to occur where a worker is treated less favourably according to whether he belongs to one religion rather than to another. An internal rule covering any expression of employees' political, philosophical or religious beliefs, in a general and undifferentiated way, is not a measure directed specifically against female employees of Muslim faith, who would like to wear an Islamic headscarf, although the Court perceives that such a rule in practice concerns certain religions more than others and affects women more than men.

That being said, the notion of indirect discrimination requires much more attention. In the case *G4S Secure Solutions*, the CJEU states that the internal rule prohibiting the visible wearing of any political, philosophical or religious sign in the workplace may constitute indirect discrimination within the meaning of the Article 2(2)(b) of *Directive* if it is established that the apparently neutral obligations, in fact, put persons, adhering to a particular religion or belief, at a disadvantage, unless it is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary.²⁸ Unlike the judgment in the case *Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v. Micropole*

and Institutional Analysis of National Systems and their Implications for the Future European Integration Process”, *Jean Monnet Working Paper* 13/03, 39–52; H. M. Heinig, “Law on Churches and Religion in the European Legal Area – Through German Glasses”, *German Law Journal* 6/2007, 563–576.

²⁷ *Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. G4S Secure Solutions* (C-157/15, EU:C:2017:203), para. 29–32; In the case *Cresco Investigation GmbH v. Markus Achatzi* (C-193/17, EU:C:2019:43) the CJEU adopted the same approach.

²⁸ *G4S Secure Solutions*, para. 34–35.

Univers SA,²⁹ the prohibition on wearing the Islamic headscarf is not in response to a request from a customer, but is rather part of a policy of general and undifferentiated neutrality pursued by the undertaking. Therefore, in the present cases, Advocate General Athanasios Rantos proposed that Article 2(2)(b) of *Directive* is to be interpreted in the sense that a difference of treatment indirectly based on religion or belief can be justified by the employer's intention to pursue a policy of political, philosophical and religious neutrality in the workplace in order to take account of the wishes of its customers.³⁰ In that regard, the CJEU refers once more to the judgment in the case *G4S Secure Solutions*. An employer's wish to project an image of neutrality towards customers relates to the freedom to conduct a business that is recognised in Article 16 of the *Charter of Fundamental Rights of the European Union* ("Charter") and is, in principle, legitimate.³¹ Nevertheless, the mere desire is not sufficient. To justify objectively the difference of treatment indirectly based on religion or belief, there must be a genuine need on the part of that employer. In those circumstances, account may be taken of the rights and legitimate wishes of customers. That is the case of parents' right to ensure the education and teaching of their children in accordance with their religious, philosophical and teaching beliefs, recognised in Article 14 of the *Charter* as well as their wish to have their children supervised by persons, who do not manifest their religion or belief when in contact with children. Secondly, the difference of treatment must be appropriate for the purpose of ensuring that the employer's policy of neutrality is properly applied, which entails that policy is pursued in a consistent and systematic manner. Thirdly, the prohibition in question must be limited to what is strictly necessary.³²

So far, in the present cases, the CJEU has simply referred to the cases that have already been ruled on and it does not bring us anything new. Thus, the second part of the raised questions is more interesting. In particular, whether Article 2(2)(b) of *Directive* is to be interpreted in the sense that the national constitutional provisions protecting the freedom of religion may be taken into account as more favourable provisions within the meaning of Article 8(1) of that directive in the examination of whether indirect unequal treatment on the grounds of religion or beliefs is justifiable. The German *General Law on Equal Treatment* requires only genuine and

²⁹ *Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v. Micropole Univers SA* (C-188/15, EU:C:2017:204).

³⁰ Opinion of Advocate General Athanasios Rantos delivered on 25 February 2021 in Joined Cases *WABE* and *MH Müller Handel*, para. 67–68.

³¹ *G4S Secure Solutions*, para. 37–38.

³² *WABE* and *MH Müller Handel*, para. 60–65.

determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate. However, Federal Constitutional Court in Germany has held that a prohibition on wearing the Islamic headscarf at work constituted a serious interference with the freedom of belief and faith and, in order to be permissible, had to relate to an established and specific risk.³³ Rantos notes that the CJEU has already interpreted Article 8(1) of *Directive* in the context of compliance with procedural rules and Advocate General states that national provisions on the freedom of religion do not come within the scope of mentioned article. According to Rantos, there is no barrier to applying national constitutional provisions that protect the freedom of religion when examining an undertaking's policy of neutrality, but those provisions are not permissible when examining the cases of discrimination because they are not in regard to the Article 21 of the *Charter* and within the scope of directive in matter.³⁴

This standpoint seems to ignore the context in which norms are created and interpreted. The CJEU notes that the wearing of signs or clothing to manifest religion or belief *is* covered by the freedom of thought, conscience and religion protected by Article 10 of the *Charter*. The Court also recognises that the right to freedom of conscience and religion forms an integral part of the relevant context in interpreting *Directive*, thereby accepting that the judicial practice regarding above mentioned article is also relevant for the context of the interpretation of the *Directive*.³⁵ Finally, "as regards the provisions of national law at issue in the main proceedings it is for the employer

³³ "A statutory prohibition on expressing religious beliefs by outer appearance in an interdenominational comprehensive state school based on the mere abstract potential to endanger the peace at school or the neutrality of the state is disproportionate. An adequate balance between the constitutional interests at issue can only be struck via a restrictive interpretation of the prohibitive provision, i.e. that there must be at least a sufficiently specific risk or danger to the protected interests. Should there be the case in certain schools or school districts in a substantial number of cases due to considerable situations of conflict in specific areas with respect to correct religious conduct, there might be a constitutionally recognised need to generally prohibit expressions of religious beliefs by outer appearance for certain schools or school districts for a certain time, and not only in a specific individual case." *BVerfG, Order of the First Senate of 27 January 2015 – 1 BvR 471/10* https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/01/rs20150127_1bvr047110en.html, 7. 7. 2023. It should be noted that this is a very important judgment in the German judiciary because it essentially points out that the general prohibition on the expression of religious signs is unconstitutional, as well as the ban that concerns only specific individual cases.

³⁴ Opinion of Advocate General Athanasios Rantos, para. 85–100.

³⁵ On the importance of the context and purpose of the law for legal interpretation see I. Jovanov, „Tumačenje prava i svrha”, u: *Izazovi i perspektive razvoja pravnih sistema u XXI vijeku*, Banja Luka 2022, 159–167.

to demonstrate that there was a sufficiently specific risk such as the risk of specific disturbances within the undertaking or the specific risk of a loss of income. Therefore it must be held that such a requirement forms part of the context set out in Article 2(2)(b)(i) of Directive 2000/78 as regards the justification of a difference of treatment indirectly based on religion or beliefs.”³⁶

This sort of thinking demonstrates that *Directive* establishes a general framework for equal treatment in employment and occupation, which leaves a margin of discretion to the Member States. The EU legislature did not itself effect the necessary reconciliation between the freedom of thought, conscience and religion and the legitimate aims that may be invoked in order to justify unequal treatment, but left it to the Member States and their courts to achieve that reconciliation. The margin of discretion must, however, go hand in hand with supervision by the EU judicature. When examining whether the restriction is appropriate, within the meaning of Article 2(2)(b)(i) of *Directive*, the assessment must be carried out in accordance with the need to reconcile those various rights and principles at issue, striking a fair balance between them.³⁷

Regarding the principle of proportionality, there is another issue with different opinions: the size of the sign of religion. Advocate General Rantos considers it important to refer to the case-law of the ECtHR. In the case *Eweida and Others v. the United Kingdom*, ECtHR took a stand that Ms Eweida’s cross was “discreet and could not have detracted from her professional appearance”, so there was a violation of ECHR on the freedom of thought, conscience and religion.³⁸ In the light of that judgment, Rantos has taken the view that a policy of political, philosophical or religious neutrality is not incompatible with the wearing of signs that are small in scale, which are not noticeable at first glance, although the debate does then admittedly shift to the concept of “visible and small-scale signs”.³⁹ Previously, in her Opinion in *G4S Secure Solutions*, Advocate General Juliane Kokott has taken the view that the decisive criterion when it comes to the use of religious symbols as part of an individual’s dress is how visible and conspicuous the elements in question are in relation to the overall appearance of the employee. In case of doubt, a small and discreetly worn religious symbol is more likely to be permitted than a noticeable head covering such as a hat, turban or headscarf.⁴⁰

³⁶ *WABE and MH Müller Handel*, para. 85.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Eweida and Others v. the United Kingdom*, ECtHR, Strasbourg, 15 January 2013

³⁹ Opinion of Advocate General Athanasios Rantos, para. 74.

⁴⁰ Opinion of Advocate General Juliane Kokott delivered on 31 May 2016 in the Case *G4S Secure Solutions*, para. 118.

The argument, highlighted by Rantos, is that a complete prohibition, without exception, would be paradoxical since everything would be forbidden to everyone so discrimination could not even occur. Nonetheless, this seems to be the wrong standpoint. The situation when everything is forbidden to everyone is just one situation that is an exception to the general rule, and must be said the problematic exception. In regular circumstances employees are allowed to wear signs and that is why the *Directive* exists. The CJEU confirms this by pointing out that indirect discrimination on the grounds of religion or belief, resulting from an internal policy of neutrality, can be justified only if no visible manifestation of political, philosophical or religious beliefs is allowed since the wearing of any sign, even a small-sized one, undermines the ability of that measure to achieve the allegedly pursued aim and therefore calls into question the consistency of that policy of neutrality. Moreover, a prohibition which is limited to the wearing of conspicuous, large-sized signs of political, philosophical or religious beliefs is liable to constitute direct discrimination, which cannot in any event be justified.⁴¹

6. Conclusion

Religion is one of the most important elements by which believers form their identity and life attitude. The protection of religious expression usually refers to minority religious groups as the freedom of expression regarding what is acceptable to the majority does not need to be protected. Obviously, resolution of the numerous issues of Islam in Europe is vital to its future. Church is an important institution of a nation, the pillar of its culture and its identity. The above described cases, ruled by the CJEU, don't deal the freedom of conducting business, but rather with the fear of losing the national identity, which must be strengthened. However, this should not be done by weakening the other nations' identity by restricting their religious and cultural expression. A saleswoman sells according to the rules of the company she works for; a teacher teaches according to the rules prescribed by the state. They do not teach religion; they do not convert others, but simply wear symbols of their own religiosity, which is a part of their being. They carry their religion with them as they carry their nationality, the language they speak, their origin, the color of their skin. Religion is a private matter in the sense of whether an individual wants to be religious and to what extent he wants to show that religiousness. But religion as a social phenomenon is not a private matter, like, for example, the language

⁴¹ *WABE* and *MH Müller Handel*, para. 78.

of a national minority. If members of a national minority are allowed to use their mother tongue, then it is because there is a significant number of them and the state cannot ignore that fact. It is the same with Islam in Europe, which is increasingly present and the states cannot ignore it. It is true that the stated restriction regarding the neutrality of religious expression refers to employment and working conditions and they represent an exception. And yet, when someone spends 8 or 10 hours at work, if we ignore sleeping, that amounts to almost 4/5 of a day when a person is forbidden to be who he or she is. Hence, in the case of *Buscarini and Others v. San Marino*, ECtHR points out that the expression of religious beliefs cannot be a condition for entering an elected position.⁴² If so, then giving up one's own religion cannot be a condition for work engagement.

It is emphasized in all argumentations of ECtHR and CJEU judgments that pluralism is inseparable from democracy, and religion from society, while the decisions mostly protect the religious feelings of residents, who belong to the religious majority due to fear of possible social unrest. At the moment, in Europe, there is a collision of religious and cultural customs, which are very far from each other.⁴³ There is a small number of Jehovah's Witnesses in Greece, less than 30,000 out of the 10,5 million inhabitants, or about 3,5 percent.⁴⁴ When it comes to Muslims in Germany, there are about 5,5 million of them with a migrant background in addition to an unknown number of Muslims without a migrant background out of the over 83 million inhabitants, or about 6,6 percent and that percentage has been permanently growing in the last decade.⁴⁵ Those figures seem to indicate partly the reasons why decisions have been made from the beginning in such a way that even proselytism is allowed when it comes to influencing a small group of people, contrary to rather unreasonable prohibitions when it comes to influencing a large number of people.

It is noteworthy that there are actually two different matters that should not be confused. By wearing an Islamic headscarf, believers do not

⁴² *Buscarini and Others v. San Marino*, ECtHR, Strasbourg, 18 February 1999.

⁴³ For example see J. Bowen, "Muslims and Citizens – France's Headscarf Controversy", *Boston Review*, February 2004. The context within certain customs are carried out, including those related to dressing, is also very important. See K. Bennoune, "Secularism and Human Rights: A Contextual Analysis of Headscarves, Religious Expression and Women's Equality under International Law", *Columbia Journal of Transnational Law* 2/2007, 367–426.

⁴⁴ <https://www.jw.org/en/jehovahs-witnesses/worldwide/GR/>, 7. 7. 2023.

⁴⁵ Executive Summary of the study „Muslim Life in Germany 2020“, Federal Office for Migration and Refugees, https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/EN/Forschung/Forschungsberichte/Kurzberichte/fb38-muslimisches-leben-kurzfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=14, 7. 7. 2023.

teach religion, but only express their belonging to the religion. Proselytism, showing films or converting others in any way should not be confused with wearing a headscarf. Although they are two different court instances, ECtHR and CJEU, their judicial practice is actually in unison. Proselytism is allowed if it is not mass, ritual slaughter is allowed because it is not mass, but wearing an Islamic headscarf is not allowed because it is mass. The CJEU has recognized the additional protection of the freedom of religious expression, established by the German national judicial instance. But the margin of discretion allowed in the context of the very problematic aim of neutrality in the freedom to conduct a business, or to teach pupils, is so thick that it still leaves a significant possibility of endangering the freedom of religious expression. Parents can demand that the children do not receive certain religious teachings, but not that the children are not in contact with people, who wear certain religious symbols. It seems that the Luxembourg Court has gone too far when it comes to establishing such a policy of neutrality as a legitimate aim in business. Full stability and security of society is possible only if there is an appropriate balance of individual freedom and general social interests. Considering the growing number of Islamic believers in Europe, that balance will have to be re-examined in the future.

Илија Јованов

Асистент са докторатом, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад

Сара Јованов

Корисник почетне обуке XII генерације, Правосудна академија, Београд

**СЛОБОДА ИСПОЉАВАЊА ВЕРОИСПОВЕСТИ
И СУДСКА ПРАКСА НАДНАЦИОНАЛНИХ СУДОВА
У ЕВРОПИ**

Сажетак

Аутори полазе од становишта које је у литератури углавном неоспорно да је религија од виталног значаја за свако демократско друштво. Верски плурализам, слога и толеранција међу припадницима различитих религија незаменљив је елемент мира и стабилности у друштву. Међутим, иако су Европски суд за људска права и Суд правде Европске уније у својим одлукама о остваривању верских

слобода истицали поменуते ставове, чини се да нису довољно допринели прокламованим циљевима. Аутори су испитали неке од пресуда наведених судова у вези са ношењем исламске марама, као и друге случајеве који могу указивати на образац размишљања и одлучивања. Аутори су закључили да одлуке судова у Стразбуру и Луксембургу нису допринеле верском складу и толеранцији, већ су изазвале немир међу припадницима исламске вероисповести и нарушиле су одговарајући баланс индивидуалних слобода и општих друштвених интереса који ће у будућности морати да се преиспита.

Кључне речи: исламска марама, муслимани у Европи, религијска хармонија, религијска толеранција.

REFERENCES

Monograph, articles

- Avramović D., “Exercising Religious Freedom in Pandemic Era During the State of Emergency – a Legal Perspective”, *Astra Salvensis*, 16/2020, 229–242.
- Avramović D., Jovanov I., „Sudijska (ne)pristrasnost i veštačka inteligencija”, *Strani pravni život* 2/2023, 161–178.
- Bennoune K., “Secularism and Human Rights: A Contextual Analysis of Headscarves, Religious Expression and Women’s Equality under International Law”, *Columbia Journal of Transnational Law* 2/2007, 367–426.
- Bloß L., “European Law of Religion – Organizational and Institutional Analysis of National Systems and their Implications for the Future European Integration Process”, *Jean Monnet Working Paper* 13/03.
- Bowen J., “Muslims and Citizens – France’s Headscarf Controversy”, *Boston Review*, February 2004.
- Đukić D., „Zakon o crkvama i verskim zajednicama i uloga policije u zaštiti slobode veroispovesti”, *Nauka, bezbednost, policija* 3/2012, 121–129.
- Đurđević N., *Ostvarivanje slobode veroispovesti i pravni položaj crkava i verskih zajednica u Republici Srbiji*, Službeni glasnik, Beograd 2009.
- Đurić V., *Sloboda veroispovesti u jurisprudenciji evropskih ustavnih sudova*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2012.
- Đurić V., „Sloboda veroispovesti i pravni subjektivitet crkava i verskih zajednica u Evropskim zemljama”, *Strani pravni život* 1/2012, 24–52.

- Evans M. D., “From Cartoons to Crucifixes: Current Controversies concerning the Freedom of Religion and the Freedom of Expression before the European Court of Human Rights”, *Journal of Law and Religion* 1/2010, 345–370.
- Heinig H. M., “Law on Churches and Religion in the European Legal Area – Through German Glasses”, *German Law Journal* 6/2007, 563–576.
- Jovanov I., „Tumačenje prava i svrha”, u: *Izazovi i perspektive razvoja pravnih sistema u XXI vijeku*, Banja Luka 2022, 159–167.
- Milićević N., „Sloboda vjere i vjeroispovjedanja”, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 2004, 252–271.
- Murdoch J., *Zaštita prava na slobodu misli, savesti i veroispovesti u okviru Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Priručnici Saveta Evrope za ljudska prava, Strazbur 2013.
- Radulović M., *Obnova srpskog državno–crkvenog prava*, Fondacija Konrad Adenauer, Hrišćanski kulturni centar dr Radovan Bigović, Beograd 2014.
- Šarkinović H., „Sloboda vjeroispovesti u praksi Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Crne Gore”, u: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 2/2020, 535–549.

Other sources

- Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l’homme (ADDH) v. Micropole Univers SA* (C–188/15, EU:C:2017:204) <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188853&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1329050>
- Basic Law for the Federal Republic of Germany* of 23 May 1949 https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html
- General Law on Equal Treatment* of 14 August 2006
- Buscarini and Others v. San Marino*, ECtHR, Strasbourg, 18 February 1999 [file:///C:/Users/ijovanov/Downloads/001-58915%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ijovanov/Downloads/001-58915%20(1).pdf)
- BVerfG, Order of the First Senate* of 27 January 2015 – 1 BvR 471/10 https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/01/rs20150127_1bvr047110en.html
- Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*, ECtHR, Strasbourg, 27 June 2000 <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58738&filename=001-58738.pdf&TID=geicpndkpd>

- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, ECHR)* https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_eng
- Cresco Investigation GmbH v. Markus Achatzi* (C–193/17, EU:C:2019:43) <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=210073&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1328824>
- Dahlab v. Switzerland*, ECtHR, Strasbourg, 15 February 2001 <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-22643&filename=DAHLAB%20v.%20SWITZERLAND.docx&logEvent=False>
- Directive 2000/78/EC of 27 November 2000* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000L0078>
- Eweida and Others v. the United Kingdom*, ECtHR, Strasbourg, 15 January 2013 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22002-7391%22%5D%7D>
- Executive Summary of the study „Muslim Life in Germany 2020”, Federal Office for Migration and Refugees https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/EN/Forschung/Forschungsberichte/Kurzberichte/fb38-muslimisches-leben-kurzfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=14
- General comment No. 22*, UN Human Rights Committee https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2F2001%2F21%2FRev.1%2FAdd.4&Lang=en
- International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)* <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- IX v. WABE ev.* (C–804/18, EU:C:2021:594) <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=6671CD4D6F6D2FE7ECBC540B3FID0714?text=&docid=244180&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1308478>
- Kokkinakis v. Greece*, ECtHR, Strasbourg, 25 May 1993 <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-57827&filename=CASE+OF+KOKKINAKIS+v.+GREECE.docx&logEvent=False&usg=AOvVawIzcGafkVVn73SFqOVJPIhf>
- MH Müller Handel GmbH v. MJ.* (C–341/19, EU:C:2021:594) <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=6671CD4D6F6D2FE7ECBC540B3FID0714?text=&docid=244180&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1308478>
- Murphy v. Ireland*, ECtHR, Strasbourg, 10 July 2003 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-61207%22%7D%7D>

- Otto–Preminger–Institut v. Austria*, ECtHR, Strasbourg, 20 September 1994
<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-57897&filename=CASE%20OF%20OTTO-PREMIINGER-INSTITUT%20v.%20AUSTRIA.docx&logEvent=False>
- Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, ECtHR, Strasbourg, 13 February 2003 <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-5004&filename=002-5004.pdf>
- Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. G4S Secure Solutions* (C-157/15, EU:C:2017:203) <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=188852&pageIndex=0&doclang=EN&=1>
- Serif v. Greece*, ECtHR, Strasbourg, 14 December 1999 <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-58518&filename=CASE%20OF%20SERIF%20v.%20GREECE.pdf&logEvent=False>
- Vartic v. Romania*, ECtHR, Strasbourg, 17 December 2013 [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-139275%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-139275%22]})

FREEDOM OF RELIGION AND BELIEF IN INTERNAL AND EXTERNAL EUROPEAN UNION POLICIES

Summary

The European Union (EU) has carved out a specific approach to the issues of religion and belief in its legislative framework and policies, which is largely aligned with the standards built through the interpretation of the European Convention on Human Rights. Litigation on the issue of freedom of religion and belief is on the rise before the Court of Justice of the European Union (CJEU), while in parallel the EU seems to be stepping up its efforts to tackle the given issue in its internal and external actions. The EU approach to the issue of freedom of religion or belief, remains somewhat fragmented, while its internal and external policies are not always mutually aligned. The paper provides an overview of EU's regulatory and monitoring framework related to the freedom of religion and belief in EU's internal and external policies, and outlines the developments in the CJEU caselaw concerning the prohibition of discrimination in the area of employment and in the context of the refugee status. The paper points out the limitations of the current EU approach.

Keywords: Freedom of religion or belief, European Union, Court of Justice of the European Union, Non-discrimination, Employment, Refugee, External action.

1. Introductory remarks

The European Union (hereinafter: EU) was founded on a model of “functional integration”, which means that it sometimes avoided direct regulation with “symbolically fraught matters”¹ such as religion, which is also closely related to identity. The EU has thus carved out a specific approach to the issues of religion and belief in its legislative framework

* Senior Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade, a.bojovic@iup.rs

* Senior Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade, v.coric@iup.rs

¹ R. McCrea, “EU Law and Religion: Protecting a Privileged Position for Majority Faiths?”, in: *Freedom of Religion: An Ambiguous Right in the Contemporary European Legal Order* (eds. Hedvig Bernitz, Victoria Enkvist) Hart Publishing, Oxford 2020, 51.

and policies. This approach is largely aligned with the standards built through the interpretation of the European Convention on Human Rights (hereinafter: ECHR) by the European Court of Human Rights (ECtHR). However, due to the different nature of the two organisations –the EU and the Council of Europe (hereinafter: CoE) and the more immediate effect of the judgments of the Court of Justice of the European Union (hereinafter: CJEU), some authors² even go so far as to claim that the EU is currently developing its specific law on religion or that it is the new boss of religious freedom.³ While the latter may be too bold a statement, litigation on the issue of freedom of religion and belief is on the rise before the CJEU, while in parallel the EU seems to be stepping up its efforts to tackle the given issue in its internal and external actions. In doing so, it is trying to address in particular the rise of religion-based crimes and religious discrimination. What remains true is that the role played by religion in the EU is closely linked to issues like migration, multiculturalism, minority rights,⁴ and racial discrimination, all of which provoke heated debates in their own right.⁵ The EU's approach, as is the case in other policy areas (such as the rule of law⁶), remains somewhat fragmented, while its internal and external policies are not always mutually aligned in terms of the scope and reach of actions.

This paper will provide an overview of EU's regulatory and monitoring framework related to the freedom of religion and belief in EU's internal and external policies, and outline the developments in the CJEU case-law concerning the prohibition of discrimination in the area of employment and in the context of the refugee status; the latter two topics are selected due to their importance in the overall EU context. Special attention shall be given to the EU's approach toward the freedom of religion and belief in its internal and external policies.

² E. Ahlm, *An EU Law on Religion – A Recent Development*, <https://canopyforum.org/2021/03/12/an-eu-law-on-religion-a-recent-development>, 22. 7. 2023.

³ A. Pin, J. Witte, Jr., "Meet the New Boss of Religious Freedom: The New Cases of the Court of Justice of the European Union", *Texas International Law Journal* 55/2020, 223–268.

⁴ K. Henrard, "EU Law's Half-Hearted Protection of Religious Minorities Minority Specific Rights and Freedom of Religion for All", *Religions* 12/2021, 830–853.

⁵ R. McCrea, "Regulating the Role of Religion in Society in an Era of Change and Secularist Self-doubt: Why European Courts Have Been Right to Adopt a Hands-Off Approach", *Current Legal Problems* 1/2022, 111–135.

⁶ A. Knežević Bojović, V. Ćorić, "Challenges of Rule of Law Conditionality in EU Accession" *Bratislava Law Review* 1/2023, 41–62.

2. Freedom of religion in European Union internal policies and legislation

2.1. Primary European Union law

Freedom of religion is deeply entrenched in the fundamental values of the EU. The Preamble to the Treaty on the European Union (hereinafter: TEU) expresses this unequivocally as it states “Drawing inspiration from the cultural, religious and humanist inheritance of Europe, from which have developed the universal values of the inviolable and inalienable rights of the human person, freedom, democracy, equality and the rule of law.”⁷ At the same time, it is worth noting that within the same sentence, the EU invoked European humanist inheritance, which has significant secularist elements.⁸

The overarching approach of the EU towards freedom of religion and belief is best understood from the wording of Article 17 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter: TFEU), which states that the EU respects and does not prejudice that status of churches and religious associations or communities in its Member States (paragraph 1), and that it equally respects the status of philosophical and non-confessional organisations under national law (paragraph 2). Additionally, the EU makes a commitment in paragraph 3 of Article 17 to maintain an open, transparent and regular dialogue with these churches and organisations, while recognising their identity and their specific contribution.

What can be inferred from these provisions? Firstly, as there is no single model of church-state relations across the EU⁹, the EU recognises and respects the diversity of existing national models. Furthermore, the

⁷ On the debate preceding the adoption of the EU Constitutional Treaty, which resulted in this particular formulation that has been preserved in the TEU, see R.McCrea, “The Recognition of Religion within the Constitutional and Political Order of the European Union”, *LEQS Paper* No. 10/2009, 5

⁸ *Ibid.*

⁹ A Study produced by the EU Parliament distinguishes between two main broad constitutional models of regulation of church and state relations in various EU Member States: the denominational model, characterised by the presence of a state-established church and official religion, and the separationist model, based on the principle of separation between state, on the one hand, and churches and religion, on the other. It also identifies a number of sub-models. See A. Saiz Arnaiz *et al.* *Religious practice and observance in the EU Member States*, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474399/IPOL-LIBE_ET\(2013\)474399_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474399/IPOL-LIBE_ET(2013)474399_EN.pdf), 22. 7. 2023. However, the classification of church-state relations is by no means that simple, as different scholars have defined varying typologies, as summarised by Nikolić in O. Nikolić, *Država, crkva i sloboda veroispovesti*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2022.

EU's recognition of the freedom of religion is, at least formally, denomination-neutral¹⁰, while at the same time being a clear element of *acquis communautaire*.¹¹ Some authors point out that the EU is demonstrating characteristics of the cooperationist model of church–state relations.¹² Secondly, it is clearly pointed out that the EU also respects the status of philosophical and non-confessional organisations, meaning that the legitimacy of non-religious views is also recognised on par with religion.¹³ Thirdly, the EU takes into account the positions of religious and non-religious organisations in its decision-making process, as affirmed by the EU's commitment to opening a transparent and regular dialogue with churches, philosophical and non-confessional organisations.¹⁴ Some authors describe the EU's religious neutrality as “*laïcité neutre*, a *laïcité positive*”.¹⁵

The European Commission (hereinafter: Commission) and the European Parliament maintain a regular dialogue with churches, religious organisations and non-confessional organisations, as prescribed by Article 17 of the TFEU. The dialogue, initially set up as early as 1990¹⁶ is governed by the Guidelines on the implementation of Article 17 TFEU by the Commission. The Guidelines explicitly recognise “churches, religious associations or communities as well as philosophical and non-confessional organisations” as interlocutors in the dialogue. While no registration is mandatory on EU level, the organisations must be recognized or registered in one of the aforementioned capacities at the national level. Further, they should “adhere to European values”. The dialogue with the Commission is maintained through written exchanges, meetings, or specific events. Currently, the EU Vice-President Margaritis Schinas is

¹⁰ McCrea (2009), 11.

¹¹ G. Robbers, „Država i crkva u Evropskoj uniji”, u: *Država i crkva u Evropskoj uniji* (ur. Gerhard Robbers), Pravoslavni bogoslovski fakultet, Beograd, 2012, 12.

¹² N. Doe, “Towards a ‘Common Law’ on Religion in European Union”, *Religion, State & Society* 37/2009, 157. Also see V. Đurić, „Pravo EU i državno crkveno pravo” in: *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije*, (ur. Duško Dimitrijević, Brano Miljuš), Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd 2012, 566.

¹³ As Marković points out, this pluralism does not allow for secularist devaluation of religion as such, and, at the same time, leaves no room for any type of exclusive religious fundamentalism. V. Marković, „Pojam sekularnosti — istorijski, pravni i aksiološko-etimološki aspekti”, *Bogoslovlje* 2/2020, 120.

¹⁴ For more see R. McCrea (2009), 111–135

¹⁵ G. Robbers, “Diversity of State-Religion Relations and European Union Unity”, *Ecclesiastical Law Journal* 7/2004, 315.

¹⁶ European Commission, Dialogue with churches, religious associations and non-confessional organizations, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/dialogue-churches-religious-associations-and-non-confessional-organisations_en, 20. 7. 2023.

responsible for the dialogue, whilst there is also the position of the Coordinator for the dialogue between the Commission and churches, religious associations, or communities as well as philosophical and non-confessional organisations. In the European Parliament, the dialogue under Article 17 is conducted by one of its vice-presidents, who organises meetings, conferences, and events in association with confessional and philosophical organisations.¹⁷ In summary, while the dialogue does show that the EU recognises the relevance of religious perspectives in policy-making, such influence is balanced by other humanist and secular influences coming from non-religious organisations – for instance, the International Humanist and Ethical Union.¹⁸

In addition to the TFEU, another important source of primary EU law expressly regulates the freedom of religion. The Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereinafter: Charter) recognised the freedom of religion as a human right in its Article 10, paragraph 1 by stating that everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion, which includes the right to change religion or belief, and the freedom to manifest religion or belief in worship, teaching, practice and observance, either alone or in a community with others. The wording of Article 10, paragraph 1 of the Charter mirrors that of Article 9 of the ECHR. The second paragraph of the same article recognises the right to conscientious objection, in accordance with relevant national laws of Member States. The Charter includes additional relevant articles pertaining to the freedom of religion. Firstly, in Article 14 the Charter reiterates the right of parents to ensure that the education and teaching of their children are in line with their religious and philosophical convictions, in accordance with the exercise of these rights as per the laws of the Member States. Secondly and notably, Article 21 of the Charter prohibits discrimination, *inter alia*, based on religion or belief. Thirdly, Article 22 of the Charter proclaims that EU shall respect cultural, religious, and linguistic diversity.

The provisions of the TFEU and the Charter have set the foundation for what is now commonly referred to as freedom of religion or belief in the EU (hereinafter: FoRB). The outcome of the provisions of the mentioned primary sources of law is what many scholars refer to as a balanced approach towards the religious (particularly Christian), humanistic

¹⁷ P. Perchoc *et al.*, *Religion and the EU's external policies Increasing engagement*, 3, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/646173/EPRS_IDA\(2020\)646173_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/646173/EPRS_IDA(2020)646173_EN.pdf), 17. 7. 2023.

¹⁸ R. McCrea (2009), 19. For more on the dialogue in its early stages see P. Annicchino, "Religion and EU Institutions," *Ecclesiastical Law Journal* 3/2013, 326–331.

and cultural influences and views.¹⁹ It should be noted, however, that this syntagm, which is in widespread use, is a formula which is not nominally rooted in the relevant EU documents, but one that has emerged as the best to encompass the essence of this freedom.²⁰

2.2. Secondary European Union law

The norms of the primary sources of EU law concerning the freedom of religion and belief are further operationalised in a plethora of secondary legislation. Even though the EU does not have a direct competence to regulate FoRB in its secondary legislation, it does regulate the issues relating to prohibition of discrimination, employment, taxation, animal welfare, and personal data protection, which are all closely connected to the exercise of the freedom of religion or belief. The body of EU secondary legislation is extensive and is continuously evolving. Therefore, a comprehensive list of norms that bear relevance to the FoRB would be difficult to identify, and any such identification would only be valid for a given period of time. Additionally, it would far exceed the scope of the present paper.²¹ That being said, it is important to highlight those pieces of secondary legislation which have so far given rise to the religion-based litigation before the CJEU. This paper shall focus on two sets of such legal instruments.

Firstly, it is worth mentioning the provisions of EU directives governing the minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees. Both the 2004 Directive that is no longer in force²² and the current Directive adopted in 2011²³ mandated Member States, when assessing the reasons for persecution, to apply the concept of religion which in particular includes the holding of theistic, non-theistic and atheistic beliefs, the participation in, or abstention from, formal worship in private or in public, either alone or in community with

¹⁹ Marković points out that churches were intentionally singled to so that their relevance is recognised. See V. Marković (2020).

²⁰ For a detailed deliberation on the matter, see M. Ventura, “The Formula ‘Freedom of Religion or Belief’ in the Laboratory of the European Union” *Studia z Prawa Wyznaniowego* 23/2020, 7–54.

²¹ Useful overviews are provided in V. Đurić (2012).

²² Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or Stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted *OJL* 304.

²³ Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast), *OJL* 337.

others, other religious acts or expressions of view, or forms of personal or communal conduct based on or mandated by any religious belief. This means that in relation to this issue, the EU has taken a studiously-neutral²⁴ understanding of religion, which is also consistent with the principles of equality and non-discrimination.

The second important piece of EU secondary legislation is the so-called Employment Equality Directive.²⁵ This directive, adopted in 2000, governs the field of employment and occupation, vocational training and membership in employer and employee organisations. The directive sets out a general legal framework for non-discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation. It applies to both public and private actors. The Employment Equality Directive sets out only minimum requirements, meaning that EU Member States can provide for a higher level of protection. While the directive prescribes a general prohibition of indirect and direct discrimination, it does leave room for some exemptions. In the context of this paper, the most important one is found in paragraph 2 of its Article 4, which allows Member States to incorporate in their legislations (either that existing at the time of adoption of the directive or future legislation) their national practices existing at the date of the adoption of the directive that allow churches and other public or private organisations whose ethos is based on religion or belief to allow for a difference in treatment based on person's religion or belief, when it comes to occupational activities. Such difference in treatment, as per the directive, does not constitute discrimination where, given the nature of these activities or the context in which they are carried out, a person's religion or belief constitute a genuine, legitimate and justified occupational requirement, having regard to the organisations' ethos. The directive further requires the difference to be implemented taking account of Member States' constitutional principles and provisions, as well as the general principles of EU law.

This Directive has given rise to significant jurisprudence of the CJEU which will be covered in more detail further in the text. While the Directive has been in place for over two decades, it was assessed very soon that it sometimes fails to provide the desired equal treatment, while its scope was narrower than that covered in the Racial Equality Directive²⁶,

²⁴ N. Doe, F. Cranmer, "Religion and Law in Europe", in: *The Oxford Handbook of Religion and Europe* (eds. Grace Davie, Lucian N. Leustean), Oxford University Press, Oxford 2022, 3

²⁵ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, *OJ L* 303.

²⁶ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, *OJ L* 180.

which thus effectively provides better protection from discrimination on the grounds of race than on other grounds. In 2008, the Commission came up with a proposal for a Directive which sought to prohibit discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age and sexual orientation in the areas of social protection, social advantages, education and goods and services, including housing.²⁷ However, due to the fact that its' required unanimity before the Council of Ministers, it was never promulgated. In the meantime, the Commission, the European Network of Equality Bodies (Equinet), the EU Fundamental Rights Agency (FRA) and individual Member States have all published guidance relevant to the application of the Employment Equality Directive to tackle the challenges identified in its implementation across various EU Member States.²⁸ To sum up, the prohibition of discrimination based on religion or belief in the area of employment in secondary EU legislation leaves a lot to be desired. The importance of consistent implementation of the Directive is particularly striking in the light of the rather polarised opinions on whether discrimination based on religion or belief in the EU is widespread in EU Member States – while 47% of respondents in a Eurobarometer survey think that it is, 48% believe it is rare.²⁹

Finally, it is worth recalling that the EU has recently adopted a very important instrument from its Rule of Law Toolbox - the Rule of Law Conditionality Regulation³⁰ (hereinafter: Regulation). The Regulation sets out the rules for the protection of the EU budget in the case of breaches of the principles of the rule of law, where such a breach “affects or seriously risks affecting that sound financial management or the protection of those financial interests of the Union in a sufficiently direct way”. For the purpose of its own implementation, the Regulation provides a definition of

²⁷ M. Bell, “Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission’s 2008 Proposal for a New Directive” *The Equal Rights Review* 3/2009, 7–18.

²⁸ Report From The Commission To The European Parliament And The Council, Joint Report on the application of Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin (‘Racial Equality Directive’) and of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (‘Employment Equality Directive’), <https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vjgm1ru98hxx>, 18. 7. 2023.

²⁹ Eurobarometer, *Special Eurobarometer 493 Report, Discrimination in the European Union*, 2019, 82, https://webgate.ec.europa.eu/ebsm/api/public/deliverable/download?do_c=true&deliverableId=71116, 22. 7. 2023.

³⁰ Regulation 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget, *OJ L* 433I.

the rule of law, which includes the principles of non-discrimination and equality before the law. The two principles are, as can be deduced from the previous parts of this paper, closely connected to the freedom of religion and belief. In its seminal rulings upholding the Regulation, the CJEU underlined that the principle of non-discrimination is a part of the concept of the rule of law in its own right.³¹ In effect, this means that breaches of the principles of equality and non-discrimination based on religion or belief in a Member State, or a lack of effective judicial protection of the FoRB, provided they affect or seriously risk affecting the sound financial management of the EU budget or the protection of the financial interests of the EU in a sufficiently direct way, could trigger the procedure under the Conditionality Regulation – although it would be unlikely that this would be the only grounds for triggering such a procedure. While the EU has been vocal about the backsliding with regard to the rule of law in general, it remains somewhat reserved in reaction when it comes to issues that have a religious background but concern topics that are not within the purview of the EU. For instance, the jurisprudential reintroduction of strict abortion legislation in Poland undoubtedly has underlying religious motivations³², but it was only the European Parliament that actively reacted to this change within the wider context of “systemic collapse of the rule of law” and increasing threats to women.³³

2.3. *Current legislative developments relevant to freedom of religion or belief*

As pointed out earlier in the text, EU secondary legislation governing equality in relation to freedom of religion and belief is insufficient, while efforts for its’ improvement have so far not been successful. In 2021, the Commission developed a report on the implementation of the Racial Equality Directive and the Employment Equality Directive³⁴ which

³¹ *Hungary v. Parliament and Council*, ECLI:EU:C:2022:97, para. 229; C-157/21 Judgment of 16 February 2022, *Poland v. Parliament and Council*, ECLI:EU:C:2022:98, para. 324

³² M. Bucholc, “Abortion Law and Human Rights in Poland: The Closing of the Jurisprudential Horizon”, *Hague Journal on the Rule of Law* 14/2022, 73–99.

³³ European Parliament press Release, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20211108IPR16844/poland-no-more-women-should-die-because-of-the-restrictive-law-on-abortion>, 30. 7. 2023.

³⁴ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin (‘the Racial Equality Directive’) and of Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (‘the Employment Equality Directive’)

identified some open issues with regard to both the EU-level protection and the challenges in implementation of the current legal framework. To try and address this stalemate, in late 2022, the Commission adopted proposals for two directives, one of which is set to strengthen the protection guaranteed under Article 19 of the Charter - the proposed 2022/0401 (APP) Directive.³⁵ The aim of this proposal is to establish binding standards for equality bodies and extend their powers in the fields not previously mandatorily covered under EU law. Namely, some existing EU directives in the field of non-discrimination do regulate equality bodies³⁶ but the directive which covered the freedom of religion or belief is not one of them. This means that it was up to the Member States to assign such powers to their national equality bodies, but there was no EU-level obligation of doing so. Furthermore, the EU does not monitor the work of these bodies. The proposed Directive addresses the mandate, tasks, independence, structure, powers, accessibility and resources of national equality bodies. The Directive expects Member States to grant equality bodies legal standing, allowing them to take and support cases before the courts, also by acting in their own name in the collective interest. Further, it envisages that national equality bodies are to be granted investigative powers and may also be granted the power to make legally binding and enforceable decisions.³⁷ While the proposal is a welcome step in the right direction, it is still focused on only one, albeit important, facet of the exercise of the freedom of religion or belief. This means that it does not extend the scope of secondary EU legislation to address in more detail the prohibition of discrimination on the grounds of religion or belief in other fields, as proposed in the 2008 directive. Consequently, its' impact, even if adopted, will be limited.

³⁵ Proposal for a Council Directive on standards for equality bodies in the field of equal treatment between persons irrespective of their racial or ethnic origin, equal treatment in the field of employment and occupation between persons irrespective of their religion or belief, disability, age or sexual orientation, equal treatment between women and men in matters of social security and in the access to and supply of goods and services, and deleting Article 13 of Directive 2000/43/EC and Article 12 of Directive 2004/113/EC, COM(2022) 689 final.

³⁶ Council Directive 2000/43/EC, Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, *OJ L*, 373. Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation *OJ L* 204 and Directive 2010/41/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity and repealing Council Directive 86/613/EEC *OJ L* 180.

³⁷ *Towards-a-new-gold-standard-for-equality-bodies-and-equal-societies*, <https://equine-europe.org/towards-a-new-gold-standard-for-equality-bodies-and-equal-societies/>, 20. 7. 2023.

3. Jurisprudence of the CJEU in the field of freedom of religion or belief

The litigation before the CJEU relating to the freedom of religion or belief has been on the rise since 2017. Before that period, it was rather scarce, despite the promulgation of this freedom in the Charter. While the total body of caselaw before the CJEU relevant for the freedom of religion or belief is not comprehensive, it does establish the CJEU as an important actor in the given field. As the case is with CJEU caselaw with regards to other human rights, it does rely considerably on the previous decisions made by the ECtHR. In the following paragraphs, the authors will outline the line of reasoning employed by the CJEU in judgments passed that relate to the status of refugees and non-discrimination in employment.

3.1. Status of refugees based on religion or belief

There are two seminal cases adjudicated by the CJEU that can be used to ascertain the EU's position with regards to granting of the status of refugees based on religion or belief. The first is the case of the *Federal Republic of Germany vs. Y and Z*,³⁸ which was raised before the CJEU in a preliminary reference procedure by the German Federal Administrative Court. The case concerned two Pakistani citizens who claimed that their membership in Ahmadiyya religious community had forced them to leave Pakistan and who have consequently applied for asylum and protection in Germany as refugees, and were denied such status.³⁹ They challenged the said decisions. In order to clarify whether the threat of persecution for belonging to certain religious minority falls within the ambit of the 2004 EU Directive that set standards for the qualification and status of third-country nationals and stateless persons, preliminary procedure was initiated before the CJEU. In its decision, the CJEU first posited that not all kinds of acts which interfere with the right of freedom of religion are eligible to amount to persecution. The CJEU set the meaning of "severe violation" to be comparable to a violation of an EHCR non-derogable right listed in Article 15 of the ECHR.⁴⁰ The CJEU took the

³⁸ C-71/11 and C-99/11 *Germany v. Y and Z*, *Judgment of the Court* (Grand Chamber) of 5 September 2012, ECLI:EU:C:2012:518.

³⁹ A. Taylor, "The CJEU as an Asylum Court: What Role for Human Security Discourses in the Interpretation of Persecution In the Qualification Directive?", in: *The Common European Asylum System and Human Rights: Enhancing Protection In Times of Emergencies* (eds. Claudio Matera, Amanda Taylor), Centre for the law of EU external policies, The Hague 2014, 81.

⁴⁰ S. Velluti, *Reforming the Common European Asylum System – Legislative Developments and Judicial Activism of the European Courts*, Springer, New York 2014, 95.

position that EU law protects both public and private expression of religion, contrary to the position that was initially taken by the German court.⁴¹ Furthermore, the court also added to its conclusion that an act amounts to persecution where the subject, as a consequence of exercising his right to religious freedom, runs a real risk of inter alia being subject to torture, inhuman or degrading treatment or persecution.⁴² In addition, the CJEU introduced a consequential test,⁴³ namely, it underlined that prohibitions on public worship and threats of repression and punishment can constitute persecution under EU law as long as they pose concrete, not theoretical threats to an individual.

In *Bahtiyar Fathi v Predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*⁴⁴ the CJEU again offered guidance to national courts on how to assess the claims of religious persecution made by refugee applicants – this time as regulated by the 2011 Directive. In this case, Fathi was an Iranian Kurd, who applied for refugee protection in Bulgaria. Unlike Y and Z, he did not identify as a member of a traditional religious community, but rather identified as a Christian.⁴⁵ Fathi claimed he had been detained and questioned by Iranian secret service due to watching and participating in a TV programme on a Christian channel that was prohibited in Iran. The Bulgarian authorities did not find his persecution claims plausible and have consequently rejected his refugee application. The Bulgarian court from which Fathi sought annulment of the decision filed a preliminary reference to the CJEU. In its judgment, the CJEU reaffirmed its broad interpretation of the concept of religion, including the holding or theistic, non-theistic and atheistic beliefs, and participation or abstention from formal worship. Consequently, the CJEU posited that the fact that a person is not a member of a

⁴¹ Namely, the German court distinguished between private and public sphere of freedom of religion, holding that the right to manifest one's faith in private was covered by its private sphere and as such did not fall within the core area of the freedom of religion. See. F. Ippolito, "The Contribution of the European Courts to the Common European Asylum and Its Ongoing Recast Process", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2/2013, 277.

⁴² C-56/17 *Bahtiyar Fathi v Predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite* Judgment of the Court (Second Chamber) of 4 October 2018, ECLI:EU:C:2018:803

⁴³ V. Ćorić, A. Knežević Bojović, M. Matijević, "The Interpretation of the Law Rather than the Law Itself, is What Matters Most in Asylum Cases – How to Improve the Roles of European Courts in the Interpretation and Application of the Asylum Law", in: *3rd International Academic Conference on Human Security. University of Belgrade* (eds. Svetlana Stanarević, Ivica Đorđević, Vanja Rokvić), Faculty of Security Studies, Belgrade 2017, 86

⁴⁴ C-56/17 *Bahtiyar Fathi v Predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite* Judgment of the Court (Second Chamber) of 4 October 2018, ECLI:EU:C:2018:803

⁴⁵ Para. 73 of the judgment.

religious community cannot, in itself, be decisive in the assessment of the concept of religion, and that an applicant for international protection based on religious persecution cannot be required to make statements or produce documents in order to substantiate all components of the concept of ‘religion’, referred to in the relevant Directive.⁴⁶ The CJEU also underlined that the penalties that the applicant would face in this particular case had to be either applied in practice or consist of a real threat.

In summary, the two cases show that under EU law, the claimant must substantiate the persecution claims, while the state must thoroughly consider what aspects of religious beliefs, practices or the personality of the claimant might trigger persecution.⁴⁷

3.2. Employment equality and freedom of religion and belief

The body of relevant CJEU caselaw on freedom of religion or belief in the area of employment and non-discrimination seems most interesting. The jurisprudence concerns two sets of issues – the religious dress in the workplace and the occupational requirements of churches and other organisations.

When it comes to the issue of religious apparel, the CJEU initially produced two notable, yet to an extent divergent judgments. The first judgment was passed in *Achbita* case,⁴⁸ which concerned a dispute between a global security company and its employee, Ms. Achbita. had already been employed in the company when she started wearing a hijab. The company claimed that this was in contravention to the company dress code, which required employees to avoid wearing any religious signs or apparel. Upon refusing to stop wearing the hijab, Ms. Achbita was fired, and consequently sued her employer, invoking religious discrimination as grounds for termination of employment. In a preliminary reference procedure initiated by the relevant Belgian court, the CJEU was asked whether the prohibition for a female Muslim to wear a headscarf at the workplace constituted direct discrimination if the employer’s rules prohibited all employees from wearing outwards signs of political, philosophical and religious beliefs at the workplace, in the context of Employment Equality directive. In its judgment, the

⁴⁶ Para. 82 of the judgment.

⁴⁷ J. Witte Jr, A. Pin, “Faith in Strasbourg and Luxembourg? The Fresh Rise of Religious Freedom Litigation in the Pan-European Courts”, *Emory Law Journal* 3/2021, 621.

⁴⁸ Case C-157/15 *Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4S Secure Solutions NV* Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 March 2017 ECLI:EU:C:2017:203

CJEU did not find the termination constituted direct discrimination, as the employer's neutral dress code did not target any specific faith. The CJEU further asserted that the termination also did not constitute indirect discrimination, since the company had a legitimate interest in pursuing a policy of religious neutrality.⁴⁹ It is interesting to note that the CJEU also invoked the caselaw of the ECtHR to support this position.⁵⁰ However, it is worth recalling that in the cited ECtHR case, that court in fact upheld the right of Ms. Eweida to wear a small necklace with a crucifix at her workplace.⁵¹ The CJEU judgment in *Achbita* can be seen as a clear stance in favour of religious neutrality. However, some critics underline that the CJEU failed to take into consideration how such a ban disproportionality affects Muslim women, and thus constitutes intersectional discrimination, as the wearing of headscarf is closely connected not only to religion, but also to nationality and gender.⁵² Further, the CJEU was criticised for applying a so-called single-axis in its understanding of direct discrimination, which prevents intersectional discrimination from being recognised as direct discrimination.⁵³

In the second relevant case, *Bougnaoui v. Micropole*⁵⁴, Ms. Bougnaoui also wore a hijab to work, but in this case, her employer did not have a clear policy on religious apparel, nor an applicable dress code. While in the course of employment, Ms. Bougnaoui was warned that wearing a headscarf might pose a problem when she was in contact with the customers, she wore it without interruption for some time while working for the company. However, she was fired after one of the company's customers complained that "the wearing of a veil had upset a number of its employees" and requested that there would be no veil next time. The question asked to the CJEU, interestingly, did not concern the issue of discrimination, but rather,

⁴⁹ Para. 37 of the judgment.

⁵⁰ Case of *Eweida and others v. the United Kingdom*, Applications nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, Judgment of 15 January 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, para. 94.

⁵¹ In this case, the ECtHR also applied the principle of reasonable accommodation. For more details, see J. Rajić Čalić, M. Stanić, „Nošenje verskih obeležja na radnom mestu, razumno prilagođavanje i slučaj Eweida”, in: *Preispitivanje klasičnih ustavnopravnih shvatanja u uslovima savremene države i politike*, (ur. Miroslav Đorđević), Institut za uporedno pravo, Beograd 2021, 363–373.

⁵² C. Donegan, “Thinly veiled discrimination: Muslim women, intersectionality and the hybrid solution of reasonable accommodation and proactive measures”, *European journal of legal studies* 2/2020, 146

⁵³ E. Cloots, “Safe Harbour or Open Sea for Corporate Headscarf Bans? Achbita and Bougnaoui” *Common Market Law Review* 2/2018, 602

⁵⁴ Case C-188/15 *Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v Micropole SA*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 March 2017, ECLI:EU:C:2017:204

whether the wish of the customer no longer to have the service provided by an employee wearing an Islamic headscarf constitutes an occupational requirement within the meaning of the Employment Equality Directive.⁵⁵ The CJEU went on to decide that genuine and determining occupational requirement', within the meaning of that provision, refers to a requirement that is objectively dictated by the nature of the occupational activities, and cannot cover subjective considerations, such as the will of the customer not to have the service provided by someone wearing a headscarf. While in this particular case the position of the Muslim woman wearing a headscarf at the workplace was upheld, the CJEU line of reasoning did not change with regards to the employers' limitations on religious apparel – they are legitimate and allowed, provided that they are clear, consistent and do not violate the non-discrimination norms.

In 2021, the Grand Chamber of the CJEU passed a judgment in two joined cases,⁵⁶ building on its previous caselaw concerning the issue of wearing headscarves at work for religious reasons. As underlined by former Advocate General Sharpston, the cases were joined and allocated to the CJEU Grand Chamber because the questions asked through the preliminary references in the two given cases showed that the judgment in *Achbita* was unclear and left national courts and employers wondering how it should be applied.⁵⁷

The facts of the two cases can be summed up as follows. Ms. IX was a carer who worked for Wabe, a company that ran childcare centres in Germany. She started working at the company in 2014. In 2018, Wabe adopted an internal policy of neutrality with regard to religion, belief and politics, according to which, employees were required to observe strictly the requirement of neutrality that applies in respect of parents, children and third parties.⁵⁸ The policy expressly stated that employees were not to wear any signs of their political, philosophical or religious beliefs that are visible to parents, children and third parties in the workplace. Ms. IX showed at her workplace twice wearing a headscarf. Upon refusing to remove it, she was temporarily suspended and issued a formal warning. In the same period, another worker had been asked to remove a cross she was wearing around her neck. Upon refusing to remove it, she was temporarily suspended. Ms. IX brought an

⁵⁵ Paragraph 19 of the judgment.

⁵⁶ Joined Cases C-804/18 *IX v WABE eV* and C-341/19 *MH Müller Handels GmbH v MJ* Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 July 2021, ECLI:EU:C:2021:594

⁵⁷ E. Sharpston, Shadow Opinion of former Advocate-General Sharpston: headscarves at work (Cases C-804/18 and C-341/19), <http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/03/shadow-opinion-of-former-advocate.html>, para 79, 22. 7. 2023.

⁵⁸ *Ibid.*, para. 25.

action before the referring court seeking an order that WABE remove from her personal file the warnings concerning the wearing of the Islamic headscarf. She claimed that, despite the general character of the rule prohibiting the wearing of visible political, philosophical or religious signs, the rule in fact directly targeted the wearing of the Islamic headscarf, thus constituting direct discrimination. She also pointed to the intersectional character of the ban, claiming it had a greater impact on women with migration background. The relevant German court sought a preliminary ruling from the CJEU, asking whether the employer's policy mandating the employees not to wear any visible sign of political, ideological or religious beliefs constituted discrimination on the grounds of religion, either direct or indirect.

The second case concerned MJ, a sales assistant and a cashier with MH. She had worn an Islamic headscarf at work and, after refusing to remove it, was transferred to another post that allowed her to wear one. In 2016, MH introduced an internal policy which prohibited the use of conspicuous, large-sized political, philosophical or religious signs in the workplace.⁵⁹ MJ was issued an instruction to that effect. She then brought an action before the national courts seeking a declaration that that instruction was invalid and compensation for the damage suffered. The referring court asked the CJEU whether indirect unequal treatment on grounds of religion based on an internal rule would be justifiable only if it is prohibited to wear any visible sign of religious, political or other philosophical beliefs, and not only such signs as are prominent and large-sized.

The CJEU reaffirmed the position it took in *Achbita*, repeating that an internal rule prohibiting workers from wearing any visible sign of political, philosophical or religious beliefs in the workplace does not constitute, with regard to workers who observe certain clothing rules based on religious precepts, direct discrimination on the grounds of religion or belief, provided that that rule is applied uniformly.⁶⁰ The CJEU then went on to elaborate that a difference of treatment indirectly based on religion may be justified by the employer's desire to pursue a policy of political, philosophical and religious neutrality in the workplace, in order to take account of the wishes of its customers or users, provided it is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary. The CJEU reminded that the concept of a legitimate aim and the appropriate and necessary nature of the means taken to achieve it must be interpreted strictly⁶¹ and then went to assert that the policy can be regarded as being objectively justified

⁵⁹ *Ibid.*, para. 36.

⁶⁰ *Ibid.*, para. 55.

⁶¹ *Ibid.*, para. 61.

only where there is a genuine need on the part of that employer, which must be demonstrated by the employer. In a nutshell, the CJEU underlined that, if an employer restricts the worker's freedom of religion by imposing neutrality rules, the employer must prove economic harm as part of the justification and proportionality test for indirect discrimination.

Finally, the CJEU next asserted that a prohibition which is limited to the wearing of conspicuous, large-sized signs of political, philosophical or religious beliefs is liable to constitute direct discrimination on the grounds of religion or belief.⁶²

In examining whether an employer's neutrality policy is sufficient to justify objectively a difference of treatment indirectly based on religion or belief, the CJEU took a position that the prevention of social conflicts and the presentation of a neutral image of the employer vis-à-vis customers may correspond to a real need on the part of the employer, which it is for the latter to demonstrate. The CJEU then went on to assert, the wearing of visible signs of political, philosophical or religious beliefs with the aim of ensuring a policy of neutrality within that undertaking can be justified only if that prohibition covers all visible forms of expression of political, philosophical or religious beliefs. Consequently, the CJEU failed to make a distinction between large and small religious symbols, thus preventing the creation of different categories of religious symbols deserving of different legal protections.⁶³ Some authors have questioned the consistency of the CJEU conclusions, pointing out that the uniform neutrality rule has the potential to have a greater effect on people with religious, philosophical or non-denominational beliefs which require the wearing of particular symbols than on those without a religion or those whose religion does not prescribe the wearing of certain symbols⁶⁴ Other scholars again criticised the CJEU's reluctance to address the issue of discrimination based not only on religion but also on gender and ethnicity.⁶⁵

The CJEU ruled on the occupational requirement in two more interesting cases, where religious affiliations of employees or potential

⁶² *Ibid.*, para. 78.

⁶³ S. Kholwadia, "EU Headscarf Bans: The CJEU's missed opportunity for reflection on neutrality in *IX v Wabe* and *MH Müller Handels v MJ*", <https://ohrh.law.ox.ac.uk/eu-headscarf-bans-the-cjeus-missed-opportunity-for-reflection-on-neutrality-in-ix-v-wabe-and-mh-muller-handels-v-mj/>, 29. 7. 2023.

⁶⁴ M. van den Brink, 'Pride or Prejudice?: The CJEU Judgment in *IX v Wabe* and *MH Müller Handels GmbH*', *Verfassungsblog*, 20 July 2021, <https://verfassungsblog.de/pride-or-prejudice/>, 25. 7. 2023.

⁶⁵ E. Howard, "Headscarves and the CJEU: Protecting fundamental rights and pandering to prejudice, the CJEU does both", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 5/2021, 245–262.

employees were considered. In *Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*⁶⁶ the case revolved around a job advertised by a Protestant institution, which stated that the candidates had to be members of a Protestant church or a church belonging to the Working group of Christian Churches in Germany.⁶⁷ Ms. Egenberger applied for the job despite not having any religious affiliation; she was shortlisted but not offered an interview. Consequently, she challenged the religious affiliation requirement for the job, invoking the relevant EU directive. The CJEU, judging on the preliminary reference from the German court, first underlined that the Member States and their courts must in principle refrain from assessing whether the actual ethos of the church or organisation concerned is legitimate, but must nonetheless ensure that there is no infringement of the right of workers not to be discriminated against on grounds *inter alia* of religion or belief. The CJEU provided clear instructions for the Member States' courts on how to assess in any given case the whether the right to religious autonomy exercised by the churches in imposing occupational requirements is genuine, legitimate and justified. The CJEU however refrained from making such assessment itself, instead leaving it to the national court.⁶⁸ The *IR v JQ*⁶⁹ case concerned a termination of employment by a religious organisation, also on the grounds of occupational requirements. In this case, the employee, IR, who worked for a nonprofit organisation and who was a Catholic, was fired after the employer, JQ, learned that he had divorced and re-married in a civil ceremony, without having his first, canonical marriage, annulled. When adjudicating in the preliminary reference proceedings, the CJEU again underlined that it was up to the domestic judge to ascertain whether the employer's policy in the particular case was a genuine, legitimate and justified occupational requirement. The CJEU, however, this time went on to assert⁷⁰ that adherence to that notion of marriage did not appear to be necessary for the promotion of JQ's ethos and consequently did not appear to be a genuine requirement of

⁶⁶ Case C-414/16 *Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.* Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 April 2018 ECLI:EU:C:2018:257

⁶⁷ For more on churches in Germany see G. Robbers, "Church and state in Germany", in: *State and Church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers), Nomos, Baden-Baden 2019, 109–124.

⁶⁸ Case C-414/16 *Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.* Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 April 2018 ECLI:EU:C:2018:257, para. 74.

⁶⁹ Case C-68/17 *IR v JQ* Judgment of the Court (Grand Chamber) of 11 September 2018, ECLI:EU:C:2018:696

⁷⁰ *Ibid.*, para. 57.

that occupational activity. The CJEU however stressed that this assertion was a matter for the referring court to verify.

Contrary to the cases substantively relating to religious apparel, in the two occupational requirement cases the CJEU has only clearly demanded clear justifications for any employment and labour policies where occupational requirements were invoked, and that a balance should be judged objectively, not only by self-perception of the employer,⁷¹ but left it to the national courts to ascertain whether derogations from the Employment Equality Directive were lawful or not. The approach taken by the CJEU is in considerable contrast to the one utilised by courts in the United States, where precedence is given to religious freedom and exceptions from the non-discrimination provisions in similar cases were interpreted widely.⁷²

This line of reasoning is understandable in light of the fact that the occupational requirements derogation is a matter that is left within the purview of the Member States. Nevertheless, the case law also shows that CJEU is somewhat reluctant to address the matter directly and firmly, which may be attributed to the sensitive nature of the FoRB.

It is also worth mentioning the CJEU decision in *Cresco*⁷³ which concerned an Austrian law governing, *inter alia*, public holidays. According to the said law, members of certain Christian faiths, expressly referred to in the law, were allowed not to work on Good Friday, or, in case they worked, they were entitled to be paid as if they worked during a public holiday.⁷⁴ Other employees were not entitled to such an increase in pay. One of the employees of *Crisco*, who worked on a Good Friday, and who was not a member of any of the churches mentioned in the given law, claimed that he was discriminated against since he was not paid additionally. Following a preliminary reference from the relevant Austrian court, the CJEU first asserted that the legislation in question did differentiate between employees directly based on religion⁷⁵ and that such differentiation was not justified and therefore constituted direct discrimination in the meaning

⁷¹ L. Vickers, "Religious Ethos, Employers and Genuine Occupational Requirements Related to Religion: The Need for Proportionality", *International Labor Rights Case Law* 1/2019, 77.

⁷² S. J. Levine, "Recent Applications of the Supreme Court's Hands-Off Approach to Religious Doctrine: From Hosanna-Tabor and Holt to Hobby Lobby and Zubik", in: *Law, Religion, and Health in the United States* (eds. Holly Fernandez Lynch, I. Glenn Cohen, Elizabeth Sepper), Cambridge University Press, Cambridge 2017, 75–86.

⁷³ Case C-193/17 *Cresco Investigation GmbH v Markus Achatzi*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 22 January 2019, ECLI:EU:C:2019:43

⁷⁴ *Ibid.*, para. 12.

⁷⁵ *Ibid.*, 40.

of *Employment Equality Directive*.⁷⁶ The CJEU went on to assert that the measures provided by the Austrian national legislation cannot be regarded to be necessary for the protection of rights and freedoms of others, nor to be intended to compensate for disadvantages linked to religion. Finally, as the CJEU does not have the power to put any national legislative acts out of force, it explicitly stated that a private employer who is subject to such legislation is also under the obligation to grant his other employees a public holiday on Good Friday or a double pay if they worked, even if they are not explicitly covered by the provisions of the law⁷⁷ thus effectively extending the scope of a law of a Member State.

4. Monitoring the exercise of freedom of religion or belief within the European Union

The EU has developed a plethora of mechanisms for monitoring the implementation of the norms it adopts that are relevant to the rule of law and the exercise of the freedoms enshrined in the Charter.⁷⁸ The respect for human rights is deeply intertwined with human rights in as much as “Rule of Law would be an empty shell without permitting access to human rights”.⁷⁹ In the EU context, some scholars observed that the rule of law does not appear as a “stand-alone” principle but rather as an “umbrella principle,”⁸⁰ usually along with the principles of democracy and the respect for fundamental rights. Notwithstanding, the mechanisms for monitoring the two closely connected notions within the EU are not developed on the same level, nor do they necessarily complement each other. Certainly, the most important mechanism for monitoring the exercise of human rights guaranteed by the Charter is the annual report on fundamental-rights issues. The development of this report is clearly set out as one of the tasks of

⁷⁶ *Ibid.*, 51.

⁷⁷ *Ibid.*, 89.

⁷⁸ For more on mechanism related to monitoring the rule of law see A. Knežević Bojović, V. Ćorić, (2023), 41–62; A. Jakab, L. Kirchmair, L. “How to Develop the EU Justice Scoreboard into a Rule of Law Index: Using an Existing Tool in the EU Rule of Law Crisis in a More Efficient Way”, *German Law Journal* 6/2021, 936–955.; K. Lenaerts, “New Horizons for the Rule of Law Within the EU”, *German Law Journal* 1/2020, 29–34.; L. Pech, “The Rule of Law in the EU: The Evolution of the Treaty Framework and Rule of Law Toolbox”, <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2020/03/RECONNECT-WP7-2.pdf>, 15. 5. 2023

⁷⁹ Venice Commission of the Council of Europe, *The Rule of Law Checklist*, 13

⁸⁰ P. Leino, “Rights, Rules and Democracy in the EU Enlargement Process: Between Universalism and Identity”, *Austrian Review of International and European Law* 1/2004, 53–80

the FRA.⁸¹ FRA is also tasked with collecting, recording, analysing and disseminating relevant, objective, reliable and comparable information and data in order to fulfil its mandate, which is to support both EU institutions and Member States in fully respecting human rights. This task is not exhausted in publishing of the annual reports; quite to the contrary, FRA collects information through a multitude of mechanisms, including qualitative surveys, and publishes topical reports.⁸² The EU's annual rule of law reports do not directly cover human-rights issues, as they are focused on four pillars: justice systems, anti-corruption framework, media pluralism and media freedom, and other institutional issues related to checks and balances⁸³ but they do cover some aspects of certain human rights. In developing Rule of Law Reports, the Commission relies on "relevant materials" developed by the FRA,⁸⁴ but also other sources of information and data.

The annual fundamental rights reports developed and published by the FRA in the 2019-2023 period follow a similar general structure, whereby they examine eight broader topics, namely equality and non-discrimination; racism, xenophobia and related intolerance; Roma equality and inclusion; asylum, visas, migration, borders and integration; information society, privacy and data protection; rights of the child; developments in the implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The reports also cover the implementation of the Charter in Member-States and the issues in focus, e.g. the implementation of sustainable development goals in the EU, as the case was in the 2019 report, or the coronavirus pandemic in the 2021 report. This means that the freedom of religion or belief is not featured in the annual reports as a stand-alone, separate topic; rather, it is covered as a cross-sectional topic, which may complicate the analysis of its exercise on a comprehensive level.

EU has made additional efforts to counter specific religion-related issues. More explicitly, in 2015, as announced in the First Annual Colloquium on Fundamental Rights held in October 2015, the EU Commission

⁸¹ Article 4, paragraph 1, point e), Council Regulation (EC) No 168/2007 of 15 February 2007 establishing a European Union Agency for Fundamental Rights and Council Regulation (EU) 2022/555 of 5 April 2022 amending Regulation (EC) No 168/2007 establishing a European Union Agency for Fundamental Rights, *OJL* 108.

⁸² For more information on FRA planned activities see FRA Single Programming Document 2023-2025, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/spd_2023-2025_final_en.pdf, 31. 7. 2023.

⁸³ EU Rule of Law Report Methodology 2023, https://commission.europa.eu/document/72ff8a72-5d69-49ba-8cb6-4300859ee175_en, 31. 7. 2023.

⁸⁴ *Ibid.*

appointed two coordinators: on combating antisemitism⁸⁵ and anti-Muslim hatred.⁸⁶ The coordinators are set to help develop a holistic response to the issues of antisemitism and anti-Muslim hatred, and serve as the main points of contact for these communities and relevant organisations. Consequently, given the raised profile of the issues in EU internal policies, antisemitism and anti-Muslim hatred are featured prominently in the annual Fundamental Rights Reports. However, this does not mean that the said reports refrain from providing insights or recommendations for action that would address other religions or beliefs. For instance, the 2023 Fundamental Rights Report features FRA Opinion 3.1. recognises that, under EU secondary law, some of the grounds for prohibited discrimination – specifically sex and racial and ethnic origin – enjoy wider protection than others, such as religion or belief, which results in “an artificial hierarchy of grounds, which limits the breadth and scope of EU-level protection against discrimination”.

Having this in mind, it seems that the EU comprehensive monitoring mechanisms focus on the hatred faced by members of two specific religions, and the issue of equality and non-discrimination, while not as much attention is given to reporting on the exercise of other rights, such as the right to education in line with one’s religion or belief.

5. Freedom of religion or belief in European Union external policies

Freedom of religion or belief is an increasingly important area of EU external policies. Firstly, it is well known that respect for democracy, the rule of law, and human rights is a requirement for EU membership. This requirement is defined in the Copenhagen Criteria⁸⁷ and is clearly formulated in Article 49 of the TEU, which states that any European state which respects

⁸⁵ EU Commission, *Coordinator on combating antisemitism and fostering Jewish life*, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/combating-antisemitism/coordinator-combating-antisemitism-and-fostering-jewish-life_en, 31. 7. 2023.

⁸⁶ EU commission, *Combating anti-Muslim hatred*, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/combating-anti-muslim-hatred_en, 31. 7. 2023.

⁸⁷ The Copenhagen criteria link accession and membership in the EU to “political” conditionality concerning the stability of institutions guaranteeing democracy, rule of law, and protection of human and minority rights, coupled with a functioning market economy and the ability to take on the obligations of membership, including the capacity to effectively implement the body of EU law. The Copenhagen criteria were established by the Copenhagen European Council in 1993 and further strengthened by the Madrid European Council in 1995. Accession criteria (Copenhagen criteria), <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/accession-criteria-copenhagen-criteria.html>. 5. 5. 2023.

the values referred to in Article 2 of the EU and is committed to promoting them may apply to become a member of the EU. The said values are human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. It is therefore clear that the respect for the freedom of religion or belief is one of the human rights examined in the course of the EU accession process. This is also clearly seen from the regular annual reports from the Commission on countries' progress towards EU accession, which included an examination of the state of play and progress with regards to human rights, including, where applicable, the developments regarding the exercise of the freedom of religion or belief, either in a positive⁸⁸ or a negative context.⁸⁹ The increasingly complex methodology of the EU accession process and the related reporting exercises⁹⁰ have continued to address this issue to date. Currently, the freedom of thought, conscience and religion is regularly assessed in Commission's reports as a subsection of the Chapter 23: Judiciary and Fundamental Rights, under the Fundamental rights' section.⁹¹ The examination of the exercise of the freedom of religion or belief is not merely perfunctory. Quite to the contrary, the criminalisation of homosexuality in Romania in 1990s, which was strongly supported by the Orthodox Church, was repealed only following strong EU conditionality.⁹² Similarly, the attempts made by the Turkish authorities at criminalising adultery in 2004, were criticised by the EU as an introduction of Islamic elements into the Turkish legal system which is out of step with Europe and unacceptable to the EU.⁹³ More recently, the Commission's 2019 annual report on North Macedonia⁹⁴ noted that the ECtHR ruled

⁸⁸ See, for instance Regular report from the Commission on Malta's progress towards accession 2000. COM (2000) 708 final, 8 November 2000.

⁸⁹ See, for instance, Regular report from the Commission on Romania's progress towards accession 1998. COM (98) 702 final, 17 December 1998. For more on the experiences of the ten states which joined in the EU in 2004 see A. Čavoški *et al.* *Pristupanje državne zajednice Srbija i Crna Gora Evropskoj uniji Iskustva- deset novoprimitljenih država*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2005.

⁹⁰ See A. Knežević Bojović, V. Ćorić (2023), 41–62.

⁹¹ See, for instance Serbia 2022 Report SWD (2022) 338 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022SC0338>, 12. 7. 2023. ; Albania 2022 Report SWD(2022) 332 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022SC0332>, 12. 7. 2023.

⁹² However, the EU did not see this issue as one of religion or belief, even though it was closely connected to the position of a key religious organisation in the country – it was rather seen as a more general question of human and minority rights. R. McCrea, *Religion and the public order of the European Union*. PhD thesis, London School of Economics and Political Science, London 2009, 232.

⁹³ R. McCrea (2009b), 235; R. McCrea (2020), 53.

⁹⁴ North Macedonia 2019 Report SWD(2019) 218 final

in 2018 that North Macedonia violated the Convention by refusing to renew the registration of the Tetovo-based Bektashi Community. As can be seen, the issues closely connected to religious beliefs were seriously addressed in the EU accession process and had the potential to slow down the process.

The EU's external actions concerning religion or belief are not exhausted in the accession process – over the past decade, this issue has been one of increased engagement and institutionalisation, albeit as a 'quasi outcome' of human rights policy.⁹⁵

In 2013, the EU adopted Guidelines on the promotion and protection of freedom of religion or belief (hereinafter: Guidelines).⁹⁶ They were set as a model to give practical and publicly available instructions to EU diplomats on the ground on the one hand, and to embody European unity as regards major principles with regard to the FoRB, on the other.⁹⁷

The Guidelines proclaimed that the EU is determined to promote, in its external human rights policy, freedom of religion or belief as a right to be exercised by everyone everywhere, based on the principles of equality, non-discrimination and universality. The Guidelines provide the definition of the key concepts related to the freedom of religion or belief, invoking key universal human-rights documents, namely the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights. They also define eight priority areas or topics of EU action in this regard⁹⁸ and outline possible EU course of action. The Guidelines also recognise multilateral fora as frameworks for promoting the freedom of religion or belief globally. For instance, the European External Action Service (hereinafter: EEAS), which is the diplomatic service of the European Union has founded, jointly with the U. S. State Department, the Transatlantic Policy Network on Religion & Diplomacy.⁹⁹ It aims, *inter alia* to foster communication, coordination and collaboration among officials and also to improve the abilities of its participants to analyse religious dynamics and engage religious actors when pursuing various policy objectives.

⁹⁵ F. Foret, *How the European External Action Service deals with religion through religious freedom*, EU Diplomacy Paper 7/2017, 1–28.

⁹⁶ Foreign Affairs Council meeting Luxembourg, 24 June 2013.

⁹⁷ F. Foret, "Religion and the European External Action Service", in: *The Oxford Handbook of Religion and Europe* (eds. Grace Davie, Lucian N. Leustean), Oxford University Press, Oxford 2022, 348

⁹⁸ These are: violence, freedom of expression, promotion of respect for diversity and tolerance, discrimination, changing or leaving one's religion or belief; manifestation of religion or belief, Support and protection for human rights defenders including individual cases and support for – and engagement with - civil society.

⁹⁹ Transatlantic policy network on religion and diplomacy, <https://berkeleycenter.georgetown.edu/projects/transatlantic-policy-network-on-religion-and-diplomacy>

The Guidelines were generally welcomed and observed as a tool that fosters internal and external coherence in human rights policies for advancing freedom of religion or belief.¹⁰⁰

In 2016, the then European Commission President Jean-Claude Juncker appointed the first EU special envoy for the promotion of freedom of religion or belief outside the EU.¹⁰¹ The position was formed following a recommendation of the European Parliament.¹⁰² The one-year renewable position was envisaged be one of a Special Adviser to the Commissioner for International Cooperation and Development. The position, initially held by Jan Figel, was

Subsequently, in 2019, the European Parliament adopted a resolution on the EU guidelines and the mandate of the EU special envoy for the promotion of freedom of religion or belief outside the EU.¹⁰³ The Resolution expressed that the appointment of the Special Envoy was a clear recognition of the freedom religion or belief within the EU foreign policy and external action human rights agenda. In the Resolution, the Parliament also called on the Council and the Commission to carry out a transparent and comprehensive assessment of the effectiveness and added value of the position of the Special Envoy and, based on that, to adequately support the Special Envoy's institutional mandate, capacity and duties. This call from the European Parliament is particularly poignant as, since the end of mandate of Jan Figel in 2020, the leadership of the EU has not given stability in this post for almost three years.¹⁰⁴ The religious reform advocates were critical of what was perceived as EU's reluctance to fill the position, and have welcomed the new appointment, while also calling for a clear mandate of the new Special Envoy.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Paragraph 69; A. Portaru, "The EU Guidelines on Freedom of Religion or Belief at Their Fifth Anniversary: Implementation Lagging Behind?", in: *European Yearbook on Human Rights* (eds. Wolfgang Benedek *et al.*), Intersentia, 2018, 203.

¹⁰¹ President Juncker appoints the first Special Envoy for the promotion of freedom of religion or belief outside the European Union, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_16_1670, 22. 7. 2023. The post was taken by a former EU Commissioner, Jan Figel.

¹⁰² European Parliament resolution of 4 February 2016 on the systematic mass murder of religious minorities by the so-called 'ISIS/Daesh' (2016/2529(RSP))

¹⁰³ European Parliament resolution of 15 January 2019 on EU Guidelines and the mandate of the EU Special Envoy on the promotion of freedom of religion or belief outside the EU (2018/2155(INI)), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52019IP0013>, 29. 7. 2023.

¹⁰⁴ EU appoints Frans Van Daele to promote religious freedom, https://risu.ua/en/european-union-appoints-frans-van-daele-to-promote-religious-freedom_n134746, 29. 7. 2023.

¹⁰⁵ ADF International, EU finally appoints religious freedom envoy after almost 3 years wait <https://adfinternational.org/special-envoy/> 10. 7. 2023. Following a period of five

After the first five years of implementation of the EU Guidelines on Freedom of Religion or Belief, analysts underlined that there was still work to be done, such as increasing EU efforts to train officials on FoRB and on monitoring violations in countries worldwide.¹⁰⁶

The EU's activity in promoting the freedom of religion or belief in its external policies¹⁰⁷ currently does not seem to be fully aligned with the practices of some of its member states. Some scholars have pointed out that the focus on religious issues in the EU external action service was more a result of a pragmatic than normative approach, born out of necessity¹⁰⁸ and as a tool to reinforce the profile of the EU in international relations, but with modest added value.¹⁰⁹

6. Conclusion

The issue of freedom of religion or belief is becoming an increasingly important one in both internal and external EU policies. However, this observation comes with a number of caveats, underscored by the fragmented approach to regulation, jurisprudence, and monitoring relating to the FoRB on the internal EU level, and limited action on an external level. Moreover, the two are not necessarily mutually aligned. While the primary EU law affirms FoRB as one of the fundamental values of the EU, the secondary legislation leaves a lot to be desired. The issues of relevance to FoRB are governed by regulations and directives which cover specific policy fields or topics e.g. employment or refugee status, while attempts at extending, for instance, prohibition of discrimination based on FoRB to areas other than employment, have been stalled for the past fifteen years. Further, the secondary EU legislation leaves sufficient room for Member States to regulate derogations or exceptions from the general rules

months in 2021, the post was vacant for almost three years, until December 2022, when Frans van Daele was appointed.

¹⁰⁶ A. Shepherd, *Diplomacy and Determination: Five Years of the EU Guidelines on Freedom of Religion or Belief* FoRB in Full, 16. 4. 2018, www.forbinfull.org/2018/04/16/diplomacy-and-determination-five-years-of-the-eu-guidelines-on-freedom-of-religion-or-belief, 26. 7. 2023.

¹⁰⁷ For instance, under the framework of EU-China Human Rights Dialogue, https://www.eeas.europa.eu/node/60561_en. For more on this specific issue see M. R. Taylor "Inside the EU–China Human Rights Dialogue: assessing the practical delivery of the EU's normative power in a hostile environment", *Journal of European Integration* 3/2022, 365–380; D. Trailović. „Politika ljudskih prava Evropske unije i kineski suverenizam: slučaj Sindanga”. *Međunarodni problemi* 1/2021, 5–86.

¹⁰⁸ F. Foret (2022), 349.

¹⁰⁹ F. Foret (2017), 1–28.

established therein, thus allowing a variety of norms and practice on Member-State level. When it comes to the CJEU, so far, in its jurisprudence, the CJEU has mostly examined relevant EU secondary legislation, while examining the various facets of FoRB as guaranteed by the Charter in a rather cursory manner. In its caselaw so far, the CJEU seems to be implementing a policy of a rather strict religious neutrality, which is sometimes seen as even detrimental to members of certain religious groups. In other words, as observed by Witte and Pin¹¹⁰ sometimes this religious neutrality comes at the cost of accommodations for religious minorities who operate outside of the cultural mainstream. The EU has developed mechanism for monitoring the state of play with regards to human rights, including the FoRB. However, so far the monitoring exercises have focused mainly on the one end of the spectrum of religious intolerance – namely anti-Semitism and hatred towards Muslims. The full scope of exercise of both *forum internum* and *forum externum* of the FoRB is not comprehensively examined, meaning that some issues may stay under the monitoring radar and consequently, are less likely to be properly addressed.

On the other hand, the EU has been putting additional focus on FoRB in its external policy, both in the framework of EU accession negotiations and under the wider framework of its external action. While success has been observed in individual cases, the overall impression is also that there is ample opportunity for improvement. The recently published report entitled Religious freedom concerns in the EU published by the United States Commission on International Religious Freedom puts it rather bluntly, underlining that while the EU and many of its member states are active in the promotion of religious freedom abroad, some EU countries have maintained or implemented laws and policies that restrict the rights of religious minority groups or impact them in a discriminatory manner. While the said report singles out legislations and practices in specific EU member state rather than point to deficiencies in the overarching EU framework, this criticism is a testament to the limits of the EU powers in the field of exercise of this particular human right.

¹¹⁰ A. Pin, J. Witte, Jr (2020), 57.

Ана Кнежевић Бојовић

Виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд

Весна Ћорић

Виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд

СЛОБОДА ВЕРОИСПОВЕСТИ ИЛИ УВЕРЕЊА У УНУТРАШЊИМ И СПОЉНИМ ПОЛИТИКАМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Сажетак

Услед своје ограничене надлежности у области слободе вероисповести или уверења, Европска унија (ЕУ) је у својим политикама и законодавству изградила специфичан приступ питању слободе вероисповести или уверења; он је у значајној мери усклађен са стандардима изграђеним кроз тумачење Европске конвенције о људским правима. Током последњих година питање слободе вероисповести или уверења појављује се као све значајније пред Судом правде ЕУ. Истовремено, чини се да се ЕУ све интензивније бави овом темом у својим унутрашњим и спољним политикама. Ипак, приступ ЕУ питању слободе вероисповести или уверења остаје донекле фрагментаран, а њена унутрашња и спољна политика у тој области нису увек међусобно усклађене. У раду се даје преглед регулаторног оквира ЕУ у односу на слободу вероисповести и уверења, механизме напора над остваривањем овог права у оквиру саме ЕУ и активности ЕУ у вези са овим питањем у њеним спољним политикама. Ауторке такође указују на развој јуриспруденције Суда правде ЕУ у односу на забрану дискриминације по основу вероисповести у области рада и у контексту избегличког статуса. У раду се указује на ограничења приступа ЕУ питању слободе вероисповести или уверења.

Кључне речи: слобода вероисповести или уверења, Европска унија, Суд правде Европске уније, забрана дискриминације, радни односи, избеглице, спољна политика.

REFERENCES

Monograph, articles

- Annicchino P., „Religion and EU Institutions“, *Ecclesiastical Law Journal* 3/2013, 326–331.
- Bell M., „Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission’s 2008 Proposal for a New Directive“, *The Equal Rights Review* 3/2009, 7–18.
- Bucholc M., „Abortion Law and Human Rights in Poland: The Closing of the Jurisprudential Horizon“, *Hague Journal on the Rule of Law* 14/2022, 73–99 <https://doi.org/10.1007/s40803-022-00167-9>.
- Čavoški A. et al., *Pristupanje državne zajednice Srbija i Crna Gora Evropskoj uniji Iskustva deset novoprimitljenih država*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2005.
- Cloots E., „Safe Harbour or Open Sea for Corporate Headscarf Bans? Achbita and Bougnaoui“ *Common Market Law Review* 2/2018, 589–624.
- Ćorić V., Knežević Bojović A., Matijević M., „The Interpretation of the Law Rather than the Law Itself, is What Matters Most in Asylum Cases – How to Improve the Roles of European Courts in the Interpretation and Application of the Asylum Law“, in: *3rd International Academic Conference on Human Security. University of Belgrade* (eds. Svetlana Stanarević, Ivica Đorđević, Vanja Rokvić), Faculty of Security studies, Belgrade 2017, 81–90.
- Doe N., Cranmer F., „Religion and Law in Europe“, in: *The Oxford Handbook of Religion and Europe* (eds. Grace Davie, Lucian Leustean), Oxford University Press, Oxford 2022.
- Doe N., „Towards a ‘Common Law’ on Religion in European Union“, *Religion, State & Society* 37/2009, 147–166.
- Donegan C., „Thinly veiled discrimination: Muslim women, intersectionality and the hybrid solution of reasonable accommodation and proactive measures“, *European journal of legal studies* 2/2020, 143–179.
- Đurić V., „Pravo EU i državno crkveno pravo“, in: *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije* (ur. Duško Dimitrijević, Brano Miljuš), Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd 2012, 547–570.
- Foret F., „Religion and the European External Action Service“, in: *The Oxford Handbook of Religion and Europe* (eds. Grace Davie, Lucian Leustean), Oxford University Press, Oxford, 2022.

- Henrard K., „EU Law’s Half-Hearted Protection of Religious Minorities Minority Specific Rights and Freedom of Religion for All”, *Religions* 12/2021, 830–853, <https://doi.org/10.3390/rel12100830>.
- Howard E., „Headscarves and the CJEU: Protecting fundamental rights and pandering to prejudice, the CJEU does both”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 5/2021, 245–262, <https://doi.org/10.1177/1023263X221080557>.
- Ippolito F., „The Contribution of the European Courts to the Common European Asylum and Its Ongoing Recast Process”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2/2013, 261–281.
- Jakab A., Kirchmair L., „How to Develop the EU Justice Scoreboard into a Rule of Law Index: Using an Existing Tool in the EU Rule of Law Crisis in a More Efficient Way” *German Law Journal* 6/2021, 936–955, <https://doi.org/10.1017/glj.2021.46>.
- Knežević Bojović A., Ćorić V., „Challenges of Rule of Law Conditionality in EU Accession”, *Bratislava Law Review* 1/ 2023, 41–62.
- Leino P., „Rights, Rules and Democracy in the EU Enlargement Process: Between Universalism and Identity”, *Austrian Review of International and European Law* 1/2004, 53–80.
- Lenaerts K., „New Horizons for the Rule of Law Within the EU”, *German Law Journal* 1/2020, 29–34, <https://doi.org/10.1017/glj.2019.91>.
- Levine S. J., „Recent Applications of the Supreme Court’s Hands-Off Approach to Religious Doctrine: From Hosanna-Tabor and Holt to Hobby Lobby and Zubik”, in: *Law, Religion, and Health in the United States* (eds. Holly Fernandez Lynch, I Glenn Cohen, Elisabeth Sepper), Cambridge University Press, Cambridge 2017, 75–86.
- Marković V., „Pojam sekularnosti – istorijski, pravni i aksiološko-etimološki aspekti”, *Bogoslovlje* 2/2020, 103–126.
- McCrea R., „EU Law and Religion: Protecting a Privileged Position for Majority Faiths?”, in: *Freedom of Religion: An Ambiguous Right in the Contemporary European Legal Order* (eds. Hedvig Bernitz, Victoria Enkvist), Hart Publishing, Oxford 2020, 51–60.
- McCrea R., *Religion and the public order of the European Union*. PhD thesis, London School of Economics and Political Science, London 2009.
- McCrea R., „Regulating the Role of Religion in Society in an Era of Change and Secularist Self-doubt: Why European Courts Have Been Right to Adopt a Hands-Off Approach”, *Current Legal Problems* 1/2022, 111–135, <https://doi.org/10.1093/clp/cuac004>.

- Nikolić O., *Država, crkva i sloboda veroispovesti*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2022.
- Pin A., Witte Jr. J., „Meet the New Boss of Religious Freedom: The New Cases of the Court of Justice of the European Union”, *Texas International Law Journal* 55/2020, 223–268.
- Portaru A., „The EU Guidelines on Freedom of Religion or Belief at Their Fifth Anniversary: Implementation Lagging Behind?”, in: *European Yearbook on Human Rights* (eds. Wolfgang Benedek et al.), Intersentia 2018, 193–210.
- Rajić Ćalić, J., Stanić M., „Nošenje verskih obeležja na radnom mestu, razumno prilagođavanje i slučaj Eveida”, in: *Preispitivanje klasičnih ustavnopravnih shvatanja u uslovima savremene države i politike* (ur. Miroslav Đorđević), Institut za uporedno pravo, Beograd 2021, 363–373.
- Robbers G., „Church and state in Germany”, in: *State and church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers), Nomos, Baden-Baden 2019, 109–124.
- Robbers G., „Diversity of State-Religion Relations and European Union Unity”, *Ecclesiastical Law Journal* 7/2004, 304–316.
- Robbers G., „Država i crkva u Evropskoj uniji”, u: *Država i crkva u Evropskoj uniji* (ur. Gerhard Robbers), Pravoslavni bogoslovski fakultet, Beograd 2012, 9–17.
- Taylor A., „The CJEU as an Asylum Court: What Role for Human Security Discourses in the Interpretation of Persecution In the Qualification Directive?”, in: *The Common European Asylum System and Human Rights: Enhancing Protection In Times of Emergencies* (eds. Claudio Matera, Amanda Taylor), Centre for the law of EU external policies, The Hague 2014, 77–92.
- Taylor M. R., „Inside the EU–China Human Rights Dialogue: assessing the practical delivery of the EU’s normative power in a hostile environment”, *Journal of European Integration* 3/2022, 365–380, 10.1080/07036337.2020.1854245.
- Trailović D., „Politika ljudskih prava Evropske unije i kineski suverenizam: slučaj Sindanga”, *Međunarodni problemi* 1/2021, 58–86.
- Velluti S., *Reforming the Common European Asylum System – Legislative Developments and Judicial Activism of the European Courts*, Springer, New York 2014.
- Ventura M., „The Formula ‘Freedom of Religion or Belief’ in the Laboratory of the European Union”, *Studia z Prawa Wyznaniowego* 23/2020, 7–54.

- Vickers L., „Religious Ethos, Employers and Genuine Occupational Requirements Related to Religion: The Need for Proportionality”, *International Labor Rights Case Law* 1/2019, 75-79.
- Witte J. Jr, Pin A., „Faith in Strasbourg and Luxembourg? The Fresh Rise of Religious Freedom Litigation in the Pan-European Courts”, *Emory Law Journal* 3/2021, 587–661.

Other sources

- Accession criteria (Copenhagen criteria), <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/accession-criteria-copenhagen-criteria.html>, 5. 5. 2023.
- ADF International, EU finally appoints religious freedom envoy after almost 3 year wait, <https://adfinternational.org/special-envoy/>, 10. 7. 2023.
- Ahlm E., *An EU Law on Religion – A Recent Development*, <https://canopyforum.org/2021/03/12/an-eu-law-on-religion-a-recent-development>, 22. 7. 2023.
- Albania 2022 Report SWD(2022) 332 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022SC0332>, 16. 7. 2023.
- Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, *OJ L* 180.
- Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, *OJ L* 303.
- Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or Stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted *OJ L* 304.
- Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, *OJ L* 373.
- Council Regulation (EC) No 168/2007 of 15 February 2007 establishing a European Union Agency for Fundamental Rights and Council Regulation (EU) 2022/555 of 5 April 2022 amending Regulation (EC) No 168/2007 establishing a European Union Agency for Fundamental Rights, *OJ L* 108.
- Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal

- opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation *OJ L* 204.
- Directive 2010/41/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity and repealing Council Directive 86/613/EEC *OJ L* 180.
- Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast), *OJ L* 337.
- EU Commission, *Combating anti-Muslim hatred*, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/combating-anti-muslim-hatred_en, 31. 7. 2023.
- EU Commission, *Coordinator on combating antisemitism and fostering Jewish life*, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/combating-antisemitism/coordinator-combating-antisemitism-and-fostering-jewish-life_en, 31. 7. 2023.
- European Commission, *Dialogue with churches, religious associations and non-confessional organizations*, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/dialogue-churches-religious-associations-and-non-confessional-organisations_en, 20. 7. 2023.
- EU-China Human Rights Dialogue, https://www.eeas.europa.eu/node/60561_en, 19. 7. 2023.
- EU Monitor, <https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vjgm-lru98hxx>, 18. 7. 2023.
- Eurobarometer, *Special Eurobarometer 493 Report, Discrimination in the European Union, 2019*, <https://webgate.ec.europa.eu/ebsm/api/public/deliverable/download?doc=true&deliverableId=71116>, 22. 7. 2023.
- European Parliament Press Release, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20211108IPRI16844/poland-no-more-women-should-die-because-of-the-restrictive-law-on-abortion>, 30. 7. 2023.
- European Parliament resolution of 4 February 2016 on the systematic mass murder of religious minorities by the so-called 'ISIS/Daesh' (2016/2529(RSP)) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016IP0051>, 29. 7. 2023.

- European Parliament resolution of 15 January 2019 on EU Guidelines and the mandate of the EU Special Envoy on the promotion of freedom of religion or belief outside the EU (2018/2155(INI), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52019IP0013>, 29. 7. 2023.
- EU appoints Frans Van Daele to promote religious freedom, https://risu.ua/en/european-union-appoints-frans-van-daele-to-promote-religious-freedom_n134746, 29. 7. 2023.
- EU Rule of Law Report Methodology 2023, https://commission.europa.eu/document/72ff8a72-5d69-49ba-8cb6-4300859ee175_en, 31. 7. 2023.
- Foret F., How the European External Action Service deals with religion through religious freedom, *EU Diplomacy Paper* 7/2017.
- FRA Single Programming Document 2023-2025, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/spd_2023-2025_final_en.pdf, 31. 7. 2023.
- Guidelines on the promotion and protection of freedom of religion or belief, Foreign Affairs Council meeting Luxembourg, 24 June 2013.
- Judgment of the Court (Grand Chamber) of 5 September 2012, Case C-71/11 and C-99/11, *Germany v. Y and Z*, ECLI:EU:C:2012:518.
- Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 March 2017, Case C-188/15, *Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v Micropole SA*, ECLI:EU:C:2017:204.
- Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 March 2017, Case C-157/15, *Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4S Secure Solutions NV* ECLI:EU:C:2017:203.
- Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 April 2018, Case C-414/16, *Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.* ECLI:EU:C:2018:257.
- Judgment of the Court (Second Chamber) of 4 October 2018, Case C-56/17, *Bahtiyar Fathi v Predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*, ECLI:EU:C:2018:803.
- Judgment of 11 September 2018 of the Court (Grand Chamber), Case C-68/17, *IR v JQ* ECLI:EU:C:2018:696.
- Judgment of 22 January 2019 of the Court (Grand Chamber), Case C-193/17, *Cresco Investigation GmbH v Markus Achatzi*, ECLI:EU:C:2019:43.
- Judgment of 16 February 2022, Case C-156/21, *Hungary v. Parliament and Council*, ECLI:EU:C:2022:97.
- Judgment of 16 February 2022, Case C-157/21, *Poland v. Parliament and Council*, ECLI:EU:C:2022:98.
- Judgment of 15 January 2013, Case of *Eweida and others v. the United Kingdom*, Applications nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0115JUD004842010.

- Judgment of 15 July 2021 of the Court (Grand Chamber), Joined Cases C-804/18 *IX v WABE eV* and C-341/19 *MH Müller Handels GmbH v MJ*, ECLI:EU:C:2021:594.
- Kholwadia S., „EU Headscarf Bans: The CJEU’s missed opportunity for reflection on neutrality in *IX v Wabe* and *MH Müller Handels v MJ*”, Oxford Human Rights Hub, <https://ohrh.law.ox.ac.uk/eu-headscarf-bans-the-cjeu-missed-opportunity-for-reflection-on-neutrality-in-ix-v-wabe-and-mh-muller-handels-v-mj/>, 29. 7. 2023.
- McCrea R., „The Recognition of Religion within the Constitutional and Political Order of the European Union”, *LEQS Paper* No. 10/2009.
- North Macedonia 2019 Report SWD(2019) 218 final, <https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/system/files/2019-05/20190529-north-macedonia-report.pdf>, 15. 7. 2023.
- Pech L., *The Rule of Law in the EU: The Evolution of the Treaty Framework and Rule of Law Toolbox*, <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2020/03/RECONNECT-WP7-2.pdf>, 15. 5. 2023.
- Perchoc P., *et al.*, Religion and the EU’s external policies Increasing engagement, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/646173/EPRS_IDA\(2020\)646173_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/646173/EPRS_IDA(2020)646173_EN.pdf), 17. 7. 2023.
- President Juncker appoints the first Special Envoy for the promotion of freedom of religion or belief outside the European Union, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_16_1670, 22. 7. 2023.
- Proposal for a Council Directive on standards for equality bodies in the field of equal treatment between persons irrespective of their racial or ethnic origin, equal treatment in the field of employment and occupation between persons irrespective of their religion or belief, disability, age or sexual orientation, equal treatment between women and men in matters of social security and in the access to and supply of goods and services, and deleting Article 13 of Directive 2000/43/EC and Article 12 of Directive 2004/113/EC, COM(2022) 689 final.
- Regular report from the Commission on Malta’s progress towards accession 2000. COM (2000) 708 final, 8 November 2000.
- Regular report from the Commission on Romania’s progress towards accession 1998. COM (98) 702 final, 17 December 1998.
- Regulation 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget, *OJ L* 433I.
- Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial

or ethnic origin ('the Racial Equality Directive') and of Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation ('the Employment Equality Directive').

Saiz Arnaiz, A. *et al.*, Religious practice and observance in the EU Member States, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2013/474399/IPOL-LIBE_ET\(2013\)474399_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2013/474399/IPOL-LIBE_ET(2013)474399_EN.pdf), 22. 7. 2023.

Sharpston, E. Shadow Opinion of former Advocate-General Sharpston: headscarves at work (Cases C-804/18 and C-341/19) <http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/03/shadow-opinion-of-former-advocate.html>, para 79, 22. 7. 2023.

Shepherd, A. Diplomacy and Determination: Five Years of the EU Guidelines on Freedom of Religion or Belief, FoRB in Full, 16. 4. 2018, www.forbinfull.org/2018/04/16/diplomacy-and-determination-five-years-of-the-eu-guidelines-on-freedom-of-religion-or-belief, 26. 7. 2023.

Serbia 2022 Report SWD(2022) 338 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022SC0338>, 12. 7. 2023.

Towards-a-new-gold-standard-for-equality-bodies-and-equal-societies, <https://equineteurope.org/towards-a-new-gold-standard-for-equality-bodies-and-equal-societies/>, 20. 7. 2023.

Transatlantic policy network on religion and diplomacy, <https://berkeley-center.georgetown.edu/projects/transatlantic-policy-network-on-religion-and-diplomacy>, 12. 7. 2023.

Van den Brink M., 'Pride or Prejudice?': The CJEU Judgment in IX v Wabe and MH Müller Handels GmbH, Verfassungsblog, 20 July 2021, <https://verfassungsblog.de/pride-or-prejudice/>, 25. 7. 2023.

Venice Commission of the Council of Europe, *The Rule of Law Checklist*.

THE DEVELOPMENT OF PRIMARY LAW REGARDING THE RELATION BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND CHURCHES AND RELIGIOUS COMMUNITIES

Summary

The development of relation between the European Union and churches and religious communities was initially based on an informal dialogue, expressed through the exchange of views of European Union's officials and representatives of certain churches and religious communities. These views were developed and harmonised with the development of the institutions of the European Union as a supranational organisation, with the tendency of gradual institutionalisation of the relation between the European Union and churches and religious communities, until this relation was precisely defined. Bearing in mind that primary law is the basis for all the other acts adopted by the institutions of the European Union, the best conclusion can be drawn from the analysis of the texts of the founding acts, on how they were regulated and how these acts were developed in terms of the relationship towards churches and religious communities and freedom of religion. This paper includes the analysis of the development of primary law and the institutionalisation of relations between the European Union and churches and religious communities, starting from the founding treaties to the Lisbon Treaty on the Functioning of the European Union.

Keywords: European Union, churches, religious communities, primary law, institutionalisation of relations.

1. Introduction

After the Second World War and the division of the world into two spheres of interest between the Soviet Union and the United States of America, many important international organisations were founded, primarily with the aim of preventing the outbreak of any new global conflict or war. The emphasis was also on developing the position of man as an individual in such a world. Thus the development and protection of human rights and fundamental freedoms becomes the primary proclaimed goal and activity of those organisations. In such a divided Europe, for ideological reasons,

* Senior Advisor in the Ministry of European Integration, gulag4@yahoo.com

international organisations were considered as a kind of the protector of rights and freedoms and an important factor of a certain value system. The Council of Europe was founded as the oldest international organisation in Europe, in accordance with the London Treaty on May 5, 1949. The role of the Council of Europe in the area of human rights and fundamental freedoms is very important, primarily due to the adoption of the document in 1950, i.e. the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. At that moment, that represented a turning point in the field of human rights and fundamental freedoms and their protection. The freedom of religion is one of the freedoms found in the corpus of the most important basic human rights.¹ Since it is a part of personal rights and freedoms, i.e. the right and freedom of personal expression², the freedom of religion was proclaimed in that period by acts of international organisations and belongs to the first generation of human rights and freedoms. Religion and freedom of religion, as the most intimate part of social life that permeates the spiritual integrity of a person, is considered a very important part of the daily life and life of people in Western Europe. Also, in that period, religion was considered one of the most important components in opposing the existing ideological single-mindedness of Eastern Europe. One of the significant roles within that idea has been also played by the European Union, as a specific supranational organisation in Europe.

2. The idea of founding the European Union

The foundation of the Council of Europe marked a historic peace between France and Germany, given that Strasbourg, located on the border between the two countries, was chosen as its seat. Ideas about the establishment of the European Union were present both before and after the Second World War. Even Winston Churchill, who at that time was the Prime Minister of Great Britain, addressed the students of the University of Zurich on September 19, 1946, and in his speech³, emphasising that Europe is a continent that includes the most beautiful and cultivated areas. He described it as the birthplace of the Christian religion and ethics, the birthplace of almost all cultures, arts, philosophy, and science. In the same speech, he said that the first step in creating a European family is the partnership between France and Germany. In this sense, he presented his idea of the formation

¹ Art. 9 of the European Convention.

² P. Nikolić, *Ustavno pravo*, Službeni list SRJ, Beograd 1994, 159.

³ W. Churchill, *Speech to the Academic Youth*, PACE website, Zürich, Switzerland: Parliamentary Assembly of the Council of Europe, 19 September 1946, <https://rm.coe.int/16806981f3>, 20. 8. 2023.

of the United States of Europe, which would be the turning point of the European family of nations. As the first step towards that, he envisioned the establishment of the Council of Europe.

At the same time, in the spring of 1947, a new idea about the creation of the Marshall Plan was developed. The former United States Secretary of State George Catlett Marshall attended the meeting of the Council of Foreign Ministers held on April 28, 1947, in order to examine the possibility of including the Soviet Union in the reconstruction of Europe, which was very slow at that time. However, instead he encountered some opposing opinions that predicted the economic failure of Western Europe.⁴ Despite that, on June 2, 1947, George Marshall prepared a plan for the economic recovery of Europe, which included the participation of the United States of America, and which was supported by 16 countries of Western Europe (including Italy and France). Technical support and financial assistance amounted to 13 billion dollars over the next 4 years.

In order to prevent a new war in future, French Prime Minister Robert Schuman published his Declaration on May 9, 1950, in which he proposed the foundation of the European Coal and Steel Community. This community was the first of many supranational institutions and the forerunner of the European Union. The idea was to unite the Member States of the European Coal and Steel Community, to produce coal and steel together, and have a common market. The basic idea comes from the French Commissioner Jean Monet, who had the so-called Monet Plan from 1945. According to this plan, any future war could be prevented if Germany were prohibited from producing weapons, which meant France's share of German coal reserves in the Ruhr and Saar regions, which were rich in coal mines.⁵ German Chancellor Konrad Hermann Joseph Adenauer gave permission for the Schuman Plan, and together with Germany and France, Italy, Belgium, the Netherlands and Luxembourg also joined the plan. Those countries signed the Treaty establishing the European Coal and Steel Community on April 18, 1951, which entered into force on July 23, 1952. Shortly before entering into the force of the Treaty, the same countries signed the Treaty establishing the European Defense Community on May 27, 1952, which was initiated by the former French Prime Minister René Pleven. At the Conference of Ministers of Foreign Affairs of the Member States of the European Coal and Steel Community in Messina, on June 1 and 2, 1955, negotiations on integration into two more sectors began. On April 21, 1956,

⁴ D. Volkogonov, *Stalin: Triumph and Tragedy*, Forum, 1996, 531.

⁵ A. S. Milward, *The Reconstruction of Western Europe, 1945-51*, University of California Press, Berkeley 1984, 128.

the Belgian politician Paul-Henri Spack prepared a report in which he concluded that the integration of European economies, sector by sector would be very difficult. For that reason, in his report, he proposed the horizontal integration of the economy, through the gradual elimination of market barriers in order to create a customs union. That report was a turning point for the Treaties of Rome on the establishing the European Economic Community and the European Atomic Energy Community, which were signed on March 25, 1957. Those treaties provide for the establishment of a common market, freedom of people movement, free flow of services and capital, as well as coordination and harmonisation of different policies.

3. Founding treaties

The primary law of the European Union consists of founding treaties with all annexes, protocols and declarations, general legal principles of the European Union, then international agreements, which include conventions between the Member States of the European Union, agreements of the European Union with third countries (which are not members)⁶, as well as with international organisations. The analysis of founding treaties can best show the way in which they have been regulated and the direction of development of parts of those acts regarding churches and religious communities and freedom of religion.

Namely, in the founding treaties there were no specific provisions that would refer to freedom of religion and to churches and religious communities, because they primarily dealt with the regulation of production and redistribution of coal and steel, economic community and atomic energy. However they have contained certain provisions which are still valid in primary law today, and which could be marked as provisions of primary law that have an impact on certain activities of churches and religious communities.⁷ The priority of the Treaty establishing the European Coal and Steel Community was to ensure lasting peace and the reconstruction of the economy of the European continent after the war, through economic expansion, growth of employment and rising standard of living.⁸ The significant novelty at that moment was that supranational institutions were established for the first time with the founding treaties. The Preamble of the Treaty establishing the European Economic Community envisages the determination

⁶ T. C. Hartley, *The foundations of European Union law*, Oxford University press, Oxford 2014, 174–198.

⁷ V. Đurić, M. Trnavac, „Privredna delatnost crkava i verskih zajednica”, *Strani pravni život* 3/2018, 90.

⁸ Art. 2 of the Treaty establishing the European Coal and Steel Community.

“to establish the foundations of an ever closer union among the European peoples”, to remove “existing obstacles” in direction “to the essential purpose of constantly improving the living and working conditions of their peoples”, and all “in accordance with the principles of the United Nations Charter”. It also calls “to strengthen the safeguards of peace and liberty by establishing this combination of resources, and calling upon the other peoples of Europe who share their ideal to join in their efforts”. In a broader sense, the provision that enables the freedom of people movement⁹ based on Article 3 of the Treaty that establishes the European Economic Community, was important for the exercising of the freedom of religion since thus representatives and members of churches and religious communities in the Member States could connect more easily. In spite of the fact that this treaty did not contain provisions that would regulate the field of human rights, the European Court of Justice took the view that there were certain unwritten general legal principles, which derived from several sources, within the framework of Community law.¹⁰ According to those sources, it can be pointed out that until the Maastricht Treaty, certain documents were adopted that do not belong to the sources of primary law of the European Union, but are of importance in the area of human rights and fundamental freedoms. Those documents are known as so-called “soft law”¹¹, and are also a good basis for the development of primary law. This primarily refers to the Joint Declaration on Human Rights adopted on April 5, 1977. In Article 1 of this declaration, the European Parliament, the Council and the Commission jointly stress the importance they attach to the protection of fundamental rights, derived in particular from the constitutions of the Member States and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and that in accordance with Article 2, they respect and will continue to respect these rights. In addition to this declaration, it is important to highlight the Joint Declaration against Racism and Xenophobia, adopted on June 11, 1986, where Article 1 vigorously condemns all forms of intolerance, hostility and use of force against persons or groups of persons on the grounds of racial, religious, cultural, social or national differences. In this document, Article 2 affirms the determination to protect the individuality and dignity of every member of society and to reject any form of segregation of foreigners. Article 5 highlights the

⁹ H. Fenwick, R. Glancey, *Civil liberties and human rights*, Routledge, London 2013, 213–236.

¹⁰ M. N. Shaw, *International law*, Cambridge University press, Cambridge 2003, 344.

¹¹ D. Shelton, “Soft Law”, in: *Routledge Handbook of International Law*, (ed. David Armstrong), Routledge, London 2009, 68–79.

importance of adequate and objective information and of making all citizens aware of the dangers of racism and xenophobia, and the need to ensure that all acts or forms of discrimination are prevented or curbed. In order to support the single market, anti-discrimination legislation was established as part of the policy, because discrimination and racism are recognized as the main obstacles to freedom of movement and social integration in the single European market. However, until the Treaty of Amsterdam, religion was not explicitly stated.

The Single European act adopted on February 17, 1986 and entered into force on July 1, 1987, in its Preamble emphasizes the determination “to work together to promote democracy on the basis of the fundamental rights recognised in the constitutions and laws of the Member States, in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the European Social Charter”. At the same time, this act refers to the implementation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, particularly emphasizing freedom, equality and social justice. The Preamble also states the conviction that “the European idea, the results achieved in the field of economic integration and political cooperation, and the need for new developments correspond to the wishes of the democratic peoples of Europe, for whom the European Parliament, elected by universal suffrage, is an indispensable means of expression”. Here, for the first time, the need to regulate other areas at the supranational level, and not only the areas of economy and political cooperation, is emphasized. Namely, determination has been expressed in the direction of improving the economic and social situation through the expansion of joint policies and the achievement of new goals, and the awareness of “the responsibility incumbent upon Europe to aim at speaking ever increasingly with one voice and to act with consistency and solidarity in order more effectively to protect its common interests and independence”. In this way, commitment to the principles of democracy and compliance with regulations is expressed, especially in the domain of human rights and fundamental freedoms. In this part of the Preamble of the Single European Act, it is concluded that “together they may make their own contribution to the preservation of international peace and security in accordance with the undertaking entered into by them within the framework the United Nations Charter”. Thus, indirectly, by referring to the document of another international organisation, which calls for the promotion and encouragement of respect for human rights and fundamental freedoms for everyone regardless of race, gender, language or religion, it indicates on the need to contribute to the exercising of human rights and fundamental freedoms.

At this moment in the law of the European Community there are three categories of provisions on the position of individuals. Within the first category, one does not go beyond the traditional concept of international law obligations, because they relate to mutual rights and create obligations among Member States, but not directly for individuals.¹² As regards the second category of provisions, they refer only to Community institutions, which are expected to adopt measures to implement the objectives of the Community set out in the founding treaties.¹³ Therefore, the provisions of the treaties do not apply to individuals, but those enforcement measures (secondary legislation). The third type of provisions creates obligations and applies only to Member States, but taking into account that the European Court of Justice in its practice has assessed such provisions as having such a nature as to produce a direct effect in legal relations between Member States and individuals.¹⁴ Those provisions apply directly to individuals without legislative intervention by Member States, thereby creating rights for individuals that are enforceable and protected in national courts.

4. Maastricht Treaty

On the basis of the Maastricht Treaty, which was signed on February 7, 1992 and entered into force on November 1, 1993, the European Union was established under this name. The Treaty on the European Union was signed by 12 ministers of foreign affairs and finance of the Member States. According to this treaty, the European Union is based on the European Communities, common foreign and security policy, justice and internal affairs. With the entry into force of this treaty, the European Economic Community became the European Community, and the legislative and supervisory powers of the European Parliament were expanded. The Maastricht Treaty was signed in specific historical circumstances, after the end of the Cold War, when there was an enormous increase in the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms.¹⁵ In the Preamble of this treaty, the determination to “mark a new stage in the process of European integration undertaken with the establishment of the European

¹² A. G. Toth, „The individual and European law”, *The International and comparative law quarterly* 4/1975, 661, according to L. Henkin *et al.*, *International law: cases and materials*, West Group, 1993, 379.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ T. Dunne, M. Hanson, “Human Rights in International Relations”, in: *Human rights, Politics and Practice* (ed. Michael Goodhart), Oxford University press, Oxford 2013, 48–49.

Communities”, as well as “the historic importance of the ending of the division of the European continent and the need to create firm bases for the construction of the future Europe” was emphasized. The Member States once again confirmed their commitment to the principles of freedom, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms, as well as for the rule of law. Churches and religious communities are still not explicitly mentioned, but in the Treaty on European Union the desire to “deepen the solidarity between their peoples while respecting their history, their culture and their traditions” has been expressed. The European Union, while respecting the national identities of the Member States, expresses respect for the status of churches and religious communities in those states.¹⁶ In addition, the determination to promote and facilitate the free movement of people, while guaranteeing the safety and security of their citizens, “by including provisions on justice and home affairs in this Treaty”, is highlighted. On the basis of the Maastricht Treaty, the Member States have established the European Union, which marks a new stage of the integration process with the aim of creating unity among the peoples of Europe, where decisions are made in a transparent manner in accordance with the interests of all citizens.¹⁷ The European Union is based on the European Communities, which is now supplemented with new policies and forms of cooperation in accordance with this treaty, and one of its tasks is to organise, in a manner demonstrating consistency and solidarity, relations between the Member States and between their peoples.¹⁸ The European Union was founded on the principles of freedom, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms and the rule of law, i.e. principles common to the Member States.¹⁹ In the Treaty on the European Union, the commitment of the Union to the respect of fundamental rights is confirmed in accordance with the provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, but also in the manner in which human rights and fundamental freedoms derive from the constitutional traditions common to the Member States and the general principles of law of the Communities.²⁰ In this way, Article 9 of the European Convention is covered, which guarantees the exercising and protection of freedom of thought, conscience and religion. In the Maastricht Treaty, there is a guarantee that the Union will respect the national identities of the

¹⁶ G. Robbers, *Europarecht und Kirchenrecht*, Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1994, 323.

¹⁷ Art. A, para. 1 and 2 of the Maastricht Treaty.

¹⁸ Art. A, para. 3 of the Treaty.

¹⁹ Art. F, para. 1 of the Treaty.

²⁰ Art. F, para. 2 of the Treaty.

Member States.²¹ Based on this provision, it could be indirectly concluded that the Union respects the status and important role that churches and religious communities had in creating and preserving the identity of the Member States. Also, respect for human rights and fundamental freedoms has been proclaimed as one of the goals of the joint foreign and security policy.²²

5. Amsterdam Treaty

The Amsterdam Treaty was signed on October 2, 1997, which entered into force on May 1, 1999, in order to prepare the reformed institutions of the European Union for the accession of new members. In Article 6a the Amsterdam Treaty stipulates that the Council, based on the proposal of the European Commission and after consultation with the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on gender, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation. The wording “may take appropriate action to combat discrimination” actually means that the European Union can develop its anti-discrimination policy. This further implies the transfer of this policy area from the level of Member States to the supranational level. In accordance with this provision, the European Union adopted regulations and programs in accordance with its new competence in order to fight discrimination. In the anti-discrimination regulations in the field of employment and occupation²³, a general framework was established with the aim of equal treatment in employment and occupation. In the case of professional activities of churches and other public or private organisations that are based on religion or belief, it is stipulated that the difference in treatment based on a person’s religion or belief does not constitute discrimination in which, due to the nature of these activities or the context in which they are carried out, person’s religion or belief represents a real, legitimate and justified demand for occupation.²⁴ In accordance with those provisions, churches and religious communities may under those conditions employ personnel of a particular denomination, who must act in good faith and be loyal to the teachings of that denomination. However, some states have provided for exceptions that go beyond the provisions of anti-discrimination regulations or that remain ambiguous (e.g. Greece, Italy, Slovakia, the Republic of Ireland).²⁵ In the

²¹ Art. F, para. 3 of the Treaty.

²² Art. J, para. 1 of the Treaty.

²³ Council Directive 2000/78/EC, November 27, 2000.

²⁴ Art. 4 of the Directive.

²⁵ M. Bell, I. Chopin, F. Palmer, *Developing Anti-Discriminating Law in Europe, The 25 EU Member States compared*, European Commission, 2007, 18.

area of employment and anti-discrimination regulations, where the principle of equal treatment of persons regardless of racial and ethnic origin is foreseen²⁶, the European Union has mainly regulated issues related to the common market. Within the jurisdiction of the European Union, those regulations represent the basis for the protection of all discriminated people, which also includes protection from discrimination based on religious beliefs. In this direction, the European Union has adopted the Action Program for the fight against discrimination for the period 2001-2006.²⁷ In this way, through the anti-discrimination policy, the individual rights of all European citizens regarding the protection and expression of religious beliefs have been strengthened, even in relation to the governments of the Member States. In addition, in this way, a new area of regulation by the European Union is affected, which further affects the quality of the development of its sphere of influence. This European Union program expands the areas of regulation at the supranational level in order to overcome differences, but without directly interfering with the national sovereignty of the Member States. Thus, support is provided for the policy of minority groups protection, which can no longer be considered a threat due to new and different views of the world.

It is particularly important to point out that the Declaration on the status of churches and non-confessional organisations was adopted with the Amsterdam Treaty. This declaration states that “the European Union respects and does not prejudice the status under national law of churches and religious associations or communities in the Member States.” Also, it was pointed out that the European Union “equally respects the status of philosophical and non-confessional organisations”. Based on the text of the Declaration, it can be concluded that the European Union leaves the regulation of the status of churches and religious communities to the Member States and their regulations, which indicates that the previous practice continues. For the first time, the European Union has made a clear statement on this issue, and the stated text of the Declaration fits into the framework of the “unity in diversity” policy, which is the basis of European identity and policy making. On the occasion of the Declaration on the status of churches and non-confessional organisations, Greece has had its own declaration in which it has recalled the Joint Declaration on Mount Athos annexed to the Final Act of the Treaty of Accession of Greece to the European Communities. The Joint declaration concerning Mount Athos states that “recognizing that the special status granted to Mount Athos, as guaranteed by Article

²⁶ Council Directive 2000/43/EC, June 29, 2000.

²⁷ Council Decision 2000/750/EC, November 27, 2000.

105 of the Hellenic Constitution, is justified exclusively on grounds of a spiritual and religious nature, the Community will ensure that this status is taken into account in the application and subsequent preparation of provisions of Community law, in particular in relation to customs franchise privileges, tax exemptions and the right of establishment”.

The Protocol on protection and welfare of animals has been also adopted, where it is stipulated that “in formulating and implementing the Community’s agriculture, transport, internal market and research policies, the Community and the Member States shall pay full regard to the welfare requirements of animals, while respecting the legislative or administrative provisions and customs of the Member States relating in particular to religious rites, cultural traditions and regional heritage”. Thus, specific needs of certain churches and religious communities are taken into account as part of the performance of religious rituals, which are foreseen by their internal acts as the ritual sacrifice of animals. The Declaration on voluntary service activities, adopted with the Amsterdam Treaty, recognises the important contribution made by voluntary service activities to developing social solidarity, which is significant due to the voluntary activity and humanitarian work of churches and religious communities. The Declaration encourages the European dimension of voluntary organisations with particular emphasis on the exchange of information and experiences as well as on the participation of the young and the elderly in voluntary work.

6. Treaty of Nice

The Treaty of Nice on amendments to the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts was signed on February 26, 2001, and entered into force on February 1, 2003. The purpose of this treaty was to reform the institutions of the European Union, for the sake of efficient functioning with the increase in the number of Member States, which at that time was 25. The most important novelty includes the change in the composition of the European Commission and changes in the voting system in the Council. The Declaration on the future of the Union was adopted with the Treaty of Nice and raised the issue on “how to establish and monitor more precise delimitation of powers between the European Union and the Member States, reflecting the principle of subsidiarity”. The need to simplify the treaties was expressed in order to make them clearer and easier to understand without changing their essence, with a particular specification of the role played by national parliaments in the European architecture. The Charter of Fundamental Rights was proclaimed in Nice as one

of the most important issues, so the Declaration stated the need to resolve that issue according to the conclusions of the European Council in Cologne.

Namely, on June 3 and 4, 1999 in Cologne, the European Council adopted a conclusion where was determined that at that stage of the European Union development, the realisation and protection of human rights and fundamental freedoms should be proclaimed in the Charter, which would make them more obvious. In accordance with that position, at the meeting held on October 15 and 16, 1999 in Tampere, the European Council determined the composition, working methods and practical preparations of the body for drafting the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The draft of the Charter was adopted on October 2, 2000 and was solemnly proclaimed on December 7, 2000, by the European Parliament, the Council and the European Commission in Nice. At the same time, it was decided to delay the decision on the legal status of the Charter, which was actually done during the adoption of the Treaty of Nice, when this issue was raised again. The fact that it was adopted by the three most important institutions of the European Union, as well as the fact that the Court of Justice of the European Union quotes it to the greatest extent when making its decisions, speaks of great importance of the Charter of Fundamental Rights of the European Union²⁸. In its Preamble, the Charter highlights the spiritual values on which the European Union is based. Namely, the second part of the Preamble points out that “conscious of its spiritual and moral heritage, the Union is founded on the indivisible, universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity; it is based on the principles of democracy and the rule of law.” The third part says that “The Union contributes to the preservation and to the development of these common values while respecting the diversity of the cultures and traditions of the peoples of Europe...”

Article 10 of the Charter of Fundamental Rights only confirms adherence to Article 9 of the European Convention on Human Rights of the Council of Europe, since it guarantees in an almost identical way that “Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion. This right includes freedom to change religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or in private, to manifest religion or belief, in worship, teaching, practice and observance”. This is not surprising, considering that the Charter contains solutions that are “borrowed” from the European Convention on Human Rights.²⁹ Also, in

²⁸ Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01), *Official Journal of the European Union* C 364/1, December 18, 2000.

²⁹ K. Shoraka, *Human Rights and Minority Rights in the European Union*, Routledge, London 2010, 48.

Article 10 of the Charter, the right to conscientious objection is guaranteed in accordance with the regulations of the Member States that regulate the exercise of this right. In this way, the Charter of Fundamental Rights emphasises the freedom of religion within the legal system of the European Union, giving it a central place due to the principle of supremacy of European Union's law over national laws that guarantee the exercise of the freedom of religion.³⁰

Article 21 of the Charter contains provisions that regulate the prohibition of discrimination, i.e. that "any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited". Article 22 of the Charter states that "the Union shall respect cultural, religious and linguistic diversity". In accordance with the respect of the principle of subsidiarity³¹, the provisions of the Charter must be applied not only by the institutions and bodies of the European Union, but also by the competent authorities of the Member States when they implement the regulations of the European Union. With the entry into force of the Treaty of Lisbon, the Charter of Fundamental Rights will have the same legal force as the treaties of the European Union. Thus, it will become a source of primary law of the European Union.

7. Treaty of Lisbon

The provisions of the Treaty on the Functioning of the European Union (Treaty of Lisbon), which was signed on December 13, 2007 and entered into force on December 1, 2009, are certainly the most important step for the development of relation between the European Union and churches and religious communities. With this Treaty the further affirmation of European principles and values continued. Also, the Treaty of Lisbon resolved a number of issues of the Union's institutional structure and its better functioning in conditions of increased enlargement.³² The European Union emphasizes and appreciates the significant contribution to churches

³⁰ E. Svensson, "The Constitutionalization of Freedom of Religion in the European Union: What Changes are the Charter of Fundamental Rights expected to bring about?", in: *Law, Religion, Constitution – Freedom of Religion, Equal treatment, and the Law*, (eds. Cole Durham et al.), Routledge, London 2013, 277.

³¹ G. Robbers, *State and Church in European Union*, in: *State and Church in European Union* (ed. Gerhard Robbers), Nomos, Baden-Baden, 2005, 586.

³² С. Самарцић, *Србија и Европска унија – придруживање у доба застоја проширења*, Центар за либерално демократске студије, Београд 2011, 46.

and religious communities by recognising their identity in accordance with the law of Member States, inviting them to maintain an open, transparent and regular dialogue, thus continuing to recognise their significance. In Article 17 of the Treaty on the Functioning of the European Union, it is clearly stated that “the Union respects and does not prejudice the status under national law of churches and religious associations or communities in the Member States”, and that “the Union equally respects the status under national law of philosophical and non-confessional organisations”. Bearing in mind those provisions, the right of churches and religious communities to act within the framework of legal system of particular state is guaranteed in all Member States, although there are differences in terms of relations between Member States and churches and religious communities, and therefore in scope of exercising and protection of freedom of religion.³³

These provisions of Article 17 of the Treaty on the Functioning of the European Union define the relation between the European Union and churches and religious communities in almost the same way as defined in the Declaration within the Amsterdam Treaty. However, it is important to note that these provisions are now for the first time in the text of the Treaty itself. The Treaty on the Functioning of the European Union goes a step further, and in this article it stipulates that “the Union shall maintain an open, transparent and regular dialogue with these churches and organisations”. According to this provision, the primary law of the European Union explicitly introduces for the first time the obligation for European institutions to have regular communication with churches and religious communities. This only confirms the importance of freedom of religion and the legal position of churches and religious communities for Member States, but also for all those states that are in the process of gaining membership in the European Union. The element of the transcendental nature of religion separates churches and religious communities from wider civil society, which is why special provisions have been set aside. That gives them the possibility of a special type of dialogue with the institutions of the European Union. Churches and religious communities represent universal belief systems, drawing in a certain sense greater authority than competent authorities, precisely because of those beliefs.

The Treaty of Lisbon proclaimed that the European Union “in defining and implementing its policies and activities, the Union shall aim to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation”.³⁴ Without prejudice to the other

³³ M. Trnavac, „Ostvarivanje i zaštita slobode veroispovesti u Bugarskoj, Rumuniji i Grčkoj”, *Strani pravni život* 1/2018, 74.

³⁴ Art. 10 of the Treaty.

provisions of the Treaties and within the limits of the powers conferred by them upon the Union, the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation.³⁵ In accordance with these provisions, the prohibition of discrimination has been proclaimed in an unambiguous manner, as well as the measures aimed at eliminating it in any respect. The Treaty on the European Union states that “the Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.”³⁶ Also, it is stated that the Union “shall combat social exclusion and discrimination, and shall promote social justice and protection, equality between women and men, solidarity between generations and protection of the rights of the child.”³⁷ In accordance with these provisions of the Treaty of Lisbon and the adopted protocols, in 2008 anti-discrimination legislation was associated with European citizenship. A wide area of potential forms of discriminatory behaviour is covered, not only by individuals, but also by organisations, corporations and national organisations. The fight against discrimination has become a key area that has established a social and political space for decision-making at a supranational level and without national limitations. This has led to further harmonisation of the respect and protection of civil rights in the Member States. The policy of equal opportunities based on anti-discrimination policy becomes the main area in the creation of economic, political and social integration.

This further has an impact on the formulation and implementation of policies in other fields, such as agriculture, fisheries, transport, the internal market and technological development and space, because the European Union and the Member States undertake that “since animals are sentient beings, pay full regard to the welfare requirements of animals, while respecting the legislative or administrative provisions and customs of the Member States relating in particular to religious rites, cultural traditions and regional heritage”.³⁸ The provisions defined in this way actually represent slightly amended and supplemented provisions of the Protocol on the protection and

³⁵ Art. 19, para. 1 of the Treaty.

³⁶ Art. 2 of the Treaty.

³⁷ Art. 3, para. 2 of the Treaty.

³⁸ Art. 13 of the Treaty.

welfare of animals, which was adopted with the Amsterdam Treaty. However, this provision has now been included in the text of the Treaty itself, so the Member States are more strongly obliged to respect the needs of certain churches and religious communities, regarding the sacrifice of animals in the performance of their religious rituals. The addition of the provision also refers to the reciprocal respect by churches and religious communities that they take care of the welfare of animals when performing such rituals, in accordance with the laws of the Member States.

In addition to the others, the Treaty of Lisbon also includes a Declaration regarding the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In accordance with the amendments to the Treaty on European Union, the Charter now has the same legal force as treaties, as declared by the provision of Article 6, paragraph 1 of the Treaty on European Union, which states that “the Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union ... which shall have the same legal value as the Treaties”. The Declaration states that “the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which has legally binding force, confirms the fundamental rights guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States”. The field of application of the Union regulations outside the competence of the Union is not extended by the provisions of the Charter, nor does it establish any new authority or task for the Union, nor does it change them in relation to how they are defined by the treaties.³⁹ In accordance with the amendments to the Treaty on European Union, the rights, freedoms and principles from the Charter are interpreted in accordance with the general provisions in title VII of the Charter, which regulates its interpretation and application, with due respect to the explanations specified in the Charter, in which the sources of those provisions are stated.⁴⁰ Article 6, paragraph 2 of the Treaty on the European Union stipulates that the Union will accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and that such accession will not affect the competences of the Union, as defined in the treaties.⁴¹

³⁹ Declaration concerning the Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal of the European Union* C 326, October 26, 2012.

⁴⁰ Art. 6, para. 1 of the Treaty on European Union.

⁴¹ Although there are conflicting opinions within the European Union itself regarding accession, according to the opinion of the Court of Justice of the European Union, the Accession Agreement of the European Union to the European Convention on Human Rights is not in accordance with Ar. 6, par. 2 of the Treaty on European Union, see *Opinion 2/13 of the Court of Justice of European Union*, December, 18, 2014.

In other Declaration⁴², it was pointed out that the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms should be arranged in such a way as not to violate the specific features Union law. In this regard, the Declaration foresees the possibility of establishing a regular dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights. According to the Declaration, such dialogue could be intensified after the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. According to the provisions of the Treaty on the European Union, it is stated that the fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and since they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law.⁴³

8. Conclusion

From the analysis of the founding treaties, specifically, the primary law of the European Union, as well as the way of its changes, it can be clearly seen how the primary law of the European Union developed in terms of the relation between the European Union and churches and religious communities. The documents of the European Communities and the European Union at the very beginning did not deal with those issues, nor did they regulate that type of relation. However, primary law developed in the direction of institutionalising relations, and then precisely defining them, as evidenced by the text of Article 17 of the Treaty on the Functioning of the European Union. According to the provisions of this article, the European Union should respect and not prejudice the status of churches and religious associations and communities under the national law of Member States, which is in accordance with international standards that do not foresee the separation of churches or religious communities from the state.⁴⁴ According to the same provisions, the European Union leaves the regulation of relations between Member States and churches and religious communities to their domestic law. Strengthening the institutional cooperation of the dialogue between the European Union and churches and religious communities through the development of primary law is increasingly arising as an

⁴² Declaration on Article 6(2) of the Treaty on European Union, *Official Journal of the European Union* C 326, October 26, 2012.

⁴³ Art. 6, para. 3 of the Treaty on European Union.

⁴⁴ *Разумевање људских права*, Министарство за људска и мањинска права, Београдски центар за људска права, Београд 2005, 169.

important topic within the European institutions in accordance with the provisions of the Treaty on the Functioning of the European Union. Consequently, further development of primary law can be expected in future by establishing new forms of institutionalisation of relation between the European Union and churches and religious communities, as well as by improving existing relation through dialogue on various issues of common interest. Each side could benefit from further development of primary law in different areas, because the initiatives of the institutions of the European Union would be more intensive, which could strengthen the role of churches and religious communities in the creation of European Union policies.

Милутин Трнавац

Доктор наука, Виши саветник у Министарству за европске интеграције

РАЗВОЈ ПРИМАРНОГ ПРАВА У ПОГЛЕДУ ОДНОСА ИЗМЕЂУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И ЦРКАВА И ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА

Сажетак

Развој односа између Европске уније и цркава и верских заједница је у почетку био заснован на неформалном дијалогу, израженом кроз размене ставова званичника Европске уније и великодостојника одређених цркава и верских заједница. Ови ставови су се развијали и усаглашавали са развојем институција Европске уније као наднационалне организације, са тенденцијом постепене институционализације односа између Европске уније и цркава и верских заједница, па све до тога да је овај однос прецизно дефинисан. Имајући у виду да је примарно право основ за све остале акте које доносе институције Европске уније, из анализе текстова оснивачких аката најбоље се може извући закључак о томе како су били регулисани и на који начин су се развијали ови акти у погледу односа према црквама и верским заједницама и слободе вероисповести. Овај рад представља анализу развоја примарног права и институционализације односа између Европске уније и цркава и верских заједница, почевши од оснивачких уговора до Уговора о функционисању Европске уније из Лисабона.

Кључне речи: Европска унија, цркве, верске заједнице, примарно право, институционализација односа.

REFERENCES

Monographs, articles

- Bell M., Chopin I., Palmer F., *Developing Anti-Discriminating Law in Europe*, The 25 EU Member States compared, European Commission, 2007.
- Dunne T., Hanson M., “Human Rights in International Relations”, in: *Human rights, Politics and Practice* (ed. Michael Goodhart), Oxford University Press, Oxford 2013, 61–76.
- Đurić V., Trnavac M., „Privredna delatnost crkava i verskih zajednica”, *Strani pravni život* 3/2018, 89–107.
- Fenwick, H., Glancey, R., *Civil liberties and human rights*, Routledge, 2013.
- Hartley T. C., *The foundations of European Union law*, Oxford University Press, Oxford 2014.
- Henkin L. et al. (eds.), *International law: cases and materials*, West Group, 1993.
- McMahon R. J., *The Cold War: A very short introduction*, Oxford University Press, Oxford 2003.
- Milward, A. S., *The Reconstruction of Western Europe, 1945-51*, University of California Press, Berkeley 1984.
- Nikolić, P., *Ustavno pravo*, Službeni list SRJ, Beograd 1994.
- Robbers G., *Europarecht und Kirchenrecht*, Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1994.
- Robbers G., *State and Church in European Union*, in: G. Robbers (ed.), *Nomos*, Baden-Baden, 2005.
- Самарцић С., *Србија и Европска унија – придруживање у доба застоја проширења*, Центар за либерално демократске студије, Београд 2011.
- Shaw M. N., *International law*, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- Shelton D., “Soft Law”, in: *Routledge Handbook of International Law*, (ed. David Armstrong), Routledge, London 2009, 68–81.
- Shoraka K., *Human Rights and Minority Rights in the European Union*, Routledge, London 2010.
- Svensson E., “The Constitutionalization of Freedom of Religion in the European Union: What Changes are the Charter of Fundamental Rights expected to bring about?”, in: *Law, Religion, Constitution – Freedom of Religion, Equal treatment, and the Law*, (eds. Cole Durham et al.), Routledge, London 2013, 285–302.

Trnavac, M., Ostvarivanje i zaštita slobode veroispovesti u Bugarskoj, Rumuniji i Grčkoj, *Strani pravni život* 1/2018, 73–88.
Volkogonov, D., *Stalin: Triumph and Tragedy*, Forum, 1996.

Other sources

Churchill W, *Speech to the Academic Youth*, PACE website, Zürich, Switzerland: Parliamentary Assembly of the Council of Europe, 19 September 1946, <https://rm.coe.int/16806981f3>. 20. 8. 2023.
Разумевање људских права, Министарство за људска и мањинска права, Београдски центар за људска права, Београд 2005.

ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЉУДСКА ПРАВА И ПОДРИВАЊЕ РЕЛИГИЈСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА

Сажетак

У чланку се истражује судска пракса Европског суда за људска права поводом права на вероисповест и веровање. Указује се на јасну тенденцију сузбијања права на вероисповест због радикалног милитантног секуларизма, што се чини у име антидискриминационих права и апстрактне концепције неутралности јавне сфере. Аутор наводи бројне примере ове праксе, укључујући и анализу примера сузбијања права исламских грађана и организација, што се преноси и на хришћанске и друге верске организације и њихова права. У потрази за објашњењем и извором оваквог понашања указује се на анализу Грегора Пупинка о нелегитимној блиској вези великог броја судија са Фондом за отворено друштво и њему блиским организацијама које се јављају као пријатељи Суда или заступници тужитеља.

Кључне речи: право на вероисповест, Европски суд за људска права, Европска конвенција о људским правима, граничне пресуде.

1. Увод

Ове године навршиле су се три деценије од када је Европски суд за људска права донео пресуду у случају *Кокинакис против Грчке*,¹ што се сматра почетком његове јуриспруденције у области верских права и слобода. Иако је систем људских права после Другог светског рата постављен под великим утицајем хришћанског персонализма² и једне врсте екуменизма, па је тим духом обележена и Европска конвенција о људским правима на основу које суди ЕСЉП, од шездесетих

* Научни саветник, Институт за европске студије, Београд, mdjurkov@gmail.com

¹ ЕСЉП, Пресуда *Kokkinakis vs. Greece*, бр. представке 14307/88, 25. 5. 1993. Као што ће се у даљем тексту видети, сасвим је индикативно за будући рад Суда на овом пољу то што су овде браћена права Јеховиног сведока на прозелитизам у Грчкој, где је православље званична државна религија, чиме се Суд мешао и у питање идентитета и у питање државно-црквених односа.

² М. Ђурковић, „Christian personalism as a source of the Universal Declaration of Human Rights”, *Filozofija i društvo* 2/2019, 270–286; И. Чуло, *Персоналаизам и Универзална декларација о људским правима*, ИЕС, Београд 2019.

година прошлог века, под утицајем опште друштвене револуције, овај суд је почео да тумачи Конвенцију много више у складу са каснијим генерацијама права, што је подразумевало и његов другачији однос према питању верских права и слобода.

Верска права су, како то многи аутори примећују, захваљујући ЕСЈП, углавном потиснута у *forum internum* и у пракси се свode на то да код куће и у своја четири зида можеш да верујеш шта хоћеш и да због својих веровања не треба да будеш ухапшен. Но, пракса овог суда добија све занимљивије облике у третману разних спорних питања – са третманом ислама у Европи отвара се читаво ново подручје, а придолазе и нова права, која се по правилу развијају на терет и штету религијских права. Таква су, наравно, сва права ЛГБТ провенијенције, односно антидискриминациона права и разна права из подручја биомедицине, попут еутаназије или права на *достојанствену смрт*.

Међутим, постоје и разне друге, врло контроверзне тенденције у његовом раду, као што је промовисање права верских организација које су на граници прихватљивости и које се у многим државама доживљавају као секте, мешање у унутрашње односе великих цркава, и посебно различит третман тзв. *маргине уважавања* делатности и компетенција кад су у питању државе Запада с једне стране, и Истока Европе, укључујући Турску, с друге стране.

Крајње је индикативно да Суд уопште не користи реч *секта* у својој јуриспруденцији,³ јер је познато да европске државе воде константу борбу да очувају посебан положај традиционалних религија и да ограниче деловање сумњивих култова, попут сајентолога, чија делатност може бити безбедносно проблематична, опасна по ментално здравље грађана и друштвене и породичне односе. Суд је, наима, тражио од Русије да региструје Сајентолошку цркву, Армију спаса и Јеховине сведоке због којих је и са другим европским државама вођен велики број спорова. С друге стране, амерички Конгрес и читава мрежа квазидржавних организација, укључујући и Цију, која је врло заинтересована за употребу и слободно деловање таквих организација у трећим земљама, врше константан притисак на европске земље и њихова законодавства да им отворе простор. Чини се да је оваквим својим ставовима и дискурсом ЕСЈП много ближи

³ M. Evans, „Freedom of Religion and the European Convention on Human Rights: approaches, trends and tensions”, in: *Law and Religion in Theoretical and Historical Context* (eds. Peter Cane, Carolyn Evans, Zoë Robinson), Cambridge University Press, Cambridge 2008, 291–315.

америчком становишту него погледима и интересима европских држава.⁴

Иначе, пре пет година Џерон Темперман, Џером Ган и Малколм Д. Еванс спровели су широко истраживање, уз велики број сарадника, и објавили врло корисну публикацију под називом *Европски суд за људска права и слобода религије и веровања: 25 година од случаја Кокинакис (2019)*⁵. У зборнику се налази чак 19 поглавља и вреди навести обрађене теме, јер оне покривају највећи део проблематике којом се Суд бавио од 1993. То су: ограничавање религијских слобода и маргина уважавања, неутралност и маргина уважавања, недозвољени и дозвољени прозелитизам, образовање и верске слободе, везе верских права са законима о раду и запошљавању, слобода удруживања, приговор савести, верски симболи и државна регулатива, положај верских мањина, принцип секуларности, манифестација религије, и кретање од управљаног плурализма ка европском захтеву за државну неутралност.

У овом тексту скренућемо пажњу на неке од најважнијих тема и примера који показују тенденцију подривања религијских права и слобода у пракси ЕСЉП. Осврнућемо се и на потрагу за разумевањем разлога и узрока таквог деловања, као и на питање о томе шта радити и како се од ове штетне праксе заштити.

2. Нормативни оквир

Погледајмо најпре како Европска конвенција о људским правима нормативно поставља оквир за религијска права, слободе и веровања. Структуру регулише члан 9 Конвенције који најпре у ставу 1 декларативно одређује постојање и гарантовање ових права, а у ставу 2 прописује начине и разлоге за њихово ограничавање. У ставу 1 гарантује се слобода мисли, савести и вероисповести, а то укључује и слободу да се промени религија или веровање, као и право да се религија или веровање манифестује, тј. испољава путем молитве, проповедања, обичаја и обреда. То се све може радити приватно али и јавно, самостално или са другима. У члану 2 се каже да ограничења морају да буду прописана законом и да су неопходна у демократском

⁴ О генералној разлици у просуђивању верских права између америчких судова и Европског суда за људска права погледати посебно завршно поглавље у: G. Mose, *Religion, Human Rights and Workplace: Judicial Balancing in the United States Federal Courts and the European Court of Human Rights*, Routledge, London 2023.

⁵ J. Temperman, J. Gunn, M. Evans (eds.), *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief: The 25 Years Since Kokkinakis*, Brill, Leiden 2019.

друштву. Она се не односе на нечију могућност да се држи одређених уверења и да их промени, већ се ограничења односе на права и могућности њиховог испољавања у јавном простору. Ту се, по различитим основима, уводе четири врсте ограничења манифестовања, и то: на основу јавне безбедности, јавног поретка, здравља и морала, и права и слобода других људи.⁶

На основу идеје супсидијарности и потребе да ЕСЉП уважи специфичност и динамичност локалних правних традиција, држава има такозвану *маргину уважавања* у смислу права да самостално донесе одлуку о томе како да тумачи одређене праксе и права и како да балансира право на вероисповест са другим правима грађана. ЕСЉП генерално пресуђује процењујући да ли је држава адекватно извршила процену важности одређених права и политика, то јест да ли је добро балансирала између различитих права, те права и политика. Отуд се често говори о значају балансирања и пропорционалности.

Што се тиче саме процедуре деловања, кад су у питању права на вероисповест и на веровање, она изгледа овако: Суд најпре мора да процени да ли се ради о акту манифестације који је довољно повезан са веровањем да би се узео озбиљно. У случају *Скугар и други против Русије*⁷ указано је на манифестације које се не сматрају таквим, као што су питање имена детета и фотографија на гробу. Следећи корак је провера да ли је било мешања државе у права, и на крају долази испитивање да ли је то било оправдано у складу са условима који су изнети у ставу 2.⁸

Дакле, кључно је како Суд и судска већа тумаче права, како балансирају и одређују да ли је лимитирање права било пропорционално. Велики број аутора који су се бавили овом проблематиком и радом Суда процењује да је на многим просторима у погледу питања која се односе на слободу вероисповести уочљиво кретање Суда ка позицији милитантног секуларизма⁹. Очигледна је подршка државама да уведе рестрикције слободе вероисповести, и посебно њеног испољавања у име промоције демократије. Ово је посебно видљиво

⁶ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода.

⁷ ЕСЉП, Пресуда *Skugar and Others vs. Russia*, бр. представке 40010/04, 3. 12. 2009.

⁸ *Balancing freedom of religion and other rights: European approaches*, Australian Human Rights, <https://humanrights.gov.au/our-work/rights-and-freedoms/balancing-freedom-religion-and-other-rights-european-approaches>, 17. 9. 2023.

⁹ A. Jain, In Critique of the European court of human rights' view of secularism: can religious freedom be restricted in the name of promoting democracy?, Human Rights Pulse, <https://www.humanrightspulse.com/mastercontentblog/in-critique-of-the-european-court-of-human-rights-view-of-secularism-can-religious-freedom-be-restricted-in-the-name-of-promoting-democracy>, 17. 8. 2023.

у случајевима који се односе на облачење и истицање симбола. На основу анализе образложења појединих пресуда извлачи се закључак да се верска слобода уопште не сматра неизбежним делом демократије. Штавише.

Професор Нехал Бхута у корисном чланку из 2012.¹⁰ говори о два концепцијама слободе вероисповести које су се смењивале у раду ЕСЉП. Наиме, с правом указујући на рад Семјуела Моина, а ту ваља додати и Мери Ен Глендон, који су истраживали контекст доношења докумената о људским правима после Другог светског рата, Бхута подсећа на персоналистички, хришћански и верски оквир који је дефинисао ове подухвате, што је од седамдесетих година потиснуто. Наиме, након нацистичког паганистичког тоталитарног експеримента у коме је човек сведен на материју изгубио смисао и значење, аутори попут Жана Маритена, Чарлса Малика и других делатника тог доба, направили су оквир неotuђивих људских права у коме је имплицитно присутна концепција хришћанског персонализма која укључује светост човека као слике божје.¹¹ Елем, била је то концепција у којој су се верске слободе и религијом инспирисана концепција људских права сматрала неotuђивим и фундаменталним делом система либералне демократије и људских права. Дакле, на религију се поново гледало као на нужан и неопходан део система уставне либералне демократије.

Бхута лепо показује како Суд у свом савременом раду побија ту концепцију у име радикалног милитантног секуларизма који верске слободе сматра опасним по демократију и по друга, по њима важнија права, што се посебно односи на права једнакости, недискриминације, односно на концепцију ЛГБТ права. Ова рестриктивна концепција деловања религије у јавном простору радикалнија је и од концепције *cuius regio, eius religio* која је усвојена на Аугсбуршком миру. У њој је, макар за државну религију, постојала слобода пуног испољавања и заштите, док су мањинске религијске праксе биле или забрањене, или сузбијене на приватни простор. Данас су скоро сви облици испољавања религије на разним местима сузбијени и даје им се све мање простора. Случај финске посланице Паиви Расаинен, који, додуше, још није стигао до ЕСЉП, крајње је индикативан. Њој се већ годинама поново суди за говор мржње јер је у својој земљи поводом тзв. *Прајда* на Твитеру окачила цитате из Библије који истичу јасно хришћанско противљење хомосексуализму и његовој промоцији у јавној

¹⁰ N. Bhuta, Two Concepts of Religious Freedom in the European Court of Human Rights, *EUI Working Papers* 33/2012.

¹¹ М. Ђурковић, 270–286.

сфери¹². Уз то, њена Лутеранска црква је, супротно Библији, подржала ту манифестацију.

Еванс¹³ добро уочава тенденцију да се све шире поставља разумевање схватања шта јесте веровање или религија, али да се све уже и рестриктивније тумачи шта све важи као манифестација и шта мора да се заштити. Тенденција да се пацифизам и веганизам стављају у исту раван као и римокатоличанство, православље или ислам, као и да верске организације у консултативним телима при Европској комисији седе заједно са филозофским друштвима у истим саветима, јасно говори у ком правцу Европа иде и како тумачи права и положај припадника традиционалних цркава.

У пресуди *Кокинакис против Грчке*, која је дефинисала да је слобода вероисповести „непроцењив инструмент”, концепти религије и веровања дефинисани су на следећи начин: „ЕСЈП је дефинисао концепт религије тако да укључује хришћанство, ислам, јудаизам и хиндуизам, а такође и друидизам, Мунову секту, Вентар божанске светлости и Јеховине сведоке. За веровања се с друге стране сматра да укључују пацифизам, комунизам, атеизам, веганизам, агностицизам, скептицизам и друга веровања.”¹⁴

Еванс у истом чланку такође добро уочава да Суд угрожава раније моделе државно-црквених односа какви су као део фундаменталног идентитета грађени у разним државама попут Грчке. Еволуција у раду овог суда свакако иде против религијског плурализма и стварне религијске толеранције. Суд је, на пример, у случају *Костовски*¹⁵ подржао притисак државе да се докаже верско убеђење, како би му се дозволило одсуство са посла због учешћа на верском фестивалу. Још у случају *Ароусмит* 1981, упозорено је да не могу све манифестације веровања да се подрже као верске.

Цаин и Бхута су у наведеним радовима с правом указали на неједнак третман у неколико случајева где је уочено сузбијање права верника да се облаче на традиционалан начин и носе верске симболе, али је у случају *Лауци* на крају дозвољено да држава има право да истиче верске симболе. Касније ћемо се вратити на случај *Лауци* који,

¹² O. Hamilton, „Finish politician on trial for ‘hate speech’ for defending traditional marriage”, <https://catholicherald.co.uk/finnish-politician-on-trial-for-hate-speech-for-defending-traditional-marriage/> 31. 8. 2023.

¹³ M. Evans, 295.

¹⁴ A. Portaru, „A Right to Freedom of Religion or Belief and its legal framework in Europe”, in: *A Precious Asset?: Analyzing Religious Freedom Protections in Europe* (ed. Adina Portaru), Kairos Publications, Vienna 2020, 46.

¹⁵ ЕСЈП, Пресуда *Kostovski vs. North Macedonia*, бр. представке 23773/17, 7. 6. 2022.

чини се, обоје аутора погрешно тумаче. Пресуда у случају *Лауци* није, као што Бхута сматра, одраз још увек присутне персоналистичке послератне концепције, већ је резултат директног политичког притиска Италије, Пољске и низа других држава, чиме су натерали Суд да преиначи своју ранију одлуку о укидању могућности истицања верских симбола (распећа) у италијанским школама. За тенденцију је много важнија та прва одлука, која све радикалније иде у правцу уклањања верских обележја из јавне сфере и образовања. Апсолутно је могуће замислити да ће доћи тренутак када ће се тражити и промена застава Шведске, Норвешке, Данске и Финске, дакле свих нордијских земаља, јер се на њој налази крст као одраз једне религије.

3. Преглед релевантне праксе Европског суда за људска права

Посебно занимљиво подручје отворено је пресудама у којима се разматра положај ислама и грађана исламске вероисповести који су у европским земљама на различите начине покушавали да манифестују своју религијску припадност путем симбола, традиционалног облачења или посебног положаја своје деце у систему образовања. Кад је реч о ношењу вела за покривање, два најпознатија случаја су *Дахлаб* у Швајцарској и *Сахин* у Турској¹⁶. У оба случаја ЕСЉП је подржао одлуке националних судова који су подржали забрану покривања наставници односно студенткињи. У образложењима пресуда, које су наишле на озбиљне и утемељене критике стручњака, Суд је користио не само идеју широке маргине уважавања државе већ и конкретне аргументе који су се базирали на радикалном секуларизму.

Еванс¹⁷ примећује да је у случају *Сахин* Суд одбацио све своје раније тестове конкретизације који би морали да оправдавају ограничење права из става 1 члана 9. Сасвим супротно је било у случају *Кокинакис*, где је подржана манифестација религије и тиме одбрањено право Јеховиног сведока на прозелитизам у Грчкој. У случају *Дахлаб*, Суд је управо тврдио да је проблем, између осталог, опасност да ће то што наставница Дахлаб носи мараму у школи имати прозелитистички ефекат на децу!??

¹⁶ ЕСЉП, Пресуда *Dahlab v. Switzerland*, бр. представке 42393/98, 15. 2. 2001, ЕСЉП, Пресуда *Leyla Sahin v. Turkey*, бр. представке 44774/98, пар. 29. Видети Е. Howard, „Freedom of Religion and the Wearing of Religious Symbols”, in: *A Precious Asset?: Analyzing Religious Freedom Protections in Europe* (ed. A. Portaru), Kairos Publications, Vienna 2020, 69–98.

¹⁷ М. Evans, 307.

Коришћени су и слични радикално антирелигијски аргументи, попут опасности за јавни поредак и сл. Врло значајна је и пресуда у случају *Реџах партије*, где је Суд такође подржао одлуку Турске да забрани демократски изабрану партију, испавши, како примећује Бхута, да је ислам виђен као категорична претња демократском поретку и грађанском миру. Не ради се, дакле, само о политичком исламу већ о фактички свакој јавној манифестацији, што се онда проширује и на друге религије, укључујући и хришћанске. Дакле прихвата се да држава може да асимилиује мањину. Одбацује се религијски плурализам у име начела нужности да живимо заједно. Многи су јасно показали да у случајевима других, који су покривали главу на јавном месту или послу на основу моде и сл., није било таквих реакција, а што се тиче аргумента да не може адекватно да се комуницира, управо држава је баш то наређивала за време пандемије ковида. У новије време постоје помаци где се дозвољавају верска обележја на суду, па су неки добили право да се тамо појављују у вехабијској одећи и са хиџабом.

Постоји и занимљива прича о регулацији наслеђивања у Грчкој за муслимане, где је суд померио регулисање овог питања као систем у коме могу да функционишу и грађанско и шеријатско право уколико особа изричито дефинише да наслеђе треба да иде по верском праву.¹⁸ Суд је овде био вођен цендер и антидискриминационим начелима, а не идејом да сузбија муслиманско право као такво.

С друге стране, случај *Лауџи* и *Џаин* и Бхута наводе покушавајући да покажу како су хришћани наводно у предности. Но они не дају историју овог случаја и како су државе натерале Суд да промени претходну одлуку и уђе у ову гимнастику. Бхута зато погрешно конструисхе аргумент. О свему томе и разним другим случајевима и пољима у којима се у конкретним областима сузбијају верска права као што су право на образовање, право на изражавање, верска права на радном месту, у услугама итд., писали смо у прилогу са прошле конференције овог серијала¹⁹. Нпр., цео комплекс права у четири конкретна случаја повезана у судском случају *Давиа* јасно показује да су важнија права других на једнакост, него верска права и право на изграђивање своје вере у јавној сфери. У сва четири случаја у питању су хришћани.

¹⁸ ЕСЉП, Пресуда *Molla Sali v. Greece*, бр. представке 20452/14, 19. 12. 2018.

¹⁹ М. Ђурковић, „Надолазећи изазови за верска права и могућност одбране кроз надоградњу државно-црквеног права у Србији”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије*, (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 63–74.

Овде ћемо се осврнути на још неколико поља где се види тенденција подривања значаја верских права у ЕСЉП. Право на промену религије и прозелитизам које је одређено у случају *Кокинакис*, где Суд јасно није прихватио маргину уважавања државе, проширено је, као што смо видели, и на атеизам, агностицизам, пацифизам и веганизам. Оно је повезано и са случајевима који се односе на верске заклетве, које су у неким државама, попут Грчке, из веома јасних историјских разлога биле прописане као део уставно-правног система. Ту Суд није поштовао право државе да интегрише грађане, већ је држава натерана на то да се верске заклетве укину као обавеза и да се адвокатима и мањинама омогући и други вид заклетве који нема верски, већ етички карактер. Такође, државама је забрањивано да сакупљају податке о верском положају грађана, а грађанима је омогућавано да не износе и крију своју верску припадност итд.

Треба скренути пажњу на проблеме који ће се све више јављати у будућности. У Француској²⁰ су судови већ налагали верујућим људима, хришћанима да морају да продају контрацептивна средства у апотекама, иако је то супротно њиховим верским схватањима и погледима. Може се очекивати да ће абортус и еутаназиа, такође добити сличан третман и да ће, као у Ирској, хришћани бити принуђени или да обављају ове праксе супротно својим верским идејама или да остану без посла. На неки начин, пресуда у случају *Вилијамс*, кад је Суд подржао забрану физичког кажњавања у УК, јесте наговештај те праксе у којој Суд све мање занимају верска убеђења грађана, посебно ако су традиционални хришћани. Убудуће се дакле могу очекивати подршке ЕСЉП државама да у име широке маргине уважавања принуде верујуће људе да изводе абортусе, еутаназиају или сурогацију упркос својим уверењима.

Случај *Стедман против УК*, показао је да је слобода да се да отказ као подршка правима максимално што се може очекивати од ЕСЉП, а односило се на рад недељом. Треба ово упоредити са дискриминацијом хомосексуалаца на јавном месту. Њих штите, а вернике не. И у случају *Бегум против УК*, стигла је препорука да се иде у другу школу, а Суд је јасно одбио да заштити верска права верујуће породице.

Још једно, све важније питање, јесте бласфемија: такви случајеви убудуће могу водити до убистава, ратова и све интензивнијих сукоба. Управо је поново актуелан случај спаљивања Курана, муслиманске свете књиге, у Шведској која за сада одбија да забрани ту

²⁰ M. Evans, 314.

праксу, док су Данска и Финска најавиле да ће то урадити управо да би спречиле сукобе и насиље. Постоји, међутим, ранији случај *Ото Премингер институт против Аустрије*, пресуђен 1994, у којем је Суд разматрао питање бласфемije; евидентно је да се у погледу бласфемije хришћанских светаца и светих списа показује много више разумевања за такву „слободу изражавања”, него кад је у питању бласфемija муслиманских светиња.

И скорашњи третман проблема бласфемije потврђује да аргументација Бхуте не стоји. ЕСЉП је разматрао сукоб чланова 9 и 10 Конвенције где су питања слободе изражавања дошла у сукоб са верским правима индивидуа и заједница чији су симболи били вређани. У случају *Рабчевска против Пољске* Суд је оборио пресуду пољских судова и подржао ову певачицу у жељи да се о Библији изражава на начин који је вређао верска осећања хришћана. Но у случају *Е. С. против Аустрије*, Суд је подржао претходну одлуку суда да је ова особа на семинарима ФПО партије оптуживала Мухамеда за педофилију и на друге начине подстицала мржњу према муслиманима. На ову стандардну неконзистентност ЕСЉП у случајевим бласфемije указује Томасо Вирђили²¹ у одличном и прегледном чланку који даје историју пресуда овог суда у разматрању бласфемije.

У многим пресудама један број судија је издвајао мишљење са аргументацијом која заиста има смисла, док су образложења пресуда писана уз врло проблематичну логичку гимнастику, што сведочи о томе да је већина формирана на основу неких других критеријума, а не на основу непристрасног просуђивања.

Када је реч о неједнаком третману, чини се да са пуно легитимитета можемо говорити и о одређеној геополитичкој пристрасности у деловању Суда. У Русији у случају *Кузњецов*²², припадник Јеховиних сведока, Суд није подржао државу у спору. Сличне су пресуде и у случајевима са Армијом спаса и сајентолозима, где је одбијено да се поштује право државе на маргину уважавања.

И иначе је јасно примећено да су Суду далеко важнија права регистрације малих организација, него индивидуална права верника традиционалних цркава и верских заједница. Тиме се брутално мешају у црквено-државне односе и питање националног идентитета држава које су слабе или нису виђене као пријатељске.

²¹ Т. Virgilli, *Rabczewska v Poland and Blasphemy before the ECtHR: a neverending story of inconsistency*, <https://strasbourgobservers.com/2022/10/21/rabczewska-v-poland-and-blasphemy-before-the-ecthr-a-neverending-story-of-inconsistency/> 17. 9. 2023.

²² ЕСЉП, Пресуда *Kuznetsov and Others v. Russia*, бр. представке 184/02, 11. 1. 2007.

Приметимо и то да пресуда у случају Рефах партије врло индикативно тврди да је секуларизам компатибилан са демократијом и људским правима, док неки облици религије нису, и да због тога морају бити сузбијени како је турска држава и урадила – дакле хапсећи демократски изабране лидере, уз војни пуч, што је крајње занимљиво тумачење демократије и њене одбране. Уз то, судије би требало подсетити да је совјетски и комунистички секуларизам био изразито милитантан и нимало компатибилан са демократијом и људским правима које су комунистички режими једноставно укинули.

Разни аутори закључују да се овде ради о напуштању верског плурализма, и либералне, стварне неутралности, у име милитантног секуларизма. Циљ је општа тенденција сузбијања верских начела из јавне сфере и образовања. Еванс у наведеном чланку стога с правом упозорава да одбацивање сваке манифестације која одбацује секуларизам није више права слобода религије!

Такође је крајње проблематично да судије генерално подржавају облике вере који су мањински, волунтаристички, индивидуалистички, а не комунитарни, по природи. Суд је далеко више заинтересован за Јеховине сведоке, сајентологе и неканонске православне цркве, него за одбрану права верника традиционалних хришћанских деноминација и исламских организација. Тако се тумаче и права из области регистрације верских заједница, односа државе према питању њихове унутрашње организације и уписивања легитимних представника, образовања, питања обавезе вршења војне обавезе и дозвољеног прозелитизма (мисионарења).

4. Разлози за резонување Европског суда за људска права

Ако смо јасно констатовали тенденције у раду Суда, ред је да покушамо да разумемо који су разлози за то. Генерално, уочљиво је померање идеологије у Европи и на Западу у правцу доминације радикалног, изразито антирелигиозног троцкизма који доминира на универзитетима и у академском свету. Такође се увиђа и пад значаја религије и снаге верских заједница, што показују последњи пописи у којима све већи број грађана себе представља као атеисте, нерелигиозне итд. Увелико се о Европи говори као о *постхришћанском* друштву²³.

²³ J. O'Sullivan, Our Post-Christian Society, <https://www.nationalreview.com/2013/12/our-post-christian-society-john-osullivan/> 17. 9. 2023. Шантал Делсол је недавно објавила запажену књигу која говори о крају хришћанског простора и повратку паганизма. С. Delsol, *La fine della christianita e il ritorno del paganesimo*, Cantagalli, 2022.

Но на све ово несумњиво утичу и масовно лобирање анти-религиозних финансијера и снага, корупција и сукоби интереса. Велику пажњу пре неколико година привукао је извештај који је објавио Европски центар за закон и правду, на чијем је челу Грегор Пупинк. Овај документ, иницијално сачињен на 25 страна, настао је као детаљна анализа понашања судија ЕСЉП у периоду 2009–2019 и њихових веза са моћним невладиним организацијама леволибералног типа, те Фондом за отворено друштво као системом који стоји иза ових организација – сви заједно су изразито антирелигијски усмерени и заједно чине једну моћну машину за лобирање и додатно сузбијање вере и религије из јавне сфере, образовања, медија итд²⁴.

Аутори су издвојили седам моћних НВО и дванаест судија који су блиско сарађивали са Фондом за отворено друштво пре него што су изабрани на позиције у Суду. Невладине организације, наиме, учествују на свим нивоима избора судија у земљама Источне Европе, где су пре свега на удару за лобирање Сороса и његових кадрова. Подаци показују да то углавном нису професионалне судије, већ политичке личности и правници који се бирају на место судија у име појединих земаља.

Све ове НВО бране нова антирелигијска права, и то против религијских делатника, и права на вероисповест и њену манифестацију у јавној сфери. Посебно је важно њихово деловање у такозваним стратешким парницама за постављање преседана који се касније натурају националним судовима и националном законодавству. Аутори истичу следеће теме које су им важне: слобода изражавања, право на азил, услови задржавања, мањинска права, посебно за ЛГБТ и ширење сурогације. Треба знати да структура Фонда води борбу и за легализацију проституције и дрога, за ширење абортуса, за мањине и посебно за имигранте. Ове невладине организације делују и као апликанти и као саветници ових подносилаца тужби, и као пријатељи суда, заступници, а често и све то заједно.

Наводи се случај *Пуси Рајот* у коме је њихов адвокат био бугарски активиста Јонко Грозев, члан Соросовог ОСЈИ, мало пре него што је сам постао судија овог суда.

Аутори дају детаљне описе веза судија, Фонда за отворено друштво и разних невладиних организација које су укључене у случајеве. Набројали су чак 88 случајева у којима је чак 18 од 22 судије, на које су указивали као на проблематичне у смислу претходне повезаности,

²⁴ G. Puppink, D. Loiseau, NGOs and the Judges of European Court of Human Rights, <http://media.aclj.org/pdf/ECLJ-Report,-NGOs-and-the-Judges-of-the-ECHR,-2009---2019,-February-2020,-Complete-Edition.pdf>, 18. 9. 2023.

судило у случајевима где су биле укључене НВО са којима су раније сарађивали. Има судија који су били у управним одборима, учествовали на скуповима или били абоненти на разним пројектима укључених НВО. Број случајева где су се повукли је минималан. Последица свега овог је да је ЕСЉП усвојио систем вредности који ова моћна Сорос и НВО структура подржава и промовише, што се врло јасно види и по тенденцији све рестриктивнијег тумачења права на слободу манифестације вероисповести у пракси.

Колико је све ово опасно и важно, сведочи чињеница да судије по преамбули треба не само да штите већ и да развијају права!!! Дакле они треба да тумаче текст Конвенције у складу са савременим условима и да га интерпретирају и примењују. Све то иде уз изразити судски активизам, који се, генерално, шири у правосуђу као поплава. Аутори извештаја, дакле, показују кланове и мреже утицаја који заједно узурпирају Суд и делују према његовој инструментализацији против права верујућих људи.

Уочљива је, на пример, јасна идеолошка повезаност судија са невладиним организацијама које се појављују у конкретним парницама где ове судије суде – ту би морало да наступи изузеће судија, али се то десило у врло малом броју случајева. Штавише, јавни проблем настаје онда када нека држава предложи конзервативног судију, па се вештачки направи притисак да се проба спречавање његовог постављења.

5. Закључак

На крају постављамо питање – шта може да се ради у оваквим околностима? Многе важне пресуде просто нису примење. Нпр. пресуда *Сеидић–Финци*, која је требало да наруши Дејтонску структуру, а сад је на том трагу и прича о целој БиХ као једној изборној јединици.

Русија нпр. одавно не примењује разне пресуде овог суда, а биће све више држава које ће одбити да примене овакве пресуде и *де факто* гледати да смање своју изложеност штетном деловању ЕСЉП. Русија је 7. јуна 2022. изашла из јурисдикције ЕСЉП и донела закон о непримењивању пресуда овог суда, са којим је и иначе имала врло тешку и бурну историју од приступања 1998. године.²⁵ Још 2008. године Путин је упозорио на то да Суд доноси политичке одлуке против Русије, и 2009. је блокирао, одбивши да примењује и поштује, увођење Протокола 14, који је требало да допусти да само један судија

²⁵ C. Hillebrecht, Rights at Risk: Russia's Withdrawal from the ECtHR, <https://www.openglobalrights.org/rights-at-risk-russias-withdrawal-from-the-ecthr/?lang=English> 17. 9. 2023.

може да одлучи о томе да ли је нека представка Суду валидна. Русија је такође и раније обустављала доделу финансија Савету Европе, чиме је смањиван и буџет Суда.

Озбиљан сукоб почео је 2011. године, када је Суд у случају *Маркин* оборио пресуду Уставног суда Русије што је изазвало протесте. Русија је донела одлуку о непримењивању одлука ЕСЉП, и њени званичници су указивали на то да већ дуже време овај суд покушава да наметне Русији вредности и законе који су супротни њеној традицији (Вјачеслав Володин). Иначе, у априлу 2023. објављено је да око 6000 пресуда овога суда није имплементирано, и да се 40 посто њих односи на Русију.

Наравно, мора се такође водити рачуна о томе ко се из наше државе шаље за судију, па се треба повезивати са конзервативним и суверенистичким државама у Европи и лобирати за избор нормалних, неполитичких и не-НВО судија.

Но за почетак неко то у науци, цркви и држави треба да прати и да се занима тиме како би вршио мониторинг и указивао на проблеме који се јављају услед оваквог деловања Суда. И наравно, тај би морао да прати конкретне случајеве.

Али то захтева и власт која више личи на Орбана, а мање на НАЛЕД²⁶ владу, какву држава Србија има у овом тренутку.

Miša Đurković

Principal Research Fellow, Institute for European Studies, Belgrade

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND UNDERMINING RELIGIOUS RIGHTS AND FREEDOMS

Summary

The article examines the jurisprudence of the European Court of Human Rights on the issue of the right to religion and belief. It points to a clear tendency to suppress religious rights in the name of radical militant secularism, which is done in the name of anti-discrimination rights and an abstract conception of the neutrality of the public sphere. The author

²⁶ У питању је екстремно утицајна проамеричка невладина организација у Србији, *Национална алијанса за локални економски развој*, из које су дошли и актуелни премијер и неколико министара и одакле стижу закони и политике који се као предлози Владе усвајају у Скупштини.

cites a number of examples, including cases of suppression of the rights of Islamic citizens and organizations, which also extrapolates to Christian and other religious organizations and their rights. In the search for an explanation and the source of this behavior, Gregor Puppink's analysis of the illegitimate close relationship of a large number of judges with the Open Society Fund and organizations close to it that appear as amicus curiae of the court or representatives of applicants is pointed out.

Keywords: religious rights, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, borderline cases.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Delsol C., *La fine della christianita e il ritorno del paganesimo*, Cantagalli 2022.
- Ђурковић М., „Christian personalism as a source of the Universal Declaration of Human Rights”, *Filozofija i društvo* 2/2019, 270–286.
- Ђурковић М., „Надолазећи изазови за верска права и могућност одбране кроз надоградњу државно-црквеног права у Србији”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 63–74.
- Evans M., „Freedom of Religion and the European Convention on Human Rights: approaches, trends and tensions”, in: *Law and Religion in Theoretical and Historical Context* (eds. Peter Cane, Carolyn Evans, Zoë Robinson), Cambridge University Press, Cambridge 2008, 291–315.
- Mose G., *Religion, Human Rights and Workplace: Judicial Balancing in the United States Federal Courts and the European Court of Human Rights*, Routledge, London 2023.
- Portaru A., „A Right to Freedom of Religion or Belief and its legal framework in Europe”, in: *A Precious Asset?: Analyzing Religious Freedom Protections in Europe* (ed. A. Portaru), Kairos Publications, Vienna 2020, 31–65.
- Temperman J., Gunn J., Evans M. (eds.), *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief: The 25 Years Since Kokkinakis*, Brill, Leiden 2019.

- Howard E., „Freedom of Religion and the Wearing of Religious Symbols”, in: *A Precious Asset?: Analyzing Religious Freedom Protections in Europe* (ed. A. Portaru), Kairos Publications, Vienna 2020, 69–98.
- Чуло И., *Персонализам и Универзална декларација о људским правима*, ИЕС, Београд 2019.

Остали извори

- ЕСЉП, Пресуда *Kokkinakis vs. Greece*, бр. представке 14307/88, 25. 5. 1993.
- ЕСЉП, Пресуда *Skugar and Others vs. Russia*, бр. представке 40010/04, 3. 12. 2009.
- ЕСЉП, Пресуда *Kostovski vs. North Macedonia*, бр. представке 23773/17, 7. 6. 2022.
- ЕСЉП, Пресуда *Dahlab v. Switzerland*, бр. Представке 42393/98, 15. 2. 2001.
- ЕСЉП, Пресуда *Leyla Sahin v. Turkey*, бр. представке 44774/98, 10. 11. 2005.
- ЕСЉП, Пресуда *Molla Sali v. Greece*, бр. представке 20452/14, 19. 12. 2018.
- ЕСЉП, Пресуда *Kuznetsov and Others v. Russia*, бр. представке 184/02, 11. 1. 2007.
- Ballancing freedom of religion and other rights: European approaches, Australian Human Rights, <https://humanrights.gov.au/our-work/rights-and-freedoms/balancing-freedom-religion-and-other-rights-european-approaches>, 17. 9. 2023.
- Bhuta N., Two Concepts of Religious Freedom in the European Court of Human Rights, *EUI Working Papers*, 33/2012.
- Virgilli T., „*Rabczewska v Poland* and Blasphemy before the ECtHR: a neverending story of inconsistency”, <https://strasbourgobservers.com/2022/10/21/rabczewska-v-poland-and-blasphemy-before-the-ecthr-a-neverending-story-of-inconsistency/> 17. 9. 2023.
- Jain A., In Critique of the European court of human rights’ view of secularism: can religious freedom be restricted in the name of promoting democracy?, *Human Rights Pulse*, <https://www.humanrightspulse.com/mastercontentblog/in-critique-of-the-european-court-of-human-rights-view-of-secularism-can-religious-freedom-be-restricted-in-the-name-of-promoting-democracy>, 17. 8. 2023.
- O’Sullivan J., Our Post-Christian Society, <https://www.nationalreview.com/2013/12/our-post-christian-society-john-osullivan/> 17. 9. 2023.

- Puppinck G., Loiseau D., NGOs and the Judges of European Court of Human Rights, <http://media.aclj.org/pdf/ECLJ-Report,-NGOs-and-the-Judges-of-the-ECHR,-2009---2019,-February-2020,-Complete-Edition.pdf>, 18. 9. 2023
- Hamilton O., Finish politician on trial for ‘hate speech’ for defending traditional marriage, <https://catholicherald.co.uk/finnish-politician-on-trial-for-hate-speech-for-defending-traditional-marriage/> 31. 8. 2023.
- Hillebrecht C., Rights at Risk: Russia’s Withdrawal from the ECtHR <https://www.openglobalrights.org/rights-at-risk-russias-withdrawal-from-the-ecthr/?lang=English>, 17. 9. 2023.

ОБРАДА ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ ОД СТРАНЕ ЦРКАВА И ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА У ПРАВУ И ПРАКСИ ЕУ И РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Сажетак

Закон о заштити података о личности Републике Србије, који се примењује од августа 2019. године, донео је велики број новина, како у погледу обвезника овог прописа, тако и у погледу права лица на које се подаци односе по угледу на Општу уредбу о заштити података о личности ЕУ (ГДПР). Имајући у виду значај који цркве и верске заједнице имају у друштву, те да приликом обављања својих активности обрађују велике количине података о личности физичких лица, поставило се и питање адекватности заштите права лица на које се подаци односе, али и истовремене заштите аутономности цркава и верских заједница. У складу са наведеним, користећи се позитивно-правним и упоредним методом, у фокусу рада биће анализа усаглашености важећег правног оквира заштите података о личности ЕУ и Републике Србије са акцентом на праксу надлежних надзорних тела поводом обраде података о личности од стране цркава и верских заједница.

Кључне речи: цркве, верске заједнице, заштита података о личности, Европска унија, ГДПР, Република Србија.

1. Увод

Заштита података о личности зајемчена је Уставом Републике Србије, где је у чл. 42, између осталог, предвиђено да се прикупљање, држање, обрада и коришћење података о личности уређују законом, те да је забрањена и кажњива употреба података о личности изван сврхе за коју су прикупљени, у складу са законом, осим за потребе вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом. Наводи се, такође, да свако има право да буде обавештен о прикупљеним подацима о својој личности, у складу

* Саветник у Служби Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у Новом Саду, kalaba.ostoja@gmail.com

са законом, и право на судску заштиту због њихове злоупотребе.¹ Повод за усвајање новог Закона о заштити података о личности 2018. године биле су, пре свега, Општа уредба о заштити података о личности ЕУ (ГДПР) и обавезе Републике Србије да се у складу са Споразумом о стабилизацији и придруживању са ЕУ спроведе усаглашавање регулативе у овој области, те је сагласно томе већина одредаба којима се регулишу обрада података о личности, њихова класификација, начела обраде, начини остваривања права лица на које се подаци односе и сл. у великој мери, са већим или мањим степеном прилагођавања, преузета из поменутог прописа ЕУ. Према чл. 2 Закона о заштити података о личности (у даљем тексту: ЗЗПЛ),² циљ овог прописа је обезбеђивање заштите основних права и слобода физичких лица, а посебно њиховог права на заштиту података о личности, уз напомену да одредбе посебних закона којима се уређује обрада података о личности морају бити у складу са овим законом, што одговара циљевима истакнутим у чл. 1 Опште уредбе о заштити података о личности ЕУ (у даљем тексту: ГДПР)³, као и рециталу 1 овог прописа који, између осталог, указује да је заштита појединаца у погледу обраде података о личности темељно право. Даље се у рециталу 2 наводи да би начела и правила о заштити појединаца у вези с обрадом њихових података о личности требало да поштују њихова темељна права и слободу, а посебно право на заштиту података о личности. Важно је напоменути и то да ЗЗПЛ садржински представља комбинацију ГДПР-а и тзв. Полицијске директиве (*Law Enforcement Directive – LED*)⁴, два разнородна документа Европске уније која регулишу два различита аспекта обраде података о личности (општи и посебни), те да изостанак адекватних појашњења и јасних разграничења већег броја унетих решења и појмова у ЗЗПЛ, која се иначе налазе у преамбулама ГДПР-а, односно LED-а, неретко

¹ Чл. 42, ст. 2 и 3 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021 (у даљем тексту: Устав).

² Закон о заштити података о личности *Сл. гласник РС*, бр. 87/2018.

³ Уредба (ЕУ) 2016/679 Европског парламента и Савета од 27.04.2016. о заштити физичких лица у односу на обраду података о личности, слободном кретању таквих података и стављању Директиве 95/46/ЕЗ ван снаге (Општа уредба о заштити података – ГДПР).

⁴ Директива (ЕУ) 2016/680 Европског парламента и Савета од 27.04.2016. о заштити физичких лица у вези са обрадом података о личности од стране надлежних органа у сврхе спречавања, истраге, откривања или прогона казњених дела или извршавања кривичних санкција и о слободном кретању таквих података, те о стављању изван снаге Оквирне одлуке Савета 2008/977/ПУП (Полицијска директива – LED).

доводи до проблема, како приликом тумачења, тако и приликом примене ЗЗПЛ-а.⁵

Потребно је указати и на одговарајуће одредбе прописа Европске уније и Републике Србије који указују на положај цркава и верских заједница. Наиме, према чл. 17 Уговора о функционисању ЕУ⁶ наводи се да Унија поштује и не доводи у питање статус који на темељу националног права имају цркве и верска удружења или заједнице у државама чланицама, те да признајући њихов идентитет и специфични допринос, Унија одржава отворен, транспарентан и редован дијалог с тим црквама и организацијама. Устав Републике Србије указује на то да је Србија световна држава у којој су цркве и верске заједнице одвојене од државе,⁷ да се јемчи слобода мисли, савести, уверења и вероисповести уз могућности њеног ограничења законом, само ако је то неопходно у демократском друштву ради заштите живота и здравља људи, морала демократског друштва, слобода и права грађана зајемчених Уставом, јавне безбедности и јавног реда или ради спречавања изазивања или подстицања верске, националне или расне мржње.⁸ Такође, истиче се да су цркве и верске заједнице равноправне и одвојене од државе и слободне да самостално уређују своју унутрашњу организацију и верске послове, да јавно врше верске обреде, оснивају верске школе, социјалне и добротворне установе и да њима управљају, у складу са законом, уз напомену да Уставни суд може забранити верску заједницу само ако њено деловање угрожава право на живот, право на психичко и физичко здравље, права деце, право на лични и породични интегритет, право на имовину, јавну безбедност и јавни ред или ако изазива и подстиче верску, националну или расну нетрпељивост.⁹

⁵ Више о општем и посебном режиму обраде вид. И. Милић, О. Калаба, „Савремени 'паметни' системи за регулисање саобраћаја у градовима Републике Србије – (не)усклађеност позитивноправних прописа („пази, снима се”)", у: *Право између идеала и стварности* (ур. Страхиња Миљковић), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Институт за упоредно право, Косовска Митровица 2023, 255–256.

⁶ Уговор о функционисању Европске уније (пречишћена верзија), *Службени лист Европске уније*, С 202/47, 7. 6. 2016. (хрватски превод), (у даљем тексту: УФЕУ); више о положају верских заједница у ЕУ вид. В. Ђурић, Н. Врањеш, „Уставни положај и аутономија цркава и верских заједница у систему кооперативне одвојености", *Правна ријеч* 31/2013, 279–301; О. Николић, „Односи цркве и државе у Европској унији", у: *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Београд 2019, 473–486.

⁷ Чл. 11 Устава.

⁸ Чл. 43 Устава.

⁹ Чл. 44 Устава; више о положају верских заједница у Србији вид. В. Џомић, „Слобода вероисповести и положај цркава и верских заједница у Уставу Републике Србије

Када је реч о Европској унији, постоје различити модели односа између држава чланица и црква и верских заједница. Први модел карактерише постојање тзв. државне цркве, у оквиру које постоји отворена сарадња цркве и државе, то јест блиска веза између државних и црквених власти (Велика Британија, Грчка, Данска, Лихтенштајн, Малта и Финска) и њега карактерише прожимање државног и аутономног црквеног права, где се најчешће уставом као највишим актом додељује статус „државне цркве”. У оквиру другог модела гарантован је неутралан однос државе према свим црквама и верским заједницама, али уз много различитих заједничких задатака, и то тамо где је за испуњавање тих задатака неопходно да активности државе и црква и верских заједница буду повезане. Овај модел подразумева кооперативну одвојеност цркве од државе и њему припадају Немачка, Аустрија, Пољска, Белгија, Шпанија, Португал, Италија, као и поједине балтичке државе. У том моделу најчешће се истиче да одређене верске заједнице добијају статус лица јавног права, а друге статус лица приватног права, док су у појединим од наведених држава склопљени споразуми између државе и верских заједница. Апсолутна неутралност државе у односу према црквама и верским заједницама одлика је трећег модела који подразумева стриктну одвојеност цркве и државе (Француска, Холандија, Република Ирска). Религија је у оквиру овог система приватна ствар сваког грађанина, а верске заједнице су у статусу удружења грађана и немају право да учествују у политици, нити у власти. То значи да цркве и верске заједнице немају статус јавних институција, већ статус институција приватног права, у чему се заправо огледа неутралност државе.¹⁰

Анализирајући претходно поменуте моделе, поједини аутори изводе закључак да је у већој мери прихваћен модел кооперативне одвојености државе од црква и верских заједница на нивоу ЕУ, модел који почива на обостраној независности цркве и државе, али признаје да оне у исто време обављају мноштво заједничких задатака.¹¹ У овом контексту се истиче да је као последица проширења надлежности ЕУ усвојена уговорна одредба према којој ће ЕУ, препознајући идентитет и специфичан допринос црква, одржавати отворен, транспарентан и

од 2006. године”, у: *Српска теологија данас – Зборник радова осмог годишњег симпозиона* (ур. Радомир Поповић), Православни богословски Факултет, Београд 2017, 37–48.

¹⁰ М. Трнавац, *Однос између Европске уније и црква и верских заједница*, докторска дисертација, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Београд 2018, 19–26.

¹¹ В. Ђурић, Н. Врањеш, 298–299.

редован дијалог са њима, а што право ЕУ ставља у перспективу заједничку већини држава чланица која се може означити као лаичност признања, те да је очекивано да ће проширивање дијалога довести и до сарадње и развоја модела односа између ЕУ / држава чланица и црква и верских заједница, заснованог на одвојености, али и на сарадњи и државној помоћи.¹²

Не желећи да доводе у питање прихваћене моделе сарадње европских држава и црква и верских заједница, нити питање статуса црква и верских организација, наведени прописи ЕУ и Републике Србије о заштити података о личности категорисали су, између осталог, податке о верском или филозофском уверењу као посебну врсту података о личности, дозвољавајући њихову обраду само у експлицитно предвиђеним ситуацијама.¹³ Предвидели су такође и могућност да цркве и верске заједнице, сагласно аутономности коју уживају, поводом обраде података о личности усвоје и спроводе сопствена правила чију ће примену надзирати независно надзорно тело унутар цркве или верске организације, под условом да и поменута правила, као и наведено надзорно тело испуњавају услове у погледу квалитета правила и независности тела предвиђене ГДПР-ом у ЕУ, односно Законом о заштити података о личности у Републици Србији¹⁴, о чему ће бити више реч у наставку рада, где ће се кроз праксу надлежних органа указати на начин примене поменутих прописа на нивоу држава чланица ЕУ и Републике Србије, те утврдити степен њихове усаглашености.

2. Положај црква и верских заједница у праву ЕУ и праву Републике Србије у контексту обраде података о личности

Посматрајући одредбе ГДПР-а и Закона о заштити података о личности којима се утврђује поље примене ових прописа, може се уочити да су оне у већој мери подударне, те да предвиђају примену ових прописа када је реч о обради података о личности која се врши од стране руковоаца, односно обрађивача,¹⁵ у целини или делимично, на аутоматизован начин, као и на неаутоматизовану обраду

¹² В. Ђурић, „Уставноправни модели односа између државе и црква и верских заједница у Европи”, *Годишњак Факултета правних наука: научно-стручни часопис из области правних наука* 1/2011, 161.

¹³ Вид. чл. 9 ГДПР и чл. 17 ЗЗПЛ.

¹⁴ Вид. чл. 91 ГДПР и чл. 93 ЗЗПЛ.

¹⁵ Вид. чл. 3 ЗЗПЛ и чл. 4 ГДПР.

података о личности који чине део збирке података или су намењени збирци података.¹⁶ Према дефиницији датај у оквиру поменутих прописа, *руководилац* се одређује као физичко или правно лице, односно орган власти који самостално или заједно са другима одређује сврху и начин обраде, док се *обрађивач* дефинише као физичко или правно лице, односно орган власти који обрађује податке о личности у име руковоаца.¹⁷ Сагласно претходном, може се закључити да се цркве и верске заједнице могу подвести под појам руковоаца података о личности верника, како у погледу примене ГДПР-а, тако и у погледу примене ЗЗПЛ-а, те да имају обавезу поштовања свих одредаба које проистичу из ових прописа. Такође, као и свако ко врши било коју радњу обраде података о личности, цркве и верске заједнице, морају бити у могућности да у сваком тренутку, узимајући у обзир све релевантне околности у оквиру којих се врши обрада података о личности, предоче примену општих начела обраде у складу са принципом одговорности за поступање, односно докажу усклађеност конкретне обраде са цитираним прописима.¹⁸ Ако цркве и верска удружења или заједнице примењују, у време ступања на снагу ГДПР-а односно ЗЗПЛ-а, свеобухватна правила у погледу заштите физичких лица у односу на обраду, према одредби чл. 91 ГДПР-а и чл. 93 ЗЗПЛ-а предвиђено је да та постојећа правила могу и даље да се примењују под условом да се ускладе са ГДПР-ом односно ЗЗПЛ-ом. Даље се наводи да цркве и верска удружења који примењују свеобухватна правила, у складу са ст. 1, чл. 91 ГДПР-а односно чл. 93 ЗЗПЛ-а, надзире посебно независно надзорно тело образовано од стране цркве или верске заједнице, под условом да испуњава захтеве утврђене поглављем VI ГДПР-а, односно поглављем VI ЗЗПЛ-а.¹⁹ У супротном ће се у целости примењивати одредбе ових прописа и овлашћења из чл. 55–57 ГДПР-а односно чл. 77–79 ЗЗПЛ-а, која предвиђају надзорна, инспекцијска и друга овлашћења која врше надлежна надзорна тела држава чланица ЕУ, односно Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности (у даљем тексту: Повереник), када је реч о Републици Србији. У рециталу 165 ГДПР-а наводи се да ГДПР поштује и не доводи у питање статус цркава и верских удружења или заједница

¹⁶ Вид. чл. 2 ГДПР и чл. 3 ЗЗПЛ.

¹⁷ Вид. чл. 4, ст. 1, тач. 8) и 9) ЗЗПЛ и чл. 4, ст. 1, тач. 7) и 8) ГДПР.

¹⁸ О праву на приватност и заштиту података о личности у међународном праву вид. О. Калаба, *Право на приватност професионалних спортиста у међународном праву*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2020, 18–28.

¹⁹ Вид. чл. 91 ГДПР и чл. 93 ЗЗПЛ.

у државама чланицама према постојећем уставном праву, како је признато чл. 17 Уговора о функционисању ЕУ. Овакву одредбу не налазимо у ЗЗПЛ-у, али слично значење може проистећи из чл. 43 и 44 Устава Републике Србије и одредаба чл. 3 Закона о црквама и верским заједницама, који предвиђа одређене могућности за ограничења испољавања верских слобода, као и чл. 5, 6 и 7 којима се уређује слобода удруживања и окупљања, аутономија цркава и верских заједница и њихова аутономна регулатива.²⁰

3. Положај цркве и верских заједница према пракси Суда правде ЕУ и Европског суда за људска права у контексту обраде података о личности

Питањем обраде података о личности од стране цркве и верског удружења или заједнице бавио се и Европски суд за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП) као и Суд правде ЕУ. Наиме, Суд правде ЕУ је у одлуци *Jehovan todistajat*,²¹ која се тицала питања ширења и проповедања вере прикупљањем и обрадом података о личности физичких лица, изнео закључак да се цркве и верске заједнице, између осталог, могу сматрати руковоцима података о личности, јер се прикупљање података о личности спроводи у оквиру обављања активности верске заједнице којом њени чланови проповедници шире веру своје заједнице, као и да прикупљање података о личности физичких лица и њихова обрада служе остварењу циља - ширења вере заједнице. Организујући, координирајући и подстичући активност проповедања својих чланова ради ширења вере, верска заједница учествује заједно са

²⁰ Закон о црквама и верским заједницама, *Сл. гласник РС*, бр. 36/2006; више о томе да ли овакав приступ утиче на аутономност цркава и верских заједница и њихових правила у Републици Србији вид. С. Андоновић, „Заштита података о личности које обрађују цркве и верске заједнице у Републици Србији”, у: *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Београд, 2019, 457–470. и А. Дилигенски, Д. Прља, И. Штулић, „Заштита података и државно-црквено право”, у: *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Београд 2019, 431–443.

²¹ Пресуда Великог већа Суда правде ЕУ поводом захтева за претходну одлуку поднетог на основу члана 267 УФЕУ, који је упутио Врховни управни суд Финске, у поступку надзорног тела за заштиту података о личности Финске (Tietosuojavaltuutettu), уз учешће верске заједнице Јеховних сведока Финске (Jehovan todistajat – uskonnollinen yhdyskunta), C-25/17, EU:C:2018:551, 10.07.2018, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=EBD34F5607335C570B-1F632CF1CDD77D?text=&docid=203822&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=99259>, 7. 8. 2023.

својим проповедницима у утврђивању сврхе и начина обраде података о личности физичких лица, напомињући да све претходно наведено мора бити утврђено у зависности од околности конкретног случаја. У закључку, овај суд наводи да начело аутономије верских заједница, које произлази из чл. 17 УФЕУ, не може довести у питање претходно наведене закључке, напомињући да се не може сматрати да обавеза сваког лица да поштује правна правила ЕУ о заштити података о личности представља задирање у аутономију наведених заједница.²² Овај предмет добио је епилог и пред Европским судом за људска права, који је разматрајући да ли је у предмету *Jehovah's witnesses v. Finland*²³ успостављена правична равнотежа између права на слободу вероисповести верске заједнице према чл. 9 Европске конвенције о људским правима и основним слободама (у даљем тексту: ЕКЉП) и права на приватност лица на које се подаци односе, како је предвиђено у домаћем законодавству о заштити података и чл. 8 ЕКЉП, утврдио да није дошло до повреде права на слободу вероисповести верске заједнице.

Пре свега, ЕСЉП је прихватио становиште домаћих органа и Суда правде ЕУ у погледу тога да се верска заједница може сматрати руковаоцем података о личности јер прикупљање и обрада тих података представљају верску делатност усмерену на испољавање или ширење вере.²⁴ Према становишту ЕСЉП, услов предвиђен домаћим законодавством о заштити података о личности који је захтевао постојање адекватног правног основа за обраду података о личности представљао је мешање у право верске заједнице из чл. 9 ЕСЉП,²⁵ али је то мешање било јасно прописано Законом о заштити података о личности Финске и потврђено од стране Суда правде ЕУ и финског Врховног суда,²⁶ те је ЕСЉП истакао да су ограничења имала легитиман циљ да заштите „права и слободе других” у смислу чл. 9, ст. 2 ЕКЉП, тј. да заштите права лица на које се подаци односе у конкретном случају.²⁷ У погледу услова „неопходности у демократском друштву” ЕСЉП је прихватио становиште домаћих органа да предвиђена ограничења нису представљала ограничења верских слобода, већ су постојала да би се заштитила права других у вези са обрадом њихових

²² *Ibid.*, ст. 66 и ст. 70–75.

²³ *Jehovah's witnesses v. Finland*, App. No. 31172/19 from 09.05.2023. (Напомена: Ова одлука ће постати коначна наступањем околности наведеним у чл. 44, ст. 2 ЕКЉП).

²⁴ *Ibid.*, ст. 61–63, 86.

²⁵ *Jehovah's witnesses v. Finland*, ст. 80–81.

²⁶ *Ibid.*, ст. 83–88.

²⁷ *Ibid.*, ст. 89.

података о личности.²⁸ Наиме, ЕСЉП примећује да је домаћи закон о заштити података о личности имао за циљ да обезбеди заштиту права на поштовање приватног живота, укључујући право на заштиту података о личности. Закон је захтевао да прикупљање и обрада личних и осетљивих података испуњавају одређене услове у погледу адекватног правног основа, односно, у конкретном случају, постојање недвосмисленог или изричитог пристанка лица на које се подаци односе. Ти захтеви су настали у Директиви ЕУ о заштити података, која је транспонована у законодавство држава чланица ЕУ и тиме постала примењива у тим државама чланицама Савета Европе.²⁹ Ови захтеви морају се сматрати одговарајућом и неопходном заштитном мером у циљу спречавања било какве обраде или откривања личних и осетљивих података које би могле бити у супротности са гаранцијама из чл. 8 ЕКЉП,³⁰ уз напомену да се закон о заштити података о личности примењује без разлике на све верске заједнице и верске активности.³¹

Сагласно претходном, може се закључити да су цркве и верске заједнице у обавези да поштују одредбе прописа које се односе на заштиту података о личности и да су одговорне за њихову примену и остварење стандарда заштите података лица чије податке обрађују како у оквиру Савета Европе, тако и у оквиру права ЕУ и права Републике Србије. Оне имају могућност да сопственим свеобухватним правилима регулишу ове односе водећи рачуна да таква правила и тела која би контролисала њихову примену испуњавају критеријуме и услове у погледу адекватности пружања неопходне заштите и независности, те да омогуће остваривост права лица на које се подаци односе и делотворну правна заштиту еквивалентну оној која се гарантује и пружа наведеним прописима и правним инструментима.

4. Положај цркве и верских заједница према пракси надзорних тела за заштиту података о личности држава чланица ЕУ

Пресудом Управног суда у Берлину потврђена је одлука надзорног тела за заштиту података о личности Града Берлина у којој је утврђено да наведено тело није надлежно и нема надзорна овлашћења за питања обраде података о личности коју спроводи црквена пореска служба због постојања посебне надлежности независних црквених

²⁸ *Ibid.*, ст. 93, 95.

²⁹ *Ibid.*, ст. 92.

³⁰ *Ibid.*, ст. 95.

³¹ *Ibid.*, ст. 96.

надзорних органа формираних у складу са чл. 91 ГДПР-а.³² Наиме, две велике цркве у Немачкој, Римокатоличка и Евангелистичка, ревидирале су своје прописе о заштити података који су ступили на снагу истог дана када и ГДПР – 24.05.2018. године. Према становишту Управног суда у Берлину, оба скупа правила очигледно су заснована на ГДПР-у, чак и у погледу структуре и поретка прописа, док су многе одредбе скоро дословно подударне одговарајућим одредбама ГДПР-а. Свеукупно гледајући, ови прописи су стога у складу са ГДПР-ом.³³ Истиче се, такође, да је свака од наведених верских заједница помешним прописима успоставила независни црквени надзорни орган за заштиту података о личности који у основи испуњава захтеве ГДПР-а за независност надзорних органа.³⁴ Сагласно наведеном, примењујући чл. 91 ГДПР-а, заштита података о личности које обрађују наведене цркве подлеже црквеном, а не посебном државном надзору³⁵, те црквена пореска управа подлеже надзору црквених надзорних органа и у том се погледу делокруг примене црквених правила о заштити података о личности проширује и на обраду података ради наплате црквених пореза.³⁶

Потребно је напоменути да је немачким пореским прописима црквама дато право да наплаћују сопствене порезе.³⁷ Према ставу Управног суда, ови порези су заједничка надлежност државе и цркве. То, међутим, не резултира нераскидивим јединством, већ су државна и црквеноправна структура суштински одвојене, те утврђивање чињеница у погледу настанка обавезе појединца поводом црквеног пореза остаје на верским заједницама. Сагласно претходном, ове и са њима друге повезане послове, верска заједница може обављати преко црквених пореских управа формираних при државним пореским управама – такође заједно са другим верским заједницама које имају право на наплату пореза, уз напомену да црквена пореска управа може самостално да делује ка споља у обављању датих послова.³⁸ Уколико дође до обраде података о личности у овом контексту, на питање чланства

³² Urteil VG Berlin I. Kammer, 1 K 391/20, 07.04.2022., ст. 21, <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/JURE220027038/part/L>, 8. 8. 2023.

³³ *Ibid.*, ст. 29.

³⁴ *Ibid.*, ст. 26.

³⁵ *Ibid.*, ст. 22.

³⁶ *Ibid.*, ст. 30.

³⁷ Вид. Gesetz über die Erhebung von Steuern durch öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften im Land Berlin (Kirchensteuergesetz - KiStG), GVBl. 2009, 23, 6110-3, 4. 2. 2009. <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/jlr-KiStGBE2009pP1/part/X>

³⁸ Urteil VG Berlin I. Kammer, ст. 31.

одређеног лица у верској заједници мора се одговорити првенствено према унутрашњем црквеном праву, те чланство у верској заједници не утврђује нити проверава држава, већ те послове верска заједница спроводи независно. Према томе, обим надзора над заштитом података о личности које обрађују цркве није ограничен само на припаднике дотичне цркве. Овај став произлази из тумачења чл. 91 и рецикала 165 ГДПР-а, према којима се свеобухватна правила и деловање црквеног надзорног тела односе на цркву и заштиту физичких лица, без навођења ограничења у погледу тога да конкретна лица морају бити чланови дотичне цркве. Тачније, питања одговорности повезана су са институцијама које обрађују податке и оним које спроводе контролу радњи обраде. У супротном, цркве би за своје поступке према својим члановима биле подвргнуте само контроли и надзору црквеног тела, док би у другим случајевима надзорна овлашћења имала држава. Међутим, ово раздвајање надзорних овлашћења и одговорности нигде није предвиђено ГДПР-ом.³⁹ Поред тога, државне пореске службе су дужне да црквеним пореским службама дају податке и документа потребна за обављање њихових послова и задатака. Да би оне испуниле задатак утврђивања црквеног пореза, неопходно је разјашњење постојања обавезе конкретног лица у погледу настанка црквеног пореза од стране надлежне црквене пореске управе, те је пренос и размена података о личности физичких лица од стране државне пореске управе црквеној законит јер служи опорезивању црквеним порезом, тј. испуњењу законом прописаних обавеза органа.⁴⁰

Важно је указати и на случај из Данске у којој је надзорно тело ове државе изрекло корективну меру Католичкој цркви Данске због њеног неадекватног одговора на захтев за приступ подацима о личности подносиоце захтева, то јест због тога што одговор Католичке цркве на захтев жалиље за приступ подацима о личности који се о њој обрађују и достављање копије докумената који садрже тражене информације није дат у складу са правилима из чл. 15 ГДПР-а. Надзорно тело је вратило предмет на поновно одлучивање наложивши цркви да поново процени околности датог случаја и да примењујући стандарде из ГДПР-а одлучи о првобитном захтеву жалиље.⁴¹ Подносилац жалбе је жена чији је муж желео да се поново венча у

³⁹ *Ibid.*, ст. 32–33.

⁴⁰ *Ibid.*, ст. 37–39.

⁴¹ Datatilsynet (Denmark), 2021-31-4650, 24. 11. 2021, <https://www.datatilsynet.dk/afgoerelser/afgoerelser/2021/nov/den-katolske-kirke-faar-kritik-og-paabud-om-behandling-af-indsigtsanmodning-> 8. 8. 2023.

Католичкој цркви, због чега је било потребно да њихов раније склопљен брак буде поништен. Да би се то десило, морали су бити позвани сведоци да пред црквом сведоче о претходном животу и браку жалиље и њеног бившег мужа, као и о разлозима за њихов развод, те је с тим у вези бивши супруг жалиље за сведоке изабрао своју мајку и брата. Жалиља је затим одлучила да контактира са Католичком црквом како би добила увид у то која су питања сведоцима постављена о њеном приватном животу и шта су сведоци одговорили.

Пре свега, надзорно тело Данске је истакло да се у конкретном случају мора извршити балансирање супротстављених интереса, те је након разматрања чињеница конкретног случаја, закључило да Католичка црква није успела да докаже да би остваривање верске слободе бившег мужа жалиље, дужност свештеника на поверљивост и права сведока могли да оправдају одбијање цркве да упути копију питања постављених сведоцима о жалиљином претходном браку, као и шта су били њихови одговори. У одлуци је наглашено да се изузетак од права приступа може установити само када постоји непосредна опасност да ће приватни интереси претрпети значајну штету, док у конкретном случају, према становишту данског органа, Католичка црква није успела да докаже да су верска слобода бившег супруга подноси-тељке жалбе, дужност свештеника да чувају поверљивост и права сведока били у непосредној опасности да претрпе значајну штету приликом давања информација. Такође, посебно је истакнуто да Католичка црква није дала конкретну процену у вези са појединачним информацијама, тј. није могла да докаже да је извршила уравнотежену процену случаја на основу чињеница, већ је једноставно одбила да преда копију информација. Сагласно томе, утврђено је да се обрада података о личности од стране Католичке цркве није одвијала у складу са чл. 15 ГДПР-а, те јој је дански надзорни орган наложио да поново размотри захтев жалиље, да утврди да ли су испуњени услови за омогућавање приступа подацима према наведеном члану, као и да обавести жалиљу да ли је захтев за приступ одобрен или одбијен. Појашњавајући наложено, истакнуто је да Католичка црква има обавезу, као део налога, да заједно са обавештењем, достави жалиљи копију података које о њој обрађује, ако сматра да се захтев за приступ (у целини или делимично) мора одобрити. У случају да Католичка црква сматра да се захтев за приступ подацима не може одобрити или да се омогућава само делимичан приступ, мора жалиљи, као део налога, да достави одлуку са јасно образложеним и правно утемељеним разлозима за такво поступање.

Када је реч о надзорним овлашћењима државних тела, требало би се осврнути на предмет у којем је норвешко надзорно тело за заштиту података изрекло корективну меру Цркви Норвешке због незаконитог прикупљања података о новорођенчади њених чланова након што им је истекао правни основ за такву обраду и због тога што није пружила довољно информација о обради података према захтевима који проистичу из чл. 14(1)(д), 14(2)(ф) и 12(1) ГДПР-а.⁴² Према прописима који су важали до 01.10.2018. године, Црква Норвешке имала је законско овлашћење да упише новорођенчад (као „повезане особе“) у свој регистар чланова ако је барем један родитељ члан Цркве. Под истим условом имала је, према националним прописима о становништву, и дозволу да прима аутоматска обавештења о новорођенчади. Црква је, међутим, наставила да прима аутоматска обавештења до 14.11.2018. године, и у периоду од 01.10. до 14.11.2018. године унела је у регистар податке о личности 108.880 малолетних лица, чувајући их у свом регистру до августа 2020. године када је, како се изјаснила у поступку, схватила након покренутог надзора, да више нема правни основ за обраду података о личности, те је започела њихово брисање, које је због наводних техничких проблема извршено тек 22.01.2021. године. Норвешко тело за заштиту података сматрало је да је Црква прекршила чл. 6(1) ГДПР-а обрадом података о личности новорођенчади њених чланова у периоду између 01.10. и 14.11.2018. године, као и тиме што је наставила да их чува без ваљаног правног основа. Истакнуто је, такође, да је, у складу са чл. 17(1)(д) ГДПР-а, Црква била дужна да избрише податке који се обрађују незаконито, осим ако се не примењује изузетак из чл. 17(3) ГДПР-а (извршење задатка у јавном интересу). Међутим, према ставу надзорног тела, Црква није испунила услове за обављање послова од јавног интереса јер су посебни прописи престали да важе за руковаоца након 01.10.2018. године. Дакле, руководилац је, пре њиховог брисања 2021. године, податке чувао и незаконито обрађивао. Црква је, такође, прекршила и чл. 14(1)(д), 14(2)(ф) и 12(1) ГДПР-а, тако што није пружила лицима на које се подаци односе лако доступне информације о прикупљању аутоматских обавештења о рођењу из Националног регистра становништва, уз напомену да се Црква не може ослонити на изузеће предвиђено у чл. 14(5)(ц) ГДПР-а,

⁴² Datatilsynet (Norway), 20/01772-19, 9. 1. 2023. https://www.datatilsynet.no/contentassets/269d6dc8a3c94bf48f9f345c1d71222d/~20_01772-19-vedtak-om-irettesettelse--behandling-av-mindreariges-opplysninger-i-den-norske-ki-334535_19_1.pdf; <https://www.datatilsynet.no/aktuelt/aktuelle-nyheter-2023/irettesettelse-til-den-norske-kirke/>, 8. 8. 2023.

јер прикупљање аутоматских обавештења о рођењу након 01.10.2018. године није више било изричито предвиђено релевантним националним законом. Након донете одлуке надзорног тела, Црква је упутила извињење јавности за установљена кршења прописа о заштити података о личности и потврдила да је избрисала податке о личности свих лица унетих у регистар у наведеном периоду.

Према Коментару Одлуке који је дала Рије Александра Вејл, оно што овај случај чини занимљивим јесте то да се надзорно тело није осврнуло у свом образложењу на тврдње подносилаца притужби да је Црква прекршила чл. 24, 33 и 35 ГДПР-а о који регулишу обавезе руковоаца у погледу спровођења одговарајућих мера за заштиту података о личности, обавештењу лица на које се подаци односе о повреди података о личности, те процени утицаја на заштиту података. Такође, не налази ни кршење чл. 5(1)(а) ГДПР-а који указује на обавезу да се подаци о личности морају обрађивати законито, поштено и транспарентно у односу на лице на које се подаци односе, што је помало изненађујуће с обзиром на оно што је утврђено и што је реч о кршењу обраде посебних врста података о личности из чл. 9 ГДПР-а, чија је обрада дозвољена само у изузетно предвиђеним ситуацијама. Надзорно тело није изрекло новчану казну, наводећи само да су у конкретном случају постојале олакшавајуће околности, не образлажући о чему је конкретно реч.⁴³

У погледу обраде података о личности и остваривања права поводом обраде коју врше верске заједнице, било би потребно осврнути се на предмет аустријског надзорног тела за заштиту података о личности у коме је указано на неколико сегмената у којима, према ставу овог органа, држава нема могућности да спроводи своја надзорна овлашћења јер би се тиме мешала у интерна питања аутономне верске заједнице. Наиме, жалилац је био активни члан верске заједнице и имао је и званичну духовну (свештеничку) улогу у цркви. После много година службе, интерна црквена комисија је закључила да је жалилац починио озбиљан грех и саопштила током јавног окупљања у цркви да он више није члан заједнице. Жалилац је тврдио да је овим јавним саопштењем верска заједница незаконито обрадила његове податке о личности, затражио приступ и брисање неких података и поднео приговор на обраду. Тврдио је, такође, да је у време крштења имао само 13 година и да стога није могао да разуме све правне импликације припадности верској заједници на његово право на заштиту података,

⁴³ R. A. Walle, Comment on the decision of Datatilsynet (Norway) – 20/01772, [https://gdprhub.eu/index.php?title=Datatilsynet_\(Norway\)_-_20/01772](https://gdprhub.eu/index.php?title=Datatilsynet_(Norway)_-_20/01772), 8. 8. 2023.

да је било довољно да се поводом његовог искључења обавести само двоје људи, без потребе за јавним оглашавањем, те је стога уложио жалбу.⁴⁴

Поводом откривања информације о искључењу жалиоца из верске заједнице током јавног окупљања у цркви надзорно тело је истакло да се и организација службе и питања о чланству у верској заједници несумњиво сматрају „унутрашњом ствари” верске заједнице, која је ван надлежности органа за заштиту података о личности. Сличан став надзорно тело заузело је и поводом навода жалиоца да је верска заједница његове податке обрађивала противзаконито јер никада није дао сагласност за неограничену обраду података. Најпре је надзорно тело истакло да је жалилац, како је утврђено, од 1999. до 2020. године, био припадник тужене верске заједнице, да питања у вези са чланством у верској заједници – и повезана обрада података о личности – подлежу „унутрашњим пословима” верске заједнице, те да орган за заштиту података нема надлежност ни у том погледу.⁴⁵ Када је реч о остваривању права на приступ подацима о личности, поводом захтева жалиоца да му верска заједница достави информације о томе које податке о њему обрађује и копије докумената у којима се они налазе, закључио је да је верска заједница правилно поступила према чл. 15 ГДПР-а. Одређујући домашај примене овог члана, надзорно тело је закључило да чл. 15 (3) ГДПР-а не даје лицу на које се подаци односе право да тражи читаве документе, као што су пропратна и референтна писма или пуна процена нечијег „духовног статуса”, већ је довољно да руковалац (у овом случају верска заједница) достави лицу на које се подаци односе копију података о личности које о њему обрађује садржаних у документима, што је верска заједница и учинила у предметном случају. Поред тога, надзорно тело је такође напоменуло да треба истаћи да су пропратна писма, писма упознавања, оцене „менталног статуса” чланова, информације и документи из досијеа верске заједнице, као и било који снимци приступања путем видео-везе црквеним службама несумњиво „унутрашњи послови” које треба приписати раду верске заједнице, јер документују специфичну структуру односа чланства.⁴⁶ Поводом захтева за брисање података – изузев имена, адресе и података о рођењу – надзорно тело је истакло да жалилац тренутно више није члан верске заједнице, али да то не мења чињеницу да се и даље сматра – чисто духовним – чланом. Прихватајући аргумент верске

⁴⁴ DSB (Austria), 2020-0.829.566, 23.03.2021, <https://shorturl.at/KQSW9>, 9. 8. 2023.

⁴⁵ *Ibid.*, одељак Д, тач. 1.

⁴⁶ *Ibid.*, одељак Д, тач. 2.

заједнице у овом контексту да, као и у Католичкој цркви, чланство више не може бити прекинуто након крштења те да, као што је већ наведено, ово обухвата питања чланства у верској заједници и с тим у вези питање обраде података о личности. Сагласно томе и ако брисање података према чл. 4, ст. 2 ГДПР-а представља облик обраде – ипак се наведена ситуација може сматрати „интерном ствари” верске заједнице, те орган за заштиту података нема надлежност у том погледу.⁴⁷ Слично становиште заузео је када је реч о приговору на обраду података о личности.⁴⁸

Последњи наведени пример указује нам на неколико потенцијално неадекватних начина резоновања и примене ГДПР-а, посебно узимајући у обзир раније наведену праксу надзорних тела држава чланица ЕУ и став Суда правде ЕУ, а што је истакнуто и у коментару одлуке објављеном на сајту www.gdprhub.eu. Пре свега, аустријско надзорно тело искључује примену ГДПР-а правећи изузетак од примене који није предвиђен чл. 2 ГДПР-а, позивајући се на „унутрашња питања” верске заједнице, док у одређеним ситуацијама ипак потврђује његову примену, као што је то случај са поступањем на основу чл. 15 ГДПР-а. Наиме, одредба чл. 9 (2) (д) ГДПР-а, између осталог, наводи да посебне категорије података, у које спадају и подаци о верском или филозофском уверењу, може да обрађује непрофитна организација са верским циљем, у шта се несумњиво могу категорисати црква и верска заједница, што наводи на закључак да је ГДПР у тим ситуацијама применљив. Имајући у виду да у конкретном случају нема података о постојању свеобухватних правила и посебног црквеног надзорног тела које би контролисало његову примену, према чл. 91 ГДПР-а, може се закључити да је надлежно аустријско надзорно тело. Не доводећи у питање аутономност верских заједница, надзорно тело је у погледу наведених захтева жалиоца требало да утврди постојање примене ГДПР-а у свакој од наведених ситуација, а посебно када је реч о законитости обраде, права на брисање и приговор, где се питање такозваног „неизбрисивог карактера” одређених верских обреда (нпр. крштења) потенцијално могло класификовати као пример принципа неинтервенисања, прихватајући притом аргумент да лице још увек чином крштења може бити (духовни) члан (хришћанске) заједнице, док се истовремено повукло из верске заједнице на основу секуларног закона. Сагласно томе, подаци о таквом „духовном чланству” могли би се и даље обрађивати у ограниченом обиму (нпр. може се

⁴⁷ DSB (Austria), одељак Д, тач. 3.

⁴⁸ *Ibid.*, одељак Д, тач. 4.

извршити минимизација података уз псеудоминимизацију и/или анонимизацију како би служили у архивске и статистичке сврхе) према чл. 9 (2) (д) ГДПР-а, у контексту бивших чланова верске заједнице, у вези са остварењем њених циљева и под условом да се подаци о личности не откривају изван верске заједнице без пристанка лица на која се подаци односе. Није најјасније зашто аустријски орган није узео у обзир и то да је сличан став изнела и верска заједница поступајући по захтеву жалиоца на основу чл. 15. ГДПР-а, где је, између осталог, наведено: 1) да се трајно задржава минимум потребних података о личности као доказ статуса чланства (историје и тренутног статуса) и за документовање вршења духовне службе; 2) да се након искључења из верске заједнице и подношења приговора подаци неће обрађивати даље од пуког складиштења, осим у случајевима подношења захтева за реадмисију у верску заједницу од стране дотичне особе, ради потврђивања, остваривања или заштите правних захтева, као и да неће бити откривени или прослеђени трећим лицима; 3) да је приступ личним подацима који се односе на жалиоца строго ограничен, да су доступни само малој групи одабраних људи који су такође дужни да чувају тајност на основу правила о поверљивости повезаној са вршењем духовне функције, те 4) да се подаци не могу прегледати или обрађивати без посебног разлога.⁴⁹

5. Положај цркве и верске заједнице према пракси Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности

Као што је наведено на почетку рада, положај цркава и верских заједница у Републици Србији са аспекта заштите података о личности је скоро потпуно идентичан оном који је предвиђен ГДПР-ом. Одредбом чл. 93, ст. 1 ЗЗПЛ-а прописано је да ако цркве или верске заједнице примењују свеобухватна правила у погледу заштите физичких лица у односу на обраду, та правила могу се и даље примењивати под условом да се ускладе са ЗЗПЛ-ом, у ком случају се, на основу ст. 2, примењују и одредбе ЗЗПЛ-а о инспекцијским и другим овлашћењима Повереника из чл. 77–79 ЗЗПЛ-а, осим ако црква, односно верска заједница не образује посебно независно надзорно тело које ће вршити та овлашћења, под условом да такво тело испуњава услове предвиђене Поглављем VI ЗЗПЛ-а. Према тренутно доступним јавним

⁴⁹ Вид. коментар одлуке на: [https://gdprhub.eu/index.php?title=DSB_\(Austria\)_-_2020-0.829.566](https://gdprhub.eu/index.php?title=DSB_(Austria)_-_2020-0.829.566), 8. 8. 2023.

подацима, до којих се приликом израде овог рада могло доћи, може се уочити да од регистрованих цркава и верских заједница у Републици Србији Јеховини сведоци примењују свеобухватна правила у погледу заштите физичких лица у односу на обраду података о личности, која су садржана у Општим правилима приватности Јеховиних сведока и повезаним документима објављеним на интернет страници ове верске заједнице: www.jw.org у оквиру дела Приватност, али да немају образовано посебно надзорно тело, док се за остале цркве и верске заједнице не може са сигурношћу утврдити да ли су и ако јесу, која црква или верска заједница у Републици Србији усвојила свеобухватна правила у погледу заштите физичких лица у вези са обрадом података о личности усклађујући их са ЗЗПЛ-ом, нити да ли су образовале посебно надзорно тело које би испуњавало услове предвиђене Поглављем VI ЗЗПЛ-а и последично вршило надзор над применом тих правила. Може се закључити да је неспорна надлежност Повереника када је реч о поступцима који би били покренути поводом обраде података о личности које спроводе цркве и верске заједнице уважавајући опсег примене ЗЗПЛ-а одређен чл. 3 овог закона.

Од ступања на снагу новог ЗЗПЛ-а, у августу 2019. године, у погледу обраде података о личности од стране цркве и верских заједница издвајају се три предмета у којима је Повереник разматрао наведену тематику од којих се два предмета односе на обраду података о личности од стране Српске православне цркве, док се један односи на обраду података о личности од стране Хришћанске верске заједнице – Јеховини сведоци. У Мишљењу датом поводом питања да ли право на заборав постоји у случају обраде коју врши Српска православна црква указано је да „лице на које се односе подаци чију обраду врши одређена црква као руковалац подацима, има право да поднесе тој цркви захтев за брисање података, с тим што треба имати у виду да право није апсолутно, те да постоје ситуације у којима руковалац неће удовољити поднетом захтеву. У сваком случају, лице које сматра да руковалац, у поступку по његовом захтеву за остваривање неког од права у вези са обрадом података о личности, укључујући право на брисање података, није поступио у складу са ЗЗПЛ-ом, може да поднесе пригужбу Поверенику.”⁵⁰

Поводом заштите физичких лица у вези са обрадом података о личности потребно је указати на то да, сагласно ЗЗПЛ-у, уколико лице

⁵⁰ Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, 073-14-1985/2022-02, 20. 3. 2023, <https://praksa.poverenik.rs/predmet/detalji/BF991D55-9388-4971-8DBD-05926F4F8148>, 9. 8. 2023.

жели да оствари своја права (право на приступ подацима, исправку и/или допуну, брисање и др.) треба прво да се обрати руковооцу, тј. субјекту који врши обраду његових података у конкретном случају захтевом за остваривање наведених права. Уколико конкретан руковалац не поступи по поднетом захтеву или по добијању одговора, лице на које се подаци односе сматра да се обрада његових података о личности врши супротно одредбама ЗЗПЛ-а и има право да поднесе притужбу Поверенику, уз напомену да подношење притужбе не утиче на право овог лица да покрене друге поступке управне или судске заштите, те да се може затражити и одговарајућа судска заштита подношењем тужбе надлежном вишем суду. Повереник у поступку остваривања права поводом обраде података о личности, поступајући по притужби, одлучује о томе да ли је у конкретної ситуацији руковалац поступио у складу са ЗЗПЛ-ом, тј. да ли је притужба основана и обавештава подносиоца притужбе о току и резултатима поступка који води у складу са чл. 82 ЗЗПЛ-а. Након тога лице на које се подаци односе, руковалац, обрађивач, односно друго физичко или правно лице на које се односи одлука Повереника, донета у складу са овим законом, има право да против те одлуке тужбом покрене управни спор у року од 30 дана од дана пријема одлуке.

У пракси Повереника, поводом примене новог ЗЗПЛ-а, истичу се и два предмета где је поступано по притужби поднетој због повреде права на брисање података о личности.

Поступајући по притужби поднетој због повреде права на брисање података о личности поводом захтева поднетог Хришћанској верској заједници – Јеховини сведоци, као руковооца подацима, Повереник је, мериторно одлучујући, утврдио неоснованост притужбе.⁵¹ Наиме, притужилац је поднео руковооцу захтев за брисање свих његових података који га доводе у везу са руковооцем. У одговору на захтев руковалац је навео да је поступајући по захтеву трајно обрисао сваки податак, осим имена и презимена, као и датума приступања, односно искључења из верске заједнице, које као руковалац у складу са чл. 17, ст. 2, тач. 4) ЗЗПЛ-а и даље чува, након чега се притужилац обратио Поверенику подношењем притужбе.

Поступајући по притужби констатовано је да постоји надлежност Повереника за одлучивање у овом предмету јер руковалац није образовао посебно независно надзорно тело. Након изјашњења руковооца, Повереник је утврдио да документ под називом „Процена

⁵¹ Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, 072-16-781/2020-06, 23. 12. 2020.

легитимног интереса – Бивши чланови” садржи све што је неопходно са становишта Повереника, и то: процену легитимног интереса руковоаца и образложење неопходности обраде; процену утицаја коју обрада има на лица на која се подаци односе, укључујући и то који подаци се обрађују, радње обраде, мере заштите које се примењују у односу на те податке, разумна очекивања укључених страна која се тичу обраде и природу односа између руковоаца података и друге укључене стране; равнотежу интереса, односно тест балансирања између интереса руковоаца у односу на интерес лица чији се подаци обрађују, као и додатне гаранције које се тичу минимизације и заштите података. Сагласно томе, приликом одлучивања о основности притужбе, Повереник је ценио критеријуме на основу којих је руковалац вагао, чије право и интересу су претежнији у конкретном случају и нашао да су испуњени услови за примену легитимног интереса као правног основа за обраду података јер је руковалац исправно проценио да његов легитимни интерес претеже у односу на интересе и основна права и слободе притужиоца, узимајући у обзир: 1) да постоји јасно одређен и оправдан легитиман интерес руковоаца који се огледа у очувању верских начела, одредаба и норми верске заједнице, како би се осигурало да неко лице не буде крштено два пута и како би се спречиле злоупотребе, што је детаљно описану у предметном акту; 2) да је обрада о бившим члановима неопходна, с обзиром на то да се без података о личности или са мање података не може остварити наведени интерес, и да садржи минимум потребних података – име и презиме, као и датума приступања, односно искључења из верске заједнице; 3) да је с друге стране, минималан ризик по лица чији се подаци обрађују, будући да подаци нису јавни, да се подаци не деле са трећим лицима нити користе за комерцијалне сврхе или у сврху пропаганде; 4) да су примењене техничке, организационе и кадровске мере како не би дошло до злоупотребе предметних података; 5) да је притужилац разумно могао очекивати да ће се његови подаци обрађивати и након иступања из чланства; 6) да је притужилац био упознат са могућим последицама иступања, као и да је о свим аспектима обраде података писмено обавештен и да се са њима сагласио приликом ступања у верску заједницу; и 7) да предметна обрада не доприноси отежавању или онемогућавању остваривања права и слобода лица, губитку контроле над подацима, финансијском губитку и сл. С тим у вези, како је обрада података о бившим члановима, укључујући ту и податке о притужиоцу, заснована на легитимном интересу руковоаца, према ставу Повереника таква обрада је законита и дозвољена, у складу са чл. 12, ст.

1, тач. 6) и чл. 17, ст. 2, тач. 4) ЗЗПЛ-а, те у конкретном случају нису испуњени услови за брисање података прописани чл. 30, ст. 2 ЗЗПЛ-а, нити услови прописани правилима о обради података руковаоца.

Други предмет се односио на поступање по поднетом захтеву упућеном СПЦ, Епархији сремској из Сремских Карловаца, као руковаоцу подацима.⁵² Наиме, у притужби је наведено да је притужилац СПЦ општини добановачкој при Храму Преноса моштију светог оца Николаја поднео захтев којим је, између осталог, тражио брисање података који се на њега односе уписаних у књигу крштених Епархије сремске, као и њихову исправку, те да му се изда уверење „о испису његових података из цркве”. Поступајући по поднетом захтеву, наведени руковаоца подацима је обавестио подносиоца да „исписница из цркве као документ не постоји”, то јест да документом наведене садржине не располаже и да не може да поступи по захтеву. У изјашњењу на притужбу руковаоца је навео: да Повереник није надлежан да одлучује по притужби с обзиром на одредбу чл. 6 и 7 Закона о црквама и верским заједницама; да чин крштења никога не обавезује да учествује у црквеним обредима, нити да ствара било које друге обавезе за лице које је крштено; да брисање података из евиденције уписаних у књигу крштених није могуће; да свако може да промени вероисповест, што црква не спречава; као и да притужилац може доставити доказе како би се извршила исправка нетачно уписаних података.

Повереник је у одлуци пре свега указао на то да навод руковаоца о ненадлежности Повереника није био од утицаја на доношење другачије одлуке по притужби позивајући се на одредбе чл. 93 ЗЗПЛ-а. Како СПЦ није доставила Поверенику да поседује свеобухватна правила у погледу заштите физичких лица у односу на обраду података о личности која су усклађена са ЗЗПЛ-ом, нити да је образовала посебно независно надзорно тело које ће вршити инспекцијска и друга овлашћења и које испуњава услове предвиђене Поглављем VI ЗЗПЛ-а, неспорна је пуна примена ЗЗПЛ-а и надлежност Повереника за одлучивање. Поступајући по притужби, а након изјашњења на притужбу, утврђено је да СПЦ, Епархија сремска, као руковаоца подацима, није поступила (одлучила) по захтеву у делу којим је притужилац тражио исправку и брисање података који се на њега односе, јер није у законском року од 30 дана предузела одговарајуће мере да би лицу на које се подаци односе пружила све информације у вези са остваривањем права прописаних ЗЗПЛ-ом, нити га је обавестила о

⁵² Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, 072-16-113/2023-06, 31. 3. 2023.

разлозима за непоступање по захтеву у наведеном делу. Повереник стога налази да је притужба делимично основана и да је дошло до повреде права притужиоца у вези са обрадом података о личности, јер је руковалац дужан, у складу са чл. 21 ЗЗПЛ-а, да лицу на које се подаци односе пружи информације о поступању на основу захтева без одлагања, а најкасније у року од 30 дана од дана пријема захтева. Уколико руковалац не поступи по поднетом захтеву, дужан је да о разлозима за непоступање обавести лице на које се подаци односе без одлагања, што СПЦ, Епархија сремска није учинила. Сагласно претходном, без мериторног одлучивања о основаности захтева у наведеном делу, наложено је Епархији сремској СПЦ да у року од осам дана од пријема решења поступи (одлучи) по поднетом захтеву у складу са ЗЗПЛ-ом, док је у делу захтева где је тражено издавање уверења о испису притужиоца утврђено да је притужба у том делу неоснована имајући у виду да се издавање уверења не наводи као једно од права које проистиче из чл. 26 ЗЗПЛ-а, па се тако у конкретном случају не може односити на издавање уверења о испису из СПЦ.

Из наведеног поступања Повереника може се закључити да је оно у великој мери подударно са праксом надзорних тела држава чланица ЕУ, у којима цркве и верске заједнице немају свеобухватна правила усклађена са ГДПР-ом, нити посебно основано независно надзорно тело које би имало инспекцијска и слична овлашћења у контроли примене ових правила, односно са ситуацијама када цркве и верске заједнице поседују усклађена свеобухватна правила, али немају образовано посебно надзорно тело. Овим поступцима је потврђено да цркве и верске заједнице у Републици Србији подлежу примени ЗЗПЛ-а и свим обавезама које из њега произлазе, те да је Повереник поступао на сличан начин као и надзорна тела у поменутиим предметима из Данске и Норвешке. То има упориште и у изнетим ставовима Суда правде ЕУ или, што је можда са аспекта Републике Србије још важније, са ставовима ЕСЉП, имајући у виду да је, за разлику од одлука тела ЕУ, чији Република Србија још увек није члан, одлуке судског тела Савета Европе и ставови у њима изнети обавезују.

6. Закључна разматрања

Узимајући у обзир све што је горенаведено, може се закључити да цркве и верске заједнице не могу у потпуности искључити примену ГДПР-а, односно ЗЗПЛ-а. Наиме, уколико црква или верска заједница образује независно надзорно тело које испуњава услове предвиђене

ГДПР-ом у ЕУ, односно ЗЗПЛ-ом у Републици Србији, искључиће надлежност државног тела за заштиту података о личности у погледу примене инспекцијских и других овлашћења предвиђених чл. 55–57 ГДПР-а, односно чл. 77–79 ЗЗПЛ-а. Предуслов за формирање црквених надзорних органа јесте да се усвоје свеобухватна правила у погледу заштите физичких лица у односу на обраду података о личности која морају бити усклађена са ГДПР-ом, односно ЗЗПЛ-ом, али се тумачењем чл. 91 ГДПР-а, односно чл. 93 ЗЗПЛ-а, може закључити да нема места потпуном искључењу примене ових прописа, већ само њихове супсидијарне примене заједно са усклађеним свеобухватним правилима. О свему овоме сведоче цитирани случајеви из Немачке, Данске и Норвешке, али и анализирани предмети из праксе Повереника.

Пре свега, ако постоје усклађена свеобухватна правила и ако је образовано црквено надзорно тело, то значи да ће се та правила примењивати уз супсидијарну примену ГДПР-а односно ЗЗПЛ-а, осим одредаба из Поглавља VI ових прописа. Ако постоје усклађена свеобухватна правила, а није формирано црквено надзорно тело, тада се поменута правила примењују уз супсидијарну примену свих одредаба ГДПР-а односно ЗЗПЛ-а. С друге стране, ако не постоје свеобухватна правила или она нису усклађена са ГДПР-ом односно ЗЗПЛ-ом, није могућа, односно није дозвољена њихова примена, те се у целости, без изузетака, на радње обраде података о личности које врше цркве или верске заједнице примењују одредбе ГДПР-а у Европској унији односно ЗЗПЛ-а у Републици Србији. Независно од свега наведеног, цркве и верске заједнице би морале имати одређено лице за заштиту података о личности, посебно због тога што је реч о руковооцима великог броја података о личности, и то претежно посебних врста података о личности из чл. 9 ГДПР-а односно чл. 17 ЗЗПЛ-а. Такође, требало би утврдити и да ли су цркве и верске заједнице у ЕУ односно Републици Србији ускладиле своја правила током двогодишњег *vacatio legis* када је реч о ГДПР-у, односно деветомесечног када је реч о ЗЗПЛ-у, јер уколико то није случај, њихова примена не би била могућа, тј. не би била дозвољена. Овакав став може се извести и из цитиране одлуке ЕСЉП у којој се наводи да се постојећа регулатива у Финској из области заштите података о личности мора сматрати одговарајућом и неопходном заштитном мером у циљу спречавања било какве обраде или откривања личних и осетљивих података које би могле бити у супротности са гаранцијама из чл. 8 ЕКЉП,⁵³ уз напомену да се прописи о заштити података о личности примењују без разлике на све верске

⁵³ *Jehovah's witnesses v. Finland*, ст. 95.

заједнице и верске активности,⁵⁴ те да предвиђена ограничења нису представљала ограничења верских слобода, већ су постојала да би се заштитила права других у вези са обрадом њихових података о личности⁵⁵ у смислу чл. 9, ст. 2 ЕКЉП.⁵⁶

Као једно од питања поставља се често и питање утврђивања адекватног правног основа на који се цркве и верске заједнице могу ослонити приликом обраде података о личности физичких лица, посебно на националном нивоу. Једно од могућих решења у том погледу могло би бити доношење усклађених свеобухватних правила и израда одговарајућег документа у којем би на адекватан начин била извршена процена легитимног интереса, уз примену свих мера минимизације и заштите података о личности које проистичу из ГДПР-а односно ЗЗПЛ-а, као што је урађено у раније анализираном предмету Јеховиних сведока. На тај начин би цркве и верске заједнице у оквирима садашњих законских решења, без велике потребе за деловањем државе, пре свега својом аутономном регулативом усклађеном за ГДПР-ом односно ЗЗПЛ-ом, уредиле ову тематику тако да реализују дате могућности у већој мери истовремено уживајући аутономију која им је дата националним прописима конкретних држава.

С друге стране, можда би се требало размислити и о другим, потенцијално стабилнијим и трајнијим решењима. Наиме, као што је и раније истакнуто, прописи о заштити података о личности ЕУ не доводе у питање статус цркава и верских удружења или заједница у државама чланицама према постојећем уставном праву, како је признато чл. 17 УФЕУ, што се може закључити и када је реч о Републици Србији на основу тумачења чл. 43 и 44 Устава и одредаба релевантног закона који регулише статус и положај цркава и верских заједница. Сагласно наведеном, државе чланице ЕУ, али и Република Србија, могле би својим националним прописима, као што се види из анализираног примера из Немачке, у погледу обраде података за потребе црквеног пореза, примењујући чл. 6, ст. 3 (б) ГДПР-а односно чл. 14, ст. 1 ЗЗПЛ-а, законом утврдити правни основ према коме би цркве и верске заједнице вршиле обраду података у циљу поштовања правних обавеза руковаоца, ако је наравно националним прописима предвиђено извршење неких обавеза, као што је у Немачкој наплата црквеног пореза (чл. 6, ст. 1 (ц) ГДПР-а, односно чл. 12, ст. 1 (3) ЗЗПЛ-а) или, као можда погодније решење када је реч о обављању уобичајених

⁵⁴ *Ibid.*, ст. 96.

⁵⁵ *Ibid.*, ст. 93, 95.

⁵⁶ *Ibid.*, ст. 89.

верских активности, у циљу обављања послова у јавном интересу или извршења законом прописаних овлашћења руковоаца (чл. 6, ст. 1 (е) ГДПР-а, односно чл. 12 ст. 1 (5) ЗЗПЛ-а)⁵⁷.

Тада би правни основ морао бити одређен законом, а у случају да је реч о поштовања правних обавеза руковоаца, законом би се морала одредити и сврха. Ако је реч о обављању послова у јавном интересу или извршењу законом прописаних овлашћења руковоаца, морао би се законом прописати конкретан јавни интерес који се намерава остварити, као и обавеза поштовања правила о сразмерности обраде у односу на циљ који се намерава остварити, док би се истовремено могли прописати и услови за дозвољеност обраде од стране руковоаца, врста података који су предмет обраде, лица на које се подаци о личности односе, лица којима се подаци могу открити и сврха њиховог откривања, ограничења која се односе на сврху обраде, рок похрањивања и чувања података, као и друге посебне радње и поступак обраде, укључујући и мере за обезбеђивање законите и поштене обраде. Након тога би цркве и верске заједнице имале поузданији и јаснији основ обраде података о личности, стабилнији статус и могућности у погледу поступања поводом поднетих захтева за остваривање права поводом обраде, док би истовремено на основу овлашћења из чл. 91 ГДПР-а, односно чл. 93 ЗЗПЛ-а, доношењем усклађених свеобухватних правила и након тога образовањем независног црквеног надзорног тела, у великој мери повећале своју аутономност и деловање у области заштите података о личности, истовремено повећавајући и степен остваривости заштите права физичких лица чије податке обрађују.⁵⁸

На основу свега претходно реченог, може се закључити да је у већој мери успостављена правична равнотежа између права на слободу вероисповести цркава и верских заједница и њихове аутономности и самосталности у односу на државу и права на приватност, односно заштиту података о личности лица на које се подаци односе, како је предвиђено у правним прописима о заштити података о личности ЕУ, Савета Европе и Републике Србије који би се потенцијално могли још унапредити примењујући неке од предлога датих раније у раду. Тиме би се истовремено побољшали механизми заштите података о

⁵⁷ Више о јавним овлашћењима цркава и верских заједница вид. В. Марковић, „О јавним овлашћењима цркава и верских заједница у светлу Митровданског устава и Закона о црквама и верским заједницама”, у: *Прилози државно-црквеном праву* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић) Институт за упоредно право, Београд 2022, 101–119.

⁵⁸ Вид. чл. 14 ЗЗПЛ и чл. 6 ст. 2 и 3 ГДПР.

личности грађана и поштовање њихових права и слобода уз стварање јаснијих и конзистентнијих правила и процедура. Наведено би могло бити учињено пре свега, доношењем интерних правила и процедура цркава и верских заједница и њиховим усклађивањем са поменутиим прописима, али можда и путем одговарајуће измене и допуне релевантних закона, чиме би се допринело већој промоцији њиховог правилног и законитог рада, али и јачању свести грађана о све већем значају ове тематике. На овај би начин, пре свега традиционалне цркве и верске заједнице, својим примером и ауторитетом, као што су и кроз историју биле стуб очувања и заштите слободе и истинских вредности друштва, могле дати велики помак у томе да и други руковооци, односно обрађивачи података о личности, по угледу на њих, много више поведу рачуна о примени одговарајућих мера заштите лица на које се подаци односе чиме би учинили да се у што већој мери и на адекватан начин омогући остваривост права лица на које се подаци односе и делотворна правна заштита еквивалентна оној која се гарантује и пружа наведеним прописима и правним инструментима.

Ostoja S. Kalaba

Ph.D. Student at Faculty of Law University of Novi Sad, and advisor at the Office of the Commissioner for Information of Public Importance and Personal Data Protection, Republic of Serbia

PROCESSING OF PERSONAL DATA BY THE CHURCHES AND RELIGIOUS COMMUNITIES IN THE LAW AND PRACTICE OF THE EU AND THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The Serbian Law on Personal Data Protection, which has been in force since August 2019, has brought numerous novelties, both in terms of the obligations of a controller or a processor and in terms of the rights of the data subjects in accordance with the EU General Data Protection Regulation (GDPR). Bearing in mind the importance that churches and religious communities have in society and that during the performance of their activities they process large amounts of personal data of natural persons, there is a raising important question of the adequacy of the protection of the rights of the data subjects as well as the simultaneous protection

of the autonomy of churches and religious communities. In accordance with the previous, the focus of this paper will be an analysis of the compliance of the current legal framework for the protection of personal data in the EU and the Republic of Serbia, with an emphasis on the case-law of competent supervisory bodies regarding the processing of personal data by churches and religious communities using the positive legal and comparative method.

Keywords: Church, Religious communities, Personal data protection, European Union, GDPR, Republic of Serbia.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Андоновић С., „Заштита података о личности које обрађују цркве и верске заједнице у Републици Србији”, у: *Државно–црквено право кроз вјекове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија црногорско–приморска, Београд 2019, 457–470.
- Дилигенски А., Прља Д., Штулић И., „Заштита података и државно–црквено право”, у: *Државно–црквено право кроз вјекове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија црногорско–приморска, Београд 2019, 431–433.
- Ђурић В., „Уставноправни модели односа између државе и цркава и верских заједница у Европи”, *Годишњак Факултета правних наука: научно-стручни часопис из области правних наука* 1/2011, 139–163
- Ђурић В., Врањеш Н., „Уставни положај и аутономија цркава и верских заједница у систему кооперативне одвојености”, *Правна ријеч* 31/2013, 279–301.
- Калаба О., *Право на приватност професионалних спортиста у међународном праву*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2020.
- Марковић В., „О јавним овлашћењима цркава и верских заједница у светлу Митровданског устава и закона о црквама и верским заједницама, *Прилози државно–црквеном праву* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 101–119.

- Милић И., Калаба О., „Савремени ‘паметни’ системи за регулисање саобраћаја у градовима Републике Србије – (не)усклађеност позитивноправних прописа („пази, снима се”)\”, *Тематски зборник радова Право између идеала и стварности*, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет и Институт за упоредно право, Косовска Митровица 2023, 253–275
- Николић О., „Односи цркве и државе у Европској унији”, у: *Државно–црквено право кроз вјекове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија црногорско– приморска, Београд 2019, 473–486.
- Трнавац М., *Однос између Европске уније и црква и верских заједница*, докторска дисертација, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Београд 2018.
- Џомић В., „Слобода вероисповести и положај црква и верских заједница у Уставу Републике Србије од 2006. године”, *Српска теологија данас – Зборник радова осмог годишњег симпозиона*, књ. бр. 8/2016, Православни богословски факултет, Универзитет у Београду, Београд 2017, 37–48.

Остали извори

- Gesetz über die Erhebung von Steuern durch öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften im Land Berlin (Kirchensteuergesetz – KiStG), GVBl, 2009, 23, 6110-3, 4. 2. 2009, <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/jlr-KiStGBE2009pP1/part/X>, 8. 8. 2023.
- Директива (ЕУ) 2016/680 Европског парламента и Савета од 27. 4. 2016. о заштити физичких лица у вези са обрадом података о личности од стране надлежних органа у сврхе спречавања, истраге, откривања или прогона казnenих дела или извршавања кривичних санкција, и о слободном кретању таквих података, те о стављању изван снаге Оквирне одлуке Савета 2008/977/ПУП (Полицијска директива – LED).
- Закон о заштити података о личности, *Сл. гласник РС*, бр. 87/2018.
- Закон о црквама и верским заједницама, *Сл. гласник РС*, бр. 36/2006.
- Уговор о функционирању Европске уније (пречишћена верзија), *Службени лист Европске уније*, С 202/47, 7. 6. 2016. (хрватски превод)
- Уредба (ЕУ) 2016/679 Европског парламента и Савета од 27. 4. 2016. о заштити физичких лица у односу на обраду података о

- личности, и о слободном кретању таквих података, и о стављању Директиве 95/46/ЕЗ ван снаге (Општа уредба о заштити података – ГДПР).
- Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.
- Datatilsynet (Denmark), 2021-31-4650, 24.11. 2021, <https://www.datatilsynet.dk/afgoerelser/afgoerelser/2021/nov/den-katolske-kirke-faar-kritik-og-paabud-om-behandling-af-indsigtsanmodning->, 8. 8. 2023.
- Datatilsynet (Norway), 20/01772-19, 9. 1. 2023. https://www.datatilsynet.no/contentassets/269d6dc8a3c94bf48f9f345c1d71222d/~-20_01772-19-vedtak-om-irettesettelse---behandling-av-mindreariges-opplysninger-i-den-norske-ki-334535_19_1.pdf; <https://www.datatilsynet.no/aktuelt/aktuelle-nyheter-2023/irettesettelse-til-den-norske-kirke/>, 8. 8. 2023.
- DSB (Austria), 2020-0.829.566, 23. 3. 2021, https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Dsk&Entscheidungsart=Undefined&Organ=Undefined&SucheNachRechtssatz=True&SucheNachText=True&GZ=&VonDatum=01.01.1990&BisDatum=&Norm=&ImRisSeitVonDatum=&ImRisSeitBisDatum=&ImRisSeit=EinerWoche&ImRisSeitForRemotion=EinerWoche&ResultPageSize=100&Suchworte=DSGVO&Position=1&SkipToDocumentPage=true&ResultFunctionToken=9d402c83-3079-45e6-b56e-f10c40e796d3&Dokumentnummer=DSBT_20210323_2020_0_829_566_00; <https://shorturl.at/KQSW9>, 9. 8. 2023.
- Urteil VG Berlin 1. Kammer, 1 K 391/20, 7. 4.2022, <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/JURE220027038/part/L>, 8. 8. 2023, *Jehovah's witnesses v. Finland* (App. No. 31172/19), ECtHR, 9. 5. 2023.
- Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, 073-14-1985/2022-02, 20. 03. 2023. <https://praksa.poverenik.rs/predmet/detalji/BF991D55-9388-4971-8DBD-05926F4F8148>, 9. 8. 2023.
- Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, 072-16-113/2023-06, 31. 3. 2023.
- Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, 072-16-781/2020-06, 23. 12. 2020.
- Пресуда Великог већа Суда правде ЕУ поводом захтева за претходну одлуку поднетог на основу члана 267 УФЕУ, који је упутио Врховни управни суд Финске, у поступку надзорног тела за заштиту података о личности Финске (Tietosuojavaltutettu) уз учешће верске заједнице Јеховних сведока Финске (Jehovan todistajat – uskonnollinen yhdyskunta), C-25/17, EU:C:2018:551,

10. 7. 2018, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?j-sessionid=EBD34F5607335C570B1F632CF1CDD77D?text=&docid=203822&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=-first&part=1&cid=99259>, 7. 8. 2023.

Datatilsynet (Norway) - 20/01772 – GDPR Hub [https://gdprhub.eu/index.php?title=Datatilsynet_\(Norway\)_-_20/01772](https://gdprhub.eu/index.php?title=Datatilsynet_(Norway)_-_20/01772), 8. 8. 2023.

Datatilsynet (Denmark) - 2021-31-4650 – GDPR Hub [https://gdprhub.eu/index.php?title=Datatilsynet_\(Denmark\)_-_2021-31-4650](https://gdprhub.eu/index.php?title=Datatilsynet_(Denmark)_-_2021-31-4650), 8. 8. 2023.

VG Berlin - 1 K 391/20 - GDPR Hub https://gdprhub.eu/index.php?title=VG_Berlin_-_1_K_391/20, 8. 8. 2023.

DSB (Austria) - 2020-0.829.566 – GDPR Hub [https://gdprhub.eu/index.php?title=DSB_\(Austria\)_-_2020-0.829.566](https://gdprhub.eu/index.php?title=DSB_(Austria)_-_2020-0.829.566), 8. 8. 2023.

„ДИГИТАЛНА РЕЛИГИЈА” – ПРАВНИ ИЗАЗОВИ УБРЗАНОГ ПРЕЛАСКА ИЗ ОФЛАЈН У ОНЛАЈН ОКРУЖЕЊЕ**

Сажетак

Убрзани развој информационих технологија отворио је огроман нови простор – сајберпростор, као арену у којој се може практиковати слобода вероисповести и остваривати нови вид контакта између верника и цркве односно верских заједница. То је истовремено и простор у коме се могу сучељавати различита верска учења, настајати нове цркве и догме, па и оне у којима вештачка интелигенција добија улогу „дигиталног бога”. У првом делу рада се анализирају различита становишта о појму „дигиталне религије”. Савремени технолошки трендови неумитно указују на могућност да се појам дигиталне религије, прошири и на подручје утицаја вештачке интелигенције. Други део рада посвећен је утицају пандемије ковида 19, који је представљао прекретницу у погледу коришћења дигиталних технологија у верске сврхе, на убрзање преласка из офлајн у онлајн окружење. У централном делу рада се испитује неколико значајних правних изазова које доноси „дигитална религија” првенствено у погледу слободе вероисповести. Ту су издвојени опасност од „дигиталног ауторитаризма” од стране држава, али и технолошких компанија, као и опасност од злоупотребе друштвених мрежа у контексту несагледивог и муњевитог развоја вештачке интелигенције. У раду се заузима став о потреби стварања адекватног државноправног оквира као бране могућим бројним злоупотребама. Постојећи правни оквири нису довољни, нити је идеја о признавању „електронског субјективитета” вештачкој интелигенцији пут ка решавању проблема. Поред неопходних нормативних оквира, од значаја је и теоријско промишљање овог феномена. Аутор заговара идеју враћања природноправној теорији признавања људских (у основи природних) права само људима (првенствено личних). Залаже се за став да „верски роботи” и „дигитални

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, d.avramovic@pf.uns.ac.rs

** Овај рад је резултат реализације научноистраживачког пројекта који је финансирало Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

бог” егзистенцијално могу угрозити хомо сапиенса редизајнирањем реалности и духовности. Верска осећања, а на крају крајева и друга фундаментална осећања, искључиво су повезана са људима.

Кључне речи: слобода вероисповести, онлајн религија, вештачка интелигенција, ковид 19.

1. Увод

У ери интернета и убрзаног развоја информационих технологија визура света се драстично мења у свим сферама како световног, тако и духовног живота. Тај правац друштвеног кретања који је трасирао овај глобализациони тренд, захтевао је и захтева прилагођавање промењеним околностима и припрему адекватних одговора које изискују изазови савременог начина живота. То се добрим делом односи на позитивноправне изазове, али и на теоријскоправне оквире.

Информационе технологије су отвориле нове хоризонте у сфери практиковања многих људских права. Сајберпростор је постао место сусрета и учешћа људи у виртуелно повезаном друштву. Тако су, на пример, онлајн платформе попут Фејсбука, Твитера и Инстаграма отвориле изузетан нови простор за уживање права мирног окупљања и удруживања, али и за уживање слободе вероисповести. Наравно, све те могућности, као и обично, стварају и нове изазове. Дигиталне технологије истовремено са собом носе и бројне ризике по људска права. Савет за људска права Уједињених нација подвукао је обавезу држава чланица да се старају о поштовању и пуној заштити права на мирно окупљање и удруживање како офлајн тако и онлајн.¹ Наравно, та обавеза се аналогно може применити и на друга сродна и повезана права која могу бити мета онлајн повреда, попут права на приватност, слободе мисли, савести и вероисповести. „Дигитална религија” постала је стварност. Интернет, као саставни део живота великог броја људи, захвата и подручје верског живота. Онлајн форуми или групе за дискусију о питањима вере су прилично лагодан пут (пречица) за оснивање нових верских заједница и организација; коришћењем апликација и друштвених мрежа проповеда се вера, врши богослужење, итд.²

¹ UN Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and of Association*, A/HRC/41/41, 10, (17th May, 2019) <https://ap.ohchr.org/documents/dpagaee.aspx?si=A/HRC/41/41>, 27. 3. 2023. Пажња научне и стручне јавности усмерена је првенствено на заштиту права на приватност у дигиталној ери, док је слобода вероисповести још увек у другом плану.

² С. Ashraf, „Exploring the impacts of artificial intelligence on freedom of religion or belief online”, *The International Journal of Human Rights* 5/2022, 768. Једна

Убрзани развој вештачке интелигенције суочава верске организације, вернике, па и државу са бројним изазовима (нарочито за слободу вероисповести). Када је реч о употреби вештачке интелигенције, поред њене несумњиве користи, данас се највише страхује да би она могла заменити човека у скоро свим сферама живота (у индустријској производњи, медицини, образовној делатности, управљању, и др.) па и од једног вида „осамостаљивања” вештачке интелигенције.

Указује се да преласком на духовну сферу вештачка интелигенција не би могла бити од велике користи (нпр. када се ради о творевинама људског духа попут различитих уметничких дела). Често се може чути аргумент, који подржавају истраживања,³ да је мало вероватно да ће вештачка интелигенција моћи да замени човека нарочито у домену религије, јер човек је духовно биће коме вера, односно неки облик духовности, заузима важно место у животу, док вештачка интелигенција нема душу. Међутим, не треба губити из вида чињеницу да је пре више од четврт века вештачка интелигенција победила светског шаховског велемајстора Гарија Каспарова. На будућности је да покаже да ли ће вештачка интелигенција моћи да постане креативнија од највећих светских сликара, композитора, глумаца или ће моћи да понуди политичка, верска или било која друга уверења боље и убедљивије од било ког човека. У овом тренутку отвара се питање: да ли свет корача ка „дигиталном богу”?

Одговор је, додуше привремено, понуђен у САД још 2015. године. Наиме, Ентони Левандовски, инжењер информационих технологија познат као креатор аутономних аутомобила, створио је нову религију, прву цркву која се заснива на веровању у вештачку интелигенцију, коју је назвао „Пут будућности”. Учење цркве се заснивало на реализацији, прихватању и богослужењу божанству заснованом на вештачкој интелигенцији и помоћи приликом стварања божанства (у чему првенствено учествују стручњаци). У једном интервјуу Левандовски је изнео: „То није бог у смислу стварања муња или изазивања урагана. Али, ако постоји нешто милион пута паметније од

од несумњивих предности онлајн богослужења јесте могућност укључивања хендикепираних људи или оних који не би могли да допутују или да учествују у богослужењу из здравствених разлога (што је најбоље показала скорашња пандемија).

³ Вид. на пример: М. Vinichenko, *et. al.*, „The Impact of Artificial Intelligence on Society Views of Islamic Religious Leaders”, *European Journal of Science and Theology* 3/2020, 72.

најпапетнијег човека, како би га другачије могао назвати?”⁴ И Левандовски тврди да промене долазе, промене које ће трансформисати све аспекте људског постојања, од запошљавања, преко економије до религије, а могуће да ће утицати и на сам опстанак људске врсте.⁵ Очекивање које Левандовски има од те транзиције је да буде миран прелазак контроле над планетом са људи на „шта год” и да се осигура да то „шта год” зна ко јој/му је помогао да настане и да због тога очува права човека. Као једину рационалну реч којом може да се опише „шта год” Левандовски види реч „бог”, коме се треба молити.⁶ Однос вештачка интелигенција – човек, за Левандовског је једнак односу човек – животиња. Оно што цркву Левандовског разликује од осталих цркава је бог кога је могуће видети, разговарати са њим и знати да те чује.⁷ Може се поставити питање шта ће се догодити ако вештачка интелигенција попут неких секти наводи своје следбенике на деструктивне активности или подстиче међуконфесионалне конфликти? Левандовски је крајем 2020. године из других разлога укинуо цркву, јер је средства која су њој била намењена желео да усмери ка брже остваривим циљевима (попут реформе кривичног правосудја)⁸ од креирања „дигиталног бога”.

Мада ово може изгледати као богохуљење Левандовског или, како је Илон Маск говорио о развоју вештачке интелигенције, као „призивање ђавола”, не треба у потпуности занемарити прилично забрињавајућа, могло би се рећи и апокалиптична предвиђања на која упозорава Левандовски, а и други интелектуалци. Али, ово још увек није крај. Рађање великог броја секти које своје деловање заснивају на веровању у вештачку интелигенцију предвиђа се у наредних неколико година.⁹

⁴ M. Harris, „Inside the First Church of Artificial Intelligence”, *Wired* (15th November, 2017), <https://www.wired.com/story/anthony-levandowski-artificial-intelligence-religion/>, 3. 4. 2023.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ Оно што га је подстакло на такву одлуку је тада формиран покрет *Black Lives Matter* поводом смрти Џорџа Флојда у притвору, вид. K. Korosec, „Anthony Levandowski closes his Church of AI”, *TechCrunch* (18th February, 2021), <https://techcrunch.com/2021/02/18/anthony-levandowski-closes-his-church-of-ai/>, 3. 4. 2023.

⁹ N. McArthur, „Gods in the machine? The rise of artificial intelligence may result in new religions”, *The Conversation* (15th March, 2023), <https://theconversation.com/gods-in-the-machine-the-rise-of-artificial-intelligence-may-result-in-new-religions-201068>, 4. 4. 2023.

2. О појму „дигиталне религије”

Дигитална религија постаје предмет нарочитог научног интересовања и посебно интердисциплинарно поље изучавања пре нешто више од 30 година, што се поклапа са повећаним интересовањем и развојем „интернет студија”. Убрзани развој технологије, дигиталних медија и вештачке интелигенције условио је настанак различитих приступа технологији, различито разумевање утицаја дигиталних медија и технологија на религију, а самим тим и развој студија дигиталне религије. Тај процес је текао споро и одвијао се, како се највећи број аутора слаже, у четири велика таласа.¹⁰

Прво појављивање студија дигиталне религије било је 90-их и раних 2000-их, што временски прати убрзани развој студија интернета. У почетку се користио назив студије „сајбер религије”, а предмет проучавања били су првенствено онлајн религија и откривање начина на који се религијске активности могу пренети у дигитални свет.¹¹ Тако је први талас био обележен начелним питањима утицаја интернета на религију. Други талас је карактерисало усмерење на проучавање историјских и друштвених аспеката дигиталне религије, али и даље као религије искључиво везане за интернет. Тек је трећи талас био фокусиран на међуповезаност онлајн и офлајн религије. Како су се појављивали „нови медији”, предмет проучавања овог поља био је константно прошириван, тако да се наука све више опредељивала за свеобухватни термин „дигитална религија”. Четврти талас, у коме се тренутно налазимо, наглашава повезаност онлајн и офлајн религије, али је додатно усмерен на проучавање „егзистенцијалних, етичких и политичких аспеката дигиталне религије”.¹² Наравно, ни позитивно право, ни теорија права не би смели остати незаинтересовани за те токове. Уколико утицаје вештачке интелигенције на религију не разматрамо посебно, могло би се рећи да она представља пети, преклапајући, а можда (мада апокалиптично звучи) и последњи талас развоја дигиталне религије.

Дакле, рађање студија дигиталне религије почело је са појмом сајбер религије. Средином 2000-их био је у употреби и појам „виртуелна религија” (као простор који је и даље потпуно одвојен од офлајн

¹⁰ Н. А. Campbell, G. Evolvi, „Contextualizing Current Digital Religion Research on Emerging Technologies”, *Human Behavior and Emerging Technologies* 1/2019, 1.

¹¹ *Ibid.*, 2. Вид. више: S. O’Leary, „Cyberspace as Sacred Space: Communicating Religion on Computer Networks”, *Journal of the American Academy of Religion* 4/1996, 781–808; B. Brasher, *Give Me that Online Religion*, Jossey–Bass, San Francisco 2001.

¹² Н. А. Campbell, G. Evolvi, 2–3.

практиковања религије).¹³ Интересантно је fino терминолошко разликовање које уводи Хеланд у једном раду 2000. године. Наиме, Хеланд прави разлику између „религије онлајн” и „онлајн религије”. „Религија онлајн” подразумева коришћење интернета у циљу олакшавања традиционалних облика верске комуникације, где интернет омогућава једносмерну комуникацију (као и други мас- медији), од једног ка многима. С друге стране, „онлајн религија” подразумева интернет као интерактивно окружење које омогућава комуникацију од многих ка многима (што омогућује интеракцију и учешће друге стране у онлајн обредима, молитвама и богослужењу).¹⁴ Након 2010. године усталио се термин „дигитална религија”.

Овај појам је теоријски промовисан у зборнику радова *Digital Religion* из 2013. године (мада је неколико година пре тога ушао у употребу), првенствено од стране уреднице Зборника Хајди Кемпбел. Она сматра да „дигитална религија” представља технолошки и културни простор који настаје када су офлајн и онлајн религијске сфере помешане или интегрисане, истичући да „дигиталну религију можемо замислити као мост који пребацује и проширује онлајн религијске праксе и просторе у офлајн религијске контексте, и обрнуто”.¹⁵ Дакле, становиште које заступа Кемпбелова полази од тога да не постоји јасно разграничење између практиковања религије офлајн и онлајн. Када је реч о дигиталној религији, када се сретну жива религијска пракса с једне стране, и дигитална култура, с друге, поједини аутори износе став да онда настаје „трећи свет” (*third space*).¹⁶ Такав хибриднизован и флуидан свет, према мишљењу ових аутора, захтева нове начине размишљања.¹⁷ У истом зборнику Грегори Грив износи стано-

¹³ R. Tsuria, H. Campbell, „Introduction to the Study of Digital Religion”, in: *Digital Religion – Understanding Religious Practice in Digital Media* (eds. H. Campbell, R. Tsuria), Routledge, London–New York 2022, 3. Вид. P. Maxwell, „Virtual Religion in Context”, *Religion* 4/2002, 343–354.

¹⁴ Вид. више: C. Helland, „Online Religion / Religion-Online and Virtual Communities”, in: *Religion on the Internet: Research Prospects and Promises* (eds. J. K. Hadden, D. E. Cowan), JAI Press, New York 2000, 205–223. Вид. и сјајан зборник радова: L. Dawson, D. Cowan (eds.), *Religion Online – Finding Faith on the Internet*, Routledge, London–New York 2004.

¹⁵ H. Campbell, „The Rise of the Study of Digital Religion”, in: *Digital Religion – Understanding Religious Practice in New Media Worlds* (ed. H. Campbell), Routledge, London–New York 2013, 3–4.

¹⁶ S. Hoover, N. Echchaibi, „Introduction: Media Theory and the Third Spaces of Digital Religion”, in: *The Third Spaces of Digital Religion* (eds. N. Echchaibi, S. Hoover), Routledge, London–New York 2023, 9.

¹⁷ *Ibid.*, 5–6. Преглед ставова о „трећем свету” које су заступали ови аутори од самих почетака 2012. године, као и сучељавање ове теорије са тзв. теоријом *networked*

виште да дигиталну религију карактеришу три јединствене особине. Прва подразумева специфичан облик медија који укључује дигиталне аудио и видео снимке, компјутерске игре, као и онлајн медије попут интернет сајтова, електронске поште, друштвених мрежа и мултуплејер игара.¹⁸ Према мишљењу Грива, дигиталну религију од „аналогне религије” разликују интерактивност, хипертекстуалност и њен начин ширења.¹⁹ Друга особина подразумева повезаност дигиталне религије са технолошком идеологијом која осликава начине на које је технологија повезана са економијом, политиком и културом.²⁰ Трећи аспект дигиталне религије јесте обезбеђивање механизма помоћу којих се човек може носити са променљивом модерношћу (*liquid modernity*).²¹

Коју год теорију прихватили, и како год тај феномен именовали, од дигиталне религије се не може побећи. Хтели то да признамо или не, она је постала део наше стварности, наших свакодневних живота. Извесно је да ће у дигиталној ери постојати стално мешање и чини се све веће измештање свих облика испољавања вере у онлајн окружење. Том тренду је несумњиво допринела једна од највећих пошаста 21. века, пандемија ковида 19.

3. Ковид 19 – подстицај убрзаном преласку у онлајн окружење

Пандемија вируса ковид 19 која је узела маха широм света током 2020. године утицала је на убрзање преласка читавог друштва из офлајн у онлајн окружење. Слобода вероисповести поново се нашла на удару,²² али је читава ситуација са пандемијом утицала на брзину тражења нових и употребу већ постојећих „дигиталних” решења, као и на тестирање односа између државе и цркве. Било је нужно балансирати између основних људских права, на првом месту између права на здравље и слободе вероисповести.²³ Право, компромисно решење

religion, коју је заговарала Хајди Кемпбел видети у: С. Helland, „Digital Religion”, *Handbook of Religion and Society* (ed. D. Yamane), Springer, Switzerland 2016, 181–183.

¹⁸ G. P. Grieve, „Religion”, in: *Digital Religion – Understanding Religious Practice in New Media Worlds* (ed. H. Campbell), Routledge, London–New York 2013, 108.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*, 109.

²¹ *Ibid.*

²² Вид. више: D. Avramovic, „Exercising Religious Freedom in Pandemic Era during the State of Emergency – a Legal Perspective”, *Astra Salvensis* 2/2020, 229–242.

²³ О слободи вероисповести као (историјском, филозофском и институционалном) темељу на коме почивају сва друга људска права, вид. више у: С. Durham, „Religious Freedom in a Worldwide Setting: Comparative Reflections”, in: *Universal Rights in a*

којим би се сачувала суштина ових људских права подразумевало је прелазак из офлајн у онлајн окружење. С обзиром на то да је пандемија највише погодила Италију, прву земљу у Европи у којој је уведен локдаун, свима је у сећању остала слика празног Трга Светог Петра, у марту 2020. године, приликом папиног обраћања и молитве *Urbi et Orbi* за престанак пандемије, што је преношено само путем дигиталних медија.

Тако ће 2020. година и епидемија ковида 19 остати запамћена као година која је убрзала коришћење дигиталног окружења, или је чак била прекретница у погледу његовог коришћења у сврху спровођења верских обреда (од Вотсап група, преко Фејсбука који захтева чланство, до Јутјуба који је отворен за све).²⁴ Пандемија је довела до тога да је физички простор цркве замењен кућама верника, а веза је одржана захваљујући дигиталним технологијама у сајберпростору. Међутим, све ово је изазвало и оправдану стрепњу јер практиковање слободе вероисповести у сајберпростору, прелазећи из јавне у приватну сферу, престаје да бива предмет регулисања националног или супранационалног права, већ прелази у руке недржавних центара моћи, попут власника и менаџера дигиталних платформи и друштвених мрежа.²⁵

Један од ретких аутора који се бавио утицајем пандемије ковида 19 на дигиталну религију О'Брајан стоји на становишту да ту нема ничег новог, да се религија константно трансформише, а да је ковид 19 само убрзање претходно постојећег развоја дигиталне

World of Diversity – The Case of Religious Freedom (eds. M. A. Glendon, H. Zacher), The Pontifical Academy of Social Sciences, Vatican City 2012, 359–389.

²⁴ Вид. F. Balsamo, „The loyal collaboration between State and religions at the testing bench of the Covid-19 pandemic. A perspective from Italy”, in: *Law, Religion and Covid 19 Emergency* (ed. P. Consorti), DiReSoM, Pisa 2020, 54. Додуше, верске заједнице су и пре пандемије све интензивније употребљавале дигиталне технологије. Интересантан је пример стварања верских верзија популарних технологија као што су *GodTube.com* и *Millatfacebook.com*, који представљају хришћанску и исламску верзију Јутјуба и Фејбука и стварају верски безбедно окружење, H. Campbell, A. Vitullo, „Assesing Changes in the Study of Religious Communities in Digital Religion Studies”, *Church, Communication and Culture* 1/2016, 79. О утицају друштвених мрежа на религију видети нарочито: K. Boyle, J. Hansen, S. Christensen, „Posting, Sharing, and Religious Testifying: New Rituals in the Online Religious Environment”, in: *Religion Online – How Digital Technology is Changing the Way We Worship and Pray* (eds. A. Grant et. al.), Praeger, Santa Barbara (CA) 2019, 11–27; L. Farquhar, „From Facebook to Instagram: The Role of Social Media in Religious Communities”, in: *Religion Online – How Digital Technology is Changing the Way We Worship and Pray* (eds. A. Grant et. al.), Praeger, Santa Barbara (CA) 2019, 27–47.

²⁵ F. Balsamo, 55.

технологије. Једино ново јесте то што је ковид 19 учинио дигиталну религију видљивијом и приступачнијом већем броју људи.²⁶

У условима пандемије верске организације су се релативно брзо прилагодили преласку и увиделе предности овог „нужног зла”, упркос постојању инхерентног отпора великог броја конзервативних и традиционалних верских заједница; јер уистину, непосредни контакт са црквом и духовницима требало би да представља основу и суштину верског живота. Међутим, нужда закон мења!

У прилог томе говоре и ставови папе Франциска изнети у предговору недавно објављене књиге *The Church in the Digital (La Chiesa nel Digitale)* чији је уредник Фабио Болцета. Књига је настала као плод рада *Association of Italian Catholic Webmasters*, а у њој се предвиђају конкретни начини и алати за дељење ставова цркве у дигиталном свету. Мада свестан незаменљивости непосредног контакта са верницима, папа је истакао да је тежак период за човечанство узрокован пандемијом јасно показао да је заједништво кључно за излазак из кризе, али је указао и на то колико корисне могу бити технологија и друштвене мреже.²⁷ Указујући на корисност друштвених мрежа за време пандемије (а верујући да ће се употреба технологија задржати у цркви и након кризе), папа је истакао да су оне помогле да „останемо у контакту, да укажемо на потребе, да се не осећамо усамљено, да се активирају добротворне иницијативе, да наставимо да гледамо лица једни других, док чекамо да се поново сретнемо”.²⁸ Мада му је фокус првенствено био на предностима које доносе дигитални алати, папа је указао и на могуће ризике које они са собом носе. Интернет види као могући нови „простор за сусрете и слушање”, али скреће пажњу и на постојање лажних вести које понекад превладавају и загађују тај простор.²⁹

Међутим, дигитална религија није нешто ново у Католичкој цркви. У једном чланку Хајди Кемпбел и Алесандра Витуло испитују оправданост медијског обележавања папе Франциска као „дигиталног папе” или „селфи папе”. Анализирајући и поредећи време његова два

²⁶ Н. О'Brien, „What does the Rise of Digital Religion During Covid-19 Tell Us About Religion's Capacity to Adapt?”, *Irish Journal of Sociology* 2/2020, 244. Вид. и: Н. Campbell (ed.), *The Future of Religion in a Post-Pandemic World*, Network for New Media, Religion & Digital Culture Studies, 2020.

²⁷ В. Mayaki, „Pope: 'Church in the Digital' offers tools for a Church also present online”, *Vatican News* (20th June, 2022), <https://www.vaticannews.va/en/pope/news/2022-06/pope-france-church-in-the-digital-book-fabio-bolzetta.html>, 23. 5. 2023.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

претходника, Јована Павла II (кога називају „интернет папом”, јер је уз његово залагање 1996. године Ватикан добио први веб-сајт) и Бенедикта XVI (кога називају „Твитер папом”, због чињенице да је увео папски Твитер налог), ауторке долазе до закључка да је технолошки напредак главни узрок активнијег учешћа садашњег папе у дигиталном окружењу.³⁰ И заиста, време Јована Павла обележила је експанзија интернета, у време Бенедикта долази до интензивирања активности људи на друштвеним мрежама, а време папе Франциска представља нову еру, праву технолошку револуцију до које је довела масовна употреба паметних телефона.

Све до сада речено води ка томе да се закључци до којих је дошао О’Брајан могу сматрати веома уверљивим. Пандемија није донела ништа нарочито ново, већ је само убрзала и учинила видљивијом данашњу технолошку експанзију која утиче на све сфере живота савременог човека, па и на поље религије. Засигурно пандемија није допринела само томе да се дигиталне технологије не користе више у првом реду као средство изградње неке верске заједнице и за ширење уверења већ је отворила и многе друге могућности коришћења дигиталног простора за остваривање различитих духовних потреба људи, као и бриге за вернике од стране свештеника.

Ковид 19 је само доказ у прилог теорије коју заговара Кемпбелова о могућностима цркве да функционише као „умрежена заједница” (*networked community*), што подразумева могућност успостављања хибридног модела одржавања друштвених (првенствено верских) односа и у јавном и у приватном простору, и онлајн и офлајн.³¹

4. Изазови које доноси „дигитална религија”

Слобода вероисповести постала је посебно рањива у дигиталној ери. О томе сведочи и Извештај из доба пре короне, 2019. године, који је поднео специјални извештач Уједињених нација за слободу вероисповести и уверења Ахмед Ашид. У Извештају се наводи да већина светских корисника интернета подлеже често неоправданој цензури, али и самоцензури приликом изражавања вероисповести или уверења из страха од државних санкција, али и због јавне осуде. Наиме, технолошке компаније, а нарочито државе, често под изговором обуздавања ширења нетолерантних, екстремистичких ставова,

³⁰ Н. Campbell, A. Vitullo, „Popes in Digital Era – Reflecting on the Rise of the Digital Papacy”, *Problemi dell’infomazione* 3/2019, 419–442.

³¹ Н. Campbell, W. Bellar, *Digital Religion – The Basics*, Routledge, London–New York 2023, 23–24.

отварају пут настанку „дигиталног ауторитаризма”. То се огледа у појачаном надзору, задирањем у приватност, али и у великим ограничењима изражавања вероисповести или уверења, што претвара сајбер простор у опасно место за неистомишљенике и верске мањине. У Извештају се наводи пример дигиталних апликација за које се сумња да се користе за подношење оптужби због богохуљења или дигиталних отисака који се могу користити за процену поштовања верских обреда. Штавише, истиче се да су у неколико случајева друштвене мреже коришћене за подстицање мржње против верских заједница или да покрену непријатељске или насилне реакције на увредљиво изражавање. У Извештају се изражава бојазан да често нејасно формулисани закони о томе шта је забрањено постају контрапродуктивни и подстичу пораст „дигиталног ауторитаризма” иако постоји потреба да се спречи и казни онлајн подстицање на насиље.³² Верска пропаганда путем интернета постала је реалност која отвара простор за бројне злоупотребе, и то како од стране верских организација тако и од стране држава. Због тога је нужно оцртавање потпуно јасних нормативних граница како би се такво деловање могло задржати у сфери легалног и легитимног.

Укључивањем вештачке интелигенције ствари се додатно компликују. *Amnesty International* даје пример како платформе попут Гугла и Фејсбука кроз комбинацију алгоритамаски вођених реклама и персонализованих садржаја играју огромну улогу у обликовању онлајн искустава људи. На овај начин се може утицати на људско мишљење, оно се може обликовати и модификовати, што ствара ризик за способност људи да врше самосталне изборе.³³ Коришћење машинског учења и алгоритама за „тихи” надзор и коришћење платформи попут Фејсбука или Гугла као „архитектуре убеђивања” којима се може манипулисати и утицати на милионе људи наилази на осуде бројних аутора. Тако турско-америчка професорка социологије на Универзитету Колумбија, Зејнеп Туфекци, „архитектуру убеђивања” путем дигиталних платформи, неколико кликова људи на интернет рекламе види као упадање у вешто исплетену паукову мрежу, као специфични вид „надзорског ауторитаризма” којим се перфидно утиче на

³² UN Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief*, A/HRC/40/58, para. 51–52, (5th March, 2019), <https://digitallibrary.un.org/record/3801114?ln=en>, 28. 3. 2023.

³³ Amnesty International, *Surveillance Giants: How the Business Model of Facebook and Google Threatens Human Rights*, London 2019, 29, <https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/1404/2019/en/>, 28. 3. 2023.

политичке, личне и друштвене, а можемо слободно додати и верске ставове људи. Туфекци структуру те „архитектуре убеђивања” види као исту без обзира на то да ли се продају ципеле или политички ставови.³⁴ Наравно, ово се *mutatis mutandis* односи и на верска уверења. Уколико је неко на пример заинтересован за одређени производ и унесе назив у интернет претраживач, огласи са сличним производима ће га пратити барем неколико наредних дана.

Тај производ не мора уопште бити ствар као део физичког света, већ такође може бити и производ духа, попут верског уверења. С друге стране, уколико човек не жели да се изјасни у погледу свог верског уверења, вештачка интелигенција то може без много тешкоћа да утврди пратећи садржаје које су људи истраживали или лајковали, чиме се људи лако могу претворити у одређену циљну групу на чијим уверењима „треба радити” (било задржати их или променити).³⁵ Дакле, опасност за слободу вероисповести не прети првенствено од вештачке интелигенције,³⁶ већ од злоупотребе вештачке интелигенције; и све то са јасним циљем перфидне манипулације људима који скоро да нису свесни због чега на њу добровољно пристају.

Све ово показује да се без адекватног нормативног, па и теоријског оквира, изазови са којима се суочавају верске заједнице у дигиталној ери претварају у ноћну мору и стварају простор за неслућену могућност злоупотреба. У овом раду је отворен само мањи број, додуше, значајнијих питања и проблема са којима се у данашњем свету суочавају верске заједнице.

³⁴ Z. Tufekci, „We’re Building a Dystopia Just to Make People Click on Ads”, *TED* (27th October, 2017), https://www.ted.com/talks/zeynep_tufekci_we_re_building_a_dystopia_just_to_make_people_click_on_ads, 28. 3. 2023.

³⁵ Овде се заправо отвара питање дигиталног верског профилисања, вид. више: D. Avramovic, „Religious Profiling – the Way of de facto Limitation of Religious Freedom During the ‘War on Terrorism’”, *Archibald Reiss Days*, vol. II, Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade 2017, 321–329.

³⁶ Мада ни то није немогуће, ако дође до потпуног осамостаљивања вештачке интелигенције попут „дигиталног бога”. За сада је страховање усмерено на предрасуде које је творац вештачке интелигенције унео у алгоритам. Тако је, на пример, једно истраживање истраживача са Стенфорда тестирањем вештачке интелигенције *GPT-3* указало на верске предрасуде које она има о муслиманима јер их непропорционално чешће него хришћане повезује са насиљем, S. Samuel, „AI’s Islamophobia problem”, *Vox* (18th September, 2021), <https://www.vox.com/future-perfect/22672414/ai-artificial-intelligence-gpt-3-bias-muslim>, 8. 4. 2023. Вид. и: R. Reed, „The Theology of GPT-2: Religion and Artificial Intelligence”, *Religion Compass* 11/2021, 1–13.

5. Живот бржи од права – потреба јединственог нормативног уобличења „дигиталне религије”

Вештачка интелигенција за собом оставља велики број отворених крупних етичких, али и безбедносних питања које је потребно унапред решити како би се избегле несагледиве последице претерано брзог развоја (нпр. муњевито ширење дезинформација). Због тога су све чешћи апели и упозорења, и то стручњака за информационе технологије, да се на одређено време заустави развој вештачке интелигенције како би се успоставила контрола над тим процесима. Такав један апел је недавно резултирао отвореним писмом стручњака за информационе технологије названим „Паузирајте гигантске *AI (Artificial Intelligence)* експерименте”, у коме група *Future of Life* позива *AI* лабораторије (али и државе) да на најмање шест месеци паузирају са тренирањем најсавременијих система вештачке интелигенције и зауставе утркивање јер представља велики ризик за друштво и човечанство. Потписници овог писма су између осталих суоснивач компаније *Apple* Стив Вознијак, као и Илон Маск који је, да апсурд буде већи, један од оснивача компаније *OpenAI*, од чијег се новог модела вештачке интелигенције *GPT-5* највише страхује јер би требало да настане први модел генералне вештачке интелигенције.³⁷

У САД се увелико размишља о могућностима правног регулисања суперинтелигентних „верских робота” који би у догледној будућности могли да проповедају веру или да створе своју „роботолошку цркву”.³⁸ Упркос чињеници да „очеви оснивачи” засигурно нису имали роботе на уму, као и да већина правника у САД сматра да за „верске роботе” нема места у уставу зато што нису људи, постоје мишљења да проширивањем уставних права са физичких лица и на „вештачке” творевине попут корпорација у будућности постоји могућност њиховог проширења и на роботе. Наиме, овакво, потенцијално веома опасно екстензивно тумачење *free exercise clause*, почива на чињеници широко постављеног текста првог амандмана Устава САД

³⁷ БизПортал, „Човечанство у опасности? Апел Илона Маска и стручњака – зауставите развој вештачке интелигенције”, *БизПортал* (31. март 2023), <https://bizportal.rs/biz-it-zona/covecanstvo-u-opasnosti-apel-ilona-mask-a-i-strucnjaka-zaustavite-razvoj-vestacke-inteligencije/>, 8. 4. 2023.

³⁸ Да таква размишљања нису везана искључиво за САД, говори чињеница да је у Немачкој већ направљен робот *Bless U-2* који нуди благослов на пет језика и изговара библијске стихове, А. Sturgill, „Artificial Intelligence: Its Future Uses in Religious Compassion”, in: *Religion Online – How Digital Technology is Changing the Way We Worship and Pray* (eds. A. Grant et al.), Praeger, Santa Barbara (CA) 2019, 60.

који Конгресу не дозвољава доношење закона којим ће се забранити слободно исповедање вере.³⁹ Као други аргумент у прилог оваквом тумачењу уводи се унапређење уставних вредности, јер оно подразумева заштиту права, без обзира на то о чијем праву је реч (човека или робота). На тај начин се спречава верски волунтаризам и интервенционизам државе и боље штити верска аутономија.⁴⁰ „Забрана јеврејских робота има исти ефекат као забрана људима да прихвате јудаизам, дакле као владина забрана јудаизма”.⁴¹ Наравно, као спорно могло би се додатно појавити и питање права на слободно исповедање вере власника робота, као и програмера.⁴²

На нивоу Европске уније припрема се акт о вештачкој интелигенцији, који настоји да предупреди ризике које она са собом носи.⁴³ Као што је већ било речи, тежак посао заштите људских права онлајн препуштен је у највећој мери државама, чиме је у умногоне скинута одговорност са међународних организација и њихових норматива. Свакако да су државе те које треба да буду главни актери успостављања нормативног оквира у плуралистичком информационом друштву. Тиме би ставиле тачку на монопол који успостављају или су већ успоставили недржавни актери, власници дигиталних платформи. Истовремено, забрињава чињеница да се у Европском парламенту расправља и о могућности увођења „електронског субјективитета” како би се утврдила права и обавезе вештачке интелигенције, чиме се правно отварају врата настанку правог „дигиталног бога”. Тенденција проширења правног субјективитета и на вештачку интелигенцију, која постоји у САД, али и у Европи (ослањајући се на идеју проширења правног субјективитета са физичких и на правна лица) делује на први поглед заводљиво, али и вишеструко опасно. Идеја успостављања људских права вуче корен из природноправне теорије, јер су права урођена, инхерентна самој људској природи. Нема ничега „вештачког” када је реч о *природним* правима. Свакако, као што ни правна лица не могу имати права која се односе на људску личност,

³⁹ I. M. Ingles, „Regulating Religious Robots: Free Exercise and RFRA in the Time of Superintelligent Artificial Intelligence”, *Georgetown Law Journal* 2/2017, 519–520. Ово схватање је у супротности са виђењем које је судија Гинсбург изнео у једном издвојеном мишљењу да је слободно исповедање вере карактеристика физичких лица, јер само људи могу да имају верска осећања, *Ibid.*, 520.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, 521.

⁴² Вид. више: *Ibid.*, 523–525.

⁴³ Вид. више: Д. Прља, Г. Гасми, В. Кораћ, *Вештачка интелигенција у правном систему ЕУ*, Институт за упоредно право, Београд 2021.

не би требало ни вештачкој интелигенцији, као вештачкој творевини, признавати лична права (укључујући и слободу вероисповести).

Несумњиво је да ће право увек каскати за технологијом, али тај раскорак не треба да буде превелик. Екстензивно тумачење постојећих прописа (нарочито у САД) вишеструко је опасно, тим пре што може утицати да сличан модел примене и друге европске државе. Због тога је нужно првенствено на нивоу држава поставити макар основне нормативне смернице, јер је то једини начин да се очува и ефикасно заштити слобода вероисповести у дигитално доба, како од могућих злоупотреба од стране људи (власника дигиталних платформи), тако и од стране неконтролисане вештачке интелигенције. Утешно је то што Европска унија већ полако корача тим путем, барем за сада. Ко ће добити ту трку, потпуно је неизвесно, јер данас *deus ex machina* из античке трагедије није више само фикција, већ постаје сасвим могућа реалност. Последице тога биле би више него далекосежне јер би задирале у саму срж људских права.

Dragutin Avramović

Full Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad

DIGITAL RELIGION – LEGAL CHALLENGES OF RAPID SHIFT FROM OFFLINE TO ONLINE ENVIRONMENT

Summary

The accelerated development of information and communication technologies (ICT) has opened a huge room – the cyberspace – as the arena where freedom of religion could be exercised by establishing a new sort of contacts between believers, churches and religious communities. In the same time it is the arena where different religious teachings could be challenged, where the new churches and dogmas could arise, and the space where artificial intelligence can acquire a role of “the digital God”. The first part of the article analysis different views of the “digital religion” concept. The current technological trends point inevitably to a possibility that artificial intelligence could be incorporated in the field of “digital religion”. The second part of the paper deals with the effects of Covid-19 pandemic as it has marked a crossroad in using digital technologies in the

field of religion, and fostered its transition from offline to online environment. Central part of the paper examines a few important legal challenges brought by the “digital religion”, primarily considering its relationship towards freedom of religion. Particular attention is devoted to the danger of “digital authoritarianism” possibly performed both by states and technological companies as well as to the threat of possible social networks abuse due to artificial intelligence quick development. The paper suggests that it is necessary to develop an adequate state-legal framework to evade different possible misuses. Existing legal rules are not sufficient. The recognition of the “electronic (legal) subjectivity” to artificial intelligence is also not a way out. Along with necessary legal framework theoretical elaboration of the issue is indispensable. The author steps back to natural law theory and urges recognition that human (basically natural) rights belong only to humans. He fosters standing that “religious robots” and “the Digital God” could seriously endanger homo sapiens by reshaping reality and spirituality. Religious feelings, as well as other fundamental feelings, are exclusively connected to humans.

Keywords: religious freedom, online religion, artificial intelligence, Covid 19.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Avramovic D., „Exercising Religious Freedom in Pandemic Era during the State of Emergency – a Legal Perspective”, *Astra Salvensis* 2/2020, 229–242.
- Avramovic D., „Religious Profiling – the Way of de facto Limitation of Religious Freedom During the ‘War on Terrorism’”, *Archibald Reiss Days*, vol. II, Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade 2017, 321–329.
- Ashraf C., „Exploring the impacts of artificial intelligence on freedom of religion or belief online”, *The International Journal of Human Rights* 5/2022, 757–791.
- Balsamo F., „The loyal collaboration between State and religions at the testing bench of the Covid-19 pandemic. A perspective from Italy”, in: *Law, Religion and Covid 19 Emergency* (ed. P. Consorti), DiReSoM, Pisa 2020.

- Boyle K., Hansen, J., Christensen, S., „Posting, Sharing, and Religious Testifying: New Rituals in the Online Religious Environment”, in: *Religion Online – How Digital Technology is Changing the Way We Worship and Pray* (eds. A. Grant, A. Sturgill, C. H. Chen, D. Stout), Praeger, Santa Barbara (CA) 2019, 11–27.
- Brasher B., *Give Me that Online Religion*, Jossey–Bass, San Francisco 2001.
- Vinichenko M., Chulanova, O., Vinogradova, M., Amozova, L., „The Impact of Artificial Intelligence on Society Views of Islamic Religious Leaders”, *European Journal of Science and Theology* 3/2020, 67–77.
- Grieve G. P., „Religio”, in: *Digital Religion – Understanding Religious Practice in New Media Worlds* (ed. H. Campbell), Routledge, London–New York 2013, 104–118.
- Dawson L., Cowan, D., (eds.), *Religion Online – Finding Faith on the Internet*, Routledge, London–New York 2004.
- Durham C., „Religious Freedom in a Worldwide Setting: Comparative Reflections”, in: *Universal Rights in a World of Diversity – The Case of Religious Freedom* (eds. M. A. Glendon, H. Zacher), The Pontifical Academy of Social Sciences, Vatican City 2012, 359–389.
- Ingles I. M., „Regulating Religious Robots: Free Exercise and RFRA in the Time of Superintelligent Artificial Intelligence”, *Georgetown Law Journal* 2/2017, 507–530.
- Maxwell P., „Virtual Religion in Context”, *Religion* 4/2002, 343–354.
- O’Brien H., „What does the Rise of Digital Religion During Covid-19 Tell Us About Religion’s Capacity to Adapt?”, *Irish Journal of Sociology* 2/2020, 242–246.
- O’Leary S., „Cyberspace as Sacred Space: Communicating Religion on Computer Networks”, *Journal of the American Academy of Religion* 4/1996, 781–808.
- Прља Д., Гасми Г., Кораћ В., *Веишачка интелигенција у правном систему ЕУ*, Институт за упоредно право, Београд 2021.
- Reed R., „The Theology of GPT-2: Religion and Artificial Intelligence”, *Religion Compass* 11/2021, 1–13.
- Sturgill A., „Artificial Intelligence: Its Future Uses in Religious Compassion”, in: *Religion Online – How Digital Technology is Changing the Way We Worship and Pray* (eds. A. Grant, A. Sturgill, C. H. Chen, D. Stout), Praeger, Santa Barbara (CA) 2019, 57–67.
- Tsuria R., Campbell, H., „Introduction to the Study of Digital Religion”, in: *Digital Religion – Understanding Religious Practice in Digital Media* (eds. H. Campbell, R. Tsuria), Routledge, London–New York 2022, 1–21.

- Farquhar L., „From Facebook to Instagram: The Role of Social Media in Religious Communities”, in: *Religion Online – How Digital Technology is Changing the Way We Worship and Pray* (eds. A. Grant, A. Sturgill, C. H. Chen, D. Stout), Praeger, Santa Barbara (CA) 2019, 27–47.
- Helland C., „Digital Religion”, in: *Handbook of Religion and Society* (ed. D. Yamane), Springer, Switzerland 2016, 177–196.
- Helland C., „Online Religion/Religion-Online and Virtual Communities”, in: *Religion on the Internet: Research Prospects and Promises* (eds. J. K. Hadden, D. E. Cowan), JAI Press, New York 2000, 205–223.
- Hoover S., Echchaibi, N., „Introduction: Media Theory and the Third Spaces of Digital Religion”, in: *The Third Spaces of Digital Religion* (eds. N. Echchaibi, S. Hoover), Routledge, London–New York 2023, 1–37.
- Campbell H., „The Rise of the Study of Digital Religion”, in: *Digital Religion – Understanding Religious Practice in New Media Worlds* (ed. H. Campbell), Routledge, London–New York 2013, 1–23.
- Campbell H. (ed.), *The Future of Religion in a Post-Pandemic World*, Network for New Media, Religion & Digital Culture Studies, 2020.
- Campbell H., Bellar W., *Digital Religion – The Basics*, Routledge, London–New York 2023.
- Campbell H., Vitullo A., „Assesing Changes in the Study of Religious Communities in Digital Religion Studies”, *Church, Communication and Culture* 1/2016, 73–89.
- Campbell H., Vitullo A., „Popes in Digital Era – Reflecting on the Rise of the Digital Papacy”, *Problemi dell’infomazione* 3/2019, 419–442.
- Campbell H., Evolvi G., „Contextualizing Current Digital Religion Research on Emerging Technologies”, *Human Behavior and Emerging Technologies* 1/2019, 1–13.

Остали извори

- Amnesty International, *Surveillance Giants: How the Business Model of Facebook and Google Threatens Human Rights*, London 2019, 29, <https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/1404/2019/en/>, 28. 3. 2023.
- БизПортал, „Човечанство у опасности? Апел Илона Маска и стручњака – зауставите развој вештачке интелигенције”, *БизПортал* (31. март 2023), <https://bizportal.rs/biz-it-zona/>

- covecanstvo-u-opasnosti-apel-ilona-mask-a-i-strucnjaka-zaustavite-raz-voj-vestacke-inteligencije/*, 8. 4. 2023.
- Korosec, K., „Anthony Levandowski closes his Church of AI”, *TechCrunch* (18th February, 2021), <https://techcrunch.com/2021/02/18/anthony-levandowski-closes-his-church-of-ai/>, 3. 4. 2023.
- Mayaki, B., „Pope: 'Church in the Digital' offers tools for a Church also present online”, *Vatican News* (20th June, 2022), <https://www.vaticannews.va/en/pope/news/2022-06/pope-france-church-in-the-digital-book-fabio-bolzetta.html>, 23. 5. 2023.
- McArthur, N., „Gods in the machine? The rise of artificial intelligence may result in new religions”, *The Conversation* (15th March, 2023), <https://theconversation.com/gods-in-the-machine-the-rise-of-artificial-intelligence-may-result-in-new-religions-201068>, 4. 4. 2023.
- Samuel, S., „AI's Islamophobia problem”, *Vox* (18th September, 2021), <https://www.vox.com/future-perfect/22672414/ai-artificial-intelligence-gpt-3-bias-muslim>, 8. 4. 2023.
- Tufekci, Z., „We're Building a Dystopia Just to Make People Click on Ads”, *TED* (27th October, 2017), https://www.ted.com/talks/zeynep_tufekci_we_re_building_a_dystopia_just_to_make_people_click_on_ads, 28. 3. 2023.
- UN Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and of Association*, A/HRC/41/41, para. 10, (17th May, 2019), https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/41/41, 27. 3. 2023.
- UN Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief*, A/HRC/40/58, para. 51–52, (5th March, 2019), <https://digitallibrary.un.org/record/3801114?ln=en>, 28. 3. 2023.
- Harris, M., „Inside the First Church of Artificial Intelligence”, *Wired* (15th November, 2017), <https://www.wired.com/story/anthony-levandowski-artificial-intelligence-religion/>, 3. 4. 2023.

Јелена Ђеранић Перишић*
Александра Вишекруна**

10.56461/ZR_23. SDCP.41

ЦРКВА, ДИГИТАЛНЕ ТЕХНОЛОГИЈЕ И МЕТАВЕРЗУМ***

– Пледоаје за неопходност и начин правног регулисања –

Сажетак

Свакодневна употреба интернета унела је промене у свим сегментима савременог живота. Свет се убрзано креће у правцу преобликовања људског друштва које карактерише свеобухватна повезаност. Технологија је продрла у све поре друштва, чак и у верску праксу, што отвара низ питања и носи бројне изазове. Искуство пандемије ковида 19 убрзало је и учинило видљивијим коришћење информационих технологија у верске сврхе. Током пандемије, црква је дигиталне платформе, као што су Јутјуб и Зум, користила само као алате за преношење постојећих верских обреда из реалног света у дигитални простор. Природа тих средстава комуникације другачија је од виртуелне реалности и метаверзума као дигиталне реалности. Стога се питање верске праксе у метаверзуму, где се све одвија искључиво онлајн, перципира као корак даље, што увећава постојеће изазове, страхове и стрепње. У раду је најпре представљен развој верске праксе на интернету који је сагледан кроз призму развоја нове терминологије и схватања интернета – као средства или као окружења. Након тога размотрен је утицај пандемије ковида 19 на практиковање религије онлајн. Централни део рада посвећен је питању цркве у метаверзуму, у оквиру кога је објашњен феномен метаверзума, направљена диференцијација између цркве онлајн и онлајн цркве у метаверзуму и предочен став водећих хришћанских деноминација у вези са црквом у метаверзуму. Напоследку су анализирани теолошки изазови верске праксе у метаверзуму и указано је на неопходност и начин правног регулисања ове проблематике.

* Научни саветник, Институт за упоредно право, Београд, ceranicj@gmail.com

** Стручни сарадник, Институт за упоредно право, Београд, a.visekruna@iur.rs

*** Рад је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број: 451-03-47/2023-01/200049 од 3. 2. 2023).

Кључне речи: црква, метаверзум, онлајн религија, дигиталне технологије, слобода вероисповести.

1. Уводне напомене

Развој дигиталне технологије крајем 20. и почетком 21. века допринео је убрзању протока информација превасходно захваљујући глобалној рачунарској мрежи – интернету. Најразличитији садржаји постали су путем интернета глобално доступни.

Утицај интернета на друштвено, политичко, културно, економско, па и религиозно понашање и идеје појединаца је велики, те према мишљењу појединих аутора носи промене налик оној коју је донела Гутенбергова машина. „Данас живимо у време кад је технологија преузела водећу улогу, какву су у историји имали митови, религија и филозофија. Савремени научни напредак ревидира пре свега хуманистичке категорије као што су: индивидуа, идентитет, друштво, слобода, култура, етика и комуникације.”¹

Технологија је продрла у све поре друштва, па чак и у верску праксу. Међутим, упркос одређеним погодностима, верска пракса на интернету отвара низ питања и доноси бројне изазове.

Ханс Кунг (*Hans Küng*), католички свештеник, професор теологије и писац, познат по либералним ставовима, тврди да у сваком раздобљу црква има своје виђење тог раздобља и себе саме. То виђење зависи од деловања цркве у пракси, а теолози датог времена му дају концептуалну форму.² Суштина цркве је изражена у историјској форми и Кунг сугерише два значајна принципа за разумевање трајних обележја цркве изражених у специфичном историјском контексту: (1) Суштина и форма цркве се не могу раздвојити; и (2) Суштина и форма цркве нису идентичне. Први принцип подразумева да су стални елементи цркве изражени у њеним различитим формама. Када посматрамо форме цркве у различитим историјским контекстима, можемо пронаћи и њену суштину која се огледа у историјским формама цркве. Други принцип подразумева да се концепт цркве изражава у околностима које се стално мењају, тако да је суштину цркве природно сагледати и разумети у светлу променљивости њених историјских форми.³

¹ С. Буриловић, Ж. Тањић, „Кришћанство и интернет – изазов за теологију?“, *Црква у свијету* 48/2013, 88.

² Н. Кунг, *The Church*, Shed and Ward, New York 1967, 4–5.

³ G. Jun, „Virtual Reality Church as a New Mission Frontier in the Metaverse: Exploring Theological Controversies and Missional Potential of Virtual Reality Church“, *Transformation* 37(4)/2020, 279, <https://doi.org/10.1177/0265378820963155>

Од свог настанка црква је заједница верника са мисијом да кроз проповедање Јеванђења створи Исусове ученике. Тај тренутак се метафорично, употребом савремене дигиталне терминологије, назива раздобљем Црква 1.0 у којем се црква развијала у прогонима од јудаизма и Римског царства. Раздобље Црква 2.0 почиње када хришћанство, у Римском царству под Константином Великим, постаје призната религија. У средњем веку, црква се институционализује путем клерикализма који истиче црквену власт. Верска реформација у 16. веку отвара ново раздобље Црква 3.0 унутар западног хришћанства. Протестантизам је покренут као реакција на средњовековни римокатолицизам. У сваком од тих раздобља, црква је изражавала своју суштину у различитим формама и сликама заснованим на сопственим еклесиолошким ставовима. С тим у вези, поједини аутори истичу како није могуће разумети развој цркве у њеним формативним раздобљима, посебно у средњем веку, ако се занемаре комуникацијски начини тумачења света.⁴ Део доктрине сматра да се тренутно суочавамо са новом променом парадигме, како у еклесиолошком концепту тако и у њеном изразу, и тиме заправо улазимо у период Црква 4.0. За то је несумњиво заслужан убрзан техничко-технолошки напредак. Пандемија изазвана вирусом ковид 19 и изолација у којој се нашао цео свет убрзала је увођење тековина тог напретка и у верску праксу.⁵ Пред цркву и теологе поставља се озбиљно преиспитивање њеног односа према дигиталним технологијама и начину на који се оне користе.

„Да ли је могуће пронаћи Бога у дигиталном свету?“⁶ На ово питање има онолико одговора колико и аутора који су покушали на њега да одговоре. Однос цркве и метаверзума једно је од контроверзних питања данашњице и предмет бројних анализа и дискусија. У раду је најпре представљен развој верске праксе на интернету који се може сагледати кроз призму развоја нове терминологије и схватања интернета – као средства или као окружења. Након тога размотрен је утицај пандемије ковида 19 на практиковање религије онлајн. Централни део рада посвећен је питању цркве у метаверзуму, у оквиру кога је објашњен феномен виртуелне реалности и метаверзума, направљена је диференцијација између цркве онлајн и онлајн цркве и предочен став водећих хришћанских деноминација у вези са црквом у метаверзуму. Напослетку су анализирани теолошки изазови верске праксе у метаверзуму и указано је на неопходност и начин правног регулисања ове проблематике.

⁴ С. Буриловић, Ж. Таћић, 99.

⁵ G. Jun, 298.

⁶ *Ibid.*, 279.

2. Развој верске праксе на интернету

Хајди Кембел (*Heidi Campbell*), једна од истакнутијих ауторки која се бави односом религије и интернета, истиче да онлајн верска пракса не трансформише религију, већ наглашава промене које се дешавају унутар ширег оквира Западне културе.⁷

Развој верске праксе на интернету може се хронолошки представити кроз призму развоја нове терминологије и схватања мреже, то јест интернета – као средства или као окружења.

2.1. Терминолошка појашњења

Убрзани техничко-технолошки напредак и почетак масовног коришћења интернета почетком 21. века утицали су и на промене у области верске праксе. С развојем информационих технологија ширила се и онлајн верска пракса. Осим тога, и сама терминологија пратила је ту еволуцију. Развијена је читава лепеза термина од „сајбер религије” до „дигиталне религије”.

Најпре је уведен термин „сајбер религија”, а предмет проучавања били су онлајн религија и откривање начина на који се религијске активности могу пренети у сајбер простор. У то време, доктрина се бави превасходно начелним питањима утицаја интернета на религију.⁸

Почетком новог миленијума у употреби је и термин „виртуелна религија” који означава простор за практиковање религије и даље потпуно одвојен од офлајн практиковања религије.⁹

У то време, Хајди Кембел предлаже термин „умрежена религија”.¹⁰ Концепт „умрежене религије” се уводи као начин да се дочара како религија функционише на мрежи и сугерише да онлајн религија представља пример неколико кључних друштвених и културних промена практиковања религије у друштву уопште. Умрежена религија дефинисана је на основу пет кључних одлика, а то су: умрежена заједница, приповедани идентитети, промена ауторитета, конвергентна

⁷ H. Campbell, „Understanding the Relationship between Religion Online and Offline in Networked Society”, *Journal of the American Academy of Religion* 1/2012, 64–93, <https://doi.org/10.1093/jaarel/lfr074>

⁸ H. Cambell, G. Evolvi, „Contextualizing Current Digital Religion on Emerging Technologies”, *Human Behavior and Emerging Technologies* 1/2019, 1.

⁹ R. Tsuria, H. Campbell, „Introduction to the Study of Digital Religion”, in: *Digital Religion – Understanding Religious Practice in Digital Media* (eds. Heidi Campbell, Ruth Tsuria), Routledge, London – New York 2022, 3.

¹⁰ H. Campbell (2012), 64–93.

пракса и реалност на више локација.¹¹ Проучавање религије на интернету пружа увид не само у заједничке атрибуте онлајн верске праксе већ помаже да се објасне актуелни трендови у религијској пракси и друштвеним активностима у умреженом друштву.¹²

Услед све веће повезаности офлајн и онлајн светова и офлајн и онлајн религије и појаве „нових медија”, уведен је нови, свеобухватни термин „дигитална религија”. Он се усталио још од 2010. године и наглашава повезаност и испреплетаност офлајн и онлајн религије. Хајди Кембел сматра да дигитална религија представља технолошки и културни простор који настаје када су офлајн и онлајн религијске сфере помешане или интегрисане, истичући да дигиталну религију можемо замислити као мост који онлајн религијске праксе и просторе преноси у офлајн религијске контексте, и обратно.¹³ Другим речима, дигитална религија подразумева да не постоји јасно разграничење између практиковања религије офлајн и онлајн.

Интересантно је осврнути се и на теоријску разлику и поделу на „религију онлајн” и „онлајн религију” коју у једном од својих радова, из сада давне 2000. године, уводи Кристофер Хеланд (*Christopher Helland*).¹⁴ Ова подела данас је делимично превазиђена.¹⁵ На основу сајтова који су почетком новог миленијума били на располагању, могла се уочити разлика између сајтова на којима постоји висок ниво интерактивности и двосмерне комуникације (*online religion*) и верских сајтова, који су у то време били у већини, а који посетиоцима пружају статичну презентацију (*religion online*), информације, текстове, документа и видео-материјал, али на којима није могућа интеракција.¹⁶ Углавном су незванични верски сајтови имали и онлајн комуникацију, док званичне институције нису биле отворене и вољне за овакву врсту интеракције са верницима. „Ова разлика и даље има хеуристички значај, међутим, у емпиријским истраживањима показала се недовољно прецизно.”¹⁷

¹¹ *Ibid.*, 68–84.

¹² *Ibid.*

¹³ Н. Campbell, „The Rise of Study of Digital Religion”, in: *Digital Religion – Understanding Religious Practice in New Media Worlds* (ed. Heidi Campbell), Routledge, London – New York 2013, 3–4.

¹⁴ С. Helland, „Online Religion/Religion-Online and Virtual Communities”, in: *Religion on the Internet: Research, Prospects and Promises* (eds. Jeffrey K. Hadson, Douglas. E. Cowan), JAI press, New York 2000, 205–223.

¹⁵ Ј. Радуловић, С. Ковач, „Манастири Српске православне цркве на Интернету: нови облици религијских и духовних интеракција посредством Фејсбука”, *Етноантрополошки проблеми* 1/2016, 138, <https://doi.org/10.21301/EAP.V11I1.6>

¹⁶ С. Helland, 205–223.

¹⁷ Ј. Радуловић, С. Ковач, 138.

Осим тога, ова бинарна Хеландова подела послужила је као извор инспирације за неке новије поделе до којих је дошло успостављањем верске праксе у виртуелној реалности и метаверзуму. Реч је о подели на цркву онлајн и онлајн цркву о којој ће бити речи касније у раду.

2.2. Интернет као средство или као окружење?

Када је реч о односу религије и интернета, битно је објаснити питање које се односи на интернет и тумачење: да ли је интернет средство или окружење? „Чини се да је ријеч о баналном питању, но ради се о херменеутском биполаризму који је знаковит према последицама.”¹⁸ Неки аутори сматрају да интернет као средство комуникације ваља разумети на трагу континуитета, с једне стране технолошког, а с друге религиозног. Технолошког у смислу историје технологије и њених темељних теорија, од којих једна, управо она о континуитету, види непрекинути развој технологије од праисторије до садашњег времена, било с обзиром на циљеве који се њоме желе постићи, било с обзиром на коришћена средства за постизање тих циљева. Осим тога, такав поглед на интернет улази уопштено у инструменталну теорију технологије. На религиозном плану интернет као средство комуникације не би представљао ништа друго до један од безбројних корака напред у античком односу између технологије и религије. У том смислу користи се израз религија *online* као би се указало на религију која се отвара овом новом средству комуникације, засигурно учинковитом, али структурално не новом. Традиционалне религије у својим институционалним облицима настоје да у интернету виде његове могућности полазећи од тога да – интернет није ништа друго до вредна помоћ у слању, преношењу информација и саопштавању религијских порука различите врсте. Све то претпоставља јачу *offline* религију, о којој се не расправља.¹⁹

Тамо где се интернет схвата као окружење у коме се модели заједнице и проповедања мењају, ствари попримају другачији смисао. Говори се о технолошком дисконтинуитету који у интернету види истинску и властиту новост, ћерку технолошког развоја која своје корене има у индустријској револуцији, која радикално мења ствари у односу на антички свет, а и на друге до сада познате медије. Теологија и теолошка мисао стоје пред бројним изазовима у данашњем свету. Нови религијски феномен, који своју суштину налази на интернету, означава се као онлајн религија. „Online религија живи на форумима,

¹⁸ С. Буриловић, Ж. Тањић, 94.

¹⁹ *Ibid.*, 95.

четовима, блогovima, интерактивним сајтовима, али увијек преко симболичког језика типковнице”. Употребом 3Д технологија, на мрежи се „на суптилнији и побољшан начин нанова ствара извањска стварност, док се субјект може представити како год жели”.²⁰

3. Утицај пандемије ковида 19 на практиковање религије онлајн

Пандемија изазвана вирусом ковид 19 захватила је читав свет 2020. године и утицала на све сфере привреде и друштва. Бројне активности из свакодневног живота прешле су из офлајн у онлајн окружење. Једна од њих је практиковање религије. То питање посебно је осетљиво у онлајн окружењу.²¹

Доба онога што се назива новом нормалношћу продрло је и изменило сваки аспект наших живота, укључујући ту и право (стављајући пред њега сасвим нове, до сада тешко замисливе изазове), али и поље религиозности. Промене на пољу религиозности, услед атмосфере напетости су разноврсне.²²

Иако је пракса религије на интернету постојала и пре пандемије ковида 19, чини се да је управо пандемија на неки начин подстакла и убрзала прихватање дигиталног окружења као „погодног” за спровођење верске праксе.²³ Физички простор цркве замењен је кућама верника, а везе су одржаване управо захваљујући дигиталним технологијама у сајберпростору. Током пандемије ковида 19 коришћене су различите онлајн платформе и друштвене мреже за спровођење верске праксе – *YouTube* (*Јутјуб*) који је отворен за све, *Zoom* (*Зум*), *WhatsApp* (*Воцан*), *Viber* (*Вајбер*), као и *Facebook* (*Фејсбук*) који захтева чланство.

Упркос одређеним погодностима у околностима забране физичког контакта између верника у црквама, практиковање религије на интернету од самог почетка изазива оправдане стрепње. Наиме, практиковање слободе вероисповести у сајбер окружењу подразумева прелазак из јавне сфере у приватну. То значи да слобода вероисповести заправо престаје да буде предмет регулација како националног

²⁰ *Ibid.*, 95.

²¹ Вид. В. Ђурић, В. Марковић, „Слобода вероисповести и мере за сузбијање епидемије вируса Ковид 19 – нови приступ, домаћа искуства и упоредна решења”, у: *Пандемија Ковида 19: правни изазови и одговори* (ур. Владимир Ђурић, Мирјана Глинтић), Институт за упоредно право, Београд 2021, 35–49.

²² *Ibid.*, 36.

²³ Вид. D. Avramović, „Exercising Religious Freedom in Pandemic Era During the State of Emergency – a Legal Perspective”, *Astra Salvensis* 16/2020, 229–242.

(супранационалног) тако аутономног црквеног права. Таква ситуација имплицира да о слободи вероисповести одлучују недржавни и нецрквени центри моћи, као што су власници и менаџери компанија, у чијем су власништву дигиталне платформе и друштвене мреже.

Поменуте платформе и друштвене мреже које су коришћене за практиковање религије онлајн током пандемије ковида 19 и сви изазови које та пракса носи, подразумевају да се верски обреди стримују и преносе из офлајн окружења у онлајн окружење. Другим речима, црква је дигиталне платформе, попут већ поменутог Јутјуба или Зума, користила као алате за преношење постојећих верских обреда из реалног света у сајбер простор. Ипак, битно је истаћи да је природа ових средстава комуникације сасвим другачија од онога што нуде виртуелна реалност и метаверзум. Питање цркве у виртуелној реалности и метаверзуму представља корак даље, у смислу да се ту заправо све одвија само и искључиво онлајн, што увећава постојеће изазове, страхове и стрепње.

4. Црква у метаверзуму

Од почетка масовног коришћења интернета, почетком новог миленијума, развој информационих технологија додатно је убрзан. Тековине те динамике развоја су, између осталог, виртуелна реалност и најновији метаверзум.

Практиковање религије у метаверзуму подразумева схватање мреже, тј. интернета као окружења у коме се модели заједнице мењају, а ствари попримају друго усмерење, што представља додатни изазов који стоји не само пред теологијом и теолошком мисли²⁴ и савременим државно-црквеним правом већ и целим друштвом.

4.1. Виртуелна реалност и метаверзум

Захваљујући убрзаном развоју дигиталне технологије, нарочито у новом миленијуму, створен је нови облик социјалне и економске размене у виртуелној реалности. Уз помоћ специјалне опреме, виртуелна реалност, као тродимензионална слика коју генеришу рачунари, омогућава комуникацију на наизглед стваран или физички начин. Корисници виртуелне реалности могу да ступају у социјалне контакте преко својих аватара.²⁵

²⁴ С. Буриловић, Ж. Тањић, 95.

²⁵ Ј. Перанић Перишић, „Правне последице коришћења жигом заштићених ознака у виртуелној реалности”, у: *Интелектуална својина и интернет* (ур. Душан В. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022, 95–96.

Следећи, виши ниво у развоју виртуелне реалности представља метаверзум. За разлику од већ познатих и популарних светова виртуелне реалности, као што су Други живот (енгл. *Second Life*), Мајнкрафт (енгл. *Minecraft*) или Роблокс (енгл. *Roblox*), који постоје сваки за себе, метаверзум није ограничен на једну платформу, већ се састоји од различитих платформи. Дакле, децентрализација је једна од његових кључних карактеристика.²⁶

Метаверзум се укратко може описати као дигитална реалност повезана у светској мрежи, али са елементима друштвених мрежа, „проширене” стварности и видео игрица. Метаверзум је колективни, виртуелни, 3Д простор у коме се људи слободно крећу и комуницирају једни с другима преко својих аватара. „Аватар је естетски умјетни производ који опонаша или пак тумачи човеково понашање у свету виртуелне реалности.”²⁷

Веза са метаверзумом остварује се преко наочара виртуелне реалности. Дакле, корисник више не гледа само у екран, већ заправо ураћа у свет и контролише свог аватара у метаверзуму сопственим покретима. Метаверзум се може описати као отелотворени интернет који корисници не само да гледају већ се у њему налазе.²⁸

Према томе, метаверзум је концепт сајбер простора изграђен на постојећој инфраструктури интернета коришћењем нових технологија. У метаверзуму људи и различити облици алгоритама и вештачке интелигенције комуницирају у проширеној реалности, баве се образовањем, бизнисом, игрицама, спортом, забављају се, купују и продају робу и услуге, и посећују верске службе.²⁹ Питање практиковања религије у метаверзуму посебно је интересантно и изазива све више пажње научне и стручне јавности.

Интернет у доба Четврте индустријске револуције има три дистинктивне карактеристике, и то: хиперповезаност, суперинтелигенцију и хиперконвергенцију.³⁰ Четврта индустријска револуција има за циљ да конвергира све информационе технологије како би створила

²⁶ The Controversial Matter of Metaverse: Trade mark protection of digital products in the virtual world, <https://irglobal.com/article/the-controversial-matter-of-the-metaverse-trade-mark-protection-of-digital-products-in-the-virtual-world/>, 20. 8. 2023.

²⁷ С. Буриловић, Ж. Тањић, 97.

²⁸ The Controversial Matter of Metaverse: Trade mark protection of digital products in the virtual world, <https://irglobal.com/article/the-controversial-matter-of-the-metaverse-trade-mark-protection-of-digital-products-in-the-virtual-world/>, 20. 8. 2023.

²⁹ Ј. Ћеранић Перишић, „Метаверзум, незаменљиви токени и жигом заштићене ознаке – правни аспекти”, *Право и привреда* 4/2022, 638.

³⁰ G. Jun, 299.

нови свет назван *метаверзум* који је комбинација префикса *мета* (изван) и речи *универзум*. Дакле, метаверзум значи „заједнички виртуелни простор изван универзума”. Четврта индустријска револуција и пандемија изазвана вирусом ковид-19 додатно су допринели окретању људи ка метаверзуму, и то не само да би побегли од стреса и анксиозности реалног живота већ и да би уживали у сајбер социјализацији, као новом облику друштвене интеракције.³¹

Да ли високо конвергентне технологије које развијају хиперреалност где су физичка и виртуелна стварност спојене стварају кризу или прилику за мисију цркве? Један од одговора, или бар део одговора, могао би се наћи у ономе што је Леонард Свит (*Leonard Sweet*), теолог и свештеник, рекао савременим хришћанима: „Будућност није нешто у шта улазимо. Будућност је нешто што стварамо”.³² Стога се чека да црква и држава заузму ставове у погледу практиковања религије у онлајн окружењу, виртуелној реалности и метаверзуму.³³

4.2. Црква онлајн и онлајн црква

У контексту цркве у метаверзуму веома је значајно направити диференцијацију између цркве онлајн (*church online*) и онлајн цркве (*online church*). Ова подела суштински је различита од донекле превазиђене поделе Кристофера Хеланда, о којој је раније у раду било речи, на религију онлајн (*religion inline*) и онлајн религију (*online religion*).³⁴ Ипак, чини се да јој је Хеландова подела ипак послужила као извор инспирације.

Црква онлајн (*church online*) подразумева да постојећа аналогна црква успоставља присуство и на мрежи, онлајн. Претечама цркве онлајн могле би се сматрати онлајн службе које су многе цркве практиковале током пандемије ковида 19. Црква онлајн користи дигиталне платформе само као средства, алате док одржава постојећи аналогни систем. Цркве су својевремено веровале да су онлајн службе привременог карактера, само током трајања пандемије. Међутим, пракса се наставила и када је пандемија почела да слаби, те се поставља питање: да ли су цркве спремне *pro futuro* да наставе са оваквом праксом и у метаверзуму?

С друге стране, онлајн црква (*online church*) се односи на облик цркве који није део (испостава) аналогних цркава, већ се оснива и

³¹ *Ibid.*

³² R. Hawkis, T. Clinton, *The new Christian Counselor: A Fresh Biblical & Transformational Approach*, Harvest House Publisher, Eugene, Oregon 2015, 6.

³³ G. Jun, 299.

³⁴ C. Helland, 205–223.

почиње свој рад унутар света метаверзума, другим речима, ова црква је од почетка потпуно дигитална. Оснивање нових цркава и верских заједница у метаверзуму, које нису испостава аналогних цркава, подразумева да те цркве успостављају нову црквену, односно дигиталну еклесиологију.³⁵³⁶

Занимљиво је да већ постоје цркве основане у оквиру виртуелне реалности. Први познати пројекат практиковања религије у метаверзуму датира из 2016. године, када је пастор из Вирџиније (Сједињене Америчке Државе) основао цркву виртуелне реалности (*VR Church*) као духовну заједницу која слави „Божју љубав за свет”. Присталице, односно верници, тврде да је виртуелна црква права црква, будући да су заједнице које формира и обреди које врши аутентични као и они у стварном свету.³⁷ Поједини аутори, превасходно из Велике Британије и САД, истичу да су основна уверења и изјава о мисији Цркве виртуелне реалности исти као и код других традиционалних евангелистичких цркава, с тим да ова црква настоји да буде инклузивна за све вернике, укључујући и атеисте (*sic!*).³⁸ Водећи пастор Цркве виртуелне реалности сматра да технологија виртуелне реалности пружа нови пут за мисију. Овакав став представља радикалну парадигматичну промену од конвенционалне реалности, која се формира и развија унутар институција од цигле и малтера, ка окружењу виртуелне реалности, које географски није ограничено.³⁹ Он тврди да је Црква виртуелне реалности ефикаснија у погледу тога да хришћанску веру учини реалном и искуственом, нпр. креирајући виртуелно окружење као што је нпр. „Божји свет” где учесници могу посетити Витлејем, прошетати кроз село и доживети крајолик из прве руке.⁴⁰

4.3. Став хришћанских деноминација у вези са црквом у метаверзуму

Један од главних изазова који представљена реалност метаверзума може поставити устаљеној пракси верских обреда у физичком

³⁵ Еклесиологија (грч. *ἐκκλησιολογία*, од грч. *ἐκκλησίᾱ*, *ekklēsiā* – сабор, црква; и *λογία*, *logia*) је теолошка дисциплина која се бави питањем хришћанске цркве, њеном улогом, местом, положајем, поруком, уређењем, делатношћу, организацијом, итд.

³⁶ S.–H. Nam, „The Metaverse as a Digital Missionary site”, *Ecclesial Future* 4/2023, 21, <https://doi.org/10.54195/ef13666>

³⁷ G. Jun, 299.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ B. Round, Exploring the Church – in virtual reality, <https://medium.com/faithtech/exploring-the-church-in-virtual-reality-44d002617970>, 26. 8. 2023.

⁴⁰ *Ibid.*

свету и претпостављеном верском понашању у метаверзуму је следећи: Ако полазимо од претпоставке да су традиционалним религијама потребне телесне ствари, колика је, у том случају, пуноћа религиозног живота доступна у метаверзуму? Јудеохришћанска традиција, као и исламска, свакако има афирмативан став према ствари као Божјој креацији. Друге религије такође имају своје ритуале који укључују телесност. Дихотомија која настаје између два потпуно супротна приступа, ако узмемо метаверзум као искључиво виртуелни свет, представља можда највећи изазов и поставља питања која захтевају дубље разматрање. У ствари, с обзиром на суштински непремостиву разлику, легитимно се поставља питање да ли је и на који начин ову дихотомију уопште могуће превазићи.

Што се тиче односа водећих хришћанских деноминација према верској пракси у виртуелној реалности и метаверзуму, ставови су им веома различити.

Најотвореније су у том погледу различите протестантске деноминације. Поједине не само да се залажу већ су и успоставиле своје испоставе у виртуелној реалности (нпр. *VR Church*). Један од кључних аргумената је да би цркве и верске заједнице требало да прате техничко-технолошки напредак. У супротном, ако одбију да прихвате нову реалност, суочиће се са озбиљним ризиком да буду занемарене пошто светско становништво постаје све ангажованије у виртуелном свету и све више активности се спроводи у метаверзуму.⁴¹ Други аргумент је да на овај начин цркве и верске заједнице могу умногоме проширити своју мисију и „стићи” до оних људи до којих не могу лако да допру у стварном свету.⁴² То се првенствено односи на вернике који из здравствених разлога нису у могућности да присуствују богослужењима, јер су везани за кревет у болници или у кући. Дакле, цркве у виртуелном свету пружају могућност лакшег приступа онима до којих због здравственог стања или просторне изолације не могу допрети.⁴³

Што се тиче Римокатоличке цркве, иако се она начелно не противи верској пракси на интернету, Папски савет за средства друштвених комуникација заузео је став да нема свете тајне на интернету.⁴⁴ Католички теолози који су против редуccionистичког религиозног

⁴¹ Вид. D. Estes, *SimChurch: Being the Church in the Virtual World*, Zondervan, Grand Rapids, 2009.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Н. Радовановић, Б. М. Томић, 12–14.

⁴⁴ *Ibid.*, 11.

искуства доступног путем интернета постављају питање да ли аватар може да учествује у молитвеном догађају; да ли је литургијски; и да ли аватар може бити онај који се причешћује. Бар што се тиче хришћанства, управо је моменат учешћа кључан у суштинском еклисиолошком схватању. Виртуелна црква изазива страх да би као таква могла унети озбиљне промене у данашње схватање саме цркве, нарочито њене литургијске праксе и свете тајне. Папски савет истиче да би сајбер простор требало користити за катехезу која би могла обогатити људе и довести их до истинске заједнице, а не као замену реалног света виртуелним.⁴⁵

Православне цркве још се нису оглашавале ни поводом практиковања религије на интернету,⁴⁶ као општијег питања, ни поводом цркве у метаверзуму.⁴⁷ Чини се да за то постоје најмање два разлога. Први је у томе што се православне цркве, компаративно посматрано, држе доста уздржаније спрам изношења ставова у вези са новинама савременог доба, укључујући и тековине техничко-технолошког напретка.⁴⁸ Други, можда и непосреднији разлог јесте тај што су управо у периоду када је дошло до актуелизације приче о цркви у метаверзум окружењу, у примарни фокус светског православља (поново) искрсле теме територијалног, а не виртуелног предзнака. Под овим у првом реду подразумевамо доделу „аутокефалије” Православној цркви Украјине од стране цариградског патријарха почетком 2019. године, уз све контроверзе које су овакав чин пратиле и које су из њега у каснијим годинама произашле.

5. Теолошки изазови у вези са црквом у метаверзуму

Без улажења у дубље теолошке расправе, у редовима који следе изложена су три теолошка изазова у вези са црквом у метаверзуму. Она се тичу порекла и природе метаверзума, еклесијалне природе цркве у метаверзуму и црквене праксе у метаверзуму.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ У том контексту, битно је поменути да је у Руској Федерацији забрањен метаверзум, тако да се реакција Руске православне цркве не може ни очекивати.

⁴⁸ Ово наравно не значи да унутар помесних православних цркава нема појединаца, што из реда клирика, што из реда лаика, који о овим темама научно промишљају. Тако је унутар СПЦ у областима повезивања православног мисионарења и дигиталних технологија незаобилазно име свештеника др Оливера Суботића. Вид. нпр. О. Суботић, *Дигитални изазов – путеви Хришћанства у цивилизацији бинарног кода*, Бернар, Београд 2014.

5. 1. Порекло и природа метаверзума

Поставља се питање ли је метаверзум унутар Божјег универзума. На основу јудеомонотеистичког погледа на свет и традиционалне хришћанске теологије, Бог је створио универзум. Стога део доктрине стоји на становишту да је и метаверзум унутар тако створеног универзума.⁴⁹ То значи да је метаверзум такође домен у коме Бог суверено влада. Заговорници става да је метаверзум унутар Божјег универзума тврде да је кроз историју цивилизације човек ступао у интеракцију са Богом да би произвео културна добра. Дакле, део доктрине тврди да је метаверзум реалност у простору и времену које је створио Бог, али људска перцепција заокупљена је илузијом захваљујући аудиовизуелним стимулансима. Другим речима, људи се не телепортују у потпуно другачији простор или време, већ се њихови мозгови тренутно прилагођавају окружењу екрана, док њихова физичка тела остају у стварном свету.

Схватање метаверзума (и уопште виртуелне реалности) као Божјег дела отвара два контроверзна питања у вези са његовом природом.

Прво, део аутора тврди да је метаверзум духовни простор попут библијског неба где људи више нису везани природним законима физичког света.⁵⁰ Они верују да је метаверзум „бисерна капија”⁵¹ која води човека у духовну утопију путем физичке трансценденције. Међутим, виртуелна реалност није ни вечни простор где људи могу да живе свој други живот, ни место где могу да побегну од своје физичке смрти.⁵²

Друго, део аутора сматра да технологија, *per se*, није ни добра, ни зла, нити неутрална. Стога, да ли је метаверзум добар или лош, зависиће од тога како одржавамо то виртуелно окружење dobrим вредностима за цивилизацију, посебно за Божју мисију.⁵³

5.2. Еклесијална природа цркве у метаверзуму

У погледу еклесијалне природе цркве у метаверзуму, највише је писано у оквиру калвинистичког дискурса. Даглас Естес (*Douglas Estes*), аутор чувене монографије „СимЦрква” (*SimChurch*), поставља

⁴⁹ G. Jun, 300.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Има случајева да неке рекламе чак нуде вечни живот у метаверзуму (Вид. Т. Botz-Borenstein, *Virtual Reality: The Last Human Narrative?*, Brill Rodopi, Laiden 2015, 53).

⁵³ G. Jun, 301.

питање да ли је легитимно сматрати цркву виртуелне реалности аутентичним изразом цркве Исуса Христа? (Естес не говори о цркви у метаверзуму јер је монографија из 2009. године, али све што се тиче цркве у виртуелној реалности може се односити и на цркву у метаверзуму.) Он дефинише цркву виртуелне реалности као „заједницу коју је Бог одредио да прошири његово царство и редовни састанак верника који исповедају Исуса као Господара у виртуелној реалности”.⁵⁴ Естес тврди да црква виртуелне реалности није измишљотина или фикција, већ су то прави Божји људи који се састају у виртуелној реалности као што се састају локалне цркве у физичком свету.⁵⁵ Другим речима, еклесијална природа цркве виртуелне реалности као заједнице Божјег народа оживљена је духом Божјим у контакту са њима.⁵⁶ Као и друге традиционалне цркве, црква виртуелне реалности је аутентична јер је по природи универзална, али и прилагодљива и флексибилна, те релевантна и мисијска у савременој култури.⁵⁷ Оно што цркву чини аутентичном није њен географски положај или архитектура, већ присуство Бога јер његов народ врши богослужења.⁵⁸

Естес тврди да присуство Бога и његова дела нису ограничени локацијама, простором или временом, чак ни у виртуелној реалности. Бог је присутан својим духом не само у физичким сакралним зградама већ и у виртуелном свету.⁵⁹ Естес подсећа да је у сличном духу и Жан Калвин писао о црквама у *Институтима хришћанске религије*: „Ово Краљевство (Црква) није ограничено ни локацијом у простору нити је ограничено било каквим границама”.⁶⁰ Иако се Естес на то директно не позива, ови аргументи неодољиво одишу духом једног цитата чији је ауторитет много већи од ауторитета Жана Калвина. Реч је о цитату самог Исуса Христа да где су двоје или троје сабрани у Његово име, онде је и Он са њима (Мт. 18:20).

5.3. Црквене праксе у метаверзуму

Чак и онај део доктрине који не доводи у питање еклесијалну природу цркве у метаверзуму, сагласан је да постоји читав низ

⁵⁴ D. Estes, 37.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*, 108.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ G. Jun, 301.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ J. T. McNail, *Calvin: Institutes of the Christian Religion*, Presbyterian Publishing Corporation, Louisville 1960, 1381.

теолошких изазова у вези са црквеном праксом у њему. То су питања у вези са светом тајном, осећањем заједништва и црквеном дисциплином и аутентичним значењем учеништва.

5.3.1. Света тајна

Свете тајне су хришћански обреди које црква практикује већ два миленијума. Број светих тајни се разликује код различитих хришћанских деноминација. У православљу их има седам.⁶¹ Приступ животу у Православној цркви је у целини светотајински. По хришћанском веровању света тајна је чин који преображава, а преображење је истински циљ Господа Бога у његовим спаситељским делима.

Без обзира на конфесионализам и литургијску теологију, заједничко им је то што се свете тајне обављају уз физичко присуство онога ко их врши и учесника. Међутим, у цркви у метаверзуму нема људи, већ аватари присуствују обредима светих тајни. Аватари примају хлеб и вино и крштавају се у име физичких лица која су их креирала. То је проблематично за традиционалну литургијску теологију која проповеда да се хлеб и вино при освећењу претварају у Христово тело и крв.

Међутим, Естес објашњава да аватари не само да представљају своје кориснике већ су симболичан доказ присуства корисника у цркви у метаверзуму. Он тврди да људи могу бити присутни у цркви у метаверзуму док је њихово стварно постојање у физичком свету, јер је Бог истовремено кроз свој Дух присутан свуда.⁶² У овом случају постоји одвојеност између нечијег постојања и присуства. Естес тврди да се овај феномен одвојености између постојања и присуства може искусити и у контексту цркве у реалном свету. Тако на пример људи често размишљају о различитим стварима и њихове мисли путују на различита места, иако су физички присутни у црквеним објектима. Исто тако, људи могу присуствовати на онлајн богослужењима, иако су физички на другој страни земаљске кугле.⁶³

Без улажења у дубље теолошке расправе, мишљења смо да црква не постоји без евхаристије (тј. литургије), која и етимолошки означава сабрање, заједницу верних, али не било какво сабрање, већ оно које се сабира на евхаристијској вечери (тј. причешћу), па је тај чин

⁶¹ Свете тајне могу се поделити у две групе: оне које се не могу поновити: крштење, миропомазаније и свештенство, и оне које се могу поновити: брак, јелеосвећење, исповест и причешће.

⁶² D. Estes, 120.

⁶³ G. Jun, 301.

сабрања оно што пројављује Цркву. Стога се у тајни причешћа догађа остварење јединства сваког верујућег који се причешћује са Христом, што је смисао и позив живота сваког од верника понаособ. Причешћивање, тј. активно учешће у евхаристији, тако, из визуре верника, није пуки обред од факултативне важности. Оно је проактивни, конституишући став појединчеве вере од прворазредног значаја, те то што овај чин нужно задобија екстерни карактер ни најмање не умањује његов фундирајући значај за појединчев светоназор и понашање.⁶⁴

5.3.2. Осећање заједништва

Друго значајно питање у вези са црквом у метаверзуму тиче се осећања заједништва. И ово питање може се сагледати из различитих аспеката.

Да ли људи могу да гледају онлајн богослужење у метаверзуму и верују да су део заједнице? Према истраживањима, фактори који подстичу осећање припадности, нпр. у контексту високог образовања у виртуелној реалности, јесу непосредност, интерактивност и групна кохезија. Резултати ових истраживања могу се применити и на повећање осећања припадности у контексту виртуелне цркве. Ови фактори захтевају више од присуства или учешћа, у смислу високог нивоа посвећености и укључености у визију и мисију цркве у метаверзуму. Део аутора тврди да је у савременом постмодерном друштву тешко наћи вернике потпуно посвећене визији и мисији локалних цркава јер су хипериндивидуалистички стилови живота постали културна норма, што слаби осећај заједништва у локалним црквама.⁶⁵

Други аспект теолошке дилеме у вези са осећањем заједништва унутар цркве односи се на то како виртуелна црквена заједница коју чине аватари може изградити кредибилитет и поверење међу члановима. Истраживања откривају да перципиране антропоморфне слике аватара у метаверзуму утичу на ниво поверења људи у виртуелне односе без знања о физичким атрибутима и идентитетима других.⁶⁶ Захваљујући аватарима, корисници могу у потпуности сакрити прави идентитет. У том случају поставља се питање аутентичности заједнице ако је стварни идентитет њених чланова маскиран или сакривен аватарима.

⁶⁴ В. Ћурић, В. Марковић, 42.

⁶⁵ G. Jun, 302.

⁶⁶ R. Riedl, P. N. C. Mohr, P. H. Kenning, *et al.*, „Trusting humans and avatars: a brain imaging study based on evolution theory”, *Journal of Management Information System* 30/2014, 83.

Међутим, нека истраживања откривају да корисници своје аватаре сматрају заједничким представницима емоционалне интимности. Другим речима, однос корисник – аватар није увек једносмеран тако да аватар као креирано и контролисано биће представља свог корисника, већ је дијалектички, пошто корисник и аватар деле искуства, моралне одлуке, и одговорности за своје понашање. Позивајући се на ова истраживања, део доктрине сматра да је могуће изградити осећање заједништва и међу аватарима.⁶⁷

Упркос заводљивости аргументације, делимо мишљење са ауторима који тврде да је црквено-литургијска заједница незамислива без „свједошке димензије живота и вјере која се темељи и храни искуством сусрета са живом заједницом и са живим Богом. У том смислу познанства и повезаности које се успостављају преко интернета могу бити само један од корака на путу успостављања истинскога заједништва, али не и замјена за њега.”⁶⁸

5.3.3. Дисциплина и аутентично значење следбеништва

У погледу дисциплине, не постоји црквени ауторитет у цркви у метаверзуму који би се бавио гресима и опростом грехова. Црквена дисциплина једна је од примарних библијских пракси којом се одаје почаст Богу. Неки теолози намерно укључују црквену дисциплину као један од елемената о коме се не може преговарати, заједно са проповеди и светом тајном без којих црква не може да буде црква.⁶⁹

Осим тога, црква није само место богослужења већ и заједница ученика. Христос је присутан не само у сусрету речи и вере у животу појединачног верника већ и у памћењу цркве, где верници долазе да науче како да живе на начин на који је Христ живео кроз узоран начин живота старијих ученика. Ова врста значења хришћанског следбеништва могућа је само физичким контактом међу верницима у физичкој стварности и није остварива у цркви у метаверзуму.

⁶⁷ Поједини аутори позивају се на порекло речи „аватар” као основ за изградњу односа поверења међу аватарима у виртуелној реалности. Реч „аватар” је изведена из санскритске речи *ava-tri*, што значи „спуштање”. *Ava-tri* (аватар) се у религиозном контексту користи за описивање „божанског порекла”. Занимљиво је да су индијски хришћани генерацијама користили концепт аватара да би разумели инкарнацију. Вид. J. Banks, *Object, Me, Symbiote, other: a social typology of player-avatar relationship*, 2015, <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/5433>, <https://doi.org/10.5210/fm.v20i2.5433>

⁶⁸ С. Буриловић, Ж. Тањић, 106.

⁶⁹ G. Jun, 302–303.

6. Уместо закључка – неопходност и начин правног регулисања

Имајући у виду све изложене контроверзе и изазове употребе дигиталних технологија и (не)могућности постојања и деловања цркава и верских заједница у метаверзуму, намеће се закључак о неопходности правног регулисања тих питања. То је само једна од рефлексија потребе да се читава проблематика употребе дигиталних технологија и метаверзума системски регулише у погледу различитих сфера друштвеног живота, а нарочито у контексту правних последица које употреба таквих технологија и „постојање” у метаверзуму изазивају или могу изазвати у реалном свету. Особености употребе дигиталних технологија од стране цркава и верских заједница и њиховог постојања и деловања у метаверзуму, огледају се у чињеници да постоји изазов суштинске измене карактера слободе вероисповести и самих цркава и верских заједница.

Наиме, практиковање слободе вероисповести у онлајн окружењу, у виртуелној реалности и у метаверзуму, у условима изостанка њиховог правног регулисања, може да подразумева прелазак таквог практиковања из јавне у потпуно приватну сферу. Штавише, слобода вероисповести престаје да буде предмет регулисања како аутономног црквеног права тако и националног, државног права. Будући да у контексту практиковања религије у виртуелној реалности и у метаверзуму регулисање слободе вероисповести измиче и аутономном црквеном праву и националном државном праву, поставља се питање у чијој је онда надлежности регулисање тог питања, тј. ко суштински, коначно и ауторитативно одлучује о начину остваривања слободе вероисповести у таквом простору. Узимајући у обзир власничку структуру дигиталних платформи и друштвених мрежа, као и досадашња искуства у погледу начина регулисања њиховог коришћења, може се доћи до закључка да би о слободи вероисповести одлучивали недржавни и нецрквени центри моћи, као што су власници и менаџери компанија.

С обзиром на то да питања остваривања слободе вероисповести и положаја цркава и верских заједница у виртуелној реалности и метаверзуму измичу и државном и црквеном регулисању, чини се да би на овом пољу држава и црква требало да делују заједнички, што би унело нову димензију у односе државе и цркава и верских заједница у нормативном поретку друштвене реалности. Наиме,

држава и црква имају конвергенцију интереса да ово питање буде правно регулисано. У правној литератури, у погледу односа између државе и цркава и верских заједница, до сада се углавном говорило о различитим модалитетима, у луку од сепарације цркве и верских заједница од државе, до државне цркве, са моделом кооперације који је између тих крајности.⁷⁰ Није ли управо питање остваривања слобде вероисповести и деловања цркава и верских заједница у виртуелној реалности и метаверзуму тема на којој се доказује (због савремених друштвених односа) да је кооперација државе и цркве нужна? У том смислу чини се да је модел кооперативне одвојености државе и цркве⁷¹ најприкладнији за заједнички рад на регулисању бројних питања која отвара убрзани техничко-технолошки напредак, међу којима је свакако најзначајније питање цркве у виртуелној реалности и у метаверзуму.

Таква кооперација у погледу регулисања остваривања слобде вероисповести у виртуелној реалности и постојања и деловања цркава и верских заједница у метаверзуму неизоставно би морала да буде заснована на поштовању аутономије цркава и верских заједница (због чега посебан значај имају ставови цркава и верских заједница о дигиталној реалности изложени у овом раду), али и унапређењу такве аутономије на различите начине, у условима евентуалног прихватања њиховог постојања и деловања у виртуелној реалности и у метаверзуму.

⁷⁰ Вид. В. Марковић, „О јавним овлашћењима цркава и верских заједница у светлу Митровданског устава и Закона о црквама и верским заједницама”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 102.

⁷¹ Вид. В. Ђурић, „Хегемонија државног и аутономија црквеног права у СР Немачкој и Републици Србији”, *Страни правни живот* 3/2013, 79–80.

Jelena Ćeranić Perišić

Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Aleksandra Višekruna

Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade

THE CHURCH, DIGITAL TECHNOLOGIES AND THE METAVERSE

– Pleas for the necessity and mode of legal regulation –

Summary

Daily use of the Internet has brought changes in all segments of modern life. The world is rapidly moving towards reshaping human society characterized by ubiquitous connectivity. Technology has penetrated every pore of society, even religious practice, which opens a series of questions and brings numerous challenges. The experience of the Covid-19 pandemic accelerated and made more visible the use of information technologies for religious purposes. During the pandemic, the church used digital platforms, like YouTube and Zoom, merely as tools to transfer existing religious practices from the real world to digital space. The nature of these means of communication is different from virtual reality and the metaverse, as digital reality. Therefore, religious practice in the metaverse, where all activities occur solely online, is seen as a significant advancement that amplifies current challenges, fears, and concerns. First, the paper explores the evolution of religious practice on the Internet, examining the development of new terminology and the understanding of the Internet – either as means or as an environment. Then, the impact of the Covid-19 pandemic on religious practice online is discussed. The central part of the paper is devoted to the issue of the church in the metaverse. Within that chapter, the phenomenon of the metaverse is explained and the distinction between the church online and the online church is made. Afterward, the stance of leading Christian denominations on the church in the metaverse is presented. Finally, the theological challenges of religious practice in the metaverse are analysed. The necessity and modalities of legal regulation of this issue are observed.

Keywords: church, metaverse, online religion, digital technologies, freedom of religion.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Avramović D., „Exercising Religious Freedom in Pandemic Era During the State of Emergency – a Legal Perspective”, *Astra Salvensis* 16/2020, 229–242.
- Ajana B., „(Dis)embodiment and Cyberspace: a phenomenological approach”, *Electronic Journal of Sociology* 7/2005, 1–10.
- Banks J., Object, Me, Symbiote, other: a social typology of player-avatar relationship, 2015, <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/5433>, <https://doi.org/10.5210/fm.v20i2.5433>
- Botz-Borenstein T., *Virtual Reality: The Last Human Narrative?* Brill Rodopi, Laiden 2015.
- Буриловић С., Тањић Ж., „Кришћанство и интернет – изазов за теологију?”, *Црква у свијету* 48/2013, 88–106.
- Ђурић В., „Хегемонија државног и аутономоја црквеног права у СР Немачкој и Републици Србији”, *Страни правни живот* 3/2013, 79–80.
- Ђурић В., Марковић В., „Слобода вероисповести и мере за сузбијање епидемије вируса Ковид 19 – нови приступ, домаћа искуства и упоредна решења”, у: *Пандемија Ковида 19: правни изазови и одговори* (ур. Владимир Ђурић, Мирјана Глинтић), Институт за упоредно право, Београд 2021, 35–49.
- Estes D., *SimChurch: Being the Church in the Virtual World*, Zondervan, Grand Rapids, 2009.
- Jun G., „Virtual Reality Church as a New Mission Frontier in the Metaverse: Exploring Theological Controversies and Missional Potential of Virtual Reality Church”, *Transformation* 37(4)/2020, 279–305, <https://doi.org/10.1177/0265378820963155>
- Kenwright B., „Virtual Reality: Ethical Challenges and Dangers [Opinion]”, *IEEE Technology and Society Magazine* 4/2018, 20–25.
- Küng H., *The Church*, Shed and Ward, New York 1967.
- Round B., Exploring the Church – in virtual reality, <https://medium.com/faithtech/exploring-the-church-in-virtual-reality-44d002617970>, 26. 8. 2023.
- Марковић В., „О јавним овлашћењима цркава и верских заједница у светлу Митровданског устава и Закона о црквама и верским

- заједницама”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 101–119.
- McNail J. T., *Calvin: Institutes of the Christian Religion, Presbyterian Publishing Corporation, Louisville* 1960.
- Mystakidis S., „Metaverse”, *Encyclopedia* 2(1)/2022, 486–497, <https://doi.org/10.3390/encyclopedia2010031>
- Nam S- H., „The Metaverse as a Digital Missionary site”, *Ecclesial Future* 4/2023, <https://doi.org/10.54195/ef13666>
- Radovanović N., Tomić B. M., „Ethical and Religious Challenges within Metaverse”, in: *Religion in Late Moder Society* (eds. Dragan Todorović, Zlatko Matic, Mirko Blagojević), Yugoslav Society for the Scientific Study of Religion, Niš Committee of Education and Culture of the Diocese of Požarevac and Braničevo, Niš–Požarevac 2022, 5–18.
- Радловић Л., Ковач Ц., „Манастири Српске православне цркве на Интернету: нови облици религијских и духовних интеракција посредством Фејсбука”, *Етноантрополошки проблеми* 1/2016, 137–158, <https://doi.org/10.21301/EAP.VIII.6>
- Ramirez E. J., LaBarge S., „Real moral problems in the use of virtual reality”, *Ethics and Information Technology*, 20/2018, 249–263.
- Riedl R., Mohr P. N. C., Kenning P. H., *et al.*, „Trusting humans and avatars: a brain imaging study based on evolution theory”, *Journal of Management Information System* 30/2014, 83–114.
- Суботић О., *Дигитални изазов – путеви Хришћанства у цивилизацији бинарног кода*, Бернар, Београд 2014.
- Tsuria R., Campbell H., „Introduction to the Study of Digital Religion”, in: *Digital Religion – Understanding Religious Practice in Digital Media* (eds. Heidi Campbell, Ruth Tsuria), Routledge, London – New York 2022.
- Ђеранић Перишић Ј., „Правне последице коришћења жигом заштићених ознака у виртуелној реалности”, у: *Интелектуална својина и интернет* (ур. Душан В. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022, 95–111.
- Ђеранић Перишић Ј., „Метаверзум, незаменљиви токени и жигом заштићене ознаке – правни аспекти”, *Право и привреда* 4/2022, 636–654.
- Hawkis, R., Clinton T., *The new Christian Counselor: A Fresh Biblical & Transformational Approach*, Harvest House Publisher, Eugene, Oregon 2015.

- Helland C., „Online Religion/Religion-Online and Virtual Communities”, in: *Religion on the Internet: Research, Prospects and Promises* (eds. Jeffrey K. Hadson, Douglas. E. Cowan), JAI press, New York 2000, 205–223.
- Campbell H., „Understanding the Relationship between Religion Online and Offline in Networked Society”, *Journal of the American Academy of Religion* 1/2012, 64–93, <https://doi.org/10.1093/jaarel/lfr074>
- Campbell H., „The Rise of Study of Digital Religion”, in: *Digital Religion – Understanding Religious Practice in New Media Worlds* (ed. Heidi Campbell), Routledge, London – New York 2013, 1–23.
- Cambell H., Evolvi G., „Contextualizing Current Digital Religion on Emerging Technologies”, *Human Behavior and Emerging Technologies* 1/2019, 1–13.

Остали извори

- The Controverse Matter of Metaverse: Trade mark protection of digital products in the virtual world, <https://irglobal.com/article/the-controverse-matter-of-the-metaverse-trade-mark-protection-of-digital-products-in-the-virtual-world/>, 20. 8. 2023.

A BEHAVIORAL SCIENCE PERSPECTIVE OVER THE GROWING RELIGIOUS INTOLERANCE IN CYBER SPACE

Summary

Social media has become an integral part of our lives, providing a platform for communication, sharing, and networking. However, with the increasing use of social media, we have also witnessed a rise in religion-based hate crimes and church vandalism in cyberspace. This paper aims to explore these issues from a behavioral science perspective. The paper provides an overview of the current state of religion-based hate crimes and church vandalism in cyberspace. It will delve into the various types of attacks that occur, including hate speech, harassment, and vandalism. The paper examines the different platforms used for these attacks, including social media, messaging apps, and forums. It analyses the psychological and social factors that contribute to religion-based hate crimes and church vandalism in cyberspace. This includes the influence of group dynamics, the effects of anonymity, and the impact of confirmation bias. The paper discusses the role of social media companies in mitigating these issues. This includes examining the effectiveness of current policies, as well as exploring potential solutions, such as algorithmic interventions and community-based approaches. The paper draws on a range of case studies and examples from around the world, highlighting the global nature of this problem. It will also explore the challenges of addressing religion-based hate crime and church vandalism in cyberspace, including the difficulties in regulating social media platforms and holding perpetrators accountable. The paper examines some of the strategies that can be employed to prevent and combat these crimes, including education, awareness-raising, and community-based initiatives. Finally, it provides recommendations for individuals and organizations to prevent and respond to religion-based hate crimes and church vandalism in cyberspace. This includes strategies for promoting tolerance, combating confirmation bias, and fostering positive online behavior.

Keywords: behavioral science, church vandalism, cyberspace, cybercrime.

* Director of the Jindal Institute of Behavioural Sciences (JIBS) at the Jindal Global University, Director of "Centre for Criminology and Forensic Studies, drspsahni@gmail.com

1. Introduction

The Internet has played a vital role in global communication for more than 20 years and has gotten more and more ingrained in people's daily lives. The availability, use, and performance of the Internet have substantially improved thanks to innovations and cheap cost in this sector; as a result, there are currently around 3 billion Internet users globally.¹ The term "cyberspace", which was first used by science fiction author William Gibson in the early 1980s, is a metaphor for the commonly understood ideas of online engagement. Currently, the majority of the international economic, commercial, cultural, social, and governmental exchanges take place online in the cyber space between people, governmental agencies and non-governmental organizations.² The contribution of money from internet firms to a country's Gross domestic product (GDP) has grown dramatically, and among the metrics used to gauge the level of development, cyber space metrics account for a sizable portion.³ Since numerous facets of individual' life are inextricably linked to cyber space, any instability, insecurity, or challenges will lead to immediate impact on those facets.⁴ The low barrier to entry, anonymity, unpredictability of the threatening geographic area, dramatic impact, and lack of public transparency in cyber space have given rise to threats like cyber crime, cyber espionage and cyber terrorism.

Cybercrime is the term for illegal actions that include digital technology and the internet. The frequency of cybercrime has substantially grown as technology has become more pervasive in our everyday lives, posing severe hazards to people, businesses, and even governments. The most pervasive crime that has a severe impact on contemporary India is Cybercrime. Criminals not only cost society and the government a lot of money, but they are very good in concealing their true identity to a large extent.

In many parts of the world, religious tolerance is a political problem that is persistent- and maybe become more so-over time. Over the years, religious conflict and bloodshed have increased on a worldwide scale.

¹ S. Tan *et al.*, "Attack Detection Design for DC Microgrid Using Eigenvalue Assignment Approach", *Energy Reports* 1/2021, 469.

² G. Aghajani, N. Ghadimi, "Multi-objective Energy Management in a Micro-grid", *Energy Reports* 4/2018, 218.

³ Y. Li, Q. Liu, "A Comprehensive Review Study of Cyber-attacks and Cyber Security; Emerging Trends and Recent Developments", *Energy Reports* 7/2021, 8176.

⁴ N. Li *et al.*, "Early Validation of Cyber-Physical Space Systems via Multi-concerns Integration", *Journal of Systems and Software* 170/2020, 1.

Conflicts over religion have the potential to go violent very rapidly.⁵ Religious intolerance is the rejection of or disregard for the rights, practices, or convictions of individuals or organizations based on their membership of a particular religion. It takes many different forms, including prejudice towards persons of other religious origins, violence, or persecution. This intolerance is frequently the cause of social tensions and conflicts and can be fostered by cultural, historical, political, or ideological causes. Both cybercrime and religious intolerance are complicated problems that need group efforts to solve. The growing magnitude of cybercrime has also utilised the advent of artificial intelligence and commission of various fraud with the help of AI. There has been various crime reported ranging from fraud, sextortion, phishing and many others with the help of AI.⁶

1.1. Types of cybercrime that intensify religious intolerance

Targeting people or organizations based on their religious views is one way that cybercrime may be used to encourage and maintain religious intolerance. Some examples of cybercrime that fuels religious intolerance are:

Online Hate Speech: There is a lot of hate speech directed at specific people or religious groups on social networking sites, forums, and online communities. Hate speech may be used by cybercriminals to promote divisive ideas, provoke violence, or sow enmity among various religious groups;

Cyberbullying and Harassment: Cyberbullies may target members of a specific religion, harassing, threatening, or mocking them online. Members of that religious group may feel antagonistic as a result, which may discourage them from actively taking part in online conversations;

Doxing: It is a practice used by cybercriminals in which private or delicate information about people who follow a certain faith is made public. Real-world harassment, discrimination. Or even physical violence may result from this exposure.

Defacement of Religious Websites: Hackers may choose to attack religious website and deface them with inappropriate or obscene information in an effort to anger or denigrate followers of that religion;

Phishing and Scams: Phishing emails and websites may be created by cybercriminals to trick people into giving them their personal

⁵ A. A. Yusuf, A.R. Shidiq, H. Hariyadi, "On Socio-Economic Predictors of Religious Intolerance: Evidence from a Large-Scale Longitudinal Survey in the Largest Muslim Democracy", *Religions* 1/2020, 21.

⁶ S. P. Sahni, "The Emerging Trends of Online Romance Fraud in the Era of Artificial Intelligence", *Asian Society of Criminology* 2023 (In press).

information or money in exchange for donations. These frauds have the potential to erode religious groups' confidence and discourage individuals from taking part in appropriate charity endeavors;

Propagating Misinformation and Fake News: Through social media and other platforms, false information or rumors that degrade certain religious groups can spread quickly, escalating tensions and cultivating a culture of mistrust;

Online Radicalization: Extremist organizations and cybercriminals may use the internet to recruit followers, promote extreme ideology, and inspire violence against adherents of other religions.

1.2. Legal and Technological tools for combating cybercrime

Cybercrime laws: Governments all around the globe have passed specific legislation outlining offences and punishments for certain cyber-activities in order to combat cybercrimes. These laws encompass internet fraud, cyberbullying, identity theft, unauthorized access to computer systems, data breaches, and other cyber offences;

Data Protection Laws: These are designed to protect people's personal information by making it harder for hackers to abuse or exploit sensitive information;

International Cooperation: Since cybercrime frequently has a global element, efficient international collaboration and information exchange between nations are essential. International conventions and agreements make it easier to work together to track down and prosecute cybercriminals internationally;

Cybercrime Units: Numerous law enforcement organizations have created specialized cybercrime sections that are equipped to look into and handle cyber occurrences. In order to successfully address cyber threats, these groups focus on tracking down cybercriminals, gathering proof, and coordinating with other agencies;

Extradition Treaties: With the help of the international extradition agreements, cybercriminals can be apprehended and brought to justice in the nation where they committed their crimes.

Various Technological tools to combat Cybercrime are:

Firewalls and Intrusion Detection Systems (IDS): By monitoring and filtering incoming and outgoing traffic, preventing possible threats, and investigating suspicious activity, firewalls and IDS aid in the protection of networks and systems;

Antivirus Software: Malware, such as viruses, worms and other malicious software that may corrupt systems and steal data, is found and eliminated by antivirus programmes;

Encryption: Data is protected using encryption techniques, which change it into unreadable forms so that even if it is intercepted by hackers, the data is secure and inaccessible;

Multifactor Authentication (MFA): MFA increases security by requesting several forms of identity from users before giving access to an account or system;

Digital Forensic Tools: By enabling specialists to gather and examine evidence from digital device and networks, digital forensics technologies support that investigation of cybercrimes;

Threat Intelligence Platforms: These systems acquire and examine data from numerous sources to offer insights into new cyberthreats, assisting organizations in proactively defending against prospective assaults;

Security Awareness Training: Cyber crime may be avoided in large part by educating employees and individuals about cybersecurity best practices. Training may assist individuals in identifying phishing efforts, avoiding dangerous online behavior, and safeguarding sensitive data;

Incident Response Plans: Organizations are able to react quickly and effectively to cyber events, reducing the impact of an attack, by developing and routinely updating incident response plans.

1.3. Impact of cybercrime on religious minorities

Religious minorities may experience a substantial and complex impact as a result of cybercrime. The difficulties already encountered by religious minorities are exacerbated by cybercrime, which can have a number of detrimental effects. To transmit intimidation, threats, and hate speech against religious minorities, cybercrime can be used as a tactic. Online discussion boards, social media, and messaging services may be used to spread objectionable material, creating fear and worry among these groups. The prejudice and discrimination against religious minorities might be exacerbated by cybercrime. False information and preconceptions spread online may support unfavorable attitudes, which can result in marginalization and exclusion. They might be exposed to doxing following which people may become more open to teasing and physical violence. Internet-based radicalization campaigns by cybercriminals and extremist organizations have the ability to turn vulnerable members of religious minorities into violent or extreme thinkers. This can also exacerbate social differences and polarize societies. Religious activities and communication will also get disrupted by these attacks.

1.4. Challenges of protecting religious freedom online.

Due to the distinctive characteristics of the digital world and the intricate interaction of technological, legal, and social issues, protecting religious freedom online creates several obstacles. Some major difficulties include:

- a.) The internet transcends national borders, which makes it difficult to uniformly apply rules and regulations pertaining to religious freedom in many countries.
- b.) It is tricky to identify the authors of hate speech or threats because of online anonymity and the usage of pseudonyms, making it impossible to hold individuals responsible for their acts.
- c.) Striking a balance between freedom of expression and minimizing harm to religious minorities may be challenging when monitoring and filtering internet content.
- d.) Social media firms' algorithms might accidentally amp up extremist material, reaffirming preexisting prejudices and creating echo chambers that encourage religious intolerance.
- e.) Strong cybersecurity measures are needed to preserve sensitive information and guard against data breaches that can result in injury or prejudice in order to protect religious groups online.
- f.) It may be difficult to ensure standard protection because certain internet platforms may not give prohibitions against hate speech a top priority.
- g.) Due to legal frameworks' inability to keep up with the internet's and digital technologies' quick development, new threats to religious freedom online are frequently left unaddressed.

2. Case studies of cybercrime and religious intolerance

2.1. Scenario in India

2.1.1. Offensive post on Muhammad

In the first week of August of 2020, a violent rioting broke out in Bengaluru, the capital of Karnataka, when a Muslim mob went on the rampage and rushed to the streets demanding the blood of a relative of a Congress MLA for publishing a Facebook post that appeared to offend

Muhammad, the heavenly figurehead of Islam. In order to express their outrage at the supposedly disparaging remark about the Prophet Muhammad, a horde of violent demonstrators took to Bengaluru's streets, setting fires and doing other acts of damage. "Allahu Akbar" and "Naara e Taqbeer" chants resonated across the areas that were caught up in the Islamists' assault. However, the bloodshed that broke out in Bengaluru is not an exception nor do the Islamist protests represent something new. Islamists all across the world turn to violence and barbarism when they feel that their religion and the man who spread it, Prophet Muhammad, are being disparaged.

2.1.2. Case of Kamlesh Tiwari

Besides this example, in the October 2019, Kamlesh Tiwari, the founder of the Hindu Samaj Party and a former leader of the Hindu Mahasabha, was assassinated by Islamists at his Lucknow home last year. Two attackers broke into his home with firearms hidden inside a candy packet. They assaulted him, cut off his throat, and fled from his home quickly. The incident was mostly carried out in retaliation for remarks made against the Prophet Muhammad's sexuality by Tiwari in 2015. Thousands of Muslims were outraged by Tiwari's snide remarks that cast doubt on the sexual orientation of the Prophet Muhammad. He was then taken into custody and imprisoned for years in Uttar Pradesh by the Govt. But once he was released from prison, two very determined Islamists killed Kamlesh Tiwari in his Lucknow home in broad daylight with the aid of many other associates. According to reports, Tiwari was stabbed fifteen times, twice by throat-slitting attempts.

2.1.3. Rangeela Rasool- a book on Prophet Muhammad led to killing of the producer

During their conflict with Muslims in India in the 1920s, the Arya Samaj wrote the book *Rangeela Rasool* (Colourful Prophet). The contentious book dealt with the Prophet Muhammad's marriages. In response to a Muslim's leaflet that portrayed the Hindu goddess Sita as a prostitute, it was published in vengeance. With its sacrilegious commentary on the biography of the Prophet Muhammad, the book *Rangeela Rasool* infuriated Muslims. While the identity of the book's author wasn't made public until much later, Mahashay Rajpal, who published it, was singled out by Muslims for doing so. A young Muslim carpenter named Ilm-Deen viciously attacked and murdered Rajpal in 1929 after being exonerated by a court.

2.1.4. Christian women arrested in Karnataka for posting a status update on Facebook that criticized the demolition of a church

A 24-year-old women named Akhila Ashokan decried the destruction of a church in her hometown Mandya, Karnataka as a status update in Facebook. An internet campaign against Ashokan was launched after a group of Hindu radicals saw the status post. The radicals published Ashokan's personal details online and issued her death threats. She was taken into custody and was accused on spreading false information and inciting religious hatred. After being released on bail, she still faced online harassment and was threatened online.

2.2 Scenario around the world:

2.2.1. Charlie Hebdo Killings

The blatant killing of the Charlie Hebdo cartoonists has come to represent the bigotry and violence associated with the inaccurate representation of the Prophet Muhammad. On January 7, 2015, armed Islamists stormed the Charlie Hebdo headquarters and started shooting indiscriminately at the staff members of the monthly satirical magazine. Evidently, Charlie Hebdo's satirical and critical images of the Prophet Muhammad and other Islamic leaders, which received enormous international attention, were the reason for the attack. The incident left 17 individuals dead and 11 more wounded.

2.2.2. Danish cartoons on Prophet Muhammad

Global uproar was sparked after a cartoon showing Muhammad's turban as a fused bomb appeared in the Danish daily Jyllands Posten. On September 30, 2005, the newspaper published 12 of these editorial cartoons, infuriating the Danish Muslim community. The newspaper declared that it was a genuine attempt to add to the discussion concerning Islamophobic criticism and self-censorship. Such clarification, however, was met with indifference as Muslim demonstrators marched against the publication, branding the picture of the Prophet Muhammad as "inflammatory". Over 200 people were killed during the protests that finally erupted in violent riots and rallies in various Muslim-majority nations.

2.2.3. Innocence of Muslims- an American film that sparked violence in several Muslim countries

The life of Prophet Muhammad was portrayed in the short anti-Islamic film “Innocence of Muslims”. Unsurprisingly, the movie’s YouTube videos, which were posted in July 2012, incited indignation among Muslims, leading to many of them clamouring for the film to be banned. Large-scale rallies and violent protests followed the attempt to depict the life of Prophet Muhammad, which was seen as a denigration of the Islamic prophet. More than 50 people died in the violence that preceded the protests, which resulted in hundreds of injuries. There were threats made against the movie’s cast, and Pakistani government politician Bashir Ahmad Bilour declared a bounty for killing the producer of the movie.

2.2.4. David Wolpe, the Jewish man attacked online over a tweet about the Holocaust

David Wolpe, a rabbi at Sinai Temple in Los Angeles tweeted on the Holocaust in 2021 with the words, “The Holocaust was not an accident. It was the result of decades of antisemitism and prejudice. A bunch of anti-Semitic trolls saw the message and started attacking Wolpe online. He was referred to by the trolls as a “Nazi” and “holocaust denier”. The attacks, according to Wolpe, were deeply disturbing and left him feeling unsafe. Wolpe called the police to report the assaults, but no complaints were made.

Institutions with spiritual and religious practices promote adaptive coping strategies to minimize further victimization.⁷ Every year, according to The Voice of the Martyrs (VOM), tens of thousands of Christians worldwide are abused, killed, imprisoned and tortured because they are Christian. A large number of churches are vandalized due to religious intolerance toward Christian. A considerable number of Christian churches worldwide participate in VOM’s missionary work. Christians were found to be victims in 17 per cent of these incidents. This reflects the tolerance of a religion in comparison to the ratio of population.⁸ Nair, Sahni & Andzenge reflected in their study that religious and spiritual inclination reduces deviance and promote tolerance towards various need gratification opportunities in cyber space.⁹

⁷ V. V. Nair, S. P. Sahni, D. T. Andzenge, “An Explorative Study of Coping Mechanisms towards Vulnerability & Victimization within Commercial Sexual Exploitation in India”, *International Journal Public Sociology & Sociotheraphy* 2/2021, 51.

⁸ S. Pateriya, “Does People’s Religion and Belief Affect Criminal Behaviour?” *International Research Journal of Social Sciences* 2/2022, 50.

⁹ V. V. Nair, S. P. Sahni, D. T. Andzenge, “Experiences of Survivors of commercial sexual exploitation availing rehabilitation at rehabilitation & protective homes in India”, *Journal on Rehabilitation of Torture Victims and Prevention of Torture* 1/2021, 64.

3. Understanding the issue through the lens of behavioral science

3.1. Space transition theory (SST)

Developed by Criminologist, K. Jaishankar in 2008, the theory aims to clarify why some people engage in cybercrime while others do not. According to SST, when a person changes environments, their behavior changes. In physical space, people are restricted by societal expectations and standards in the real world and are more likely to be held accountable for their deeds. However, in cyberspace, people are freer to express themselves and engage in risky or deviant behavior for which they are less likely to be held accountable for. Identity flexibility, dissociative anonymity and lax deterrence are the three factors identified by SST that can contribute to space transition.

3.2. Frustration-aggression theory

The frustration-aggression hypothesis, which was created in 1939 by John Dollard, Neal E. Miller, Leonard W. Dood, O. H. Mowrer, and Robert R. Sears, is a theory of aggressiveness. The theory states that dissatisfaction or the impediment to goal-directed behavior triggers an aggressive reaction. The frustration-aggression hypothesis is predicated on the idea that everyone has some degree of drive or determination to accomplish their objectives. A person becomes frustrated when their goal-directed behavior is hindered. An aggressive reaction, which is a behavior meant to damage another person or thing, might result from this dissatisfaction. The theory has been used to explain a variety of aggressive behaviors, including road rage, shootings, violence etc.

3.3. Social Learning Theory

Social Learning Theory, commonly referred to as observational learning states that people learn by seeing how others behave. Albert Bandura created this idea in the 1960s. The three main components of this theory are attention, retention and reproduction. It also includes the concept of reinforcement (both positive and negative). A wide range of behaviors, including violence, altruism, and compliance, have been explained by the social learning hypothesis.

3.4. Relative deprivation theory

Relative deprivation hypothesis is a social psychology theory that states that people's dissatisfaction is influenced by how well they believe they are doing in comparison to others. Developed by Samuel Stouffer in 1940s, the theory further states that people make subjective and objective comparisons of themselves to others. According to the hypothesis, people are most likely to have a sense of deprivation when they compare themselves to those who are somewhat like them. For instance, if a poor person compares themselves to other poor people rather than affluent ones, they are more likely to feel deprived. This principle has been used to explain a wide variety of social phenomena, including social unrest, political violence, and crime.

3.5. Anonymity and Deindividuation theory

This theory is a social psychology theory which states that people are more inclined to act in an antisocial or deviant manner when they are anonymous or deindividuated. It was developed by Philip Zimbardo in the 1960s. Being anonymous or deindividuated, decrease the likelihood of getting accountable for one's action which decreases inhibition and self-awareness. This theory has been used to explain a wide variety of behaviors, including online trolling, cyberbullying, and mob violence.

3.6. Social identity Theory

Proposed by Henri Tajfel and John Turner (1970s), the Social Identity Theory is a social Psychology Theory which states that individuals have two different forms of identities, i.e social identities and personal identities. People are driven to uphold a positive social identity which means they are driven to perceive themselves as belonging to societally valued groups. When a person's social identity is in danger, they may employ a variety of strategies to protect it, such as., social categorization, social identification, social comparison and in-group bias. This theory is used to explain social phenomena, including prejudice, discrimination, and intergroup conflict.

3.7. The behavioral perspective on cybercrime

Internet addiction is one of the leading cause of deviance and aggression leading to crime both online and offline by the perpetrators.¹⁰

¹⁰ K. Godara, *An effect of motivational enhancement therapy on psychosocial variables of internet addiction*, Doctoral Thesis, Jindal Institute of Behavioral Sciences (JIBS), O.P. Jindal Global University 2021, 122.

The behavioral perspective analyzes human actions and interactions, including cybercrime and religious vandalism, from a psychological standpoint. Space transition theory posits that as people transition between different social spaces, their behavior can change due to altered norms and expectations. In the digital realm, individuals may feel more emboldened to commit cybercrimes, including religious vandalism, as the perceived consequences might be diminished. Social learning theory suggests that individuals learn behaviors through observation and imitation of others. In online communities, this can lead to the spread of harmful actions like cyberattacks on religious targets.

Relative deprivation theory explores how perceived inequalities between groups can lead to frustration and aggression. In the context of religious cyber vandalism, individuals may feel marginalized or threatened by the prominence of certain religious beliefs or institutions, motivating them to commit malicious acts online. Frustration-aggression theory suggests that when individuals experience frustration or barriers, they are more likely to engage in aggressive behaviors. This theory can be applicable to cybercriminals who may take out their frustration on religious groups through online attacks.

Anonymity theory highlights how online anonymity can reduce feelings of personal responsibility, leading to increased risk-taking and hostile behavior. In the context of cybercrime, perpetrators may be more inclined to target religious groups when they can hide behind anonymous online identities. Social identity theory explains how individuals derive their self-concept from their group memberships. In the digital realm, this can lead to the formation of extremist online communities that promote religiously motivated cyber vandalism as a way to assert group identity and perceived superiority.

To combat the behavioral aspects of cybercrime and religious vandalism, interventions should focus on promoting positive norms, encouraging prosocial behaviors, and increasing awareness of the consequences of harmful actions online. Additionally, addressing underlying factors like relative deprivation and frustration can help reduce the motivations for aggressive behaviors. Raising awareness about the potential dangers of online anonymity and promoting a sense of empathy and shared identity across religious and cultural groups can also contribute to mitigating cybercriminal activities related to religious vandalism. By integrating insights from these theories into strategies and policies, society can work towards a safer and more harmonious digital environment for all.

The behavioral perspective on cybercrime and religious vandalism suggests that individuals' actions are influenced by a combination of psychological, social, and environmental factors. Space transition theory highlights how the online environment can provide a sense of anonymity and reduced consequences, making it easier for individuals to engage in criminal activities like cybercrime. The social learning theory posits that people learn from observing others, including online forums and extremist groups, leading to the adoption of radical beliefs and behaviors. Relative deprivation theory suggests that perceived inequalities can foster discontent, leading some individuals to seek an outlet through acts of vandalism.

Frustration aggregation theory explores how accumulated frustrations can result in aggressive and destructive behavior, including religious vandalism as a way to vent anger and dissatisfaction. Anonymity theory underscores the role of anonymity in facilitating cybercrime, allowing perpetrators to conceal their identities and avoid accountability. Lastly, social identity theory highlights how individuals may identify with extremist ideologies online, leading to the commission of religiously motivated crimes as a way to strengthen their group identity.

Overall, the combination of these theories provides insight into the complex interplay of psychological, social, and environmental factors that contribute to cybercrime and religious vandalism. Understanding these perspectives can help in devising effective strategies for prevention and intervention to address and mitigate such destructive behaviors in the digital age.

4. Countering religious intolerance in cyber space

4.1. Role of intermediaries in combating cybercrime

The fight against cyber-hatred and the promotion of a safer online environment depend heavily on intermediaries like social media platforms, internet service providers (ISPs), and online discussion boards. These organizations serve as a bridge between users, content producers, and the larger online community. Several crucial features of their participation in battling cyber-hatred include moderating the content, reporting mechanisms to flag offensive content, transparency of the reports etc.

4.2. International approaches to combating cybercrime

To address online hate speech and advance a safer digital environment, international approaches to countering cyberhate entail cooperative efforts involving nations, international organizations, tech corporations, and

civil society. Some significant international strategies include global guidelines and best practices, cross-border reporting mechanisms, capacity building and training, global media standards, public awareness etc.

5. Conclusion

The behavioral perspective offers valuable insights into countering religious intolerance in cyberspace by understanding the cognitive processes and behavioral patterns that underlie such behaviors. It emphasizes the role of reinforcement, social learning, and cognitive restructuring in shaping individuals' attitudes and actions towards different religious beliefs and practices. In the digital age, the internet has become a breeding ground for religious intolerance, where hateful speech, discrimination, and misinformation can spread rapidly, exacerbating intergroup tensions and promoting polarization. To address these challenges, behavioral interventions can be implemented to promote empathy, tolerance, and respectful communication across religious divides.

One effective strategy is through positive reinforcement. By rewarding individuals who engage in respectful and inclusive discussions about religion, we can foster a culture of tolerance and understanding. Online platforms can implement mechanisms such as badges, points, or virtual rewards to recognize users who contribute positively to interfaith dialogues. Additionally, utilizing social learning principles, influential figures and religious leaders can set an example by promoting interfaith harmony and cooperation, encouraging their followers to follow suit.

Moreover, cognitive restructuring can be employed to challenge and dispel misconceptions and stereotypes about different religious groups. Educational campaigns can present accurate and unbiased information about various religions, highlighting their shared values and emphasizing the importance of respecting diversity. This approach can help counteract the echo chambers and filter bubbles that often contribute to the reinforcement of intolerant beliefs in cyberspace.

Promoting intergroup contact is another important aspect of behavioral interventions. Online forums and platforms can facilitate constructive interactions between individuals from different religious backgrounds. By encouraging regular contact and fostering genuine connections, people are more likely to develop positive attitudes and reduce prejudice towards others. Furthermore, promoting shared goals and collaborative activities across religious lines can enhance cooperation and diminish animosity.

Moderation and content regulation are also vital in curbing religious intolerance in cyberspace. Online platforms must enforce strict policies against hate speech, incitement of violence, and discrimination based on religion. Efficient monitoring systems combined with user reporting mechanisms can help identify and remove harmful content promptly. However, it is essential to balance content regulation with free speech to maintain an open and inclusive digital environment.

Technology itself can play a significant role in countering religious intolerance online. AI-powered sentiment analysis tools can identify and flag hateful language and potentially harmful content. Chatbots and virtual assistants can be programmed to respond to derogatory comments with empathetic and informative messages that promote religious tolerance. Machine learning algorithms can also be used to create personalized content recommendations that promote diverse perspectives and reduce the risk of echo chambers.

In addition to these proactive measures, addressing the root causes of religious intolerance is essential. Socioeconomic factors, historical grievances, and political tensions often contribute to animosity between religious groups. Therefore, policymakers must focus on creating inclusive policies that address economic disparities, promote interfaith dialogue, and ensure equal rights and protections for all citizens. By addressing the underlying drivers of religious intolerance, we can create a more harmonious and tolerant society both online and offline.

Educational institutions can also contribute significantly to countering religious intolerance in cyberspace. Integrating interfaith education and cultural sensitivity training into school curriculums can foster mutual understanding and respect from an early age. Encouraging students to engage in interfaith dialogues and collaborative projects can help build bridges and break down barriers between religious communities.

It is essential to involve religious leaders and organizations in these efforts as well. They can play a pivotal role in promoting tolerance and understanding among their followers by denouncing hate speech and fostering interfaith cooperation. Collaborative efforts between religious leaders and tech companies can lead to campaigns that encourage responsible online behavior and respectful communication. It is essential to create moral and social deterrence over an above legal deterrence to reduce criminality and burden to the criminal justice system.¹¹

¹¹ S. A. Varkey, V. V. Nair, "Understanding Moral and Social Deterrence of Crime Prevention: Revisiting Cesare Beccaria in Criminal Justice Systems of USA & India", *Internet Journal of Restorative Justice* 2021, 1–24.

In conclusion, the behavioral perspective offers valuable insights into countering religious intolerance in cyberspace. By understanding the cognitive processes and behavioral patterns that drive intolerant behaviors, we can design effective interventions that promote empathy, tolerance, and mutual respect. Positive reinforcement, social learning, cognitive restructuring, intergroup contact, content regulation, technological advancements, and addressing root causes are all essential components of a comprehensive strategy to foster a more inclusive and tolerant digital environment for people of all religious backgrounds. Only through concerted efforts from individuals, communities, governments, and tech companies can we build a cyberspace that upholds the principles of respect, understanding, and coexistence among diverse religious beliefs.

Санцев Сахни

Директор Јиндал Института за бихевиоралне науке, Јиндал Глобални Универзитет; Директор Центра за криминологију и фореиничке студије

РАСТУЋА ВЕРСКА НЕТОЛЕРАНЦИЈА У САЈБЕР ПРОСТОРУ – ПЕРСПЕКТИВА БИХЕВИОРИ- СТИЧКЕ НАУКЕ

Сажетак

Друштвене мреже су постале саставни део наших живота, пружајући платформу за комуникацију, дељење и умрежавање. Међутим, са све већом употребом друштвених мрежа, такође смо сведоци пораста злочина из мржње заснованих на вери и верског вандализма у сајбер простору. Овај рад има за циљ да истражи ова питања из перспективе бихевиористичке науке. У раду је дат преглед тренутног стања злочина из мржње заснованих на религији и верског вандализма у сајбер простору. У раду се приказују различите врсте напада који се дешавају, укључујући говор мржње, узнемиравање и вандализам. У раду се испитују различите платформе које се користе за ове нападе, укључујући друштвене мреже, апликације за размену порука и форуме. Анализирају се психолошки и друштвени фактори који доприносе злочинима из мржње заснованим на религији и верском вандализму у сајбер простору. Ово укључује утицај групне динамике, ефекте

анонимности и утицај пристрасности потврде. У раду се говори о улози компанија друштвених мрежа у ублажавању ових проблема. Ово укључује испитивање ефикасности тренутних политика, као и истраживање потенцијалних решења, као што су алгоритамске интервенције и приступи засновани на заједници. Рада се ослања на низ студија случаја и примера из целог света, наглашавајући глобалну природу овог проблема. Такође ће истражити изазове суочавања са злочинима из мржње заснованим на религији и верским вандализмом у сајбер простору, укључујући потешкоће у регулисању платформи друштвених медија и позивању учинилаца на одговорност. У раду се испитују неке од стратегија које се могу применити за спречавање и борбу против ових злочина, укључујући образовање, подизање свести и иницијативе у заједници. Коначно, даје препоруке појединцима и организацијама да спрече и реагују на злочине из мржње засноване на религији и верски вандализам у сајбер простору. Ово укључује стратегије за промовисање толеранције, борбу против пристрасности потврде и подстицање позитивног понашања на мрежи.

Кључне речи: бихевиоризам, верски вандализам, сајбер простор, сајбер злочини.

REFERENCES

Monograph, articles

- Aghajani G., Ghadimi, N., „Multi-objective Energy Management in a Micro-grid”, *Energy Reports*, 4/2018, 218–225, <https://doi.org/10.1016/j.egy.2017.10.002>
- Godara K., *An effect of motivational enhancement therapy on psychosocial variables of internet addiction*, Doctoral Thesis, Jindal Institute of Behavioral Sciences (JIBS), O.P. Jindal Global University 2021.
- Tsigkanos Li, N., Jin C., Hu, Z., Ghezzi, C. „Early Validation of Cyber-Physical Space Systems via Multi-concerns Integration”, *Journal of Systems and Software* 170, <https://doi.org/10.1016/j.jss.2020.110742>
- Li Y., & Liu Q., „A Comprehensive Review Study of Cyber-attacks and Cyber Security; Emerging Trends and Recent Developments”, *Energy Reports* 7, 8176–8186. <https://doi.org/10.1016/j.egy.2021.08.126>
- Nair V. V, Sahni S. P., Andzenge D. T., „An Explorative Study of Coping Mechanisms towards Vulnerability & Victimization within

- Commercial Sexual Exploitation in India”, *International Journal Public Sociology & Sociotheraphy* 1(2) /2021 (2021a), 51–61, <https://doi.org/10.4018/IJPSS.2021070104>
- Nair V. V, Sahni S. P., Andzenge D. T., „Experiences of Survivors of commercial sexual exploitation availing rehabilitation at rehabilitation & protective homes in India”, *Journal on Rehabilitation of Torture Victims and Prevention of Torture* 31(1)/2021 (2021b), 64–75, <https://doi.org/10.7146/torture.v31i1.12147>
- Pateriya, S., „Does People’s Religion and Belief Affect Criminal Behavior?”, *Int. Res. J. Social Sci.* 11(2)/2021, 50–54.
- Sahni S. P., „The Emerging Trends of Online Romance Fraud in the Era of Artificial Intelligence”, *Asian Society of Criminology* (In Press).
- Tan S., Xie, P., Guerrero, J. M., Vasquez, J. C., Li, Y., Guo, X., „Attack Detection Design for DC Microgrid Using Eigenvalue Assignment Approach”, *Energy Reports* 7(1)/2021, 469–476, <https://doi.org/10.1016/j.egy.2021.01.045>
- Varkey S. A., Nair, V. V., “Understanding Moral and Social Deterrence of Crime Prevention: Revisiting Cesare Beccaria in Criminal Justice Systems of USA & India”, *Internet Journal of Restorative Justice*, 2021, <https://www.rj4allpublications.com/product/understanding-moral-and-social-deterrence-of-crime-prevention-revisiting-cesare-beccaria-in-criminal-justice-system-of-usa-india/>, 1–24, 5. 8. 2023.
- Yusuf, A. A., Shidiq, A. R., Hariyadi, H., „On Socio-Economic Predictors of Religious Intolerance: Evidence from a Large-Scale Longitudinal Survey in the Largest Muslim Democracy”, *Religions* 11(1)/2021, <https://doi.org/10.3390/rel11010021>

AWARENESS OF CYBER SPACE: REDUCING COMMUNAL AND RELIGIOUS INTOLERANCE ON SOCIAL MEDIA

Summary

Cyberspace offers autonomy for communication and expressing opinion. In India, there is an increase of 11.8% of offences in 2020 over the previous year. There have been about 578 incidents of fake news on social media, 972 cases of cyber stalking or bullying women and children, 149 incidents of fake profiles and 98 of data theft. Social media is regularly used by all age groups is also misused to spread violent messages, comments, and hateful speech. Hateful speech is observed to threaten democracy, deny people their personal freedoms, or stereotype. The current paper identifies strategies that school teachers can use to spread feelings of religious tolerance, help students identify the accurate information on social media, identifying fake news on social media, using chatrooms with caution so as to reduce the incidence of any communal or religious violence.

Key words: religious intolerance, social media, cyberspace.

1. Introduction

Social Media facilitates the process of sharing ideas, views, opinions, and information through virtual networks. Social media encompasses a wide range of applications and platforms, including Facebook, Instagram, Twitter, and YouTube, that let users share information, communicate online, and create communities. Currently, more than 4.7 billion individuals use social platforms which constitute nearly 60% of the world's population. The most widely used websites in the world at present are social media messaging platforms and applications. Early in 2023, chat and messaging applications and websites were accessed by 94.8% of users, closely followed by social platforms with 94.6% of users. With 81.8% of visitors visiting them, search engine websites came in second.¹ It not only enables us to interact with friends, family, for amusement at a personal level but also is used to develop network at a professional level. Social media gives your business

* Senior Research Fellow at the Jindal Global Law School, OP Jindal Global University, monicasahni@gmail.com

¹ M. Dollarhide, Social Media: Definition, Effects, and List of Top Apps, <https://www.investopedia.com/terms/s/social-media.asp>, 6. 8. 2023.

the opportunity to interact with customers, get their opinion, and build brand recognition. The mass reach and mass penetration of these social media platforms and websites at an exponential rate has made it accessible to all age groups which has drawn cyber offenders to use them as a platform for their crimes, endangering both personal privacy and national security. Cybercrime is also known as unauthorized system access, data tampering, data loss, and intellectual property theft. The idea of cybercrime is similar to the idea of traditional crime in many ways. Both include behavior, whether it is an action or an inaction, that violates law norms and is offset by a state consequence.² Every sixth cybercrime in India is committed through social media, according to Alok Mittal, the chief of the National Investigation Agency.³ Thus, there is a need to delve into the nature of cybercrime and understand the same so that a secure and safe cyberspace can be provided to every citizen.⁴

2. Nature of Cyber crimes

Cybercrime, occurring in real time can have disastrous effects. Website hacking or online fraud can be done in a matter of seconds or minutes. Geographical restrictions, limits, or distances are all irrelevant to cybercrime. Cybercriminals are physically outside of cyberspace since the crime is committed in cyberspace. Cyberspace serves as the setting for every stage of cybercrime, from planning to execution. Cybercrime has the capacity to hurt people in ways that are inconceivable in scope. Due to the anonymity and invisibility of cybercriminals and their capacity to damage many nations at once, it is very challenging to gather evidence of cybercrime and prove it in court.

3. Types of Cyber crimes

There exists a variety of cybercrimes which makes the online space highly vulnerable. Some of them are:

² R. Pahuja, "Impact of Social Networking on Cyber Crimes: A Study", *Epitome: International Journal of Multidisciplinary Research* 4/2018, 9.

³ S. Ray, A. Ghoshal, Every Sixth Cybercrime In India Is Committed Through Social media: NIA, <https://www.hindustantimes.com/india-news/every-sixth-cybercrime-in-india-committed-through-social-media-nia/story-KscgnwjcTZ0pzVeVaOiN6M.html>, 6. 8. 2023.

⁴ M. Sahni, "The Internet and Privacy" Presented at The Internet and a Changing World Conference held at Centre for Global Governance and Policy, O. P. Jindal Global University, 2011; M. Sahni, *Safeguarding and Securing Children in Cyberspace: Developing Framework and Implementation Strategies*, Doctoral Thesis, Jindal Global Law School (JGLS), O.P. Jindal Global University 2023.

- a. Cyber-Stalking is the use of electronic communication to stalk or harass another person by sending unwanted messages or emails, posting or sharing embarrassing pictures or private information etc.;
- b. Cyber Assassination is a type of cyber attack that is designed to kill or disable a specific individual. It can be carried through hacking into other's computer, sending the victim a virus or malware, disrupting victim's medical equipment etc.;
- c. Hacking is the act of gaining unauthorized access to a computer system or network to steal data, install malware or disrupt operations.
- d. Cracking is a term used to describe the act of gaining unauthorized access to a computer system or network.;
- e. Email Bluffing is a type of cyber attack that involves sending an email that appears to be from a legitimate source, such as a bank or credit card company which contains a threat stating messages like, "your account has been compromised". The goal is to scare the victim to take action such as making a payment or providing information. A similar type of crime also takes place over SMS, known as SMS Bluffing.;
- f. Carding is a type of cybercrime in which criminals acquire stolen credit card numbers and use them to make unauthorized purchases. It is done through phishing, data breaches, skimming, dumpster diving etc.
- g. Bot Networks, also known as robot network, is a group of computers that have been infected with malware and are controlled by a single attacker, known as a bot herder. The infected computers are known as bots. These botnets can be used to perform a variety of malicious activities such as DDoS, Spam campaigns, data theft, cracking etc.;
- h. Cerebral Property Crimes is the theft of material that is copyrighted, the theft of trade secrets etc.;
- i. Cyber Crouching, a type of cyber attack that is designed to be stealthy and difficult to detect. Usually used by state-sponsored hackers who hide their tracks through encryption, proxies and anonymizing services.
- j. Cyber Terrorism is the use of computer to carry out terrorist attacks. Can involve a variety of activities, such as: attacking critical infrastructure, stealing sensitive information, spreading propaganda etc.

4. Crime Statistics

Pew Research Center analysis involving 198 countries, India was ranked as fourth worst in religious intolerance.⁵ As per the National Crime Records Bureau Report (2021), a total of 52,974 incidents were reported in the year 2021 which depicts a sharp increase of about 6% in comparison to the reported crime in 2020. The rate of charge sheeting is 33.8. The data, however, only includes reported offences.

Cyber Crime Cases have been registered having various motives ranging from personal revenge, anger, fraud, spreading piracy prank to stealing information. With the highest number of cases being registered for fraud (32230), the least is registered under terrorist activities. Table 2 depicts the no. of cases registered based on the Cyber Crime Motives.⁶

Cyber Crime Motives	
Motives	No. of cases registered
Personal Revenge	1724
Anger	883
Fraud	32230
Causing Disrepute	1715
Prank	240
Political Motives	311
Terrorist Activities	11
Inciting hate against country	31
Spreading Piracy	74
Steal Information	40

⁵ A. Bhattacharya, India is the fourth-worst country in the world for religious violence, <https://qz.com/india/959802/india-is-the-fourth-worst-country-in-the-world-for-religious-violence/>, 6. 8. 2023.

⁶ National Crime Records Bureau, *Statistics Volume II: Crime in India, 2021*, <https://ncrb.gov.in/en/Crime-in-India-2021>, 6. 8. 2023.

The highest number of cases pending for disposal by police is for identity theft (20427) followed by forgery (741). The third highest is for fake news on social media (591). Table 3 depicts list of crimes under police disposal (NCRB, 2021).⁷

Police Disposal of Cyber Crime Cases			
Crime Head	Cases pending	Cases reported this year	Cases true but insufficient evidences
Identity Theft	20427	4071	8384
Forgery	741	198	359
Defamation/ Morphing	76	31	29
Fake Profile	186	123	61
Cyber Blackmailing/ Threatening	565	689	104
Fake news on social media	591	179	111

There is a total of 279 pending cases under the crime head of fake news on social media. Out of which only 148 cases have been sent for trial and there are zero cases of conviction.

5. Social Media Usage

According to recent statistics (April 2023), the number of internet and social media users worldwide has increased with about 5.18 billion internet users and 4.8 billion social media users. According to a survey to understand the most popular social networks worldwide as of October 2018, Facebook topped the list followed by YouTube and WhatsApp.⁸

⁷ *Ibid.*

⁸ S. Sharma, V. K. Sharma, “Cyber Crime Analysis on Social Media”, *BSSS Journal of Computer* 1/2020, 1.

The places where information can retrieve about an user with respect to location and personal profile include Facebook, WhatsApp, and Instagram. There is easy access to hack into personal information. Even images may be accessed by an unauthorised party and used for any reason, and anybody may create a new profile using available details such as name. Many individuals are unaware of what is happening in the background. Like in 2016, when one of the largest hacks in history affected close to 3 billion Yahoo accounts.⁹

6. Religious Intolerance

Religious intolerance can be defined as an inability of a follower of a certain religion to recognize, accommodate, and accept the right of others to live by a faith that is different from his/her own stems from the perception that one religion is superior to the others.¹⁰ The main causes of religious intolerance can be political, economic, scriptures, beliefs, economic interest, community interest and exploitation. Online platforms have been repeatedly used to propagate religious intolerance. In some cases, religious beliefs have been used to justify cyberbullying, hate speech, and in some cases, even terrorist activities. Religious intolerance is a topical issue in India, gaining widespread coverage in traditional media¹¹ and being a talking point on social media with religion also being a critical political issue.¹² From reviewing the studies, it is evident that media exposure can affect religious beliefs.¹²

7. Types of Cyber Crimes Related to Religious Intolerance

- a. Phishing & Identity Theft: A *phishing attack* is when someone tries to gain your login and password on purpose with the intent of using them maliciously. Most phishing is accomplished

⁹ *Ibid.*

¹⁰ A. A. Alarape *et al.*, “Citizenship Education: A Panacea for Daunting Social Media Gripe on Key Social Issues in Nigeria”, in: *Handbook of research on Promoting Global Citizenship Education* (ed. Jared Keengwe), IGI Global, 2022, 248.

¹¹ S. M. Ali, *India's Religious Intolerance*, <https://tribune.com.pk/story/2216434/indias-religious-intolerance%20dated%204th%20June%202023>, 7. 8. 2023; PTI, Allowing religious intolerance not good for a secular country,says HC, <https://economictimes.indiatimes.com/news/india/allowing-religious-intolerance-not-good-for-a-secular-country-says-hc/articleshow/82482666.cms?from=mdr>, 7. 8. 2023.

¹² PTI, US Lawmakers Condemn Delhi Violence, Express Concern, <https://www.ndtv.com/india-news/us-lawmakers-condemn-delhi-violence-express-concern-2186324>, 7. 8. 2023; PTI, Lynching of youth an example of religious intolerance: TMC, <https://timesofindia.indiatimes.com/city/kolkata/lynching-of-youth-an-example-of-religious-intolerance-tmc/articleshow/69958437.cms>, 7. 8. 2023.

through email. For instance, you could receive an email with a “link” that directs you to a form where your username and password are required.

- b. *Identity theft* is when someone pretends to be someone else by assuming that person’s identity, generally to get access to resources such as your username, password, credit card and banking data. There are a variety of methods to achieve this from impersonating someone over the phone, acquiring credentials through phishing to rummaging through your waste.
- c. **Online Harassment & Cyberbullying:** Internet harassment, commonly referred to as “cyberbullying”, is the word used to characterize the use of the Internet to bully, harass, threaten, or deliberately humiliate. It can entail behavior such as, sending unsolicited and/or threatening e-mail, encouraging people to send the victim unsolicited and/or threatening e-mail or to overload the victim with e-mail communications, spreading rumors, making slanderous comments about the victim online, impersonating the victim online by delivering an inflammatory, provocative or seductive message which induces others to respond badly to the victim, harassing the victim during a live conversation, leaving offensive comments on social networking sites and other internet platforms sending purposefully harmful pornographic or other explicit content to the victim, producing web material that shows the victim in a negative way etc (“Internet Harassment”).¹³
- d. **Hackers & Cyber Terrorists:** Cyberterrorism is any planned, politically motivated attack on information systems, programs, and data that makes violent threats or causes violent acts. Sometimes the phrase is broadened to cover any cyberattack that causes fear or intimidation among the target population. Attackers frequently do this by destroying or impairing vital infrastructure.¹⁴

8. Cyber Crimes targeting religious groups

Some of the examples of Cyber Crimes targeting religious groups include Hate Speech, Vandalism & Defacement, Cyberbullying & Harassment. The UN Strategy and Plan of Action on Hate Speech defines hate

¹³ Internet Harassment or Cyberbullying, <https://www.ccohs.ca/oshanswers/psychosocial/cyberbullying.html>, 7. 8. 2023.

¹⁴ R. Sheldon, K. Terrell Hanna, *Cyberterrorism*, <https://www.techtarget.com/searchsecurity/definition/cyberterrorism>, 7. 8. 2023.

speech as...“any kind of communication in speech, writing or behavior, that attacks or uses pejorative or discriminatory language with reference to a person or a group on the basis of who they are, in other words, based on their religion, ethnicity, nationality, race, color, descent, gender or other identity factor.” Vandalism is any deliberate act intended to damage, alter, or deface another person’s property. Examples include spray painting another person’s property with the intent to deface it, “egging” someone’s home or car, keying (or scratching) paint off someone else’s car, breaking someone else’s windows, and more.

9. Virtual Religious Practices

Virtual religious practices are new religious practices created because of technology’s integration into religious life which has altered religious groups, authorities, and identities at the most fundamental level.¹⁵ The most evident impact of virtual religious practices is the formation of numerous disputes based on religion, including both interreligious and intrareligious conflicts.¹⁶

10. Various incidents of Religious Intolerance in Cyber Space

- a. Anti- Muslim Sentiment: Ever since the terror attacks on September 11, 2001, there has been an increase in anti-Muslim sentiment on social media platforms. Muslims are often targeted with derogatory comments and hate speech.
- b. Anti- Semitic Comments: According to a report by the Anti-Defamation League, there has been a 60% increase in anti-Semitic incidents in the US since 2016. The report also found a significant increase in online harassment of Jewish people.¹⁷
- c. Hinduphobia: Hindus have also been subject to religious intolerance in cyber space. The current trend indicate that Hindus

¹⁵ A. Pimay, “Elementary School Students”, *Pegem Egitim ve Ogretim Dergisi* 4/2021, 230.

¹⁶ R. Dowson, “A discussion of the practical and theological impacts of COVID-19 on religious worship, events and pilgrimage, from a Christian perspective”, *International Journal of Religious Tourism and Pilgrimage* 7/2020, 33; F. Epps *et al.*, “Either sent by god or used by god: Impact of COVID-19 on the religious lives of black families with dementia” *Innovation in Aging* 5/2021, 462; A. Kadafi, “Improving Prosocial Behavior Through Virtual Media Based on Religious Values in Elementary School Students”, *Pegem Egitim ve Ogretim Dergisi* 4/2021, 230.

¹⁷ Center on Extremism, Audit of Antisemitic Incidents 2022, <https://www.adl.org/resources/report/audit-antisemitic-incidents-2022>, 7. 8. 2023.

are often targeted with derogatory comments and hate speech, particularly during Hindu festivals.

- d. Anti- Christian Comments: With a 400% spike in incidences over the previous five years, Asia has experienced the highest rise in online religious intolerance towards Christians. Online hate speech mostly targets young people, with instances among this age group accounting for 60% of all occurrences.

10.1. Social media posts of a place of worship burning in Tanjung Balai, North Sumatra, served as the catalyst¹⁸

This incident happened after Meliana, a 41 years old Indonesian-Chinese lady, requested that the mosque's administration lower the speaker's volume. According to the North Sumatra Police spokesperson, Meliana has previously requested the same and the Mosque's congregation members visited her house where the conversation heated up which needed police intervention. After an unsuccessful attempt to burn her house, the angry mob later set ablaze the Juanda Vihara which was near to Meliana's house. This was followed by burning of several vihara and Chinese temples. The mob went ahead to destroy the Buddha statues, tables, chairs, lamps, and several cars and motorbikes.

10.2. To express their outrage over the supposedly disrespectful post about the Prophet Muhammad, a horde of angry demonstrators took to Bengaluru's streets, setting fires and doing other acts of damage¹⁹

In the first week of August of 2020, a violent rioting broke out in Bengaluru, the capital of Karnataka, when a Muslim mob went on the rampage and rushed to the streets demanding the blood of a relative of a Congress MLA for publishing a Facebook post that appeared to offend Muhammad, the heavenly figurehead of Islam. In order to express their outrage at the supposedly disparaging remark about the Prophet Muhammad, a horde of violent demonstrators took to Bengaluru's streets, setting fires and doing other acts of damage. "Allahu Akbar" and "Naara e Taqbeer" chants resonated across the areas that were caught up in the Islamists' assault. However, the bloodshed that broke out in Bengaluru is not an exception nor do

¹⁸ A. Gunawan, Vihara, pagodas burned down, plundered in N. Sumatra, <https://www.thejakartapost.com/news/2016/07/30/vihara-pagodas-burned-down-plundered-in-n-sumatra.html>, 7. 8. 2023.

¹⁹ Op India Staff, 5 incidents when 'blasphemy' against Prophet Muhammed led to widespread communal violence and riots, <https://www.opindia.com/2020/08/5-incidents-when-reference-to-prophet-muhammad-had-led-to-riots/>, 7. 8. 2023.

the Islamist protests represent something new. Islamists all across the world turn to violence and barbarism when they feel that their religion and the man who spread it, Prophet Muhammad, are being disparaged.

*10.3. An American Movie: “Innocence of Muslims”
caused violence in various Muslim nations²⁰*

The life of Prophet Muhammad was portrayed in the short anti-Islamic film “Innocence of Muslims”. Unsurprisingly, the movie’s YouTube videos, which were posted in July 2012, incited indignation among Muslims, leading to many of them clamoring for the film to be banned. Large-scale rallies and violent protests followed the attempt to depict the life of Prophet Muhammad, which was seen as a denigration of the Islamic prophet. More than 50 people died in the violence that preceded the protests, which resulted in hundreds of injuries. There were threats made against the movie’s cast, and Pakistani government politician Bashir Ahmad Bilour declared a bounty for killing the producer of the movie.

11. Various impact of Cyber Crimes on Religious Communities

- a. **Fear & Discrimination:** Cyber-crimes that target religious groups can amplify existing fears and anxieties related to discrimination, perpetuating a sense of insecurity and threat.
- b. **Isolation & Intimidation:** Cyber-crimes can make it harder for religious groups to connect with one another and access resources, making them more vulnerable to intimidation and isolation.
- c. **Safety & Security:** Cyber-crimes can have real-world implications for the safety and security of religious groups, making it difficult for them to practice their faith without fear of persecution or violence.
- d. **Hampering Social Cohesion:** Social cohesiveness may break down because of cyberbullying. It causes conflict between various religious communities and may lead to violent outbursts.
- e. **Consequences to society:** Religious intolerance is a danger to society as it contributes to radicalization and extremist movements.

²⁰D.Kazim, ‘Innocence of Muslims’ and the manufacture of outrage, <https://freespeechdebate.com/discuss/innocence-of-muslims-and-the-manufacture-of-outrage/>, 7. 8. 2023.

12. Causes of Religious Intolerance

- a. Anonymity: Online anonymity gives people the freedom to express their views without fear of social repercussions which leads to hateful and offensive comments.
- b. Confirmation Bias: A tendency to interpret information in a way that supports existing beliefs which leads to the spread of hate speech.
- c. Misinformation: False and misleading information about other religions often leads to negative attitudes and behavior towards them.

13. Issues associated with Cyber Crimes

The lack of comprehensive legislation worldwide is one of the biggest issues in the realm of cybercrime. The issue is made worse by the Internet's and cyberspace's disproportionately rapid growth rates. The I.T. Act and Indian Penal Code revisions have provided a starting point, however issues related to cybercrime still exist.

14. Steps to identify Cyber Crimes related to Religious Intolerance

- a. Pay attention to suspicious emails, messages, or posts that target a particular religious group or individual.
- b. Look for patterns of behavior that involve hate speech, harassment or intimidation targeting religious minorities.
- c. Be aware of phishing attempts or identity theft that use religious identifiers to trick users into providing personal information.
- d. Use online resources to educate yourself and others on the signs of cyber-crimes and how to report them.

15. Ways to prevent and address Cyber Crimes against Religious groups

- a. Educate Communities: Develop educational materials and programs to help individuals and groups understand the risks of cyber-crime, spreading awareness about the dangers of hate speech and how to avoid becoming a target.
- b. Engage Law Enforcement: Report suspicious behavior to local law enforcement or cybercrime units.
- c. Work with Tech Companies: Advocate for better regulation and monitoring of online hate speech and harassment.

- d. **Legal & Ethical Consideration:** In addition to being mindful of ethical considerations related to privacy, free speech, and the protection of intellectual property and information rights, legal frameworks and international treaties can assist in providing a framework for combating cybercrimes and ensuring that perpetrators are brought to justice.
- e. **Technology:** Social media platforms can use AI to detect and remove hate speech and other instances of religious intolerance.
- f. **Community Outreach:** Community outreach programs can help to promote inclusion and reduce tensions between different religious groups.
- g. **Stronger Regulations for social media:** Governments and organizations can play a role in creating stricter measures for social media platforms to combat religious intolerance in cyberspace. This can include implementing algorithms that flag hate speech or mandating that social media companies remove extremist groups from their platforms.

16. Role of Government and NGO

- a. Governments can work to create various policies and measures to address religious intolerance online. This may include creating laws that criminalize certain forms of online hate speech or increasing funding for social media regulation.
- b. A framework for combating cybercrimes and ensuring that offenders are brought to justice can be provided via legal frameworks and international treaties.
- c. Unintended implications of laws and restrictions on online behavior might include the censorship of free speech and expression.
- d. A culture of fear or persecution that further marginalizes or demonizes religious minorities must be avoided.
- e. It is crucial to keep ethical considerations like free speech, protecting intellectual property rights, and protecting privacy in mind.
- f. Leaders must strike a balance between the demands of justice and accountability and the need for mutual respect, tolerance, and discussion among various religious groups and worldviews.
- g. Governments, tech corporations, and religious leaders must collaborate to make sure that laws and practices are based

on respect for the rights of individuals to their freedom and human dignity.

- h. The most contentious question surrounding the maintainability of any lawsuits that have been filed is jurisdiction. With the expanding influence of cyberspace today, geographical lines appear to be disappearing. The idea of geographical jurisdiction as contemplated by Sections 16 of the Cr. P.C and Section 2 of the I.P.C will thus have to make way for other dispute settlement methods.
- i. Since all the data is frequently deleted, evidence loss is a fairly common and expected concern. Additionally, data collected outside of the geographical scope cripples the criminal justice system.
- j. Building a high-tech crime & investigation infrastructure with highly technical employees at the other end is also urgently necessary.
- k. Although Section 75 allows for extraterritorial application of this law, this provision is only useful if it is supported by a clause that acknowledges orders and warrants for information issued by competent authorities outside of their jurisdiction and a measure for law enforcement agencies to cooperate in the exchange of information and evidence of computer crimes.
- l. Judges that are tech savvy are in demand right now. The judiciary is essential in shaping the enactment to reflect current events. The P.I.L. (Public Interest Litigation), which the Kerala High Court accepted through email, is one such instance that merits commendation.

Non-profit organizations can engage in various initiatives to address religious intolerance online. This may include organizing awareness campaigns or speaking events to spread the message of tolerance and respect.

17. Conclusion

There is a big problem with religious intolerance in cyberspace that must be addressed. In addition to causing emotional distress for the victims, it also jeopardizes public safety and societal cohesiveness. Tolerance and respect should be encouraged in all our online encounters. We can make the internet a more welcoming and peaceful place for everyone if we educate ourselves, use technology, and interact with our communities. Together, we can build a more welcoming and secure online community.

Моника Сахни

Виши научни сарадник, Правни факултет, Универзитет у Јиндалу, Индија

СВЕСТ О САЈБЕР ПРОСТОРУ: СМАЊЕЊЕ ДРУШТВЕНЕ И ВЕРСКЕ НЕТОЛЕРАНЦИЈЕ НА ДРУШТВЕНИМ МРЕЖАМА

Сажетак

Сајбер простор нуди аутономију за комуникацију и изражавање мишљења. У Индији је забележен пораст од 11,8% прекршаја у 2020. у односу на претходну годину. Било је око 578 инцидената лажних вести на друштвеним мрежама, 972 случаја сајбер ухођења или малтретирања жена и деце, 149 инцидената лажних профила и 98 крађе података. Друштвене мреже редовно користе све старосне групе, а такође се злоупотребљавају за ширење насилних порука, коментара и говора мржње. Сматра се да говор мржње угрожава демократију, ускраћује људима личне слободе или стереотипе. Овај чланак идентификује стратегије које школски наставници могу користити за ширење осећања верске толеранције, помоћи ученицима да идентификују тачне информације на друштвеним мрежама, идентификују лажне вести на друштвеним медијима, користећи четовање са опрезом како би се смањила учесталост било каквих облика друштвеног или верског насиља.

Кључне речи: верска нетолеранција, друштвене мреже, сајбер простор.

REFERENCES

Monographs, articles

- Alarape A. A., Omoba, F. A., Akinlooye, S. O., & Obadiora, A. J., "Handbook of research on Promoting Global Citizenship Education", 2022, <https://doi: 10.4018/978-1-7998-9542-8.ch015>
- Audit of Antisemitic Incidents 2022, <https://www.adl.org/resources/report/audit-antisemitic-incidents-2022>, 23. 3. 2023.

- Bhattacharya A., “India is the fourth-worst country in the world for religious violence”, *Economics* 2017, <https://qz.com/india/959802/india-is-the-fourth-worst-country-in-the-world-for-religious-violence>, 23. 3. 2023.
- Dollarhide M., “Social Media: Definition, Effects, and List of Top Apps”, *Investopedia*, <https://www.investopedia.com/terms/s/social-media.asp>, 14. 4. 2023.
- Dowson R., “A discussion of the practical and theological impacts of COVID-19 on religious worship, events and pilgrimage, from a Christian perspective”, *International Journal of Religious Tourism and Pilgrimage* 8(7)/2020, 33–51.
- Epps F., Ge, Y., Sainz, M. & Gore, J., Either sent by god or used by god: Impact of COVID-19 on the religious lives of black families with dementia. *Innovation in Aging* 5(Supplement_1), 2021, 462. <https://doi.org/10.1093/geroni/igab046.1788>
- Internet Harassment or Cyberbullying, <https://www.ccohs.ca/oshanswers/psychosocial/cyberbullying.html>, 23. 3. 2023.
- Kadafi A., Wiyono, B. B., Muslihati, M., Ramli, M., “Improving Prosocial Behavior Through Virtual Media Based on Religious Values in Elementary School Students”, *Pegem Egitim ve Ogretim Dergisi* 11(4)/2021, 230–236. <https://doi.org/10.47750/pegegog>
- National Crime Records Bureau, “Statistics Volume II: Crime in India”, Ministry of Home Affairs, 2021.
- Pahuja R., “Impact of Social Networking on Cyber Crimes: A Study”, *Epitome: International Journal of Multidisciplinary Research* 4(4)/2018.
- Pimay A., Riyadi A., “Virtual Religious Conflict: From Cyberspace to Reality”, *HTS Theological Studies* 79(1)/2023.
- Ray S., Ghoshal A., “Every Sixth Cybercrime In India Is Committed Through Social Media: NIA” *Hindustan Times.*, <http://www.hindustantimes.com/india-news/every-sixth-cybercrime-in-india-committed-through-social-media-nia/story-KscgnwjcTZ0pzVeVaOiN6M.html>
- Sahni M., “*The Internet and Privacy*”, Presented at The Internet and a Changing World Conference held at Centre for Global Governance and Policy, O. P. Jindal Global University, Sonapat from 9-10 September 2011.
- Sahni M., Gupta I, Pandey K. K., Kumar A. *Safeguarding and Securing Children in Cyberspace: Developing Framework and Implementation*

- Strategies*, Unpublished doctoral dissertation submitted to O. P. Jindal Global University, Sonipat, 2011.
- Sharma S., Sharma V. K., “Cyber Crime Analysis on Social Media”, *BSSS Journal of Computer*. 11 (1)/2020, 1–7, <https://doi.org/10.51767/jc1104>
- Sheldon R., Hanna K. T., “Cyberterrorism. TechTarget”, <https://www.techtarget.com/searchsecurity/definition/cyberterrorism>, 22. 1. 2022.
- Srinivasan M., Barclay F. P., “Social Media exposure and Religious Intolerance”, *Social Media in India: Regulatory Needs, Issues and Challenges*, 2021, 121.

Other sources

- <https://www.opindia.com/2020/08/5-incidents-when-reference-to-prophet-muhammad-had-led-to-riots/>
- <https://www.thejakartapost.com/news/2016/07/30/vihara-pagodas-burned-down-plundered-in-n-sumatra.html>

V
КРИВИЧНО
ПРАВО

СУШТИНА И СВРХА КАЗНИ – ИМАЈУ ЛИ КРИВИЧНО И ЦРКВЕНО ПРАВО НЕШТО ЗАЈЕДНИЧКО?

Сажетак

Рад се бави упоредном анализом суштине и сврхе казни у позитивном српском кривичном праву и у православном црквеном казненом праву, а како би се норме кривичног и црквеног права боље разумеле и правилно тумачиле, биће изложени и теоријски погледи на ову тему. У овом разматрању закључује се да кривично и црквено право, свако у свом домену, сврху казни поимају скоро истоветно. Сврха како црквених тако и кривичноправних санкција, требало би да је у њиховом вишеструком превентивном дејству, али у схватању сврхе казни постоје разлике и особености које ће бити занимљиво испитати. За разлику од науке црквеног казног права, у кривичноправној литератури ретко се пише о суштини казне. Чешће се срећу излагања о природи, правном основу и циљу казне као кривичне санкције. Посредни предмет овог рада биће управо разграничење појмова – суштине казне од њене сврхе, природе казне од њеног циља. Ово је нарочито важно због тога што се на први поглед, инстинктивно, суштина казне може изједначити са њеном сврхом. Циљ рада, између осталог, јесте да се путем истраживања заједничких особина и упоређивања разлика у поимању казне, макар на теоријском нивоу, испита однос и могући међусобан утицај кривичног и црквеног права. Ради остварења овако постављеног циља, биће разматрана поједина начела и други институти, како кривичног тако и црквеног казног права, чији је утицај на суштину и сврху казне значајан.

Кључне речи: суштина казне, сврха казне, кривично право, црквено казнено право.

1. Увод

Бављење црквеним правом, тачније црквеним казним правом, представља изазов нарочито за правнике који се претежно баве кривичним правом. Православно казнено право је у неку руку

* Студенткиња докторских академских студија права на Катедри за кривичноправне науке Правног факултета у Нишу, andjela.rist@gmail.com

неистражено поље, с обзиром на то што данас црквено право није широко изучено, а посебно није проучена његова казнена грана. У актуелном историјском тренутку чешће се постављају црквено-имовинска и питања о односу државне и црквене власти. За правнике који изучавају државно кривично право изазовно је и савладавање разгранатог и на први поглед непрегледног система извора црквеног права, поготову због тога што је кривично право на континенталном правном подручју увек кодификовано и систематизовано. Потребно је вешто премостити разлику између кодификоване гране права, у којој суверено влада начело законитости, и правне области у којој су предање и обичаји у истом рангу са писаним изворима. Ипак, оно што црквено казнено правно чини кохерентним, и поред тога што његове норме нису садржане претежно у једном акту, јесте хришћански дух са којим се не може поредити ниједно правно начело које пледира да буде темељна идеја водиља једне гране државног права. Занимљиво је наћи везу између кривичног и црквеног права управо у увреженом, општем и готово лаичком погледу на њихове природе, јер ове гране права важе за строге и круте.

Рад се бави упоређивањем погледа на казну, њена својства, елементе и дејства у кривичном и црквеном казненом праву. Потребно је већ на почетку нагласити да је предмет рада ограничен искључиво на позитивно српско кривично право и казнено право Српске православне цркве. Јасно је да се ове области разликују по кругу лица на које се могу применити казнене одредбе, природи кривичних дела поводом којих се казне изричу и корпусу и природи права у која се применом казне задире и која се казном одузимају или ограничавају. У центру пажње биће истраживање суштине и сврхе казне, тачније испитивање могућих тачака пресека у поимању суштине и сврхе казне у кривичном и црквеном праву.

Будући да у теорији црквеног казног права постоји јасна дистинкција између суштине и сврхе казне, што није случај у науци о кривичном праву, циљ овог рада јесте проучавање могућности повлачења такве демаркационе линије и у теорији кривичног права и разматрање шта би се таквим приступом, нарочито када се укристи са постојећим теоријама у кривичном праву али и са филозофским концептима, могло постићи. До каквих би нас закључака о казни у позитивном српском кривичном праву такав приступ довео?

Овај рад подељен је у неколико целина, те ће засебно бити речи о суштини и сврси црквених казни, о сврси казне према Кривичном законнику Србије, те о суштини казне и њеној правној природи,

а посебно ће бити наглашена разлика између репресивности као суштине казне и ретрибутивности као њене могуће сврхе. У остварењу постављеног циља овог рада употребљени су догматски, нормативни, логички, упоредни и систематски метод тумачења права.

2. Суштина и сврха казне у православном црквеном казненом праву

На самом почетку потребно је одредити појам казне у црквеном праву¹ да бисмо затим могли да размотримо њену суштину и сврху. У црквеном праву: „Црквена је казна зло, које се налаже преступнику као одмаст за зло, које је он учинио својом повриједом црквеног закона и састоји се у лишењу онога добра и оних права, која ужива уредни члан цркве.”² У датом одређењу уочавају се три кључна елемента – карактер казне, њена садржина и повод за казну. Као што ће бити изложено у потоњим одељцима овог рада, кривичноправно одређење казне као кривичне санкције такође садржи и неизоставно наглашава ове елементе. Казна је по својој природи репресивна мера, при чему се владика далматински Никодим не либи да је назове злом³; узрок казне је преступ којим је повређен црквени закон; а садржина казне се читава у лишењу посебног корпуса права и добара.⁴

Поред ове битне сличности (а настојаћемо да покажемо да црквено казнено и кривично право поимају казну сличније него што се то може очекивати), између ових грана права постоји велики јаз оличен у начелу законитости. Док је кривично право изричито законско и писано⁵ право у коме је темељно начело законитости, нарочито

¹ У овом раду се под црквеном правом подразумева православно црквено право, оно које важи у Српској православној цркви и другим помесним православним црквама.

² Н. Милаш, *Црквено казнено право*, (Дела Никодима Милаша, књ. 6, фототипско издање), Истина, издавачка установа Епархије далматинске, Београд–Шибеник 2005, 109.

³ У овом маниру писао је и проф. Тома Живановић о казнама у делима *Основни проблеми кривичнога права – виши општи део кривичнога права* из 1930. године и у *Основама кривичног права Краљевине Југославије* из 1936. године.

⁴ Не треба посебно наглашавати да се црквеном казном кажњава само одређени круг лица и да се ускраћују или ограничавају само права из посебног круга. Док се персонална важност кривичног кодекса једне земље простира на њене држављане, црквени прописи важе само за чланове цркве, који крштењем стичу посебна права и дужности. Тако, поводом истог дела, на пример убиства, кривични суд може учиниоцу изрећи казну која је за то дело забрањена Кривичним закоником Србије, док му црквена власт може ограничити неко друго право у цркви које је то лице добило крштењем, изрекавши му неку црквену казну.

⁵ Иако није писани извор права, Свето предање сматра се црквеним законодавством и не треба га поистовећивати са обичајним правом. Обичаје стварају они на које се

законитости кривичних дела и санкција, ово начело у црквеном казненом праву нема такав значај. Због тога се разликују црквене од канонских казни, тј. црквени од канонских преступа.⁶ Начело законитости какво познаје кривично право важи у погледу канонских казни, јер су оне изричито предвиђене канонима, црквеним законима, и ту се границе примене овог начела у црквеном праву завршавају. С друге стране, чини се да је црквено право, и то казнено, ипак флексибилно, јер скоро да нема начела законитости, што омогућава црквеном праву да се прилагођава времену и простору на коме се примењује, тј. на коме се указује потреба за његовом применом. Зато се од канонских разликују црквени преступи и црквене казне, које су плод црквено-судске праксе и црквених обичаја. Кад год је нека казна изричито прописана, она се мора применити, а у случају правне празнине у црквеноказненим стварима, када казна није запређена, велику улогу игра то како ће црквени старешина који поступа у тој ствари поимати сврху казне у конкретном случају.

Међутим, ако је реч о црквеном казненом праву Српске православне цркве, не смемо занемарити девети члан Устава СПЦ⁷ којим је прописано да су црквена кривична дела и казне они које су прописани овим Уставом у духу канона Православне цркве. Дакле, начело законитости ипак постоји у казненом праву Српске православне цркве. Имајући у виду да Устав Цркве није једини извор црквеног казног права, већ да је систем извора црквеног казног права веома сложен и вишеслојан, може се одржати теза да начело законитости нема такву важност у овој области као што је то случај у државном кривичном праву.

Управо о томе како црквеносудска власт обликује црквено казнено право у пракси, и то процењујући сврху кажњавања спрам

црквени закон иначе односи и који морају да га поштују, док Свето предање потиче од Исуса Христа и светих апостола. Више о томе вид.: С. Троицки, *Црквено право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 88 и Д. Перић, *Црквено право*, 2. измењено и допуњено издање, Правни факултет, Београд 1999, 38.

⁶ Важећи Устав Српске православне цркве из 1947. године у трећем одељку прописује црквене кривице, тачније кривична дела у 214. члану, док је 216. члан посвећен црквеним казнама. У Уставу је за црквени преступ употребљен термин кривица, док је, примећујемо, за казне које су предвиђене актом највише правне снаге у СПЦ употребљен термин црквене, а не канонске казне. Сматрамо да је ово ствар чисто термилошке природе и да тиме није нарушена подела на канонске и црквене казне која постоји у теорији. Такође, Устав СПЦ разликује кривице и казне свештенства, оба реда, од кривица и казни за мирјане – верни народ.

⁷ Устав Српске православне цркве, 2. издање Светог архијерејског синода, Београд 1957.

учињеног преступа и спрам личности и понашања учиниоца, говори 102. канон, односно правило Трулског сабора.⁸ Владика Милаш пише како „овај канон подробно напућује црквене судије да морају добро пазити, какве ће казне да налажу за различне пријеступе, и како имају поступати у томе са онима који се кају за учињени пријеступ, како ли са онима који су упорни у злу, те напомињући оно што заповиједа највиши закон и оно што је везано за обичај (*quae sunt summi juris et quae sunt consuetudinis*), ставља судијама пред очи сврху црквених казни, а то је да се кривац поправи и да постане опет добар – *ut errantem ovem reducat et ei medeatur*.“⁹ Овако одређена ресторативна, поправна сврха казне представља у црквеном праву не само околност коју судије морају ценити при одабиру и одмеравању казне већ надомешћује недостатак начела законитости у погледу црквених казни. Потреба за јасним одређењем сврхе казне и њен значај су утолико већи у црквеном казненом праву него у државном кривичном праву, у коме је сврха казне ретко законски прокламована, а када то јесте, онда се своди на још једну у низу околности које треба проценити при одмеравању казне.

Ценећи мишљење и став владике Никодима као великог ауторитета у црквеном праву, прихватимо да је суштина црквене казне зло односно одмазда. Такође, мишљења смо да ово гледиште уопште није назадно или ригидно, већ напротив – да је управо то верна слика природе казне, и то не само црквених казни. У теорији државног кривичног права казна се дефинише као репресивна мера државне реакције на криминалитет. Синтагма „репресивна мера“ само је формалнији израз који мање пара уши од речи „зло“ и „одмаст“. Тако се, на пример, суштина казне у савременој руској црквеноказненој литератури описује као репресивна мера којом се преступник против црквених канона лишава свих или неких права и благослова који су у надлежности цркве, или се одлучује на неко време од светих тајни или се удаљава из цркве или трајно престаје да буде њен члан.¹⁰

Казна би престала да буде казна када би јој се одузело њено репресивно својство. Ово само значи да је репресивност аутентични

⁸ Н. Милаш, *Правила Православне цркве са тумачењима*, књ. 1, Наклада књижаре А. Пајевића, Нови Сад 1895, 593–594.

⁹ Н. Милаш, „Правило: „*nullum crimen, nulla poena, sine lege*“ у црквеном казненом праву”, *Архив за правне и друштвене науке*, 1/1913. Текст чланка преузет из часописа *CRIMEN* 3/2020, 366–371.

¹⁰ А. М. Величко, *Наказание в каноническом праве*, Теологический вестник – Теологические исследования Смоленской Православной Духовной Семинарии, 2019, 93.

елемент казне, срж њене природе, без ког она не би могла да постоји.¹¹ Прихватање одмазде за суштину казне¹² не значи затварање пута ка остваривању превентивних, ресторативних или репаративних циљева таквом казном. Ако је суштина казне одмазда, то не значи нужно и да је одмазда њен једини или главни циљ. Управо у томе лежи корисност теоријског диференцирања сврхе од суштине казне. Такође, не треба овако одређену казну посматрати као освету или као оквир за реализацију талионског принципа у пракси. У црквеном казненом, као и у кривичном праву, реакција „злом на зло” померена је на виши – јавноправни ниво и тешко је замисливо да би црква одобравала преузимање правде у своје руке у виду личне освете. Јавноправни карактер казне јесте сличност црквеног и државног казног система.

У науци црквеног права казна није одувек поимана као зло, тачније искључиво као зло, што је приступ који је, преко византијског, преузет из римског права. Насупрот овом гледишту стоји став да је казна у суштини добротворство, што је образлагано тиме да се „казна налаже преступнику да би се он измирио са увријеђеним Божанством и да би се кроз казну ослободио Божје срцбе, те да према томе казна није зло, него добротворство које црква пружа преступнику да би се он поправио и постао опет добар син цркве.”¹³ Приликом тумачења канона Светог Василија Великог, Тодор Валсамон, говорећи о различитим приступима казни грађанског (државног) и црквеног права, дао је потпору управо оваквој слици природе казне. „Црквене казне не кажњавају, него посвећују и лече, (...) а грађански закон кажњава, а не лечи.”¹⁴ Црква, дакле, својим средствима – казнама, омогућава преступнику, грешнику да се „помири са Богом”, па се казна сматра добротворством, јер – да нема цркве да човеку пружи такву могућност за исправљање (покајање), како би се грешни човек помирио са праведним Богом?¹⁵

¹¹ Државно кривично право зато обилује различитим врстама кривичних санкција, од којих није код свих изражен исти ниво репресивности (мада се ова црта може градити и унутар самог казног система, између различитих врста казне), и које имају неку другу доминантну црту којом се делотворније постиже посебна сврха те врсте санкције. Погодан пример су мере безбедности и њихова куративна природа.

¹² Термин *одмазда* употребићемо само у вези са црквеном казном, због духа црквеног права, и то као архаичну реч, коју су махом користили аутори тога доба, пре више од једног века, попут владике Никодима Милаша и Томе Живановића, мада не би било погрешно говорити о репресивности ни на овом месту, као што ће то бити случај приликом разматрања суштине казне као кривичне санкције.

¹³ Н. Милаш (2005), 107.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ У кривичноправној литератури среће се став да је ретрибутивизам у погледу сврхе казне врло пријемчива идеја за црквено право, јер задовољење правде, поновно

Владика Никодим с правом приговара оваквом поимању казне сматрајући га погрешним, јер не увиђа или не уважава довољно разлику између суштине и сврхе казне, те сврху поистовећује са суштином. Напред смо већ указали на опасност од њиховог поистовећивања, тј. на опасност од изједначавања репресивности казне (било црквене, било кривичне санкције) као њене карактеристичне црте са ретрибутивношћу која представља сврху казне. Сада, у овом другом случају, посреди је исти проблем, само што грешка иде у супротном смеру – од сврхе ка суштини. Владика Никодим је јасан у ставу да је погрешно закључити да је свака црквена казна само добротинство за преступника и средство за његово поправљање, мада исто тако јасно наводи да уважава узвишеност и племенитост такве сврхе, не одступајући од тога да се казни не може негирати елемент „зла”.¹⁶ Мишљења смо да овакав приступ владике Никодима треба пренети и на теорију кривичног права, па га и усвојити у погледу казни као кривичних санкција у српском позитивном кривичном законодавству.

Слично Кривичном законнику Србије, који сврху казне прописује у оквиру опште сврхе кривичних санкција, односно изводи из опште заштитне, гарантивне функције кривичног права, владика Никодим наводи три сврхе црквених казни које проистичу из „задатка саме цркве у свијету”. Тако, сврха казне стоји у тешњој вези са општом сврхом цркве у свету – а то је удостојавање људи вечног спасења, него са својом суштином. „Независна је од суштине црквене казне сврха коју црква тежи да кроз казну постигне.”¹⁷

Трострука је сврха црквене казне: поправљање преступника, сачување осталих чланова цркве од злих дела и очување угледа саме цркве. Већ на први поглед трострука сврха црквене казне неодољиво подсећа на специјалну и генералну превенцију криминалитета, и то како негативну – одвраћање других од вршења кривичних дела, тако и на позитивну општу превенцију – изражавање јавне осуде,

успостављање правде и измирење злочинца са друштвом путем одмазде „наликује хришћанској идеји о окајавању грехова.” Овакав став вид.: И. Вуковић, „Сврха кажњавања као критеријум одмеравања казне”, у: *Казнена реакција у Србији, 4. део*, тематска монографија (ур. Ђорђе Игњатовић), Београд 2014, 153. Ипак, ми не видимо како би одмазда могла да буде тачка повезивања ретрибутивних правних теорија и црквеног права, с обзиром на то што се у теорији црквеног права правилно разликује сврха од суштине казне, захваљујући владици Никодиму Милашу, што није случај у науци кривичног права, због чега у њој и даље постоје непотребне недоумице. Непотребне – зато што би се могле отклонити преузимањем оваквог приступа из црквеног казног права.

¹⁶ Н. Милаш (2005), 108.

¹⁷ *Ibid.*, 110.

јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона. Дакле, сврха црквених казни и сврха казне прописана у Кривичном закону Србије (члан 42) готово је истоветна. Сврха црквених казни је превасходно превентивна, а не ретрибутивна. Филозофија и правна наука својевремено су разматрале и прихватале одмазду као једини циљ казне, али такав поглед на казну био би у црквеном праву неспојив са јеванђелским принципима који су – правним језиком речено – темељна начела.¹⁸ Генерално превентивно дејство, које је у кривичном праву схваћено као одвраћање других чланова друштва од криминалитета, у црквеном праву схваћено је и као васпитавање за вечност.¹⁹

Наука црквеног казног права одмазду правилно квалификује као суштину казне, а не као њен циљ. Одмазда није и не може бити циљ црквених казни, јер казна није самој себи циљ. О томе да казна није сама себи циљ саглашавају се аутори у обе области правне науке. У деловима рада који следе биће образложено зашто у кривичном праву казна није и не може бити себи циљ и зашто циљ казне треба да буде нешто што је изван њене суштине. У науци црквеног права Суворов сматра да би казна која је сама себи циљ порицала човекову слободу.²⁰ Зато се циљ црквене казне такође налази изван њене суштине и огледа се у оном добротинству које се остварује посредством цркве – помирењу са вољом Божијом.²¹ Поправљање преступника и његово враћање на исправан пут примаран је међу поменутиим циљевима.²² Једна заблудела овца је Христу важнија од читавог стада и зато црква не одустаје од исправљања човека и верује у његову способност да се поправи. То, међутим, није ласкање човековој природи и јасно је да је и општепревентивно дејство потребно и корисно како би било опомињуће за друге вернике над којима увек лебди опасност од оглушења о закон. Црква, примењујући казне за „црквене кривице”, мисли на добробит појединца који се огрешио о закон, о целом стаду, али и о себи и свом поретку и угледу.

¹⁸ „Принцип одмазде, у којој већина ... види једно од руководећих начела казнене делатности, одлучно противречи јеванђеоским заповестима...”, С. В. Познишев; цитат преузет од: А. А. Дорская, Взаимодействие уголовного и процессуального права Российской империи с церковным правом, *Известия Российского государственного педагогического университета им. А. И. Герцена* 11/2005, 258.

¹⁹ Н. С. Суворов, *О церковных наказаниях. Опыт исследования по церковному праву*, Санкт Петербург 1876, 27.

²⁰ *Ibid.*, 31.

²¹ Н. Милаш, *Православно црквено право*, Истина, издавачка установа Епархије далматинске, Београд–Шибеник 2004, 528.

²² Б. Градашевић, „Црквена казна над убицама у Византији”, у: *Зборник Православног богословског факултета*, Београд 1952, 418.

Допринос владике Никодима црквеноправној науци је огроман, тим пре ако се има у виду да је његово дело о црквеном казненом праву једино у тој области на нашем правном подручју. Очигледно је да је владика веома добро познавао и разумео право, те не изненађује то што је сам саставио својеврстан црквеноказнени законик, назвавши га *Синопис црквеног казног права*. *Синопис* се налази на крају његовог дела *Црквено казно право* и подељен је у „опћи и посебни део”, чиме наликује на систематику и структуру кривичних кодекса. Већ на почетку друге главе општег дела, који се односи на црквене казне, у члану 17 и 18, владика Никодим одређује јасно како сврху црквених казни тако и њихову суштину. Мада српски кривични кодекс прописује изричито сврху казни, не сматрамо да је нужно да прописује и суштину казне. Довољно је да казна буде теоријски одређена, али би било пожељно повући јасну границу између сврхе и суштине казне у кривичном праву, јер репресија или чак ретрибуција као суштина казне не противречи превенцији и поправљању као сврси казне. Наука кривичног права требало би да ово научи од науке црквеног казног права.

3. Сврха казне – реч законодавца и теоријски концепти

Кривични законик²³ представља у упоредном кривичном праву редак пример кривичног кодекса који изричито прописује сврху кривичних санкција. Општа сврха кривичних санкција прописана је у четвртом члану Кривичног законика Републике Србије, а сврха казни нормирана је у 42. члану. На одговарајућим местима у општем делу Законик одређује сврху и других врста кривичних санкција, а то су – мера упозорења (члан 64 КЗ-а) и мера безбедности (члан 78 КЗ-а), док сврху васпитних мера одређује *lex specialis*²⁴ који је посвећен кривичној одговорности малолетних лица. С обзиром на тему и предмет овог рада акценат ће бити стављен на сврху кажњавања, а неизоставно мора бити речи и о општој сврси кривичних санкција у оквиру које су и дефинисане сврхе прописивања и изрицања појединих врста санкција.

У другом ставу четвртог члана Кривичног законика каже се да је општа сврха прописивања и изрицања кривичних санкција сузбијање дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене

²³ Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

²⁴ Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, у десетом члану прописује сврху васпитних мера.

кривичним законодавством. На овај начин је теоријски став о заштитној функцији кривичног права добио своје законско уобличење и важност. Сврха постојања кривичног права није у прописивању кривичних дела и пуком констатовању која су то дела друштвено штетна и неприхватљива, већ у заштити поретка, друштва и појединца од таквих дела. То се, логично, постиже прописивањем и изрицањем мера којима се санкционише такво непожељно понашање. Кривично право својим механизмима, ако се тако схвате кривичне санкције, штити једно друштво и њему најпрече вредности, омогућава његово постојање и развој. Одавно се употребљава као изрека мисао да је историја кривичног права у ствари историја казне. Казна је само једна, најраспрострањенија врста кривичних санкција, од којих свака на свој начин служи општој сврси постојања кривичног права. Дакле, заштитна функција се остварује на различите начине, различитим дејствима. Углавном, пут ка заштити друштва од криминалитета трасиран је у два нивоа: један је превентивни а други је ниво ретрибутивног дејства кривичних санкција. Као што се може приметити, наш законодавац изричито предвиђа превентивно дејство кривичних санкција – спречавање кривичних дела, али се ретрибутивност не може негирати, нарочито ако је неоспорна чињеница да су међу кривичним санкцијама најбројније казне. Пре него што буде речи о суштини кривичних санкција и казни, о којој не говори законодавство, већ само јуриспруденција, и то често посредно, потребно је размотрити законске одредбе о сврси кажњавања.

У оквиру опште сврхе кривичних санкција, каже 42. члан Кривичног законика Србије, сврха кажњавања је: 1) спречавање учиниоца да чини кривична дела и утицање на њега да убудуће не чини кривична дела; 2) утицање на друге да не чине кривична дела; 3) изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона; и 4) остваривање праведности и сразмерности између учињеног дела и тежине кривичне санкције. Прва тачка, тј. сврха казни, јесте специјална превенција, а друга и трећа тачка представљају генералну – негативну и позитивну превенцију. Четврта је најскорије прокламована сврха казне и додата је новелама КЗ-а из 2019. године.²⁵ Том приликом је, како је врло брзо приметила стручна јавности²⁶, направљена једна грешка – прописано

²⁵ Закон о изменама и допунама Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 35/2019

²⁶ З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, 11. допуњено издање, Службени гласник, Београд 2021, 229.

је да праведност и сразмерност треба постићи између учињеног кривичног дела и тежине кривичне санкције, уместо између кривичног дела и казне.

Кључне речи које у 42. члану КЗ-а треба уочити, издвојити и тумачити су: спречавање и утицање, у првом реду, а затим и праведност и сразмерност. Тумачење и анализа управо ових појмова послужиле при теоријском сагледавању законом одређене сврхе казни, и што је важније – у проналажењу суштине казне и њеном разграничењу од сврхе казне. Скретање пажње на ове појмове биће од користи у разматрању питања да ли је сврха казни у српском кривично-правном систему само превентивна. Са тежњом да се на постављена питања дају темељни и исправни одговори, на овом месту сматрамо да је потребно представити погледе теорије кривичног права на сврху, тј. циљ казни.

У теорији се најчешће употребљавају синонимни термини сврха или циљ казни, па се не може рећи да о овом питању постоји термилошка неусаглашеност као у случају суштине казне.²⁷ Учења о сврси, тј. циљевима казне могу се систематизовати у три теоријске групе, које чине – апсолутна, релативна и мешовита теорија.²⁸

Апсолутна теорија као једину сврху казне види ретрибуцију, репресију, одмазду, зло којим се појединцу узвраћа за зло које је нанео другом члану друштва, друштву у целини или некој вредности до које је заједници посебно стало. Ово гледиште је прилично искључиво и с правом се због тога у литератури означава као застарело и за модерно²⁹ друштво неприхватљиво и недопустиво.³⁰ Са овим становиштем се у потпуности саглашавамо, при чему сматрамо потребним да на овом месту поставимо питање – да ли ретрибутивност, иако није једини циљ казне, данас – у савременом друштву, у потпуности ишчежава из суштине казне, па чак и из њене сврхе? Такође, постоји и став

²⁷ Питање је дали у погледу суштине казне постоји термилошка неусаглашеност, будући да се често не говори о суштини казне, већ о њеном правом основу, пореклу и оправданости.

²⁸ Овако систематизоване теорије о сврси казне вид.: З. Стојановић, 227–228. и Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, пето издање, Досије студио, Београд 2018, 235–236.

²⁹ О томе које су тенденције у модерном кривичном праву у погледу казне: „Отуда сврха кажњавања мора да прати савремене тенденције криминалне политике, која иде за смањивањем употребе казне затвора, проширивањем примене алтернативних санкција и диверзификационих мера, подразумева се, уз пуно поштовање права жртава.” Д. Миладиновић Стефановић, *Редовно одмеравање казне у кривичном праву*, докторска дисертација, Правни факултет, Ниш 2012, 230.

³⁰ З. Стојановић, 227.

да апсолутна теорија у ствари и не говори о циљу казне, јер казна, схваћена искључиво као ретрибуција, представља само вид реакције државе, тј. друштва на криминалитет – одмазду, скоро освету, при чему последице и ефекти такве мере нису у фокусу ни теорије ни праксе.³¹ У вези с тим, интересантна је и подела казни на казну одмазде и казну циља.³² Реч је у ствари о погледима класичне и позитивне школе кривичног права на циљ казне, те произлази да казна одмазде нема свој циљ, већ да је одмазда сама себи циљ. Ипак, ова недоумица је решена у правној теорији још пре једног века, када је написано да казна одмазде има за циљ да „задовољи осећај правичности и заштити опстанак друштва.”³³ Дакле, може се направити паралела између апсолутне теорије и учења класичне школе кривичног права³⁴ и њихових погледа на ретрибутивност, тачније правичност казне.³⁵

Релативне теорије се умногоме разликују од апсолутних јер у казни не виде одмазду, већ корисну меру за заштиту друштва од криминалитета. Сврха казне је заштита друштва од криминалитета кроз сузбијање ове социјалнопатолошке појаве, у чему се и огледа друштвена корисност казни. Друштвена корисност казне, која је неоспорно репресивна мера (по својој природи односно суштини), оправдава њено постојање. Овде се, дакле, преплићу појмови сврхе, циља казне и њене оправданости. Има неколико врста релативних теорија које се разликују по томе на који начин се остварује зацртани циљ – спречавање криминалитета. Реч је о теоријама специјалне и генералне превенције. Дакле, релативне теорије уместо ретрибуције за основни циљ казне постављају превенцију. Том логиком, казне су мере којима се утиче на лице које је већ извршило кривично дело да убудуће не предузима криминалне делатности, али и мере којима се утиче на друге чланове друштва, који можда никада пре нису извршили ниједно кажњиво дело, да такво дело никада и не учине. Како се то постиже? Теорија специјалне превенције даље се грана на теорије застрашења, поправљања и теорије старатељства, а теорија генералне превенције на теорију општег застрашења предвиђањем казне (психолошка принуда), теорију опомене предвиђањем казне (морална принуда) и теорија застрашења извршењем казне.³⁶ Дакле, може се

³¹ *Ibid.*

³² Д. Суботић, *Казна и њен циљ*, Штампарија Ђорђевића и Гилића, Јагодина 1910, 14.

³³ *Ibid.*

³⁴ Д. Јовашевић, 36–37.

³⁵ Д. Суботић, 15.

³⁶ Д. Јовашевић, 236.

закључити да је за све релативне теорије превенције заједнички именилац превенција, која се у принципу постиже застрашењем или опоменом и преваспитавањем. Само постојање казне или њено извршење на одређени начин треба да опомене потенцијалног учиниоца, да га застраши и тиме одврати од идеје и намере да приступи извршењу кривичног дела. С друге стране, казна која се већ извршава над учиниоцем кривичног дела треба да служи његовом поправљању, ресоцијализацији, преваспитавању и отклањању криминогених фактора који су на њега деловали. Имајући све ово у виду, чини се да је наш законодавац употребом глагола „спречавати” и „утицати” у 42. члану Законика обухватио све облике превенције криминалитета, што даље значи да српски Кривични законик прихвата релативну теорију о циљу казне. Ипак, да ли је то тако?

Питање је на месту с обзиром на то да у правној теорији постоји и мешовита теорија о циљу казне. Може бити да разрешење ове правнотеоријске ситуације не лежи у крајњим опцијама, већ управо на средини и врло је извесно да ниједна од ових теорија сама за себе не може да се одржи, те да пуни потенцијал достижу тек заједно. Срж мешовите теорије најбоље осликава став да се учинилац „кажњава и зато што је згрешио, али и зато да се не би више грешило.”³⁷ Иако се нама чини да је мешовита теорија најприхватљивија и да је наведени цитат најбољи и најочигледнији разлог за њено прихватање, у правној теорији постоје и супротни ставови, које такође треба изложити. Тако, каже се да „мешовите теорије садрже у себи извесну контрадикцију јер је тешко истовремено вршити и праведну одмазду и казном остваривати друштвенкорисне циљеве. Тешко је замислити једну мешовиту теорију у којој би обе сврхе биле равноправне.”³⁸ Ово становиште се може прихватити уколико се ретрибутивност казне сведе на то да је казна одмазда. Није чудно ако је прва асоцијација на термин „одмазда” талионски принцип „око за око, зуб за зуб”, али ово није и једино значење одмазде. Појам одмазде се у српском језику користи као синоним речи ретрибуција (лат. *retributio*); и док *Речник Матице српске*³⁹ дефинише одмазду као узвратну казнену, репресивну меру за учињено дело или као освету, треба имати на уму да је ретрибуција реч која у латинском језику има значење накнаде⁴⁰. Није излишно

³⁷ *Ibid.*

³⁸ З. Стојановић, 228.

³⁹ *Речник српскога језика*, Измењено и поправљено издање, Матица српска, Нови Сад 2011, 845.

⁴⁰ Хрватска енциклопедија, мрежно издање, Лексикографски завод Мирослав Крлежа, 2021. <http://www.enciklopedija.hr/Natuknica.aspx?ID=52581> 22. 7. 2023.

посебно нагласити да овај рад не представља одбрану ретрибутивности као (једине) сврхе казне, већ, напротив, представља тежњу да се у модерном српском кривичном праву нађе право место елементу ретрибутивности у казненом систему и да се ретрибутивност правилно сагледа. Ово је посебно важно да би се предупредила црно-бела тумачења сврхе казне у нашем правном систему.

Шта се при крају овог одељка може закључити – која је сврха казне у српском кривичном праву? Имајући у виду одредбу Законика и све изложене теорије, одговор на ово питање чини се очигледним – српски законодавац прихвата релативну теорију и као сврху казне предвиђа превенцију. Међутим, одговор на ово питање није сасвим очигледан, нарочито ако се узме у обзир четврти став 42. члана који говори о праведности и сразмерности казне односно кривичне санкције. Праведност и сразмерност су као сврха казне уведене изменама и допунама кривичног кодекса наше земље 2019. године. У одељку *Објашњење основних правних института и појединачних решења* законодавац о проширеној сврси кажњавања каже само: „Чланом 1 Нацрта закона допуњује се члан 42 Кривичног законика, тако што се уводи још један циљ који треба да се постигне сврхом кажњавања, а то је остваривање праведности и сразмерности између учињеног дела и тежине кривичне санкције. На тај начин дају се смернице судијама да приликом одмеравања казне узму и овај разлог, а у циљу постизања сврхе кажњавања у сваком појединачном случају.” Чини се да је ово образложење прилично штуро и мањкаво, а не треба још једном спомињати и омашку у употреби појма кривичне санкције уместо казне.

Остаје само да се закључи да је циљ нормирања ове сврхе казне скретање пажње судијама на још једну компоненту коју морају узети у обзир при одмеравању казне. Зато се чини да законодавац и није имао у виду смисао који овој одредби даје правна наука – прокламовање, или чак признање ретрибутивности за једну од сврха казне у нашем систему. Због тога не изненађује то што законодавац даље не образлаже своје мотиве за овакву допуну у општем делу и може се водити полемика о томе да ли је она била само пратећа измена уз неке друге важније новеле, попут увођења казне доживотног затвора, или нових посебних правила одмеравања казне вишеструким повратницима.⁴¹

⁴¹ Може се заступати теза да је законодавац сматрао важнијим норме о поврату, које заједно са одредбама о стицају представљају посебна правила за одмеравање казне. Различити видови плуралитета кривичних дела заиста, због повећане криминалне количине, захтевају примену посебних правила, строжих од редовног одмеравања казне. Ипак, то не значи да је сврха кажњавања или општа сврха кривичних санкција

Да овај рад не би био само у негативном тону, сматрамо за корисно да као позитиван пример поново истакнемо то што је српским кривичним законодавством уопште нормирана сврха кривичних санкција и сврха казне, јер та норма, ма какава била, представља полазишну тачку за бављење овим сложеним питањем у нашој науци о кривичном праву. Уз то, за разлику од формулације нове, четврте сврхе казне, мора се признати да је законодавац врло лепо срочио одредбу о тзв. позитивној генералној превенцији, а то је код нас изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона.

4. Суштина казне као кривичне санкције

За разлику од сврхе казне, њена суштина и природа нису предмет законске регулативе. Ово је пре питање теорије и филозофије кривичног права него област којом се законодавци баве. Због тога, до одговора на питање о суштини казне у српском кривичном праву мора се ићи заобилазним путем – анализом дефиниција и особина која је теорија кривичног права приписала казнама. Теорија кривичног права је из свих законом обликованих особина различитих врста казни издвојила заједничке особине и апстраховала их као опште, те на том темељу изградила дефиниције. Сетимо се да српски законодавац, поред услова за примену казни, одређује и сврху сваке врсте казне понаособ, те је због тога теже поставити границу између сврхе и природе казне, с обзиром на то што се и сврха може сматрати елементом односно особином казне, поред неких других елемената који проистичу из општих начела и духа нашег кривичног законодавства у целини. У овом одељку рада биће изложена теза да је ретрибутивност компонента иманентна свакој казни и да се различити теоријски погледи у овој области могу помирити ако се ретрибутивност сагледа као суштинска особина казне, без обзира на то који су циљеви казне теоријски или законски прокламовани. Ваља почети од дефиниције кривичних санкција и казни и посветити се анализи њихових елемената.

По дефиницији: „Кривична санкција је *принудна мера* за заштиту друштва од криминалитета, коју изриче суд учиниоцу кривичног дела, у кривичном поступку и под условима који су одређени

у случајевима стицаја и поврата другоразредно питање. Напротив, њу једнако пажљиво треба ценити и приликом примене општих правила одмеравања казне. Више о томе вид.: А. Ристић, *СТИЦАЈ КРИВИЧНИХ ДЕЛА*, мастер рад, Правни факултет, Ниш 2021, 102.

законом, а која се састоји у *одузимању или ограничавању* слобода и права или *упозорењу* учиниоцу да ће му слободе или права бити одузети или ограничени ако поново изврши кривично дело.⁴² Поређења ради, наводимо и другу дефиницију: „Кривичне санкције су законом предвиђене *репресивне мере* које се, с циљем сузбијања криминалитета, примењују према учиниоцу противправног дела које је у закону одређено као кривично дело, на основу одлуке суда донете након спроведеног кривичног поступка.”;⁴³ и дефиниције аутора⁴⁴ са подручја бивше југословенске државе који кривичне санкције такође одређују као „правно организовану принудну меру”,⁴⁵ као „законом прописане садржаје и начине казненоправне принуде(...) ради остваривања опште сврхе свих и посебне сврхе управо изречене врсте кривичне санкције”,⁴⁶ и „државне мере које се састоје у губитку или ограничењу њихових права.”⁴⁷

Из наведеног се уочава да се сви аутори саглашавају у томе да су кривичне санкције принудне, репресивне мере, а неки од аутора подробније објашњавају то својство наводећи да је реч о мерама одузимања или ограничења неких права, односно упозорења да права могу бити одузета или ограничена. Упозорење као вид реакције на учињено дело представља карактеристику мера упозорења, а у српском кривичном праву то су судска опомена и условна осуда. Може се уочити разлика у одређењу циља кривичних санкција као заштите друштва од криминалитета, сузбијања криминалитета и упућивања на законски одређене сврхе. Ипак, у овоме не видимо некакво неслагање у погледу сврхе кривичних санкција или давање предности једној сврси над другом тиме што ће бити унета у дефиницију, а неке друге неће. Просто, дефиниције не би требало да буду гломазне и пожељно је да једноставно, јасно и концизно представљају суштину института, што је циљ који је у свим наведеним случајевима постигнут. Због тога, међутим, у овим одређењима нису садржани сви елементи, све особине кривичних санкција и у литератури оне се често износе и образлажу засебно. Општи елементи кривичних санкција у српском кривичном праву су: кривично дело као основ, повод за

⁴² Д. Јовашевић, 202–203.

⁴³ З. Стојановић, 42.

⁴⁴ Цитати одређења кривичних санкција ових аутора преузети су од Д. Јовашевић, 203.

⁴⁵ Г. Марјановић, *Македонско кривично право, Општи дел*, Правни факултет, Скопје 1998, 261.

⁴⁶ Ж. Хорватић, *Казнено право, Опћи дио*, Правни факултет, Загреб 2003, 134.

⁴⁷ П. Новоселец, *Опћи дио казног права*, Правни факултет, Загреб 2004, 327.

примену кривичне санкције; законитост кривичне санкције; законом предвиђен поступак и орган који изриче санкције; принудни карактер ових мера; ограниченост примене заштитном функцијом кривичног права; ограниченост примене с обзиром на узраст учиниоца (кривична неодговорност лица млађих од 14 година); и сврха кривичних санкција.⁴⁸ Скоро на истоветан начин опште особине кривичних санкција набрајају и други аутори: циљ санкција је сузбијање криминалитета; репресивни карактер; примена према учиниоцу законом одређеног кривичног дела (дакле, дело као основ примене); законитост кривичне санкције; орган који примењује, изриче санкцију; и правни оквир за изрицање – кривични поступак.⁴⁹

Дакле, на овом месту треба констатовати – репресивност, принудни карактер кривичних санкција је неоспоран елемент; као и сврха кривичних санкција, која се такође сагледава као један од њених општих елемената/особина.

Као што је општепознато, казне су најзначајнија врста кривичних санкција. Довољно је рећи да се њихов значај огледа у томе што Кривични законик у посебном делу предвиђа само казне за свако појединачно кривично дело, и то казну затвора и новчану казну, док је примена других врста казне појединих кривичних дела условљена мером, висином казне затвора која је прописана за то дело. На пример, рад у јавном интересу се као главна казна може изрећи само као алтернатива казни затвора, када су за то испуњени законом предвиђени услови из 52. члана КЗ-а, јер ова казна у посебном делу нигде није иницијално предвиђена.

Казне су „принудне мере предвиђене у закону који изриче суд учиниоцу скрвиљеног кривичног дела с циљем заштите човека и других основних друштвених вредности, а која се састоји у одузимању или ограничавању његових слобода и права.”⁵⁰ Са циљем да се извуку релевантни закључци који нису засновани само на једном мишљењу, наводимо и другу дефиницију казне у српском кривичном праву: „Казна је законом предвиђена репресивна мера која се у циљу сузбијања криминалитета примењује према учиниоцу кривичног дела на основу судске одлуке после спроведеног кривичног поступка.”⁵¹ Поред оваквих одређења, која садрже и материјална и формална обележја, постоје и одређења казне која истичу искључиво формални

⁴⁸ Наведено према Д. Јовашевић, 204.

⁴⁹ Наведене особине према З. Стојановић, 42.

⁵⁰ Д. Јовашевић, 213.

⁵¹ З. Стојановић, 225.

елемент – правни елемент, чињеницу да је казна „појава” одређена, ограничена и условљена законом, док се према неким схватањима предност даје само материјалном елементу – чињеници да је казна реална друштвена појава која испуњава одређене друштвене циљеве.

Слично као код кривичних санкција, у литератури се наводе особине казне као једне врсте санкција. У начелу, посреди су неке њихове истоветне особине (што је логично јер је казна врста санкције, ужа категорија која има и особине целе категорије и своје особености) – законитост казне, суд изриче казну у законом регулисаном кривичном поступку, казна је принудна мера (и то санкција код које је ниво репресивности највећи од свих других врста санкција), сврха казне, посебно одређена Закоником и напред већ образложена, такође се наводи као особина. Најважнија *differentia specifica* у односу на друге врсте кривичних санкција јесто то што се казна може изрећи само учиниоцу скривљеног кривичног дела. Да би казна била изречена и спроведена, није довољно само да је објективно остварено противправно дело, већ на страни учиниоца мора постојати кривица – одређени психички однос према том делу. У српском кривичном праву је већ у другом члану Законика нормирана максима *nulla poena, sine culpa*, што значи да нема казне без кривице. Кривица је у српском кривичном праву основ кажњивости, тј. основ за примену казне и мера упозорења. Уз то, поред наведених општих елемената, у литератури се наводе и релативни елементи, особине које не садрже баш све врсте казни, али су свеједно вредне помена, а то су чињеница да је казна лична, да треба да буде хумана, морална, сразмерна кривичном делу и кривици, дељива, опозива, поправљива и замењива.⁵²

Дакле, може се закључити: репресивност се истиче као општа особина свих кривичних санкција, а неизоставно као општа, стална особина свих врста казни, а законско одређење сврхе кривичних санкција и сврхе казни се убраја у опште елементе ових појмова. Репресивни елемент је најизраженији код казне и представља њену темељну црту. Међу осталим наведеним елементима су они који попут законитости казне представљају остварење неких начела кривичног права или су у питању чисто правни, формални елементи као што су орган и правни оквир за изрицање казне. У односу на такве елементе сматрамо да је репресивност аутентична особина казне у којој је оличена њена природа, односно њена суштина. Ово проистиче из чињенице да се казнама одузимају или ограничавају одређена права и слободе

⁵² Релативне особине издвојене и образложене вид. у: Д. Јовашевић, *Лексикон кривичног права*, 4. издање, Службени гласник, Београд 2011, 576.

лица које је кривично одговорно за утврђено кривично дело. Казна је мера којом се најочигледније задире у корпус права и слобода учиниоца кривичног дела, при чему држава то чини противно његовој вољи и врло често мимо његове воље.⁵³ Ако би се, на пример, у идеалном случају, учинилац кривичног дела покајао и прихватио казну и са њом се сагласио, то не би имало никаквог утицаја на изрицање казне (мада стварно кајање може имати утицаја на одмеравање казне) и нимало не би умањило њену репресивност. Иако казна у неким случајевима зависи од воље оштећеног – просто зато што је кривично гоњење условљено приватном кривичном тужбом пасивног субјекта кривичног дела, изрицање и примена казне не зависе од воље окривљеног. Кривично право и кривичне санкције су јавноправног карактера и примењују се увек када су испуњени законски услови, без обзира на вољу учиниоца и независно од ње. Као својеврсан изузетак у казном систему Србије намеће се рад у јавном интересу, који је законски сврстан у казне, мада његова примена, поред других постављених услова, зависи од пристанка учиниоца. Било би интересантно испитати зашто ова кривична санкција код нас представља казну, док је у земљама англосаксонског правног подручја парапепална, алтернативна мера. Такође, занимљиво је приметити и то да, осим раскорака између законске категоризације и законски постављених услова за примену ове санкције, српско кривично право препознаје поједине мере које по својој садржини подсећају на друштвенкористан рад, а које наш законодавац предвиђа као васпитне налоге или посебне обавезе – мере упозорења и усмеравања у малолетничком кривичном праву.

У литератури се може срести став да ретрибутивност као основну, суштинску особину казне поткрепљују и друге особине, односно да из тих других особина ретрибутивност проистиче.⁵⁴ Тако су основ за казну и остварено противправно дело и кривица учиниоца, што се уклапа у кантовски поглед на казну као на заслугу за учињену неправду и у начело да нема казне без кривице, при чему се захтева да казна буде саображена, сразмерна и делу и кривици учиниоца. Затим, врло интересантно, спомиње се право учиниоца да буде кажњен, будући да је он члан заједнице чије је вредности повредио и поредак нарушио. Ово помало подсећа на теорију друштвеног уговора, док на

⁵³ *Ibid.*, 578.

⁵⁴ Интересантно је да се у литератури чести изрази *ретрибутивност* и *репресивност* користе синонимно. Ипак, сматрамо да разлике постоје и тај став ћемо образложити у одељку који следи.

Хегелово учење о казни подсећа захтев да казна буде схваћена као негација стања у друштву поремећеном кривичним делом, при чему се таквом негацијом у друштву поновно успостављају поредак и хомеостаза. И коначно, као последице, ефекти репресивности наводи се опомињуће и застрашујуће дејство казне, путем којег се остварује њена превентивна функција. На овај начин везу између репресивности и других елемената казне види Хорватић.⁵⁵

Претходна анализа теоријског одређења кривичних санкција и казни и анализа њихових особина наводи на јасан закључак – репресивност је суштинска особина, срж правне природе казне, и мада се она наводи као општа особина свих кривичних санкција, ниво репресивности је код казни највећи и најизраженији. Репресивност, тачније ретрибутивност се као сврха казне може критиковати и осуђивати, али се не може оспорити да је казна по својој природи репресивна. Сматрамо да овој чињеници због њене очигледности није посвећено довољно пажње. Уколико би се јасно разлучила сврха од суштине казне, могао би се заступати став да је у српском кривичном законодавству, чак и после новела из 2019. године, прихваћена само релативна теорија о сврси казне, а да четврти став у ствари не представља прокламацију ретрибуције као циља казне, већ законско постављање граница репресивне природе казне. Управо се такво становиште заузима у овом раду.

Мишљења смо да је законодавац својим површним приступом питању сврхе казне и невештим језичким уобличењем норме и постављањем норме тамо где јој заправо није место изазвао непотребну теоријску расправу о репресивности као о сврси казне и да је српско кривично право довео у опасност од осуде да је назадно и да иде у смеру супротном од савремених тенденција, а то је пре ресторативна, него репресивна правда. Прихватање становишта изложеног у овом раду, надахнутог приступом владике Никодима Милаша казни у црквеном праву, могло би сачувати српско кривично право од могуће стигматизације те би, што је још важније – репресивност казне нашла своје право теоријско место.⁵⁶

⁵⁵ Ж. Хорватић, 156, наведено према Д. Јовашевић (2018), 214, фн. 379.

⁵⁶ У историји српског кривичног права, нарочито у току средњег века, учавају се утицају како византијског тако и црквеног права на тадашње кривично право. Ово је сасвим логично и општепознато. Међутим, у то доба утицај се читавао у посебном делу кривичног права, с обзиром на то што норме општег дела какво данас познајемо нису тада постојале. Више о томе вид.: А. Ристић, „Недозвољени прекид трудноће: развој инкриминације у историји српског кривичног законодавства”,

5. Ретрибутивност као сврха и репресивност као суштина казне у српском кривичном праву

У овом раду тежи се томе да се, по угледу на теорију црквеног казненог права, у теорији државног српског кривичног права направи дистинкција између сврхе и суштине казне. Као што смо показали, сам законодавац прописује сврху казне, док се до њене суштине у српском кривичном праву долази посредно. Ипак, није реч само о суштини казне у српском кривичном праву, јер у било ком правном систему казна увек остаје казна – принудна и репресивна. То је оно што она јесте, а оно што се њоме жели постићи може се на различите начине дефинисати и зависи од бројних фактора – историјских, политичких, идеолошких итд.

Као што сматрамо да је потребно и корисно разлучити суштину од сврхе, сматрамо да је пожељно приказати разлику између ретрибутивности и репресивности. Границе између ових парова појмова су танке и на први поглед невидљиве, али ипак постоје. Сврха је условљена суштином казне. Казна као мера не може постићи више од онога за шта је предодређена. Чиме је предодређена? Домети казне или било које друге казнене мере ограничени су и предодређени њеном природом и њеним особинама. Сматрамо да се ова теза може одржати чак и ако се прихвати став да је суштина казне оличена у репресивности, а да је њена основна и главна сврха превенција, тј. сузбијање криминала. Као што смо видели, у основи превентивног дејства казне леже застрашивање и опомена, па се с правом можемо запитати – шта је то у казни тако страшно да може да одврати потенцијалног учиниоца од потенцијалног кривичног дела и тако сузбије криминал? Одговор је, чини се, очигледан – репресија. Застаршење се постиже репресијом, чињеницом да је држава овлашћена на примену казне, и начином на који се она спроводи. Сетимо се, законодавац чак у одредби која несумњиво говори о специјалном превентивном дејству казне употребљава глагол *спречити* који има благо ретрибутиван призив, јер – како то једно лице може бити спречено да врши кривична дела? Такво лице се може *спречити*, онемогућити да (настави да) врши кривична дела и да повређује и угрожава друштво и његове вредности тако што ће бити изопштено из друштва, лишено слободе, противно својој вољи

Весник правне историје 1/2022, 12–16. Наравно, данас би такав утицај био тешко замислив и прихватљив, те овај рад не представља залагање за такав утицај у позитивном српском кривичном законодавству – реч је претежно о теоријским концептима и погледима.

и стављено у контролисане услове где би прилагођеним третманима требало *утицати* на њега да убудуће не врши кажњива дела. Ово ће истовремено служити и као пример другима и упозорење шта ће их снаћи ако и они пођу тим путем.

Дакле, превенција се постиже кроз репресију која је, разуме се, законита, легитимна, праведна и сразмерна. Може се зато рећи да је свака ретрибуција у суштини репресија, али није свака репресија ретрибуција, тј. одмазда. Да не би прерасла у ретрибуцију, репресија је ограничена захтевима праведности и сразмерности. Праведна је, легитимна и оправдана само она казна која је саображена сврси казне, општој сврси кривичних санкција и заштитној, гарантивној функцији кривичног права. Српски законодавац у трећем члану Кривичног законика прописује основ и границе кривичноправне принуде, те каже: заштита човека и других основних друштвених вредности представља основ и границе за одређивање кривичних дела, прописивање кривичних санкција и њихову примену, у мери у којој је то нужно за сузбијање тих дела. Уколико је у конкретном случају одмерена и изречена једна врста и мера кривичне санкције односно казне, а иста сврха се, с обзиром на све субјективне и објективне околности, могла постићи блажом врстом или мером казне, та казна губи свој легитимитет и из репресије прераста у ретрибуцију, тј. одмазду.⁵⁷ Репресија је дозвољена и оправдана само онда када је праведна, а праведна је када је сразмерна, уподобљена конкретно оствареном кривичном делу и његовој тежини и степену кривичног учиниоца. Због тога праведност и сразмерност, било да се посматрају као границе репресије или као још једна сврха кажњавања (како то, наводно, нормира српски КЗ) представљају важан фактор при одмеравању казне и у томе се огледа њихов практичан значај.⁵⁸

Не треба бежати од тога да се репресивност одреди и као зло које држава наноси појединцу одговорном за извршено кривично дело.⁵⁹ Показали смо и зашто – због одузимања или ограничења права и примене казне мимо и противно вољи онога према коме се спроводи. Ретрибутивност је такође зло. Ипак, ова „зла” данас никако не

⁵⁷ Сличан став заступа и Ј. Лазаревић, *Коментар кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд 2005, 159.

⁵⁸ На пример, уколико би вешта одбрана могла у другостепену кривичном поступку да докаже да би се према конкретном учиниоцу за конкретно кривично дело сврха кажњавања могла постићи блажом врстом или мером казне или другом кривичном санкцијом, могло би се постићи преиначење пресуде у погледу кривичне санкције.

⁵⁹ „Негирање чињенице да казна увек садржи одређено зло значило би истовремено и негирање и самог појма казне.” З. Стојановић, 225–226.

представљају захтев за стриктну пропорционалност казне са злочином, дакле – није у њима оличен или скривен талионски принцип. За тако нешто данас у српском кривичном праву и већини кривичноправних система у свету нема ни нормативног основа – нема више смртне казне, ни телесних, бешчастећих казни.

Мада се ретрибутивност у модерном кривичном праву означава као превазиђена категорија, критикује и осуђује, ова сврха казне има једну значајну предност у односу на превенцију као искључиву или претежну сврху казне. „Једноставно, треба искористити једну предност коју ретрибуција има над превенцијом, а то је њена способност да постави границе и меру кривичноправне репресије. Зато она може да представља препреку ничим ограниченој превенцији која прети да и само кривично право трансформише у непожељном смеру.”⁶⁰

Наспрам концепцијски превазиђене ретрибуције, превенција звучи и прихватљиво и примамљиво. Међутим, управо у томе лежи опасност, јер потреба за остварењем превентивног дејства казне и кривичног права у целини може бити исувише широко тумачена и не може се објективизовати⁶¹, што је погодно тло за злоупотребу овако постављене сврхе. Под изговором остваривања превенције кажњавање се може спровести и онда када то у ствари није неопходно и када се општа сврха кривичних санкција може постићи другом мером, а не казном. Противтежа широком спектру превентивних дејстава казне може бити управо њена репресивна компонента. У раду из 2011. године проф. Стојановић је истакао да је извесно да ће се родити потреба за увођењем ретрибутивног елемента у казнене системе који су превасходно превентивно оријентисани. Као што смо видели, законодавац је то учинио новелама 2019. године. Исти аутор у закључку цитираног чланака заступа тезу да такво увођење ретрибуције у казнене систем не би значило прихватање мешовите теорије о сврси казне. Овакав став представља аргумент који иде у прилог тези постављеној у овом раду, а то је да четврти став 42. члана није прокламација ретрибуције као сврхе казне, већ уобличиће граница репресивне црте казне.

У прилог ставу израженом у овом раду да је корисно за теорију кривичног права раздвојити појам суштине казне од њене сврхе

⁶⁰ З. Стојановић, „Превентивна функција кривичног права”, *Crimen* 1/2011, 22.

⁶¹ Иако се може рећи да су правнофилозофске категорије или чак правни стандарди, праведност и сразмерност, чак и док их Законик није спомињао, биле гаранте легитимности кривичноправне репресије. Којим би се захтевима, макар и широким, могло правилно усмеравати превентивно дејство казне? Долазимо до тога да је репресија (наравно ограничена) нужна противтежа превенцији. Сликовито поређење било би да су превенција и репресија у односу *checks and balances*.

иде и следеће мишљење:⁶² „...Казна није сама себи циљ. Напротив, циљ односно срха казне мора бити нешто што се не налази у самом бићу казне, већ нешто што је ван тог бића.” Биће казне је репресија (али казну не треба сводити само на овај елемент иако је он у њеном темељу), а сврха која проистиче из тог бића, али се из њега издваја јесте превентивно дејство казне. Мада, како смо видели, неки аутори сврху казне сврставају међу њене особине, то не значи да њена сврха оличена у превенцији улази у биће, тј. у срж казне и да чини њену суштину. Дакле, суштина и сврха казне су две самосталне категорије међу којима постоје извесне везе и утицаји.

У сагледавању казне и њене сврхе наука кривичног права не може занемарити филозофска учења и погледе на ову тему. Тако, правни теоретичари, неизоставно у својим радовима спомињу Канта и Хегела као заступнике ретрибутивизма. У сагледавању правног основа казне и порекла права државе на кажњавање помажу теорија друштвеног уговора и утилитаристичке теорије⁶³, на које се правници често позивају и када говоре о сврси казне. Пошто се између Хегеловог учења о казни као негацији негације⁶⁴ и правне норме о сразмерности казне са кривичним делом и кривицом може повући паралела, занимљиво је испитати да ли се Кантовим учењем о ретрибутивности казне може поткрепити наша теза о суштини и сврси казне у српском кривичном праву.

Наша теза да релативна теорија о сврси казне не може да опстане самостално, занемарујући репресивну суштину, може се утемељити на Кантовом ставу да се „судска казна, која је различита од природне, којом порок сам себе кажњава и на коју се законодавац уопште не обазире, не може никад изрећи само као средство да се неко друго добро унапреди, за самог злочинца или за грађанско друштво, него увек мора бити изречена против њега зато што је починио злочин; јер се с човеком никад не може поступати само као са средством за намере неког другог и помешати га с предметима стварног права, од чега га штити његова прирођена личност, мада, дакако, може бити осуђен да изгуби грађанску. Он се мора сматрати кажњивим пре него што се још и помисли на то да се из те казне извуче нека корист за

⁶² З. Стојановић (2021), 226.

⁶³ Д. Јовашевић (2018), 234–235.

⁶⁴ Кривично дело је негација права и поретка, те би казна требало да буде негација те негације, коју је овлашћена да спроводи држава као чувар поретка у друштву. Како би се поново успоставило наручено стање, потребно је да негација права и негација неправа буду еквивалентне. О овоме такође вид.: И. Вуковић, 152–165.

њега самог или његове суграђане.”⁶⁵ По схватању Имануела Канта казна је заслуга за извршени злочин, односно преступ и он у ретрибуцији види задовољење правде, нужност и обавезу државе да правду задовољи и категорички императив.⁶⁶ Међутим, Кант не пориче и превентивно дејство тако схваћене казне, с тим што је за њега превенција у виду застрашења корисно секундарно добро које произилази из казне. „Правне институције ограничавају делање патолошким подстицајима служећи се човековом аверзијом према стварима које изазивају бол и везивањем за задовољство.”⁶⁷ Дакле, иако је примарно да учинилац треба да буде кажњен зато што је учинио преступ, треба да буде кажњен и зато да више не би грешио и да други не би грешили.

Док Кант ретрибуцију види као примарну сврху казне, а превенцију као корисно, секундарно добро које проиходи из примарне сврхе, ми репресију различито сагледавамо као срж њене суштине, али прихватимо Кантов поглед на превентивно дејство казне. Тим очима гледано, Кантово и учење владике Никодима имају неке занимљиве заједничке тезе, које, сматрамо, нису неприхватљиве за науку о кривичном праву.

6. Закључак

На крају, који се закључци могу донети? Да ли црквено казнено право и кривично право имају нешто заједничко и шта би могли да „науче” једно од другог?

Несумњиво, највећу разлику између ова два права представља начело законитости казне, које је у кривичном праву темељно начело, а у црквеном казненом праву не постоји. У уској вези са овим питањем је, како смо изложили, разликовање канонских од црквених казни и чињеница да црквено право има сложен и разгранат ситем извора за разлику од кривичног права које је кодификовано. Такође, сличност између ових грана права се огледа у њиховом поимању сврхе казне као вишеструког превентивног дејства и то кроз специјалну превенцију и позитивну и негативну генералну превенцију. Штавише, Кривични законик Србије прописује сврху и набраја превентивна дејства казни скоро истоветно начину на који сврху црквених казни представља владика Никодим Милаш у свом делу *Црквено казнено право*. Међутим, док теорија православог црквеног права отворено говори о томе

⁶⁵ И. Кант, *Метафизика морала*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад 1993, 133.

⁶⁶ М. Будић, „Кантов ретрибутивизам и смртна казна”, *THEORIA* 3/2017, 132.

⁶⁷ *Ibid.*

да је суштина казне њена ретрибутивна природа, наука кривичног права се чак и не бави суштином казне, већ најчешће њеним правним основом и оправданошћу. Можда наука кривичног права сматра да су природа и суштина казне толико очигледне и подразумевајуће да се њима не треба бавити и да ово питање нема никаквог већег значаја. Може се стећи и другачији утисак – да је по среди избегавање суочења са репресивношћу казне и избегавање недвосмислене и јасне констатације да је казна увек у суштини зло којим држава реагује на зло у виду кривичног дела. Врло је извесно да би такав став већ на први поглед наишао на осуду и био оквалификован као назадан и супротан циљевима и тежњама модерног кривичног права, које поједине струје у науци врло интензивно усмеравају на диверзионе и ресторативне механизме и модалитете и на њихову прешироку примену.

Овакви исхитрени ставови би се управо и могли објаснити чињеницом да у кривичном праву суштина није довољно диференцирана од њене сврхе, те да се ови појмови врло често поистовећују и мешају. Рећи да казна у бити представља репресију или чак одмазду, не значи признати ретрибутивност за њен једини или претежни циљ. Зато је добро разликовати репресивност као карактеристику казне од ретрибутивности као њене сврхе, а у овом раду показано је када репресија прераста у одмазду.

Мада постоје ставови да је од 2019. године Законик прихватио мешовиту теорију о сврси казне, у овом раду брањено је гледиште да захтеви праведности и сразмерности не представљају прокламацију ретрибуције као сврхе казне, већ законско ограничење њене репресивне природе. Показано је да је законодавац направио неколико језичких и логичких грешака приликом уношења ове одредбе у кодекс, а имајући у виду да је образложење мотива за такву новелу делеко од исцрпног, мишљења смо да је најприкладније ову одредбу тумачити у том смислу да је један од циљева казне ограничење и правилно усмеравање њене репресивности како би се остварили пун волумен њеног превентивног дејства, општа сврха кривичних санкција и заштитна функција кривичног права. Зато сматрамо да би одредбу о праведности и сразмерности кривичних санкција (законодавац не спомиње казну у овој одредби) са кривичним делом и кривицом учиниоца пре требало спојити са нормом о општој сврси кривичних санкција, а још боље и прикладније са нормом о кривичноправној репресији, тј. о гарантивној функцији кривичног права, као фактор самоограничења државиног *ius puniendi*.

Суштина казне у српском кривичном праву је праведна и сразмерна репресија, а њена сврха је превенција криминалитета и заштита друштва и његових најзначајнијих вредности. Преко теорије црквеног и кривичног права и филозофије дошли смо до закључка да црквене казне и казне као кривичне санкције имају суштинске сличности, мада се то на први поглед чини сасвим другачије.

Andela Ristić

PhD Student, Faculty of Law, University of Niš

THE ESSENCE AND THE PURPOSE OF PUNISHMENTS - DO CRIMINAL AND CHURCH LAW HAVE ANYTHING IN COMMON?

Summary

This paper is dedicated to comparative analysis of the essence and the purpose of punishments in positive Serbian criminal law and in Orthodox church penal law. In order to understand better and correctly interpret the norms of criminal and church penal law, theoretical views on this topic are also going to be presented. This analytical exposure will lead to conclusion that criminal and church law, logically - each in its own domain, comprehend the purpose of punishment almost identically. The purpose of punishments, both as ecclesiastical and criminal sanctions, should be reflected in their multiple preventive effects. Nevertheless, there are differences and peculiarities in understanding the purpose of punishments, which matter will be interesting to examine. Unlike in the science of ecclesiastical penal law, the essence of punishment is rarely discussed in the literature of criminal law. Discussions about nature, legal grounding and aim of punishment as a criminal sanction are more common in the science of criminal law. The indirect subject of this paper is to demarcate, to distinguish these concepts - the essence of punishment from its purpose, the nature of punishment from its aim. This is particularly important as the essence of the punishment is commonly equated with its purpose. In spite of the fact that, at first, it can instinctively seem logical, such tendency of identification those two terms is wrong. Among other goals, this paper is aiming to examine the relationship and possible influence of criminal and church law on one another, at least on a theoretical level, through researching common features and comparing differences in the understanding of punishment. In

order to achieve this goal, certain principles and other institutes of both criminal and church penal law, whose impact on the essence and purpose of punishment is significant, will be considered.

Key words: essence of punishment, purpose of punishment, Criminal law, Church penal law.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Будић М., „Кантов ретрибутивизам и смртна казна”, *THEORIA* 3/2017, 130–154.
- Величко, А. М., *Наказание в каноническом праве*, Теологический вестник –Теологические исследования Смоленской Православной Духовной Семинарии, 2019, 84–108.
- Вуковић И., „Сврха кажњавања као критеријум одмеравања казне”, у: *Казнена реакција у Србији*, 4. део, тематска монографија (ур. Ђ. Игњатовић), Београд 2014, 152–165.
- Градашевић Б., „Црквена казна над убицама у Византији”, у: *Зборник Православног богословског факултета*, Православни богословски факултет: Научна књига, Београд 1952, 415–432.
- Дорская А. А., „Взаимодействие уголовного и процессуального права Российской империи с церковным правом”, *Известия Российской государственной педагогической университета им. А. И. Герцена* 11/2005, 255–269.
- Живановић Т., *Основи кривичног права Краљевине Југославије – општи део*, Друга књига, свеска 1, Београд 1936.
- Живановић Т., *Основни проблеми кривичнога права – виши општи део кривичнога права*, Београд 1930.
- Јовашевић Д., *Кривично право, Општи део*, 5. издање, Досије студио, Београд 2018.
- Кант И., *Метафизика морала*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад 1993.
- Лазаревић Љ., *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд 2005.
- Марјановић Г., *Македонско кривично право, Општи дел*, Правни факултет, Скопје 1998.

- Миладиновић Стефановић Д., *Редовно одмеравање казне у кривичном праву – докторска дисертација*, Правни факултет, Ниш 2012.
- Милаш Н., „Правило: у црквеном казненом праву”, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 1, 1913, 1–10, *CRIMEN* (XI) 3/2020, 366–371.
- Милаш Н., *Правила Православне цркве са тумачењима*, књ. 1, Наклада књижаре А. Пајевића, Нови Сад 1895.
- Милаш Н., *Православно црквено право*, Истина, издавачка установа Епархије далматинске, Београд–Шибеник, 2004.
- Милаш Н., *Црквено казнено право*, (Дела Никодима Милаша – књ. 6, фототипско издање) Истина, издавачка установа Епархије далматинске, Београд–Шибеник 2005.
- Новоселец П., *Опћи дио казног права*, Загреб 2004.
- Перић Д., *Црквено право*, 2. измењено и допуњено издање, Правни факултет, Београд 1999.
- Стојановић З., „Превентивна функција кривичног права”, *Crimen* (II) 1/2011, 3–25.
- Стојановић З., *Коментар Кривичног законика*, 11. допуњено издање, Службени гласник, Београд 2021.
- Суботић Д., *Казна и њен циљ*, Штампарија Ђорђевића и Гилића, Јагодина 1910.
- Суворов Н. С., *О церковных наказаниях. Опыт исследования по церковному праву*, Санкт Петербург 1876.
- Троицки С., *Црквено право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011.
- Хорватић Ж., *Казнено право, Опћи део*, Правни факултет, Загреб 2003.

Остали извори

- Устав Српске православне цркве, 2. издање Светог архијерејског синода, Београд 1957.
- Закон о изменама и допунама Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 35/2019.
- Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005.
- Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

Јовашевић Д., *Лексикон кривичног права*, 4. издање, Службени гласник, Београд 2011.

Речник српскога језика, измењено и поправљено издање, Матица српска, Нови Сад 2011.

Хрватска енциклопедија, мрежно издање, Лексикографски завод Мирослав Крлежа, 2021,

<http://www.enciklopedija.hr/Natuknica.aspx?ID=52581>, 22. 7. 2023.

<https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 11. 4. 2023.

ПОГЛЕД НА КЛАСИЧНО ИСЛАМСКО КРИВИЧНО ПРАВО, СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА *HUDUD* КРИВИЧНА ДЕЛА

Сажетак

*Исламско кривично право као део шеријатског права подложно је вишевековним променама. Премда су многе муслиманске државе постепено замениле или ублажиле његове норме, последњих деценија може се приметити супротан тренд: ре-исламизација друштва и поновно увођење кривичног права заснованог на принципима шеријата, поред држава у којима је оно и раније било на снази. Поред формалног значаја као позитивног права у поменутих земљама, забране (и донекле казне) засноване на исламском учењу имају врло често и јак неформални утицај на вернике, те значај исламског кривичног права и значај правних добара која се њиме штите нису омеђени државним границама и националним јурисдикцијама. У раду ће бити пружен општи поглед на класично исламско кривично право из перспективе модерног (секуларног) кривичног права. При томе ће нагласак бити стављен на *hudud* (границна) кривична дела, међу која спадају крађа (*sariqa*), друмско разбојништво (*hirabah*, *qat'al-tariq*), блуд (*zina*), оптужба за блуд (*qadhif*), апостазија, тј. отпадништво од вере (*riddah*, *irtidad*) и опијање (*shurb al-khamr*). Што се структуре рада тиче, у уводном делу ће бити указано на значај и актуелност теме, након чега ће бити приказани основи класичног исламског кривичног права. Централни део рада биће посвећен анализи поменутих кривичних дела, на основу чега ће бити издвојене одлике које се могу приписати класичном исламском кривичном праву.*

Кључне речи: кривично право, ислам, *hudud* кривична дела, блуд, апостазија.

1. Уводне напомене

Поред европско-континенталног и англосаксонског система, од значаја је и шеријатско право, које спада у ред тзв. великих правних

* Доцент на Правном факултету Универзитета у Београду, ivana.markovic@ius.bg.ac.rs.

система.¹ Премда првопоменути представљају секуларне правне системе, док шеријат спада у сакрално право – право са доминантним религијским карактером, његов значај је вишеструк. Најпре зато што се последњих деценија може уочити тренд својеврсне ре-исламизације друштава² и, у складу са тиме, поновно увођење кривичног права заснованог на исламским принципима, у државама попут Сомалије, Малајзије и Нигерије, односно захтевање таквих измена из, на пример, традиционалних кругова Турске. Ако томе додамо државе у којима је и раније било на снази шеријатско кривично право (*uqubat*) (Саудијска Арабија,³ Египат, Пакистан, Иран, Либија, Уједињени Арапски Емирати, Судан⁴), онда се долази до броја држава који у светским размерама није занемарљив; тим пре што се, по правилу, ради о најмногљуднијим земљама.⁵ Актуелност и значај исламског кривичног права огледа се, дакле, пре свега у растућим бројевима светске популације која живи у режиму шеријата, и то како у целости (попут Саудијске Арабије или Мауританије), тако и делимично (попут Нигерије), у смислу да шеријат важи само у одређеној правној области. Већина тих друштава има висок степен природног прираштаја,⁶

¹ Е. Ђоровић, С. Ганић, „Основне карактеристике шеријатског кривичног права у поређењу са доминантним кривичноправним системима”, *Страни правни живот* 3/2016, 39.

² Насупрот томе, у савременом европском друштву постоји измењено вредновање значаја религијских уверења; оно је дубоко секуларно. Као пример из домена кривичног права може се навести декриминализација бласфемije. И. Вуковић, „Бласфемija и кривично право – слобода изражавања наспрам вређања религиозних осећања”, *Crimen* 3/2018, 247; вид. и И. Вуковић, „Бласфемija као говор мржње”, *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право и Митрополија Црногорско-приморска, Београд–Будва 2019, 787–800.

³ Саудијска Арабија је иначе специфичан пример и по томе што у њој постоји непрекинута примена шеријатског права. Уз тај континуитет је то право још и некодификовано, тј. није преточено у формални законски облик, где би барем делимично могло да буде модернизовано. R. Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law. Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, 148.

⁴ О суданском кривичном праву вид. P. Scholz, „Die koranischen Delikte (*hudud*) im sudanesischen Strafrecht”, *ZStW* 112, 2/2000, 431–460.

⁵ Примера ради, Нигерија је афричка држава са највећим бројем становника – њих 223.804.632 (актуелни податак за 2023. годину). Нешто више становника (277.534.122) има Индонезија; по том критеријуму четврта по реду држава на свету.

⁶ Стопа фертилитета муслимана је 2,9 детета по жени спрам 2,6 код хришћана. У Европи је диспропорција још израженија – европски просек је 1,49 детета по жени, док стопа код европских муслимана износи 2,54. D. Feder, *Islam poised to become the world's largest religion*, January 1, 2023, *The Washington Times*, <https://>

у структури становништва доминирају млади, а уз то је и велики број конвертита који примају ислам, што се све уклапа у пројекције према којима ће се број муслимана у свету изједначити са бројем хришћана до 2050. године,⁷ док ће ислам постати водећа религија у свету до 2075. године.⁸

Шеријатско право неће бити/јесте релевантно само за национална (кривична) права. Оно може имати утицаја и у оквиру међународног кривичног права, и то када је реч о општим начелима кривичног права које признаје заједница држава.⁹ Уз то, оно може у другим државама да има правно дејство и преко одредаба из области међународног приватног права.

На крају, треба рећи и да постоји извесна дистанца у интересовању за шеријатско кривично право код научника који не потичу из тог културног и верског миљеа, те су самим тим и бројна питања која су подложна тумачењу, на неки начин, остављена уском кругу научника који неретко и сами живе по шеријатским правилима.

2. Основи класичног исламског (шеријатског) кривичног права

2.1. Појмовно одређење и основни извори права

Изрази *шеријатско право* (шеријат) и *исламско право* могу се поистоветити.¹⁰ У колоквијалном говору они по правилу и јесу синонимима, иако појам шеријата иде даље од онога што се може означити

www.washingtontimes.com/news/2023/jan/1/islam-poised-to-become-worlds-largest-religion/, 15. 8. 2023.

⁷ Pew Research Center, *The Future of World Religions: Population Growth Projections, 2010–2050*, April 2, 2015, <https://www.pewresearch.org/religion/2015/04/02/religious-projections-2010-2050/>, 15. 8. 2023.

⁸ Sherwood, H., *Islam set to become world's largest religion by 2075, study suggests*, The Guardian, April 5, 2017, <https://www.theguardian.com/world/2017/apr/05/muslim-population-overtake-christian-birthrate-20-years>, 15. 8. 2023.

⁹ Ђоровић и Ганић овде цитирају Касезеа (*Cassese*), који вели да је „јасно да неко начело кривичног права може спадати у ову врсту само онда ако суд утврди да је заједничко не само англосаксонском и континенталном правном систему, него и другим правним системима, као што је то право исламског света, азијских држава као што су Кина и Јапан, и афричког континента.” А. Касезе, *Међународно кривично право*, Београдски центар за људска права, Београд 2005, 38; цит. према Е. Ђоровић, С. Ганић, 39.

¹⁰ За диференцирајуће схватање вид. М. Демировић, „Основни шеријатскоправни појмови и институти”, у: *Увод у шеријатско право* (ур. Владимир Чоловић, Самир Манић), Београд 2020, 31.

правом. Он се, наиме, односи на читав исламски нормативни систем (арап. *ahkam*) и представља „упутство за поступање, које *Allah* поставља људима који су одговорни за своја понашања”,¹¹ што укључује и уредбе у вези са религијом и вршењем обреда, тј. обухвата и верско право у ужем смислу (ту се пре свега убраја пет стубова ислама: *šehadet* – вера, тј. изјављивање и потврђивање да нема другог Бога осим Алаха и да је Мухамед Алахов посланик; *namaz* – молитва/клањање; *saum* – пост; *zekat* – самопречишћавање, тј. даривање сиротињи; и *hadž* – ходочашће у Меку, али и друге обавезе у склопу ислама). Ипак, једноставности и препознатљивости ради, у овом раду термине шеријат и исламско право користимо као синониме и посматрати их једнако као исламски верозакон. Сама реч *шеријат* у буквалном преводу значи „пут до воде”, „пут ка појилишту”, „стаза”, „јасан пут који се следи”, и у својој верској примени значи практиковање религијских вредности на путу доброг живота.¹²

Према свом значају и правној снази, основни извор шеријатског права јесте Куран (*Qur'an*), пошто се по муслиманском веровању ради о Божјем (Алаховом) говору који је на арапском језику преко анђела (*meleka*) Гаврила (*Džibrila*) објавио Мухамеду. Куран се схвата као Божја објава или откровење,¹³ стога је апсолутан, непромењив и наднараван.¹⁴ Порекло шеријата као регулаторног система тумачи се као божанско,¹⁵ и као такво је неупитно.

Куран се састоји из 114 поглавља која се називају суре. У оквиру њих се налазе стихови (*ajeti*). Како се истиче, с обзиром на то да је Куран пре свега верска књига која подучава како треба морално живети на овом свету, она се „пре обраћа људској души него што би то био зборник правних прописа.”¹⁶ Он није кодификација детаљно разрађених одредаба, већ књига општих принципа, питања вере, морала и „правог пута” ка испуњењу Божје воље.¹⁷ Стога не чуди што се број куранских записа, који према данашњем поимању има правни значај у ужем смислу, разликује по схватањима разних аутора и варира између 200 и 500, од укупно око 6200 стихова.¹⁸ Од тога, 70 ајета се

¹¹ S. Mourad, S. Toumi, *Methodenlehre*, 2. Auflage, DIdI Verlag, Heidelberg 2009, 27.

¹² Е. Дурмишевић, 49.

¹³ *Ibid.*, 51.

¹⁴ М. Демировић, 34. У 2. Ајету суре *El-Bekare* се каже: „Ова Књига, у коју нема никакве сумње...”

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Е. Дурмишевић, 52.

¹⁷ *Ibid.*, 53.

¹⁸ При томе, због различите методологије поделе стихова, не постоји сагласност ни око њиховог коначног броја. S. Aslan, *Die Anzahl der Verse im Islam*, <https://islam->

може приписати приватном праву; 30 прописа се односи на кривично право; суђењу и судском поступку посвећено је 13 ајета; 70 породичном праву; 10 стихова уставном праву; 25 међународном праву (*ius in bello* и *ius ad bellum*, међународни уговори); а помињу се и јавне финансије на десетак места.¹⁹ При томе нужно долази до преклапања, јер се неки стихови истовремено односе на више области права и врло тешко их је, а често и несврнисходно, приписати искључиво једној од њих.

Други основни извор исламског права јесте *sunnet* (суна), под чиме се подразумевају дела, изјаве и прећутна одобрења Мухамеда. Сунет потврђује, интерпретира и прецизира оно што је приказано у Курану, и на тај начин помаже муслиманима у разумевању куранског текста и поруке.²⁰ Међу њима се истиче тзв. вербални сунет – хадис (*hadith*), под чиме се подразумевају Мухамедове изреке²¹ које је „говорио у различитим приликама и околностима и са различитим циљевима и намерама.”²²

На трећем месту се налази *idžma*, што дословно значи „консензус, сагласност, једногласан закључак.”²³ Под тиме се подразумева „сагласност *mudžtehida* једног времена о неком правном питању, после смрти Алаховог посланика.”²⁴ Муџтехид је учењак који се сматра квалификованим да црпи право из познатих извора, а резултат тога је правно мишљење или фетва (*fatwa*).²⁵ Оно што је важно напоменути, а има везе са кривичним делом апостазије, јесте чињеница да је неверовање у принципе установљене иџмом био чин који је муслимана доводио до стања неверовања (*kufir*), стања које је значило напуштање ислама.²⁶

akademie .de/index.php/koran_wissenschaften/70-die-anzahl-der-verse-im-koran, 1. 9. 2023.

¹⁹ О. Elwan, Vorlesung – Einführung in das Islamische Recht, 2017, https://www.ipr.uni-heidelberg.de/md/jura/ipr/personen/elwan/materialien_zur_vorlesung_-_einfuehrung_in_das_islamische_recht_ss_2017.pdf, 15. 8. 2023.

²⁰ Е. Дурмишевић, 54. Исти аутор истиче да ће „управо на сунету касније бити утемељен систем шеријатског права и сунет ће бити разлог тријумфалног успона муслиманског друштва након Посланикове смрти”. *Ibid.*, 55.

²¹ Е. Поровић, С. Ганић, 42.

²² С. Топољак, *Увод у методологију исламског права – први дио*, Факултет за исламске студије, Нови Пазар 2006, 161.

²³ Т. Муфтић, *Аранско-српскохрватски рјечник I*, Извршни одбор Удружења Илмије у СР БиХ, Сарајево 1973, 531.

²⁴ С. Топољак, 199.

²⁵ Ф. Карчић, *Шеријатско право: Реформизам и изазови модерности – Хрестоматија текстова и есеја*, www.bosnamuslimedia.com, 15. 8. 2023.

²⁶ Е. Дурмишевић, 56.

У основне изворе исламског права²⁷ спада и *kijas*, тј. аналогја. Овде се ради о издвајању разлога неке темељне правне одлуке и о њеном проширивању на сличне случајеве. Већина исламских правника је мишљења да је коришћење аналогје у шеријатском праву неопходно; неки иду чак толико далеко да то сматрају нужним условом за обављање судијске функције.²⁸

2.2. Категоризација кривичних дела

Категоризацију кривичних дела чини подела на три групе: 1) *hudud*, 2) *jinayat* и 3) *ta'zir* дела. Првонаведена група јесу она дела која су усмерена против Божјих закона (*hukuk Allah*) и њихова је казна одређена. У другонаведеној групи су казне такође одређене, али се ради о делима против људских закона (*hukuk ul ibad*). У трећој групи казне за дела нису одређене,²⁹ а она делом представљају повреду Божјих, а делом људских закона.³⁰ Критеријум разврставања је према томе двојак: прописана казна с једне стране, и природа деликта, са друге.

Hudud (једнина *had*) кривична дела (у преводу са арапског: граница) зову се тако јер разликују („разграничавају”) допуштено од забрањеног. Казне за ова дела налазе се у Курану и у сунету; оне су, дакле, правно одређене, у мери у којој се уопште може говорити о правном систему ислама. Ова дела усмерена су непосредно против Бога, тј. против његовог поретка.³¹ Једна од основа исламског кривичноправног система јесте да на муслимане не делује првенствено запрећена казна, већ да их од вршења кривичних дела одвраћа страх од *Allaha* (арап. *taqwa*). Ради се о уверењу да се кроз дело, које је заправо грех, не повређују само (ако и уопште) државни закони, већ се изазива бес Божји, који ће богобојажљивог човека одвратити од тога да задире у права других људи.³²

²⁷ Супротно и мањинско мишљење заступа у нашој литератури *Беговић*, који у *кијасу* види тек индиректни извор шеријатског права. Сматра да су исламски правници аналогју називали извором, јер су више узимали у обзир постигнути резултат, него сâм поступак. М: *Беговић*, „О изворима шеријатског права”, *Архив за правне и друштвене науке* XXIII, књ. XXVI, 1/1933, 25.

²⁸ Е. Дурмишевић, 57.

²⁹ J. Krcsmárik, „Beiträge zur Beleuchtung des islamitischen Strafrechts, mit Rücksicht auf Theorie und Praxis in der Türkei”, *Zeitschrift der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft* 1/1904, 100.

³⁰ Е. Ђоровић С. Ганић, 50.

³¹ N. Campagna, „Der Zwecke der Strafe im islamischen Strafrecht”, *ARSP: Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie* 3/2011, 367.

³² J. Pacic, *Islamisches Strafrecht*, 4. überarbeitete Neuauflage, DidI Verlag, Heidelberg 2011, 15.

У *hudud* категорију неспорно спада пет дела (крађа, друмско разбојништво, блуд, оптужба за блуд и опијање), с тим што се ту, по правилу, укључује и апостазија. Разлог за ову, не сасвим заокружену, класификацију *hudud* кривичних дела лежи у Божанској природи шеријатског права. *Allahova* воља треба да води човечанство, али Бог то наравно није могао до детаља да регулише.³³ Казне прописане за ова кривична дела су изразито строге – каменовање (до смрти), бичевање, ампутација ноге, итд. *Hadd*-казне се извршавају јавно. Жене су обучене и у седећем су положају; мушкарци стоје. Ударци бичем могу да се нанесу по целом телу, са изузетком лица и интимне регије. Постоје посебна правила о томе какав бич треба да буде.³⁴ Оно што је посебно важно и што је једна од одлика строгости ових кривичних дела јесте да њихове казне нису диспонибилне. Оне се морају изрећи и извршити чим се утврди постојање кривичног дела и одговорност учиниоца.³⁵

Џинајет (арап. *jinayat*) је „забрањен чин (злочин) који се тиче имовине или живота”,³⁶ у шта спадају кривична дела против личности, убиство, телесне повреде, али и имовински деликти. Узмимо пример у ком лице А убије лице Б. Сада је породици лица Б препуштено шта ће са лицем А да се деси. Шеријат не налаже државним органима да морају да преузму случај, већ је на жртви или на њеној породици да преузму иницијативу. Међутим, пре но што се одлучи о кажњавању учиниоца, мора се спровести поступак у ком ће бити доказана његова кривица. Непостојање државне иницијативе није, дакле, исто што и крвна освета³⁷ *stricto sensu*. Држава поседује монопол државне принуде, али она сама не преузима иницијативу за спровођење те принуде.³⁸ Могућности кажњавања има неколико. Најпре се помиње опрост, док новчана компензација (тзв. крвнarina) може да замени одмазду,³⁹

³³ M. Cammack, „Islamic Law and Crime in Contemporary Courts”, *Berkeley J. Middle E. And Islamic Law* 4/2011, 2.

³⁴ Ch. Zehetgruber, *Islamisches Strafrecht versus kontinental-europäische Werteordnung. Ein Strafrechtsvergleich unter Berücksichtigung ausgewählter zivilrechtlicher Aspekte*, Dissertation, Karl-Franzens-Universität Graz 2010, 89.

³⁵ N. Campagna, 367.

³⁶ А. М. Тухмаз, *Ханефијски фикх: Нови, поједностављени приступ шеријатским прописима по мезхебу имама Ебу Ханифе, уз навођење аргумената из Кур’ана и sunneta – Систем власти и судства и казниено право у исламу*, Трећа књига, Харис Грабус, Сарајево 2004, 471.

³⁷ N. Campagna, 367.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Е. Поровић, С. Ганић, 48.

која је као талионска казна трећа опција, с тим што њоме не сме да се нанесе више штете него сâмим делом.⁴⁰

*Ta'zir*⁴¹ у преводу са арапског значи „одвраћање, спречавање”, односи се махом на угрожавање јавног реда, државне безбедности, као и на дела против верских правила,⁴² а кажњавање је препуштено дискрецији владара. Казне су неодређене, у смислу да не потичу од Бога, већ од људи. Ове казне се такође могу предвидети за дела која нису прописана Кураном или сунетима.⁴³

Оваква подела кривичних дела је општеприхваћена у исламској правној науци. С обзиром на то да је Куран писан 23 године, а да су хадиси прикупљани и оцењивани 200 година након Мухамедове смрти, те да се након те 632. године угасила врховна инстанца која би обавезујуће тумачила Куран и суну за све муслимане, развио се читав низ правних школа посвећених тумачењу поменутих извора. Као најзначајније су се издвојиле четири школе – маликијска, ханефијска, шафијска и ханбелијска; све четири припадају сунитском исламу⁴⁴ и носе називе према својим оснивачима.

3. Поједина *hudud* кривична дела

3.1. Крађа (*aran. sariqa*)

Ово кривично дело познато је пре свега по предвиђеној телесној казни – одсецању руке. О томе се изјашњавају следећи курански стихови:

„Крадљивцу и крадљивици одсеците руке њихове, нека им то буде казна за оно што су учинили и опомена од Алаха! А Алах је силан и мудар.” (5/38)

„А ономе ко се после недеља свога покаје и поправи се – Алах ће, сигурно, опростити. Алах доиста прашта и самилостан је.” (5/39).

Исламска правна наука је развила читав низ схватања о начину извршења ове казне. Код првог кривичног дела мачем се одсеца десна

⁴⁰ N. Campagna, 368.

⁴¹ О овим кривичним делима у литератури је било највише речи због кодификације кривичног права у Османском царству, где је Царски кривични законик (*Seza Kanunname-i Humayuni*) из 1858. године, за који су његови писци тврдили да су њиме само прецизирали санкције из категорије *ta'zira*. Вид. Е. Торовић, С. Ганић, 49, 50.

⁴² R. Peters, 7.

⁴³ N. Campagna, 367.

⁴⁴ Поред тога су се и шиитском исламу развиле следеће групације: имамије, зеиди, исмаилије, батиније и талимије.

рука од ручног зглоба (према схватањима сунитских правних школа), односно четири прста десне руке без палца (према схватањима шиитске правне школе). Схватања постају још различитија у случају рецидивизма, где се говори о одсецању леве ноге (већинско схватање), односно о одсецању друге руке (мањинско схватање). Уколико тако кажњени успе и трећи пут да краде, онда се одсеца лева рука, код четврте крађе, потом десна нога.⁴⁵ Резон иза овако строгих телесних казни је нека врста физичке, симболичке рефлексije злочина, уједно са очевидном стигматизацијом крадљивца, где је осталим члановима одмах јасно које је дело лице извршило.

Постоји неколико схватања исламских правника о дефиницији овог кривичног дела. Оно се одређује као „тајно одузимање својине друге особе без знања или сагласности те особе”,⁴⁶ „одузимање надзиране својине путем крађе, а која има вредност од најмање четвртине динара, без постојања права државине над ствари или сумње у право државине над ствари”⁴⁷ или најпростије као „одузимање својине над ствари путем крађе”.⁴⁸

Учиницац може бити само пунолетно, душевно здраво лице које дела умишљајно (*niya*), при чему се облик кривице, барем код овог кривичног дела, утврђује само на основу објективно утврдивих, реалних околности.

Ствари које се могу одузети у контексту овог кривичног дела су рестриктивно постављене. Није довољно да се ради само о покретним и физичким стварима. Лако кварљива роба (попут воћа, поврћа, меса и уопште животињских производа), као и ствари које су забрањене муслиманима (попут вина или свињетине) не потпадају под ово кривично дело; ове последње чак ни када се одузимају од немуслимана за које имају вредност (премда ту постоји обавеза компензације).⁴⁹ Занимљиво је да према класичном исламском кривичном праву књиге не могу представљати предмет крађе, јер се сматра да је крадљивац заинтересован за садржај књиге, а не за њихову материјалну вредност.⁵⁰ Поред тога што ствар треба да буде туђа, постоји широка, тзв. породична и брачна привилегија, у смислу да нема кажњивости за

⁴⁵ Ch. Zehetgruber, 92.

⁴⁶ Ch. Anwarullah, 179.

⁴⁷ Ch. Zehetgruber, 82.

⁴⁸ M. S. El-Awa, *Punishment in Islamic Law: A comparative study*, American Trust Publications, Indianapolis 1982, 3.

⁴⁹ D. F. Forte, *Studies in Islamic Law – Classical ad Contemporary Application*, Austin & Winfield Publishers, New York/Oxford 1999, 110.

⁵⁰ *Ibid.*, 111.

ово дело уколико се краде од родитеља, потомака или брачног друга. Већ на примеру ближег одређења ствари које се уопште могу одузети, јасно долази до изражаја казуистички приступ који заправо треба да доведе до „штедљивог” осуђивања за ово кривично дело.⁵¹ Сличан резон се налази и иза осталих елемената бића.

Тако неће постојати крађа уколико ствар није била довољно обезбеђена или је ствар била обезбеђена, али одузимање није извршено на скривен начин. Скривеност постоји када се ствар одузима на тајни начин, искоришћавањем мрака ноћу или посебно згодне прилике.⁵² Она не постоји у дневним условима (осим када се не користи нека прилика), док скривеност код ноћне крађе мора да постоји само на почетку радње извршења.⁵³ Према томе, уколико одузимање дању врши лице које је ухваћено на делу, оно се не може казнити због *sariqe*; уколико се то деси пак ноћу, онда може.⁵⁴

Ствар је довољно чувана, обезбеђена у склопу зграде, шатора или затворене просторије,⁵⁵ тј. посуде, која није јавно доступна, или ако је лично обезбеђује чувар (у тржном центру, џамији, и сл.). За покушај кривичног дела није предвиђена поменута *hadd* казна, већ блажа, дискрециона *ta`zir* казна.⁵⁶

Од значаја је и вредност одузете ствари – *nisab*, и она износи између десет и три дирхама. За све крађе испод тог прага, казна има *ta`zir* карактер. Уколико више лица као саучесници поделе плен (противправну имовинску корист) између себе тако да се не достигне износ *nisaba* ни за једног од њих, неће одговорати за ово кривично дело.⁵⁷

3.2. Друмско разбојништво (*арап. hirabah, qat`al-tariq*)

Улично разбојништво се изводи из 33. и 34. ајета 5. суре Курана: „Казна за оне који против Алаха и Посланика Његова војују и који неред на Земљи чине јесте: да буду убијени, или разапети, или да им се унакрст руке и ноге одсеку или да се из земље прогнају. То им је понижење на овоме свету, а на ономе свету чека их патња велика,

Али не и за оне који се покају пре него што их се домогнете! И знајте да Алах прашта и да је милостив.”

⁵¹ Ch. Zehetgruber, 85.

⁵² R. Peters, 56.

⁵³ Ch. Zehetgruber, 86.

⁵⁴ Ch Anwarullah, *The Criminal Law of Islam*, Izharsons Printers, Lahore 2005, 180.

⁵⁵ D. F. Forte, 113.

⁵⁶ Ch. Zehetgruber, 89.

⁵⁷ D. F. Forte, 109.

Израз *hirabah* се заправо односи на више облика кривичног дела које се у најширем смислу може схватити као „заседа”, а за које су прописане врло различите казне. За праксу је стога посебно значајно питање разграничења од кривичног дела крађе (*sariqa*) и *qisas*-деликата (умишљајне телесне повреде и убиства).⁵⁸

Општи услов је најпре постојање умишљаја учиниоца, управљеног ка стицању одређење ствари, тј. аналогно крађи, присвајање ствари и остварење имовинске користи, с тим што овде више нема говора о скривености, већ о примени силе или претње.⁵⁹ Наводи се да разбојништво представља „насилно одузимање ствари од вредности пролазницима”;⁶⁰ „зобрањивање и онемогућавање пролазницима слободе кретања”, „велику крађу”.⁶¹ Међутим, за разлику од модерних схватања, где се разбојништво схвата као кривично дело против имовине, у шеријатском кривичном праву оно је уперено против јавног реда и безбедности. Нејасни су захтеви у погледу места извршења дела (да ли далеко од насељених места, у забаченим деловима где се не може очекивати помоћ или је то свеједно); да ли учинилац мора са собом да носи оружје или друго оруђе; као и да ли жене, с обзиром на њихову слабију физичку конституцију, могу да буду учиниоци овог кривичног дела, што се не може компензовати ни њиховом употребом оружја или другог оруђа.⁶²

Казне за ово кривично дело разликују се у погледу облика дела: за довршено разбојништво (дакле, са отуђењем ствари) следи унакрсно одсецање руке и ноге; ако је остало у покушају, следи прогонство (у данашњој варијанти затвор); ако је праћено смрћу лица, а да ствар није одузета, изриче се смртна казна (јавно одсецање главе мачем); док је за најтежи облик (лишење живота лица и одузимање ствари) предвиђен избор између одсецања руке и ноге унакрст, смртне казне и разапињања, само смртне казне, или само разапињања.⁶³

3.3. Блуд (*aran. zina*)

За кривично дело блуда најважније су следеће две одредбе Курана:

⁵⁸ Ch. Zehetgruber, 97.

⁵⁹ *Ibid.*, 98.

⁶⁰ A. El Baradie, *Gottes-Recht und Menschen-Recht – Grundlagenprobleme der islamischen Strafrechtslehre*, Nomos, Baden-Baden 1983, 118.

⁶¹ Е. Ћоровић, „Шеријатско кривично право”, у: *Увод у шеријатско право* (ур. Владимир Чоловић, Самир Манић), Београд 2020, 96.

⁶² R. Peters, 57.

⁶³ Е. Ћоровић, 96.

„И што даље од блуда, јер то је разврат, како је то ружан пут.” (17/32)

„Блудницу и блудника избичујте са стотину удара бича, сваког од њих, и нека вас при вршењу Алахових прописа не обузима према њима никакво сажаљење, ако у Алаха и у онај свет верујете, и нека кажњавању њихову једна скупина верника присуствује.” (24/2)

Правно добро које се штити овим кривичним делом није, како би то данас било уобичајено, сексуално самоопредељење, односно полна слобода, већ заштита породице, порекла и друштвеног уређења.⁶⁴ Блуд се сматра толиким грехом да се помиње заједно са идолопоклонством и убиством:

„И они који се мимо Алаха другом Богу не клањају, и који, оне које је Алах забранио, не убијају, осим када правда захтева, и који не блудниче – а ко то ради, искусиће казну.” (25/68)

Блуд према шеријатском праву представља незаконит полни однос између мушкарца и жене који нису заједно у браку, независно од добровољности таквог акта.⁶⁵ Како се у литератури ближе тумачи, блуд постоји онда када „мушкарац стави главић свог полног органа или његов део у полни орган жене која му је забрањена, тј. не буде у браку са том женом, и то чини из страсти и пожуде, па макар не доживео оргазам.”⁶⁶ Није нужно да је дошло до ејакулације.⁶⁷ Радње сличне обљуби нежењених/неудатих лица, размена нежности (нпр. мажење) и пољупци не повлаче за собом *hadd*-казну због блуда, али могу бити кажњени казном из сфере *ta'zir*-а.⁶⁸

Очито се прави разлика према брачном статусу учинилаца, па тако у прву групу спадају они који су у браку и који су већ конзумирали брак (арап. *muhsan*),⁶⁹ потом они који нису тренутно, али јесу некада раније били венчани и који су у том браку већ имали сексуалне односе (арап. *thaijjib*), као и они који нису венчани (арап. *ghair muhsan*), тј. који никада нису ни били у браку (арап. *bikr*). Учиниоци из

⁶⁴ D. Werner, „Die Rechte Gottes versus die Rechte des Menschen”, *ZIS* 3/2021, 225.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ S. Sabik, *Fikhus-Sunne* Bd. IV, Bemsut, Bookline, Sarajevo 2008, 119.

⁶⁷ J. Pacic, 23.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Muhsan* је лице које је душевно здраво, слободно, пунолетно (одрасло) и исламске вероисповести, које је венчано и које у сваком моменту може да има сексуални однос са својим брачним партнером. У исламском праву лице се сматра одраслим када стекне полну зрелост – код девојчица се она претпоставља већ од 9. године живота; код дечака између 9. и 12. године. D. Werner, 225.

прве две групе се код овог кривичног дела правно једнако третирају,⁷⁰ казна за њих је каменовање до наступања смрти.⁷¹

Код последњепомнутих учинилаца битно је да ли се ради о мушкарцу или жени, јер мушкарцу према већинском мишљењу слеђује, поред основне казне од 100 удараца бичем, додатна казна у виду протеривања у трајању од годину дана.⁷² Иначе, не постоји деликт у исламском кривичном праву за који је предвиђено више удараца бичем. *Shaheed* разлог за то види у томе што блудници код овог дела доживљавају посебно телесно задовољство као код ниједног другог деликта, тако да телесна непријатност треба сходно томе да буде већа него код других кривичних дела.⁷³ Према исламском схватању, блуд представља један од највећих грехова, те отуда и строгост прописане казне. Штавише, ово је такође једино кривично дело у шеријатском систему за које је предвиђено каменовање као казна. Иза толико репресивно постављене запрећене казне налазе се исламски вредносни поредак, према коме социјалне норме шеријата о односу мушкарца и жена (који нису у браку) треба да делују превентивно, у том смислу да они и не дођу у искушење да изврше прељубу.⁷⁴

Када се ради о учиниоцу који није имао интимне односе са својом женом, или му је жена робинја, јеврејка или хришћанка, поједини теоретичари сматрају да он тада није *muhsan*, те казна није каменовање, већ бичевање.⁷⁵

Исламски теолози у оквиру овог кривичног дела још засебно обрађују питање содомије (полни однос са животињама се већински третира као *ta'zir* дело јер нема сигурних предања у исламским изворима), инцеста (изједначен је са блудом) и хомосексуалних односа (у погледу којих има најмање сагласности, а дијапазон могућих казни широк је од смртне до *ta'zir* казне).⁷⁶

⁷⁰ J. Pasić, 24.

⁷¹ Овде се јавља проблем тзв. дивљих каменовања у случајевима убиства због повреде части, и то пре свега над женама за које се сматра да су повредиле породичну част, чак и ако није дошло до предузимања блудне радње. J. Pasić, 48.

⁷² Учинилац се протерује у оквиру граница односне исламске државе и налази се под надзором државе за то време. У случају бекства, следи му лишење слободе. Протеривање не треба да има само ретрибутивне већ и ресоцијализирајуће ефекте, у том смислу да учинилац добија прилику да у новом друштвеном окружењу „почне испочетка”, без предрасуда околине. A. Q. O. Shaheed, *Criminal Law of Islam III*, International Islamic Publishers, Karachi 1994, 35.

⁷³ *Ibid.*, 31.

⁷⁴ J. Pasić, 51.

⁷⁵ *Ibid.*, 30.

⁷⁶ *Ibid.*, 32–35.

Напоследку, али ништа мање важно, треба истаћи повезаност са процесноправним одредбама. За осуду на кривично дело блуда неопходно је, наиме, постојање јасних доказа, а једини докази који нису спорни за ово кривично дело јесу изјаве четири правоверна сведока, мушких муслимана, који су сâми директно видели блудну радњу, коју могу до детаља да опишу, као и признање сâмих учесника.⁷⁷ Признање се може опозвати све до извршења казне. Исламска правна наука полази од тога да опозив признања чини ништавим изјаве сведока, тако да учинилац на тај начин може да избегне казну.⁷⁸ Индиције, попут коришћеног презерватива, нису довољне за осуду.⁷⁹

Ово кривично дело треба функционално повезати са процесним претпоставкама, али и систематски са кривичним делом оптужбе за блуд. Њима се, наиме, учиниоцима пружа могућност добровољног чишћења од греха, одвраћа се од прељубе, а уколико је до ње дошло, у интересу унутардруштвеног мира не износи се у јавност што би оптеретило брачни и породични живот чланова заједнице.⁸⁰

3.4. Оптужба за блуд (*aran. qadhf*)

Код овог кривичног дела практично се ради о клевети за прељубу. О њему Куран говори на следећи начин:

„Оне који окриве поштене жене, а не докажу то с четири сведока, са осамдесет удараца бича избичујте и никада више сведочење њихово не примајте; то су нечасни људи, осим оних који се после тога покају и поправе, јер и Алах прашта и самилостив је!” (24/4-5)

Смисао ове одредбе је да се „избегну лакомислене, неморалне оптужбе, повреде части и клевете, а ради очувања друштвеног мира”.⁸¹ Уједно се у овом ајету види и разлог зашто је само клевета (оптужба) за блуд, али не и за друга кривична дела кажњива. Из овог такође проистиче (оборива) правна претпоставка да оптужена особа није блудничила.⁸² Оптужује се одрасли, чедни муслиман или муслиманка, с тим што он/она не сме у јавности да буде познат/а по свом неморалу.⁸³

⁷⁷ A. A. Badawi, *The Concise Presentation of the Fiqh of Sunnah and the noble Book*, International Islamic Publishing House, Riyadh 2007, 585.

⁷⁸ D. Werner, 225.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ J. Pacic, 47.

⁸¹ Fatwa Nr. 108955 (Hadd punishment for slander). *www.islam-qa-com*, 15. 8. 2023.

⁸² J. Pacic, 53.

⁸³ Е. Б. Џ Ел-Џезаири, *Minhadschu-l-Muslim – Пут Правог Муслимана*, Банд II, Организација активне исламске омладине, Зеница 2000, 266.

Подједнако су за ово дело кажњиви муслимани и они који то нису, мушкарци и жене.⁸⁴

Казна за ово дело је 80 удараца бичем, као и губитак способности сведочења. Слично као код повезаног кривичног дела блуда, *Shaheed* ово образлаже тиме што се на психичку муку (оклеветаног) одговара физичком муком (бичевањем).⁸⁵

Попут других кривичних дела, и овде је значајан процесни моменат, утолико што се поступак покреће по предлогу. Даље се као основ одлуке могу узети изјаве двоје угледних сведока који ће потврдити да је учинилац клеветао, као и признање учиниоца. За разлику од других *hadd*-деликта, признање овде није опозиво.⁸⁶

Специфична је ситуација када муж затекне своју супругу приликом вршења блудне радње, јер по правилу не може да докаже дело (нема сведока), а поред претње бичевањем за оптужбу за блуд, могао би и да има обавезе око тако зачетог, ванбрачног детета, за које ће постојати претпоставка да је његово, јер је зачето током њиховог брака. У том случају постоји посебан кривични поступак (арап. *Li'an*), који се заснива на Курану:

„А они који окриве своје жене, а не буду имали других сведока, него су само они сведоци, потврдиће своје сведочење заклетвом Алаховом, и то четири пута да заиста говоре истину, а пети пут да их погоди Алахово проклетство, ако лажу! А она ће казне бити поштеђена, ако се четири пута Алахом закуне да он, доиста, лаже, а пети пут да је стигне Алахова срџба, ако он говори истину!” (24/6–9).

3.5. Апостазија – отпадништво од вере (арап. *riddah*, *irtidad*)

Сваки верски правни систем природно настоји да очува и учврсти фундамент на ком почива. У шеријатском праву се стога отклон од ислама третира као злочин који подрива основе исламске државе.⁸⁷ Основ за ово кривично дело може се наћи на неколико места у Курану:

„Питају те о светом месецу, о ратовању у њему. Реци: ’Ратовање у њему је велики грех; али је неверовање у Алаха и одвраћање од Његова пута и часних места и изгоњење становника његових из њих још већи грех код Алаха. А злостављање је горе од убијања! Они ће се непрестано борити против вас да вас одврате од вере ваше, ако

⁸⁴ J. Pasic, 53.

⁸⁵ A. Q. O. Shaheed, 42.

⁸⁶ D. Werner, 225.

⁸⁷ A. Q. O. Shaheed, 58.

буду могли. А они међу вама који од своје вере отпадну и као неверници умру – њихова дела биће поништена и на овоме и на ономе свету, и они ће становници Цехеннема бити, у њему ће вечно остати.” (2/217)

„А теби, и онима пре тебе објављено је: 'Ако будеш друге Алаху равним сматрао, твоја дела ће, сигурно, пропасти, а ти ћеш изгубљен бити.’” (39/65)

„Онога који занече Алаха, након што је у Њега веровао – осим ако буде на то приморан, а срце му остане чврсто у вери – чека Алахова казна. Оне којима се неверство буде милило стићи ће срџба Алахова и њих чека патња велика.” (16/106)

Још експлицитније одреднице могу се наћи у два хадиса: „Убијте онога ко промени своју веру!”, као и „Крв једног муслимана није допуштено законито пролити осим у три случаја: када ожењена/дата особа почини блуд, када се почини хотимично убиство и када напусти своју религију и своју заједницу.”⁸⁸

Учиниолац овог кривичног дела може бити свако одрасло, деликтно способно лице које је рођено као муслиман или које је добровољно прешло у ислам, а које потом отпадне од вере.⁸⁹ Отклон од вере се мора манифестовати на неки начин, што схваћено сâмо за себе указује на кривичноправно пожељно прецизирање бића кривичног дела. Међутим, већ оно што исламски правници наводе као услов за апостазију тешко може да задовољи савремене захтеве начела законитости, посебно што се у варијанте апостазије убрајају не само реч и дело већ и мисли.⁹⁰ Они помињу, између осталог, следеће услове: јавно исказивање отпадништва, иступање против исламских принципа и исламског учења (већ је поменуто да је неверовање у принципе устављене иџмом чин који је муслимана доводио до стања неверовања – стања које је значило напуштање ислама), што значи да је отпадник тиме „искочио” из општег система исламског друштва.⁹¹ То би се лако доказало у примеру јавног приклањања другој вери (нпр. кроз крштење). Додуше, ови случајеви су врло ретки, а ни прелазак у другу веру није нужан услов за апостазију; она постоји већ ако муслиман не

⁸⁸ Л. М. Сафи, *Мир и границе рата. Превладавање класичне концепције џихада*, ЦНС, Сарајево 2018, 39.

⁸⁹ Имам *Malik*, оснивач истоимене правне школе, мишљења је да се за ово дело не може казнити онај ко из страха, услед притиска или због љубави прихвати ислам, па га потом напусти. Ј. Рацис, 87.

⁹⁰ R. Peters, G. J. J. de Vries, „Apostasy in Islam”, *Die Welt des Islams* 1976, 3.

⁹¹ Х. Тахир, (прир.), *Ислам између истине и оптужбе*, Факултет исламских наука у Сарајеву – ел Калем, Сарајево 2004, 66; цит. према Е. Ћоровић (2020), 98.

поштује елементарне принципе ислама, тако да је ту остављено много слободног простора за тумачење.⁹²

Широко поље интерпретације потврђује се погледом на разнолике, непрегледне случајеве апостазije. Тако се у отпадништво од вере убрајају, између осталог, немарно поступање са Кураном (његово бацање, прљање); тврдња да је свет вечан; практиковање магије; негирање да је Мухамед пророк (као непоштовање елементарних исламских принципа); или негирање обавезе молитве или поста. Није довољно да се обавезе само не поштују (тада је „само” лош муслиман); неопходно је да се негира обавезност односне заповести (тада се сматра апостатом).⁹³

Казна предвиђена за ово кривично дело јесте она најстрожа – смртна, а уз то се кумулативно изриче конфискација имовине. Апостати је дат рок од начелно три дана да реши неспоразуме о питањима због којих је напустио ислам и да се покаје. Уколико се покаје и врати исламу, казна се гаси.⁹⁴ Као разлог постојања овог кривичног дела и за њега предвиђене смртне казне наводи се не толико отклон од религије, колико одвајање од заједнице, што је било значајно у раној фази ислама, у којој број верника није био велики и где је сваки отпадник од вере осетно утицао на величину *умме*. Одметник се, дакле не кажњава због неверства, већ због „субверзивног, пропагандно-обавештајног деловања против јавног реда и мира, односно против основа уређења друштва.”⁹⁵

С друге стране, чињеница да овај деликт данас и даље постоји у савременом исламском кривичном праву, релативизује наведени аргумент о реперкусијама из периода његовог настанка. Уосталом, чињеница да је већ бласфемија, која садржи мањи степен неправда у поређењу са апостазijом (где је већ довољно да се неко увредљиво изрази о Мухамеду), такође кажњива, не може да оповргне утисак о повишеној осетљивости⁹⁶ припадника исламске вероисповести.⁹⁷ То је

⁹² S. Tellenbach, „Die Apostasie im islamischen Recht”, Gesellschaft für Arabisches und islamisches Rechts, *www.gair.de*, 5, 10. 8. 2023.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ J. Pacić, 88.

⁹⁵ Е. Љеваковић, *Казна за напуштање ислама*, <https://www.islamskazajednica.ba/index.php/iman-vjerovanje/11779-kazna-za-naputanje-islama>, 15. 8. 2023. С тим у вези постоје схватања да жене нису у стању за овај вид субверзивног деловања, те за њих казна за ово кривично дело не би била смртна. То се може схватити као шира слика родно обојеног тумачења. Вид. М. А. Sánchez, I. Marković, S. Strand, „Gender Competent Criminal Law”, in: *Gender-Competent Legal Education* (eds. Th. Giegerich, D. Vujadinović, M. Fröhlich.), Springer, Cham 2023, 429–465.

⁹⁶ Уосталом, то потврђује и могућност кажњавања немуслиманских грађана у исламским државама због (бласфемне) изјаве да је Исус Христ Божји син. J. Pacić, 91.

⁹⁷ Вуковић у свом раду о бласфемiji исправно констатује да су „припадници различитих религија различито осетљиви на богохулно изражавање. (...) Било би

посебно видљиво из данашње, европске перспективе. За разлику од ислама, религија, тј. припадност одређеној верској групи (постала) је у Европи приватна ствар, где ни (деклараторно) означавање неке вероисповести као „државне цркве” или „државне религије” не мења чињеницу да вера нема ни приближно толики, прожимајући и свакодневни значај као у исламским друштвима.⁹⁸ За разлику од ислама, тако јака веза, тј. неодвојеност религије (у овом случају хришћанства) и државе (схваћене као заједнице свих лица која живе на одређеном простору) никада није постојала у континенталној Европи.⁹⁹

3.6. Опијање (*arap. shurb al-khamr*)

Опште је познато да је у исламу забрањено конзумирање алкохола и других опојних средстава. Цитирају се 90. и 91. ајет 5. суре:

„О верници, вино и коцка и кумири и стрелице за гатање су одвратне ствари, шејтаново дело; зато се тога клоните да бисте постигли што желите. Шејтан жели да помоћу вина и коцке унесе међу вас непријатељство и мржњу и да вас од сећања на Алаха и од обављања молитве одврати. Па хоћете ли се оканити?”

И у Курану се може наћи релевантно место о томе:

„Питају те о вину и коцки. Реци: „Они доносе велику штету, а и неку корист људима, само је штета од њих већа од користи.” И питају те колико да удељују. Реци: „Вишак!” Ето, тако вам Алах објашњава прописе да бисте размислили.” (2/219).

Мањинско је схватање да је вино забрањено, док друге врсте алкохола то нису све док не доводе до стања опијености. Већинско становиште полази од забране свих врста алкохолних пића. Иако се

неправично дати већа права оним верским заједницама које своју осетљивост на критику испољавају агресивно, у односу на оне које су, живећи нпр. у секуларном окружењу, донекле отупеле на свакодневне атакe који исмејавају њихово веровање и обичаје.” Аутор у наставку пак тврди да „будући да су исламске државе најагресивније у кажњавању бласфемije, а да су земље западног света ту по правилу најлибералније, стиче се утисак да независно од у расправи коришћених аргумената промовисање широких граница слободе изражавања науштрб верских осећања између осталог има за циљ и да дисциплинује радикални ислам”, да би већ у наредном пасусу релативизовао своју изјаву новом констатацијом, са којом се сада и ми можемо сложити, а то је да „премда је тачно да би теоријски било која религија могла да захтева исту реакцију на бласфемiju, ипак смо суочени са неугодном чињеницом да у савременом друштву наступају различите последице ако се насупрот другим религијама критикује ислам.” И. Вуковић (2018), 258, 259, 262.

⁹⁸ Ch. Zehetgruber, 118.

⁹⁹ *Ibid.*

дело зове опијање, није неопходно да је до тог стања и дошло.¹⁰⁰ Битан је начин уношења алкохола. Мора се радити о „испијању вођеним сопственом вољом”, тј. о гутању пића. Уношење алкохола на пример испирањем алкохолном течностима не би потпало под овај опис.¹⁰¹ Казна за дело је 40, односно 80 удараца бичем, у зависности од схватања појединих школа. Немуслиманци су као потенцијални учиниоци обухваћени делом уколико се налазе на муслиманској територији и ако би конзумирање алкохола угрозило јавни ред и мир.¹⁰²

Код овог кривичног дела је занимљиво и питање да ли је стицај прави или привидни ако се дело врши више пута. Преовлађује мишљење да је стицај ипак привидан, те ће учинилац бити кажњен само једном, а не за свако засебно опијање.¹⁰³

4. Одлике класичног исламског кривичног права

С обзиром на више пута потцртано божанско порекло исламског кривичног права, *ius puniendi* није овде битни атрибут суверености државе, него је суверен Бог, што има одређене реперкусије и на обележја кривичноправне заштите.¹⁰⁴

То се огледа пре свега у одабиру правних добара којима се пружа најстрожа кривичноправна заштита њиховим одређењем као *hudud* кривична дела. Неких од тих дела и нема у модерним кривичним законодавствима. Отпадништво од вере данас је због слободе вероисповести незамисливо као кривично дело. Исто тако, конзумирање алкохола (где и не мора да дође до опијања) друштвено је адекватно, а у неким друштвима до одређене мере чак и пожељно понашање; оно свакако није кажњиво (све док се тиме не досегне праг, примера ради, саобраћајних деликата). Сексуални односи и уопште полне радње у ширем смислу, све док не укључују елементе принуде, односно ако се не врше према деци/немоћним лицима, остају у сфери дозвољеног. Тамо где данас у сексуалној сфери има елементи кривичног дела, не би се радило о повреди или угрожавању породице, порекла или друштвеног уређења, како то тумачи шеријат, већ о нападу на полну слободу или друга лична добра.

Казне за *hudud* кривична дела су апсолутне; о њима не може ни судија да одлучује, да их одмерава, тако да је у том сегменту слободно

¹⁰⁰ Ј. Пасић, 93.

¹⁰¹ Ch. Zehetgruber, 106.

¹⁰² D. Werner, 226.

¹⁰³ Е. Б. Ц. Ел-Џезаири, 264.

¹⁰⁴ Е. Ћоровић, С. Ганић, 44.

судијско уверење врло ограничено. Поред тога, оне су изразито репресивне (смртна казна, телесне казне) и носе у себи јаку црту стигматизације (нпр. одсецање „лоповске руке” код кривичног дела крађе). Уз то, кроз казне се рефлектује учињени злочин, који је утолико већи пошто је усмерен против Бога (нпр. бичевање као физичка патња спрам претходно доживљеног физичког задовољства током „блуда”).

У контексту данашњег модерног, световног кривичног права, може се констатовати да је највећи део казни за *hudud* кривична дела превазиђен и у оштрој супротности са начелом сразмерности, као и са савременом концепцијом људских права (нпр. чл. 18 Универзалне декларације о људским правима).

Даље, многе аспекте врховног кривичноправног начела – начела законитости, шеријатско кривично право крши. Одређеност законских описа је врло широко постављена, ако уопште постоји, што доводи до екстремне казуистике и последично разлика у тумачењу у склопу појединих правних школа. Чак је и постојање писаног закона одлика модерног, а не класичног исламског кривичног права. Уосталом, сâм Куран је верска књига, а не скуп правних прописа. Он је окренут свим сегментима живота муслимана, са изузетно јаким упливом морала. Није заправо ни јасно где се завршава морал, а где почиње право. Зато је и поступак тумачења од суштинске важности у шеријату.

Међутим, и ту опет имамо данас тешко прихватљиве методе/ изворе, барем из угла кривичноправне науке. Тако рецимо кијас, тј. закључивање по аналогији, као један од извора права, носи у себи јаку субјективну ноту и врло често се поистовећује са личним расуђивањем и личним уверењем неког исламског учењака, што ће у неким случајевима довести до поистовећивања кијаса и личног уверења.¹⁰⁵ Онда је просто логично да овакав тип слободног мишљења доводи до противречних правних гледишта у исламу, јер се креће од прихватљиве аналогије с једне, па све до произвољности с друге стране.¹⁰⁶

Уопште се може рећи да је класично шеријатско кривично право, посебно његов *hudud* сегмент, изразито репресивно и несагласно данашњим схватањима. Поред инхерентне, јаке репресивне црте, управо његов сакрални карактер кочи његово прилагођавање модерним токовима. Пошто се, наиме, ради о „речи Божјој”, која је истинита, апсолутна и савршена, она не трпи критику, тако да је суштина исламског кривичног права заправо врло тешко променљива. Стога се

¹⁰⁵ Е. Дурмишевић, 57.

¹⁰⁶ *Ibid.*

не приступа реформским покушајима, већ се преко правних „доскочица” покушава ублажити његова строгост.¹⁰⁷ То обухвата нужну условљеност одређеним процесним захтевима у доказном поступку (нпр. број и одређене одлике сведока, укључујући пол); неопходност признања учиниоца, али и могућност повлачења признања; могућност покајања; или врло конкретно заобилажење законског описа (као код вршења кривичног дела крађе од стране саучесника где имовинска корист ниједног од њих не достиже неопходну вредност ствари која би се могла подвести под ово кривично дело).

Уместо одабира и прецизнијег формулисања инкриминација вршених по другим („не-божанским”) критеријумима (што се можда, с обзиром на сакралност извора, није ни могло очекивати) и блажих казни са могућношћу њиховог одмеравања и самим тим прилагођавања конкретном случају, чини се да је исламско кривично право одабрало заобилазни пут ка ублажавању своје строгости, уз очување много пута подвучене одвраћајуће компоненте предвиђених казни.

5. Закључне напомене

Чини се да је неспорна чињеница да ниједном религијом и из ње проистеклим правом нису толико прожети¹⁰⁸ друштвено и државно уређење као што је то случај са исламом.¹⁰⁹

Приказане слабости шеријатског права (структура и непрецизност Курана, сумња у аутентичност хадиса, различита тумачења исламскоправних школа, итд.) нужно имају одраза и на његово кривично право. Па ипак, за свега 1 посто стихова из Курана се може рећи да има карактер кривичноправних одредаба. Но, њихов значај увелико превазилази њихов број или обим – они су, наиме, толико репресивни да представљају једну од дистинктивних карактеристика и првих асоцијација на шеријат.¹¹⁰

¹⁰⁷ У том смислу и Ch. Zehetgruber, 81.

¹⁰⁸ Ћоровић и Ганић цитирају речи немачког конвертита у ислам, Мурада Хофмана: „Муслимани су још увек уверени да божанске наредбе, чак и ако надмашују могућности људског поимања, остају наредбе, а не пуке препоруке”. Е. Ћоровић, С. Ганић, 45.

¹⁰⁹ М. Благојевић, „Иранско Вијеће чувара – уставни суд и(ли) законодавни орган”, у: *Увод у шеријатско право* (ур. Владимир Чоловић, Самир Манић), Београд 2020, 83–92. Слично примећује и Вуковић када констатује да „до различитог вредновања религиозних увреда у хришћанском и исламском свету долази и због тога што је ислам дубоко инкорпориран у све сегменте исламског друштва.” Вуковић (2018), 262.

¹¹⁰ N. Campagna, 364.

Несагласје исламског кривичног права и његове седмовековне логике тумачења са савременим токовима казненоправне реакције потиче управо из те његове религијске основице која ће тешко моћи да се реформише, с обзиром на то што ни сâм ислам није отворен за радикалне измене. Проблеми са којима се оно сусреће су пак савремени – неадекватно образовање судија, корупција, илегални (племенски) судови,¹¹¹ оштре међународне критике¹¹² због извршења окрутних телесних казни и смртне казне и дан-данас (тако су критике упућене пре свега Ирану, а у много мањој мери Саудијској Арабији), итд.

Но, заокружујући уводне напомене рада, може се рећи да ће познавање и правилна оцена шеријатског кривичног права бити све актуелнији и за западна друштва услед ширења ислама, као и неформалног шеријатског система прихваћеног у мигрантским заједницама секуларних држава, пре свега Западне Европе. Питање ће бити релевантно и за наше друштво услед растућег економског утицаја (петро-долара) блискоисточних земаља,¹¹³ као и утицаја Турске, уз приде мање или више дискретно ширење културних (и верских) образаца.

Ivana Marković, PhD

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

A LOOK AT THE CLASSIC ISLAMIC CRIMINAL LAW, WITH SPECIAL REGARD TO *HUDUD* CRIMES

Summary

The Islamic Criminal Law, as part of the Sharia, is subject to centuries of changes. Although many Muslim countries have gradually replaced or softened its norms, in recent decades the opposite trend can be observed: the re-islamization of societies and the reintroduction of criminal law based on Sharia principles, along with countries where it has been positive law ever since. In addition to the formal importance as positive law in the mentioned countries, prohibitions (and to some extent punishments) based on Islamic teachings very often have a strong informal influence on

¹¹¹ J. Pacić, 48.

¹¹² Додуше, стиче се утисак да те критике више примају к срцу они који их упућују, но они којима су упућене.

¹¹³ Наравно, ова констатација важи и за западна друштва.

their believers. This means that the importance of Islamic criminal law, and of the values (legal goods) protected by it, are not limited by state borders and national jurisdictions. In the following paper, a general overview of classical Islamic criminal law will be provided from the perspective of modern (secular) criminal law. Here, emphasis will be placed on hudud (borderline) crimes, which include theft (sariqa), street robbery (hirabah, qat`al-tariq), fornication (zina), accusation of fornication (qadhaf), apostasy (riddah, irtidad) and drunkenness (shurb al-khamr). Regarding the structure of the paper, it begins by pointing out the importance and topicality of the issue, after which the basics of classical Islamic criminal law will be presented. The central part of the work will be devoted to the analysis of the mentioned crimes, on the basis of which the features that can be attributed to classical Islamic criminal law will be singled out.

Keywords: Criminal law, Islam, *Hudud* crimes, Fornication, Apostasy.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, часописи

- Anwarullah Ch., *The Criminal Law of Islam*, Izharsons Printers, Lahore 2005.
- Badawi A. A., *The Concise Presentation of the Fiqh of Sunnah and the noble Book*, International Islamic Publishing House, Riyadh 2007.
- Беговић М., „О изворима шеријатског права”, *Архив за правне и друштвене науке* XXIII књ. XXVI, 1/1933, 6–27.
- Благојевић М., „Иранско Вијеће чувара – уставни суд и(ли) законодавни орган”, у: *Увод у шеријатско право* (ур. Владимир Чоловић, Самир Манић), Београд 2020, 83–92.
- Вуковић, И. „Бласфемија и кривично право – слобода изражавања наспрам вређања религиозних осећања”, *Crimen* 3/2018, 247–266.
- Вуковић И., „Бласфемија као говор мржње”, *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право и Митрополија Црногорско-приморска, Београд–Будва 2019, 787–800.
- Werner D., „Die Rechte Gottes versus die Rechte des Menschen”, *ZIS* 3/2021, 222–229.

- Демировић, М. „Основни шеријатскоправни појмови и институти”, у: *Увод у шеријатско право* (ур. Владимир Чоловић, Самир Манић), Београд 2020, 31–48.
- Дурмишевић Е., „Појам и природа шеријатског права”, у: *Увод у шеријатско право* (ур. Владимир Чоловић, Самир Манић), Београд 2020, 49–60.
- El-Awa M. S., *Punishment in Islamic Law: A comparative study*, American Trust Publications, Indianapolis 1982.
- El Baradie A., *Gottes-Recht und Menschen-Recht – Grundlagenprobleme der islamischen Strafrechtslehre*, Nomos, Baden-Baden 1983.
- Ел-Џезаири Е. Б. Џ, *Minhadschu-l-Muslim - Пут Правог Муслимана*, Банд II, Организација активне исламске омладине, Зеница 2000.
- Zehetgruber Ch., *Islamisches Strafrecht versus kontinental-europäische Werteordnung. Ein Strafrechtsvergleich unter Berücksichtigung ausgewählter zivilrechtlicher Aspekte*, Dissertation, Karl-Franzens-Universität, Graz 2010.
- Касезе А., *Међународно кривично право*, Београдски центар за људска права, Београд 2005.
- Krcsmárik J., „Beiträge zur Beleuchtung des islamitischen Strafrechts, mit Rücksicht auf Theorie und Praxis in der Türkei, *Zeitschrift der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft* 1/1904, 69–113.
- Mourad S., Toumi S., *Methodenlehre*, 2. Auflage, DIdI Verlag, Heidelberg 2009.
- Муфтић Т., *Арапско-српскохрватски рјечник I*, Извршни одбор Удружења илмије у СРБиХ, Сарајево 1973.
- Рацић Ј., *Islamisches Strafrecht*, 4. überarbeitete Neuauflage, DIdI Verlag, Heidelberg 2011.
- Peters R., *Crime and Punishment in Islamic Law. Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century*, Cambridge University Press, Cambridge 2005.
- Peters R., De Vries G. J. J., „Apostasy in Islam”, *Die Welt des Islams* 1–25/1976.
- Sabik S., *Fikhus-Sunne* Bd. IV, Bemsut, Bookline d.o.o., Sarajevo 2008.
- Sánchez M. A., Marković I, Strand S., „Gender Competent Criminal Law”, in: *Gender-Competent Legal Education*, (eds. Th. Giegerich, D. Vujadinović, M. Fröhlich), Springer, Cham 2023, 429–465.
- Сафи Ј. М., *Мир и границе рата. Превладавање класичне концепције михада*, ЦНС, Сарајево 2018.
- Scholz P., „Die koranischen Delikte (*hudud*) im sudanesischen Strafrecht”, *ZStW* 112, 2/2000, 431–460.

- Shaheed A. Q. O., *Criminal Law of Islam III*, International Islamic Publishers, Karachi 1994.
- Тахир Х. (прир.), *Ислам између истине и оптужбе*, Факултет исламских наука у Сарајеву – ел Калем, Сарајево 2004, 66; цит. према Е. Ђоровић (2020).
- Топољак С., *Увод у методологију исламског права – први дио*, Факултет за исламске студије, Нови Пазар 2006.
- Тухмаз А. М., *Ханефијски fiqh: Нови, поједностављени приступ шеријатским прописима по mezhebi имама Ебу Ханифе, уз навођење аргумената из Кур'ана и sunneta – Систем власти и судства и казнено право у исламу*, Трећа књига, Харис Грабус, Сарајево 2004.
- Ђоровић Е, Ганић С., „Основне карактеристике шеријатског кривичног права у поређењу са доминантним кривичноправним системима”, *Страни правни живот* 3/2016, 39–58.
- Ђоровић Е., „Шеријатско кривично право”, у: *Увод у шеријатско право* (ур. Владимир Чоловић, Самир Манић), Београд 2020, 93–110.
- Forte D. F., *Studies in Islamic Law – Classical and Contemporary Application*, Austin & Winfield Publishers, New York/Oxford 1999.
- Cammack M., „Islamic Law and Crime in Contemporary Courts”, *Berkeley J. Middle E. And Islamic Law* 4/2011, 1–15.
- Campagna N., „Der Zwecke der Strafe im islamischen Strafrecht”, *ARSP: Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie* 3/2011, 360–377.

Остали извори

- Aslan S., *Die Anzahl der Verse im Islam*, <https://islam-akademie.de/index.php/koranwissenschaften/70-die-anzahl-der-verse-im-koran>, 1. 9. 2023.
- Elwan O., *Vorlesung – Einführung in das Islamische Recht*, 2017, https://www.ipr.uni-heidelberg.de/md/jura/ipr/personen/elwan/materialien_zur_vorlesung_-_einfuehrung_in_das_islamische_recht_ss_2017.pdf, 15. 8. 2023.
- Карчић Ф., *Шеријатско право: Реформизам и изазови модерности – Хрестоматија текстова и есеја*, www.bosnamuslimedija.com, 15. 8. 2023.
- Љеваковић Е., *Казна за напуштање ислама*, <https://www.islamskazajednica.ba/index.php/iman-vjerovanje/11779-kazna-za-naputanje-islama>, 15. 8. 2023.

- Pew Research Center, *The Future of World Religions: Population Growth Projections, 2010–2050*, April 2, 2015, <https://www.pewresearch.org/religion/2015/04/02/religious-projections-2010-2050/>, 15. 8. 2023.
- Sherwood H., „Islam set to become world’s largest religion by 2075”, study suggests, *The Guardian*, April 5, 2017, <https://www.theguardian.com/world/2017/apr/05/muslim-population-overtake-christian-birthrate-20-years>, 15. 8. 2023.
- Tellenbach S., „Die Apostasie im islamischen Recht”, Gesellschaft für Arabisches und islamisches Rechts, 2006, www.gair.de, 10. 8. 2023.
- Fatwa Nr. 108955 (Hadd punishment for slander). www.islam-qa-com, 15. 8. 2023.
- Feder, D., *Islam poised to become the world’s largest religion*, January 1, 2023, *The Washington Times*, <https://www.washingtontimes.com/news/2023/jan/1/islam-poised-to-become-worlds-largest-religion/>, 15. 8. 2023.

LA REPRESSIONE DELLA PEDOFILIA ECCLESIASTICA E IL DIVIETO DI *BIS IN IDEM* TRA CEDU, CONVENZIONE DI SCHENGEN E TRATTATO LATERANENSE

Riassunto

L'articolo analizza la tematica concernente l'eventuale applicabilità del principio ne bis in idem al rapporto intercorrente tra l'ordinamento canonico e quello italiano. Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, al quesito va data, attualmente, risposta negativa. Il divieto del doppio giudizio non può essere ricondotto, infatti, alle norme internazionali generalmente riconosciute, norme la cui vigenza è espressamente affermata dall'art. 10 della Costituzione italiana. Non risultano poi applicabili norme pattizie: la S. Sede non ha mai sottoscritto né la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, né la Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen; il Trattato del Laterano, stipulato tra la S. Sede e l'Italia, non affronta la questione. L'art. 20 del Trattato stabilisce semplicemente, infatti, l'inesistenza di barriere doganali tra la Città del Vaticano e la Repubblica italiana; l'art. 23 regolamento, al comma 1, la rilevanza in Italia delle sentenze emanate dai tribunali vaticani, organi giudiziari del tutto distinti da quelli canonici. L'art. 23, comma 2, è dedicato, infine, alla rilevanza civile delle sentenze ecclesiastiche, ma ciò non esclude che la giurisdizione italiana possa esercitarsi sugli stessi fatti. È altresì legittimo che i tribunali statali possano desumere elementi probatori dalle pronunce canoniche.

Parole chiave: pedofilia ecclesiastica, sanzione penale, *ne bis in idem*, Chiesa cattolica Repubblica italiana.

1. L'asserta applicabilità del ne bis in idem al rapporto tra ordinamento canonico e ordinamento italiano: la Legge fondamentale e le convenzioni internazionali

La problematica analizzata appare alquanto complessa, in quanto si articola in due questioni principali: da un lato, la riconducibilità, o meno, del principio *ne bis in idem*, in base al quale la stessa persona non può essere

* Professore ordinario di Diritto canonico e Diritto ecclesiastico presso la Libera Università Maria SS. Assunta — Dipartimento di Palermo, p.loiacono@lumsa.it

sottoposta a procedimento penale due volte per il medesimo fatto, alle norme di diritto internazionale generale, oggetto di esplicito richiamo da parte dell'art. 10 della Costituzione italiana (d'ora in avanti indicata come Cost.); dall'altro, l'effettivo contenuto dell'art. 23 del Trattato Lateranense, stipulato, congiuntamente al Concordato, l'11 febbraio del 1929 tra la S. Sede e l'Italia¹, in particolare del secondo comma, soprattutto con riferimento all'esattezza dell'interpretazione secondo cui la disposizione attribuirebbe efficacia diretta nell'ordinamento statuale ai provvedimenti e alle sentenze canonici, e, conseguentemente, dichiarerebbe applicabile il divieto del doppio giudizio ai rapporti tra giurisdizione ecclesiastica e giurisdizione italiana.

È evidente la delicatezza della tematica relativa a un principio, il divieto di *bis in idem*, che, lungi dal costituire un bizantinismo giuridico, o, addirittura, un "cavillo", appare dotato di rilevanza centrale, tanto da essere espressamente contemplato da numerosi ordinamenti e da essere sovente qualificato, nell'ambito della cultura giuridica occidentale, come garanzia processuale posta a presidio della libertà e dignità della persona umana: ciò quantomeno sotto il profilo dell'intangibilità del giudicato.

Relativamente a quest'ultimo profilo si riscontra una coincidenza alquanto significativa tra gli ordinamenti di *civil law* e quelli di *common law* (cd. *prohibition of double jeopardy*). Particolarmente rilevante appare l'esperienza nordamericana, poiché gli Stati Uniti hanno costituzionalizzato il principio *de quo* nel V emendamento della Costituzione². Nel commentare la norma l'*Encyclopedia of the American Constitution* la definisce la più antica tra le garanzie processuali accolte dall'ordinamento statunitense, specificando che la stessa è fondata sul "Greek, Roman and canon law"³.

¹ Com'è noto, l'11 febbraio del 1929 la S. Sede e il Governo italiano stipularono i Patti Lateranensi costituiti da tre accordi: il Trattato Lateranense; il Concordato Lateranense; la Convenzione finanziaria. Il Trattato è diretto a risolvere la cd. questione romana, sorta il 20 settembre del 1870 allorquando le truppe italiane occuparono Roma, ponendo fine allo Stato Pontificio e privando il Papa della sovranità territoriale: a tal fine il Trattato ha dato vita allo Stato della Città del Vaticano sottoposto alla esclusiva e assoluta sovranità e giurisdizione della S. Sede; il Trattato è ancora in vigore, essendo stato semplicemente modificato in due punti nel 1984. La Convenzione finanziaria, allegata al Trattato, ha risarcito la S. Sede dei danni patrimoniali subiti a seguito dell'annessione dello Stato Pontificio e della soppressione degli enti ecclesiastici disposte dal Regno d'Italia. Il Concordato era diretto a regolare la condizione giuridica della Chiesa cattolica in Italia: è stato sostanzialmente sostituito nel 1984 da un nuovo accordo, denominato Accordo del 1984 o Accordo di Villa Madama; l'Accordo del 1984 ha altresì apportato al Trattato le due modifiche testé menzionate.

² La norma stabilisce che nessuno "shall (...) be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb".

³ J.A. Sigler, "Double Jeopardy", In: *Encyclopedia of the American Constitution* (eds. Leonard Williams Levy, Kenneth L. Karst), Mcmillan Reference, New York 2000, 807.

Nell'ambito del presente lavoro la regola del *ne bis in idem* assume una valenza peculiare, giacché costituisce oggetto di analisi la sua riferibilità al rapporto tra due ordinamenti profondamente diversi per natura e finalità, essendo uno secolare e l'altro religioso. Ciò rende, a nostro giudizio, ancor più significativa la tematica in parola, la cui attualità è confermata da due sentenze della Corte di Cassazione italiana (denominata anche Suprema Corte). Non è inopportuna, al riguardo, una succinta esposizione delle vicende processuali che hanno dato origine alle pronunce.

Questi i fatti più salienti della prima fattispecie. Un presbitero, I.M., è stato accusato di plurimi episodi di violenza sessuale ai danni di cinque minorenni, alcuni dei quali infraquattordicenni. Il Giudice per le Udienze Preliminari (d'ora in avanti GUP)⁴ presso il Tribunale di Cremona ha dichiarato il chierico colpevole con pronuncia del 29 giugno 2016, pronuncia appellata dall'imputato. La Corte d'Appello di Brescia, con sentenza del 21 settembre 2017, ha riformato parzialmente la pronuncia di primo grado, in quanto ha ritenuto che relativamente ad alcuni dei crimini commessi fosse intervenuta la prescrizione, e, conseguentemente, ha rideterminato la pena, quantificandola in quattro anni, sette mesi e dieci giorni di reclusione. Avverso la pronuncia bresciana i legali di I.M. hanno presentato ricorso innanzi alla Suprema Corte, chiedendo, tra l'altro, che ne venisse dichiarata la nullità "per violazione del principio del *ne bis in idem* internazionale", essendo stato il presbitero colpito, per i medesimi fatti, da un provvedimento canonico⁵.

Molto simile la seconda fattispecie. Un chierico, C.V., è stato condannato dal Tribunale di Pescara per aver compiuto atti sessuali con un minorenne, infrasedicenne all'epoca dei fatti, con il quale era venuto in contatto per ragioni afferenti all'educazione religiosa dello stesso. La pronuncia di primo grado è stata confermata dalla Corte d'Appello dell'Aquila in data 28 maggio 2020, rimanendo così ferma la condanna a tre anni e otto mesi di reclusione. C. V. ha adito la Corte di Cassazione, adducendo anche lui che si fosse verificato un inammissibile *bis in idem*, in quanto già sottoposto a sanzione, per lo stesso fatto, dall'autorità ecclesiastica.⁶

⁴ Com'è noto, nell'ordinamento italiano il GUP può pronunciare sentenza di condanna allorché il giudizio si svolga secondo alcuni riti speciali (ad es., quello abbreviato).

⁵ Cass. pen. 13 marzo 2018 n. 21997, *Il diritto di famiglia e delle persone (Dir. fam. pers.)* 2/2022, 458 (con nota di P. Lo Iacono), nonché *il Penalista*, Rivista telematica (www.ilpenalista.it), 19 giugno 2018 (con nota di A. Nocera).

⁶ Cass. pen. 18 maggio 2021 n. 34576, *Dir. fam. pers.* 2/2022, 469 etc. (con nota di P. Lo Iacono), nonché *Diritto e Giustizia*, Rivista telematica (www.dirittoegiustizia.it), 20 settembre 2021 (con nota di F.G. Capitani).

Risultano analoghe, di conseguenza, anche le motivazioni alla base dei due ricorsi. Secondo la tesi difensiva, l'imputato era già stato punito da parte dell'ordinamento canonico: nel primo caso era stato ridotto allo stato laicale tramite un provvedimento pontificio; nel secondo era stato sottoposto a un procedimento penale amministrativo, affidato dal vescovo diocesano a un proprio delegato, e, tramite decreto, interdetto in perpetuo dall'esercizio del ministero nei confronti dei minori, nonché sospeso *a divinis* per tre anni e assoggettato alla *praescriptio commorandi*, cioè, è noto, all'obbligo di dimora (si tratta di una sanzione canonica paragonabile agli arresti domiciliari), per un periodo di cinque anni;⁷ entrambe le pene temporanee erano state scontate integralmente.

La natura penale delle sanzioni inflitte avrebbe reso illegittima l'irrogazione di misure punitive da parte di un altro ordinamento, segnatamente quello italiano. Ad avviso dei patroni degli imputati, i fatti criminosi oggetto di valutazione da parte dell'autorità ecclesiastica e del giudice secolare erano, infatti, certamente, o quantomeno verosimilmente, gli stessi⁸, come dimostrato anche: dalla circostanza che la *dimissio* fosse stata inflitta successivamente alla condanna in primo grado da parte del GUP, il cui provvedimento era stato acquisito dall'autorità ecclesiastica⁹; dal fatto che le sentenze statali avessero tratto elementi di prova dai dati fattuali riportati nel decreto ecclesiastico di condanna¹⁰.

Né il divieto internazionale di *bis in idem* potrebbe essere ritenuto inefficace in quanto sancito in fonti convenzionali, quali la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in avanti CEDU) o la Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen (d'ora in avanti Convenzione Schengen), mai sottoscritte dalla S. Sede. La proibizione del doppio giudizio costituirebbe un principio di diritto internazionale generale automaticamente recepito, *ex art. 10 Cost.*, all'interno dell'ordinamento italiano: la norma costituzionale statuisce, infatti, al comma 1, che "L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente

⁷ Com'è noto, la sospensione dall'esercizio della potestà derivante dal sacramento dell'ordine viene annoverata dall'ordinamento canonico tra le pene medicinali, la cui finalità principale è l'emendazione del reo: cfr. il can. 1333 *Codex Iuris Canonici latino (C.I.C.)*; per il diritto canonico orientale, cfr. il can. 1432 *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium (C.C.E.O.)*. L'obbligo (o il divieto) di dimora è incluso, invece, tra le pene espiatorie, il cui scopo principale è sostanzialmente afflittivo: cfr. il can. 1336 (2, n. 1) (3, n. 1) *C.I.C.*; relativamente al diritto canonico orientale, cfr. il can. 1429 *C.C.E.O.*

⁸ Cass. pen. del 13 marzo 2018, 462, ove si riporta l'affermazione, formulata dalla difesa dell'imputato, secondo cui deve ritenersi "‘verosimile’, se non provata, l'identità dei fatti oggetto del presente procedimento rispetto a quelli della procedura canonica”.

⁹ *Ibid.*, 458–460.

¹⁰ Cass. pen. del 18 maggio 2021, 472.

riconosciute”. La Sede Apostolica, inoltre, pur non essendo formalmente parte dei summenzionati accordi internazionali, in quanto carente della qualifica di membro dell’Unione Europea, condividerebbe i principi fondamentali dell’Unione stessa, inclusa l’illegittimità del *bis in idem*.

Ciò risulterebbe ulteriormente confermato da specifiche norme pattizie intercorrenti tra l’Italia e la S. Sede, e segnatamente dagli artt. 20 e 23 del Trattato Lateranense così come integrato dal Protocollo Addizionale all’Accordo di Modificazioni del Concordato Lateranense (denominato anche Accordo di Villa Madama), Accordo stipulato nel 1984¹¹.

Non potrebbe essere trascurato, infine, che le relazioni italiane con la S. Sede si fondano sul principio di reciproca fiducia, principio di cui sarebbe espressione la mancanza di barriere doganali tra lo Stato italiano e lo Stato della Città del Vaticano: siffatto rapporto fiduciario postulerebbe il reciproco riconoscimento delle rispettive pronunce giudiziarie, al di là del dato formale rappresentato dalla mancata adesione esplicita della stessa S. Sede agli accordi vigenti tra i Paesi dell’Unione Europea in merito al divieto di *bis in idem*¹².

In definitiva, ogniquale volta un provvedimento ecclesiale infligga una misura realmente afflittiva come conseguenza della commissione di un dato comportamento criminoso, sarebbe illegittimo ritenere che esista una parallela giurisdizione statale relativa al medesimo fatto illecito: non vi sarebbe alcuna differenza di regime giuridico tra le sentenze emanate dai tribunali vaticani e le sentenze, o i provvedimenti amministrativi, provenienti dall’autorità ecclesiastica, giacché sussisterebbe comunque l’illiceità di ulteriori mezzi sanzionatori adottati dagli organi giudiziari statali. Da qui la richiesta di cassare le condanne per violazione di legge e vizio di motivazione.

2. L’inapplicabilità del richiamo operato dall’art. 10 Cost.

La Suprema Corte ha respinto i motivi di ricorso testé esposti (così come ha respinto gli altri motivi di impugnazione), dando quindi risposta negativa a entrambe le questioni individuate all’inizio del presente lavoro.

¹¹ Cass. pen. del 13 marzo 2018, 461; Cass. pen. del 18 maggio 2021, 470–472. Il 18 febbraio 1984 la Repubblica italiana e la S. Sede hanno stipulato l’Accordo di Modificazioni del Concordato Lateranense. Lo scopo dell’Accordo è quello di sostituire il Concordato con una nuova pattuizione che sia rispondente, da un lato ai principi contenuti nella Costituzione italiana, dall’altro alle acquisizioni del Concilio Vaticano II, onde adeguare agli uni e alle altre il regime giuridico della Chiesa cattolica in Italia. L’Accordo è corredato da un Protocollo Addizionale, che, tra l’altro, ha apportato modifiche al Trattato Lateranense.

¹² Cass. pen. del 18 maggio 2021, 471–472.

Relativamente alla prima, riferentesi alla riconducibilità del divieto di *bis in idem* ai principi generali del diritto internazionale vigenti in Italia ai sensi dell'art. 10 della Legge fondamentale, i giudici hanno osservato come la norma costituzionale risulti inapplicabile alle fattispecie in esame: il combinato disposto degli artt. 6 e 11 codice penale (d'ora in avanti indicato come c.p.), in base al quale chi abbia commesso un reato all'interno del territorio nazionale è sottoposto alla giurisdizione italiana anche se per il medesimo fatto sia stato giudicato all'estero¹³, può essere vinto soltanto qualora l'autore del crimine sia uno straniero cittadino di uno Stato con il quale viga un accordo che deroghi al disposto stesso. Deve cioè escludersi che il *ne bis in idem* costituisca un principio generale dell'ordinamento internazionale, dovendosi invece optare per la sua mera natura convenzionale¹⁴.

La Cassazione richiama, al riguardo, la propria giurisprudenza, ormai consolidata, nonché quella della Corte costituzionale¹⁵, secondo cui soltanto *de iure condendo* è possibile ipotizzare che il divieto di doppio giudizio costituisca una norma internazionale generalmente riconosciuta: *de iure condito* ciò deve assolutamente escludersi, essendo la vigenza del divieto subordinata all'esistenza di una norma pattizia, bilaterale o multilaterale, che la preveda espressamente; troppo incisivo il *vulnus* che l'impossibilità di giudicare arreca alla sovranità nazionale e troppo marcate le differenze di valutazione intercorrenti tra i vari Stati in materia penale per poter prescindere dall'esistenza di una fonte convenzionale¹⁶.

¹³ L'art. 6 c.p., è risaputo, recita: "Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana. Il reato si considera commesso nel territorio dello Stato quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione"; l'art. 11 (1) c.p. stabilisce che "Nel caso indicato nell'articolo 6, il cittadino o lo straniero è giudicato nello Stato, anche se sia stato giudicato all'estero".

¹⁴ Cass. pen. del 13 marzo 2018, 465, secondo cui le norme interne che prevedono la giurisdizione italiana "possono recedere rispetto a quelle internazionali che prevedono casi di *ne bis in idem* solo in presenza di Convenzione tra Stati, ratificate e rese esecutive, che vincolano unicamente i Paesi contraenti, nei limiti dell'accordo raggiunto"; Cass. pen. del 18 maggio 2021, 475, che ribadisce la natura convenzionale del divieto del doppio processo, ponendo in risalto come "il principio del *ne bis in idem* non abbia natura, appunto, di principio generale del diritto internazionale capace di prevalere sul principio di territorialità".

¹⁵ Com'è noto, nell'ordinamento italiano la Corte costituzionale svolge quattro distinte funzioni: dichiara l'eventuale contrarietà alla Costituzione delle leggi ordinarie e degli atti aventi valore di legge ordinaria; giudica il Presidente della Repubblica qualora lo stesso venga messo in stato d'accusa; decide in ordine ai conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, tra lo Stato e le Regioni, tra le Regioni; decide circa la legittimità costituzionale delle richieste aventi per oggetto lo svolgimento di referendum abrogativi di norme di legge.

¹⁶ Cass. pen. del 13 marzo 2018, 464-465 e 467, ove, dopo aver menzionato "numerose decisioni" della stessa Suprema Corte, che escludono la riconducibilità del *ne bis in idem*

alle norme internazionali generalmente riconosciute, si qualifica “consolidata” la summenzionata giurisprudenza di legittimità; Cass. pen. del 18 maggio 2021, 475-476, secondo cui “in plurime occasioni” la stessa Cassazione e la Corte costituzionale (denominata anche Consulta) hanno escluso che il divieto di bis in idem possa essere ritenuto operativo ai sensi dell’art. 10 Cost. Tra le numerose decisioni citate dalle due pronunce, Cass. pen. del 13 maggio 2013 n. 20464, www.dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=3&idDocMaster=3848654&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=0&semantica=0&isPdf, 24. 7. 2023, secondo cui “quello del ne bis in idem non può essere considerato principio generale del diritto internazionale, giacché non si spiegherebbe la ragione per la quale i vari Paesi della comunità internazionale sentano l’esigenza di farne oggetto di specifiche regolamentazioni di natura pattizia, circostanza questa pienamente giustificata dalla considerazione che, attraverso l’applicazione di tale principio in una dimensione sovranazionale, si determina una incisiva limitazione della sovranità nazionale ogni qual volta un delitto commesso in Italia non venga giudicato dall’autorità giudiziaria nazionale ma da quella di un altro Paese, sulla base di principi giuridici e valutazioni di rilevanza penale diversi da quelli nazionali”; Cass. pen. del 1 ottobre 2013 n. 40553, www.dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=3&idDocMaster=3981921&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=0&semantica=0&isPdf, 24. 7. 2023; Cass. pen. del 8 luglio 2014 n. 29664, www.dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=3&idDocMaster=4245268&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=0&semantica=0&isPdf, 24. 7. 2023, che rileva come il divieto di doppio giudizio non possa qualificarsi “rispetto alle sentenze straniere, come principio generale di diritto riconducibile alla categoria delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, oggetto di ricezione automatica ai sensi dell’art. 10 Cost.”; Cass. pen. del 21 dicembre 2016 n. 54467, www.dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=3&idDocMaster=5249767&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=0&semantica=0&isPdf, 24. 7. 2023; Cass. pen. del 23 gennaio 2017 n. 3315, www.dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=3&idDocMaster=5274421&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=0&semantica=0&isPdf, 24.7.2023. La Suprema Corte fa altresì riferimento, ripetutamente, a quanto affermato dalla Consulta. Cfr., al riguardo: Corte cost. Del 18 aprile 1967 n. 48, available at: www.giurcost.org/decisioni/1967/0048s-67.html, 26. 7. 2023, ove si osserva che “Un’efficacia preclusiva della sentenza penale in campo internazionale presupporrebbe d’altronde, oltre la già rilevata identità di riflessi sociali e politici, anche una assai larga uniformità di previsione delle varie fattispecie penali e una pressoché identica valutazione, nella coscienza dei popoli, delle varie forme delittuose e della entità e pericolosità della delinquenza in ciascuno Stato; condizioni che non sussistono o non sussistono in misura adeguata. Il che spiega e dà fondamento attuale al permanere del principio della territorialità nelle varie legislazioni”; Corte cost. del 8 aprile 1976 n. 69, www.giurcost.org/decisioni/1976/0069s-76.html, 26. 7. 2023, secondo cui “il divieto del bis in idem con riferimento alle sentenze pronunciate all’estero non ha il valore di principio comune alla generalità degli ordinamenti statuali moderni, e non può pertanto considerarsi come una delle ‘norme del diritto internazionale generalmente riconosciute’, a cui l’ordinamento italiano si conforma giusta il disposto dell’art. 10 della Costituzione (...) Al contrario, l’ordinamento italiano, come quelli della maggior parte degli Stati moderni, si ispira ai principi della territorialità ed obbligatorietà generale della legge penale, secondo i criteri stabiliti dagli artt. 6 e seguenti del codice penale”; Corte cost. del 3 marzo 1997 n. 58, www.giurcost.org/decisioni/1997/0058s-97.html, 26. 7. 2023, che sottolinea come il divieto di bis in idem

Da qui la valenza esclusivamente interna, allo stato attuale, della proibizione del *bis in idem*: in base a quanto sancito dall'art. 649 codice di procedura penale (d'ora in avanti indicato come c.p.p.)¹⁷ il richiamo operato dall'art. 10 Cost. non è idoneo a far acquisire alla proibizione *de qua* valenza internazionale *erga omnes*.

Non conducente appare altresì il richiamo agli artt. 2 e 3 Cost., giacché in alcuna delle due disposizioni si ravvisa un riferimento, nemmeno implicito, al principio in oggetto.¹⁸

Siffatte conclusioni risultano pienamente rispondenti alle acquisizioni della dottrina, che ha preso in considerazione unicamente norme convenzionali, senza fare mai il benché minimo accenno a eventuali consuetudini internazionali volte a sancire il *ne bis in idem*.¹⁹ ciò in piena conformità con le summenzionate pronunce della Cassazione.

non sia “ancora assunto a regola di diritto internazionale generale”, né sia “accolto senza riserve nelle convenzioni internazionali che ad esso si riferiscono”.

¹⁷ Cfr. Cass. pen. del 18 maggio 2021, 474, ove si osserva come il principio *ne bis in idem* sia “disciplinato solo internamente dall'art. 649 c.p.”; tra i precedenti giurisprudenziali richiamati dalla summenzionata pronuncia cfr. Cass. pen. 23 gennaio 2017, secondo cui “la regola del *ne bis in idem* (...) nell'attuale momento storico che ancora privilegia il principio della sovranità nazionale, del quale sono espressione in tema di applicazione della legge penale l'art. 6 c.p. e segg., vale solamente nei rapporti processuali interni e, non avendo il carattere di norma internazionale generalmente riconosciuta (v. Corte cost., sentenza del 12.4.1967 n. 48), per essere trasferita nei rapporti internazionali abbisogna di un'apposita previsione quanto meno a livello convenzionale”. L'art. 649 c.p.p., è risaputo, recita: “L'imputato prosciolti o condannati con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69, comma 2, e 345. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo”.

¹⁸ Cass. pen. del 18 maggio 2021, 475. L'art. 2 Cost. recita: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”; l'art. 3 Cost. statuisce che “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

¹⁹ F. Trapani, “*Ne bis in idem*, processo penale e procedimento canonico (nota a Cass. Pen., Sez. pen. III, 18 maggio 2018, n. 21997)”, *Diritto e religioni* 1/2018, 649-650, ove si pone in risalto come “il principio del *ne bis in idem* sia vincolante per l'ordinamento solo se espressione di fonte pattizia o convenzionale, escludendo che costituisca principio generale del diritto internazionale riconosciuto ed automaticamente recepito ex art. 10 Cost.”.

3. Il possibile fondamento convenzionale della proibizione del doppio giudizio

Altrettanto significativa la seconda questione sottesa ai ricorsi presentati dai legali degli imputati e cioè l'applicabilità del divieto di *bis in idem* al rapporto intercorrente tra ordinamento canonico e ordinamento italiano. L'aver negato che il divieto in parola rientri tra i principi di diritto internazionale provvisti di valenza generale non implica automaticamente che anche a siffatta questione debba darsi risposta negativa. Occorre verificare, infatti, la presenza, o meno, di statuizioni pattizie idonee a rendere illegittima la sottoposizione a processo dello stesso soggetto per i medesimi fatti innanzi alla giustizia ecclesiastica e a quella statale: ciò prendendo in considerazione, innanzitutto, quelle menzionate nei ricorsi.

In entrambi i gravami si sostiene che esistano norme convenzionali applicabili ai rapporti S. Sede-Italia e relative al divieto del doppio giudizio: vengono citati, in particolare, l'art. 4 del Protocollo 7 alla CEDU²⁰, nonché l'art. 54 della Convenzione Schengen²¹.

²⁰ Com'è noto, l'art. 4 del Protocollo 7 (22 novembre 1984) alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo stabilisce: "Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione" (l'art. 15 consente agli Stati firmatari di derogare alla Convenzione in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la loro esistenza). Sul contenuto della norma, C. Ovey, R.C.A. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2006, 215–217; B. van Bockel, *The ne bis in idem principle in EU law: a conceptual and jurisprudential analysis*, Leida 2009, 16–18; B. van Bockel, "Right not to be tried or punished twice (Art. 4 of Protocol No. 7)", In: *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* (eds. Pieter van Dijk et al.), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2018, 981 etc.; S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Cedam, Padova 2012, 894–905; W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A commentary*, Oxford University Press, Oxford 2015, 1147–1156; J. McBride, *Human rights and criminal procedure. The case law of the European Court of Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2018, 459.

²¹ L'art. 54 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 (d'ora in avanti Convenzione Schengen), Convenzione stipulata il 19 giugno 1990 e alla quale l'Italia ha aderito il 27 novembre dello stesso anno, stabilisce: "Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita".

Le due norme sarebbero riferibili allo Stato della Città del Vaticano, nonostante quest'ultimo non faccia parte dell'Unione Europea: il Vaticano avrebbe contribuito in modo significativo, infatti, alla costituzione della stessa Unione, alla quale sarebbe legato da un rapporto di reciproca fiducia. Espressione di siffatta relazione fiduciaria sarebbero la decisione della S. Sede di istituire una rappresentanza diplomatica permanente a Bruxelles, nonché l'assenza di barriere doganali tra lo Stato vaticano e l'Italia, assenza sancita dall'art. 20 del Trattato del Laterano²².

Esisterebbe, poi, una norma pattizia relativa specificamente alle relazioni tra l'Italia e la S. Sede, cioè l'art. 23 del Trattato Lateranense: il primo comma prevede l'esecutività in Italia delle sentenze pronunciate dai tribunali vaticani, rinviando, per l'individuazione analitica della normativa applicabile, all'ordinamento internazionale²³; il secondo comma, attribuendo efficacia nell'ordinamento italiano ai provvedimenti emanati dall'autorità ecclesiastica che concernano materie spirituali o disciplinari e abbiano come destinatari chierici o religiosi²⁴, comporterebbe un "pieno riconoscimento della giurisdizione sovrana della Chiesa"²⁵.

²² Su siffatte argomentazioni difensive, cfr., in particolare, quanto riportato in Cass. pen. del 18 maggio 2021, 471-472 e 476-477. L'art. 20 del Trattato del Laterano statuisce: "Le merci provenienti dall'estero e dirette alla Città del Vaticano, o, fuori della medesima, ad istituzioni od uffici della Santa Sede, saranno sempre ammesse da qualunque punto del confine italiano ed in qualunque porto della Repubblica al transito per il territorio italiano con piena esenzione dai diritti doganali e daziari".

²³ L'art. 23, para. 1 del Trattato Lateranense stabilisce, è risaputo, che "Per l'esecuzione nella Repubblica delle sentenze emanate dai tribunali della Città del Vaticano si applicheranno le norme del diritto internazionale".

²⁴ Com'è noto, l'art. 23, para. 2 del Trattato Lateranense recita: "Avranno invece senz'altro piena efficacia giuridica, anche a tutti gli effetti civili, in Italia le sentenze ed i provvedimenti emanati da autorità ecclesiastiche ed ufficialmente comunicati alle autorità civili, circa persone ecclesiastiche o religiose e concernenti materie spirituali o disciplinari". Relativamente al contenuto della norma e alle modalità della sua applicazione ci sia consentito rinviare a P. Lo Iacono, "L'art. 23 cpv. del Trattato Lateranense: tentazioni giurisdizionaliste e tutela dell'ordinata colligatio (A vent'anni dalla stipula dell'Accordo di Villa Madama)", *Iustitia* 2-3/2004, 247 etc.; P. Lo Iacono, "La giurisdizione statale fra tutela dei diritti individuali e rispetto dell'autonomia confessionale: a proposito di un provvedimento di espulsione dai Testimoni di Geova", *Dir. fam. pers.* 3/2006, 1119 etc. (nota a Trib. Bari 1 giugno 2004 e Trib. Bari 14 dicembre 2004); P. Lo Iacono, "L'art. 23 cpv. del Trattato del Laterano e la 'legge sui culti ammessi'. Rapporti tra giurisdizioni in materia disciplinare", In: *Diritto e religioni, Quaderno monografico 1, 1929-2019. Novant'anni di rapporti tra Stato e confessioni religiose. Attualità e prospettive* (ed. Maria D'Arienzo), Pellegrini, Cosenza 2020, 178 etc.; P. Lo Iacono, "Chierici pedofili, esercizio della giurisdizione penale e inapplicabilità del ne bis in idem: l'ordinata colligatio Stato/Chiesa a tutela dei minori", *Dir. fam. pers.* 2/2022, 481 etc. (nota a Cass. pen. 13 marzo 2018 n. 21997 e Cass. pen. 18 maggio 2021 n. 34576).

²⁵ Su siffatta affermazione contenuta negli scritti difensivi, cfr. Cass. pen. del 13 marzo 2018, 461.

Entrambe le statuizioni, prosegue la difesa degli imputati, sarebbero rilevanti ai fini della soluzione della questione qui esaminata.

Il primo comma, richiamando il diritto internazionale, renderebbe operativo il divieto di riesame stabilito dalla CEDU e dalla Convenzione Schengen. La norma si applicherebbe non solo alle pronunce vaticane, ma più generalmente a qualunque atto sanzionatorio proveniente dall'autorità ecclesiastica, dovendosi guardare non alla qualificazione formale dell'organo emanante, bensì alla sostanziale natura afflittiva del provvedimento.

Il secondo comma reitererebbe siffatto principio relativamente a tutti i provvedimenti canonici afferenti alla sfera spirituale e disciplinare inclusi, ovviamente, anche quelli in materia penale, espressamente ricompresa dalla Chiesa tra gli ambiti di competenza del proprio ordinamento²⁶.

Ne conseguirebbe la rilevanza nell'ordinamento italiano della potestà punitiva dell'autorità ecclesiastica e, pertanto, l'impossibilità per gli organi giudiziari statuali di sanzionare nuovamente una condotta criminosa per la quale sia stata già inflitta una pena canonica.

Siffatta efficacia preclusiva sarebbe stata ribadita dall'Accordo di Modificazioni del Concordato Lateranense, stipulato tra la Chiesa cattolica e la Repubblica italiana nel 1984, ove la S. Sede ha esplicitamente aderito all'ermeneusi dell'art. 23, cpv., formulata dall'Italia, ermeneusi in base alla quale gli effetti civili dei provvedimenti ecclesiastici vanno intesi in conformità ai diritti costituzionalmente garantiti ai cittadini italiani²⁷, tra cui rientrerebbe anche il divieto di *bis in idem*.

Avrebbero quindi errato, conclude la tesi in oggetto, i giudici di merito ritenendo sussistente la propria competenza: tanto più che il decreto penale canonico è stato utilizzato dagli stessi quale fonte di prova, il che ne presuppone la rilevanza nell'ordinamento statale, rilevanza dalla quale discenderebbe però, in base al divieto del doppio processo, l'impossibilità di perseguire il *clericus* innanzi a un tribunale italiano²⁸.

²⁶ I difensori degli imputati fanno riferimento, tra l'altro, al can. 1400 (1) C.I.C., che, al n. 2, attribuisce ai tribunali ecclesiastici la competenza a giudicare "i delitti per quanto riguarda l'irrogazione e la dichiarazione della pena"; molto simile il disposto del can. 1055 (1, n. 2) C.C.E.O.

²⁷ Si tratta, è noto, dell'art. 2 (lett. c) del Protocollo Addizionale all'Accordo del 18 febbraio 1984.

²⁸ Stando alla difesa, qualora il provvedimento canonico "venisse ritenuto utilizzabile, ne deriverebbe l'ineludibile pronuncia di improcedibilità del giudizio in forza del principio del *bis in idem*; se, invece, non lo si ritenesse utilizzabile, allora ne deriverebbe l'impossibilità di attingerne argomenti di prova": cfr. Cass. pen. 18 maggio 2021, 472.

4. La Cassazione non ha condiviso le argomentazioni testé esposte

Entrambe le pronunce hanno posto in risalto come sia astrattamente configurabile la questione relativa alla possibile sussistenza di un *bis in idem*: ciò alla luce della reale natura afflittiva delle sanzioni che la giustizia canonica ha irrogato ai due chierici. Al di là della denominazione formale delle sanzioni in oggetto, incluse nella categoria delle “pene medicinali” — la sospensione *a divinis*²⁹ — e delle “pene espiatorie” — l’interdizione in perpetuo dall’esercizio del sacerdozio ministeriale nei confronti dei minori, la *praescriptio commorandi*, la dimissione dallo stato clericale³⁰ —, non può dubitarsi del fatto che le stesse consistano nel privare il fedele di alcuni beni, spirituali o temporali, anche in misura molto incisiva (basti pensare alla *dimissio*) e siano perciò sostanzialmente idonee a reprimere i crimini commessi³¹.

Né siffatto carattere repressivo può essere escluso sulla base della minor durezza delle pene canoniche rispetto a quelle previste dall’ordinamento italiano: l’entità della componente afflittiva non incide sulla sussistenza della stessa, che va accertata attraverso una valutazione esclusivamente qualitativa, valutazione che nel caso di specie indica inconfutabilmente che la giustizia ecclesiastica ha realmente punito *i clerici colpevoli*³².

Avendo stabilito l’astratta configurabilità del *bis in idem*, i giudici di legittimità hanno rilevato che anche qualora risultasse provata l’identità dei fatti oggetto del processo penale statale e del parallelo procedimento ecclesiastico, non risulterebbe violata alcuna disposizione e ciò per mancanza del divieto di doppio giudizio: non è individuabile alcuna norma, applicabile alle relazioni tra l’ordinamento canonico e l’ordinamento italiano, che vieti il *bis in idem*.

²⁹ *Ibid.*, fn. 8.

³⁰ Il can. 1336 (2, n. 1) (3, n. 2) (5) C.I.C.; per il diritto canonico orientale, cfr. i cann. 1429, 1430, 1433 C.C.E.O.

³¹ Cass. pen. del 13 marzo 2018, 462-463, ove si afferma che “in ordine alla natura ‘penale’ della sanzione inflitta all’imputato in base all’ordinamento canonico non possono esservi dubbi. La dimissione dallo stato clericale (...) è la pena massima istituita per i chierici colpevoli di gravissimi delitti”; Cass. pen. del 18 maggio 2021, 473-474, secondo cui “alle pene irrogate, per i delitti già ricordati, al ricorrente (...) non può non riconoscersi (...) natura afflittiva”.

³² Cass. pen. del 18 maggio 2021, 474. Circa la posizione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (d’ora in avanti Corte EDU) in merito alla problematica concernente l’effettiva natura penale della misura punitiva adottata. S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, 897-899; W.A. Schabas, 1151-1153; B. van Bockel, (2018), 983-984; F. Trapani, 642, 649.

La Cassazione ha escluso, innanzitutto, che siano applicabili alla fattispecie *de qua* l'art. 4 del Protocollo 7 alla CEDU e l'art. 54 della Convenzione Schengen.

La prima norma introduce il *ne bis in idem* solo limitatamente all'ambito nazionale, dichiarando cioè illegittimo che uno Stato persegua, o condanni, un individuo due volte per lo stesso crimine³³: esula dall'ambito di operatività della statuizione l'ipotesi in cui i due procedimenti penali si svolgano in Stati diversi³⁴. In ogni caso, rileva la Suprema Corte, la S. Sede non ha mai aderito alla CEDU e non è membro del Consiglio d'Europa, presso il quale ha il semplice *status* di Osservatore: conseguentemente, l'art. 4 non può esplicare alcuna efficacia nei confronti della stessa³⁵.

Analogo ragionamento viene svolto nei riguardi dell'art. 54 della Convenzione Schengen, che, è noto, rende operativo il divieto di *bis in idem* nei rapporti tra le giurisdizioni nazionali, giacché si osserva come la S. Sede non faccia parte dell'Unione Europea, essendosi limitata a istituire presso la stessa una stabile rappresentanza diplomatica³⁶. Né la Sede Apostolica può in alcun modo essere ricompresa nella cd. area Schengen, avendo semplicemente sottoscritto, quale titolare della sovranità sullo Stato della Città del Vaticano, una Convenzione monetaria con l'Unione Europea³⁷ e adottato, di conseguenza, quale valuta l'euro³⁸.

È altresì da escludersi, proseguono i giudici, che norme pattizie relative al *ne bis in idem* possano essere individuate nel Trattato Lateranense.

Non conducente appare il richiamo all'art. 20 del Trattato volto unicamente a favorire la libera circolazione delle merci dirette in Vaticano: il divieto per l'Italia di istituire barriere doganali nei confronti di siffatte merci

³³ Il testo dell'art. 4 del Protocollo 7, riportato supra, fn. 21.

³⁴ Cass. pen. del 18 maggio 2021, 477-478, che evidenzia come, sulla base del disposto letterale della norma, anche la giurisprudenza della Corte EDU abbia sancito l'inefficacia dell'art. 4 nei rapporti tra Stati. Sul punto, cfr., in dottrina, C. Ovey, R.C.A. White, 216; S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, 896; W. A. Schabas, 1149; B. van Bockel (2018), 984.

³⁵ Cass. pen. del 13 marzo 2018, 466-467. La S. Sede condivide lo status di Osservatore con Canada, Giappone, Messico, Stati Uniti d'America (Israele ha lo status di Osservatore presso l'Assemblea parlamentare).

³⁶ Cass. pen. del 18 maggio 2021, 477.

³⁷ La Convenzione Monetaria del 17 dicembre 2009 tra l'Unione Europea e lo Stato della Città del Vaticano; l'accordo ha sostituito la Convenzione del 29 dicembre 2000, ove la Comunità Europea era stata rappresentata dalla Repubblica italiana in associazione con la Commissione Europea e la Banca Centrale Europea. Sul contenuto della Convenzione del 2009 e sulla sua attuazione nell'ordinamento vaticano. F. Ricciardi Celsi, "La circolazione monetaria nello Stato della Città del Vaticano", In: *Annali di diritto vaticano* (eds. Giuseppe Dalla Torre, Gian Piero Milano), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2018, 69 etc.; G. Dalla Torre, *Lezioni di diritto vaticano*, Giappichelli, Torino 2020, 67-73.

³⁸ Cass. pen. del 18 maggio 2021, 476.

ha una portata assolutamente circoscritta e non può minimamente essere assimilato a un implicito ingresso della S. Sede nella cd. area Schengen³⁹.

Parimenti inapplicabile risulta, palesemente, l'art. 23, comma. 1, del Trattato, norma che prende in considerazione, ai soli fini della loro "esecuzione", unicamente le sentenze provenienti dagli organi giudiziari (Tribunale, Corte d'Appello, Corte di Cassazione) della Città del Vaticano⁴⁰, senza che la portata della disposizione possa estendersi anche ai provvedimenti provenienti dall'autorità ecclesiastica (la Congregazione per la Dottrina della Fede, il Pontefice, il vescovo, il delegato di quest'ultimo, etc.), quali quelli relativi alle vicende in esame: l'ordinamento vaticano va tenuto distinto da quello canonico⁴¹.

La Suprema Corte giunge ad analoga conclusione anche nei confronti dell'art. 23, cpv., del Trattato. La tematica appare, però, a nostro giudizio, alquanto più complessa di quella, testé illustrata, riferentesi al comma 1, giacché la statuizione si riferisce esplicitamente alle sentenze e ai provvedimenti canonici⁴² e pertanto, *ratione materiae*, non può aprioristicamente escludersi la sua incidenza ai fini della risoluzione della questione in oggetto. Prima di esporre l'iter logico-argomentativo seguito dai giudici occorre procedere, quindi, a una disamina del contenuto della norma, onde poi verificare se lo stesso implichi la vigenza, nelle relazioni tra giurisdizione canonica e giurisdizione italiana, del divieto di *bis in idem*: a siffatta disamina saranno dedicate alcune delle considerazioni che seguono.

5. L'art. 23, cpv., del Trattato Lateranense e il rispetto dei "diritti costituzionalmente garantiti ai cittadini italiani"

L'art. 23, comma 2, del Trattato Lateranense, secondo cui "avranno invece senz'altro piena efficacia giuridica, anche a tutti gli effetti civili, in Italia le sentenze ed i provvedimenti emanati da autorità ecclesiastiche ed ufficialmente comunicati alle autorità civili, circa persone ecclesiastiche o religiose e concernenti materie spirituali o disciplinari", va analizzato in connessione con l'Accordo di Modificazioni del Concordato Lateranense,

³⁹ *Ibid.*, 476–477, ove si esclude che l'adesione della S. Sede alla Convenzione Schengen derivi "dall'art. 20 del Trattato del 1929 (...) non potendo (...) la mancanza di barriere doganali surrogare una formale stipulazione". Per il testo dell'art. 20. *Ibid.*, fn. 23.

⁴⁰ Il testo dell'art. 23, para. 1 del Trattato, riportato supra, fn. 24.

⁴¹ Cass. pen. del 18 maggio 2021, 478. In dottrina, cfr. F.G. Capitani, "Sacerdozio e pedofilia: le condanne vescovili non impediscono l'accertamento del giudice penale italiano", *Diritto e Giustizia, Rivista telematica (www.dirittoegiustizia.it)*, 20 settembre 2021, 1 (nota a Cass. pen. 18 maggio 2021).

⁴² Il testo dell'art. 23, para. 2 del Trattato, riportato supra, fn. 25.

che, è risaputo, contiene nel Protocollo Addizionale una norma, l'art. 2, lett. c), relativa al significato da attribuirsi allo stesso art. 23, cpv.

La norma *de qua* recita: “La Santa Sede prende occasione dalla modificazione del Concordato lateranense per dichiararsi d'accordo, senza pregiudizio dell'ordinamento canonico, con l'interpretazione che lo Stato italiano dà dell'articolo 23, secondo comma, del Trattato lateranense, secondo la quale gli effetti civili delle sentenze e dei provvedimenti emanati da autorità ecclesiastiche, previsti da tale disposizione, vanno intesi in armonia con i diritti costituzionalmente garantiti ai cittadini italiani”.

La disposizione garantisce alla Gerarchia che l'ordinamento italiano si conformerà sempre e comunque alle sentenze e ai provvedimenti emanati in materia spirituale e disciplinare: ciò nel senso di adeguare lo *status* civilistico del *clericus* o del *religiosus* a quello canonistico (cd. efficacia meramente indiretta)⁴³. L'effetto si produrrà, però, senza pregiudizio dei “diritti costituzionalmente garantiti”. Si tratta di una locuzione assai significativa, sulla cui ermeneusi è necessario soffermarsi allo scopo di chiarirne l'esatta portata⁴⁴.

La dottrina ha cercato di individuare l'esatto contenuto della nozione *de qua*, assimilandola, talvolta, quantomeno parzialmente, a quella di principi supremi dell'ordinamento costituzionale, cioè quei principi talmente basilari da dover essere ritenuti vigenti indipendentemente dalla loro formalizzazione (cd. costituzione materiale).

Una situazione giuridica subiettiva senz'altro suscettibile di limitare la rilevanza civile degli atti canonici è rappresentata, indubbiamente, dal diritto di difesa, tutelato, è risaputo, dagli artt. 24 e 111 Cost.

Si è evidenziato che siffatta garanzia va intesa sotto un duplice profilo: facoltà di ricorrere al giudice statale per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi; facoltà di esercitare il diritto di difesa nell'ambito dei procedimenti che eventualmente si svolgano davanti agli organi giudicanti delle formazioni sociali dove l'individuo svolge e sviluppa la propria personalità (incluse, è ovvio, le confessioni religiose).

La facoltà di agire e resistere in giudizio va inclusa però fra i diritti inviolabili solo nella misura in cui sia ascrivibile al novero dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

⁴³ S. Ferrari, “L'evoluzione della normativa concernente lo status degli ecclesiastici”, in: *Il nuovo Accordo tra Italia e S. Sede* (ed. R. Coppola), Giuffrè, Milano 1987, 164-165; P. Floris, *Autonomia confessionale. Principi-limite fondamentali e ordine pubblico*, Jovene, Napoli 1992, 124-125.

⁴⁴ Sul punto, cfr. le considerazioni di S. Ferrari, 165, il quale rileva come la scelta di menzionare solo i “diritti costituzionalmente garantiti” sembri consentire alle sentenze e ai provvedimenti canonici di violare “singole disposizioni di legge ordinaria”. Anche G. Saraceni, “Giurisdizione ecclesiastica”, *Enciclopedia giuridica*, 15/1989, 8.

Conseguentemente, la violazione dell'art. 24 Cost., commi 1 e 2, secondo cui "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento", potrebbe determinare l'illegittimità delle sentenze e dei provvedimenti ecclesiastici solo qualora si sia tradotta in una lesione del diritto di difesa inteso "nel suo nucleo più ristretto ed essenziale"⁴⁵: nell'individuazione di siffatto nucleo deve tenersi conto, ovviamente, della novella legislativa (l. cost. 23 novembre 1999 n. 2) con cui è stato profondamente modificato il contenuto dell'art. 111 Cost., inserendovi un complesso di disposizioni comunemente noto come "principi del giusto processo"⁴⁶,

⁴⁵ Su siffatta accezione del diritto di difesa, Corte cost. del 2 febbraio 1982 n. 18, *Dir. fam. pers.* 2/1982, 349 (con note di F. Dall'Ongaro e G. Baldisserotto); in dottrina, cfr., per tutti, R. Coppola, "La giurisdizione ecclesiastica fra Cassazione e Corte costituzionale. Posizioni della dottrina, pubblica opinione e prospettive di revisione", *Dir. fam. pers.* 2/1982, 583 etc.

⁴⁶ L'integrazione operata dalla l. cost. 23 novembre 1999 n. 2, integrazione posta ad apertura dell'art. 111 Cost., recita così: "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge in contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti al giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita". La bibliografia sulla riforma dell'art. 111 Cost. è, senz'altro, vastissima. Qui, ci limitiamo a citare solo alcuni contributi alquanto significativi: M.G. Civinini, C.M. Verardi (eds.), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Franco Angeli, Milano 2001.; S. Chiarloni, "Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile", *Rivista di diritto processuale (Riv. dir. proc.)* 4/2000, 1010 etc.; L. Montesano, "La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di 'terza via'", *Rivista di diritto processuale (Riv. dir. proc.)* 4/2000, 929 etc.; V. Caianiello, "Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione", *Riv. dir. proc.* 1/2001, 42 etc.; C. Cesari, "'Giusto processo', contraddittorio ed irripetibilità degli atti di indagine", *Rivista italiana di diritto e procedura penale (Riv. it. dir. proc. pen.)* 1/2001, 56 etc.; G. Tarzia, "L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile", *Riv. dir. proc.* 1/2001, 1 etc.; N. Trocker, "Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il 'giusto processo' in materia civile: profili generali", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2/2001, 381 etc.; A. Balsamo, "L'inserimento nella Carta costituzionale dei principi del 'giusto processo'

principi che, a nostro parere, hanno inciso sul contenuto della locuzione “diritti costituzionalmente garantiti”, ampliandone l’estensione.

Va rilevato, al riguardo, che, nonostante siffatto ampliamento, la formula *ne bis in idem* non compare nell’art. 111⁴⁷.

6. (Segue) La rilevanza civile dei provvedimenti canonici non implica il divieto di bis in idem

La disamina testé compiuta ha posto in risalto, a nostro sommo avviso, due profili non influenti in ordine alla portata dell’art. 23, cpv.

Il primo consiste nella rilevanza indiretta del provvedimento canonico, che costituisce sostanzialmente un presupposto degli effetti che il diritto italiano gli attribuisce: in quanto presupposto l’atto si colloca all’esterno dell’ordinamento statale.

Il secondo va identificato nella mancata inclusione della proibizione del *bis in idem* tra i diritti costituzionalmente garantiti ai cittadini e, quindi, nel mancato richiamo della stessa proibizione da parte dell’art. 2, lett. c), del Protocollo Addizionale.

Conseguentemente, l’art. 23, comma 2, appare del tutto inidoneo a rendere operativo il *ne bis in idem* nelle relazioni tra giurisdizione canonica e giurisdizione secolare. Con molta precisione la Suprema Corte ha sottolineato la differenza intercorrente tra l’attribuzione degli effetti civili e la proibizione del doppio giudizio, puntualizzando che la prima consiste nell’estendere la valenza del provvedimento ecclesiastico, di per sé suscettibile di incidere sul solo *status* canonistico, allo *status* civilistico del chierico o del religioso: l’efficacia della norma non concerne affatto il divieto del *bis in idem*, divieto che necessita di un’apposita, ulteriore statuizione che però risulta mancare⁴⁸.

e la valenza probatoria delle contestazioni nell’esame dibattimentale”, *Riv. it. dir. proc. pen.* 2/2002, 471 etc.; F. Carpi, “Riflessioni sui rapporti fra l’art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2/2002, 382 etc.; F. Cipriani, “Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 4/2002, 1243 etc.

⁴⁷ È altresì opportuno sottolineare come sia stato prospettato che il diritto alla tutela giurisdizionale, contemplato dall’art. 24 Cost., e il principio della ragionevole durata del processo, affermato dal testo novellato dell’art. 111 Cost., includano implicitamente il divieto di *bis in idem*.

⁴⁸ Cass. pen. del 13 marzo 2018, 464 e 467; Cass. pen. dell’8 maggio 2021, 478-479, ove si osserva che “la mera previsione di ‘riconoscimento’ di cui all’art. 23, comma 2, non appare potere equivalere al divieto di bis in idem (...) non impedendo affatto, tanto più per l’assenza di una specifica deroga al principio di territorialità, un processo per lo stesso fatto anche in Italia”. In dottrina, A. Nocera, “Il divieto di bis in idem non opera nei rapporti tra processo

Siffatta conclusione è suffragata, ad avviso dei giudici⁴⁹, da numerose disposizioni canoniche, riferentisi non solo alla Chiesa universale, ma anche specificamente alla comunità ecclesiale italiana, che presuppongono che la pedofilia ecclesiastica venga perseguita sia dalla Chiesa, sia dallo Stato, affermando così implicitamente l'inesistenza del divieto di duplicazione del processo⁵⁰.

In tal senso depone anche la normativa concordataria.

L'Accordo del 1984 tra l'Italia e la S. Sede stabilisce, con una disposizione analoga a quella già contenuta nell'art. 8, comma 1, del Concordato Lateranense, che ogniqualvolta venga iniziato un procedimento penale che coinvolga un ministro di culto cattolico, lo Stato ne darà comunicazione all'autorità ecclesiastica territorialmente competente⁵¹; la norma è sostanzialmente riprodotta, con un testo molto più dettagliato, nelle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale⁵².

canonico e giudizio penale", *il Penalista, Rivista telematica* (www.ilpenalista.it), 19 giugno 2018, 6 (nota a Cass. pen. 13 marzo 2018); P. Lo Iacono (2022), 504–505.

⁴⁹ Cass. pen. del 18 maggio 2021, 479–480.

⁵⁰ Congregazione per la Dottrina della Fede, "Lettera circolare per aiutare le Conferenze Episcopali nel preparare Linee guida per il trattamento dei casi di abuso sessuale nei confronti di minori da parte di chierici" (3 maggio 2011), Il Regno-documenti 11/2011, 333-336, ove, al par. I, lett. e), si rammenta l'importanza della cooperazione con le autorità civili nella repressione della pedofilia ecclesiastica; Conferenza Episcopale Italiana, "Linee guida per la tutela dei minori e delle persone vulnerabili" (24 giugno 2019), available at: www.chiesacattolica.it/wp-content/uploads/sites/31/2019/06/27/Linee-guida-per-la-tutela-dei-minori-e-delle-persone-vulnerabili.pdf, 25. 7. 2023, che, ai paragrafi 8.4 e 8.5, non solo ribadiscono l'esigenza di collaborare con lo Stato, ma prevedono altresì la possibilità che lo stesso fatto criminoso divenga contestualmente oggetto di indagini, o di giudizio, nel foro canonico e nel foro civile; si affida infatti all'autonomia decisionale del vescovo diocesano (o del Superiore nel caso dei religiosi) la scelta di sospendere l'attività investigativa, onde evitare interferenze con la parallela attività svolta dall'autorità secolare, nonché di utilizzare atti e decisioni provenienti da quest'ultima quali elementi di valutazione utili al fine di assumere le proprie determinazioni. A queste statuizioni, evidenziate dalla Cassazione, si aggiungono, a nostro sommo parere, i luoghi (paragrafo 8.2) in cui le Linee guida sottolineano il dovere dell'autorità ecclesiastica di informare il denunciante della possibilità che quanto appreso venga inoltrato, in forma di esposto, ai giudici statuali, possibilità che si converte in obbligo morale (non giuridico) allorché, espletata l'indagine previa, emerge la non manifesta infondatezza della notizia criminis. Entrambi i documenti presuppongono che il crimine di pedofilia sia sottoposto alla giurisdizione parallela della Chiesa e dello Stato, escludendo così che la circostanza che una delle due entità si sia pronunciata renda l'altra incompetente.

⁵¹ L'art. 2 (lett. b)) del Protocollo Addizionale, che recita: "La Repubblica italiana assicura che l'autorità giudiziaria darà comunicazione all'autorità ecclesiastica competente per territorio dei procedimenti penali promossi a carico di ecclesiastici".

⁵² L'art. 129, para. 2 disp. att. c.p.p., secondo cui ogniqualvolta un ecclesiastico o un religioso sia sottoposto a misure limitative della libertà personale, o venga esercitata nei

Anche siffatte statuizioni implicano l'inoperatività del *ne bis in idem*: la funzione della comunicazione, osserva la Suprema Corte, è quella di portare a conoscenza della Gerarchia che un chierico o un religioso potrebbe aver commesso un crimine, in modo da consentire alla stessa di attivare, qualora ne ravvisasse l'opportunità o la necessità, la procedura sanzionatoria⁵³.

Il divieto di *bis in idem* non opera nemmeno nei rapporti tra ordinamento vaticano e ordinamento canonico. I recenti provvedimenti pontifici che, con riferimento alla pedofilia, alla pedopornografia e ad altri reati particolarmente esecrabili, hanno esteso la giurisdizione dei tribunali vaticani anche al personale della Curia Romana, nonché ad altre categorie di soggetti che, altrimenti, sarebbero sottratte alla stessa⁵⁴, non hanno eliminato, infatti, la parallela competenza dei tribunali canonici: i primi esercitano una giurisdizione di natura statutale; i secondi esercitano una giurisdizione confessionale. Da qui la legittimità del doppio processo e della duplice sanzione: si tratta, ovviamente, di pene profondamente diverse tra loro per natura e finalità.⁵⁵

suoi confronti l'azione penale, la magistratura requirente è tenuta a informare l'autorità ecclesiastica. Destinatari della comunicazione sono: la S. Sede, più precisamente il Segretario di Stato, qualora sia coinvolto un vescovo, un Ordinario del luogo equiparato a un vescovo diocesano o un presbitero titolare dell'ufficio di amministratore della diocesi; il vescovo diocesano nel caso in cui la comunicazione abbia per oggetto diaconi, presbiteri o membri di istituti di vita consacrata o di società di vita apostolica.

⁵³ Cass. pen. del 18 maggio 2021, 480–481.

⁵⁴ La legge vaticana 11 luglio 2013 n. VIII, available at: www.vaticanstate.va/phoca-download/leggi-decreti/normativa-penale/Legge%20n.%20VIII%20-%20Norme%20complementari%20in%20materia%20penale.pdf, 25. 7. 2023; Il motu proprio Ai nostri tempi (11 luglio 2013), www.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20130711_organigiudiziari.html, 26. 7. 2023; La legge vaticana 26 marzo 2019 n. CCXCVII, www.vatican.va/resources/resources_protezione-minori-legge297_20190326_it.html, 26. 7. 2023.; Il motu proprio Sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili (26 marzo 2019), www.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio-20190326_latutela-deiminori.html, 28. 7. 2023. Numerosi i reati contemplati dalla normativa in esame, tutti accomunati dalla circostanza che la persona offesa sia un minore o un soggetto a questo equiparato. Tra i più importanti segnaliamo: le lesioni personali; l'abbandono; l'abuso di mezzi di correzione; i maltrattamenti; la vendita di minore; la prostituzione minorile; la violenza sessuale; gli atti sessuali con minori; la pedopornografia; la detenzione di materiale pedopornografico; l'arruolamento di minori. Su siffatta estensione della giurisdizione vaticana. G. Dalla Torre, G. Boni (eds.), *Il diritto penale della Città del Vaticano. Evoluzioni giurisprudenziali*, Giappichelli, Torino 2014, 131–152. Anche C. Gentile, “La tutela dei minori nell'ordinamento vaticano”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (www.statoechiese.it), 13/2020, 9–19; R. Zannotti, “Le riforme penali vaticane”, *Diritto e religioni* 1/2022, 212–217.

⁵⁵ G. Dalla Torre, 139–140, il quale sottolinea come l'inapplicabilità del divieto di *bis in idem* “è data da una ragione di fondo, individuabile nella assoluta diversità nelle finalità e nello spirito tra diritto penale statutale e diritto penale canonico, che si espri-

7. La sana cooperatio tra ordinamento canonico e ordinamento statale

Le tesi prospettate dalla difesa degli imputati, per quanto suggestive e interessanti, appaiono contrassegnate da una percezione non pienamente chiara sia del ruolo internazionale della S. Sede, sia della distinzione intercorrente tra ordinamento canonico e ordinamento vaticano. Al di là delle considerazioni formulate dalla Suprema Corte circa l'erroneità di quanto sostenuto dai legali degli accusati in merito alla riconducibilità della regola *ne bis in idem* alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, risultano non condivisibili, in particolare: l'idea che la S. Sede sia entrata a far parte dell'Unione Europea in modo implicito e automatico; il convincimento che le norme relative alle sentenze pronunciate dagli organi giudiziari dello Stato della Città del Vaticano si applichino anche alle pronunce dei tribunali ecclesiastici.

Non può non concludersi, quindi, che la presenza di un provvedimento punitivo emanato dall'autorità confessionale lascia integra la capacità dei giudici italiani di esercitare l'azione penale e di irrogare a loro volta una sanzione.

La mancata operatività del divieto del doppio processo non inibisce poi ai tribunali statuali di desumere elementi probatori dal provvedimento canonico: non v'è alcuna contraddittorietà tra la legittimità del *bis in idem* e l'efficacia probatoria della sentenza ecclesiastica, atto proveniente da una giurisdizione sovrana e del quale non si può misconoscere la natura giuridica.⁵⁶

Si realizza così, a nostro parere, un'equilibrata relazione dialettica tra l'ordinamento statale e quello canonico. La comunità politica e la *societas Ecclesiae* hanno entrambe come punto di riferimento la promozione della persona umana e l'attuazione del bene comune (che non a caso sono menzionate dall'art. 1 dell'Accordo del 1984⁵⁷), sia pure considerate secondo prospettive profondamente diverse: il raggiungimento di siffatti obiettivi postula anche un esercizio della giurisdizione penale che sia puntuale ed efficiente attraverso la reciproca coordinazione e collaborazione.

me anche nella assoluta diversità di sanzioni con le quali vengono punite le medesime condotte”.

⁵⁶ Cass. pen. del 18 maggio 2021, 467 etc.

⁵⁷ Com'è noto, l'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama pone in risalto che la reciproca collaborazione tra lo Stato e la Chiesa ha per obiettivi “la promozione dell'uomo e il bene del Paese”.

Pietro Lo Iacono

Full Professor of Canon law and Law and religion, Libera Università Maria SS. Assunta — Dipartimento di Palermo

**THE PUNISHMENT OF CLERICAL PAEDOPHILIA
AND THE PROHIBITION OF *BIS IN IDEM* BETWEEN
THE ECHR, THE SCHENGEN CONVENTION
AND THE LATERAN TREATY**

Summary

The article analyses the question regarding the enforceability of the prohibition of double jeopardy to the connection between canon legal system and Italian legal system. The Court of Cassation affirmed that de iure condito there is any possibility to do it. Indeed, the principle ne bis in idem is not included in the rules of general international law referred by the article 10 of the Italian Constitution. Moreover, there is not any relevant conventional rule: the Holy See has not signed neither the European Convention on Human Rights, nor the Convention Implementing the Schengen Agreement; the Lateran Treaty between Italy and the Holy See does not include applicable rules. The art. 20 of the Treaty regards only the absence of customs barriers between Vatican State and Italy; the art. 23 regulates, in the first subsection, the enforcement in Italy of the judgements of the Vatican courts, which are totally different from the canon courts. Finally, the art. 23, second subsection, of the Treaty establishes the legal effect of the canon judgements, but it does not preclude the exercise on the same facts of the Italian judicial jurisdiction. It is also possible that the Italian court finds out some evidences from the canon judgement.

Keywords: clerical paedophilia, sentence, *Ne bis in idem*, Catholic church, Italian republic.

Пјетро Ло Јаконо

Редовни професор Канонског и Државно-црквеног права, Слободни универзитет Марија Асунта – Одсек у Палерму

САНКЦИОНИСАЊЕ ПЕДОФИЛИЈЕ У КАТОЛИЧКОЈ ЦРКВИ И ЗАБРАНА *BIS IN IDEM* У КОНТЕКСТУ ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЉУДСКА ПРАВА, ШЕНГЕНСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ И ЛАТЕРАНског УГОВОРА

Сажетак

*У чланку се анализира питање могуће примене принципа *ne bis in idem* у односу између канонског и италијанског поретка. Према усаглашеној пракси Касационог суда, на ово питање се тренутно мора одговорити негативно. У ствари, забрана *bis in idem* није обухваћена општепризнатим нормама међународног права, чија је важност изричито потврђена чл. 10 италијанског Устава. Штавише, ни уговорне норме нису примењиве: Света Столица никада није потписала ни Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, ни Конвенцију за примену Шенгенског споразума; док Латерански уговор, договорен између Свете Столице и Италије, не предвиђа то питање. Члан 20 Латеранског уговора заправо једноставно утврђује непостојање царинских баријера између Ватикана и Републике Италије; чл. 23 у ст. 1 регулише, спровођење у Италији пресуда ватиканских судова, који се не могу поистоветити са канонским судовима. Напоследку, чл. 23, ст. 2 посвећен је грађанској релевантности црквених пресуда, али то не искључује примену италијанске јурисдикција у истим стварима. Такође је легитимно да државни судови могу да извуку доказне елементе из канонских изјава.*

Кључне речи: *ne bis in idem*, католичка црква, црквена педофилија, Италија, кривична санкција.

REFERENCES

Monographs, articles

- Balsamo A., “L’inserimento nella Carta costituzionale dei principi del ‘giusto processo’ e la valenza probatoria delle contestazioni nell’esame dibattimentale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale (Riv. it. dir. proc. pen.)* 2/2002, 471–494.
- Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V., *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, Cedam, Padova 2012, 894–905.
- Caianiello V., “Riflessioni sull’art. 111 della Costituzione”, *Rivista di diritto processuale (Riv. dir. proc.)* 1/2001, 42 etc.
- Capitani, F.G., “Sacerdozio e pedofilia: le condanne vescovili non impediscono l’accertamento del giudice penale italiano”, *Diritto e Giustizia, Rivista telematica (www.dirittoegiustizia.it)*, 20 settembre 2021, 1 (nota a Cass. pen. 18 maggio 2021).
- Carpi F., “Riflessioni sui rapporti fra l’art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile (Riv. trim. dir. proc. civ.)* 2/2002, 382 etc.
- Cesari C., “‘Giusto processo’, contraddittorio ed irripetibilità degli atti di indagine”, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1/2001, 56 etc.
- Chiarloni S., “Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile”, *Riv. dir. proc.* 4/2000, 1010 etc.
- Cipriani F., “Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie”, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 4/2002, 1243 etc.
- Civinini M. G., Verardi C. M. (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Franco Angeli, Milano 2001.
- Coppola R., “La giurisdizione ecclesiastica fra Cassazione e Corte costituzionale. Posizioni della dottrina, pubblica opinione e prospettive di revisione”, *Il Diritto di famiglia e delle persone (Dir. fam. pers.)* 2/1982, 583 etc.
- Dalla Torre G., Boni G. (a cura di), *Il diritto penale della Città del Vaticano. Evoluzioni giurisprudenziali*, Giappichelli, Torino 2014, 131–152.
- Dalla Torre G., *Lezioni di diritto vaticano*, Giappichelli, Torino 2020².
- Ferrari S., “L’evoluzione della normativa concernente lo status degli ecclesiastici”, in: *Il nuovo Accordo tra Italia e S. Sede* (a cura di R. Coppola), Giuffrè, Milano 1987, 164–165.

- Floris P., *Autonomia confessionale. Principi-limite fondamentali e ordine pubblico*, Jovene, Napoli 1992.
- Gentile C., “La tutela dei minori nell’ordinamento vaticano”, *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (www.statoechiese.it), 13/2020, 9-19.
- Lo Iacono P., “L’art. 23 cpv. del Trattato del Laterano e la ‘legge sui culti ammessi’. Rapporti tra giurisdizioni in materia disciplinare”, in *Diritto e religioni, Quaderno monografico 1, 1929-2019. Novant’anni di rapporti tra Stato e confessioni religiose. Attualità e prospettive* (a cura di M. D’Arienzo), Pellegrini, Cosenza 2020, 178 etc.
- Lo Iacono P., “Chierici pedofili, esercizio della giurisdizione penale e inapplicabilità del *ne bis in idem*: l’ordinata colligatio Stato/Chiesa a tutela dei minori”, *Dir. fam. pers.* 2/2022, 481 etc. (nota a Cass. pen. 13 marzo 2018 n. 21997 e Cass. pen. 18 maggio 2021 n. 34576).
- Lo Iacono P., “L’art. 23 cpv. del Trattato Lateranense: tentazioni giurisdizionaliste e tutela dell’ordinata colligatio (A vent’anni dalla stipula dell’Accordo di Villa Madama)”, *Iustitia* 2-3/2004, 247 etc.
- Lo Iacono P., “La giurisdizione statale fra tutela dei diritti individuali e rispetto dell’autonomia confessionale: a proposito di un provvedimento di espulsione dai Testimoni di Geova”, *Dir. fam. pers.* 3/2006, 1119 etc.
- McBride J., *Human rights and criminal procedure. The case law of the European Court of Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasburgo 2018².
- Montesano L., “La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di ‘terza via’”, *Riv. dir. proc.* 4/2000, 929 etc.
- Nocera A., “Il divieto di *bis in idem* non opera nei rapporti tra processo canonico e giudizio penale”, *il Penalista, Rivista telematica* (www.ilpenalista.it), 19 giugno 2018, 6 (nota a Cass. pen. 13 marzo 2018).
- Ovey C., White R.C.A., *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2006⁴.
- Ricciardi Celsi F., “La circolazione monetaria nello Stato della Città del Vaticano”, in: *Annali di diritto vaticano* (a cura di G. Dalla Torre, G.P. Milano), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2018, 69 etc.
- Saraceni G., “Giurisdizione ecclesiastica”, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XV, Treccani, Roma 1989.
- Schabas, W. A., *The European Convention on Human Rights. A commentary*, Oxford University Press, Oxford 2015, 1147-1156.

- Sigler J. A., “Double Jeopardy”, in *Encyclopedia of the American Constitution* (a cura di L.V. Levy, K. L. Karst), vol. 2, Mcmillan Reference, New York 2000².
- Tarzia G., “L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”, *Riv. dir. proc.* 1/2001, 1 etc.
- Trapani F., “*Ne bis in idem*, processo penale e procedimento canonico (nota a Cass. Pen., Sez. pen. III, 18 maggio 2018, n. 21997)”, *Diritto e religioni* 1/2018, 642–650.
- Trocker N., “Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali”, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2/2001, 381 etc.
- van Bockel B., *The ne bis in idem principle in EU law: a conceptual and jurisprudential analysis*, Leida 2009.
- Lo Iacono P., “Right not to be tried or punished twice (Article 4 of Protocol No. 7)”, in *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* (a cura di P. van Dijk et al.), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 20185, 981 etc.
- Zannotti R., “Le riforme penali vaticane”, *Diritto e religioni* 1/2022, 212–217.

Other sources

- Costituzione degli Stati Uniti d’America (21 giugno 1788), www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript, last visited 31 luglio 2023.
- Trattato del Laterano fra la Santa Sede e l’Italia (11 febbraio 1929), *Gazzetta Ufficiale del Regno d’Italia*, n. 130/1929, *Supplemento ordinario*.
- Concordato del Laterano fra la Santa Sede e l’Italia (11 febbraio 1929), *Gazzetta Ufficiale del Regno d’Italia*, n. 130/1929, *Supplemento ordinario*.
- Convenzione finanziaria fra la Santa Sede e l’Italia (11 febbraio 1929), *Gazzetta Ufficiale del Regno d’Italia*, n. 130/1929, *Supplemento ordinario*.
- Codice penale italiano (26 ottobre 1930), *Gazzetta Ufficiale del Regno d’Italia*, n. 251/1930.
- Costituzione della Repubblica italiana (27 dicembre 1947), *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (G.U.R.I.)*, n. 298/1947.
- Codex Iuris Canonici* latino (25 gennaio 1983), *Acta Apostolicae Sedis (A.A.S.)*, n. 75 p. II/1983, *A.A.S.*, n. 113/2021.

- Accordo di Modificazioni del Concordato Lateranense (18 febbraio 1984), *G.U.R.I.*, n. 85/1985, *Supplemento ordinario*.
- Protocollo 7 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (22 novembre 1984), www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ita, last visited 31 luglio 2023.
- Codice di procedura penale della Repubblica italiana (24 ottobre 1988), *G.U.R.I.*, n. 250/1988, *Supplemento ordinario* n. 92.
- Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 (19 giugno 1990), [www.eur-lex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:42000A0922\(02\)&from=NL](http://www.eur-lex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:42000A0922(02)&from=NL), 31 luglio 2023.
- Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* (18 ottobre 1990), *A.A.S.*, n.82/1990, *A.A.S.*, n.115/2023.
- Legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, *G.U.R.I.*, n. 300/1999.
- Convenzione monetaria tra la Repubblica italiana, per conto della Comunità Europea, e lo Stato delle Città del Vaticano e per esso la Santa Sede (29 dicembre 2000), *G.U.R.I.*, n. 299/2001.
- Convenzione Monetaria tra l'Unione Europea e lo Stato della Città del Vaticano (17 dicembre 2009), [www.eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02010A0204\(01\)-20180412&from=CS](http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02010A0204(01)-20180412&from=CS), last visited 29 luglio 2023.
- Congregazione per la Dottrina della Fede, "Lettera circolare per aiutare le Conferenze Episcopali nel preparare Linee guida per il trattamento dei casi di abuso sessuale nei confronti di minori da parte di chierici" (3 maggio 2011), *Il Regno-documenti* 11/2011, 333-336.
- Legge vaticana 11 luglio 2013 n. VIII, www.vaticanstate.va/phocadownload/leggi-decreti/normativa-penale/Legge%20n.%20VIII%20-%20Norme%20complementari%20in%20materia%20penale.pdf, last visited 25 July 2023.
- Motu proprio Ai nostri tempi* (11 luglio 2013), www.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20130711_organ-giudiziari.html, last visited 26 July 2023.
- Legge vaticana 26 marzo 2019 n. CCXCVII, www.vatican.va/resources/resources_protezioneminori-legge297_20190326_it.html, last visited 26 July 2023.
- Motu proprio Sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili* (26 marzo 2019), www.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio-20190326_latutela-dei-minori.html, last visited 28 July 2023.
- Conferenza Episcopale Italiana, "Linee guida per la tutela dei minori e delle persone vulnerabili" (24 giugno 2019), www.chiesacattolica.

- it/wp-content/uploads/sites/31/2019/06/27/Linee-guida-per-la-tutela-dei-minori-e-delle-persone-vulnerabili.pdf, last visited 25 July 2023.
- Corte cost. 18 aprile 1967 n. 48, www.giurcost.org/decisioni/1967/0048s-67.html, last visited 26 July 2023.
- Corte cost. 8 aprile 1976 n. 69, www.giurcost.org/decisioni/1976/0069s-76.html, last visited 26 July 2023.
- Corte cost. 2 febbraio 1982 n. 18, *Dir. fam. pers.* 2/1982, 349.
- Corte cost. 3 marzo 1997 n. 58, www.giurcost.org/decisioni/1997/0058s-97.html, last visited 26 July 2023.
- Cass. pen. 13 maggio 2013 n. 20464, www.dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=3&idDocMaster=3848654&idUnitadoc=0&nVigUnitadoc=1&docIdx=0&semantica=0&isPdf, last visited 24 July 2023.
- Cass. pen. 1 ottobre 2013 n. 40553, www.dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=3&idDocMaster=3981921&idUnitadoc=0&nVigUnitadoc=1&docIdx=0&semantica=0&isPdf, last visited 24 July 2023.
- Cass. pen. 8 luglio 2014 n. 29664, www.dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=3&idDocMaster=4245268&idUnitadoc=0&nVigUnitadoc=1&docIdx=0&semantica=0&isPdf, last visited 24 July 2023.
- Cass. pen. 21 dicembre 2016 n. 54467, www.dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=3&idDocMaster=5249767&idUnitadoc=0&nVigUnitadoc=1&docIdx=0&semantica=0&isPdf, last visited 24 July 2023.
- Cass. pen. 23 gennaio 2017 n. 3315, www.dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=3&idDocMaster=5274421&idUnitadoc=0&nVigUnitadoc=1&docIdx=0&semantica=0&isPdf, last visited 24 July 2023.
- Cass. pen. 13 marzo 2018 n. 21997, *Dir. fam. pers.* 2/2022, 456 etc., nonché *il Penalista*, Rivista telematica (www.ilpenalista.it), 19 giugno 2018.
- Cass. pen. 18 maggio 2021 n. 34576, *Dir. fam. pers.* 2/2022, 467 etc., nonché *Diritto e Giustizia*, Rivista telematica (www.dirittoegiustizia.it), 20 settembre 2021.

ДОБРОБИТ ЖИВОТИЊА И ВЕРСКЕ СЛОБОДЕ – ПРОБЛЕМ РЕЛИГИЈСКОГ КЛАЊА

Сажетак

У раду се разматра проблематика религијског клања из угла добробити животиња. Последњих година све више држава доноси законе којим прописује обавезно омамљивање животиња пре клања како би им се на тај начин олакшали патња, страх и бол, што је хумано и оправдано из угла добробити животиња. Међутим, обавезно омамљивање долази у сукоб са захтевима јеврејских и муслиманских заједница у појединим државама које истичу да им је тиме угрожено право на слободу вероисповести, будући да се обавеза омамљивања животиње коси са њиховим верским догмама. То намеће питање односа различитих религија према животињама и њиховој добробити, као и дозвољених ограничења слободе вероисповести.

Кључне речи: добробит животиња, слобода вероисповести, религијско клање.

1. Увод

Појам религијског клања контрадикторан је сам по себи. Док реч „клање” има негативан и застрашујући призив, свака религија проповеда љубав, мир и толеранцију. Како онда један тако суров чин „клања” повезати са овим вредностима? Одговор је једноставан ако се има у виду да су поменуте вредности резервисане за људе и међуљудске односе, а да се на животиње махом гледа као на нижа бића или ствари, створене да служе човеку, што има и библијско упориште у речима: „И благослови их Бог и рече им Бог: рађајте се и множите се, и напуните земљу и владајте њом и будите господари од риба морских и од птица небеских и од свега звериња што се миче по земљи.”¹

Упркос томе што се ове речи могу тумачити као захтев верницима да буду милосрдни према животињама као што је Бог милосрдан

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, bajovic@ius.bg.ac.rs

¹ Стари завет – Постање (Прва књига Мојсијева) 1:2628, <https://citajbibliju.com/biblija/postanje/>, 12. 7. 2023.

према човеку, чини се да доминира тумачење по коме су животиње људско власништво, ствари са којима човек може да поступа како му је воља. У том се смислу клање дефинише као убијање животиња намењених људској исхрани, а религијско клање као клање животиње на начин који је прописан од стране одређене верске заједнице.²

Однос човека према животињама вековима је био правно неуређен, експлоататорски и суров. Са развојем свести да животиње нису ствари, већ жива бића која се, попут човека, рађају, дишу, умиру, осећају и пате, широм света доносе се закони о њиховој добробити. Идеја добробити животиња не забрањује њихову експлоатацију у људској исхрани, науци, циркусима и зоолошким вртovima, али инсистира на њиховом достојанственом животу и хуманој смрти. Хумана смрт, између осталог, подразумева обавезно омамљивање животиње пре клања како би се њени патња и страх минимизирали у бесвесном стању, што је у супротности са начином клања који налажу поједине религије, тачније јудаизам и ислам. У том смислу, и сасвим парадоксално, појам религијског клања је заправо појам који користе закони о добробити животиња, правећи изузетке од правила о обавезном омамљивању животиње пре клања.

Поједине државе, међутим, последњих година предвиђају обавезно омамљивање животиње пре клања у сваком случају, без изузетака који се односе на припаднике одређених религија, што актуелизује питање о томе да ли су на тај начин припадницима ових верских заједница угрожене верске слободе. Да ли идеја добробити животиња долази у сукоб са слободом вероисповести, загарантованом чланом 43 Устава Републике Србије, чланом 9 Европске конвенције о људским правима и чланом 18 Међународног пакта о грађанским и политичким правима? Којој од ових вредности дати предност? Да ли је добробит животиња основ по ком се могу ограничити верске слободе и где је граница верских слобода? Сва ова питања актуелна су на међународном плану, имајући у виду да су се о њима изјашњавали Европски суд за људска права као и Суд правде Европске уније.

2. Појам добробити животиња

Добробит животиња није нов концепт, али је домаћа јавност са њим упозната тек доношењем закона 2009. године.³ Верује се да су индијски краљеви још у првом веку пре нове ере градили болнице за

² Council Regulation (EC) No. 1099/2009 on the protection of animals at the time of killing (Art. 2), *Official Journal of the European Union* L 303, 18 November 2009.

³ Закон о добробити животиња, *Сл. гласник РС*, бр. 41/2009.

животиње, а владар Ашока (*Ashoka*)⁴ је забранио лов и клање животиња у складу са принципом ненасиља (*ahimsa*), заступљеном у источњачким религијама.⁵

У „западном” свету, први такав закон донет је 1822. године у Великој Британији,⁶ да би током двадесетог века закони о добробити животиња били донети широм света. И у ранијим раздобљима људске историје било је истакнутих појединаца који су заступали ове визионарске ставове залажући се за хуманији однос према животињама, супротно оним које је заступала већина. Верује се да је Питагора био вегетаријанац и зачетник идеје „животињског достојанства” у том смислу да је човек дужан да се према животињама опходи са поштовањем.⁷ Супротно библијском учењу, Леонардо да Винчи и Ђордано Бруно заговарали су идеје да човек није господар над природом (и животињама), већ је њен део, па је Ђ. Бруно писао да „човек није ништа више до мрва у присуству бесконачног”. Леонардо да Винчи је био још радикалнији тврдећи да ће „доћи дан када ће људи убијање животиња посматрати истим очима као и убиство човека, јер онај ко не цени живот, није га ни заслужио.”⁸ Посебно велике заслуге на плану добробити животиња приписују се енглеским утилитаристима Џеремију Бентаму и Џону Стјуарту Милу. Ови филозофи су наглашавали да су животиње осећајна бића, да је њихов положај сличан положају робова и да је доминација човека над животињама заправо тиранија, а не легитимна владавина.⁹

Ипак, тек средином двадесетог века, ове идеје бивају шире прихваћене на нормативном плану, а поједине државе су добробит животиња, кроз различите формулације чак предвиделе и својим Уставима.¹⁰ Лисабонским уговором о изменама и допунама Уговора о стварању Европске уније признато је да су животиње осећајна бића и

⁴ Ашока (*Ashoka*) је био трећи владар Мауријског царства које се простирало на великом делу данашње Индије, Авганистана и Бангладеша. Живео је 304–232 године пре нове ере и као велики присталица будизма допринео је његовом ширењу на азијском континенту.

⁵ R. Garner, *Animal Ethics*, Polity Press, Cambridge 2005, 21–22

⁶ Martin's Act — The Cruel Treatment of Cattle Act 1822, <https://www.britannica.com/topic/Martins-Act>, 12. 5. 2023.

⁷ P. Singer, *Animal Liberation*, 40th edition, Harper Perennial Modern SinClassics, 2009, 292.

⁸ *Ibid.*, 290.

⁹ О томе: В. Бајовић, „Правни статус животиња – покретне ствари или нешто више?”, у: *Казнена реакција у Србији – XIII део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду - Библиотека *Crimen*, Београд 2023, 232–237.

¹⁰ Реч је о уставима Савезне Републике Немачке, Швајцарске, Аустрије, Словеније, Луксембурга, Бразила, Египта, Индије.

да треба водити рачуна о њиховој добробити (чл. 13),¹¹ што обавезује све државе чланице, као и оне државе које то желе да постану.

У Србији је Закон о добробити животиња донет 2009. године. Овај закон не дефинише појам добробити животиња, али се његова суштина може извући из начела универзалности бола и начела бриге о животињама. Начело универзалности бола подразумева да животиње могу да осете бол, патњу, стрес, страх и панику, као и обавезу човека да поред очувања врсте брине и о заштити живота и добробити сваке јединке (чл. 13, ст. 1, тач. 1 ЗДЖ). Начело бриге о животињама подразумева моралну обавезу и дужност човека да поштује животиње и брине о животу и добробити животиња чији опстанак зависи непосредно од њега (чл. 13, ст. 1, тач. 2 ЗДЖ).

Прописивањем начела универзалности бола заправо се законски одступа од поистовећивања животиња и ствари које је било присутно у досадашњој правној пракси, и прихвата се неспорна биолошка чињеница да су животиње жива бића и да их треба тако и третирати. Упркос несумњиво хуманим мотивима да се овим актом животињама, као осећајним бићима, пружи бар елементарна заштита, ЗДЖ је иницијално критикован као уставно неутемељен, супротан правима и интересима људи, донет под утицајем активиста за заштиту животиња, а не из стварних потреба, итд.¹² Са сличним дилемама суочавала се својевремено и Немачка правна теорија све до измена Устава Немачке када је добробит животиња постала уставна категорија. Тамо је, између осталог, истицано и то да су поједине одредбе овог закона супротне уверењима одређених верских заједница,¹³ што намеће питање начина на који различите религије гледају на положај животиња и човеков однос према њима.

3. Положај животиња у различитим религијама

3.1. Хришћанство

Стари завет, света књига јудаизма и хришћанства, у Првој књизи Мојсијевој даје човеку право и дужност да господари

¹¹ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, *OJC* 306, 17. 12. 2007, 1–27.

¹² Б. Ристивојевић, Т. Бугарски, „Кривично дело 'Убијање и мучење животиња' из члана 269 КЗ РС у светлу Закона о добробити животиња”, *Наука, безбедност, полиција – Журнал за криминалистику и право* 1/2014, 1–19.

¹³ К. М. Natrass, „...und die Tiere” Constitutional Protection for Germany’s Animals”, *Animal Law* 10/2004, 283–312.

животињама: „Потом рече Бог: Да начинимо човека по свом обличју, као што смо ми, који ће бити господар од риба морских и од птица небеских и од стоке и од целе земље и од свих животиња што се мичу по земљи.”¹⁴ Из стиха „а створи Господ Бог човека од праха земаљског и дуну му у нос дух животни; и поста човек душа жива” хришћани и Јевреји закључују да само човек има душу која тражи испуњење у Богу. И човек и животиња имају душу у смислу животне енергије, инстинкта за преживљавање, али се верује да када човек умре, душа наставља да живи, а када умре животиња, душа престаје да постоји.¹⁵ Нови завет не помиње животиње уопштено, осим појединих у негативној конотацији,¹⁶ али у литератури постоји мишљење да су његове идеје хомоцентричне јер је Богочовек Христ само људе позвао да га прате и постану божа деца.¹⁷

Савремени катекизам Римокатоличке цркве¹⁸ животиње изједначава са неживим бићима и намењује их „општем добру човечанства”,¹⁹ поверава их на управу човеку и овлашћује га да их користи за храну, одећу, рад или медицинске експерименте, које опет ограничава разумним границама и спасавањем људских живота.²⁰ Истовремено

¹⁴ Стари завет – Постање (Прва књига Мојсијева) 1:26.

¹⁵ J. D’Silva, *Animal Welfare in World Religion*, Taylor & Francis Group, London 2023, 7.

¹⁶ Посебно негативно се гледа на псе и свиње. Тако, Јеванђеље по Матеју каже: „Не дајте светиње псима, нити мећите бисера својега пред свиње, да га не погазе ногама својима и вративши се растргну вас.”(7:6). У Откровењу Јовановом стоји: „А напољу су пси и врачари и курвари и крвници и идолопоклоници и сваки који љуби и чини лаж.” (22:15). Псалм 22 који говори о Христовом распећу такође псима даје негативно значење: „Опколише ме пси многи; чета зликоваца иде око мене, прободоше руке моје и ноге моје.” (16) У неканонским јеванђељима такође се не гледа благонаклоно на псе. У Петровом јеванђељу стоји: „Јер им се догоди истинска приповјест: пас се повраћа на своју бљувотину и свиња окупавши се, у каљужу.” (2 Петр 2, 22), док Јеванђеље по Филипу каже: „Чувајте се од паса, чувајте се од злијех посленика, чувајте се од сијечења.” (3:2). Наведено према: С. Харакас, *О животињама и кућним љубимцима у православној традицији*, <https://www.vjeronauka.net/pravoslavne-novosti/concerning-animals-and-pets-in-orthodox-tradition>, 15. 7. 2023.

¹⁷ L. Caruana SJ, „Different Religions, Different Animal Ethics?”, *Animal Frontiers* 1/2020, 10.

¹⁸ Реч је о збиркама усмених изјава римокатоличког учења које се периодично ревидирају и објављују. Последња збирка издата је 1994. године, https://hbk.hr/wp-content/uploads/2018/11/Katekizam_Katoli%C4%8Dke-Crkve.pdf, 14. 7. 2023.

¹⁹ „Седма заповјед захтијева поштивање цјеловитости створења. Животиње су, као и биљке и нежива бића, по природи намењене заједничком добру прошлог, садашњег и будућег човјечанства.” (Катекизам, пар. 2415).

²⁰ „Бог је поверио животиње управи онога којег је створио на своју слику. Законито је дакле служити се животињама за храну и израду одеће. Може их се

се наглашава да су животиње „створови Божји” и да су људи дужни бити „доброхотни према њима”,²¹ али и да им се не смеју придавати људске особине нити одобравати „финансијска добротинства” усмерена ка животињама ако би се њима могле отклонити људске невоље.²²

Православна црква нема званичан став о животињама.²³ С једне стране се наводи да на њих гледа благонаклоно, те да је унутар православних манастира готово редовна појава присуство већег броја животиња, посебно мачака, о којима брину монахиње/монаси манастира,²⁴ али има и супротних негативних примера.²⁵ У том смислу је илустративна пресуда Основног суда у Ужицу, који је недавно огласио кривим монаха Манастира Увац; монах је пиштољем, који је неовлашћено држао у манастирском комплексу, убио бика и краву јер му је сметало што ту пасу траву!²⁶

У хришћанству, дакле, постоје два правца мишљења у погледу односа према животињама. Једно је да су животиње нижа бића без душе и свести, обичне ствари створене искључиво да служе човеку који са њима може поступати како му је воља, па и лишити их живота кад му се прохте, а друго, по нашем мишљењу утемељеније, јесте да су животиње жива бића према којима човек треба да буде милосрдан као што је Бог милосрдан према човеку.²⁷

припитомљавати да би човеку помагале у његовом раду и доколици. Медицински и научни експерименти над животињама морално су прихватљиви ако остају у разумним границама и доприносе неговању или спашавању људских живота” (Катекизам, пар. 2417).

²¹ „Животиње су створови Божји. Самим својим постојањем оне га благосиљају и славе. А људи су дужни према њима бити доброхотни”. (Катекизам, пар. 2416).

²² „Противно је људском достојанству задавати животињама узалудне патње и расипати њихове животе. Недостојно је такође трошити за њих суме новца које би понајпре могле олакшати људске невоље. Могу се волети животиње; не могу им се давати особине које се дугују само људима.” (Катекизам, пар. 2418).

²³ О томе како Српска православна црква види животиње опширније вид.: Н. Стојановић, „Животиње и православна вера”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 92/2021, 87–90.

²⁴ *Ibid.*, 88–89.

²⁵ *Petface*, „Да ли је ово 'Божја воља'? Монахиње избациле мачиће испред туђе куће!” <https://petface.net/bozja-volja/>, 20. 7. 2023.

²⁶ Монах је кажњен „симболично” – условном осудом и новчаном казном за кривично дела „убијање и злостављање животиња” и „недозвољена производња, држање ношење и промет оружја и експлозивних материја”. Основни суд у Ужицу, 2К-576/21, СПК-16/21, Пресуда од 23. 2. 2022. године.

²⁷ J. D’Silva, 30; *The Encyclopedia of Religion and Nature* (eds. B. R. Taylor et al.), A&C Black, London–New York 2008, 64–66.

3.2. Јудаизам

Јевреји имају строге прописе о томе која се храна може конзумирати и начину њене припреме, засноване на Књизи левитској и Поновљеном закону (тзв. кошер храна). Тора дозвољава да се једе месо оних сисара који имају раздвојене папке и преживају храну. Забрањена је исхрана месом зеца, кунџа и камиле, јер ове животиње немају раздвојене папке, а свињско месо је забрањено јер свиња не прежива храну. Животиње које се најчешће користе у исхрани су говеда, козе и овце, а понекад и јелен и биво. Дозвољено је и месо припитомљених птица (кокошке, гуске, препелице, голубови и ћурке), а птице грабљивице су забрањене. Од водених животиња дозвољено је јести само оне које имају пераја и крљушт, дакле рибе, али не и шкољке, крабе, шкампе и морске сисаре (китове и делфине). Забрањено је конзумирање меса животиња које су умрле природном смрћу или које су растргле звери. Талмуд такође забрањује да се конзумира месо животиња које су усмрћене јер су умирале од болести, што има и логично медицинско оправдање.

Да би месо било у складу са кошер правилима, животиња мора да буде заклана на прописан начин. Клање великим оштрим ножем, који се проверава пре сваког клања како би се осигурало да на њему нема оштећења, изводи обучена особа – шохет, акредитована од стране верске заједнице. Захтева се убијање животиња једним убодом у грло до тачне дубине, тако да се прекину обе каротидне артерије, обе вратне вене, душник и једњак, од чега животиња потом искрвари до смрти. Ово се ради док је животиња свесна и након реза не губи свест моментално. Тора апсолутно забрањује конзумирање крви јер се сматра да је крв „медијум живота”, а живот не сме да се апсорбује у месо, већ се сипа на земљу као вода.²⁸

3.3. Ислам

Ислам такође препознаје Бога (*Allah*) као творца хијерархије свих живих бића са човеком на врху и идејом да човек има посебан статус јер поседује достојанство, а животиње су створене да му служе.²⁹

²⁸ Пета књига Мојсијева (Поновљен закон) каже: „Само пази да не једеш крв, јер је крв душа, па не једи душу са месом; Не једи је, него пролиј на земљу као воду; Не једи је да би било добро теби и синовима твојим након тебе, када чиниш оно што је угодно Господу.” (12: 23–25)

²⁹ У Курану стоји: „И стоку Он за вас ствара; њоме се од хладноће штитите, а и других користи имате, њоме се највише и храните”; (Сура 16:5); „Алах је за вас

Куран користи реч *муслиман* не само за људе већ и за животиње и неживи свет. Тако је по овом веровању, на пример, и пчела муслиман, зато што живи и умире поштујући шеријат који је Алах наменио заједници пчела, баш као што је и човек муслиман по врлини јер се покова шеријату намењеном људима по Курану. „Све животиње које по Земљи ходе и све птице које на крилима својим лете, светови су попут вас – у Књизи Ми нисмо ништа изоставили – и сакупиће се послје пред Господаром својим.” (Сура 6:38).³⁰ По сунама које представљају верске законе које је Мухамед проповедао током живота, забрањено је непотребно ударати животиње, жигосати их по лицу или им дозволити да се међусобно боре зарад људске забаве.

Мачке имају посебно место у исламској култури јер поједини извори наводе да је Мухамед волео свог мачка Муецу до те мере да је радије ишао без огртача, него што би будио мачка који је спавао на њему.³¹ Пси, са друге стране, у исламу имају негативну конотацију и сматрају се „нечистим”. По сунитском веровању, црни пси су манифестација зла у животињском облику, а Мухамеду се наводно приписују речи да поседовање пса поништава добра дела муслимана. У једној од муслиманских књига наводи се: „Алахов гласник наредио је убијање паса а онда је рекао: Шта ћемо са њима? И даде одобрење да се задржи пас за лов и пас чувар и рече: када пас полиже прибор, оперите га седам пута и истрљајте земљом осми пут.”³² Због тога се држање пса сматра великим грехом у исламској традицији, осим ако се не ради о псима који се користе за лов или за чување куће. Постоји, међутим, и мишљење да негативан однос према псима заправо датира из предисламске арапске митологије и традиције, а да се лажно приписује Пророку.³³

Куран забрањује да се једе месо свиња и дивљих свиња, животиња које су месождери, птица грабљивица, глодара, мула и домаћих магараца, отровних и опасних морских животиња. Употреба алкохола је забрањена, као и производи који су припремљени од крви животиње.

створио камиле – да на некима јашете а неке да једете.” (Сура 40: 79). Кур’ан – босански пријевод, Бесим Коркут, https://www.orbus.be/religion/islam/kuran_bos/, 14. 7. 2023.

³⁰ У овом стиху користи се термин *ummah* (заједница), која по неким тумачењима не означава само људску заједницу већ и животињски свет.

³¹ G. A. Geyer, *When Cats Reigned Like Kings: On the Trail of the Sacred Cats*, Andrews McMeel Publishing, Kansas City 2004, 28.

³² Sahih Muslim, Book 2: Kitab Al-Taharah (The book of purification), number 551, https://www.iiium.edu.my/deed/hadith/muslim/002_smt.html

³³ S. Fazal ur Rahim, „Animal rights and welfare in Islam”, *International Journal of Avian & Wildlife Biology* 3/2018, 427–430.

Као и у јудаизму, забрањено је конзумирање меса животиња које су умрле природном смрћу или које су растргле звери. Животиња мора бити заклана по шеријатском закону – оштрим ножем којим јој у једном потезу прережу душник, ждрело и две вратне жиле. После клања сва крв треба да испури из меса. Приликом клања се спомиње Алах, јер је по исламу он једини који има право да одузме живот, па се клање врши у његово име.³⁴

3.4. Источњачке религије

Источњачке религије имају благонаклонији став према животињама, полазећи од принципа ненасиља (*ahimsa*) као основног принципа који не забрањује само насиље над људима већ над свим живим бићима, где несумњиво спадају и животиње, за које се верује да такође имају душу.³⁵

3.4.1. Хиндуизам

У Хиндуизму се верује да је бог Брахма створио све животиње са посебним задатком и спиритуалним значењем за човека, а неретко су и сами богови приказани у лику животиње.³⁶ У основи ове религије налазе се две идеје – идеја реинкарнације, тј. циклуса сталног рађања и смрти и идеја хијерархије свих живих бића, са човеком на врху. На овој хијерархијској лествици животиње се налазе испод човека, а на различитим хијерархијским лествицама налазе се и људи, што објашњава поделу индијског друштва на касте. Положај сваке животиње и сваког човека у оквиру ове хијерархије није случајан већ кармички предодређен, што значи да је у складу са фиксним законима карме. Добра дела доприносе „подизању на лествици”, тј. успону у датој хијерархији у будућем животу, а лоша деградацији, тј. рођењу у неком нижем не-људском облику.³⁷ У многим светим текстовима (*Rig Veda* и *Atharva Veda*) високо се вреднује свако ко покаже осећајност према животињама, а хиндусима сама вера налаже да са њима

³⁴ WHO, *Islamic Ruling on Animal Slaughter*, <https://applications.emro.who.int/dsaf/dsa49.pdf>, 20. 7. 2023.

³⁵ Ова идеја је у хришћанству спорна. Тако протојереј Стенли Харакас сматра да животиње немају душу и да не иду у рај. Вид.: С. Харакас, *О животињама и кућним љубимцима у православној традицији*, <https://www.vjeronauka.net/pravoslavnenovosti/concerning-animals-and-pets-in-orthodox-tradition>, 15. 7. 2023.

³⁶ Бог Ганеша је, примера ради, представљен са слоном главом а бог Хануман у облику мајмуна.

³⁷ В. Бајовић, 235.

добро поступају, да не би у неком од наредних живота били рођени као животиња која ће бити гладна, повређена или мучена.³⁸

По хиндуизму одузимање туђег живота или наношење патње животињи сматра се кармичким грехом. Негативну карму ће имати не само онај ко убије краву већ и онај ко једе говеђе месо, јер се полази од тога да тиме подржава њихово убијање. У епу Махабхарата (*Mahabharata*) бог Кришна говори свом рођаку: „Људи треба да узму са планете само оно што им је неопходно за преживљавање”, што многи хиндуси тумаче као забрану убијања животиња због меса или крзна. Вегетаријанска исхрана је честа међу припадницима ове религије, духовне вође су увек вегетеријанци а већина хиндуистичких храмова не дозвољава месне производе у својим просторијама.³⁹ Чак је и Уставом Индије прокламована дужност сваког грађанина да покаже саосећање према сваком живом бићу (чл. 51 А).

3.4.2. Будизам

Слично хиндуизму и будизам почива на идеји карме и реинкарнације, тј. уверењу да су људски и животињски свет нераскидиво повезани, те да душа у различитим животима путује из једног тела у друго, уз коначни циљ проналаска праве спиритуалне праксе односно „просветљења” како би се прекинула патња која долази као „карма” из прошлих живота и понавља се у наредним животима. У учењу о шест царстава, царство животиња се налази на нижем ступњу од царства људи, па је поновно рађање у обличју животиње заправо кармичка казна за неки грех, јер је живот животиња тежак и испуњен патњом. Будизам, дакле, признаје да су животиње, као и људи, осећајна бића (*semchen*) и као таква могу да пате. Ово учење налаже својим следбеницима да се уздрже од убијања и повређивања сваког живог бића, а вегетаријанство је у овој традицији високи идеал коме се тежи. Према будизму, намерно убиство како човека тако и животиње ствара лошу карму за убицу, а верује се да је Буда осуђивао сва она занимања која подразумевају убијање животиња; монасима је налагао да избегавају ношење животињске коже и забрањивао понашања која намерно наносе штету животињама. Буда је такође охрабривао своје ученике да помогну животињама увек када могу, да их спасу и ослободе када виде да су у невољи.⁴⁰

³⁸ L. Caruana, 8.

³⁹ J. D’Silva, 83–85.

⁴⁰ G. Barstow, *On the moral standing of animals in Tibetan Buddhism*, <https://journals.openedition.org/emscat/3865>, 17. 7. 2023.

3.4.3. Ђаинизам

Ђаинизам, једна од најстаријих индијских религија, посебно благонаклоно гледа на животиње. Ова религија пропагира вегетаријанску исхрану и уздржавање од било каквог насиља, како према људима тако и према животињама. Припадници ове вере сматрају да је свачији живот светиња, без обзира на веру, касту, расу или чак и врсту, односно људско или животињско обличје. Убиство није дозвољено ни у самоодбрани јер је принцип ненасиља највиши морални императив чије је практиковање неопходно како би се сачувала „чистота душе” која гарантује добру карму у наредном животу. У складу са овим учењем, монаси ходају врло обазриво у страху да не згазе неког инсекта. Идеја *Jiva* донекле одговара ономе што се назива душом, али ђаинизам сматра да је *Jiva* присутна свуда – у боговима, људима, животињама, биљкама, демонима, у сваком виду материје. Акцент је дакле на заједничком скривеном и универзалном принципу који спаја све на свету у неку врсту братства. Не постоји Бог, творац који награђује и кажњава, већ уместо њега закон карме награђује и кажњава у складу са заслугама.⁴¹

3.5. Исхрана и вера

Иако источњачке религије пропагирају вегетаријанску исхрану, ниједна осим ђаинизма не забрањује конзумацију меса.⁴² Чак се и према неким будистичким списима монасима саветује да прихвате сву храну која им се понуди, осим меса животиње која је убијена само због њих и у њихову част.⁴³

С друге стране, интересантна је библијска теза по којој је човек првобитно био вегетаријанац, а тек након првобитног греха и великог потопа добио је Божју дозволу да се храни животињама.⁴⁴ Док

⁴¹ L. Caruana, 7–8.

⁴² Ђаинисти су вегани што значи да избацују и млеко из исхране јер верују да производња млечних производа подразумева насиље над кравама. Из истих разлога не конзумирају мед да би спречили насиље над пчелама. Поједини су толико екстремни да из исхране избацују и поврће које расте под земљом (лук и кромпир, нпр.), верујући да су ситне бубе повређене када се оно извлачи из земље! S. Woolfe, *Animal Ethics in Hinduism, Buddhism and Jainism*, <https://www.samwoolfe.com/2013/04/eastern-religious-views-on-animals.html>, 17. 7. 2023.

⁴³ Ово је у складу са теравада будизмом, заступљеним у југоисточној Азији и сходно једном од најстаријих будистичких канона (Pali Canon). F. Deleanu, „Buddhist 'Ethology' in the Pali Canon: Between Symbol and Observation”, *The Eastern Buddhist* 2/2000, 79–127.

⁴⁴ „И још рече Бог: Ево дао сам вам све биље што носи сјеме по својој земљи и сва дрвета родна која носе сјеме; то ће вам бити за храну. А свему зверињу земаљском

је живео у „рајском врту”, човек је јео плодове са дрвећа и са свим бићима живео у савршеној симбиози, али је након првородног греха и првог убиства Бог дао Ноју и његовим синовима „комплетну власт” над природом и животињама рекавши му: „И све звери земаљске и све птице небеске и све што иде по земљи и све рибе морске нека вас се плаше; све је предано у ваше руке. Шта се год миче и живи нека вам буде за јело, све вам то дадох као зелену траву.” (Постање 9:3).

Јудаизам и ислам, видели смо, својим следбеницима дају стриктна правила у погледу исхране, у смислу меса које је дозвољено јести и начина на који животиња треба да буде усмрћена да би се могла конзумирати. Месо мора да има кошер односно халал сертификат којим се потврђује да је животиња заклана по верским правилима.

4. Религијско клање

Јудаизам и ислам, видели смо, забрањују исхрану месом мртвих животиња, што значи да здрава животиња мора бити заклана по посебним кошер/халал правилима и из ње сва крв мора да испури да би се њено месо касније могло конзумирати. Закони о добробити животиња, с друге стране, прописују омамљивање животиње пре клања како би се, у несвесном стању, њене патње минимизирале. Већина ових закона, где спада и Закон о добробити животиња Републике Србије, дозвољава одступање од овог правила, што значи да животиња пре клања не мора бити омамљена када се ради о тзв. „религијском клању” у складу са прописима одређених верских заједница регистрованих у Републици Србији.⁴⁵ Исто је предвиђено и Конвенцијом Савета Европе о заштити животиња за клање,⁴⁶ која важи на територији наше државе.⁴⁷

Наука (а и здрава логика) с друге стране, сматра да је клање животиње без претходног омамљивања суров чин према животињама.

и свема птицама небеским и свјему што се миче на земљи и у чем има душа жива, дао сам сву траву да једу. И би тако.” (Постање 1:29–30).

⁴⁵ Закон о добробити животиња и пратећи правилници, по нашем мишљењу, погрешно говоре о „религиозном клању” јер само особа може бити религиозна, а клање може бити религијско или верско.

⁴⁶ Уредба о ратификацији Европске конвенције за заштиту животиња за клање, *Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 6/96.

⁴⁷ О непосредној примени међународних уговора вид.: В. Бајовић, „Непосредна примена међународних уговора и општеприхваћених правила међународног права у кривичном поступку”, у: *Зборник радова Копаоничке школе природног права Слободан Перовић Том I* (ур. Јелена Перовић Вујачић), Копаоничка школа природног права Слободан Перовић, Београд 2022, 409–427.

Животињи се у свесном стању реже врат како би у потпуности искрварила. Након реза, животиња не умире моментално, већ тренутак наступања смрти зависи од општег стања животиње, начина на који јој је увод нанет и брзине којом крвари.⁴⁸ Европска федерација доктора ветеринарске медицине овакву праксу сматра неприхватљивом и супротном идеји о добробити животиња, будући да им се тиме додатно наносе екстреман и непотребан бол, патња и стрес.⁴⁹

Имајући то у виду, поједине државе су забраниле клање животиња без претходног омамљивања у свим случајевима, не дозвољавајући више изузетке који се односе на религијско клање. Реч је о Аустрији, Белгији, Данској, Исланду, Лихтенштајну, Естонији, Грчкој, Литванији, Норвешкој, Шведској, Финској и Швајцарској,⁵⁰ док је Словенија отишла и корак даље забранивши у потпуности религијско клање 2018. године.⁵¹

Овакве одредбе наишле су на осуду јеврејске и муслиманске заједнице које сматрају да су им правилима о обавезном омамљивању животиње пре клања повређене верске слободе. Иако ниједан верски извор не забрањује омамљивање (што је и разумљиво јер у време када су ови извори настајала омамљивање није ни постојало), јеврејска и муслиманска заједница сматрају да је омамљивање животиње супротно кошер/халал правилима из следећих разлога:

Прво, муслимани и Јевреји верују да омамљивање зауставља крварење, те да је тешко гарантовати да је сва крв исцурела из претходно омамљене животиње, а обе религије стриктно забрањују употребу крви у исхрани. Овакве тврдње опет, по мишљењу Суда правде Европске уније, немају никакво научно упориште.⁵²

Друго, јудаизам и ислам забрањују конзумирање меса животиња које су умрле на неки други начин, а не од руке религијски овлашћеног и сертификованог „кољача”; у случају када је животиња већ

⁴⁸ C. M. Zoethout, „Ritual Slaughter and the Freedom of Religion: Some Reflections on a Stunning Matter”, *Human Rights Quarterly* 3/2013, 655–656

⁴⁹ Federation of Veterinarians of Europe (FVE), Slaughter of Animals without Prior Stunning, https://fve.org/cms/wp-content/uploads/fve_02_104_slaughter_prior_stunning.pdf 16. 7. 2023.

⁵⁰ Наведене државе се разликују у погледу тога да ли прописују обавезно омамљивање пре самог клања (*Pre-cut Stunning*) или моментално након реза (*Post-cut Stunning*). Омамљивање након реза захтевају Аустрија, Естонија, Грчка и Литванија, док све остале државе захтевају да животиња буде омамљена пре самог клања.

⁵¹ The Law Library of US Congress, *Legal Restrictions on Religious Slaughter in Europe*, https://www.supremecourt.gov/opinions/URLs_Cited/OT2020/19-123/19-123-1.pdf, 22. 7. 2023

⁵² Court of Justice EU, Case C-336/19, Judgment of 17 December 2020, par. 13.

унапред омамљена, не зна се да ли је умрла у тренутку омамљивања. Утом погледу јудаизам је далеко стриктнији од ислама и не дозвољава никакве изузетке, што има и разумљиво историјско објашњење. Адолф Хитлер је 1933. године, убрзо након што је постао канцелар, забрањено клање животиња без претходног омамљивања, што је у јеврејској заједници изазвало дебату о томе да ли је конзумирање таквог меса прихватљиво. Рабини су заузели став да не одобравају употребу оваквог меса ни под каквим околностима. Од тада ниједан рабин није довео у сумњу правило да је конзумирање меса од стране животиње која је омамљена пре клања супротно правилима јудаизма.⁵³

Поједини исламски теоретичари, с друге стране, сматрају да омамљивање само по себи није у супротности са исламом, јер оно не убија животињу, па самим тим и не повређује ниједну верску догму. Сходо томе, они верују да је животињу дозвољено омамити пре клања, све док не угине у самом поступку омамљивања.⁵⁴ Данас постоје и методи тзв. ревирибилног електричног омамљивања, у смислу да се животиња врати у свесно стање у одређеном року након клања и омамљивања – што гарантује да животиња није усмрћена самим омамљивањем, већ чином клања.

На иницијативу јеврејске и муслиманске заједнице у појединим државама, о односу верских слобода и добробити животиња изјашњавали су се Европски суд за људска права (ЕСЉП) и Суд правде Европске Уније.

5. Слобода вероисповести

Постоји мишљење да је слобода мисли, савести и вероисповести основа западне идеологије о људским правима.⁵⁵ У том смислу, и ЕСЉП је истакао да је слобода прокламована чланом 9 Конвенције један од темеља „демократског друштва” имајући у виду да плурализам, као саставни део сваког друштва, зависи од те слободе.⁵⁶

ЕКЉП чланом 9 гарантује слободу мисли, савести и вероисповести и предвиђа да:

⁵³ The Law Library of US Congress, *Legal Restrictions on Religious Slaughter in Europe*, 1.

⁵⁴ С. М. Zoethout, 657.

⁵⁵ D. Gomien, D. Harris, L. Zwaak, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe, Strasbourg 1996, 263.

⁵⁶ *Buscarini and Others v. Saint-Marino*, Представка бр. 24645/94, Пресуда од 18. фебруара 1999, ст. 34 и *Wasmuth v. Germany*, Представка бр. 12884/03, Пресуда од 17 фебруара 2011, ст. 50.

1. Свако има право на слободу мисли, савести и вероисповести; ово право укључује слободу промене вере или уверења и слободу свакога да, било сам или заједно с другима, јавно или приватно, испољава веру или уверења молитвом, учењима, обичајима и ритуалима; и
2. Слобода исповедања вере или убеђења може бити подвргнута само законом прописаним ограничењима неопходним у демократском друштву у интересу јавне безбедности, ради заштите јавног реда, здравља или морала или ради заштите права и слобода других.⁵⁷

Исто је предвиђено чланом 18 Пакта о грађанским и политичким правима,⁵⁸ као и чланом 10 Повеље о основним правима ЕУ.⁵⁹

Устав Републике Србије јемчи слободу мисли, савести и вероисповести, прописујући чланом 43:

1. Јемчи се слобода мисли, савести, уверења и вероисповести, право да се остане при свом уверењу или вероисповести или да се они промене према сопственом избору;
2. Нико није дужан да се изјашњава о својим верским и другим уверењима;
3. Свако је слободан да испољава своју веру или убеђење вероисповедања обављањем верских обреда, похађањем верске службе или наставе, појединачно или у заједници са другима, као и да приватно или јавно изнесе своја верска уверења;
4. Слобода испољавања вере или уверења може се ограничити законом, само ако је то неопходно у демократском друштву, ради заштите живота и здравља људи, морала демократског друштва, слобода и права грађана зајемчених Уставом, јавне безбедности и јавног реда или ради спречавања изазивања или подстицања верске, националне или расне мржње;
5. Родитељи и законски стараоци имају право да својој деци обезбеде верско и морално образовање у складу са својим уверењима.⁶⁰

⁵⁷ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005. испр. и *Сл. гласник РС – Међународни уговор*, бр. 12/2010 и 10/2015.

⁵⁸ Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/71.

⁵⁹ Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal of the European Communities*, С 364/1, 18. 12. 2000.

⁶⁰ Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

Слобода вероисповести може се посматрати из два угла – најпре као заштита унутрашњих, личних верских уверења, која подразумевају право појединца да има, изабере или промени вероисповест (*forum internum*) и као право појединца да своја верска уверења испољава у јавности у смислу облачења по верским правилима, ношења верских симбола у образовним установама, спровођењем одређених верских ритуала и сл. (*forum externum*).⁶¹ Само ово друго право које се односи на јавно испољавање верских убеђења може бити ограничено у смислу члана 9, став 2 Европске конвенције о људским правима и члана 43, став 4 Устава РС.

Када се ради о односима државе и цркве, „наднационалне” европске институције (Европска Унија и Савет Европе), државама чланицама остављају широку слободу да процене домаће потребе и услове и саме уреде ово питање. „У вези са чланом 9 Конвенције, држави би у принципу требало дати шире поље процене да одлучи да ли и до које мере је ограничење права на слободу вероисповести неопходно”, каже се у једној одлуци Европског суда за људска права.⁶² Даље је наведено да у Европи није могуће препознати неки униформан концепт значаја религије у друштву, већ се смисао и последице јавног испољавања неког верског уверења разликују у зависности од времена и друштвеног контекста. Зато правила у овој области варирају од једне државе до друге, зависно од националне традиције и захтева које намеће потреба да се заштите права и слободе других и да се одржи јавни ред. Због тога избор домашаја и форме таквих правила мора до одређене мере бити остављен националној држави, јер зависи од специфичног домаћег контекста. Задатак Суда је једино да процени да ли су мере које су предузете на државном плану у принципу оправдане и пропорционалне.⁶³

Основно питање које се овде поставља јесте да ли се религијско клање може подвести под слободу вероисповести и да ли је мера обавезног омамљивања животиње пре клања, која се коси са догмама јеврејске и муслиманске заједнице о кошер/халал исхрани, оправдана и пропорционална.

5.1. Случај *Cha'are Shalom ve Tsedek против Француске*

О односу верских слобода и добробити животиња Европски суд за људска права се први пут изјаснио 2000. године, када је једно од

⁶¹ О томе О. Николић, *Држава, црква и слобода вероисповести*, Институт за упоредно право, Београд 2022, 50–53.

⁶² *S. A. S. v. France*, Представка бр. 43835/11, Пресуда од 1. јула 2014, ст. 129.

⁶³ *Ibid.*, ст. 130–131.

удружења ортодоксних Јевреја у Француској поднело представку против ове државе јер је одбила да им да одобрење за религиозно клање животиња.⁶⁴

Француска не захтева обавезно омамљивање животиње пре клања када се ради о религиозном клању, али да би верска заједница отворила кланицу намењену религиозном клању, мора добити дозволу надлежних органа. Ова верска заједница имала је посебно стриктне захтеве у погледу „чистоће” меса које се може конзумирати, а која су налагала да се испитају плућа сваке убијене животиње како би се утврдило да ли је животиња здрава и да ли у њима има трагова крви. Овакво месо носи посебну ознаку (*glatt kosher*). Француска администрација је одбила захтев под образложењем да ова јеврејска заједница није довољно заступљена у Француској, да не испуњава услове да би се сматрала верском заједницом у смислу законске регулативе, а самим тим нема права ни да производи месо по сопственим правилима. Као образложење наведено је да ова верска заједница има мали број присталица (40.000), те да је њена активност, усмерена на отварање посебних кланица, пре свега комерцијална, али не и религиозна.

Удружење се обратило Европском суду за људска права са тврдњом да је оваквим поступањем Француска прекршила члан 9 ЕКЉП који гарантује слободу мисли, савести и вероисповести и члан 14 ЕКЉП који забрањује дискриминацију, будући да је одбијањем да јој се да одобрење ова заједница дискриминисана у односу на другу већинску јеврејску заједницу које практикују кошер, али не захтева тако строга правила у погледу чистоће плућа животиње. Француска је, с друге стране, тврдила да испољавање обичаја и ритуала не може подразумевати и религиозно клање, будући да припадницима ове верске заједнице није ускраћено право да конзумирају месо припремљено по њиховим правилима, а које се слободно увози из Белгије и других земаља.

Европски суд за људска права је најпре заузео став да религиозно клање животиња спада су сферу верских слобода (*forum externum*), али да се ово право може ограничити. У том смислу, прописи којима се захтева одобрење надлежних власти за религиозно клање нису у супротности са Конвенцијом, будући да се на тај начин спречава отварање „сумњивих” кланица, што је у интересу јавног здравља.⁶⁵

Друго је питање било да ли је ускраћивање овакве дозволе било оправдано у конкретном случају или је дошло до повреде члана 9

⁶⁴ *Cha'are Shalom ve Tsedek v. France*, Представка број 27417/95, Пресуда од 27. јуна 2000.

⁶⁵ *Ibid.*, ст. 77.

Европске конвенције о људским правима. У вези с тим Суд је закључио да се сам начин клања који пропагира ова заједница ни мало не разликује од начина који пропагира већинска јеврејска заједница, а да је једина разлика у детаљном испитивању плућа животиње након њене смрти.⁶⁶ По мишљењу Суда, право на слободу вероисповести било би повређено само ако би припадницима ове верске заједнице била ускраћена могућност да једу месо обрађено на начин који њихова вера проповеда, што овде није случај јер се тзв. *glatt kosher* месо лако може набавити из Белгије и других земаља и његов увоз је слободан. Даље је наведено и да право на слободу вероисповести не подразумева и право сваког појединца или удружења да спроводи религијско клање, већ да им није ускраћена могућност да конзумирају месо припремљено у складу са захтевима њихове вере.⁶⁷

Сходно томе, у конкретном случају није дошло до повреде члана 9 ЕКЉП јер је одбијање француских власти да дају одобрење за отварање кланице било оправдано у циљу заштите јавног здравља и јавног реда. Како је реч о интересима због којих је могуће ограничити слободу вероисповести, ова мера је оправдана, а испуњен је и захтев за пропорционалношћу мере, будући да њоме припадници ове верске заједнице нису лишени могућности конзумирања *glatt kosher* меса.

5.2. Суд правде Европске уније – случај *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*

Нашом централном темом, да ли прописивање обавезног омањивања животиње пре клања представља повреду верских слобода, бавио се Суд правде Европске уније.

Лисабонским уговором животиње су први пут изричито препознате као осећајна бића и њихова добробит је постављена као једна од вредности Европске уније.⁶⁸ Регулатива 1099/2009 о заштити животиња у време убијања каже да је ова заштита од јавног значаја јер побољшање заштите животиња у време клања доприноси бољем квалитету меса а индиректно има утицаја и на боље услове рада у кланицама.

⁶⁶ *Ibid.*, ст. 78.

⁶⁷ *Ibid.*, ст. 80–82.

⁶⁸ Члан 13 дела II Лисабонског уговора гласи: „У формулисању и спровођењу политика Уније везаних за пољопривреду, рибарство, транспорт, унутрашње тржиште, истраживачки и технолошки развој, Унија и државе чланице ће у потпуности поштовати захтеве добробити животиња као осећајних бића, поштујући истовремено законодавне или административне одредбе и обичаје држава чланица ЕУ, посебно оних који се односе на религијске обичаје, културну традицију и регионално наслеђе.”

Одступање од обавезног омамљивања животиња код религиозног клања је дозвољено, али ЕУ оставља државама чланицама могућност да ово питање уреде другачије тако што ће прописати обавезно омамљивање у сваком случају.⁶⁹

Белгија, тачније Фламанска област, искористила је ову могућност и 2019. године изменила Закон о добробити животиња тако што је предвидела њихово обавезно омамљивање пре клања у свим случајевима, дакле не изузимајући религијско клање. Представници јеврејске и муслиманске заједнице обратили су се Уставном суду Белгије са тврдњом да им је на тај начин угрожена слобода вероисповести, будући да им је онемогућено да конзумирају месо животиња које су заклане у складу са захтевима њихове вере. Уставни суд Белгије се обратио Суду правде ЕУ са захтевом за прелиминарно одлучивање у погледу питања да ли се правилима о обавезном омамљивању животиње повређује право на слободу вероисповести.⁷⁰

Попут Европског суда за људска права, и Суд правде ЕУ истакао је да религијско клање спада у начине испољавања слободе вероисповести, али је исто тако нагласио да се добробит животиња може сматрати општим интересом признатим од стране Европске уније. Када се ради о сукобу два супротстављена интереса, као што је овде случај, принцип пропорционалности налаже да се између њих нађе одговарајућа равнотежа.⁷¹ По мишљењу Суда, ова мера је одговарајућа јер је:

1. законом прописано реверзибилно омамљивање, које гарантује да само омамљивање није проузроковало смрт животиње. Електрнаркоза је реверзибилни начин омамљивања којим се животиња, ако јој у међувремену није пререзано грло, враћа у свесно стање након кратког времена и нема никакве негативне последице омамљивања. Ако се животињи пререже грло одмах након омамљивања, до њене смрти долази искључиво крварењем. Тиме су испоштована кошер и халал правила да се не једе месо животиња које су умрле на други начин сем од руке религијски овлашћеног „кољача”;
2. слично Европском суду за људска права, и Суд правде ЕУ је нагласио да Белгија не забрањује увоз меса животиња

⁶⁹ Council Regulation (EC) No. 1099/2009 on the protection of animals at the time of killing.

⁷⁰ Court of Justice EU, Case C-336/19 *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*, Judgment of 17 December 2020.

⁷¹ *Ibid.*, ст. 65.

које су убијене без омамљивања, у складу са верским правилима, тако да је припадницима ових вероисповести оно доступно на тржишту. Другим речима, слобода вероисповести не подразумева слободу верника да сам коље животињу по верским догмама, већ слободу да му месо тако заклане животиње буде доступно;

- законске измене су у складу са ЕУ регулативом, будући да им она оставља могућност да пропишу више стандарде заштите добробити животиња од прописаних, у смислу обавезног омамљивања животиња пре клања у свим случајевима, без религијских изузетака.

Суд је нашао да су мере које је Белгија увела неопходне и пропорционалне, истакавши да се омамљивањем животиња пре клања смањују њихове патње. Нагласио је и да се „добробит животиња, као вредност којој савремена демократска друштва данас придају све већи значај, мора имати у виду у већој мери када се ради о религијском клању.”⁷²

6. Религијско клање и слобода вероисповести у Републици Србији

У Србији се овај проблем (још увек) не поставља, јер када се ради о религијском клању, Закон о добробити животиња РС предвиђа одступање од правила да животиња мора бити претходно омамљена. По овом закону религиозно клање јесте клање које се обавља у објектима за клање животиња (кланицама), у складу са религиозним ритуалима верске заједнице регистроване у Републици Србији, уз претходну сагласност верске заједнице (чл. 5, ст. 1, тач. 46). Њега могу обављати лица која су за ту врсту клања овлашћена од стране верске заједнице регистроване у Републици Србији, на начин којим се спречава непотребан бол, патња, страх или стрес (чл. 32).

Међутим, правилник који детаљније регулише клање уопште не помиње да религијско клање може обављати једино лице које је за то овлашћено од стране верске заједнице, већ само предвиђа да се „У случају религиозног клања говеда (...) пре клања обуздавају употребом механичких поступака како би се избегли бол, патња, узнемиреност као и било каква повреда или нагњечење.” (чл. 26, ст. 2)⁷³

⁷² *Ibid.*, ст. 77.

⁷³ Правилник о условима и средствима за лишавање животиња живота, начину поступања са животињама непосредно пре клања, начину омамљивања и искрварења животиња, *Службени гласник РС*, бр. 14/10.

Даље је прецизирано да механички поступак омамљивања подразумева ударац у главу односно механички уређај који делује ударцем на лобању! Апсурдно је уопште анализирати ово правно лицемерство утврђујући да ли се тиме избегава „бол, патња, узнемиреност, повреда или нагњечење” што ЗДЖ и поменути правилник *pro forme* захтева. „Механичко” омамљивање ударцем у главу више служи да се сломи отпор животиње, него да се заштити њена добробит омамљивањем пре клања.

Закон о црквама и верским заједницама Републике Србије (ЗЦВЗ)⁷⁴ чланом 1 гарантује слободу вероисповести, одређујући да ова слобода обухвата: а) слободу да се има или нема, задржи или промени вероисповест или верско уверење, односно слободу веровања; б) слободу исповедања вере у Бога; в) слободу да се појединачно или у заједници са другима, јавно или приватно, испољава веровање или верско учење учествовањем у богослужењу и обављањем верских обреда, верском поуком и наставом, неговањем и развијањем верске традиције; и г) слободу да се развијају и унапређују верска просвета и култура.

Из овако таксативно набројаних верских слобода, дискутабилно је да ли се религијско клање може подвести под неку од њих. Ако се религијско клање подведе под „верски обред” опет долазимо до контрадикторности јер се по члану 31, став 2 овог закона верски обреди могу обављати и на јавним местима, односно отвореним просторима и местима везаним за значајне историјске догађаје и личности, што свакако није случај са клањем животиња, које се може вршити само у регистрованим кланицама.

Ако се религијско клање подведе под „верску традицију”, опет се поставља питање прилагођавања традиције постојећим законским ограничењима и научним сазнањима. У том смислу, и генитално обрезавање девојчица је део верске традиције појединих верских заједница, па опет подлеже законским и конвенцијалним ограничењима. У временима у којима су верске догме настајале, омамљивање животиња није ни постојало, нити се животињама и њиховој добробити придавао значај. „Традиција” није категорија окамењена у времену, већ се прилагођава друштвеним приликама, друштвеном развоју и напретку и новим научним сазнањима; јер да је верска традиција непромењива категорија, ритуално жртвовање које су многе религије својевремено практиковале и даље би се примењивало. Данас је неспорно да су животиње свесна и осећајна бића, па зар настојање да им се олакшају

⁷⁴ Закон о црквама и верским заједницама, *Сл. гласник РС*, бр. 36/2006.

бол и патња није више у складу са свим религијским учењима од било које верске традиције која налаже њихово клање без омамљивања?

Закон о црквама и верским заједницама прецизира уставне одредбе у погледу ограничења испољавања верске слободе наводећи да ова слобода може бити подвргнута само оним ограничењима која су прописана Уставом, законом и ратификованим међународним документима, а неопходна су ради заштите јавне безбедности, јавног реда, морала и заштите слобода и права других. Даље се наводи да се верска слобода не сме користити тако да угрожава право на живот, право на здравље, права деце, право на лични и породични интегритет и право на имовину, нити тако да се њоме изазива и подстиче верска, национална и расна нетрпељивост (чл. 3 ЗЦВЗ).

Животиње и њихова добробит нису на „листи” да би се због њих могле ограничити верске слободе, све док се међу грађанима довољно не развије свест да је доношење непотребног бола и патње другом живом бићу свакако ствар јавног морала.

7. Закључак

Неспорно је да религије, кроз читаву људску историју, у пресудној мери обликују моралне ставове и понашање својих припадника и да све оне промовишу љубав, толеранцију и ненасиље, али је дискутабилно да ли из религијског угла ове вредности треба испољавати искључиво према људима или и према другим живим бићима. Да ли се шеста Божија заповест: „Не убиј!” односи само на људе или на сва од Бога створена бића?

Животиње нису ствари, већ жива бића која се рађају, хране, дишу, осећају глад, жеђ, бол, љубав, страх и патњу. Оне рађају младунце и брину о њима, доје их, чувају, уче животу и преживљавању. Недавно је код нас забележен случај да су младунци сисали мртву керушу, своју мајку којој је „човек” пуцао у главу. Апсурд религијског „милоsrђа” према животињама огледа се у томе што је, примера ради, у јудаизму забрањено да се мајка и младунче закољу у истом дану, као и да се младунче не кува у мајчином млеку!

Монотеистичке религије настајале су у временима у којима је свако десето дете опстајало, просечан људски век износио је тридесетак година, људима је било неопходно обезбедити преживљавање, па је разумљиво да су у таквим околностима животиње стављене „у службу човекову” да му служе за храну, одећу или рад. Несумњиво да је у то доба начин клања који се практикује у јудаизму и исламу представљао хуманији начин лишења живота, јер је гарантовао брзу и

сигурну смрт од стране овлашћеног и за то обученог кољача. Јеврејска заједница и дан данас истиче да је кошер клање најхуманији и најбезболнији начин клања, што савремена наука демантује.

Данас се махом не ради о пуком преживљавању, већ о квалитету живота, па се не види ниједан разуман разлог због ког се животињама, којима се човек већ храни, не би обезбедила „хумана” смрт. Хумана смрт између осталог подразумева и њихово омамљивање, односно довођење у несвесно стање, пре клања. Аргументи које јеврејска и муслиманска заједница истичу против овог чина су научно неутемељени и религијски спорни. Ниједна света књига не забрањује омамљивање животиње пре клања, а савремени методи омамљивања гарантују да смрт животиње неће наступити тим чином, већ од руке религијски овлашћеног „кољача”.

Суштински посматрано, религијско „клање” неспојиво је са основним племенитим идејама било које религије и не треба да постоји као законска категорија. Док не дође дан који је Да Винчи предвиђао, када ће се на убиство животиње гледати као на убиство човека, најмање што можемо да учинимо је да овим племенитим бићима обезбедимо достојанствен живот и хуману смрт.

Vanja Bajović

Associate Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

ANIMAL WELFARE AND RELIGIOUS FREEDOMS – THE PROBLEM OF RELIGIOUS SLAUGHTER

Summary

The concept of religious slaughter is contradictory. While the 'slaughter' has a negative and frightening connotation, every religion promotes peace, love, tolerance, and non-violence, so how can such a cruel act of slaughter be associated with these values? It seems that all these values are reserved only for humans, while the animals are religiously seen as inferior beings or things, created only to serve humans. For centuries, human attitude towards animals has been exploitative, cruel, and not regulated by the law. With the development of the awareness that animals are not things, but living beings that, like humans, are born, breathe, die, feel, and suffer, laws about animals' welfare are adopted all over the world. The

idea of animal welfare does not prohibit their exploitation in human nutrition, experiments, Zoos, but insists on a dignified life and humane death. Such death involves the obligatory stunning of an animal before slaughter, to minimize their suffering and fear, but stunning is contrary to the kosher and halal slaughter required by Judaism and Islam. But in the last years some states regulated mandatory stunning of animals before slaughter in any case, what conflicts with demands of Jewish and Muslim communities in those countries since their religions forbids stunning of animals. It raises the question whether the animal's welfare conflicts with the freedom of religion, guaranteed by article 9 of the ECHR, and article 18 of the International Convent on Civil and Political Rights? What are the limits of religious freedoms? Is animal welfare the basis by which such freedoms could be restricted? How do different religions perceive and treat animals? All these issues are analyzed in this paper.

Key words: animal welfare, freedom of religion, religious slaughter.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Бајовић В., „Непосредна примена међународних уговора и општеприхваћених правила међународног права у кривичном поступку”, у: *Зборник радова Копаоничке школе природног права Слободан Перовић*, Том I, (ур. Јелена Перовић Вујачић), Копаоничка школа природног права Слободан Перовић, Београд 2022, 409–427.
- Бајовић В., „Правни статус животиња – покретне ствари или нешто више?”, у: *Казнена реакција у Србији – XIII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Универзитет у Београду – Правни факултет – Библиотека *Crimen*, Београд 2023, 231–255.
- Garner R., *Animal Ethics*, Malden, MA: Polity Press, Cambridge 2005.
- Geyer G. A., *When Cats Reigned Like Kings: On the Trail of the Sacred Cats*, Andrews McMeel Publishing, Kansas City, Missouri 2004.
- Gomien D., Harris D., Zwaak L., *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe, Strasbourg 1996.
- D’Silva J., *Animal Welfare in World Religion*, Taylor & Francis Group, London 2023.
- Deleanu F., „Buddhist ‘Ethology’ in the Pali Canon: Between Symbol and Observation”, *The Eastern Buddhist* 2/ 2000, 79–127.

- Zoethout C., „Ritual Slaughter and the Freedom of Religion: Some Reflections on a Stunning Matter”, *Human Rights Quarterly* 3/2013, 655–657.
- Nattrass K. M., „...und die Tiere” Constitutional Protection for Germany’s Animals”, *Animal Law* 10/2004, 283–312.
- Николић О., *Држава, црква и слобода вероисповести*, Институт за упоредно право, Београд 2022.
- Ристивојевић Б., Бугарски Т., „Кривично дело ‘Убијање и мучење животиња’ из члана 269 КЗ РС у светлу Закона о добробити животиња”, *Наука, безбедност, полиција – Журнал за криминалистику и право* 1/2014, 1–19.
- Syed F., „Animal Rights and Welfare in Islam”, *International Journal of Avian & Wildlife Biology* 3/ 2018, 427–430.
- Singer P., *Animal Liberation*, 40th edition, Harper Perennial Modern SinClassics, 2009.
- Стојановић Н., „Животиње и православна вера”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 92/2021, 79-95.
- The Encyclopedia of Religion and Nature*, (eds. Bron R. Taylor et al.), Vol. 1, London (UK) / New York (NY) 2008.
- Caruana L., „Different Religions, Different Animal Ethics?”, *Animal Frontiers* 1/2020, 7–10.

Остали извори

- Barstow G., On the moral standing of animals in Tibetan Buddhism, <https://journals.openedition.org/emscat/3865>, 17. 7. 2023.
- Катекизам католичке цркве, https://hbk.hr/wpcontent/uploads/2018/11/Katekizam_Katoli%C4%8Dke-Crkve.pdf, 14. 7. 2023.
- Кур’ан, (босански пријевод Бесим Коркут), https://www.orbus.be/religion/islam/kuran_bos/ 14. 7. 2023.
- Martin’s Act — The Cruel Treatment of Cattle Act 1822, <https://www.britannica.com/topic/Martins-Act>, 12. 5. 2023
- Petface*, „Да ли је ово ‘Божја воља’”? Монахиње избациле мачиће испред туђе куће!” <https://petface.net/bozja-volja/>, 20. 7. 2023.
- Sahih Muslim, *Book 2: Kitab Al-Taharah (The book of purification)*, no. 551, https://www.iium.edu.my/deed/hadith/muslim/002_smt.html. 17. 7. 2023.
- Стари завет – Постање (Прва књига Мојсијева) <https://citajbibliju.com/biblija/postanje/>, 12. 7. 2023.

- The Law Library of US Congress, *Legal Restrictions on Religious Slaughter in Europe*, https://www.supremecourt.gov/opinions/URLs_Cited/OT2020/19-123/19-123-1.pdf, 22. 7. 2023.
- Federation of Veterinarians of Europe (FVE), *Slaughter of Animals without Prior Stunning*, https://fve.org/cms/wp-content/uploads/fve_02_104_slaughter_prior_stunning.pdf 16. 7. 2023.
- Харакас С., *О животињама и кућним љубимцима у православној традицији*, <https://www.vjeronauka.net/pravoslavne-novosti/concerning-animals-and-pets-in-orthodox-tradition>, 15. 7. 2023.
- Woolfe Sam, *Animal Ethics in Hinduism, Buddhism and Jainism*, <https://www.samwoolfe.com/2013/04/eastern-religious-views-on-animals.html> 17. 7. 2023.
- WHO, *Islamic Ruling on Animal Slaughter*, <https://applications.emro.who.int/dsaf/dsa49.pdf>, 20. 7. 2023.
- Закон о добробити животиња, *Сл. гласник РС*, бр. 41/2009.
- Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005. испр. и *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010 и 10/2015.
- Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 7/71.
- Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, *OJ* 306, 17. 12. 2007
- Уредба о ратификацији Европске конвенције за заштиту животиња за клање, *Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 6/96.
- Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.
- Council Regulation (EC) No. 1099/2009 on the protection of animals at the time of killing, *Official Journal of the European Union* L 303, 18 November 2009.
- Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal of the European Communities*, C 364/1, 18. 12. 2000.
- ECtHR, *Buscarini and Others v. Saint-Marino*, App.n. 24645/94, Judgment of 18 February 1999.
- ECtHR, *S.A.S. v. France*, App. N. 43835/11, Judgment of 1 July 2014.
- ECtHR, *Cha'are Shalom ve Tsedek v. France*, App. N. 27417/95, Judgment of 27 June 2000.
- ECtHR, *Wasmuth v. Germany*, App.n. 12884/03, Judgment of 17 February 2011.
- Основни суд у Ужицу, 2К-576/21, СПК-16/21, Пресуда од 23. 2. 2022
- Court of Justice EU, Case C-336/19 *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*, Judgment of 17 December 2020.

ВЈЕРСКИ СЛУЖБЕНИК КАО СВЈЕДОК У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак

Свједочење у кривичном поступку је дужност, јер суд може да прибјегне и репресивним мјерама ако се свједок не одазове на позив за свједочење, то јест ако избјегава да дође. Право да одбију свједочење у кривичном поступку је привилегија лица која су у сродничком или личном односу са осумњиченим. Вјерски службеници (не) могу да буду „привилеговани свједоци” и ускрате исказ о ономе што им је повјерено током тајне исповијести. Исповијест и начело *in dubio pro reo* у кривичном поступку једно је од питања о коме се у раду говори.

Кључне ријечи: (не)привилеговани свједоци, начело *in dubio pro reo*, дужност свједочења у кривичном поступку, вјерски службеници.

1. Увод

Циљ рада јесте да се установи право значење одредаба закона који регулише ток кривичног поступка, у дијелу који се тиче права и дужности свједока вјерског службеника. Тиме би се понудили одговори на неке ситуације које се могу појавити у пракси приликом примјене правила процесног права, а на које законодавац не даје изричит одговор. Нарочито занимљиво је питање докле сежу привилегије вјерских службеника као свједока у погледу дужности пријављивања кривичног дјела за чије извршење су сазнали вршећи своју професију.

Полази се од хипотезе да начин регулисања овлашћења и дужности вјерског службеника да буде саслушан као свједок у кривичном поступку није подударан са усвојеним начелом истине. Коришћена методологија у овом раду, а прије свега упоредноправна, има за циљ да утврди да ли је ова полазна претпоставка потврђена.

2. Вјерски службеник као свједок у кривичном поступку

Свједок је лице која има одређена сазнања о неком догађају. Вјерски службеник је у кривичном поступку идентификован као

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, milijana.buha@pf.unibl.org

привилеговани свједок који неће свједочити о чињеницама које му је повјереник повјерио у тајној исповијести у циљу добијања духовног савјета, разумијевања за неки друштвено неприхватљив догађај, који не мора нужно бити кривично дјело. У кривичном поступку свједочење је дужност за лица која имају сазнања о спорном догађају у кривичном поступку, јер тужилаштво и суд могу прибјећи мјерама процесне принуде како би указали свједоку на дужност свједочења, као што су принудно довођење, новчано кажњавање и сл. Међутим, одређене категорије лица која су у сродству са осумњиченим, односно оптуженим или су брачни/ванбрачни супружници, могу одбити свједочење у кривичном поступку. Ову категорију свједока познајемо као свједоке који имају право, али не и дужност да свједоче. На крају бисмо као привилеговане свједоке поменули вјерске службенике који неће свједочити у кривичном поступку о догађајима који су им повјерени као вјерским службеницима. Вјерски службеници су свједоци који су, апстрактно посматрано, способни да свједоче у свим другим поступцима, осим у конкретном поступку у ком не могу да свједоче због потребе чувања повјерене тајне.

Занимљиво је законско рјешење са којим се сусрећемо у Републици Србији према којем је у члану 93, став 2 ЗКП Србије прописано да суд може на приједлог окривљеног или његовог браниоца одлучити да испита лице које је искључено од дужности свједочења. Наиме, вјерски службеници су искључени од дужности свједочења, али се на приједлог окривљеног, уз одобрење суда, могу испитати о околностима које су им повјерене. Као питање се намеће да ли се вјерски службеник може испитати о околностима које му је повјерио окривљени или и о околностима које му је повјерило и друго лице, а могу бити од значаја за расвјетљавање кривичног дјела стављеног на терет окривљеном. Заправо, чини нам се да се овим одступањем и омогућавањем суду да на приједлог окривљеног испита вјерског службеника и о професионалној тајни, не само оној тајни коју му је повјери окривљени него и треће лице.

Исказ вјерског службеника као доказно средство је посебно занимљиво питање ако се има у виду да је практично могућа ситуација да се грађанин повјерава неком лицу не знајући да је то лице свештеник односно вјерски службеник, па се као питање намеће да ли ће у тој ситуацији вјерски службеник бити привилеговани свједок. Такође, нијенемогуће ни да неко лице злоупотреби вјерске одоре/мантије, како би навело неко лице да му се повјери и поставља се питање да ли сазнање до кога се дошло доводећи у заблуду друго лице може

бити предмет кривичног поступка. Кривично материјално право нуди одговоре на ова питања, ослањајући се на институте заблуде која искључује кривичну одговорност, па тако и ови искази који су посљедица заблуде, јер лице потпуно вјерује да је његово знање о некој чињеници правилно,¹ не могу бити предмет кривичног поступка и кориштени као докази у кривичном поступку.

2.1. Закон о кривичном поступку о свједоцима

Цркве и вјерске заједнице су самостална правна лица и на њих се примјењују посебна правила.² Ипак, треба испитати садржину и смисао правила кривичног поступка који се примјењује на службенике цркава, тј. на вјерске службенике.

У улози свједока се може појавити свако лице које је у могућности да пренесе своја сазнања или опажања о кривичном дјелу на основу сопственог опажања. Закон не познаје категорију апсолутно неспособних свједока и за оцјену способности свједочења мјеродавно је стање свједока у моменту његовог испитивања.³ Свједок у кривичном поступку може бити и лице које је слијепо, јер свједочи на основу властитих опажања другим чулима: чулом слуха, додира итд. . Такође, и душевно болесно лице може да свједочи у кривичном поступку, нпр. о сексуалном злостављању.⁴ Доказно средство у кривичном поступку је исказ свједока, а исказ свједока је психички процес који је резултат опажања, памћења, осјећања и сл.⁵ Вјерски службеници су препознати у теорији процесног права као релативно неспособни свједоци, јер законодавац не искључује могућност истих да свједоче ако су ослобођени дужности чувања професионалне тајне. Неспорним се чини да вјерски службеници нису у обавези да свједоче у кривичном поступку, али да ли су у обавези да се одазову на позив

¹ И. Вуковић, „Стварна заблуда у ширем смислу и српско кривично законодавство – теоријски оквир”, *Наука, безбедност, полиција* 2/2013, 19.

² В. Чоловић, „Одређење државне припадности цркава и вјерских заједница”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије – Зборник радова са научног скупа поводом петнаест година од доношења Закона о црквама и верским заједницама* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 217.

³ Т. Васиљевић, М. Грубач, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2010, 218.

⁴ С. Атанасов, *Свједок у кривичном поступку*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2020, 45.

⁵ Н. Делић, *Психологија исказа појединих учесника у кривичном поступку, скрипта*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, 26.

суда и тужилаштва? У случају неодрживања на позив за свједочење надлежних органа, могу ли се према вјерским службеницима примјенити мјере процесне принуде?

Ако пођемо од тезе да је свако дужан да се одазове на позив за свједочење у кривичном поступку, али да има право да не одговара на постављена питања, ако је ријеч о привилегованом свједоку, онда бисмо рекли да се мјере процесне принуде ради одазивања на позив надлежног органа за свједочење могу примјенити и на вјерске службенике. Заправо, вјерски службеници су дужни да се одазову на позив надлежних органа у кривичном поступку за свједочење и да изнесу разлоге због којих не свједоче у конкретном предмету.⁶

Законом о кривичном поступку Републике Српске није дефинисан појам свједока, али законодавац у члану 146, став 1 прописује да се као свједок у кривичном поступку може позвати лице за које постоји вјероватноћа да својим исказом може дати обавјештења о кривичном дјелу, учиниоцу и другим важним околностима. Да би неко лице имало статус свједока у кривичном поступку, потребан стандард сумње је вјероватноћа да то лице може дати обавјештења о кривичном дјелу, учиниоцу и другим важним околностима. Под другим важним околностима мисли се на средство извршења кривичног дјела, жртву кривичног дјела и др. Сматрамо да се вјероватноћа, као потребан стандард сумње да неко лице може бити позвано као свједок у кривичном поступку, темељи на чињеници да је ријеч о лицима затеченим на мјесту извршења кривичног дјела.

Наиме, законодавац даје легитимитет овлашћеним службеним лицима да задрже лица затечена на мјесту извршења кривичног дјела до шест сати, ради прикупљања потребних сазнања о кривичном дјелу. Лица затечена на мјесту извршења кривичног дјела не морају одговарати на питања која постављају овлашћена службена лица, осим давања личних података, по члану 227, став 2 ЗКП РС. Према поменутој законској одредби давање обавјештења о кривичном дјелу затеченог лица на мјесту извршења кривичног дјела није законска обавеза него право лица. Међутим, ако се лице позива у својству свједока, у члану 146, став 4 ЗКП РС, упозорава се и на посљедице неодрживања на свједочење, што би говорило о дужности свједочења у кривичном поступку.

У фокусу рада је вјерски службеник као свједок у кривичном поступку, заправо питање о томе да ли закон о кривичном поступку

⁶ Код спровођења посебних истражних радњи, види М. Буха, „(Не)законитост посебних истражних радњи”, *Српска правна мисао* 51/2018, 48.

идентификује вјерска лица односно свештенике, као привилегована лица која могу одбити свједочење у кривичном поступку. Према члану 147, ставу 1, тачке в) ЗКП РС, прописано је да се не може саслушати као свједок лице које би својим исказом повриједило дужност чувања професионалне тајне, вјерски службеник, исповједник, новинар у сврху заштите извора информације, адвокат, биљежник, лекар, бабица. Свештеник односно вјерски службеник је лице које не може бити свједок у кривичном поступку, за њега свједочење није право ни обавеза, док су брачни и ванбрачни супружници, дјеца и сродници лица која могу да свједоче у кривичном поступку, ако желе.

Вјерски службеник односно исповједник је привилеговано лице које се не може саслушати као свједок у кривичном поступку. Привилегија за вјерске службенике да одбију свједочење настала је у канонском праву и печат исповједника је неповредив, јер није допуштено откривање садржаја исповијести. Енглеска је признавала ову привилегију, али је привилегија нестала с влашћу Римљана католичком црквом. У многим државама комуникација између свештеника и вјерника је повјерљива а посебно у хришћанству вјерници исповиједају своје гријехе свештеницима те црквено право безусловно забрањује откривање исповијести, што је супротно грађанском, секуларном праву.

Да ли је привилегија за вјерска лица да одбију свједочење о сазнањима која су им повјерена у исповијести и право шутње о извршеном кривичном дјелу? Према Кривичном законнику Републике Српске, непријављивање припремања кривичног дјела, непријављивање кривичног дјела или учиниоца инкриминисано је као кривично дјело у глави о кривичним дјелима против правосуђа, члан 331 и 332 КЗ РС. Занимљиво је примјетити да законодавац у ставу 3 члана 332 КЗ РС не привилегује само брачне односно ванбрачне супружнике, или сроднике од обавезе пријављивања извршења кривичног дјела већ прописује да нема кривичног дјела ако дјело није пријавио вјерски исповједник учиниоца.

У Републици Србији према члану 93, став 1 тачка б) од дужности свједочења искључено је лице које би својим исказом повриједило дужност чувања професионалне тајне, вјерски исповједник. Такође, и у Републици Хрватској, према члану 284, став 1, тачка 4) ЗКП РХ, не може се као свједок испитати вјерски исповједник о садржају исповијести. Право на шутњу о извршеном кривичном дјелу резервисано је за вјерске исповједнике и у Републици Србији, члан 332, став 4 КЗ РС, а исто је и у Републици Хрватској, члан 302, став 5 КЗ РХ. Међутим,

занимљиво је примјетити да у Казненом закону Републике Хрватске обавеза пријављивања кривичног дјела постоји и за брачне и за ванбрачне супружнике, као и за сроднике, ако је дјело почињено према дјетету, став 4 члана 302 КЗ РХ. Као логично нам се чини питање колико је смислено да привилегија непријављивања кривичног дјела не стоји за сроднике и брачне супружнике ако је дјело извршено према дијетету, док вјерска лица имају привилегију не пријавити кривично дјело и онда када је извршено према дјетету. Да ли оправдање за овакво законско привилеговање вјерских исповједника лежи у томе што их закон о кривичном поступку препознаје као лица која не могу бити свједоци у кривичном поступку?

2.2. Вјерски службеник не може да свједочи у кривичном поступку

Вјерски службеник је дужан да чува повјерену му тајну, не може да сједочи у кривичном поступку и због обавезе чувања професионалне тајне није у могућности да реално и потпуно исказује о ономе о чему има сазнања. Дужност је свједока да истинито пренесе сазнања која има о кривичном дјелу и његовом учиниоцу⁷ ради чега и полаже заклетву. У теорији процесног права износе се запажања да је примјеренији назив свечана изјава него заклетва, која асоцира на клетву којом се призивају натприродне силе да се освете ономе ко се заклиње ако није говорио истину.⁸

Свијест грађана да вјерски службеник неће бити приморан да открије признање повјерено му на суду или полицији, олакшава одлуку да повјеримо личне ствари вјерским службеницима.⁹ Вјерски службеници, пружајући духовну помоћ грађанима, који се знају одлучити на откривање породичних, психијатријских проблема, пословних невоља, или чак могу признати кривицу за извршено кривично дјело. Наиме, ако свештеник није у стању да гарантује повјерљивост, онда је онинструмент преко ког се повјерени подаци излажу другима. Етичка ограничења за вјерске службенике против откривања повјерених података у тајности нису синоним за правна ограничења; осим ако секуларни суд има своје правило свештеничке привилегије,

⁷ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, Београд 2009, 211.

⁸ В. Бајер, *Југославенско кривично процесно право, књига друга*, Школска књига, Загреб 1980, 168.

⁹ У вези са ситуацијом спровођења посебних истражних радњи, упор. М. Буха, „Посебне истражне радње између ефикасности кривичног поступка и права на приватност”, *Правни живот* 9/2017, 776.

вјерски службеник се не може приморати на свједочење у кривичном поступку. Заправо, ако би исповједник могао да искористи информације које су му повјерене у исповијести, онда би бенефити сакраманта били ништави.¹⁰ Свештеник неће бити изложен захтјевима суда за објелодањивање комуникације ако му је повјерена као духовнику у циљу тражења духовне помоћи. Није оправдано да вјерски службеник одбије свједочење ако је ријеч о истрагама које се проводе ради злоупотребе вјерске службе. Позивање вјерског службеника на привилегију несвједочења у кривичном поступку је неутемељено када се води истрага против вјерског службеника.¹¹ Необавезан разговор са вјерским службеником није предмет привилегије одбијања свједочења у кривичном поступку, јер недостају потребни елементи повјерљивости и повјеравања информација са знањем да је ријеч о духовнику од кога се тражи помоћ. Предмет свештеничке привилегије је исповијест, признање дато свештенику док је тражен духовни савјет или помоћ. Свештеничка привилегија да не свједочи у кривичном поступку није уставноправно питање, као што је предмет Петог амандмана у САД. У Енглеској свештеници не уживају привилегију да одбију свједочење у кривичном поступку, што је размљиво имајући у виду утицај протестантских покрета.¹²

Законско признавање привилегије за вјерске службенике да не свједоче у кривичном поступку о питањима која су им повјерена, указује неспорно на значај цркве у друштвеном уређењу једног правног система. Вјерски службеник је у обавези да не свједочи у кривичном поступку о повјереним му подацима. Стога нам се занимљивим чини запажање са којим се сусрећемо у теорији, а то је питање о томе да ли свештеничка привилегија значи да држава признаје неку религију или се привилегија односи само на религиозне људе. Да ли је ријеч о привилегији која погодује религиозним људима, а не о признавању религије? Ово компликовано питање указује на међусобни утицај власти и религије. Установе које највише користи имају од свештеничке привилегије су неспорно цркве. Колики је утицај цркве на државу, то је посебно питање, али свештеничку привилегију суд треба да призна када утврди природу комуникације.¹³ Ниједна религија не би требало

¹⁰ M. C. Smith, „The Pastor on the Witness Stand: Toward a Religious Privilege in the Courts”, *The Catholic Lawyer* 1/1984, 1–7.

¹¹ Guide to ny evidence article 5 privileges, 5.05 Clergy (CPLR 4505), https://www.nycourts.gov/JUDGES/evidence/5-PRIVILEGES/ARTICLE_5_RULES.pdf, 10. 7. 2023.

¹² L. K. Whittaker, „The priest-penitent privilege: its constitutionality and doctrine”, *Regent University Law Review* 13/2000, 145.

¹³ *Ibid.*, 155–156.

да намеће своје догме држави.¹⁴ Наиме, када је окривљени непажњом вјерском службенику, тј. свештенику, саопштио намјеру да убије, није предмет свештеничке привилегије да не свједочи у кривичном поступку.

Законом је прописано да вјерски службеник не може да свједочи о чињеницама које су му повјерене. У кривичном поступку забрана извођења материјалних доказа значи да се не износи садржина тајних података и не испитују свједоци који имају обавезу чувања тајне. Вјерски службеник би својим исказом повредио дужност чувања података повјерених њему лично, осим ако је ослобођен те дужности посебним прописом или изјавом лица у чију је корист установљено чување тајне. Наиме, ако се вјерски службеник не ослободи дужности чувања тајне, суд неће моћи да утврђује чињенице о којима вјерско лице има сазнања. Чињенице које су тајна повјерена вјерском службенику могу се испитати по приједлогу оптуженог или његовог браниоца, ако такву одлуку донесе суд,¹⁵ и ако је вјерски службеник ослобођен дужности чувања повјерене тајне. Законодавац у односу на вјерског исповедника прописује да овакво лице може бити ослобођено дужности чувања тајне, како посебним прописом тако и изјавом лица у чију корист је чување тајне установљено, што указује да и тајна повјерена вјерском службенику није недодирљива светиња. Вјерски службеник не може да свједочи ако би својим исказом повриједио дужност чувања професионалне тајне, што не искључује могућност да свједочи о чињеницама које му нису повјерене као тајна. Правило је у кривичном поступку да се пресуда не може засновати на исказу само једног свједока, већ треба да постоје и други докази који потврђују спорни догађај у кривичном поступку. Наиме, мишљења смо да не би постојала повреда чувања професионалне тајне вјерског службеника ако је сазнао за неке чињенице приликом разговора са грађанком да је, на пример, злостављана.

Забрана позивања свештеника да свједочи о чињеницама и околностима које је сазнао приликом исповијести једно је од правила црквеног права. Вјерски службеници не могу бити позвани на одговорност за своје поступање при обављању богослужбене дјелатности која се врши у складу са законима и аутономним правом.¹⁶ Свеште-

¹⁴ J. O. Ezeanokwasa, „The priest-penitent privilege revisited: a reply to the statutes of abrogation”, *Intercultural Human Rights Law Review* 9/2014, 47.

¹⁵ Б. Петрић, „Идентитет оптужбе и пресуде у кривичном поступку”, *Правни живот* 6–7/1980, 13.

¹⁶ В. Ђурић, „Правни положај цркава и верских заједница у Републици Србији у светлу одлуке Уставног суда”, *Црквене студије* 11/2014, 449–445.

ник је привилегован да одбије свједочење у погледу чињеница које му је покајник у повјерењу признао, али није ријеч о апсолутној привилегији. У Великој Британији свештеник нема привилегију да одбије свједочење. Црквено право забрањује свештенику да открива шта му је покајник повјерио, с тим да се свештеник може наћи на раскршћу између његове свештеничке оданости и дужности да пријави држави да покајник планира или да је извршио кривично дјело. У теорији се срећемо и са запажањима да ћутање о кривичном дјелу које је почињено његов покајник свештеника чини саучесником.¹⁷

2.3. Пријављивање кривичног дјела (ни)је обавеза за свештеника

Законодавац прописује да вјерски исповједник не чини кривично дјело ако не пријави учиниоца. Шта, заправо, значи законска одредба да вјерски службеник није у обавези пријавити учиниоца кривичног дјела? Да ли је ријеч о учиниоцу кривичног дјела који се повјерио вјерском службенику или о учиниоцу дјела кога је вјерски службеник затекао у извршењу кривичног дјела?

Чини се смисленим да законодавац омогући вјерском службенику да не свједочи о догађајима који су му повјерени као вјерском исповједнику. Међутим, поставља се питање смислености привилегије непријављивања кривичног дјела за вјерске службенике, ако је законодавац препознао строжу одговорност истих ако изврше кривично дјело користећи свој друштвени положај вјерских службеника. Тако је у неким правним системима, на пример у држави Квинсленд, усвојен 2020. године закон који обавезује припаднике свештенства да пријаве полицији познате или сумњиве случајеве злостављања, што значи да им више није дозвољено да користе светост исповједанице као изговор када је ријеч о сексуалном злостављању дјете.¹⁸ Привилегију непријављивања кривичног дјела вјерски службеници би могли да користе у прикривању кривичног дјела и његовог починиоца. Вјерски службеници нису обавезни да пријаве кривично дјело које им је покајник повјерио у исповијести, али не бисмо рекли да ова привилегија треба да се преноси и на кривична дјела за која вјерски службеници сазнају мимо исповијести.

¹⁷ J. A. Kanyip, „Confession of Sin and Commission of Crime: Conflict Between Canon Law and Civil Law and the Dilemma of Catholic Priests”, *JORAS* 7/2017, 48–67.

¹⁸ A. Gray, *Is the seal of the confessional protected by constitutional or common law?* https://www.monash.edu/__data/assets/pdf_file/0006/1593627/Gray.pdf, 17. 8. 2023.

2.4. Границе привилегија вјерских службеника

У новије вријеме нису ријетки новинарски чланци о свештеницима оптуженим или осуђеним за сексуално злостављање дјеце. Ријеч је о кривичним дјелима која не погађају само најрањивије категорије грађана, дјецу, већ и њихове родитеље, браћу и сестре, па није случајно што се у јавности сусрећемо са натписима о оправданости свештеничке привилегије о несвједочењу у кривичном поступку. Вјерски службеници би требало обавезно да пријаве злостављање дјеце. Колико је смислено и оправдано свештеницима одузимати привилегију да не свједоче или не пријављују догађаје који су им повјерени у исповијести ако се зна да је привилегија коју уживају ограничена само на догађаје повјерене као тајна ради тражења спасења и духовне подршке вјерског службеника? Међутим, гдје су и да ли да треба да постоје границе свештеничке привилегије несвједочења у кривичном поступку када је ријеч о сексуалном злостављању дјеце, питање је вриједно разматрања. Укидање привилегије свештеника да не свједоче у кривичном поступку имало би за циљ да се осигура да се одазову на позив полиције или суда ради свједочења о спорним догађајима, посебно када је ријеч о сексуалном злостављању дјеце.¹⁹ Свештеничка привилегија да не свједоче у кривичном поступку је основ повјерења грађана у вјерске службенике и ради тога се и одлучују на исповиједање. Вјерници исповиједањем гријеха свештеницима заузврат траже разумијевање и опрост. А онда нам се чини занимљивим како вјерски службеници у тражењу разумијевања за неке догађаје својих покајника могу да прибјегавају позивању на Библију у том смислу, на пример, што је убијање животиња у циљу исхране оправдано иако је убијање друштвено неприхватљиво. Међутим, треба имати у виду да црква нема моћ да опрашта све гријехове.²⁰ Црквено право не оправдава да вјерски службеник открива гријехе покајника, јер не само да ће свештеник бити разријешен свештеничке службе већ примјери из историје свједоче да ће бити послат у тамницу манастира.

3. Закључне напомене

Анализа овлашћења и дужности вјерског службеника у кривичном поступку упућује на то да се ради о привилегованом свједоку, којег суд не би могао саслушати као свједока поводом чињеница које је сазнао вршећи своју професију. Ради се о отклоњивој забрани, под

¹⁹ J. O. Ezeanokwasa, 45.

²⁰ *Ibid.*, 47–48.

условом да га од дужности чувања професионалне тајне ослободи посебан пропис или лице на које се односе подаци који се чувају као тајна. Имајући у виду начело истине у кривичном поступку, те и то да се кривични поступак води у јавном интересу, уз официјелна овлашћења суда, претпоставка да оваквим регулисањем положаја вјерског исповједника као свједока у кривичном поступку може бити угрожено начело истине, указује се као потврђена. Ово посебно важи у ситуацији када је лице на које се односи дужност чувања професионалне тајне вјерског службеника уједно и окривљени у кривичном поступку.

Упоредноправна анализа кривичног законодавства, конкретно у праву Србије, показала је могућност регулисања испитивања лица које је искључено од дужности свједочења, на приједлог окривљеног, односно његовог браниоца. Такво законодавно рјешење у раду је аргументовано критиковано, указујући да се њиме разводњава дужност вјерског службеника да чува професионалну тајну, те се отвара простор за неоправдано улажење у приватност лица на које се односи чување те тајне.

Milijana Buha

Associate professor at the Faculty of Law, University of Banja Luka

A RELIGIOUS OFFICIAL AS A WITNESS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

Testifying in criminal proceedings is a duty, because the court can resort to repressive measures if the witness does not respond to the summons to testify, if he avoids coming. The right to refuse to testify in criminal proceedings is a privilege of persons who are related or in a personal relationship with the suspect. Religious officials can (not) be "privileged witnesses" and withhold testimony about what was entrusted to them during a secret confession. Confession and the principle of in dubio pro reo in criminal proceedings is one of the issues discussed in the paper.

Key words: (non) privileged witnesses, the principle of *in dubio pro reo*, the duty to testify in criminal proceedings, religious officials.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Атанасов С., *Сведок у кривичном поступку*, Правни факултет Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици 2020.
- Бајер В., *Југославенско кривично процесно право, књига друга*, Правни факултет Универзитета у Загребу, Загреб 1980.
- Буха М., „(Не)законитост посебних истражних радњи”, *Српска правна мисао* 51/2018, 41–56.
- Буха М., „Посебне истражне радње између ефикасности кривичног поступка и права на приватност”, *Правни живот* 9/2017, 761–782.
- Васиљевић Т., Грубач М., *Коментар Закона о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2010.
- Вуковић И., „Стварна заблуда у ширем смислу и српско кривично законодавство – теоријски оквир”, *Наука, безбедност, полиција* 2/2013, 17–26.
- Whittaker L. K., „The priest-penitent privilege: its constitutionality and doctrine”, *Regent University Law Review* 13/2000, 145–168.
- Делић Н., *Психологија исказа појединих учесника у кривичном поступку, скрипта*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008.
- Ђурић В., „Правни положај цркава и верских заједница у Републици Србији у светлу одлуке Уставног суда”, *Црквене студије* 11/2014, 437–453.
- Ezeanokwasa J. O., „The priest-penitent privilege revisited: a reply to the statutes of abrogation”, *Intercultural Human Rights Law Review* 9/2014, 41–102.
- Kanyip J. A., „Confession of Sin and Commission of Crime: Conflict Between Canon Law and Civil Law and the Dilemma of Catholic Priests”, *JORAS* 7/2017.
- Петрић Б., „Идентитет оптужбе и пресуде у кривичном поступку”, *Правни живот* 6–7/1980, 7–25.
- Smith M. C., „The Pastor on the Witness Stand: Toward a Religious Privilege in the Courts”, *The Catholic Lawyer* 1/1984, 1–22.
- Чоловић В., „Одређење државне припадности цркава и вјерских заједница”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије – Зборник*

радова са научног скупа поводом петнаест година од доношења Закона о црквама и верским заједницама (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 213–227.

Шкулић М., *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, Београд 2009.

Остали извори

Кривични законик, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 64/17, 104/18, 15/21, 89/21.

Кривични закон, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 36/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/17, 31/23.

Gray A., *Is the seal of the confessional protected by constitutional or common law?* https://www.monash.edu/__data/assets/pdf_file/0006/1593627/Gray.pdf, 17. 8. 2023

Guide to NY Evidence Article 5 Privileges, 5.05 Clergy (CPLR 4505), https://www.nycourts.gov/JUDGES/evidence/5-PRIVILEGES/ARTICLE_5_RULES.pdf, 10. 7. 2023.

ИСКЉУЧЕЊЕ ОД ДУЖНОСТИ СВЕДОЧЕЊА ВЕРСКИХ ИСПОВЕДНИКА

Сажетак

*Чување свете тајне исповести (покајања) одувек је представљало изазов за верске и друштвене заједнице, али и за правни систем сваке државе и њихову кривичнопроцесну регулативу. Као највеће духовно прочишћење верника, она је од стране верских исповедника најзаштићенија и најстроже чувана тајна. Да ли је законодавац довољно прецизно регулисао одредбе кривичноправне материје које се односе на искључење дужности сведочења верских исповедника? Аутор у раду анализира управо ову процесну норму у кривичном законодавству Србије са освртом на упоредна решења процесних законодавства земаља бивше Југославије. На основу овога доноси закључке о позитивним кривичнопроцесним одредбама искључења верских исповедника од дужности сведочења, као лица која својим исказом не би повредила дужност чувања професионалне односно свете тајне исповести. Аутор у раду анализира и кривичноматеријалну заштиту верских исповедника ослобођењем од кажњавања за одређено кривично дело, али указује и на побољшање њихове заштите од кривичне одговорности у смислу других дела у *de lege ferenda* смислу. Исто тако, аутор се осврће и на свету тајну исповести (покајања) и заштиту од дужности сведочења коју Српска православна црква пружа верским исповедницима позитивном применом Закона о црквама и верским заједницама.*

Кључне речи: сведочење, верски исповедник, света тајна исповести, Законик о кривичном поступку, упоредно право, Кривични законик, Закон о црквама и верским заједницама.

1. Уводне напомене

Света тајна је у терминолошком смислу синтагма која сама по себи има изузетно значење моћи, али уколико сваку реч ове синтагме гледамо понаособ, под *светим* се подразумева нешто што је

* Доктор наука, научни сарадник, криминалистички инспектор, Министарство унутрашњих послова Републике Србије, *chupka84@gmail.com*

Божије, узвишено, чисто, неприкосновено и заштићено а тајна означава нешто што је недоступно, необјављено, недостижно, али истовремено и изазовно јер се крије од јавности и доступна је само ономе ко о њој нешто зна.

Постоји седам светих тајних а предмет овог рада је света тајна исповести (покајања) као најзаштићенија и најстроже чувана. Као такву, кривично право је посебно штити и у даљем раду ће бити анализирани превентивно процесне, а потом и материјалне одредбе, које се односе на заштиту и неоткривање свете тајне исповести од стране верских исповедника, па чак и онда када се ради о лицима која су је исповедала као извршиоци или саучесници у кривичним делима.

Имајући у виду да је свету тајну исповести сазнао верски исповедник приликом обављања своје црквене и верске дужности, а његови професионални и верски разлози му не дозвољавају да о тој тајни говори, законодавац је прописао и посебну одредбу у процесном законском тексту којом исповедника штити и искључују од дужности сведочења у кривичном поступку.

У наредном тексту рада биће анализирана одредба верских исповедника као процесне категорије искучења од дужности сведочења у законодавству Републике Србије и упоредноправном приказу у законодавству неких држава бивше Југославије. Такође, биће анализирана и материјалноправна заштита верских исповедника ослобођењем кажњавања за одређено кривично дело за које је сазнао приликом исповести, указавши на решења која би законодавац требао да преиспита у циљу ефикасније заштите верских исповедника од кривичне одговорности и ослобођења кажњавања поред већ таксативно одређеног каталога лица. Након процесног и материјалног одређења статуса верских исповедника као лица искључења дужности сведочења и ослобођења од казне за поједина кривична дела, биће учињен и осврт на права верских исповедника у црквеном праву¹ и Закону о црквама и верским заједницама, након чега ће бити донети закључци о овој категорији сведока и указати на неке од допуна кривичноправне материје ради побољшања њиховог статуса.

¹ В. Ђурић, „Уговорно државно–црквено право”, у: *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Ђурић, *et al.*), Институт за упоредно право, Православна Митрополија Црногорско-приморска, Београд–Будва 2019, 357–392.

2. Опште карактеристике сведока

Законик о кривичном поступку Републике Србије² прописује (редовне) доказне радње³ и посебне доказне радње⁴ које се примењују у случају када се докази не могу прикупити редовним методама⁵. Поред таксативно наведених доказних радњи законодавац прописује и испитивање сведока као изузетно важну доказну радњу⁶ у кривичном поступку. Сведок је лице за које је вероватно да ће дати обавештење о кривичном делу, о учиниоцу или о другим чињеницама које се утврђују у поступку. Како би обавештење могло да има значај за поступак, потребно је да постоји вероватноћа да сведок њиме располаже.

Законодавац је одредио да свако лице које може да пренесе своја сазнања или опажања у вези са предметом сведочења има способност сведочења. С тим у вези сведок је лице које је до обавештења дошло на основу властитих чула у том смислу што је нешто видело, чуло, осетило мирис или укус или додирнуло.⁷ Сведок може да буде и лице које је до обавештења о чињеницама које се у поступку утврђују дошло и посредно, преко другог лица, с тим што је у том случају неопходно оценити не само личност сведока и квалитет обавештења већ и начин на који је сведок пренео посредно стечена обавештења о чињеницама о којима се изјашњавао.⁸

² Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС.

³ А. Бошковић, „Појам кривичног поступка према новом ЗКП Републике Србије”, *Култура полиса* 2/2012, 257–271.

⁴ Г. Николић, М. Томовић, „Тајни надзор комуникације – законска регулатива и нека спорна питања”, у: *Европске интеграције: правда, слобода и безбедност* (ур. Ђорђе Ђорђевић), Криминалистичко-полицијска академија и Фондација „Ханс Зајдел”, Београд 2016, 121–143.

⁵ Г. Николић, М. Томовић, Т. Трајковић, „Законски аспекти тајног надзора комуникације од стране служби безбедности Републике Србије”, у: *Полиција и правосудни органи као гаранти слободе и безбедности у правној држави* (ур. Биљана Симеуновић Пагић), Криминалистичко-полицијска академија, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу и Фондација „Ханс Зајдел”, Београд 2017, 141–157.

⁶ М. Шкулић, *Основне новине у кривичном процесном праву Србије: нови Законик о кривичном поступку из 2011. године*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 38–42.

⁷ М. П. Чубински, *Научни и практични коментар Законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије*, Издавачка књижевница Геце Кона, Београд 1933, 316–317.

⁸ Т. Васиљевић, М. Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2011, 228.

У смислу дужности сведочења, законодавац је прописао да је свако лице које се позива као сведок, дужно да се одазове позиву и да сведочи, осим у случајевима који су прописани Закоником, а који се односе на искључење и ослобођење од дужности сведочења. Дужност сведочења обухвата одазивање позиву и давање исказа, при чему се под исказом подразумева и изјава сведока да о ономе о чему се пита ништа не зна.

Искључење из дужности сведочења је поред ослобођења од дужности сведочења процесна одредба коју је законодавац прописао као законску могућност и таксативно одредио категорије лица која су од ове дужности искључена⁹ и то:

- 1) лице које би својим исказом повредило чување тајног податка, док надлежни орган односно лице органа власти не опозове тајност податка или га не ослободи те дужности;
- 2) лице које својим исказом повредило дужност чувања професионалне тајне (верски исповедник, адвокат, лека, бабица и др.), осим ако је ослобођено те дужности посебним прописом или изјавом лица у чију корист је установљено чување тајне; и
- 3) лице које је бранилац о ономе што му је окривљени као свом браниоцу поверио.

Каталог лица чији је основ за искључење од дужности сведочења могућност да својим исказом повреде дужност чувања професионалне тајне је велики, те се у ову категорију поред верских исповедника, адвоката, лекара и бабица убрајају и вршиоци функција и других професија, као што су јавни бележник, порески саветник, банкарски службеник, социјални радник, апотекар итд.

Важно је нагласити да ове процесне категорије субјеката могу сведочити о неким другим сазнањима и чињеницима које су предмет доказивања, али не о оним које су сазнали у вршењу професионалне дужности. С тим у вези, законска могућност којом су ови сведоци ослобођени искључени од дужности сведочења односи се на сазнања до којих су дошли обављањем своје професије (у овом случају исповедања верника). Дакле, реч је о професионалној тајни (светој тајни исповести) до које су дошли вршењем своје професије.

⁹ Чл. 93 ЗКП.

3. Верски исповедници као процесна категорија искључена од дужности сведочења у кривичном законодавству Србије

Законик о кривичном поступку Србије¹⁰ је прописао да су од дужности сведочења искључени и верски исповедници сврстани у категорију лица која би својим исказом повредила дужност чувања професионалне тајне. Верски исповедник може бити било које вероисповести која признаје институт вероисповести.¹¹ Његова је дужност да се придржава начела своје вероисповести која по правилу установљава тајну исповедања као неповредиву.

Кривичнопроцесна одредба о искључењу од дужности сведочења верских исповедника и осталих лица, од доношења Законика о кривичном поступку 2001. године до данас, није се мењала у свом концептуалном и садржинском смислу, осим што је у претходним одредбама била прописана у члану 97. ЗКП-а, док је у позитивном Законику прописана у члану 93. Новина је наступила изменама ЗКП-а 2009. године, када је уместо термина *саслушати*, уведен термин *испитати*, који се односи на то да се не могу саслушати односно испитати као сведоци претходно наведена лица. Према одредбама Устава¹² (чл. 33, ст. 5), сведок се испитује, а окривљени саслушава. С тим у вези, ова разлика није само термилошке природе већ се заснива и на другачијој концепцији узимања исказа¹³.

Т. Васиљевић и М. Грубач су у свом Коментару¹⁴ Законика о кривичном поступку лица која су искључена од дужности сведочења одредили као апсолутна или релативно неспособна за вршење дужности сведочења. С тим у вези апсолутна неспособност сведока би постојала онда када би Законик поједине категорије грађана апстрактно и унапред прогласио неспособним да врше дужност сведочења у било ком поступку због њихових физичких, психичких или моралних недостатака (деца, стара лица, неурачунљиви, лица раније осуђена за лажно сведочење, итд.). У Законику ниједна категорија грађана није проглашена апсолутно неспособном за вршење дужности сведочења.

Када је реч о релативној неспособности сведока, сведоци који су иначе апстрактно способни да сведоче у сваком другом кривичном

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Т. Васиљевић, М. Грубач, 233.

¹² Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

¹³ М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Правни факултет Универзитета у Београду, *Службени гласник*, Београд 2011, 388.

¹⁴ Т. Васиљевић, М. Грубач, 231.

предмету, по закону не могу бити сведоци у конкретном кривичном предмету због тога што је потребно да се заштити општи интерес или интерес професије, па су отуда релативно неспособни сведоци. У конкретном случају ради се о лицима која би повредила дужност чувања професионалне тајне (свете тајне исповести).

Ова лица су дужна да се одазову на позив органа поступка и могу се испитати о свим другим околностима, осим оних у вези са тајном коју су дужни да чувају. Овде је кривичнопроцесни акценат стављен на чување професионалне тајне, односно тајне коју је верски исповедник сазнао на исповеди. У смислу претходно наведеног, верски исповедник у овим околностима не може бити саслушан.

Процесни Законик релативизује важење одредаба о искључењу сведока, те предвиђа могућност да на предлог окривљеног могу бити испитана и лица која се по закону не могу саслушати као сведоци, чиме је законодавац заузео становиште да је искључење сведока о коме је реч установљено у корист окривљеног.¹⁵ Одлуку о томе увек доноси суд у било којој фази поступка, а не неки други орган пред којим се у том моменту одвија поступак. Суд може прихватити предлог окривљеног или његовог браниоца или га одбити, зависно од оцене тога чији интереси претежу.

Као изузетак од ослобођења дужности сведочења, поред претходно наведеног, законодавац наводи и могућност посебног прописа или изјаве лица у чију је корист установљено чување тајне. То значи да верски исповедници могу да сведоче у случају када их од чувања професионалне (свете) тајне ослободи онај ко им је тајну поверио, односно лице у чију корист је установљено чување тајне, или онда када посебни прописи предвиђају могућност да професионална организација, у овом случају црква, ослободи верског исповедника од дужности чувања професионалне тајне. При овој одлуци се организација и верски исповедник руководе разлозима које као оправдање узима и сам Кривични законик – начелима своје вероисповести и личним моралним разлозима.¹⁶ Из овог произилази да суд може, ако окривљени или бранилац претходно упути такав предлог, врло једноставно да девалвира дужност чувања тајног податка, односно професионалне тајне, што у пракси може да буде изузетно штетно и опасно¹⁷.

¹⁵ С. Бејатовић, М. Шкулић, Г. Илић, *Приручник за примену Законика о кривичном поступку*, ОЕБС Мисија у Србији, Београд 2013, 91.

¹⁶ Г. П. Илић, *et al.*, *Коментар Законика о кривичном поступку: према стању законодавства од 1. октобра 2018. године*, Службени гласник, Београд 2018, 348–351.

¹⁷ М. Шкулић (2013), 41.

Ово решење којим се даје могућност сведочења верских исповедника у случајевима датим у важећем Законику уведено је још 2001. године доношењем тада новог Законика о кривичном поступку¹⁸, чија је примена, уз измене и допуне, трајала до доношења позитивног Законика из 2011. године и до данас није претрпела никакве измене ни допуне у смислу ове процесне одредбе.

Поред изузетно наведених процесноправних могућности верских исповедника да сведоче о ономе што су сазнали на исповеди, професионалну тајну би лице могло открити и позивањем на крајњу нужду у случају да су испуњени услови за њено постојање. Исто тако, верски исповедници могу се ослободити кажњавања уколико се позову на Кривични законик и одредбе члана 141, става 2 који се односи на кривично дело неовлашћеног откривања тајне за коју су сазнали у вршењу свог позива, али је открију у општем интересу или интересу другог лица, који је претежнији од интереса чувања тајне. Овим нормама материјално законодавство додатно штити верске исповеднике и опште интересе који су важнији од чувања тајне.

Ако сведок који се обавезао на дужност чувања професионалне тајне даје свој исказ, без обзира на претходно наведена законска ограничења, излаже се дисциплинској и кривичној одговорности. Обавеза сведока да чувају тајну одређена је посебним прописима којима се регулише делатност професије, а санкција за повреду ове дужности одређена је и у кривичном материјалном смислу кривичним делима која се односе на одавање тајне.

Ипак, није допуштено да суд саслуша као сведоке лица искључена из дужности сведочења, ни када би она на то пристала, а сама не могу да сведоче ни када би суд то од њих затражио.¹⁹ У случају и да буде саслушано неко лице које се по закону не може саслушати као сведок, као што су то верски исповедници, на том исказу се не може заснивати судска одлука.

3.1. Ослобођење од дужности сведочења верских исповедника у Закону о кривичном поступку из 1976. године

Процесноправно одређење верских исповедника као категорије лица која су искључена од дужности сведочења²⁰ Закон о кривичном

¹⁸ Законик о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/01, 68/02, *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07, 72/09.

¹⁹ С. Бејатовић, М. Шкулић, Г. Илић, 91.

²⁰ С. Бркић, „Заштита сведока у законодавству Србије и перспективе развоја”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2005, 157–177.

поступку СФРЈ, донет 1976,²¹ чија је примена отпочела 1977. године, одредио је као сведоке који су ослобођени од дужности сведочења о ономе што им је окривљени исповедио (члан 227).

Уколико је као сведок саслушано лице које не мора да сведочи (верски исповедник), а није на то упозорено или се није изричито одрекло тог права, односно ако упозорење и одрицање није убележено у записник, законодавац је одмах, у наредном члану прописао да се на таквом исказу сведока не може заснивати судска одлука.

Одредбама овог, одавно напуштеног, процесног законодавства стиче се утисак да законодавац није оставио никакву могућност сведочења лица која су таксативно наведена као лица ослобођена дужности сведочења, између осталог и верских исповедника, не наводећи чак ни случај да окривљени на то пристаје.

Овим процесним решењем штитила се ефикасније света тајна исповести која је поверена верском исповеднику приликом исповеди, будући да законодавац не наводи ниједан услов под којим верски исповедници могу бити саслушани као сведоци о конкретној кривичној ствари, држећи се при том релативне неспособности сведока. Овом одредбом законодавац јасно указује да се ради о тајни коју је верски исповедник сазнао приликом исповести окривљеног, чиме се ослобођа дужности да о томе сведочи, без икакве могућности изузетка.

У поређењу са процесним решењем из 1976. године, данашња кривичнопроцесна заштита која се односи на искључење од дужности сведочења верских исповедника, уз ограничавајуће, експлицитно, наведене услове даје изузетну могућност сведочења верских исповедника давањем предности окривљеном у евентуалном одлучивању о сведочењу верских исповедника, што за конкретно решавање кривичне ствари некада може бити корисно, али и опасно, а о чему свакако коначну одлуку доноси суд.

3.2. Ослобођење од дужности сведочења верских исповедника

у упоредном процесном законодавству земаља региона

Процесно законодавство земаља региона на идентичан начин регулише положај верских исповедника као сведока који су искључени из дужности сведочења. Тако Законик о кривичном поступку

²¹ Закон о кривичном поступку, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/77, 36/77, 14/85, 26/86, 74/87, 57/89, 3/90 и *Службени лист СРЈ*, бр. 27/92, 24/94, 13/01.

Црне Горе²² исто као и решење Србије прописује под којим изузетним околностима се верски исповедници могу саслушати као сведоци (посебним прописом или изјавом лица у чију корист је установљено чување тајне), док се у сваком редовном поступку они не могу саслушати као сведоци.

На идентичан начин је процесним законима Босне и Херцеговине²³, Републике Српске²⁴ и Федерације БиХ²⁵ посебним чланом одређено да се верски исповедници не могу саслушати као сведоци, осим у случајевима које прописују процесни закони Србије и Црне Горе. На идентичан начин овај положај ослобођења од дужности сведочења верских исповедника одређује и Законик о кривичном поступку Северне Македоније²⁶.

Закон о казненом поступку Хрватске²⁷ верске исповеднике²⁸ наводи као процесну категорију која се не може испитати као сведок, конкретизујући да се као сведок, поред такстативно наведених професија, не може испитати „верски исповедник о садржају исповеди”. Законодавац оставља могућност саслушања ове процесне категорије лица као сведока других околности које нису сазнали приликом исповести, као што је случај и код осталих упоредноправних решења. Ипак, овај закон не даје могућност изузетка од искључења дужности сведочења верских исповедника као остале упоредно процесне норме, што указује на то да се они не могу испитати као сведоци и поред изјаве лица у чију корист је установљено чување тајне. Овим решењем се ефикасније штити света тајна исповести будући да верски исповедник

²² Законик о кривичном поступку, *Службени лист ЦГ*, бр. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – одлука УС, 2/2015 – одлука УС, 35/2015, 58/2015 – др. закон, 28/2018 – одлука УС и 116/20 – одлука УС.

²³ Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 3/2003, 32/2003 – испр. 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 – др. Закон, 93/2009, 72/2013 и 65/2018.

²⁴ Закон о кривичном поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 53/2012, 91/2017, 66/2018 и 15/2021.

²⁵ Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине ФБиХ*, бр. 35/2003, 56/2003 – испр. 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013, 59/2014 и 74/2020.

²⁶ Закон за кривичната постапка, *Службен весник на РМ*, бр. 150/2010.

²⁷ Закон о казненом поступку, *Народне новине*, бр. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12 – одлука УС РХ, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19 и 80/22.

²⁸ В. Чоловић, „Регулисање статуса Српске православне цркве у Републици Хрватској”, у: *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Ђурић *et. al.*), Институт за упоредно право, Православна Митрополија Црногорско-приморска, Београд–Будва 2019, 547–566.

ни под каквим условима не сме открити, односно не може сведочити о ономе што је сазнао на исповеди, чиме законодавац важност тајне исповести ставља изнад важности професионалне тајне.

4. Кривичноматеријална заштита одговорности верских исповедника у законодавству Србије – нека спорна питања

Поред кривичнопроцесне заштите верских исповедника као категорије лица икључених у кривичном поступку од дужности сведочења о ономе што су сазнали на исповести и кривичнопроцесне заштите дужности чувања професионалне, односно свете тајне, поставља се питање: да ли кривично материјално законодавство²⁹ довољно штити зону искључења из дужности сведочења верских исповедника? С једне стране, да. Законодавац прецизно одређује ослобођење кажњавања верских исповедника за непријављивање кривичног дела и његовог учиниоца³⁰. Међутим, постоје и кривична дела код којих законодавац не прописује ослобођење кажњавања верских исповедника и до чијег извршења може доћи обављањем њихове професионалне и верске дужности исповедника. То су: непријављивање припремања кривичног дела³¹ и помоћ учиниоцу после извршеног кривичног дела³². Оваква кривичноправна регулатива ствара одређену колизију недовољне материјалне и адекватне процесне заштите верских исповедника (поред одлука које је потребно да законодавац преиспита).

У случају да верски исповедник при вршењу своје верске и професионалне дужности током исповести дође до сазнања да је лице које се исповеда или неко друго лице извршило кривично дело, обавезује се на чување професионалне тајне и искључено је од дужности сведочења приликом вођења кривичног поступка. Уколико поступак и није покренут, а верски исповедник сазна за извршено кривично дело приликом исповедања, обавезује се на чување професионалне тајне до које је дошао обављајујући своју професионалну дужност.

У супротном, уколико би верски исповедници пријавили сазнање до којег су дошли приликом исповести, радило би се о кривичном делу неовлашћеног откривање тајне. С друге стране, у случају

²⁹ Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.

³⁰ Чл. 332. КЗ.

³¹ Чл. 331. КЗ.

³² Чл. 333. КЗ.

да не пријаве, нпр. припремање извршења кривичног дела³³ до чијег сазнања су дошли приликом исповести (покајања) верника, законодавац их у кривичноматеријалном смислу не штити од кривичне одговорности. С тим у вези би законодавац требало да преиспита ову одредбу и у *de lege ferenda* смислу нормативног ослобођења од кажњавања верских исповедника због овог дела.

Ову спорну чињеницу, којом законодавац не искључује из кривичне одговорности и кажњавања верске исповеднике за кривично дело непријављивања припремања кривичног дела, сигурно оправдава ставом да учинилац приликом исповедања неће најавити извршење дела, будући да се исповедањем заправо каје због нечег што је већ урадио, па тиме тражи опраштање греха. Ипак, приликом исповести верник може исповедати о неком другом лицу да припрема кривично дело или је он као саучесник помагао у припреми његовог извршења, те осећа кајање због тога. У овом случају би верски исповедник требало да буде ослобођен кажњавања, будући да је за ове околности сазнао приликом исповедања и дужан је да чува свету тајну. О чињеницама које је сазнао на исповеди свакако неће бити испитан као сведок, будући да је кривичнопроцесним нормама искључен од ове дужности.

Законодавац је посебним ставом овог дела ослободио кажњавања таксативно наведене сроднике учиниоца дела, али не и лица која су до ових сазнања дошла обављањем професионалне дужности. Ово је донекле и исправно решење будући да већи значај од евентуалног чувања професионалне тајне свакако има спречавање извршења кривичног дела, те би се овакав нормативни став требало делимично и убудуће заузети када је реч о одређеним професијама. Ипак од овог решења би требало одступити када је реч о верским исповедницима јер се у случају исповедања не ради само о дужности чувања професионалне тајне већ и о чувању свете тајне исповести (покајања), која је најстроже чувана тајна и представља процес духовног прочишћења верника.

У овом случају се ради о делу превентивног карактера, те се пријављивањем може спречити покушај његовог извршења или само извршење. Овде би верски исповедници били дужни да га пријаве уколико су за припремање кривичног дела сазнали на неки други начин, а не приликом исповедања. Када је реч о кривичном делу

³³ З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика: према стању Кривичног законика од 1. децембра 2019. године и према стању законодавства од 21. маја 2019. године*, Службени гласник, Београд 2019, 992–994.

непријављивања кривичног дела и учиниоца³⁴, од чијег кажњавања су верски исповедници ослобођени (у случају да су за његово извршење сазнали приликом исповедања), ради се о делу репресивног карактера, будући да је његово извршење већ наступило.

И на крају, када је реч о материјалноправном аспекту, Кривични законик верске исповеднике³⁵ није ослободио кажњавања ни у погледу кривичног дела помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела³⁶, већ је и у овом случају ослобођење кажњавања резервисано само за таксативно наведене категорије сродника учиниоца. И овде би законодавац требало да преиспита своју одлуку о ослобођењу кажњавања верских исповедника, будући да се учинилац дела, после његовог извршења, може пронаћи, нпр., на исповедању у цркви.

Разматрање процесно и материјално правне одговорности³⁷ верског исповедника било би у овом случају свакако сувишно, имајући у виду да је за чињење овог дела потребан умишљај. С тим у вези, уколико је лице које је учинилац дела затечено након његовог извршења на исповедању у цркви код верског исповедника, а да о томе на исповедању не говори, верски исповедник није одговоран за помоћ учиниоцу после извршеног кривичног дела, јер и не зна да је дело учињено од стране лица које се исповеда. Чак и да се на исповедању лице каје због извршеног дела, радило би се о делу непријављивања кривичног дела и учиниоца, од чијег кажњавања су верски исповедници ослобођени. Ипак, законодавац би, због потпуније материјалноправне заштите верских исповедника, требало посебним одредбама овог члана да их ослободи кажњавања.

5. Осврт на заштиту сведочења верских исповедника у Закону о црквама и верским заједницама о светој тајни исповести (покајања)

Поред кривичнопроцесног одређења верских исповедника као сведока искључених од дужности сведочења у кривичној ствари коју су сазнали приликом исповести, и који би својим исказом повредили дужност чувања професионалне тајне (свете тајне исповести), али

³⁴ В. Ђурђић, Д. Јовашевић, *Кривично право – посебни део*, Номос, Београд 2010, 2011–2013.

³⁵ Н. Делић, „Верска припадност (вероисповест) као обележје бића кривичних дела предвиђених у законодавству Србије”, у: *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Ђурић *et al.*), Институт за упоредно право, Православна Митрополија Црногорско-приморска, Београд–Будва 2019, 817–853.

³⁶ З. Стојановић, 996–999.

³⁷ Д. Јовашевић, *Кривично право, општи део*, Номос, Београд 2010, 107–108.

и кривичноматеријалне заштите, посебно, ослобођењем од казне за непријављивање кривичног дела или учиниоца за које је верски исповедник сазнао у вршењу своје дужности, Закон о црквама и верским заједницама³⁸ у члану 8. одређује права свештеника. У смислу овог члана, свештенике односно верске службенике бирају и постављају цркве и верске заједнице у складу са својим аутономним прописима и вршење њихове службе регулише се овим прописима. Закон изричито наводи да свештеник не може бити позван да сведочи о чињеницама и околностима које је сазнао приликом исповести.

Заштита верских исповедника од тога да сведоче је двојака, с једне стране их од ове дужности штити кривичнопроцесни законик, а с друге, на потпуно идентичан начин и Закон о црквама и верским заједницама. То је потпуно оправдано, будући да верски исповедници приликом исповедања све чињенице и околности које су сазнали представљају као професионалну тајну, јер су је сазнали током вршења професионалне дужности, али и као свету тајну исповести (покајања),³⁹ јер су је сазнали приликом исповедања, односно покајања верника.

Света тајна исповести (покајања)⁴⁰ често се у верским оквирима назива и другим крштењем, односно поновним васпостављањем оног стања живота са Богом које је људима дато у основним светим тајнама увођења у хришћански живот, јер се човек чисти од свих греха, које и после тога чини. Ово представља чин измирења са Богом у цркви кад нас грех одвоји од црквеног живота. Покајник треба прво да изрази жаљење због учињеног греха, да искрено и потпуно исповеди почињене грехе и да молитвом епископа прими опроштај од Спаситеља.

Исповест и покајање су првенствено облик духовног лечења, јер је у православној, хришћанској антропологији сам грех болест, страдање. Носилац власти који одрешује грехе покајника јесте црква. Ова тајна је штићена у целој историји развоја црквених правила⁴¹, те византијски богослови нису никада подлегли искушењу да грех сведу на учење о законском преступу који треба да се осуди, да буде кажњен или опроштен, већ су за исповедање греха сачували карактер ослобођења и лечења грешника, а не суђења.

³⁸ Закон о црквама и верским заједницама, *Службени гласник РС*, бр. 36/2006.

³⁹ Света тајна покајања – исповести, <https://www.pobedonosac.com/svete-tajne/sveta-tajna-pokajanja-ispovesti/>, 21. 7. 2023.

⁴⁰ Исповест, <https://www.pravoslavna-srbija.com/pojmovnik/ispovest>, 21. 7. 2023.

⁴¹ М. Н. Јањић, „Просветитељство и религија: Може ли човек да буде моралан без Бога?“, *Црквене студије* 20/2023, 211–225.

Чин исповедања свете тајне покајања врши се најчешће пре примања причешћа, пред Спаситељевом иконом. Верски исповедник⁴² другачије испитује духовно лице, а другачије лаике, монахе, младе, старе и сл. Свету тајну покајања је установио Спаситељ у цркви, после Васкрсења рекавши својим ученицима: „Којима опростите грехе – опраштају им се, којима задржите – задржани су.” Верски исповедник, у овој светој тајни, силом Светог духа, разрешава хрићанина од грехова које је исповедио и због којих се искрено каје.

Да ли је лице које се иповедило криво и грешно уколико је извршило кривично дело? Сигурно да јесте, без обзира на покајање које је осетило и због којег се исповедило верском исповеднику. Због тога, исповедањем улази у процес чишења грехова и поновног успостављања помирења са Богом у присуству верског исповедника. Уколико се није огласило кривим, његово чишћење греха биће непотпуно. У случају да је његова кривица доказана, биће санкционисан, што је правно и неопходно. Казна за учињено дело поред правног ефекта је и духовно боља за учиниоца, јер ће своју кривицу издржавати у складу са правно применљивим законима, и на тај начин се, битисањем на овом свету, задовољењем правде, прочистити од греха, што је поред исповедања веома важно.

6. Закључна разматрања

Света тајна исповести представља заправо покајање верника и његово мирење са Богом, процес очишћења греха и поновно крштење, и самим тим се сматра најузвишенијом, неприкосновеном, неповредином и најзаштићенијом светом тајном. Она се не може по значају и вредности поредити са професионалном тајном, будући да о њој одлучују људи, а не Бог. Због тога процесни кривични законик штити верске исповеднике тиме што их искључењем од дужности сведочења у кривичној ствари о ономе што су сазнали на исповести, али као лица која би својим исказом повредила дужност чувања професионалне тајне. Поред ове процесне заштите, законодавац даје могућност да се само у одређеним условима ова лица испитају као сведоци, и то посебним прописом или изјавом лица у чију корист је установљено чување тајне.

Закон о црквама и верским заједница такође додатно штити верске исповеднике од дужности сведочења тако што одређује да свештеник не може бити позван да сведочи о чињеницама и околностима које је сазнао приликом исповести.

⁴² Зашто су потребни свештеници?, <https://www.naukaikultura.com/zasto-su-potrebni-svestenici/>, 21. 7. 2023.

Важно је нагласити да се верски исповедници искључују од дужности сведочења само у оним околностима и чињеницима које су сазнали приликом исповести, док се у неким другим кривичним стварима могу испитати као сведоци.

Процесно кривично законодавство наше земље из 1976. године није давало никакву изузетну могућност да се испитају верски исповедници као сведоци о ономе што су сазнали на исповести, већ су изричито ослобођени дужности сведочења о ономе што је окривљени исповедио.

Упоредна процесна законодавства региона (земаља бивше Југославије) на идентичан начин искључују верске исповеднике од дужности сведочења и прописују услове изузетног сведочења на идентичан начин као и процесно законодавство Србије. Од овог решења одступа једино хрватско решење које верске исповеднике искључује од дужности сведочења о садржају исповести, не дајући притом могућност да се ни под каквим условима као сведоци испитају.

Позитивном кривичнопроцесном решењу наше земље и региона може се приговорити јер анализом одредаба и произилази да се верски исповедници неће испитати о тајни коју су сазнали на исповести уколико би сматрали да је претежнији интерес да се о тој тајни сазна, већ да суд може, ако такав предлог претходно упути окривљени или бранилац, врло једноставно да девалвира дужност чувања професионалне (свете) тајне, што у пракси може да буде изузетно штетно и опасно. На овај начин законодавац претежније штити интересе окривљеног, него сведока који су од ове дужности ослобођени и на чијој изјави се не може заснивати судска одлука.

Законодавац би, с тим у вези, ову процесну норму требало да преиспита у *de lege ferenda* смислу и да верске исповеднике евентуално искључи од било каквих могућности сведочења као што је то било прописано старим процесним законом и позитивним процесним законом Хрватске. Искључењем од ове дужности у кривичној ствари у потпуности би се заштитиле света тајна исповести (покајања) коју је верски исповедник сазнао и његова улога сведока. Требало би да се окривљени сам пријави процесним органима правде, те да своју казну схвати као земаљско правно и праведно прочишћења греха.

Спорно је и питање кривичноматеријалне заштите верских исповедника, будући да их законодавац ослобађа кажњавања само када се ради о кривичном делу непријављивања кривичног дела и његовог учиниоца, док их не ослобађа одговорности када се ради о кривичним делима непријављивања припремања кривичног дела и

помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела, те би и ову одлуку законодавац у будућности требало да преиспита. На овај начин, недовољном кривичноматеријалном заштитом верских исповедника створена је и колизија са кривичним делом неовлашћеног откривања тајне, којим се верски исповедници излажу кривичној одговорности уколико би неовлашћено открили тајну коју су сазнали вршењем свог позива (осим могућности из става 2), а претходно наведеним радњама није створена заштита од кривичне одговорности за њихово чињење.

И на крају, али ништа мање значајно, света тајна исповести (покајања) и ослобођење верских исповедника од дужности сведочења о тајни коју су сазнали на исповеди су у складу са црквеним правом адекватно заштићени, док би се уз модификацију првенствено концептуалних кривичнопроцесних норми, а потом и материјалних, остварила потпуна кривичноправна заштита верских исповедника.

Gordana Nikolić

Research associate, Criminal inspector, Ministry of Internal Affairs of the Republic of Serbia

EXCLUSION OF RELIGIOUS CONFESSORS FROM THE DUTY OF TESTIFYING

Summary

The holy secret of confession (repentance) is the most protected and most strictly guarded secret by religious confessors, and it is often called a second baptism in religious contexts because it represents an act of reconciliation with God in the church, when sin separates us from church life. The Law on Churches and Religious Communities expressly states that a priest cannot be called to testify about the facts and circumstances he learned during confession. However, in terms of the criminal procedural protection of religious confessors, the legislator excludes them, together with the taxatively listed professions, from the duty of testifying as persons whose testimony would violate the duty of professional secrecy, with the exception of the case in which they are exempted from this duty by a special signature or statement of the person in whose favor secrecy was established. Such solutions are also offered by the procedural legislation of the countries of the region. The Criminal Procedure Code of Croatia does not prescribe the exceptional circumstances of testimony, but also emphasizes that religious

and confessors are excluded from the duty of testifying about the content of the confession. In general, the exemption from the duty of testifying of religious confessors refers exclusively to their exclusion of the secret that they learned during the confession, while they can appear as witnesses in another criminal matter that was not learned about during the confession. When it comes to the criminal material responsibility of religious confessors, the legislator does not provide them with sufficient protection when it comes to criminal acts related to the knowledge of the committed act, as prescribed in the criminal act of failure to report the criminal act and the perpetrators, and should review this decision in de lege ferenda sense. This criminal law solution represents a collision with the criminal offense of unauthorized disclosure of a secret and instead of criminal law protection of religious confessors, this incomplete solution imposes possible criminal liability.

Keywords: testimony, religious confessor, sacred secret of confession, Criminal Procedure Code, comparative law, Criminal Code, Law on Churches and Religious Communities.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Бејатовић С., Шкулић М., Илић Г., *Приручник за примену Законика о кривичном поступку*, ОЕВС, Мисија у Србији, Београд 2013.
- Бошковић А., „Појам кривичног поступка према новом ЗКП Републике Србије”, *Култура полиса* 2/2012, 257-271.
- Бркић С., „Заштита сведока у законодавству Србије и перспективе развоја”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2005, 157–177.
- Васиљевић Т., Грубач, М., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник: Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2011.
- Делић Н., „Верска припадност (вероисповест) као обележје бића кривичних дела предвиђених у законодавству Србије”, у: *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Ђурић *et al.*), Институт за упоредно право, Православна Митрополија Црногорско-приморска, Београд–Будва 2019, 817–854.
- Ђурђић, В., Јовашевић, Д., *Кривично право – посебни део*, Номос, Београд 2010.

- Ђурић В., „Уговорно државно–црквено право”, у: *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Ђурић *et al.*), Институт за упоредно право, Православна Митрополија Црногорско-приморска, Београд–Будва 2019, 357–392.
- Илић П. Г. *et al.*, *Коментар Законика о кривичном поступку: према стању законодавства од 1. октобра 2018. године*, Службени гласник, Београд 2018.
- Јањић М. Н., „Просветитељство и религија: Може ли човек да буде моралан без Бога?”, *Црквене студије* 20/2023, 211–225.
- Јовашевић Д., *Кривично право, општи део*, Номос, Београд 2010.
- Николић Г., Томовић М., „Тајни надзор комуникације - законска регулатива и нека спорна питања”, у: *Тематски зборник радова Европске интеграције: правда, слобода и безбедност*, Тара, Том 3 (ур. Ђорђе Ђорђевић), Криминалистичко-полицијска академија и Фондација „Ханс Зајдел”, Београд 2016, 121–144.
- Николић Г., Томовић М., Трајковић, Т., „Законски аспекти тајног надзора комуникације од стране служби безбедности Републике Србије”, *Зборник радова Полиција и правосудни органи као гаранти слободе и безбедности у правној држави*, Тара, Том 2, (ур. Биљана Симеуновић Патић), Криминалистичко-полицијска академија, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу и Фондација „Ханс Зајдел”, Београд 2017, 141–158.
- Стојановић З., *Коментар Кривичног законика: према стању Кривичног законика од 1. децембра 2019. године и према стању законодавства од 21. маја 2019. године*, Службени гласник, Београд 2019.
- Чоловић В., Регулисање статуса Српске православне цркве у Републици Хрватској, у: *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Ђурић *et al.*), Институт за упоредно право, Православна Митрополија Црногорско-приморска, Београд–Будва 2019, 547–565.
- Чубински М. П., *Научни и практични коментар Законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1933.
- Шкулић, М., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Правни факултет Универзитета: Службени гласник, Београд 2011.
- Шкулић М., *Основне новине у кривичном процесном праву Србије: нови Законик о кривичном поступку из 2011. године*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013.

Остали извори

- Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС.
- Законик о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/01, 68/02, *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07, 72/09.
- Закон о кривичном поступку, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/77, 36/77, 14/85, 26/86, 74/87, 57/89, 3/90 и *Службени лист СРЈ*, бр. 27/92, 24/94, 13/01.
- Законик о кривичном поступку, *Службени лист ЦГ*, бр. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – одлука УС, 2/2015 – одлука УС, 35/2015, 58/2015 – др. закон, 28/2018 – одлука УС и 116/20 – одлука УС.
- Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 3/2003, 32/2003 – испр. 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 – др. Закон, 93/2009, 72/2013 и 65/2018.
- Закон о кривичном поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 53/2012, 91/2017, 66/2018 и 15/2021.
- Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине ФБиХ*, бр. 35/2003, 56/2003 – испр. 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013, 59/2014 и 74/2020.
- Закон за кривичната постапка, *Службен весник на РМ*, бр. 150/2010.
- Закон о казненом поступку, *Народне новине*, бр. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12 – одлука УС РХ, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19 и 80/22.
- Закон о црквама и верским заједницама, *Службени гласник РС*, бр. 36/2006.
- Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.
- Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.
- Зашто су потребни свештеници?, <https://www.naukaikultura.com/zastosu-potrebni-svestenici/>, 21. 7. 2023.
- Исповест, <https://www.pravoslavna-srbija.com/pojmovnik/ispovest>, 21. 7. 2023.
- Света тајна покајања – исповести, <https://www.pobedonosac.com/sveta-tajne/sveta-tajna-pokajanja-ispovesti/>, 21. 7. 2023.

VI
ПРИВАТНО
ПРАВО

СТАТУС ИМОВИНЕ ЦРКВЕНИХ ЗАДУЖБИНА**

Сажетак

Црквене задужбине су организације које се оснивају са одређеном наменом за верске, црквено-просветне, добротворне или друге потребе цркве, као и појединих њених делова или установа. То су добротворне установе чији је начин остваривања циљева искључиво ненаплатан. Корисници задужбина су лица која уживају чинидбе задужбине. Постоје две врсте црквених задужбина: оне које имају искључиво црквену намену, то јест основане су за црквене потребе, и оне које су основане ради остваривања и других циљева. У раду се пре свега посвећује пажња статусу имовине црквених задужбина. Наиме, све црквене задужбине се оснивају имовином цркве, али црква над том имовином има ограничено право својине. Разлог томе је управо намена те имовине, тј. круг корисника који ће је користити под одређеним условима. Издајамо два основна елемента црквених али и других задужбина: имовину и циљ оснивања задужбина. Аутор у раду посвећује пажњу и другим питањима која се тичу статуса црквених задужбина и њене имовине, примени прописа који се примењују уопште на задужбине, питању реституције, престанку задужбина, као и питању разграничења задужбина од фондова.

Кључне речи: црква, верска заједница, задужбина, имовина, фонд, реституција.

1. Увод

Задужбине представљају посебна правна лица која су другачија од осталих правних лица, нпр. привредних друштава. Наиме, код задужбина је другачији циљ њиховог оснивања, затим начин на који обављају делатност, а другачији је и статус њихове имовине. Задужбине су регулисане посебним законодавством. Но, на њих се,

* Научни саветник, редовни професор, Институт за упоредно право Београд, v.colovic@iup.rs

** Рад је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије, према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број: 451-03-47/2023-01/200049 од 3. 2. 2023).

у тачно одређеним случајевима, примењују поједина правила која се примењују и на привредна друштва, као што су нпр. правила о њиховом престанку. Задужбине немају лукративни циљ, већ се оснивају у корист одређеног или неодређеног броја лица, у зависности од врсте задужбине. Посебно место међу њима имају црквене задужбине које имају посебан циљ оснивања, различит, како од других правних лица тако и од осталих задужбина. Наравно, црквене задужбине имају и посебан круг корисника.

У раду ћемо посветити пажњу основним питањима оснивања и функционисања задужбина, без обзира на њихову врсту и циљ оснивања, односно круг корисника, с обзиром на чињеницу да се многа општа правила која се примењују на задужбине уопште, такође примењују и на црквене задужбине. Посветићемо пажњу и задужбинама у појединим земљама Европе. Уосталом, не можемо разумети сврху и циљ оснивања црквених задужбина без схватања појмова везаних за све остале задужбине, без обзира на циљ њиховог оснивања. Но, посебно ћемо се посветити црквеним задужбинама, а нарочито статусу њихове имовине. У вези са имовином црквених задужбина осврнућемо се и на питања о садржини те имовине, као и на реституцију; поставићемо питање да ли имовина црквених задужбина има исти статус као и друга имовина цркве и верских заједница. У вези с тим, анализираћемо и примену општих правила о задужбинама на црквене задужбине.

1.1. Задужбинарство као облик остварења општекорисних циљева

Задужбинарство заузима значајно место у историји српског народа.¹ Оно претпоставља сваки облик помоћи који су појединци или група појединаца, ради остварења корисних друштвених циљева, положили као део своје заоставштине или своју последњу жељу, коју је сам задужбинар осмислио, одредио и вредновао.² Тестаменти и завештајна писма, у том смислу, имају двоструко значење. Пре свега, ови акти садрже жељу завештаоца да обезбеди правилно коришћење и управљање имовином како би се остварили главни циљеви и жеље задужбинара. Поред тога, постоји и жеља за очувањем саме имовине како би се обезбедило несметано функционисање задужбине.³ И стари

¹ С. Јашин, „Задужбине и задужбинари у српској православној Епархији темишварској”, *Исходишта* 7/2021, 95.

² *Ibid.*, 96.

³ *Ibid.*

законски извори регулисали су задужбине на начин који је прихваћен и данас. Наиме, Општи имовински законик Црне Горе (даље: ОИЗ), тачније речено, XI одељак ОИЗ-а регулисао је задужбине, које су дефинисане као независне и са посебном својином. И у ОИЗ-у је дефинисан модел задужбина чије оснивање зависи од воље оснивача, уз контролу државе. То је модел који је и данас прихваћен.⁴ По ОИЗ-у имовина задужбине је деперсонализована. Сврха оснивања је општа друштвена корисност и трајност. Такође, и циљ оснивања мора бити јасно и недвосмислено дефинисан. Један од услова за оснивање задужбине је јасно одређење ко ће и на који начин њоме управљати. Ако оснивач то није одредио, онда ће лице које управља задужбином то чинити савесно и пажљиво, као сваки добар домаћин.⁵ Практично, од наведених решења полази се и данас, без обзира на то о којој врсти задужбине се ради.

2. Задужбине у законодавству Републике Србије

У законодавству Републике Србије, задужбине су одређене као организације без чланова које се оснивају ради испуњења општекорисног циља. Закон о задужбинама и фондацијама Републике Србије (даље: ЗЗФ)⁶ дефинише на наведени начин задужбину, одређујући остваривање добротиног, општекорисног циља који није у супротности са уставом и законом.⁷ Фондација, с друге стране, такође, нема чланове, али ни основну имовину. Задужбина има имовину која је неповратна и коју јој је посветио оснивач.⁸ Имовина оснивача се одваја од власника и постаје средство за остваривање корисног циља, а не за корист оснивача, то јест власника имовине.⁹ Та имовина је имовина задужбине, али се може користити у тачно одређене сврхе.

2.1. Циљеви оснивања задужбина

Циљ оснивања задужбине мора да буде могућ, одређен и дозвољен, али и друштвенокористан. С друге стране, код оснивања задужбина, у законодавствима земаља чланица Европске уније разликују

⁴ S. Miladinović, „Foundations in the General property code for Montenegro”, *Strani pravni život* 3/2012, 74.

⁵ *Ibid.*, 75.

⁶ Закон о задужбинама и фондацијама Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије* бр. 88/2010, 99/2011 – др. закон и 44/2018 – др.закон.

⁷ Члан 2, ст. 1 ЗЗФ.

⁸ J. Веселинов, „Задужбине у европском праву: стање и перспективе” *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 3/2021, 701.

⁹ *Ibid.*, 702.

се општекористан циљ, користан циљ и законом дозвољен циљ. Општекористан циљ даје задужбинама јавноправни карактер, али се код приватних задужбина друштвена корисност посматра на другачији начин. Наиме, циљеви тих задужбина усмерени су, нпр. на појединачне интересе породице оснивача, припадника цркве или трећих лица. Постоји и модел оснивања задужбине ради остваривања сваког законом дозвољеног циља, што значи да задужбина, у неким земљама, не мора да испуни критеријум опште друштвене корисности. У сваком случају, кад бисмо морали да издвојимо односне елементе свих задужбина, издвојили бисмо два више пута поменута елемента, а то су: имовина и циљ оснивања, односно функционисања.¹⁰ Из наведеног произлази да и формална изјава воље којом се задужбина оснива мора да садржи два битна елемента, а то су циљ који се жели постићи задужбином и тачно означена имовина која томе служи.¹¹

Циљ оснивања задужбина и одређивање њихових корисника међусобно су условљени, тако што циљеви опредељују кориснике, а чинидбе које се врше у корист корисника доприносе остваривању циљева. Корисници или дестинатери задужбина су лица која уживају чинидбе задужбине. Свака задужбина има одређене или неодређене кориснике, у зависности од тога у коју је сврху основана. Корисници задужбине немају никакву обавезу на противуслугу. Испуњењем циљева, задужбина је потврдила своју друштвену корисност. Неопходно је да задужбина својим актима одреди круг корисника као и врсте чинидби на које корисници имају право.¹² Постоје задужбине код којих не постоји одређени круг корисника, већ у кориснике спада унапред неодређен број лица (нпр. јавне задужбине), а постоје и задужбине код којих тачно одређен круг лица може имати статус корисника. Задужбине код којих није унапред одређен круг лица – корисника називају се деперсонализоване задужбине. Код оваквих задужбина, лице које их оснива оставља одређену имовину ради изградње неког објекта, споменика, цркве, итд.¹³ Но, постоје и персонализоване задужбине код којих је утврђен круг лица који могу бити корисници. Начин остваривања наведених циљева задужбине је, искључиво, ненаплатан, па зато кажемо да је задужбина и добротворна установа.

¹⁰ *Ibid.*, 704.

¹¹ Д. Стојановић, О. Антић, *Увод у грађанско право*, Правни факултет, Београд 2004, 178.

¹² С. Миладиновић, „О правном положају бенефицијара задужбина”, *Гласник права* 3/2011, 3.

¹³ *Ibid.*

Не можемо говорити о циљу оснивања задужбине, а да не поменемо вољу њеног оснивача. Наиме, воља оснивача задужбине једнака је закону, и сврха и начин трошења имовине не смеју да се измене све док је испуњење циља тј. сврхе задужбине могуће.¹⁴ Оснивач задужбине мора да изрази вољу о њеном оснивању у завештању, а том вољом мора јасно бити одређена сврха оснивања задужбине. На пример, завешталац који тестаментом оснива задужбину, односно оставља имовину задужбини, мора да прецизира која се имовинска права могу користити. Задужбина постаје универзални сукцесор или сингуларни стицалац за случај смрти у време отварања тестаamenta.¹⁵ То даље значи да је потребно доношење решења о наслеђивању како би се задужбина основала.¹⁶

2.2. Имовина задужбине по одредбама ЗЗФ

По ЗЗФ, основна имовина задужбине може бити у стварима, правима и новцу. Најмања вредност основне имовине потребна за оснивање задужбине је 30.000 евра. Али, ЗЗФ предвиђа да се у регистар задужбина и фондација може уписати и задужбина са мањом основном имовином, али уз претходно мишљење Министарства културе, којим се доказује да је основна имовина задужбине довољна за остваривање њених циљева.¹⁷ ЗЗФ дефинише да задужбина може стицати имовину од добровољних прилога, поклона, донација, заоставштина, камата на улоге, дивиденди, итд.¹⁸ Осим тога, ЗЗФ одређује да задужбина може да обавља привредну делатност уколико је та делатност у складу са циљевима задужбине, ако је предвиђена Статутом задужбине, уписана у Регистар, и ако је реч о споредној делатности задужбине.¹⁹

У сваком случају, имовина задужбине састоји се од имовине оснивача, али и од прихода од имовине задужбине (камате, дивиденде), прихода који су стечени по другом основу (поклон, легат), прихода остварених обављањем привредне делатности, итд. За обављање привредне делатности задужбина не сме да користи оснивачку имовину, као ни имовину која је стечена поклоном, легатом и сл.²⁰

¹⁴ Д. Стојановић, О. Антић, 179.

¹⁵ Н. Стојановић, „Располагање заоставштином у друштвено-корисне сврхе”, *Зборник Правног факултета у Нишу* 43/2003, 239–240.

¹⁶ *Ibid.*, 241.

¹⁷ Чл. 12 ЗЗФ.

¹⁸ Чл. 44 ЗЗФ.

¹⁹ Чл. 45 ЗЗФ.

²⁰ О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Правни факултет, Београд 1996, 82.

2.3. Врсте задужбина

Разликујемо јавне и приватне задужбине. Јавне задужбине се оснивају у корист неограниченог броја корисника и нису сведене на припаднике неке институције. Приватне задужбине делују у корист затвореног круга лица која припадају одређеној институцији (или породици).²¹ Оне су црквене задужбине и установљавају се у корист припадника цркве или реда. Оснивају се ради одржавања црквених објеката, школовања припадника цркве, итд.,²² али, могу имати и другачију намену, што значи да могу имати елементе јавних задужбина, у случају дефинисања општекорисног циља.

Није допуштено да се задужбине оснују у корист тачно одређеног или одређених лица, што се односи и на приватне задужбине. Ако задужбина донесе правила која одређују ко може бити њихов корисник, тада лице или лица која испуне критеријуме по тим правилима стичу субјективно право на чинидбу задужбине. Но, може се догодити да лица овлашћена да управљају задужбином на основу дискреционе оцене изаберу корисника, што значи да ће он стећи субјективно право тек на основу одлуке наведених лица.²³ Могуће је променити циљ задужбине, али тек онда када је остварен првобитно одређен циљ, односно када је првобитно одређен циљ немогуће извршити.

*

* *

Рекли смо да је веома битно одредити врсту чинидби на које корисници имају право. Наиме, режим коришћења чинидби, то јест престација задужбина мора бити утврђена актом о оснивању задужбине и њеним статутом, али се може дефинисати и посебним правилима и критеријумима. Такође, режим коришћења престација задужбине обухвата и услове које корисници морају да испуне како би стекли одређено право. Услови се могу односити и на посебне кориснике, то јест тачно одређене категорије лица. Наиме, довољно је да неко лице има одређено својство да би стекло корист од задужбине, али услови могу захтевати и одређено чињење од стране корисника.²⁴

²¹ *Ibid.*, 81.

²² *Ibid.*, 82.

²³ *Ibid.*

²⁴ С. Миладиновић, 5.

3. Задужбине и фондови

Основни циљ сваке задужбине и фонда јесте очување и употреба намењене имовине, уз пуно поштовање жеље и мотива задужбинара и фондатора. Независно од поменутих различитости циљева религиозног и световног задужбинарства, и код једног и код другог облика циљеви задужбина и фондова представљају посебан елемент правне природе. Тај елемент је јавноправног карактера и даје специфичност задужбинарству као грађанскоправном институту. Док задужбинар односно фондатор једностраним правним послом даје заувек своју имовину са жељом да оснује задужбину односно фонд ради остваривања неког од друштвенокорисних циљева, друштво као целина има моралну и правну обавезу да се стара и омогући остваривање циљева којима је задужбинар био мотивисан у тренутку оснивања задужбине.²⁵

Поставља се питање разграничења задужбина и фондова као основних облика задужбинарства. Питање мерила разграничења ових грађанскоправних института поставља се приликом одлучивања донатора да приступи оснивању једног од поменутих облика задужбинарства у смислу тога да ли је задужбинар односно фондатор потпуно слободан у свом одлучивању, или га у томе ограничава врста имовине којом у том тренутку располаже.²⁶ Задужбине су у поређењу са фондовима установе разноврснијег садржаја и трајнијег карактера. Наиме, намењене остваривању циљева у оквиру одређене друштвене делатности, задужбине својим функционисањем треба да омогуће континуирани развој различитих облика те делатности и захтевају и знатно већа и разноврснија средства за њихово реализовање него фондови. Зато се имовина задужбине, поред одређених покретних ствари и новчаних средстава донатора, састоји и од његових непокретности које чине основу задужбине и извор њених прихода који треба да омогуће њено континуирано функционисање.²⁷ Задужбинар оснива задужбину својим сопственим средствима, док се фондови оснивају како средствима појединих физичких лица, тако и средствима групе грађана која чини правно лице.²⁸

²⁵ М. Тороман, „Правна природа задужбина и фондова”, *Анали Правног факултета у Београду* 1–2/1993, 213.

²⁶ *Ibid.*, 214.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, 215.

4. Регулисање статуса задужбина у појединим земљама

Направићемо упоредни преглед законодавстава појединих европских земаља у погледу регулисања задужбина, уз осврт на посебности црквених задужбина.

По аустријском Закону о приватним фондацијама²⁹, задужбина је имовина са својством правног лица која је одлуком оснивача дата на трајно коришћење, а чији приходи служе за остваривање општекорисних циљева.³⁰ Значи, у питању је трајно наменско коришћење тачно одређене имовине уз давање изјаве о задужбини од стране оснивача. Имовина задужбине мора да буде довољна за трајно остваривање циљева задужбине. Сматра се да имовина није довољна ако приходи по предвиђањима омогућавају само одржавање некретнина за дужи период или трајно, а да истовремено не могу да служе и непосредном остваривању циљева задужбине.³¹ Под истим условима који су предвиђени за улагање имовине у задужбину, врше се и измене у том улагању.³² Ако дође до престанка задужбине, тада се њена имовина преноси на физичка и правна лица којима по статусу задужбине и припада, уз њихову сагласност. Ако ово правило не може да се примени, тада се имовина преноси на неку другу задужбину која има исти или сличан општекористан циљ. Ако ни то, најзад, није могуће, тада се имовина даје у општекорисне или добротворне сврхе.³³ Ово су нека од општих правила која се односе на имовину задужбина. Међутим, овај закон се не примењује на црквене задужбине којима управљају органи неке од законом признатих цркава или верских заједница. Ако се ради о црквеним задужбинама, тада ће надлежни министар бити овлашћен да утврди, у сваком конкретном случају, да ли се ради о таквим задужбинама и да на захтев црквене управе или одговарајућег органа такве задужбине, донесе решење о изузимању тих установа од примене наведеног закона.³⁴

²⁹ Privatstiftungsgesetz, Federal Law Gazette 1993/694; O. Farny *et al.*, *Taxation of foundations in Europe*, Chamber of Labour and Tax Law, Vienna 2009, 3.

³⁰ Art.1 Privatstiftungsgesetz; М. Тороман, *Правни положај задужбина и фондација у свету*, Институт за упоредно право, Београд 1996, 23.

³¹ *Ibid.*, 24.

³² *Ibid.*, 32.

³³ *Ibid.*, 34.

³⁴ *Ibid.*, 37.

У Немачкој задужбине уређује немачки Грађански законик³⁵, који предвиђа услове за оснивање ових установа како од стране живих задужбинара-оснивача, тако и у случају смрти лица. Ако се одобри оснивање задужбине од стране живих оснивача, они ће бити дужни да правним послом имовину пренесу на њу. Права на задужбину прелазе у тренутку добијања одобрења за оснивање.³⁶ У случају смрти лица задужбинара, оставински суд захтева оснивање задужбине уколико то нису учинили наследници.³⁷ Иначе, у Немачкој црквене задужбине имају посебан статус јер су основане по аутономном праву. Ове организације су изузете од плаћања пореза на добит, пореза на промет, као и пореза на поклон и наслеђе, што регулише фискални закон.³⁸ Црквене потребе и сврхе су повезане са подршком верских заједница, изградњом богомоља, духовним развојем и верским образовањем.³⁹

И у Швајцарској се задужбине уређују Грађанским закономиком⁴⁰. Но, оно што је другачије од Аустрије и Немачке односи се на чињеницу да се на задужбине примењују одредбе Грађанског законика о правним лицима, као и одредбе Законика о облигацијама. Члан 80 швајцарског Грађанског законика дефинише задужбину као правно лице које за предмет има намену имовине за постизање неког посебног циља. Интересантно је да се као циљ задужбине може дефинисати и очување земљишног фонда, ако се савесној страни признаје право својине на све што је изграђено на одређеном земљишту. Исто тако, циљ задужбине може бити и враћање дуга старом повериоцу, итд.⁴¹ Но, по наведеном закону, јавне институције не врше надзор над црквеним задужбинама.⁴²

Закон о задужбинама и фондовима Чешке Републике⁴³ одређује да су задужбине наменска друштва капитала која се оснивају за општекорисне циљеве, међу којима је и развој духовних вредности.

³⁵ German Civil Code, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/, 28. 8. 2023.

³⁶ Art. 82 German Civil Code.

³⁷ М. Тороман (1996), 47.

³⁸ Nonprofit Law in Germany, <https://cof.org/content/nonprofit-law-germany#Types>, 28. 8. 2023.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Swiss Civil Code of 10 December 1907 (Status as of 23 January 2023), https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/en, 28.8.2023.

⁴¹ М. Тороман (1996), 51.

⁴² Art. 81 Swiss Civil Code; М. Тороман (1996), 53.

⁴³ Act on Foundations and Endowment Funds (1997) The Act on Foundations and Endowment Funds and on changes and supplements of certain related acts Act No. 227/1997, Coll. of September 3, 1997; <https://webfiles-scl.blackbaud.com/files/support/helpfiles/npoconnect/content/resources/attachments/czech-republic-act-no-227.1997-act-on-foundations-and-endowment-funds.pdf>, 28. 8. 2023.

По овом закону, имовина задужбине представља финансијски израз за збир финансијских и нефинансијских депозита и поклона уписаних у регистар задужбине. Под изразом *поклон фонда* подразумева се све оно што задужбина стави на располагање трећем лицу за остваривање циљева задужбине. Но, под изразом *поклон фонду* подразумева се све оно што треће лице стави на располагање задужбини.⁴⁴ У оквиру свог пословања, задужбина искључиво може да издаје непокретности у закуп, да организује лутрије и прикупљање прилога, културне, спортске, образовне и друге сличне манифестације. Имовина задужбине не може бити коришћена као залога или као друго средство обезбеђења, нити може бити отуђена током целог трајања задужбине. Уколико се имовина задужбине састоји од новчаних средстава, она морају бити положена на посебан банкарски рачун, односно искоришћена за куповину државних обвезница или хартија од вредности. Интересантно је да се овим законом предвиђа да задужбина може учествовати у капиталу акционарских друштава.⁴⁵ Статус правних лица која су основана од стране цркве уређен је Законом бр. 3/2002 о слободи верског изражавања и положају цркава и верских заједница.⁴⁶ Ове организације, основане у јавне сврхе, не само за припаднике црквене заједнице или цркве која их је основала, под унапред одређеним једнаким условима за све кориснике, имају посебну намену. Надлежни орган цркве подноси захтев за упис у регистар правних лица код надлежног органа државне управе односно Министарства културе.

Кад је у питању Грчка, поменућемо нека правила у погледу црквене имовине, било да се ради о имовини саме цркве, односно верске заједнице или имовини задужбине. Наиме, у Грчкој се имовина цркве не сме из било ког разлога делити или преносити на чланове цркве. Ако би се радило о верској заједници и ако би она била распуштена, ову имовину може добити друго верско правно лице исте вероисповести или основана црква исте вере или вероисповести, под условом да је то изричито предвиђено статутом. Алтернативно, имовина постаје власништво државе и ставља се на располагање у добротворне сврхе у месту седишта цркве, према одредбама о националним задужбинама.⁴⁷

⁴⁴ М. Тороман *et al.*, *Правни режим задужбина и фондова у упоредном праву*, Институт за упоредно право, Београд 2003, 140.

⁴⁵ *Ibid.*, 145.

⁴⁶ Act 3/2002 Coll. of 7 January 2002 on freedom of religious expression and the position of churches and religious societies and amendments to some acts, as amended, <https://legirel.cnrs.fr/spip.php?article458&lang=fr>, 28. 8. 2023.

⁴⁷ Art. 7, 2 Law 4301/2014 Organization of the Legal Form of Religious Communities and their organizations in Greece, <https://www.minedu.gov.gr/publications/docs2018/>

5. Црквене задужбине

Као што је горе наведено, црквене задужбине имају своје посебности и поред чињенице да се и на њих углавном примењују општа правила која регулишу и друге врсте задужбина. Устав Српске православне цркве (даље: Устав СПЦ)⁴⁸ посвећује пажњу црквеним задужбинама у већем броју одредаба које ћемо поменути, а понеке и анализирати у односу на прописе који регулишу статус осталих врста задужбина. Устав СПЦ дефинише црквене задужбине као организације основане са одређеном наменом за верске, црквено-просветне, добротворне или друге потребе СПЦ, као и појединих њених саставних делова или установа. Такође, као црквене задужбине се дефинишу и организације које нису намењене црквеним потребама и циљевима, али којима управљају црквене власти. Постоје две врсте црквених задужбина: оне које имају црквену намену и оне које такву намену немају.⁴⁹ Управо због црквених задужбина које немају црквену намену, то јест нису намењене црквеним потребама, треба имати у виду примену осталих прописа. Међутим, у вези с тим, касније ћемо поменути оправданост примене тих прописа, с обзиром на циљ који треба да испуне црквене задужбине.

Устав СПЦ уређује поједина питања функционисања црквених задужбина у петом одељку под насловом „Црквена имовина”. СПЦ самостално управља црквеним задужбинама, тј. располаже њиховом имовином (чл. 230). Сви годишњи приходи и расходи, па и они од задужбина предвиђају се у годишњим предрачуницима прихода и расхода (чл. 231) ако су расходи намењени потребама цркве (чл. 232, ст. 2). Приходима од задужбина подмириваће се потребе СПЦ (чл. 238), потребе епархија (чл. 239), црквених општина (чл. 240) и манастира (чл. 241). У црквена добра спада и својина задужбина и дефинише се као општа имовина СПЦ (чл. 243). Издајамо одредбу о ограничењу располагања имовином која се односи на црквену непокретну имовину која представља поклон са нарочитом наменом и не може

Law_4301Organization_of_the_legal_form_of_religious_communities_in_Greece.pdf, 28. 8. 2023.

⁴⁸ Устав Српске православне цркве (1931), http://srpskaenciklopedija.org/doku.php?id=устав_српске_православне_цркве_1931, 28. 8. 2023.

⁴⁹ Б. Стјепановић, „Имовина СПЦ у светлу члана 62 Предлога Закона о слободи вјероисповести или увјерења и правном положају вјерских заједница”, *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*) Митрополија Црногорско-приморска – Институт за упоредно право, Београд 2019, 908.

бити задужена нити отуђена ако је дародавац то изричито забранио (чл. 248). Та имовина се користи у тачно одређене сврхе, у складу са вољом дародавца, што значи да не може постати предмет заложног права и може се користити само у сврхе дефинисане актом о оснивању задужбине, односно актом чију је садржину дефинисао дародавац. Ова одредба, осим наведеног, упућује на то да црквена задужбина има елементе донаторства и уговора о поклону.

Поред тога, Устав СПЦ посебно дефинише црквене задужбине као оне које су поједина лица – добротвори основали са одређеном наменом за верске, црквено-просветне, добротворне или друге потребе СПЦ, односно појединих њених саставних делова и установа. У црквене задужбине спадају и оне које нису намењене црквеним потребама и циљевима, али којима управљају црквене власти (чл. 253). Устав СПЦ прописује да за сваку задужбину морају постојати правила у погледу имовине, намене, начина управљања, надзора, као и начина њиховог заступања пред другим органима. Патријаршијски управни одбор даје дозволу за оснивање задужбина, а у случају да не постоје посебна правила за задужбине, Патријаршијски управни одбор ће их прописати (чл. 254). Све задужбине служе само оним циљевима због којих су и основане. Циљеви задужбина могу се проширити на исте потребе у целој СПЦ, о чему одлучује Патријаршијски савет на предлог Патријаршијског управног одбора, у споразуму са Светим архијерејским сабором (чл. 256). Циљеве задужбина могуће је променити само ако се не могу остварити или је престала потреба за њиховим испуњењем. О измени циљева предлог подноси Патријаршијски управни одбор, а одлучује Патријаршијски савет, опет у споразуму са Светим архијерејским сабором (чл. 257).

Као што видимо, одредбе које регулишу оснивање и статус задужбина не одступају од основних правила која се односе на задужбине уопште. Но, Устав СПЦ не регулише изричито два важна питања преноса имовине задужбине на друго лице, као ни престанак истих. Наиме, у случају измене циља задужбине, може се десити да не постоји потреба да се дефинише или се једноставно не може дефинисати одговарајући циљ који би довео до тога да задужбина и даље постоји. Тада се поставља питање имовине задужбине, тј. њеног евентуалног преноса на неку другу добротворну организацију или црквену задужбину. Претпоставка је да би у том случају одлучивали исти органи СПЦ. Друго питање односи се на престанак задужбина, односно на примену одредаба Закона о удружењима Републике Србије

(даље: ЗУ)⁵⁰, као и Закона о стечају Републике Србије (даље: ЗС),⁵¹ које се примењују на удружења грађана односно на задужбине, као што то предвиђа ЗЗФ. Да ли би те одредбе могле да се примењују на црквене задужбине, имајући у виду специфичност циљева и статус црквене имовине, питање је које зависи од дефинисања саме сврхе оснивања црквених задужбина. Но, Устав СПЦ предвиђа да се црквене задужбине могу основати у верске, црквено-просветне и друге сврхе за потребе СПЦ, као и за друге сврхе које немају везе са потребама цркве. Наиме, ако се црквена задужбина оснива у друге сврхе, онда то значи да се круг потенцијалних корисника задужбине може проширити и може да буде неограничен, у зависности од тога који је циљ дефинисан. Тада могу настати дугови према трећим лицима, државним органима, те се може поставити питање инсолвентности. Наравно, само ако се за наведено испуне услови.

6. Имовина црквених задужбина

На почетку овог одељка истичемо да морамо разликовати три врсте црквене имовине: 1) имовину над којом црква има неограничено право својине, а коју чине црквена добра; 2) имовину над којом црква има ограничено право својине (фондови и задужбине); и 3) приходе које црква добија од туђе имовине (од државе и верника).⁵²

И Закон о црквама и верским заједницама Републике Србије (даље: ЗЦВЗ)⁵³ одређује да цркве обезбеђују средства за обављање своје делатности, између осталог и из прихода задужбина.⁵⁴ Овде ћемо поновити да црквене власти слободно доносе одлуке о прихватању задужбина намењених остваривању верских задатака и циљева. Контролу прихода и расхода врши СПЦ према сопственом рачуноводству, а врховни надзор над свим приходима и расходима СПЦ врши Главна контрола СПЦ. Имовина служи само за остваривање циљева СПЦ и не може се одузимати осим у случају експропријације предвиђене законом.⁵⁵ Имовинске, задужбинске и фондовске послове врши епископска

⁵⁰ Закон о удружењима Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 51/2009, 99/2011 – др. закони и 44/2018 – др. закон.

⁵¹ Закон о стечају Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018.

⁵² Б. Стјепановић, 907.

⁵³ Закон о црквама и верским заједницама Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/2006.

⁵⁴ Чл. 26 ЗЦВЗ.

⁵⁵ Д. Новаковић, Верско законодавство Краљевине Југославије, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци* 2/2012, 943.

власт заједно са свештенством и народом, што је ближе уређено Уставом СПЦ.⁵⁶ Али, морамо имати на уму да је црквена задужбина правно лице.⁵⁷

Поставља се питање да ли, са становишта статуса имовине, задужбине имају равноправан третман са верским заједницама, што се односи и на реституцију, чему ћемо касније посветити пажњу. Морамо рећи да се црквеном имовином не може располагати као приватном имовином, већ само у тачно одређене сврхе.⁵⁸ Ипак, у појединим случајевима, располагање и управљање црквеном имовином долази у контакт са трећим лицима. На пример, ако је неко треће лице на незаконит начин присвојило црквену имовину, тада црква може да тужи то лице и да тражи повраћај имовине. Затим, уколико треће лице не извршава неку обавезу према цркви, која је утврђена уговором или завештањем, као и ако се ради о промени власника, црква такође може да остварује своја права подношењем тужбе против тог лица.⁵⁹

Без обзира на неопходност примене општих правила, ако бисмо морали да одредимо правну природу имовине црквених задужбина, морали бисмо да закључимо да је она другачија од друге имовине којом располаже црква. Наиме, као и код осталих задужбина, имовина се користи ограничено, у одређене сврхе, јер се у појединим случајевима морају испунити одређени услови како би она могла бити коришћена, тј. предата другом лицу на коришћење. Само у случају да се не користи у складу са сврхом оснивања задужбине, имовина се враћа оснивачу или пребацује на неко друго правно лице које је, такође, основано ради остваривања неког општекорисног циља.

Што се тиче удружења, фондација или ортачких друштава непрофитног карактера, основаних од стране цркава и верских заједница, они могу пренети своју имовину верским правним лицима путем донације, без пореске или било које друге обавезе, чак и ако је њиховим статутом другачије одређено, под условом да постоји једногласна одлука свих чланова на скупштини одржаној поводом тог питања. Ако се трансакција због донације догоди у искључивом року од годину дана од стицања правног субјективитета верског правног лица и, у сваком случају, најкасније у року од три године од ступања на снагу овог закона, тада она не подлеже опорезивању.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Д. Букић, „Правни субјективитет верских организација и њихових организационих јединица у Републици Србији”, *Harmonius* 2022, 183.

⁵⁸ Н. Милаш, *Православно црквено право*, „Истина”, издавачка установа Епархије далматинске, Београд–Шибеник 2004, 545.

⁵⁹ *Ibid.*, 546.

6.1. Реституција имовине црквених задужбина

Имовина црквених задужбина је предмет реституције као и остала имовина у својини цркве. Закон о реституцији имовине црквама и верским заједницама Републике Србије (даље: ЗР)⁶⁰ дефинисао је услове и поступак враћања одузете имовине од црква и верских заједница, као и од њихових задужбина.⁶¹ По Савезном закону о аграрној реформи и колонизацији и одредбама Закона о аграрној реформи и унутрашњој колонизацији одузимани су и земљишни поседи црквених задужбина.⁶² Одузето је око три хиљаде црквених, манастирских, задужбинских и других верских земљишнихседа велике површине.⁶³

Имовина је црквеним задужбинама враћена у складу са ЗР, док су остале задужбине право на учешће у поступку реституције имале по основу Закона о враћању одузете имовине и обештећењу⁶⁴. Морамо имати на уму да је став у судској пракси да су црквене задужбине оне које је црква основала, а не оне које су јој дате на управљање, што може створити проблеме који се тичу поштовања воље оснивача задужбине и начина коришћења имовине дате на управљање црквеној задужбини. У неколико предмета, Управни суд је одбио захтев за повраћај имовине задужбинама повереним на управљање СПЦ с аргументом да је тужилац световна задужбина. Наиме, по мишљењу Управног суда, „задужбина основана од стране физичког лица не може се сматрати задужином цркве, јер је истој било поверено управљање задужином, стога што одредбама ЗР није предвиђено да се квалификација задужбине врши према прописима цркве, односно верске заједнице, нити критеријум за квалификацију одређене задужбине као црквене или световне представља сврха, намена и циљеви

⁶⁰ Закон о реституцији имовине црквама и верским заједницама Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 46/2006.

⁶¹ Чл. 1 ЗР.

⁶² В. Чоловић, „Реституција црквене имовине (преглед законских решења и приказ појединих проблема у земљама региона и источне Европе)”, у: *Религија – политика – право* (ур. Јован Тирић, Велибор Цомић, Мирољуб Јевтић), Институт за упоредно право – Митрополија Црногорско-приморска – Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд 2015, 905.

⁶³ *Ibid.*, 906.

⁶⁴ Закон о враћању одузете имовине и обештећењу Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 72/2011, 108/2013, 142/2014, 88/2015 – одлука УС, 95/2018 и 153/2020.

ради којих је основана”.⁶⁵ Управни суд је приликом доношења оваквих одлука полазио од тога ко је основао задужбину, а не ко њоме управља у тренутку постављања питања. Наведени став Управног суда може довести до проблема у дефинисању црквене задужбине, нарочито када је реч о њеној имовини, у ситуацијама када је имовина поверена цркви односно задужбини којом ће управљати црква у сврхе одређене актом о оснивању задужбине. Ако се вратимо на наведени предмет, тј. одлуку Управног суда, с правом можемо поставити питање: не крши ли се наведеним ставом у одлуци Управног суда воља физичког лица односно акт о оснивању задужбине? Наиме, чињеница да је физичко лице одредило сврху и начин коришћења имовине на тај начин да њоме управља црква, одређује и статус те задужбине, тј. њене имовине. Самим тим, задужбине које су поверене на управљање цркви и које остварују своју сврху онако како је то одредило физичко лице, морају бити сматране црквеним задужбинама.

Осврнућемо се и на једну интересантну одредбу словеначког Закона о денационализацији⁶⁶ која се односи на изузетак од повраћаја одузете имовине. Наиме, ако је имовина феудалног порекла, како је дефинише словеначки закон, она не подлеже денационализацији, осим ако се ради о имовини цркава и верских заједница, њихових установа или редова. Наведени закон дефинише ову врсту имовине као имовину која је поклоњена од стране монарха, али није била предмет купопродајног правног посла.⁶⁷ Као што видимо, ова одредба се односи и на имовину задужбина.

6.2. Престанак задужбина

Поменули смо већ на који начин може да дође до престанка задужбина. У вези с тим, можемо поставити питање о томе да ли се на задужбине могу примењивати општа правила о ликвидацији и стечају правних лица односно привредних друштава. ЗЗФ дефинише да може. Питања на која се мора претходно одговорити су: који је циљ задужбине и какав је статус њене имовине? Такође, рекли смо да црквена задужбина може обављати поједине делатности, па самим тим и ступати у правне послове са трећим лицима. Није спорно на који начин ће

⁶⁵ Ј. Веселинов, *Правни положај задужбина у српском праву и европском правном контексту*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2023, 121.

⁶⁶ Закон о денационализацији Републике Словеније, *Урадни лист Републике Словеније*, бр.27/1991, 56/1992, 13/1993, 31/1993, 24/1995, 23/1997, 65/1998, 76/1998.

⁶⁷ Чл. 27а Закона о денационализацији Републике Словеније.

се користити имовина која представља зараду у тим правним пословима, већ да у њима може доћи до инсолвентности црквене задужбине и потраживања трећих лица, што је важнија чињеница. Наравно, до тога може доћи чак и када задужбина не обавља неку од делатности. ЗЗФ садржи правила која регулишу престанак задужбина. Такође, ЗЗФ уређује и одузимање дозволе ако задужбина поступа супротно циљевима постављеним приликом њеног оснивања, пре свега у погледу поступању са имовином задужбине. Овај закон јасно дефинише статусне промене задужбина, тј. могућу поделу задужбине на две, припајање или спајање са другим задужбинама или фондацијама. ЗЗФ дефинише да се тада примењују правила која се примењују на привредна друштва у сличним околностима. Најзад, ЗЗФ регулише и расподелу преостале имовине, што се мора учинити у складу са оснивачким актом задужбине. Из наведеног произлази да се приликом престанка црквених и осталих задужбина, у овој области, примењују иста правила као код привредних друштава. У вези с тим, не би требало да буде спорна ни примена правила о ликвидацији и стечају. Међутим, ЗЗФ у овом погледу прво одређује примену правила која се примењују на удружења, па тек онда она која се примењују на привредна друштва.⁶⁸ ЗС јасно дефинише да се његове одредбе примењују на правна лица.⁶⁹ Он дефинише на које субјекте се неће примењивати његове одредбе, али међу тим субјектима нису задужбине.⁷⁰ Што се тиче ЗУ, овај акт детаљније уређује ликвидацију удружења⁷¹, као и покретање стечаја против удружења које је трајније неспособно за плаћање, када се примењују правила ЗС.⁷² По ЗУ, задужбине су удружења која представљају добровољне, невладине и недобитне организације, засноване на слободи удруживања физичких или правних лица, које се оснивају раду остваривања општег циља.⁷³ Такође, ЗУ одређује да се његове одредбе примењују и на цркве и верске заједнице.⁷⁴ Из наведеног произлази да се и на црквене задужбине примењују правила ЗУ, када се ради о ликвидацији, када се из имовине правног лица могу намирити сви повериоци, односно ЗС, када се ради о неспособности за плаћање. Поставља се питање о томе да ли се оваквим решењем ЗУ не задире у

⁶⁸ Чл. 53, ст. 1 и 2 ЗЗФ.

⁶⁹ Чл. 1, ст. 1 ЗС.

⁷⁰ Чл. 14 ЗС; М. Јовановић Затила, В. Чоловић, *Стечајно право*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2013, 19.

⁷¹ У чл. 52–57.

⁷² Чл. 58, ст. 1 ЗУ.

⁷³ Чл. 2, ст. 1 ЗУ.

⁷⁴ Чл. 2, ст. 2 ЗУ.

смисао постојања црквених задужбина, ако имамо у виду сврху њиховог оснивања и циљеве који треба да буду остварени.

На овом месту се морамо задржати управо због примене правила ЗЗФ, ЗУ и ЗС, као и других наведених прописа, на црквене задужбине. Морамо имати на уму да се већина или све црквене задужбине оснивају ради остваривања општекорисних циљева, без обзира да ли ти циљеви имају црквену или неку другу намену. То се може рећи за већину или за све задужбине уопште, без обзира на ширину круга корисника. С друге стране, основ регулисања статуса црквених задужбина налазимо у прописима СПЦ. Уколико би се десило да нека црквена задужбина, у остваривању дефинисаних циљева, произведе дугове према трећим лицима, која не морају бити само корисници, да ли би било упутно применити правила наведених прописа или би, сходно, требало применити одредбе Устава СПЦ, које смо навели? Такође, опет по одредбама Устава СПЦ, Патријаршијски управни одбор могао би донети одређене одлуке које би се односиле на пренос имовине са једне на другу црквену задужбину, односно пренос имовине СПЦ на црквену задужбину. Наравно, било би упутно да се наведено регулише црквеним прописима како би се избегле ситуације које би довеле до примене општих правила, што би могло довести до губитка сврхе оснивања црквених задужбина. Сигурно је да црквене задужбине имају посебну правну природу у односу на остале задужбине, и то мора бити узето у обзир и у наведеним ситуацијама које се односе на евентуалну инсолвентност и престанак рада истих.

7. Закључак

Задужбине су правна лица, без обзира на то ко је њихов оснивач. Оне се уписују у регистар и на њих се примењују, пре свега, општа правила која се примењују на све врсте задужбина, без обзира на оснивача и статус њихове имовине. С друге стране, црквене задужбине регулисане су пре свега прописима СПЦ. Међутим, имајући у виду многа питања у вези са оснивањем, радом и престанком црквених задужбина, поставља се питање да ли је примена општих правила и на ова правна лица неизбежна. То се нарочито односи на питање регулисања статуса имовине црквених задужбина као и њиховог престанка. Један од евентуалних разлога примене општих правила јесте и чињеница да постоје две врсте црквених задужбина: оне које имају искључиво црквену намену, тј. основане су за црквене потребе, и оне које су основане ради остваривања и других циљева. Али, несумњиво

је да се све црквене задужбине оснивају имовином цркве, као и другим средствима која им могу бити поверена на управљање, иако црква над имовином задужбине има ограничено право својине. Разлог томе је управо намена ради које је имовина уложена у задужбину, односно круг корисника који ће под одређеним условима ту имовину користити. Најзад, регулисање престанка црквених задужбина је такође битно и због тога што су црквене задужбине као и остала правна лица, и што, у појединим ситуацијама, може доћи до њихове инсолвентности. Но, чак и кад се ради о инсолвентности, односно стечају, као и ликвидацији црквених задужбина, тј. о њиховом престанку, морамо водити рачуна о циљу њиховог оснивања и функционисања, односно о интересу корисника. Но, чињеница је да се у ситуацији празнине у црквеним прописима, кад је у питању регулисање престанка црквених задужбина, морају имати на уму и општа правила, имајући у виду статус имовине црквених задужбина и постојање корисника те имовине као трећих лица. У сваком случају, с обзиром на више пута поменути циљ оснивања црквених задужбина, било би од значаја да се и статус њихове имовине, у случају инсолвентности или потраживања према њима, регулише аутономним прописима цркве, уз поштовање појединих општих правила, као и очување сврхе оснивања и постојања црквених задужбина.

Vladimir Čolović

Principal Research Fellow, Full professor, Institute of Comparative Law, Belgrade

STATUS OF PROPERTY OF CHURCH ENDOWMENTS

Summary

Church endowments are organizations that are established with a specific purpose for religious, church-educational, charitable or other needs of the church, as well as certain of its parts or institutions. Church endowments are charitable institutions whose way of achieving their goals is exclusively unpaid. Beneficiaries of endowments are persons who enjoy the benefits of the endowment. There are two types of church endowments, those that have an exclusively church purpose, that is, that were established for church needs, as well as those that were established to achieve other goals. The paper primarily pays attention to the property status of

church endowments. Namely, all church endowments are established with the property of the church, but the church has a limited ownership right over that property. The reason for this is precisely the purpose of that property, that is, the circle of users who will use that property, under certain conditions. We highlight two basic elements of church endowments, as well as other endowments: property and the purpose of establishment. In the paper, the author pays attention to other issues related to the status of church endowments and their property, the application of regulations that apply to endowments in general, the issue of restitution, then the termination of endowments, as well as the issue of demarcation of endowments from funds.

Keywords: church, religious community, endowment, property, fund, restitution.

РЕФЕРЕНЦЕ:

Монографије, чланци:

- Веселинов Ј., „Задужбине у европском праву: стање и перспективе”, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 3/2021, 700–716.
- Веселинов Ј., *Правни положај задужбина у српском праву и европском правном контексту*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2023.
- Ђукић, Д., „Правни субјективитет верских организација и њихових организационих јединица у Републици Србији”, *Harmonius* 2022, 170–188.
- Јашин С., „Задужбине и задужбинари у српској православној Епархији темишварској”, *Исходишта* 7/2021, 95–112.
- Јовановић Затила М., Чоловић В., *Стечајно право*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2013.
- Миладиновић С., „О правном положају бенефицијара задужбина”, *Гласник права* 3/2011, 1–15.
- Miladinović S., „Foundations in the General property code for Montenegro”, *Strani pravni život* 3/2012, 69–79.
- Милаш Н., *Православно црквено право*, Мостар 1902, фототипско издање, „Истина”, издавачка установа Епархије далматинске, Београд–Шибеник 2004.

- Новаковић Д., „Верско законодавство Краљевине Југославије”, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци* 2/2012, 939–965.
- Станковић О., Водинелић В., *Увод у грађанско право*, Правни факултет, Београд 1996.
- Стјепановић Б., „Имовина СПЦ у светлу члана 62 Предлога Закона о слободи вјероисповести или увјерења и правном положају вјерских заједница”, *Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Београд 2019, 905–921.
- Стојановић Д., Антић О., *Увод у грађанско право*, Правни факултет, Београд 2004.
- Стојановић Н., „Располагање заоставштином у друштвено-корисне сврхе”, *Зборник Правног факултета у Нишу* XLIII/2003, 235–248.
- Тороман М., „Правна природа задужбина и фондова”, *Анали Правног факултета у Београду* 1–2/1993, 210–217.
- Тороман М., *Правни положај задужбина и фондација у свету*, Институт за упоредно право, Београд 1996.
- Тороман М. *et al.*, *Правни режим задужбина и фондова у упоредном праву*, Институт за упоредно право, Београд 2003.
- Farny O. *et al.*, *Taxation of foundations in Europe*, Chamber of Labour Vienna Tax Law Vienna, January 2009.
- Чоловић В., „Реституција црквене имовине (преглед законских решења и приказ појединих проблема у земљама региона и источне Европе)”, у: *Религија – политика – право* (ур. Јован Тирић, Велибор Џомић, Мирољуб Јевтић), Институт за упоредно право – Митрополија Црногорско-приморска – Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд 2015, 901–921.

Остали извори

- Act 3/2002 Coll. of 7 January 2002 on freedom of religious expression and the position of churches and religious societies and amendments to some acts, as amended, <https://legirel.cnrs.fr/spip.php?article458&lang=fr>, 28. 8. 2023
- German Civil Code, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ 28. 8. 2023.
- Закон о враћању одузете имовине и обештећењу Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 72/2011, 108/2013, 142/2014, 88/2015 – одлука УС, 95/2018 и 153/2020.

- Закон о денационализацији Републике Словеније, *Урадни лист Републике Словеније*, бр. 27/1991, 56/1992, 13/1993, 31/1993, 24/1995, 23/1997, 65/1998, 76/1998.
- Закон о задужбинама и фондацијама Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије* бр. 88/2010, 99/2011 – др. закон и 44/2018 – др. закон.
- Закон о реституцији имовине црквама и верским заједницама Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 46/2006.
- Закон о стечају Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018.
- Закон о удружењима Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 51/2009, 99/2011 – др. закони и 44/2018 – др. закон.
- Закон о црквама и верским заједницама Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/2006.
- Law 4301/2014 Organization of the Legal Form of Religious Communities and their organizations in Greece, https://www.minedu.gov.gr/publications/docs2018/Law_4301_Organization_of_the_legal_form_of_religious_communities_in_Greece.pdf, 28. 8. 2023.
- Privatstiftungsgesetz, *Federal Law Gazette 1993/694*.
- Swiss Civil Code of 10 December 1907 (Status as of 23 January 2023), 28. 8. 2023.
- The Act on Foundations and Endowment Funds and on changes and supplements of certain related acts Act No. 227/1997, Coll. of September 3, 1997, <https://webfiles-scl.blackbaud.com/files/support/helpfiles/npoconnect/content/resources/attachments/czech-republic-act-no-227.1997-act-on-foundations-and-endowment-funds.pdf>, 28. 8. 2023.
- Устав Српске православне цркве (1931), http://srpskaenciklopedija.org/doku.php?i=устав_српске_православне_цркве_1931, 28. 8. 2023.
- Nonprofit Law in Germany, <https://cof.org/content/nonprofit-law-germany#-Types>, 28. 8. 2023.

RES SACRAE – LEGAL STATUS AND LEGAL PROTECTION**

Summary

The subject of this article is the legal status of res sacrae in the law of the Republic of Serbia, concerning individual solutions of other legal systems. Some legal questions may be raised regarding this traditional institute of ancient Roman law, which reached the regulations of modern canonical law and certain state laws through canon law. Res sacrae should not be considered a special type of property, but special characteristics of the object of property, which deserve some special legal attributes due to their close connection with the worship and freedom of religion. Therefore, this paper presents the characteristics of res sacrae, i.e. the question of transferability, ownership restrictions and ways of acquiring and losing the status of res sacrae. The special characteristics of res sacrae are primarily intended for their protection and preservation of their sanctity, so the question of alternative mechanisms for the protection of res sacrae has arisen. Therefore, the other subject of this paper is the provision of legal protection of res sacrae through the protection of freedom of religion from Article 9 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as well as through national regulations on cultural property.

Keywords: *res sacrae*, consecration, ownership, cultural goods, legal status.

1. Introductory Remarks

Res sacrae is an old legal institution that originates from Roman law and it still exists in modern legal systems to this day. Its meaning and field of application have evolved so that many issues concerning *res sacrae* deserve

* LLM, Junior Research Assistant, Institute of Comparative Law in Belgrade, ORCID: 0000-0001-8818-1464, i.radomirovic@iup.rs.

** The article was made as a result of the scientific research work of the Institute of Comparative Law financed by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia according to the Agreement on Implementation and Financing of Scientific Research of SRO in 2023 (registration number: 451-03-47/2023-01/200049 of February 3, 2023).

comparative legal and historical analysis. The definition of *res sacrae* is not the same in every legal system today and the range of things that can be *res sacrae* may vary. Also, their legal regime is not the same in all countries. For the aforementioned reasons, the initial part of the paper will contain the general characteristics of *res sacrae*, both according to traditional understandings of Roman law and Canon law and in modern legal systems. First of all, the general analysis of *res sacrae* includes the question of acquisition and the loss of the status of *res sacrae*. Secondly, the paper will cover the legal characteristics of *res sacrae*, which primarily refers to the question of the transferability of *res sacrae* and their suitability to be the subject to enforcement procedure. Through the special legal regime of *res sacrae*, they are also provided with specific legal protection, that is, by their purpose and function.

Furthermore, the paper deals with the issue of protection of *res sacrae* in an incidental way, through other legal mechanisms. Therefore, the further subject of this paper is the possibility of protecting *res sacrae* through the protection of freedom of religion, guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The author will try to answer the question whether the protection of freedom of religion can also be provided with legal protection for things intended for worship and to what extent. Finally, the third platform, through which legal protection of *res sacrae* can be provided, is national and international regulations governing cultural property. In that part of the article, the question will be raised whether *res sacrae* are considered cultural goods, that is, whether they are protected as cultural goods or only some of them. Taking into the account *ratio legis* of the regulation in each case in question, it is necessary to assess whether the protection of *res sacrae* is provided only in an incidental or indirect way, whether all *res sacrae* are protected or only some of them, and whether the special protection of cultural goods also entails special rules which govern the disposition, management and maintenance of *res sacrae*.

2. *Res Sacrae* in General

2.1. *Roman and Canon Law*

The term *res sacrae*, in its developed form in Roman law, refers to certain objects that fall within the category of *res extra commercium*, and whose legal regime is caused by their association with sacredness.¹

¹ H.-R. Held, „*Res sacrae* in Romano–canonical legal Tradition: Vicissitudes of a Roman Legal Concept in Canon Law and Contemporary Legal Systems“, in: *A New*

Therefore, it is clear why for a complete understanding of *res sacrae* it is necessary to understand several things: firstly, how an object becomes *res sacrae*, i.e. how it acquires the epithet of “holiness”, and as a reflection in a mirror, how an object loses its status as *res sacrae*, and secondly, how it is accurately reflected on its actual legal regime especially on the issues of management and disposal of that matter.

The examples of *res sacra* in imperial Roman law included temples, land with sacral purposes, columns, altars, utensils used for worship etc.² In Roman law, cemeteries belonged to *res religiosae*, while in canon law graves were also part of *res sacrae*, since canon law knew not about such distinction. By the words of Gaius, *res sacrae* were thought to be “nobody’s property” (*nullius bonus*), under divine protection, and the legal consequences of that were that they were exempted from any kind of transaction and that nobody could acquire ownership of them. The church, on the other hand, at the beginning of its existence within the framework of the Roman Empire, did not have the status of a legal entity, but was a *collegium illicitum* (illegal entity), and therefore did not have the legal capacity to acquire property.³

As for becoming *res sacra*, the object falls within the category of *res sacrae* if it is the object of *consecration*. Before Justinian’s law, the act of consecration was conducted by the magister and the priest, and each of them had a separate role. After the Justinian’s reform, the sole act of consecration was under the exclusive jurisdiction of the Church.

When it comes to the loss of the status of *res sacra*, the temple that would cease to exist would not cause the land on which the temple was situated to lose its status as well. Also, the *res sacra* conquered by the enemy would cease to exist as *res sacra* but would be able to restore its status if it were returned to the Roman people.⁴ Roman law did not recognize the concept of deconsecration or unmaking a sacred thing, due to the fact that *res sacrae* were considered as *res* without the owner so the *actus contrarius* couldn’t be performed.⁵

Due to the development of the legal concept of *res sacrae*, the act of deconsecration was introduced in medieval canon law. There is also a mention of reconsecration, which may occur once the sacred object is

Role of Roman Taxonomies in the Future of Goods (eds. M. Falcon, M. Milani), Padova 2022, 121.

² H.–R. Held, 122.

³ D. Perić, *Crkveno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2006, 169.

⁴ H.–R. Held, 124.

⁵ M. Farag, *What Makes a Church Sacred? Legal and Ritual Perspectives from Late Antiquity*, University of California Press, Oakland 2021, 12.

desecrated, either by physical damage or by the usage of the schismatic priest or if the excommunicated person is buried in the cemetery etc.⁶ The relevance of reconsecration after the loss of the res in *res sacrae* status, even in case of doubt on whether the Church has already been consecrated, may be pointed out by the fact that the consecration (a well as reconsecration), was compared with the second baptism. When the question was raised before the Fourth Council of Carthage about whether to consecrate a church for which there is uncertainty as to whether it has already been consecrated, the assembled bishops drew an analogy between churches and persons, i.e. baptism, given the fact that a person could be baptised for the second time in case of uncertainty.⁷

As already mentioned, *res sacrae* were considered in Roman law as things outside of circulation (*res extra commercium*). Thus, strictly speaking, it was not possible to transfer ownership of those things. The reason lies in their sacred character, as well as in the understanding of Roman law at the time when they were the property of the deity, so it is not even possible to sell those things in the absence of a holder “on earth”.

2.2. Contemporary Legal Regulations

The importance of the institute *res sacrae* extends beyond the borders of ancient Roman law and its influence can be seen in modern law as well.

Res sacrae are defined in modern theory as movable and immovable things consecrated by church for immediate use in worship.⁸ The *ratio legis* for the legal protection of *res sacrae* ratio is found in the protection of freedom of religion, the right of the church and other religious communities to self-determination and the guarantee of church property.⁹

According to older Catholic canon law, *res sacrae* can be church buildings, altars, chalices, chalices, images of saints, bells and cemeteries, *vasa sacra*, gold and silver vessels, stoles, vestments (used in liturgy), while in Catholic-Protestant law, church buildings, church bells and cemeteries are considered *res sacrae*.¹⁰ Furthermore, it is a generally accepted position in legal doctrine that objects consecrated for the pious use of believers, such

⁶ H.-R. Held, 131.

⁷ M. Farag, 20–21.

⁸ J. Listl, D. Pirson, *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin 1994, 4.

⁹ A. F. Campenhausen, H. de Wall, *Staatskirchenrecht – eine systematische Darstellung des Religionsverfassungsrechts in Deutschland and Europa*, Verlag C. H. Beck München, München 2006, 261.

¹⁰ J. Listl, D. Pirson, 5.

as rosaries, candles, and holy water, are not *res sacrae*, and that they are the subject to the general legal regime of goods provided for by the state regulations of the country in question. Despite the absence of the unified view of which things can be *res sacrae*, there are some for which consensus has been reached, such as church buildings, cemeteries and church bells.¹¹

As for the legal consequences of such arrangement of *res sacrae*, it is considered in German doctrine that one of the effects is notably a limitation in the transfer of those things, in the sense that during the transfer of those things, their purpose cannot be changed. Any acquirer of property *res sacra* has to suffer its purpose and must not change it, and even a conscientious acquirer, who did not know or could not have known of its purpose cannot acquire it without this restriction of use.¹² That means that the element of conscientiousness on the part of the acquirer is not important, that is, that the interest in preserving the purpose of *res sacrae* overrides the interest in protecting a conscientious person. *Res sacrae* have a clearly intended purpose, which is direct use in worship, and for the protection of their dignity, they need to be used with respect, and it is not allowed to use them for profane purposes or contrary to their purpose.¹³ Thus, modern German law allows the sale of *res sacrae*, in contrast to the original regulation from Roman law. Contemporary Serbian law does not speak about the prohibition of the circulation of *res sacrae*, so it can only be concluded that their circulation is allowed, although sometimes in a limited form, for example when it comes to *res sacrae* which are also cultural goods, which will be discussed further in the text.

In Serbian law, *res sacrae* are owned by churches and other religious organisations or even other persons, and since they are the legal persons within the meaning of the private law, i.e. the church is also a civil legal entity, then its belongings are also in free circulation.¹⁴ When it comes to immovable cultural assets that are *res sacrae*, such as religious temples, the dominant position is that they are *de facto* out of circulation, bearing in

¹¹ *Ibid.*, 10.

¹² *Ibid.*, 11, 12.

¹³ J. Listl, D. Pirson, 5.

¹⁴ O. Stanković, M. Orlić, *Stvarno pravo*, Nomos, Beograd 1996, 14. The opinion on the status of the church as a legal person of private law is not unanimously accepted in the Serbian legal doctrine. On the position that the church is a legal person of public law, or that it should be, see: M. Radulović, „The Church—A Legal Entity Sui Generis”, in: *Legal Position of Churches and Religious Communities in Montenegro Today* (ed. Bogoljub Šijaković), Nikšić 2009, 56; V. Marković, „O javnim ovlašćenjima crkava i verskih zajednica u svetlu Mitrovdanskog ustava i Zakona o crkvama i verskim zajednicama”, in: *Prilozi državno—crkvenom pravu Srbije* (eds. Vladimir Đurić, Vladimir Čolović), Institut za uporedno pravo, Beograd 2022, 103.

mind the number and degree of ownership restrictions on those assets.¹⁵ In this regard, Italian law is more by German, given the fact that para. 831 of the Italian Civil Code provides that buildings, intended for the public performance of Catholic worship, can be transferred, but their purpose cannot be changed until the intended use ceases in accordance with the provisions of the laws that apply to them.¹⁶

The issue of suitability for the forced execution of *res sacrae* matters should also be raised. In German law, execution of *res sacrae* is possible in general, as long as their purpose does not change.¹⁷ On the contrary, the Serbian Law on Churches and Religious Communities expressly states that “sacred and cultural heritage of churches and religious communities, including immovable cultural assets, cannot be the subject to forced execution or alienation in bankruptcy or forced settlement proceedings”.¹⁸ In this place, certain inaccuracies in the legal wording of the Serbian Law should be noted, although the legal wording itself would be sufficient for comparison. It is not entirely clear whether sacral heritage on the one hand, and cultural heritage on the other, represent two different types of heritages and what each of them includes or it is only a matter of a stylistic formulation of the legislator. Also, the relationship of immovable cultural assets with those heritages is not clear, since a simple linguistic interpretation would lead to the conclusion that immovable cultural assets can be part of sacred or part of cultural heritage. In any case, immovable cultural assets that are consecrated for worship meet the conditions to be considered as *res sacrae*, so in that part, one can talk about exemption from execution, unlike the German solution.

2.2.1. The Acquisition and Loss of *Res Sacrae* Status

An object becomes *res sacra* by the act of consecration (*consecratio*), which some consider being an administrative act, but the more prevalent position is that the act of consecration should be considered as a unilateral declaration of will made by an authorised person, which produces prescribed legal consequences.¹⁹

In this sense, the declaration of will should be made freely and seriously, in a way that its content can be determined with an adequate level

¹⁵ D. Čelić, „Ograničenja prava svojine na nepokretnim kulturnim dobrima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu* 2/2021, 563.

¹⁶ Italian Civil Code (*Codice Civile*) of March 16, 1942, with the latest change on March 2, 2023.

¹⁷ J. Listl, D. Pirson, 12.

¹⁸ Čl. 27, st. 1 Zakona o crkvama i verskim zajednicama Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2006.

¹⁹ J. Listl, D. Pirson, 14; A. F. Campenhausen, H. de Wall, 262.

of certainty, while the question of form and procedure is within the area of church law. Some scholars also claim that the sacral character of immovable things can be a consequence of human action, i.e. the act of consecration, miraculous events that are recorded as such in religious sources, due to the presence of revered persons, as well as because some significant events took place on them.²⁰ The effect of the consecration of a building is reflected in the fact that it is considered consecrated as long as at least some part of the building remains preserved, and the second, subsequent effect is that consecration is not allowed unless the property is desecrated by bloodshed or another crime,²¹ in which case the act referred is called *reconsecratio*. Legal protection of sacred objects located on state land, in public ownership, can be provided through laws and other regulations enacted for that purpose, or through general measures to protect freedom of religion in legal and other regulations.²²

A thing ceases to be *res sacra* in several ways: by decay and deconsecration, an act that by its nature is considered the opposite of the act of consecration (*actus contrarius*), by which the thing is given a profane purpose, and it can also cease consequentially by the cessation of the church or religious community that consecrated it.²³

The administration of goods in catholic canon law is based on the Second Vatican Council decrees *Christus dominus*²⁴ and *Presbyterorum ordinis*²⁵, which accentuated the desire to emphasize the spiritual function of church goods²⁶. In accordance with the opinion of the canonists, in order to achieve justice in a broader notion, imbued with Christian values, it is necessary to use a more flexible approach when interpreting the legal norms, in order to resolve a certain legal issue in a way that is by a Christian perspective.²⁷

In the Orthodox Worm, objects, within the property of the church, are divided according to the goal, purpose, and place where they are located.²⁸

²⁰ R. B. Collins, „Sacred Sites and Religious Freedom on Government Land”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 2/2003, 241.

²¹ O. J. Reichel, *The Elements of Canon Law*, T. Baker, London 1889, 244, 245.

²² R. B. Collins, 242.

²³ J. Listl, D. Pirson, 15.

²⁴ *Christus Dominus*: https://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decree_19651028_christus-dominus_en.html, 31. 8. 2023.

²⁵ *Presbyterorum Ordinis*, https://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decree_19651207_presbyterorum-ordinis_en.html.

²⁶ P. Astorri, W. Decock, „Canon Law“, in: *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (eds. J. M. Smits, J. Husa, C. Valcke, M. Narciso), Cheltenham 2023, 200.

²⁷ P. Astorri, W. Decock, 201.

²⁸ B. Stjepanović, „Imovina SPC u svetlu člana 62. Predloga Zakona o slobodi vjeroispovesti ili uvjerenja i pravnom položaju verskih zajednica”, in: *Državno–crkveno pravo kroz vekove* (ed. Vladimir Čolović *et al.*), Institut za uporedno pravo, Mitropolija crnogorsko – primorska, Beograd 2019, 907.

They can be divided into consecrated goods and other goods.²⁹ When it comes to sacred objects, it is important to emphasise that according to the canons of the Seventh Ecumenical Council, sacred objects in the temple are holy by themselves therefore consecration is not required for their acquisition of the status of *res sacrae*.³⁰ That leads to the conclusion that sacred objects, i.e. objects intended for worship in churches, have an immanent sacred status and therefore the act of consecration is unnecessary.

The management of church property by the Serbian Orthodox Church is regulated by the Constitution of the Serbian Orthodox Church.³¹ Thus, the Constitution of the Serbian Orthodox Church limits the use of church property, by providing that church property and church income can only be used for general or special church needs.³² Furthermore, the Constitution of the Serbian Orthodox Church regulates the possibility of ownership restrictions on church assets acquired on the basis of a gift. Namely, immovable church property donated for a special purpose cannot be subject to alienation or pledge, if the donor expressly forbids it. Therefore, in the law of the Serbian Orthodox Church, there is a possibility of a complete restriction of conveyance on certain, immovable church assets, but it is not stated *a priori*. However, it depends on the will of the donor.

It may be concluded that the influence of Romano–canonical regulation of *res sacrae* is noticeable in several parts. First, the term *res sacrae* is still used in some contemporary legal systems. Secondly, many objects that are by definition considered to be *res sacrae* have acquired the status of cultural goods, by which they have obtained a whole new level of both national and international protection,³³ which will be elaborated in the following part of the text.

3. Protection of *Res Sacrae* as Cultural Goods

The concept of cultural goods does not include all things that are *sacred* by nature, and in this respect, it represents a broader concept. On the other hand, *res sacrae* as a legal institute includes several objects, not all of which are considered cultural goods. Thus, the relationship between the concept of cultural property, on the one hand, and *res sacrae*, on the other hand, can be shown in a Venn diagram, with intersection

²⁹ *Ibid.*

³⁰ M. Nikodim, *Pravila pravoslavne crkve s tumačenjima, knj. 1*, Istina, izdavačka ustanova Eparhije dalmatinske, Beograd, Šibenik 2004, 595.

³¹ Constitution of the Serbian Orthodox Church, *Glasnik*, br. 7–8/47.

³² Art. 247 of the Constitution of the Serbian Orthodox Church.

³³ H.–R. Held, 138.

points where *res sacrae* is protected through cultural property protection regulations.

Cultural goods are, according to the provision of Art. 5 al. 3 “*part of the material and cultural heritage valued and determined in accordance with the law*”.³⁴ Therefore, the cultural heritage of the Republic of Serbia is a broader concept, which includes a set of material and immaterial resources inherited from the past, recognised as a reflection and expression of continuously evolving values, beliefs, knowledge and traditions, created by the interaction of man and space over time, which are located on the territory of the Republic of Serbia, including the Autonomous Province of Kosovo and Metohija.³⁵

First of all, it is important to note that the Serbian Law on Cultural Property of the Republic of Serbia does not define the concept of immovable cultural property, including places of worship.³⁶

The term religious immovable cultural property includes religious temples, which are *res sacrae*, and immovable cultural property which, according to the position and autonomous regulations of the church or religious community, are considered sacred (*res sancti*).³⁷ The protected environment of the immovable cultural property is provided with legal protection, as well as the immovable cultural property itself, while also its appendages. The Montenegrin Law on the Protection of Cultural Property contains a definition of immovable cultural property, and it defines immovable cultural property as a profane, sacred, memorial, fortification or infrastructural object, a group of buildings or an area with characteristic interactions between man and nature.³⁸

When it comes to movable *res sacrae*, the Law on Cultural Heritage provides for the types of movable cultural assets such as: museum materials, archival materials, film and other audiovisual materials, and old and rare library materials. Based on that legal provision, it is clear in which part there is a discrepancy, that is, that movable *res sacrae* do not enjoy the legal protection provided for by that law.

The *ratio legis* of the protection of cultural property is founded on the existence of legitimate interests of the community in protecting certain

³⁴ Zakon o kulturnom nasleđu Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 129/21.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Zakon o kulturnim dobrima Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 71/94, 52/2011 – dr. zakoni, 99/2011 – dr. zakon, 6/2020 – dr. zakon i 35/2021 – dr. zakon i 129/2021 – dr. zakon.

³⁷ D. Čelić, „Osobenosti ograničenja prava svojine na nepokretnim kulturnim dobrima u svojini crkava i verskih zajednica“, *Crkvene studije* 19/2022, 468.

³⁸ Zakon o zaštiti kulturnih dobara, *Službeni list CG* br. 049/10 od 13. 8. 2010, 040/11 od 8. 8. 2011, 044/17 od 6. 7. 2017, 018/19 od 22. 3. 2019.

objects. It is interesting to note that the protection of cultural assets is not carried out by granting additional rights to their holder but through various mechanisms and legal solutions that limit property rights. Thus, cultural property cannot be damaged or destroyed without the consent of the competent institution, nor can its appearance, properties or purpose be changed. It is a matter of consent that is given according to the rules of administrative procedure, in the form of an administrative act, and it does not require the fulfilment of the conditions of the form from the law of obligations.³⁹

3.1. Rights and Obligations of the Holder of Cultural Property

The Law of the Republic of Serbia regulating the protection of cultural goods explicitly states both the rights and obligations that are imposed on the owner and the holder of cultural property. In accordance with the statement that the limitation of ownership and holding powers, as well as deviation from their general rules, actually represents a protection mechanism, the Law on Cultural Heritage provides for the special rights and obligations of owners and holders of cultural assets. Thus, the owner, i.e. the holder, is authorised to use the object in accordance with the law and established measures, as well as to implement the measures *with the care of a good householder*. The legal standard in question is traditionally acknowledged in the law of obligations, and it is implemented through various provisions of the law regulating the obligations and is provided for by the general provision of the Law on Obligations, according to which the parties in an obligation are obliged to act with the due care that is required in legal transactions in the corresponding type of obligation relations. That further means that the degree of carelessness, which led to damage will be measured according to the degree of due care that is required in such type of a relationship.⁴⁰

Based on that, as well as on the other provisions that speak about the legal position of owners and holders of cultural property, it may be concluded that, due to his status as the holder of real rights, he is in a certain type of relationship with the state, from which certain obligations of a legal character arise. Also, the owner or the holder of the cultural property has the right to compensation for damages suffered as a result of the sea, as a result of which the cultural property was made available to the public. The existence of a public interest in cultural property being accessible to

³⁹ I. Radomirović, „Saglasnost za zaključenje ugovora”, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 2/2023, 486.

⁴⁰ Z. Slakoper, S. Nikišć, „Dužna pažnja prema Zakonu o obveznim odnosima”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2023, 54.

everyone, in order to perform its social function, is a burden on the property, whose owner is obliged to bear.

Obligations of tolerance imposed on the holder of cultural property are diverse and refer to several measures that authorised bodies can take to preserve cultural property, keep records, conduct scientific and other research and ensure the performance of social functions and protection of public interests. The bigger the importance of the cultural property, the greater the limitation of its titular trip, which supports the fact that the owner or possessor holds the cultural property, not only in his name and on his behalf, but also in the name of the entire community and authorities to whom the value of the cultural good belongs. When it comes to immovable cultural goods, the owner of the cultural goods also suffers from certain property rights restrictions regarding the authorisation of use and actual disposal. First of all, he must not use the cultural property for purposes that are not by its nature, purpose and importance, or in a way that may lead to damage to the cultural property, nor may he excavate, demolish, rebuild, wall, rework or carry out any works which may violate the properties of cultural property under previous protection without the established conditions and consent of the competent authority.⁴¹ Those are serious restrictions on property rights and possession, but they are still considered necessary and proportionate to the goal for which they are imposed.

The law also limits the right of legal disposal of cultural goods. The legal right of pre-emption has been established in favour of the Republic of Serbia, and its regulation deviates to a certain extent from the solution provided for by the Law on the Transfer of Real Estate. The greatest extent is the fact that it does not only apply to immovable objects but also to works of art and other movable items. The exercise of the right of pre-emption of immovable goods shall be conducted within the application of the Law on Real Estate Transactions.⁴² The analysis of the wording used by the Law on the Protection of Cultural Property when it comes to the obligation of the owner of the property should be noted. First of all, the Law on the Protection of Cultural Property uses the term “notice”, although it is not just a notice of intended sale, but an offer to conclude a contract on the transfer of immovable property, which must contain all the essential elements of the contract for which it is intended to be concluded. An even more interesting legal wording is the one by which the respective protection institution declares

⁴¹ Čl. 102 Zakona o kulturnom nasleđu Republike Srbije.

⁴² The right to pre-emption is also constituted for favor of the state in the Montenegrin Law on the protection of cultural goods. This right to pre-emption refers only to the emption of the goods in private ownership.

the “intention of use”, and not the acceptance or rejection of the offer. That is a very clumsy and inappropriate wording, which does not bring the title holder of the cultural property into a state of certainty. Namely, the statement of intent to use cannot be considered as acceptance of an offer to conclude a contract. Thus, in the case of a statement, provided for by law, it would lead to legal uncertainty and frustrate the holder’s already limited right of legal disposal. Therefore, the adaptation of that provision to the purpose of the right of pre-emption, i.e. the use of precise wording, so that the notice of the protection institution leads to the conclusion of the contract under the conditions stipulated in the offer, should be *de lege ferenda*. Another important limitation is the ban on the permanent export of cultural goods outside the territory of the Republic of Serbia, which refers to movable cultural goods.

The Montenegrin Law on the Protection of Cultural Property expressly provides that cultural property in private ownership is managed by its owner or the person to whom he entrusts the management of the contract,⁴³ and the Law foresees the possibility of appointing a temporary representative for the protection of cultural property, if its owner or holder abandons it. Otherwise, throughout the entire Law on the Protection of Cultural Property of Montenegro, a clear distinction is made between cultural property in the state and private ownership and different legal consequences are attached to the personality of the holder. Thus, immovable cultural property in state ownership cannot be alienated (except in the case of alienation by exchange), while movable cultural property can only be temporarily assigned in cases specified by law.⁴⁴ Also, on state-owned cultural property, no encumbrance or limitation of ownership rights can be established, nor can enforcement proceedings be carried out, in order to secure and settle the obligations of the entities that dispose of it.⁴⁵ On the other hand, there are no legal obstacles to the enforcement procedure being carried out over a cultural good in private ownership, in which case the right of pre-emption is constituted in favour of the state.

The regulations on the protection of cultural property protect a large number of immovable *res sacrae*, bearing in mind that about 30% of the monuments included in the list of UNESCO’s World Cultural Heritage are precisely *res sacrae*.⁴⁶ Therefore, national and international regulations

⁴³ Since it is not a deviation from the usual regime of exercising subjective rights, i.e. the principle that they can be exercised alone or through another, this provision is only of declarative importance.

⁴⁴ Čl. 42 Zakona o zaštiti kulturnih dobara Crne Gore

⁴⁵ *Ibid.*, čl. 43.

⁴⁶ D. Čelić (2021), 563.

on the protection of cultural property represent an important mechanism for the protection of *res sacrae*, although those regulations provide protection only to certain categories of *res sacrae*.

4. Protection of *Res Sacrae* Through the Protection of Freedom of Religion from Article 9 of the European Convention

4.1. General remarks

As the next potential mechanism for the protection of *res sacrae*, the question can be raised as to whether the threat of *res sacrae* by a state party to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter: the European Convention) can be considered a violation of freedom of religion.

European Convention of Human Rights and Fundamental Principles (in further text: European Convention), article 9 states that:

„Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance. Freedom to manifest one’s religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

First of all, it is important to emphasise that the church or other religious community is authorised to protect their rights on behalf of its adherents guaranteed by Article 9 of the European Convention. So, there is a possibility that a church or other religious body submits a petition in order to protect the freedom of religion of its believers.⁴⁷ Therefore, the question that the author raises in this chapter refers to the possibility of providing *res sacrae* with indirect protection, i.e. through the protection of the human rights of the believers of the church or other religious community to which *res sacrae* belongs, that is, in which case *res sacrae* status is recognised. For further analysis, it is necessary to specify two facts. First, it is a violation of the freedom of religion that is experienced by natural persons, believers, and not the church, even though the object on which the violation is committed and the violation of rights is in the possession of the church or religious body. Secondly, the author directs the question, raised to

⁴⁷ *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], 2000, par. 72.

the violation of the collectivity of the aspect of freedom of religion. In this sense, it can be concluded that the petition submitted by the church or other religious organisation is compatible *ratione personae* with the Convention, and the church or organization may address the Court regarding the violation within the meaning of Article 34 of the Convention.⁴⁸

One can manifest his religious beliefs according to the European Convention, through worship, teaching, practice and observance. The subject of the analysis is cases in which the applicants claimed that they were denied the opportunity to manifest their beliefs through worship, which threatened their freedom of religion.

4.2. Relevant case-law

The applicants in one case were representatives of two Jewish organisations, who claimed that their freedom of religion under Article 9 of the European Convention had been violated by the neglect of Jewish cemeteries by Ukraine, and by the fact that the Ukrainian authorities turned a deaf ear to their requests to re-establish the boundaries of Jewish cemeteries and bring them to the state they were in, before the Second World War, and stop further construction works on that land as well. In that proceeding, the court confirmed its previously stated position on the scope of application of Article 9, stating that Article 9 does not protect “every act motivated or inspired by religious beliefs”.⁴⁹ The act that is either motivated or inspired by a religion or belief has to be intimately linked to the religion in question.⁵⁰ However, the quality of that act and its connection to religious beliefs has to be estimated by taking into consideration specific facts of the case in question.

The European Court of Human Rights has repeatedly taken the position that it cannot be concluded from the provisions of Article 9 of the European Convention that persons have the right to be provided by public authorities with a place of worship.⁵¹ In that specific case, the church

⁴⁸ Council of Europe, Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_9_eng, 31. 8. 2023.

⁴⁹ The court also relied on the fact that the area of the said cemeteries was destroyed more than 70 years ago, and that in the meantime buildings were built on that area *Representation of the Union of Councils for Jews in the Former Soviet Union and Union of Jewish Religious Organisations of Ukraine* [GC], 2014, par. 36; *Kalaç v. Turkey*, 1997, par. 27.

⁵⁰ Council of Europe, Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_9_eng, 31. 8. 2023.

⁵¹ *Rymsko-Katolytska Gromada Svyatogo Klymentiya V Misti Sevastopoli v. Ukraine* [C], 2016, par. 61.

building was the subject of nationalisation, after which it was renovated and adapted to be a children's cinema, so that the lower part of the altar was turned into a public toilet, while the rest of the space housed a currency exchange while in the process of renovation, the tower-bell has been destroyed. In his application, the applicant called that use of the church offensive and contrary to the beliefs about how it should be used. Despite that, the European Court of Human Rights has found that the authorities' refusal to transfer church premises into ownership by the applicant association does not have a direct bearing on the applicant association's expression of their beliefs. With that decision, the court has also shown that Article 9 does not include the right to the return of seized property, which was used for the performance of religious ceremonies

The court also ruled that the legitimate interests of others outweighed the applicant and his need to perform certain religious rites, *in concreto* related to the ringing of church bells before 7:30 a.m. In the specific case, the rights of other persons prevailed, as a legitimate interest, and the restriction passed the proportionality test, bearing in mind that the applicant was allowed to use the church bells before 7.30 in the morning, but at a limited volume, while during the rest of the day he was allowed to use them as before.⁵²

On the other side, although the practice of the European Court of Human Rights confirms that the European Convention does not guarantee the right of churches and religious communities to acquire places of worship from the public authorities, it is nevertheless a clear position that the possession of a religious building in which to worship, as well as the manner of its operation, is, in principle, subject to protection in the sense of Article 9 of the European Convention.⁵³ The same reasoning applies to cemeteries if they are of key importance for the exercise of religion.⁵⁴

However, what should be particularly emphasised is that the European Convention does not impose an obligation on the signatory states to provide for any special legal status for things intended for worship thus making the introduction and recognition of such a status the sole decision of each state individually. That means that *res sacrae*, regardless of their status in a specific state or church community, do not automatically enjoy

⁵² *Schilder v. the Netherlands*, 2012.

⁵³ This opinion has been confirmed in several judgments of the European Court of Human Rights. See: *The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. The UK*, Application no. 7552/09, 2014, 30. It is pointed out that the building is thought to be the most sacred place by the members of the Church. See also: *Association Les Témoins de Jéhovah v. France*, Application no. 8916/05, 2011, par. 48–54.

⁵⁴ *Johannische Kirche and Peters v. Germany*, 2011, declared inadmissible.

protection according to the provisions of the European Convention. *Res sacrae* are protected, not because of their inherent properties, but only in that part in which their violation also represents a violation of freedom of religion. Therefore, the protection of *res sacrae* is significantly limited by the pure practical reasoning of the European Court. It is necessary to establish that the violation of specific *res sacra* prevents an individual from the act of worship as well as that such an act has also an intimate, meaningful connection with religion and the beliefs of the church or religious community of which the individual is a member. Therefore, it is not possible to state regularity in terms of the protection of *res sacrae* under the auspices of the Council of Europe and the European Court of Human Rights, but the provision of protection will depend on the details of the specific case. It is important to bear in mind that the jurisprudence of the European Court of Human Rights focuses on the theological and evolutionary interpretation of the norms of the European Convention,⁵⁵ whose goal is to improve and increase the scope of human rights protection, through the evolutionary interpretation of the European Convention and by giving new spirit to the provisions of the European Convention.⁵⁶

5. Conclusion

Res sacrae is a legal institute coined in ancient Roman law, which has found its way to modern church law through the Justinian codifications. In the meantime, the very meaning of the term has evolved significantly and to this day there is not even a universal consensus on what can represent *res sacrae*. However, it can be said with certainty that it refers to objects, movable and immovable, intended for worship. At that point on the path of conceptual determination, the question arises as to whether the matter can be considered to be *res sacra* in itself, or whether a special procedure, such as consecration is necessary and is regulated by the autonomous regulations of a specific church or religious community. Also, it can be concluded with certainty that the status of *res sacrae* is determined by its purpose and not by its physical properties and characteristics. Further reasoning would lead to the conclusion that any object, movable or immovable, can aspire to become *res sacrae*. By acquiring that status, it comes under a special legal regime, but that does not mean that there is a special type of ownership.

⁵⁵ F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Presses Universitaires de France, Paris 2014, 21.

⁵⁶ I. Radomirović, „Odnos prava svojine i prava na dom iz perspektive nacionalnih sudova i evropskog suda za ljudska prava“, in: *Zaštita ljudskih prava i sloboda u svetlu međunarodnih i nacionalnih standarda*, Kosovska Mitrovica 2022, 457, 458.

Therefore, it is important to distinguish the *modus acquirendi* of the ownership right to objects that are or aspire to become *res sacrae* and a kind of *modus acquirendi* of the *res sacrae* status itself.

Be that as it may, the imprecise conceptual definition significantly complicates their legal protection in a unique way in modern legal systems. For that reason, in legal science, one comes across the understanding that the concept of *res sacrae* in the legal sense has been overcome, and there are justified reasons for such a point of view. The group of objects that can be *res sacrae* is numerous and diverse, and they, prior to the status of *res sacrae*, also have other attributes, due to which they are protected in modern law. Therefore, the very essence of this article is to determine the various mechanisms by which the protection of the *res sacrae* is provided. There is a special understanding of the question of transferability of real rights on those objects, the question of the possibility of enforcement of *res sacrae* as well as the existence of ownership restrictions on the things that are *res sacrae* themselves. The property law itself strives to protect *res sacrae* objects through special modalities of use and circulation so that through their legal treatment, legal protection is primarily provided.

In addition, *res sacrae* are protected indirectly through the guarantee of freedom of religion guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. That protection is not provided to all goods intended for worship, but only to those intended for worship practically and intimately, which is a question to which the European Court answers on a case-by-case basis. Certainly, protection is not provided primarily to objects, but to freedom of religion as one of the basic requirements in democratic societies, while *res sacrae* are protected only to the extent that is necessary to protect freedom of religion. The third modality of protection is the protection of *res sacrae* through national and international regulations on the protection of cultural heritage and cultural goods. Given the fact that not all *res sacrae* can be considered cultural goods, not all *res sacrae* enjoy legal protection on this legal basis. Also, the aim of protecting cultural assets is to protect the public interest in preserving symbols of cultural identity, national continuity and cultural heritage, and not to protect the worship itself.

Ивана Радомировић

Истраживач приправник, Институт за упоредно право Београд

RES SACRAE – ПРАВНИ СТАТУС И ПРАВНА ЗАШТИТА

Сажетак

Тема овог рада је правни режим res sacrae у позитивном праву Републике Србије, са освртом на поједина решења других правних система. У питању је традиционални институт старог римског права, који је путем канонистике стигао и до прописа савременог законског права и појединих државних права. Res sacrae не треба сматрати посебном врстом својине, већ посебним карактеристикама предмета својине, због чије блиске повезаности са богослужењем и слободом вероисповести заслужују нарочите правне атрибуте. Стога се у овом раду приказују својства res sacrae, односно питање прометљивости, својинскоправних ограничења и начина стицања и губитка статуса res sacrae. Посебне карактеристике res sacrae, првенствено су намењене њиховој заштити и очувању њихове светости, па се поставило питање алтернативних механизма заштите res sacrae. Стога је тема овог рада и пружање правне заштите res sacrae путем заштите слободе вероисповести из члана 9 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, као и путем националних прописа о културним добрима.

Кључне речи: *res sacrae, посвећење, својина, културно добро, правни статус.*

REFERENCES

Monograph, articles

- Astorri P., Decock W., „Canon Law”, in: *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (eds. Jan M. Smits et al.), Cheltenham 2023, 195–202.
- Collins R. B., „Sacred Sites and Religious Freedom on Government Land”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 2/2003, 241–270.

- Campenhausen, A. F., de Wall, H., *Staatskirchenrecht – eine systematische Darstellung des Religionsverfassungsrechts in Deutschland and Europa*, Verlag C. H. Beck München, München 2006.
- Čelić D., „Ograničenja prava svojine na nepokretnim kulturnim dobrima”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu* 2/2021, 545–569.
- Čelić D., „Osobnosti ograničenja prava svojine na nepokretnim kulturnim dobrima u svojini crkava i verskih zajednica”, *Crkvene studije* 19/2022, 465–482.
- Farag M., *What Makes a Church Sacred? Legal and Ritual Perspectives from Late Antiquity*, University of California Press, Oakland 2021.
- Held H.–R., „*Res sacrae* in Romano–canonical legal Tradition: Vicissitudes of a Roman Legal Concept in Canon Law and Contemporary Legal Systems“, in: *A New Role of Roman Taxonomies in the Future of Goods* (eds. Marco Falcon, Mattia Milani), Jovene, Padova 2022, 121–147.
- Listl J., Pirson D., *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin 1994.
- Marković V., „O javnim ovlašćenjima crkava i verskih zajednica u svetlu Mitrovdanskog ustava i Zakona o crkvama i verskim zajednicama“, in: *Prilozi državno–crkvenom pravu Srbije* (eds. Vladimir Đurić, Vladimir Čolović), Institut za uporedno pravo, Beograd 2022, 101–119.
- Milaš N., *Pravila pravoslavne crkve s tumačenjima, knj. I*, Istina, izdavačka ustanova Eparhije dalmatinske, Beograd, Šibenik 2004.
- Perić D., *Crkveno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2006.
- Radomirović I., „Odnos prava svojine i prava na dom iz perspektive nacionalnih sudova i evropskog suda za ljudska prava”, in: *Zaštita ljudskih prava i sloboda u svetlu međunarodnih i nacionalnih standarda*, Pravni fakultet u Prištini, Kosovska Mitrovica 2022, 455–472.
- Radomirović I., „Saglasnost za zaključenje ugovora”, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 2/2023, 480–504.
- Radulović M., „The Church–A Legal Entity *Sui Generis*”, in: *Legal Position of Churches and Religious Communities in Montenegro Today* (ed. Bogoljub Šijaković), Bona Fides, Nikšić 2009, 54–59.
- Reichel O. J., *The Elements of Canon Law*, T. Baker, London 1889.
- Slakoper Z., S. Nikišić S., „Dužna pažnja prema Zakonu o obveznim odnosima”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2023, 25–58.

- Stjepanović B., „Imovina SPC u svetlu člana 62. Predloga Zakona o slobodi vjeroispovesti ili uvjerenja i pravnom položaju verskih zajednica”, in: *Državno–crkveno pravo kroz vekove* (eds. Vladimir Čolović et al.), Institut za uporedno pravo, Mitropolija crnogorsko–primorska, Beograd Budva 2019, 905–921.
- Škalabrin N., „Stjecanje dobara”, *Bogoslovska smotra* 1/2004, 233–262.
- Stanković O., Orlić, M., *Stvarno pravo*, Nomos, Beograd 1996.
- Sudre F., *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Presses Universitaires de France, Paris 2014.

Other sources

- Association Les Témoins de Jéhovah v. France*, Application no. 8916/05, 2011.
- European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms*, with additional protocols, *Council of Europe*.
- Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], 2000.
- Council of Europe*, Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_9_eng, 31. 8. 2023.
- Italian Civil Code (Codice Civile)* of March 16, 1942, with the latest change on March 2, 2023.
- Johannische Kirche and Peters v. Germany*, 2011.
- Kalaç v. Turkey*, 1997.
- Representation of the Union of Councils for Jews in the Former Soviet Union and Union of Jewish Religious Organisations of Ukraine* [GC], 2014.
- Rymsko–Katolytska Gromada Svyatogo Klymentiya V Misti Sevastopoli v. Ukraine* [C], 2016.
- Schilder v. the Netherlands*, 2012.
- The Church of Jesus Christ of Latter–Day Saints v. The UK*, Application no. 7552/09, 2014.
- Ustav Srpske pravoslavne crkve*, *Glasnik* br. 7–8/47.
- Zakon o kulturnim dobrima Republike Srbije*, *Službeni glasnik RS* br. 71/94, 52/2011 – dr. zakoni, 99/2011 – dr. zakon, 6/2020 – dr. zakon i 35/2021 – dr. zakon i 129/2021 – dr. zakon.
- Zakon o crkvama i verskim zajednicama Republike Srbije*, *Službeni glasnik RS* br. 36/2006.

- Zakon o kulturnom nasleđu Republike Srbije, Službeni glasnik RS* br. 129/21.
- Zakon o obligacionim odnosima, Službeni Sl. list SFRJ* br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, “Sl. list SRJ”, br. 31/93, “Sl. list SCG”, br. 1/2003 – Ustavna povelja i “Sl. glasnik RS”, br. 18/2020.
- Zakon o slobodi vjeroispovijesti ili uvjerenja i pravnom položaju vjerskih zajednica, Službeni list CG* br. 74/2019 i 8/2021.
- Zakon o zaštiti kulturnih dobara, Službeni list CG* br. 049/10 od 13. 8. 2010, 040/11 od 8. 8. 2011, 044/17 od 6. 7. 2017, 018/19 od 22. 3. 2019.

ОСИГУРАЊЕ ВЕРСКИХ ОБЈЕКТАТА – ИЗАЗОВИ И МОГУЋА РЕШЕЊА**

Сажетак

Неретко смо сведоци непредвиђених догађаја (елементарних непогода, пожара) услед којих долази до оштећења имовине. Међутим, специфична је ситуација уколико се ради о оштећењу имовине, која има посебну културну и историјску важност и вредност, као што су верски објекти. У оваквим ситуацијама осигурање представља један вид заштите који може омогућити накнаду барем дела претрпљене штете. Ипак, за разлику од осталих врста осигурања имовине, осигурање верских објеката има низ специфичности. Пре свега, потребно је утврдити коме припада право својине на предметном објекту. У неким случајевима ови објекти су у власништву државе, а у неким су у приватном власништву цркве. Од одговора на то питање зависи врста осигурања коју је за конкретан објекат могуће уговорити. Наиме, уколико је објекат у приватном власништву, могуће је за њега закључити уговор о осигурању имовине. С друге стране, уколико се на објекту изводе радови, без обзира на власништво, могуће је и пожељно закључити уговор о осигурању од одговорности извођача радова. Чак и у случајевима када је могуће осигурати објекат, посебан изазов представља одређење премије и суме осигурања, будући да се најчешће ради о објектима који немају тржишну вредност, као и да тржиште за ову врсту осигурања није довољно развијено, што додатно утиче на повећање износа премије. У раду аутор настоји да установи проблеме приликом осигурања верских објеката и одговори на питања која је потребно анализирати пре закључења уговора о осигурању. На овај начин аутор настоји да укаже на значај ове доста неразвијене врсте осигурања.

* Доктор правних наука, истраживач сарадник Института за упоредно право у Београду, iva_tosic@hotmail.com

** Рад је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број: 451-03-47/2023-01/200049 од 3. 2. 2023).

Кључне речи: осигурање имовине, верски објекат, културно-историјски објекат, осигурање од одговорности, извођач радова, тржишна вредност.

1. Увод

Верски објекти представљају објекте од посебне културне и историјске вредности и у случају њиховог уништења или оштећења, реконструкција углавном захтева издвајање већих финансијских средстава. Нису тако ретке ситуације у којим су верски објекти од посебне важности били изложени некој непогоди услед чега је дошло до њиховог оштећења.² У том случају, имајући у виду да реконструкција објекта најчешће представља огроман финансијски изазов за цркву или верску заједницу, оне се често поуздају у помоћ државе и донације различитих међународних организација. То, међутим, углавном није довољно и не представља гаранцију да ће штета бити надокнађена. Овакво поступање показује низ недостатака. Пре свега, цркве и верске заједнице, немају јасну представу о томе који ће им део штете бити надокнађен, већ добијају одређени износ којим потом располажу. Осим тога, због бројних административних препрека, често врло дуго чекају на добијање средстава која потичу из наведених извора. Проблем, такође, представља и немогућност прецизног координисања извора из којих стижу донације, тако да константно недостаје свеукупна слика која би омогућила сврсисходну расподелу средстава.³ Управо ради избегавања и превазилажења тог проблем јавља се осигурање верских објеката, када се ризик пребацује на осигуравајуће друштво уколико дође до уништења или оштећења објекта. Међутим, за разлику од других осигурања имовине, осигурање верских објеката има низ специфичности, пре свега због изузетне имовинске, али и духовне вредности објеката који се осигуравају. Овде је посебно важно нагласити да због њихове културне и историјске важности као и духовног значаја практично није могуће утврдити претрпљену штету и најчешће објекту није могуће вратити изворни изглед. Из тих разлога, управо утврђивање вредности ових објеката представља прву препреку за њихово осигурање. Други проблем су изузетно високе премије које настају као резултат релативно неразвијеног тржишта и велике вредности имовине која се осигурава. Власници верских

² Хиландар, *Notre Dame*.

³ Као што се уочава и у контексту специфичних видова осигурања. Вид. М. Глинтић, „Недостаци добровољног осигурања од земљотреса”, *Актуелна питања савременог законодавства и правосуђа*, Удружење правника Србије, Будва 2023, 418.

објеката, као и других објеката од историјског значаја, пре свега страхују од опасности као што су пожар, поплава, земљотрес, олуја и друге природне непогоде. Осигурани интерес се најчешће фокусира на накону за реконструкцију објекта на исти начин, од истих материјала, све до најситнијих детаља.⁴ Да бисмо утврдили могућност осигурања верских објеката неопходно је да претходно анализирамо неколико питања. Најпре је потребно утврдити ко је титулар права својине на самом објекту, на који начин се може утврдити вредност имовине која се осигурава а самим тим и осигурана сума, и како одредити премију осигурања.

2. Право својине на верским објектима

Пре него што пређемо на анализу права својине на верским објектима, потребно је обрадити појам верског објекта и утврдити да ли се посебан режим осигурања односи на све објекте који потпадају под дефиницију верског објекта. Закон о црквама и верским заједницама Републике Србије предвиђа да цркве и верске заједнице могу самостално, у складу са законом, подизати храмове и друга здања за богослужбене потребе, као и парохijske домове, манастирске конаке, административно-управне зграде, школе, интернате и болнице.⁵ Сви ови објекти потпадају под појам верског објекта. Из наведеног можемо закључити да је у српском закону појам верског објекта прешироко постављен.⁶ С друге стране, у упоредном законодавству јављају се потпуно другачија решења. Тако, примера ради, законодавство Црне Горе уопште не познаје дефиницију верских објеката, иако у неколико наврата помиње појам верског објекта. Оно пре свега предвиђа да се имовина цркве може користити за изградњу и одржавање верских објеката,⁷ да верска заједница може градити нове и адаптирати постојеће верске објекте,⁸ као и да се верски обреди и верска настава одржавају у верским објектима.⁹ Имајући у виду наведено, можемо закључити да би у законодавству Републике Србије појам верског објекта требало

⁴ С. Rohlfs, J. P. Favre, „Fire Insurance Aspects Regarding Historical Building”, *Fire Science and Technology* 1–2/1991, 27.

⁵ Чл. 32, ст. 1. Закон о црквама и верским заједницама, *Сл. гласник РС*, бр. 36/2006.

⁶ Примера ради, из овако постављене дефиниције верског објекта следи да школа која није богословна, већ обична, али у власништву цркве представља верски објекат.

⁷ Чл. 37, ст. 1, Закон о слободи вјероисповести или увјерења и правном положају вјерских заједница, *Сл. лист ЦГ*, бр. 074/19 од 30. 12. 2019, 008/21 од 26. 1. 2021.

⁸ *Ibid.*, чл. 42, ст 1.

⁹ *Ibid.*, чл. 45 и чл. 51.

ограничити на оне објекте који се користе у богослужбене сврхе. С друге стране, иако законодавство Црне Горе не дефинише појам верског објекта, језичким тумачењем одредаба закона можемо доћи до закључка да се верским објектима сматрају они објекти који служе у богослужбене сврхе. За потребе теме рада од значаја су они објекти који имају посебан културно- историјски значај, јер се особености осигурања односе управо на њих. Наравно, осигуравајуће друштво може осигуравати и друге објекте које граде цркве и верске заједнице и на којима оне имају право својине (попут болница и школа), али то нису објекти од посебне културно-историјске важности, те не можемо говорити о неком посебном режиму осигурања.

Специфичност осигурања верских објеката најпре полази од чињенице да је потребно утврдити ко је власник објекта. Наведено произлази из односа који је успостављен између државе и цркве, те је потребно утврдити да ли је у конкретном случају власник објекта држава или црква. У зависности од одговора на поменуто питање зависиће и могућност одређене врсте осигурања конкретног објекта.

Односи између верских заједница и државе могу се заснивати на преплитању или раздвајању. Између ових начелних система јављају се различити односи који варирају од умерених ка екстремним.¹⁰ Будући да је део јавне сфере, религија се неминовно сусреће са државом и њеним правним поретком.¹¹ Модели односа између државе и цркве и верских заједница могу бити изразито широко одређени,¹² али се у демократским и правним државама установљавају укупно три модела:¹³ модел државне цркве¹⁴ и модел одвојености који се јавља у два искристалисана облика од којих је један кооперативна, а други стриктна

¹⁰ И. Тошић, „Однос државе и цркве у погледу пензијског, инвалидског и здравственог осигурања свештеника и верских лица”, у: *Државно-црквено право кроз векове* (Владимир Ђурић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Београд 2019, 753.

¹¹ И. Тошић, Ј. Мисаиловић, „Права из социјалног осигурања свештеника и верских лица у Републици Србији”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије* (ур. Владимир Ђурић, Владимир Чоловић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 173.

¹² Вид. М. Broglio, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell' Unione Europea*, Bologna 1997, 115–116.

¹³ Вид. В. Ђурић, „Уставноправни модели односа између државе и црква и верских заједница у Европи”, *Годишњак Факултета правних наука: научно-стручни часопис из области правних наука* 1/2011, 139–163.

¹⁴ Више о државним црквама вид.: Д. Симовић, „Европски уставни модели државе и цркве”, у: *Религија, политика, право*, (ур. Јован Ћирић, Велибор Џомић, Мирољуб Јевтић), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд 2015, 702–707.

одвојеност државе и цркве.¹⁵ Кооперативна одвојеност још се назива плуралистичка секуларност, док се стриктна одвојеност назива фундаменталистичка секуларност.¹⁶ Иако остаје у оквирима начела одвојености државе и цркве, кооперативна одвојеност ипак уважава чињеницу да се овај однос мора заснивати на сарадњи у разноврсном спектру области и питања од заједничког интереса,¹⁷ штитећи с једне стране секуларни карактер државе, а с друге аутономију цркава и верских заједница.¹⁸

У земљама широм света истиче се као неопходно постојање секуларизма, који подразумева десакрализацију јавног простора, тј. престанак мешања цркве у јавне и политичке послове, као и право цркве на самостално организовање и аутономију.¹⁹ Међутим, и поред тога, степен одвојености између државе и цркве разликује се међу земљама те се може закључити да је у секуларним државама 21. века црква одвојена од државе, али не и од друштва.²⁰

Постојање различитих облика секуларизма узроковано је различитим историјским позадинама као и његовим делимично двосмисленим садржајем који може да се тумачи на различите начине.²¹ Управо историјска позадина и однос између државе и цркве у конкретnoj држави дефинише и регулисање права својине на верским објекатима. Државне цркве карактеристичне су нпр. за Грчку, у којој је држава на себе скоро у потпуности преузела финансирање преовлађујуће вероисповести.²² Када је у питању кооперативна одвојеност,

¹⁵ G. R. Robbers, „State and Church in the European Union”, in: *State and Church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers), Nomos, Baden Baden 2005, 578; S. V. Monsma, J. C. Soper, *Church and State in Five Democracies – The challenge of Pluralism*, Rowman & Littlefield Publishers, Maryland 2008, 10–11.

¹⁶ Вид. С. Morini, „Secularism and Freedom of Religion: the Approach of the European Court of Human Rights”, *Israel Law Review* 3/2010, 611–630.

¹⁷ В. Марковић, „О јавним овлашћењима цркава и верских заједница у светлу Митровданског устава и Закона о црквама и верским заједницама”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије* (ур. Владимир Ђурић, Владимир Чоловић) Институт за упоредно право, Београд 2022, 102.

¹⁸ R. Audi, *Democratic Authority and the Separation of Church and State*, Oxford University Press, Oxford 2011, 39.

¹⁹ Ј. Рајић Ђалић, „Слобода вероисповести и аутономија цркве у радним односима световних лица”, у: *Државно-црквено право кроз векове* (Владимир Ђурић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Београд 2019, 742.

²⁰ Ј. Мисаиловић, „Верска настава и радноправни статус вероучитеља у Републици Србији”, у: *Државно-црквено право кроз векове* (Владимир Ђурић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Београд 2019, 767.

²¹ К. Greenawalt, „Secularism, Religion, and Liberal Democracy in the United States”, *Cardozo Law Review* 30(6)/2009, 2383.

²² Вид.: Х. Папастатис, „Држава и црква у Грчкој”, у: *Држава и црква у Европској унији* (ур. Герхард Роберс), Православни богословски факултет, Београд 2012, 51–64.

као пример можемо навести Републику Србију. Стога је у контексту теме рада важно напоменути да је Српска православна црква власник верских објеката, без обзира на то што се поједини од њих налазе на државном земљишту, на које црква има право коришћења. Као супротност томе можемо навести Француску, где постоји строга одвојеност државе и цркве и која је након доношења Закона 1905. године спровела национализацију, што значи да су сви историјски објекти изграђени до 1905. године власништво државе.²³ Најбитнија разлика у осигурању ових објеката јесте у томе што држава сноси трошкове уколико дође до оштећења или уништења ових објеката у случају да су они у њеном власништву,²⁴ а уколико су ови објекти у приватном власништву цркве, она може закључити уговор о осигурању имовине. Ипак, нужно је указати на потенцијалне изазове који могу уследити у варијанти државног власништва над верским објектима, у случају да се појаве сукоби или несугласице унутар вођства и организационе структуре цркве или верске заједнице. У том случају, чињеница да се ради о државном власништву може се искористити за недозвољено арбитражање државе у споровима унутар цркава и верских заједница, што може имати импликацију и на читав низ статусноправних и имовинскоправних односа, укључујући нарочито право коришћења, па и власништво над предметима у оквиру верских објеката, што може имати импликације и на право осигурања.

3. Врсте осигурања у вези са верским објектима

Када је у питању осигурање верских објеката, у пракси најчешће можемо говорити о две врсте осигурања: осигурању имовине које закључује црква или верска заједница и осигурању од одговорности извођача радова. Разлика се огледа у чињеници да прво осигурање закључује црква или верска заједница уколико се објекат налази у њеном власништву. С друге стране, извођач радова закључује осигурање од одговорности за штету која настане стручном грешком, без обзира на то да ли је објекат у државном власништву или је приватна својина. Поред наведеног, осим изузетне вредности верског објекта, унутар самог објекта често се налазе посебно значајна и скупа уметничка дела и предмети (звона, намештај, црквене реликвије итд.).

²³ О. Николић, *Држава, црква и слобода вероисповести*, Институт за упоредно право, Београд 2022, 28.

²⁴ Осим у специфичним ситуацијама када се, на пример, утврди да је до штете дошло због стручне грешке извођача радова, када осигурање покрива штету уколико је извођач радова имао закључен уговор о осигурању од одговорности.

Стога је могуће осигурати и ове предмете, јер само осигурање објекта у већини случајева не обухвата покретне ствари које се налазе унутар њега. Такође, чак и када сам верски објекат припада држави, могуће је да су поједини предмети у њему приватно власништво, те да се као такви могу осигурати.

Примера ради, пре неколико година били смо сведоци страховитог пожара који је задесио француску катедралу Нотр Дам (*Notre Dame*), која представља део историје и културног идентитета Француске.²⁵ Овај случај је специфичан и значајан због постојећег односа између државе и цркве у Француској. Прекретницу у овом односу представља Закон из 1905. године, чија основна идеја лежи у сепарацији политике и религије и успостављању религијски неутралне државе.²⁶ Овим законом, као што смо поменули, предвиђено је да сви верски објекти изграђени пре 1905. године представљају државно власништво. Управо у тој чињеници лежи специфичност ове ситуације. Наиме, како се катедрала не налази у приватном, већ државном власништву, није било могућности за закључење уговора о осигурању овог културно-историјски врло значајног објекта. Међутим, упркос чињеници да није било покрића осигурања имовине за саму зграду, постојала су потенцијална потраживања према трећим лицима и њиховим осигуравајућим покрићима. Овде се пре свега мисли на извођаче радова који су у време пожара обнављали катедралу.²⁷ У случају да је утврђено да је до пожара у катедрали дошло услед стручне грешке извођача радова, овакву штету би покрило осигурање. Ипак, овде је утврђено да нема одговорности извођача радова за поменути пожар, те је држава морала да покрије штету која се догодила, иако је, наравно, помоћ стизала са свих страна. Као и другим објектима од историјског и културног значаја, катедрали недостаје „тржишна цена”, а трошкови поправке или замене морају узети у обзир многе јединствене структурне квалитете који Нотр Дам чине француском знаменитошћу. Међутим, за разлику од саме зграде, пријављено је да постоји осигурање које покрива нека од уметничких дела унутар цркве.

²⁵ Вид.: O. Niglio, *Regenerating Cultural Religious Heritage Intercultural Dialogue on Places of Religion and Rituals*, Springer, 2022.

²⁶ М. Божић, *Лаичка држава као јемство слободe савести и вероисповести*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 307.

²⁷ Three Insurance Issues Raised by the Notre Dame Cathedral Fire, <https://www.jdsupra.com/legalnews/3-insurance-issues-raised-by-the-notre-67966/>, 15. 7. 2023.

3.1. Осигурање имовине

Осигурање имовине може закључити свако лице које има интерес да се не догоди осигурани случај, пошто би иначе претрпело неки материјални губитак. Право из осигурања, према српском законодавству, могу имати само лица која су у часу настанка штете имала материјални интерес да се осигурани случај не догоди.²⁸ У овом случају верска организација закључује уговор о осигурању имовине. Ово осигурање је карактеристично за оне земље у којима се верски објекти налазе у власништву цркве. Најчешће се код осигурања верских објеката појављују две врсте полиса осигурања. Једна врста се закључује за „именоване опасности” и покрива опасности назначене у самој полиси, док оне које нису наведене, нису покривене. Друга врста полисе је полиса о „посебним опасностима”, којом су покривени сви ризици осим оних које су посебно искључени (нпр. губитак узрокован хабањем и сличним факторима као што су неадекватно одржавање или недостатак одржавања, пропадање, рђа или корозија, трулеж, мане карактеристичне за тај објекат, таложење, пуцање, скупљање), а поједине ризике је могуће покрити уз већу премију осигурања.²⁹ Као и код осталих врста осигурања имовине, износ накнаде, према ЗОО, не може бити већи од штете коју је осигураник претрпео наступањем осигураног случаја.³⁰ Међутим, управо оно што карактерише ову врсту осигурања је то што је претрпљена штета често немерљива. Код ове врсте осигурања од посебне је важности да се свака полиса креира по мери конкретног објекта.

Као што смо претходно поменули, посебан проблем осигурања верских објеката јесте утврђивање вредности објекта како би се утврдила осигурана сума. Код осигурања имовине најчешће се обезбеђују трошкови замене, покриће стварне готовинске вредности осигураног предмета или његова тржишна вредност. Покриће трошкова замене обезбеђује осигуранику трошкове поправке или замене оштећене имовине, обично материјалима исте врсте и квалитета, без икаквог

²⁸ Закон о облигационим односима – ЗОО, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 9/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Сл. гласник РС*, бр. 18/2020, чл. 924.

²⁹ Нпр. уколико се објекат налази поред језера или реке, или је у области склоној прекидима / резервним системима канализације или водовода и стога може бити у већем ризику од оштећења поплавом или водом, потребно је проширити покриће и на покривеност штете од воде, уколико није укључена у стандардну полису. Church Insurance Agency Corporation, *Safety & Insurance – Handbook for Churches*, 2022, 12.

³⁰ ЗОО, чл. 925, ст 2.

одбитка за амортизацију. С друге стране, покриће стварне готовинске вредности узима у обзир амортизацију и једноставно утврђује вредност имовине пре губитка. Тржишна вредност представља вредност за коју се неоштећена имовина може продати на поштенем тржишту.³¹ Начин на који се процењује вредност имовине има директан утицај на осигурану суму и премију осигурања.

За разлику од осталих осигурања имовине где се осигурана сума одређује према вредности имовине која се осигурава, проблем осигурања верских објеката јесте управо то што они најчешће немају тржишну вредност.³² Обнова објеката који представљају вековна обележја појединих градова или држава је тешка и скупа јер постоји тенденција да се у мери у којој је то изводљиво сачува првобитни карактер зграде, а не само да се замени. Још једна мана у вредновању историјских грађевина је важност разумевања историје тих објеката који су углавном грађени и обнављани током векова. Укључивање преклапајућих архитектонских утицаја из сваке ере чини процену још тежом, а реконструкција је практично немогућа. Ако зграда за коју је општепризнато да има историјску вредност претрпи оштећења, тежиће се томе да се поправка или замена изврши истим материјалима, начином израде и архитектонским карактеристикама под условом да је то могуће. У случају да такви материјали, начин израде и архитектонске карактеристике нису доступни, поправка или замена извршиће се материјалима, начином израде и архитектонским карактеристикама који су најближи онима пре губитка или оштећења. Као резултат, вредност јединствених грађевина, као што су нпр. Хиландар, Нотр Дам или Острог, изузетно је тешко проценити. У овој ситуацији корисно је погледати судску праксу која говори о осигураној вредности јединствених објеката.³³ Наиме, приликом утврђивања стварне новчане вредности верских објеката, неки судови су приметили да се црквама, као и другим сличним објектима „ретко тргује” и да стога, као што смо већ утврдили, често немају „тржишну цену”. Додатни проблем представља чињеница да ови објекти, као и покретне ствари које се у њима налазе, имају поред материјалне и огромну духовну вредност и у највећем броју случајева чак не могу бити враћени у изворни облик. Специфичност приликом одређења осигуране суме онда када поједини предмети или објекти због своје уникатности

³¹ Safety & Insurance – Handbook for Churches, 8.

³² За вредновање културно-историјских добара вид.: M. Vecco, F. Imperiale, „Cultural Heritage: Values and Measures. What Insurance Value?”, *Journal of Multidisciplinary Research* 1/2017, 7–23.

³³ Three Insurance Issues, 20. 7. 2023.

немају тржишну вредност и тешко их је заменити, реконструисати и рестаурирати (то се посебно односи на предмете унутар самог верског објекта) може се решити применом „договорене суме” осигурања.³⁴ Вредност појединих предмета у верском објекту и изван њега (намештај, иконе, текстил, злато, сребро, скулптуре, фасаде, црквене реликвије, књиге, мозаици, витраж, музички инструменти итд.) може утицати на знатно повећање суме осигурања, а самим тим и премије, услед чега могу бити искључени из осигурања. Уколико то представља превелико оптерећење, а како не би дошло до њиховог искључење из осигурања, најчешће се осигуравају на унапред предвиђени фиксни износ.³⁵ С друге стране, нису ретке ситуације да су предмети унутар верског објекта, због своје изузетне вредности, посебно осигурани. Стога, имајући у виду претходно наведено и да је практично немогуће утврдити тржишну вредност верског објекта која би служила за одређење суме осигурања, као најадекватније решење намеће се „договорена” сума осигурања. Самим тим, када до осигураног случаја дође, ако је уговором о осигурању вредност осигуране ствари споразумно утврђена, накнада се одређује према тој вредности. Изузетак, према српском Закону о осигурању, постоји ако осигуравач докаже да је уговорена вредност знатно већа од стварне вредности, а за ту разлику не постоји оправдан разлог.³⁶ Ипак, будући да се овде ради о културно и историјски значајним објектима изузетне вредности, реалније је очекивати да осигурање неће покрити цео износ штете, али барем може ублажити оптерећење које би у том случају пало на цркву или верску заједницу.

С друге стране, посебно питање односи се на одређење премије осигурања. Наиме, опште је познато да неразвијеност тржишта у погледу појединих врста и облика осигурања условљава увећање премије. За јединствене објекте као што су цркве, манастири, храмови и катедрале, тржиште осигурања је прилично ограничено, стога је премија осигурања изузетно висока. Такође, у конкретном случају, на увећање премије утиче и огромна вредност имовине која се осигурава. Овакви уговори осигурања имају тенденцију да захтевају високе премије због ограничене способности осигуравача да удруже ризике осигураника у сличној ситуацији. Ипак, у земљама у којима је осигурање верских објеката развијено омогућава се знатно приступачнија премија осигурања.

³⁴ С. Rohlfs, J.P. Favre, 28.

³⁵ *Ibid.*, 29.

³⁶ Закон о осигурању, *Сл. гласник РС*, бр. 139/2014 и 44/2021 чл. 925, ст. 7.

Као и код осталих врста осигурања имовине, потребно је да се осигурање прилагођава повећању вредности имовине да не би дошло до тога да је верски објекат недовољно осигуран јер се сума осигурања није мењала, иако се вредност имовине повећала.³⁷ Претходно смо поменули да се овде најчешће ради о објектима који немају тржишну вредност, те је тешко говорити о повећању вредности самог објекта, али ако нпр. цене материјала који би се користили приликом реконструкције објекта расту, важно је да осигурана сума одговара тренутном стању на тржишту.

3.2. Осигурање од одговорности извођача радова

Посебно је значајно поменути ситуацију када је до оштећења или уништења дошло приликом извођења радова на верском објекту. Ако је до таквог оштећења или уништења дошло због стручне грешке, уколико је извођач радова имао закључен уговор о осигурању од професионалне одговорности, осигурање ће покрити штету максимално до уговореног износа суме осигурања. Овде је важно напоменути да за разлику од осигурања имовине које се закључује искључиво уколико је верски објекат у приватном власништву, осигурање од одговорности извођача радова је неопходно без обзира на то ко је власник верског објекта.

Осигурањем од професионалне одговорности сматра се заштита од последица стручне грешке која настане током обављања послова за које је уговарач регистрован. Под стручном грешком, у српском праву, подразумева се грешка која настане у току реализације уговора које је уговарач закључио за послове извођења радова, која представља кршење или одступање од постојећих правила струке, утврђених професионалним стандардима за сваку професију појединачно, односно неизвршење и непоступање са пажњом доброг стручњака.³⁸ Имајући наведено у виду, приликом ангажовања фирме за извођење радова врло је значајно проверити да ли је она осигурана и да ли је осигурање адекватно да покрије евентуално насталу штету на објекту. Реномирани извођачи радова најчешће имају адекватне полисе осигурања које су закључене са финансијски стабилним осигуравачем, пружају адекватну заштиту и довољно су широке да покрију све потенцијалне штете које могу настати

³⁷ Local Church, http://s3.amazonaws.com/Website_GCFA/resources/legal/documents/Section_2_-_Local_Church_0.pdf, 25. 7. 2023, 9.

³⁸ Правилник о условима осигурања од професионалне одговорности, *Сл. гласник РС*, бр. 40 од 7. маја 2015.

приликом извођења радова. Потврда о осигурању коју прилаже извођач радова потребно је да обухвата осигурање од опште одговорности, укључујући уговорну одговорност и покриће завршетка радова, осигурање имовине од свих ризика, тј. осигурање са покрићем једнаким или већим од вредности самог објекта.³⁹ Приликом закључења уговора са извођачем радова значајно је водити рачуна о именовану цркве или верске заједнице као додатног осигураника у земљама које познају ову могућност.⁴⁰ Ово је посебно битно зато што се може догодити да уколико дође до штете, закључено осигурање не буде довољно да покрије насталу штету, те да остатак падне на терет саме цркве.⁴¹

4. Значај постојања специјализованих осигуравајућих друштва

У свету постоји одређени број осигуравајућих друштава специјализованих за осигурање цркава и верских заједница. Једино у том случају осигуравајуће друштво може имати ненадмашно разумевање ризика са којима се суочавају цркве и верске заједнице и развијати шему осигурања која се тим ризицима свеобухватно бави. Имајући у виду све поменуте специфичности, јасно је да се не ради о класичном осигурању имовине, те је потребно да се томе посвети посебна пажња и да се осигуравајуће друштво специјализује за ову врсту осигурања како би могло да понуди најбољи пакет услуга. Претходно смо такође говорили о вредности појединих предмета унутар верског објекта који се могу посебно осигурати. Иако осигурање не може заменити јединствена уметничка дела, потребно је да постоје осигуравајућа друштва која имају специфичне производе осигурања осмишљене да обезбеде покриће за драгоцене предмете.

Catholic Church Insurance једна је од најстаријих осигуравајућих компанија у Аустралији која је започела са радом још 1911. године пружајући осигурање од пожара за имовину цркве.⁴² Од тада се ово

³⁹ *Safety & Insurance – Handbook for Churches*, 15.

⁴⁰ Local Church, 25. 7. 2023, 21.

⁴¹ Нпр. приликом реконструкције крова цркве фирма која је изводила радове користи апарат за заваривање, а након што су радове завршили у року, током ноћи, кров се запалио и изгорела је цела црква. Штета је процењена на 1.8 милиона долара, од чега је осигурање које је имала црква покрило милион долара, остатак је пао на терет цркве јер фирма која је изводила радове није имала осигурање.

⁴² Вид. J. M. Carolan, *The Foundation and Early History Of Catholic Church Insurances (CCI) 1900–1936*, Faculty of Theology and Philosophy, Australian Catholic University, 2015.

осигуравајуће друштво свакодневно развијало и прилагођавало специфичним потребама цркава и верских заједница. С друге стране, када је у питању Српска православна црква, такође постоји пример специјализованог групног осигуравајућег програма (*Group Affiliated Program – GAP*) који су направиле компаније *GuideOne Insurance* и *Insurance Systems* ради осигурања епархије Српске православне цркве у Америци. У јулу 2017. године, епархије СПЦ су се сложиле да званично покрену групни програм за добробит својих парохија. Као такве, цркве које припадају СПЦ широм Америке имају могућност да примају посебне погодности у виду бонуса за умањење штета и губитака унутар групе. Овако прилагођени уговори о осигурању омогућавају да:

- план осигурања буде прилагођен тако да задовољи потребе сваке појединачне цркве;
- свака црква има одређену флексибилност у одређивању сопствене покривености и ограничења;
- свака црква добија сопствену полису; и
- свака црква плаћа своју премију осигурања.⁴³

На овај начин осигурање се прилагођава потребама верских заједница, а запослени су специјализовани за закључење уговора, утврђивање премије и суме осигурања за имовину од посебне културне и историјске важности. Осим што је из практичних разлога неопходно, све наведено даје сигурност црквама и верским заједницама да ће добити најбоље могуће покриће које је прилагођено њиховим потребама. Да би се у будућности ово осигурање развило, неопходно је да осигуравајућа друштва имају барем специјализовани програм и лица ангажована за ову специфичну врсту осигурања, те да програме прилагођавају црквама и верским заједницама према њиховим потребама. Развој тржишта осигурања је неопходан како са аспекта покрића ових ризика тако и са аспекта позиције осигуравајућих друштава на финансијском тржишту.⁴⁴

⁴³ Serbian Orthodox Group Program, <https://www.insurancesystemsgroup.com/insurance/specialized-programs/orthodox-church-insurance/serbian-group-program/>, 30. 7. 2023.

⁴⁴ И. Тошић, „Усклађивање права осигурања Републике Србије са Директивом Солвентност II”, у: *65 година од Римских уговора: Европска унија и перспективе европских интеграција Србије* (ур. Јелена Теранић Перишић, Владимир Ђурић, Александра Вишекруна), Институт за упоредно право, Београд 2022, 161.

5. Закључак

Осигурање верских објеката изазива низ недоумица. Међутим, када до оштећења или уништења имовине дође, осигурање ипак може ублажити претрпљену штету. Стога је када се објекат налази у приватном власништву, значајно закључити уговор о осигурању који омогућава барем делимично умањење претрпљене штете уколико дође до наступања осигураног случаја. Имајући у виду управо чињеницу да се ради о објектима од посебне културне и историјске важности и вредности, као и да је из тих разлога тешко утврдити износ осигуране суме, треба применити „договорену” суму осигурања. С друге стране, када је у питању премија осигурања, развојем тржишта, дошло би до њеног умањења, што би ову врсту осигурања учинило знатно приступачнијом.

Узимајући у обзир вредност ових објеката, веома је значајно да приликом извођења радова црква или верска заједница ангажује извођача који има закључен уговор о осигурању од професионалне одговорности. На овај начин се штити уколико до штете дође због неке стручне грешке. Приликом осигурања верских објеката треба имати у виду да се често унутар објекта налазе предмети и уметничка дела која могу имати огромну вредност и често су из тих разлога искључени из осигурања закљученог за сам објекат. Ипак, уколико су ови предмети у приватном власништву, могуће је за њих закључити посебан уговор о осигурању.

С обзиром на све што је претходно наведено, закључује се да је потребно да постоје осигуравајућа друштва која ће пружати специјализоване услуге и пакете осигурања прилагођене потребама цркава и верских заједница. Осим што се ради о осигурању културно-историјских грађевина, које су вековима грађене да би имале данашњи изглед, и често је немогуће вратити их у изворно стање, на овај начин пружа се сигурност црквама и верским заједницама да ће добити осигурање прилагођено њиховим потребама. Јасно је да осигурање не може заменити јединствена уметничка дела и годинама грађене историјске објекте, али може барем у одређеној мери надокнадити претрпљену штету и олакшати реконструкцију и рестаурацију.

Iva Tošić

Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

INSURANCE OF RELIGIOUS SITES – PROBLEMS IN PRACTICE AND POSSIBLE SOLUTIONS

Summary

Unfortunately, we often witness unforeseen events (natural disasters, fires) resulting in property damage. Specific is case when it comes to property damage on buildings that have special cultural and historical importance, such as religious sites. In these situations, insurance can provide compensation for at least part of the caused damage. Nevertheless, unlike other types of property insurance, insurance of religious sites has a number of specificities. First of all, it is necessary to determine who is the owner of the specific object. In some cases these buildings are owned by the state, and in others by the church. Namely, if they are owned by the church it is possible to conclude a contract on property insurance for the building itself. On the other hand, if the contractors are renovating the building, it is possible to conclude contractor's liability insurance. Even in cases where it is possible to conclude property insurance of the building itself, a special challenge is the determination of the insurance premium and sum insured, bearing in mind that most often these buildings do not have a market value. In the paper, the author analyzes the problems when insuring religious sites and answers the questions that need to be examined before concluding an insurance contract. In this way, the author tries to point out the importance of this underdeveloped type of insurance.

Keywords: property insurance, religious building, cultural-historical building, liability insurance, contractor, market value.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

Audi R., *Democratic Authority and the Separation of Church and State*, Oxford University Press, Oxford 2011.

Божих М., *Лаичка држава као јемство слободе савести и вероисповести*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010.

- Broglio M., *Il fenomeno religioso nelsistema giuridico dell' Unione Europea*, Bologna 1997.
- Vecco M., Imperiale F., „Cultural Heritage: Values and Measures. What Insurance Value?“, *Journal of Multidisciplinary Research* 1/2017, 7–22.
- Глинтић М., „Недостаци добровољног осигурања од земљотреса“, *Актуелна питања савременог законодавства и правосуђа*, Удружење правника Србије, Будва 2023, 417–431.
- Greenawalt K., „Secularism, Religion, and Liberal Democracy in the United States“, *Cardozo Law Review* 30(6)/2009, 2383–2400.
- Ђурић В., „Уставноправни модели односа између државе и цркава и верских заједница у Европи“, *Годишњак Факултета правних наука: научно-стручни часопис из области правних наука* 1/2011, 139–163.
- Марковић В., „О јавним овлашћењима цркава и верских заједница у светлу Митровданског устава и Закона о црквама и верским заједницама“, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 101–119.
- Мисаиловић Ј., „Верска настава и радноправни статус вероучитеља у Републици Србији, у: *Државно-црквено право кроз векове*, Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска (ур. Владимир Ђурић *et al.*), Београд–Будва 2019, 767–787.
- Monsma S. V., Soper J. C., *Church and State in Five Democracies – The Challenge of Pluralism*, Rowman & Littlefield Publishers, Maryland 2008.
- Morini C., „Secularism and Freedom of Religion: the Approach of the European Court of Human Rights“, *Israel Law Review* 3/2010, 611–630.
- Niglio O., *Regenerating Cultural Religious Heritage Intercultural Dialogue on Places of Religion and Rituals*, Springer, 2022.
- Николић О., *Држава, црква и слобода вероисповести*, Институт за упоредно право, Београд 2022.
- Папастаис, Х., „Држава и црква у Грчкој“, у: *Држава и црква у Европској унији* (ур. Герхард Роберс), Православни богословски факултет, Београд 2012, 51–65.
- Рајић Ђалић Ј., „Слобода вероисповести и аутономија цркве у радним односима световних лица“, у: *Државно-црквено право кроз векове*, Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Београд–Будва 2019, 741–753.

- Robbers G. R., *State and Church in the European Union*, in *State and Church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers), Nomos, Baden Baden 2005, 677–688.
- Rohlf S., Favre J. P., Fire Insurance Aspects Regarding Historical Building, *Fire Science and Technology* 1–2/1991, 27–33.
- Симовић Д., „Европски уставни модели државе и цркве”, *Религија, политика, право*, (ур. Јован Ђирић, Велибор Џомић, Мирољуб Јевтић), Институт за упоредно право, Православна митрополија Црногорско-приморска, Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд–Будва 2015, 721–741.
- Тошић, И., „Однос државе и цркве у погледу пензијског, инвалидског и здравственог осигурања свештеника и верских лица” (ур. Владимир Чоловић *et al.*), *Државно-црквено право кроз векове*, Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска Београд–Будва 2019, 753–766.
- Тошић И., Мисаиловић Ј., „Права из социјалног осигурања свештеника и верских лица у Републици Србији”, *Прилози државно-црквеном праву Србије* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 173–182.
- Тошић И., „Усклађивање права осигурања Републике Србије са Директивом Солвентност II”, *65 година од Римских уговора: Европска унија и перспективе европских интеграција Србије* (ур. Јелена Ђеранић Перишић, Владимир Ђурић, Александра Вишекруна), Институт за упоредно право, Београд 2022, 157–170.
- Carolan J. M., *The Foundation and Early History Of Catholic Church Insurances (CCI) 1900–1936*, School of Theology Faculty of Theology and Philosophy Australian Catholic University, 2015.

Остали извори

- Закон о црквама и верским заједницама, *Сл. гласник РС*, бр. 36/2006.
- Закон о слободи вјероисповести или увјерења и правном положају вјерских заједница, *Сл. лист ЦГ*, бр. 074/19 од 30. 12. 2019, 008/21 од 26. 1. 2021
- Закон о облигационим односима – ЗОО, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 9/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Сл. гласник*, бр. 18/2020.
- Правилник о условима осигурања од професионалне одговорности, *Сл. гласник РС*, бр. 40 од 7. маја 2015.

- Specialized programs for orthodox church insurance, <https://www.insurancesystemsgroup.com/insurance/specialized-programs/orthodox-church-insurance/serbian-group-program/>
- Insurance issues raised by the Notre, <https://www.jdsupra.com/legalnews/3-insurance-issues-raised-by-the-notre-67966/>
- Local Church, http://s3.amazonaws.com/Website_GCFA/resources/legal/documents/Section_2_-_Local_Church_0.pdf.

CHALLENGES IN REGULATING THE ORGANIZATION OF RELIGIOUS TRAVELS AS AN ECONOMIC ACTIVITY**

Summary

The author analyzes the legal entities involved in organizing and providing services in the domain of religious tourism in the Republic of Serbia. Due to the dichotomy that results from the combination of spiritual and secular elements, religious tourism is distinguished by the services offered by both legal entities established by churches and religious communities and by “ordinary” secular tourist agencies. For this reason, the author devotes the most of the work to answering the following queries. First, is it possible for “ordinary” travel agencies to list organizing religious vacations of any kind as one of their explanatory activities? The second query relates to the legal standing of organizations established by churches and other religious groups for the aforementioned purposes under state law. Comparative legal study and Serbian legislation both point to a flaw in the legislator's methodology. It is evident in their failure to distinguish between various religious travel categories, which would have supported the various legal standings of the participating legal organizations. The solution to address the identified flaw is offered in the conclusion, which distinguishes between the legal position of organizations that arrange pilgrimages and those that arrange other kinds of religious travels.

Keywords: pilgrimage, religious tourism, economic activity, churches and religious communities.

1. Introduction

According to the literature on tourism, religious tourism is the oldest type of travel, both historically speaking and within the context of

* PhD, Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade, m.glintic@iup.rs

** This paper is a result of the research conducted by the Institute of Comparative Law financed by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia under the Contract on realisation and financing of scientific research of SRO in 2023 registered under no. 451-03-47/2023-01/200049.

Christianity and other global religions.¹ Religious tourism's historical roots can be traced to its association with pilgrimage, or the act of traveling to a place of worship. A central component of all major global religions is pilgrimage; in the Judeo-Christian tradition, it is interpreted as a "journey to the house of God" (Psalm 55.14), as God's call to believers, similar to the words with which God addresses Abraham: "Go from your country and your kindred and your father's house to the land that I will show you" (Genesis 12:1). The first documented Christian pilgrimage is Egeria's journey (Latin: *Itinerarium Egeriae*), compiled by a nun from a monastery in southern France or northwestern Spain. This trip was probably taken by her between 381 and 384 AD. Muhammad is said to have called Muslims to pilgrimages and experiences in God's name, according to the Quran in Islamic tradition.

Although elements of tourism can be recognized in the mentioned forms of travel, involving a greater or lesser number of people inspired solely by religion (as they imply movement from one distant place to another), it cannot be said that this is a contemporary form of religious tourism. In the 1980s, as awareness of the economic and religious significance of this type of travel started to grow, the concept of religious tourism began to take shape in Europe. Around this period, religious travel began to be acknowledged as a phenomenon.² The development of religious tourism in its current form dates back to the gradual promotion, planning, and management of such visits by churches and other religious communities. Religious organizations started to make their actions apparent when they

¹ There are testimonies about this phenomenon dating back to the era of tribalism, which is confirmed by the research of anthropologists and archaeologists in Europe, Asia, and Africa. G. Lanczkowski, *Die heilige Reise-Auf den Wegen von Gottern und Menschen*, Herder, Freiburg 1982, 150. For a more detailed historical overview of the phenomenon of religious tourism, one can refer to G. Rinschede's work "Forms of religious tourism", *Annals of Tourism Research* 19/1992, 53–56. Certain roots can be found among Celtic and Illyrian tribes that had their sacred places and gathering sites, such as temples and graveyards. While among the Romans, gatherings at such places had more political, sports, or entertainment significance, among the ancient Greeks, these gatherings at specific locations had a religious connotation. See R. Roussel's, *Les Pèlerinages à Travers les Siècles*, Payot, Paris 1954, 11–21. Today, Christianity, Islam, Buddhism, and Hinduism have their centers to which adherents of these religions go on pilgrimages.

² Although certain forms of such journeys existed earlier, the phenomenon of tourism is primarily associated with the post-industrial era. The distinction between tourism and travel itself becomes clear with the diversification of socio-economic activities that has occurred in the last two centuries, coinciding with population growth and the emergence of a somewhat different discourse. For further insights, see V. Pușcașu's, "Religious Tourism or Pilgrimage?", *European Journal of Science and Theology* 3/2015, 132.

started to explore new markets and progressively stopped organizing traditional religious travel in favor of creating new tourism experiences. In this way, religious tourism could be thought of as a natural expansion of traditional pilgrimages. It became evident over time that understanding religious rituals and protocols, as well as socio-cultural and religious exchanges, were giving rise to a new kind of entrepreneurship. Legal entities involved in religious tourism started to offer new products in this market to meet the increasing demands of travelers, whose motivations remained religious and spiritual, by leveraging the existing religious hegemony, its social position, significance, and the existing network of believers.

The growth of religious tourism inevitably resulted in changes, both organizationally and in the structure of the travelers who chose religious journeys. Even though new tourists respect and will respect the sanctity of the places they visit and participate in all permitted religious rituals, their increasing numbers have resulted in and continue to result in some degree of commercialization, positive and negative economic outcomes, and specific socio-cultural implications. This undoubtedly necessitates some level of organization and management from one or more centers. In order to establish and sustain this type of tourism, it became clear that collaboration is required among religious entities, which are the primary providers of services related to religious experiences, the state, which provides appropriate infrastructure, and private businesses that provide services such as transportation and lodging.³ However, it has been observed that this type of tourism is mostly conducted through informal channels, both in Europe and elsewhere.⁴ The majority of journeys are conducted outside of regular tourist agencies, primarily through church organizations and their specialized guides.

Despite the informal nature of organizing and leading religious pilgrimages, elements of entrepreneurship can be identified. There are visible direct suppliers to tourists (hotels, agencies, restaurants), and then there

³ M. Bywater, „Religious travel in Europe”, *Travel and Tourism Analyst* 2/1994, 39–52. should also be noted that the entities involved in the organization of religious tourism have different dynamics in non-secular countries. In Saudi Arabia, for example, the Ministry of Hajj is in charge of organizing the pilgrimage to Mecca, resulting in the merging of state and religious roles. In India, there are state institutions in the form of public charitable funds that oversee temples and pilgrimage planning. For further information K. Shinde, „Policy, planning, and management for religious tourism in Indian pilgrimage sites”, *Journal of Policy Research in Tourism, Leisure and Events* 4/2012, 280, 281.

⁴ Therefore, this tourism is referred to as the “informal sector of domestic tourism”. See K. Shinde, „Entrepreneurship and Indigenous Entrepreneurs in Religious Tourism in India”, *International Journal of Tourism Research* 12/2010, 526.

is the service sector, which assists direct suppliers in providing services (travel organizers, tourist publications, and so on).⁵ Such characteristics suggest that there are misuse risks and opportunities in the emergence of various quasi-tourist agencies, which may operate unofficially and generate income while avoiding certain responsibilities.

As a result, several legal issues concerning this matter must be addressed. The first question is when these activities become economic activities that require formalization and legal regulation. Then there is the question of whether there are regulations on religious entrepreneurship, whether tourist agencies or legal entities that have been by established churches and religious communities are engaged in this form of entrepreneurship; additionally, a question arises whether the application of autonomous regulations is sufficient for regulating religious entrepreneurship or whether the application of state law regulations is required. Furthermore, a question that most likely goes beyond the scope of the law is whether tourist agencies whose founders are not churches and religious communities have a legitimate right to organize religious journeys, especially pilgrimages, considering the motive that inspires believers to embark on such journeys. It could be said, therefore, that the central question is two-fold: on the one hand, it is a question of the legal conditions that legal entities established by churches and religious communities must meet to organize religious journeys; on the other hand, it involves the legitimacy and religious foundation of organizing such journeys by tourist organizations whose founders are not churches and religious communities.

2. Organizing religious journeys as an economic activity of churches and religious communities

In terms of comparative law, there is a significant gap in understanding how religious tourism, in its various manifestations, operates within the current institutional frameworks established by the state, particularly because a portion of the matter is governed by autonomous acts of churches and religious communities. Furthermore, business related to pilgrimages, and religious tourism in general, often remains beyond the scope of formal frameworks and state mechanisms, which can lead to a threat to the religious and cultural sustainability of the visited religious site.

It is also worth noting that the acceptance of religiously inspired travel as a necessary part of modern life has prompted churches and religious communities to establish special legal entities under their auspices that

⁵ These elements are derived from the definition of entrepreneurship developed by C. Gee, J. Makens, D. Choy, *The Travel Industry*, Van Nostrand Reinhold, New York 1989, 5.

deal with tourism and travel.⁶ Apart from them, “ordinary” tourist organizations, alongside their regular travel programs, also engage in organizing religious journeys.⁷ As a result of changes in socioeconomic, religious, and cultural activities associated with modern pilgrimage and religious tourism, this type of economic activity has unquestionably evolved. While engaging in economic activities by legal entities whose founders are not churches and religious communities is undeniable, as it is very precisely regulated by laws and bylaws, engaging in economic activities by legal entities established by churches and religious communities, such as organizing religious journeys, is largely unregulated. This means that investigating the feasibility of engaging in economic activities by legal entities established by churches and religious communities is a preliminary issue that must be addressed before further discussion on the subject.

2.1. Basic Principles of Regulating Economic Activities of Churches and Religious Communities

The matter of economic activities of churches and religious communities is regulated by provisions dedicated to the legal status of churches and religious communities,⁸ that generally permit such activities. The prerequisite for engaging in economic activities is that these activities are additional, used to achieve the set goals of the church and religious community, and do not constitute a form of their participation in general economic

⁶ Regarding other aspects of the church’s activities on this matter, see B. Vukonić, *Turizam i religija: rasprava o njihovom suodnosu*, Školska knjiga, Zagreb 1990, 165.

⁷ In the Republic of Serbia, a similar situation exists. An internet search indicates that primarily the Pilgrimage Agency of the Serbian Orthodox Church “Dobročinstvo”, as well as several agencies whose founders are not churches and religious communities (Deus Travel d.o.o., Pellegrini travel, Evro Turs, etc.), are involved in organizing pilgrimage journeys. In neighboring Romania, there are agencies engaged in religious tourism, including those affiliated with Orthodox parishes. D. H. Hampu, M. M. Coroş, „Religious Tourism: Pilgrimages – A Business of the Church's Travel Agencies”, in: *Modern Trends in Business, Hospitality and Tourism* (eds. Marius Dan Gavriletea, Monica Maria Coroş), Presa Universitara Clujeana, Cluj–Napoca 2021, 254.

⁸ In Europe, an exception in this regard is Austria, where this issue is explicitly regulated by general economic regulations, Bundesabgabenordnung, *BGBI* 1961/194 idFBGBII 2005/2, para. 34. Outside of Europe, an example of such an exception is Malaysia, where all Islamic institutions, that is, institutions operating by Sharia law, must be registered according to regulations governing companies. This includes, among other things, the Pilgrims’ Board (*Lembaga Tabung Haji*), which, by registering by the Companies Act of 1965, obtains the status and other characteristics of an economic entity. For more about companies in Malaysia see Z. A. Abd Ghadas, H. binti Abd Aziz, „Legal Framework of Shari’ah Corporations in Malaysia: Special Reference to Waqf Corporation”, *Journal of Modern Accounting and Auditing* 3/2017, 121.

life.⁹ These provisions are frequently accompanied by explicit recognition of rights that churches and religious communities may have in this regard; these rights typically include property rights, the right to profit or dividends from managing property, and so on.¹⁰

Aside from these fundamental definitions and regulations, provisions pertaining to the legal status of churches and religious communities generally refer to the application of norms on the economic activities of companies. Both national and supranational¹¹ regulations generally allow for certain exceptions regarding the economic activities of churches and religious communities due to the non-profit nature of their operations, as well as for religious reasons and the symbolic significance of undertaking certain activities.¹² These exceptions largely relate to tax relief¹³ but also include duties regarding activity

⁹ In Germany, under these conditions, there is a prescribed amount of profit that a church can generate to be exempt from the duty to pay taxes. V. Đurić, M. Trnavac, „Privredna delatnost crkava i verskih zajednica”, *Strani pravni život* 3/2018, fn. 22.

¹⁰ Similar provisions can be found in the regulations of Bulgaria (Zakon o veroispovestima Bugarske, *Državni vesnik*, br. 120/2002, 33/2006, 59/2007, 74/2009, 68/2013, 61/2015, 79/2015) and Croatia (Zakon o pravnom položaju verskih zajednica, *Narodne novine*, br. 83/02).

¹¹ It refers to provisions of European Union law; while European Union law does not contain provisions regulating relations between states on the one hand and churches and religious communities on the other, it is clear that churches and religious communities' economic activities are subject to provisions related to competition law. There is no explicit exclusion of these provisions' applicability to these entities and their activities. For more details on the principles of applying European Union regulations see M. Glintić, „Odnos država članica EU prema načelu primata prava EU”, *Pravni život* 12/2014, 357–370; M. Glintić, „Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju pred Evropskim sudom pravde”, *Strani pravni život* 3/2013, 112–114. Also, J. Vukadinović Marković, „Ostvarivanje prava na naknadu štete zbog povrede prava konkurencije pred nacionalnim sudovima i arbitražnim tribunalima”, in: *Naknada štete i osiguranje: savremeni izazovi* (eds. Zdravko Petrović, Nataša Mrvić Petrović), Institut za uporedno pravo, Beograd 2016, 183–185.

¹² Some of the exceptions are contained in the following regulations: Regulation (EC) No 1749/1999 of the Commission of 23 July 1999 amending Regulation (EC) No 2214/96, concerning the sub-indices of the harmonised indices of consumer prices; Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks; Regulation (EC) No 1829/2003 of the European Parliament and of the Council of 22 September 2003 on genetically modified food and feed; Regulation (EC) No 607/2009 of the Commission of 14 July 2009 laying down certain detailed rules for the implementation of Council; Regulation (EC) No 479/2008 as regards protected designations of origin and geographical indications, traditional terms, labeling and presentation of certain wine sector products. For more details see J. Čeranić Perišić, M. Glintić, A. Višekruna, „Upotreba oznaka geografskog porekla u privrednoj delatnosti crkava i verskih zajednica”, in: *Prilozi državno-crkvenom pravu Srbije* (eds. Vladimir Čolović, Vladimir Đurić), Institut za uporedno pravo, Beograd 2021, 197–211.

¹³ Certain exceptions are provided regarding value-added tax. One exception relates to value-added tax on the final import of certain types of goods, such as goods for fairs and

registration, as well as the status and legal form of the entity, which are issues requiring special attention.¹⁴

2.2. Economic Activities of Churches in the Law of the Republic of Serbia

In the Republic of Serbia, the matter of performing economic activities by churches and religious communities is primarily regulated by the Law on Churches and Religious Communities. According to this law, churches and religious communities registered in accordance with this law have the status of legal entities.¹⁵ Since their primary function must not be lucrative, “they can be considered non-profit unincorporated associations whose purpose is manifested in the public or broader interest, or in exercising rights and satisfaction of the needs of their believers, which, in terms of business, implies that the surplus of their income over expenses is allocated to improvement of the performance of their activities.”¹⁶

However, to generate income for their functioning, the Law on Churches and Religious Communities allows them to engage in economic activities. Although the law does not specify material conditions for churches and religious communities to engage in economic activities, it does specify a formal requirement that information on the church’s and religious community’s economic activities be entered in the Register of Churches and Religious Communities.¹⁷

Churches and religious communities themselves cannot have the status of economic entities, but they are generally allowed to establish other legal entities engaged in economic activities.¹⁸ The first question is whether churches and religious communities can establish economic entities to engage in economic activities under the rules of state or autonomous church legislation, and the second is whether these entities must be entered

similar religious or ritual events for religious or ritual. Another exception includes the import of literature with tourist information that is distributed free of charge to promote the idea of visiting other countries to participate in religious assemblies and events. Directive 2009/132/EC of the Council of 19 October 2009 determining the scope of Art. 143(b) and (c) of Directive 2006/112/EC as regards exemption from value-added tax on the final importation of certain goods.

¹⁴ V. Đurić, „Pravo EU i državno crkveno pravo”, in: *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije* (eds. Duško Dimitrijević, Brano Miljuš), Institut za međunarodnu politiku i privredu, Hans Seidel Foundation, Beograd 2011, 554.

¹⁵ Art. 9, para. 1 of the Law on Churches and Religious Communities, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 36/2006.

¹⁶ V. Đurić, M. Trnavac, 100.

¹⁷ Art. 21, para. 2 of the Law on Churches and Religious Communities.

¹⁸ Art. 26, para. 3 of the Law on Churches and Religious Communities.

in the Register of Churches and Religious Communities or state registers of economic entities.

This question arises because, according to the Law on Churches and Religious Communities, organizational units and institutions of churches and religious communities may be afforded attributes of a legal entity by the decision of the competent body of the church or religious community and by their autonomous regulations.¹⁹ Also, art. 21, para. 2 of the Law on Churches and Religious Communities stipulates that information about economic activities conducted by the church, religious community, their organizational unit, or institution must be entered in the Register of Churches and Religious Communities.²⁰ This leads to the question whether only organizational units and institutions, whose founder is a church or religious community, should be established by the rules of autonomous church legislation, or if these rules should also be applied to economic entities whose founder is a church or a religious community. Regarding this question, there is a legal gap, the filling of which is further complicated by art. 10 of the Rulebook on the Content and Manner of Maintaining the Register of Churches and Religious Communities,²¹ which specifies that the registry sheet should contain information from the aforementioned art. 21 of the Law on Churches and Religious Communities. Despite the fact that this law contains a provision on economic activities, the mentioned Rulebook art. 10 does not state that the registry sheet should include information on economic activities, i.e., there is no mention of economic entities.

Given the negative consequences of informal economic activities and all potential forms of abuse caused by the legal gap, it is reasonable to conclude that granting authorization to churches and religious communities to engage in economic activities through their autonomous regulations, which would then be recorded only in the Register of Churches and Religious Communities, would be overly broad. This approach would also avoid the imposition of state regulations on economic entities. This conclusion is unarguable, especially given that the Law on Churches and Religious Communities envisages churches and religious communities conducting economic and other activities through regulations governing such activities. This implies that churches and religious communities should be subject to the same obligations and responsibilities as other economic entities.

¹⁹ Art. 9, para. 2 of the Law on Churches and Religious Communities.

²⁰ It refers to religious schools, cultural institutions, humanitarian, and health organizations whose founder is the church, religious community, or religious organization

²¹ Rulebook on the content and manner of maintaining the Register of Churches and Religious Communities, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 36/06.

The next question that needs to be addressed is the conditions under which churches and religious communities can engage in economic activities, given that the Law on Churches and Religious Communities does not specify these. The only thing the Law requires is that economic activities be carried out in accordance with the regulations governing such activities. Because of this legal gap, it is necessary to consult the provisions of the Act on Associations, which will be applied to issues not covered by the Law on Churches and Religious Communities.²² The Act on Associations expressly states that an association may engage in economic or other profit-making activities if they are aligned with the statutory goals and are on a smaller scale, proportionate to the scope required to achieve the association's goals.²³ These conditions are clearly defined and should be applied to the economic activities of churches and religious communities, i.e., entities established for that purpose.

As a result, autonomous legislation of churches and religious communities is required to clearly define economic activities that will be linked to specific statutory goals. This activity cannot be transformed into the primary activity of a church or religious community, which necessitates a balance between action objectives and economic activity. The latter is an exception, not a rule. Revenue from economic activities may only be used for the purposes specified in autonomous acts.

2.3. Organizing Pilgrimages as an Economic Activity of Churches and Religious Communities

Companies Act, a regulation to be applied to matters related to the economic activities of churches and religious communities, envisions that a company represents a legal entity conducting activities with the aim of gaining profit.²⁴ This implies that the application of the presented rules on mandatory registration and adherence to business rules should only be applied in cases where the activities of legal entities established by churches and religious communities are lucrative (provided they are of smaller scale and determined by the statute).²⁵

The fact that the church's activities are defined as non-lucrative presents a particular challenge in regulating the economic activities of

²² Act on Associations, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 51/09, 99/11 – other laws.

²³ Art. 37 of the Act on Associations.

²⁴ Art. 2 of Companies Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – other law, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019, and 109/2021.

²⁵ The aforementioned duty is also envisaged by Art. 46 of the Law on Tourism, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 17/2019.

churches and religious communities, or legal entities established for these purposes. When it comes to organizing and conducting religious travels, it is justified not to view these activities as profitable only when the primary goal of such journeys is not profit, especially when travelers do not bear the costs of travel, lodging, and meals during the journey. This is especially true when it comes to organizing pilgrimages, which tourismology defines as a specific type of religious travel and will be discussed further below.

From a legal standpoint, pilgrimages can be defined as a personal needs travel that can be organized by trade unions, pensioner associations, student, scouting, and mountaineering organizations, social and child protection institutions for their members and beneficiaries, as well as other associations and organizations, but without the intention of profit. This justifies a different legal treatment of this type of activity.²⁶

It should be noted, however, that this legal solution is not without drawbacks, as the following paragraph of the same article anticipates that such journeys cannot be publicly advertised because they are only intended for members and beneficiaries of the organizing association or institution. The difficulty stems from the inability to clearly identify who the members and beneficiaries of the churches are and how to reach them in the absence of public advertising. Is this requirement met if trip plans with specific dates are available on agency websites?

By the same logic, if various religious travels are organized in a way that unquestionably involves profit, there is a basis to classify such activity as an economic activity that must be registered in the appropriate registers.²⁷ In such cases, the activity of the mentioned legal entities is identical to the activities of a travel agency, defined by the Law on Tourism as the agencies offering, organizing and selling tourist journeys and excursions.²⁸

²⁶ It is art. 84, para. 1 of the Law on Tourism.

²⁷ Earning income from this type of tourism is inevitable because estimates indicate an exceptionally large number of religious tourists annually. Globally, it is said that this form of tourism brings in a multibillion-dollar profit. See K. Wright, *The Christian Travel Planner: Christian travelers Guide*, Thomas Nelson, Nashville 2008, 33. Bidding with precise amounts is not possible for numerous reasons and often varies from region to region. However, as an example, in 2012, in Saudi Arabia, the contribution of religious tourism to the total gross domestic product was 12%. This data is provided according to M. Bader, *Religious Tourism in Jordan, Current situation, future developments and prospects: A case study on Islamic and Christian holy sites*, doctoral dissertation, Catholic University of Eichstätt-Ingolstadt, Eichstätt 2012, 38. See also S. J. Rajinder, „Pilgrimage in Sikh tradition”, in: *Tourism, Religion and Spiritual Journeys* (eds. Dallen Timothy, Daniel Olsen), Routledge, London 2006, 206–219.

²⁸ Art. 3, para. 1, p. 3 of the Law on Tourism.

The fact that this type of economic activity is not appropriately registered is not a sufficient argument to claim that it does not represent an economic activity because it is the responsibility of the entity conducting this economic activity to register it, and neglecting this duty does not diminish the economic nature of the given activity.²⁹

3. Distinguishing Pilgrimage from Religious Tourism as the Basis for Different Legal Regimes

To support the idea of the need for differentiation between organizing pilgrimage, on the one hand, and other types of religious tourism that have developed over time as a response to the needs of a growing market, on the other hand, one must consider tourismological acquisitions. Specifically, even though the religious motive is predominant in all forms of religious travel, differences exist due to the complexities of the phenomenon of religious tourism.³⁰

Regarding religious tourism in general, it is observed as a selective type of tourism,³¹ i.e., a specific form of thematic tourism driven by the religious and spiritual motives of a particular category of tourists.³² For a long time, a symbol of equality was placed between pilgrimage and religious tourism, which is unjustified because it ignores all other activities and motives of various forms of religious tourism.

Pilgrimage is defined as a “dynamic element, structured, inherent in faith itself and developed over thousands of years to define a form of spiritual purification, through a sacred path to the extent that it connects a person with the divine, while empirically and mystically representing pilgrimage’s goal.”³³ Due to the religious significance of this journey, theological debates have been initiated on the terminological meanings of the

²⁹ Compare V. Đurić, M. Trnavac, 102.

³⁰ In support of this, M. Nolan, S. Nolan, „Religious sites as tourism attractions in Europe”, *Annals of Tourism Research* 19/1992, 68–72.

³¹ Selective tourism essentially represents tourism driven by specific motives, either on the side of tourist supply or on the side of tourist demand. A similar definition of religious tourism can be found in the paper of R. Sharpley, P. Sundaram, „Tourism: a sacred journey? The case of ashram tourism, India”, *International Journal of Tourism Research* 3/2005, 161. Also, G. Rinschede, 52.

³² I. Hegeđuš, I. Koščak, „Vjerski turizam u Republici Hrvatskoj”, *Zbornik radova Međimurskog veleučilišta u Čakovcu* 2/2014, 17–23. Also, B. Pirjavec, O. Kesar, *Počela turizma*, Mikrorad, Zagreb 2002, 16.

³³ Z. Cerović *et al.*, *Strategija razvoja vjerskog turizma grada Rijeke do 2020. godine*, Opatija 2015, 13, <https://de.scribd.com/document/378726043/Strategija-razvoja-vjerskog-turizma-grada-Rijeke-do-2020-godine#>, 19. 8. 2023.

concept of pilgrimage, motivations for embarking on pilgrimage,³⁴ religious practices, symbolism of the path itself, and more. However, pilgrimage was never discussed in theological context, neither as a form of tourism nor as religious tourism.³⁵ This was one of the first indications that pilgrimage should be distinguished from other types of religious journeys. It was defined indirectly as a journey (conditionally as tourism) because it was the only available mode of travel for a long time.³⁶

However, with all of the transportation options that enable reaching the most remote places, as well as the spreading idea of spirituality, it is clear that tourists partly become pilgrims, just as pilgrims become “ordinary” tourists who, while focusing on the spiritual aspects of their journey, also want to enjoy the comforts that modern tourism provides.³⁷ Traditional pilgrimage destinations have become gathering places for various types of tourists over the last few decades, ranging from those motivated by religious reasons to those interested in historical heritage, cultural or artistic value of the visited place.³⁸

Today’s central question is whether pilgrimage is a tourist product like any other on the market, to which laws and established economic rules should apply. The image of mass tourism suggests consumption, triviality, and leisure, which contradicts the concept of pilgrimage, which is fundamentally associated with values of sobriety, asceticism, and participation in profound religious processes. Greater accessibility of religious tourism has resulted in the emergence of various tourism forms characterized by the spiritual-secular dichotomy.³⁹ Both types of visitors can be satisfied by visiting religious sites. On the one hand, these settings are perfect for spiritual retreats. When visiting this type of location, “ordinary” tourists

³⁴ Semantically, the word *pilgrimage* originates from the Latin word *peregrinus* (Greek: *proskinita/proskinitis*), which allows for a broader interpretation encompassing those who wander, strangers, and newcomers.

³⁵ V. Puşcaşu, 138.

³⁶ In developing countries, tourism is still accessible for the majority of the population mainly in the form of religious tourism. This situation is similar to the position of the lower and middle classes in the Middle Ages when they were unable to embark on longer journeys due to their economic circumstances. Leisure time during that period was focused on the church and the community that emerged around it. G. Rinschede, 52.

³⁷ W. Turner, E. Turner, *Image and Pilgrimage in Christian Culture*, Columbia University Press, New York 1978, 20.

³⁸ H. Karen, N. Bond, R. Ballantyne, „Designing and Managing Interpretive Experiences at Religious Sites: Visitors’ Perceptions of Canterbury Cathedral”, *Tourism Management* 36/2013, 211.

³⁹ M. Nolan, S. Nolan, 70.

can be accompanied by a priest who can explain the cultural, historical, or architectural significance of a particular religious site.⁴⁰

The first phenomenon to be observed is the secularization of pilgrimage, which manifests itself in the commercialization and commodification of pilgrimage sites. The other phenomenon is that, in addition to religious motives for visiting religious sites, other motives such as leisure activities and relaxation emerge.⁴¹ Both phenomena necessitate the use of certain external providers of services, such as organizing trips, hiring guides, and engaging in leisure activities, indicating that this type of travel must be considered as part of tourism.⁴²

As a result, according to modern sociological approaches, there is a tendency of classifying the manifestations of religious tourism within a tripartite division: the first type is sacred travel, which is defined as the act of going to a sacred place by a religiously motivated person (pilgrimage); the second type is religious tourism, which is defined as an individual's travel for cultural-historical purposes, regardless of the religious significance of a sacred site; and the third type is pseudo-sacred travel, defined as an action motivated by a sense of respect (towards new "gods" or new "sacred places" of modern society), which involves visiting places with little religious significance.⁴³ In this context, scholars often refer to a scale developed in the 1990s by Valene Smith, where at one end of the scale is a devout pilgrim, at the other end a secular tourist, and in between several forms of tourists appear – more pilgrim than tourist, religious tourist, and more tourist than pilgrim.⁴⁴ Rinschede observes elements of this division as well, emphasizing that religious tourism can take the form of pilgrimage (travel to Mecca, Medjugorje, etc.), strictly religious tourism, travel for a religious event (for Catholics, this could be World Youth Day, for example), and travel for the purpose of visiting churches, monasteries, and cathedrals.⁴⁵ Aside from personal

⁴⁰ R. Blackwell, „Motivations for Religious Tourism, Pilgrimage, Festivals and Events”, in: *Religious Tourism and Pilgrimage Festivals Management, An International Perspective* (eds. Razaq Raj, Nigel D. Morpeth), CABI, Oxfordshire 2007, 39.

⁴¹ K. Shinde (2010), 523.

⁴² Therefore, it may be a correct way to understand religious tourism as a “modern metamorphosis of pilgrimage and travel.” E. Cohen, „Pilgrimage and Tourism: Convergence and Divergence”, in: *Sacred Journeys: The Anthropology of Pilgrimage* (ed. Alan Morinis), Praeger, Connecticut 1992, 59.

⁴³ The division taken from V. Puşcaşu, 136.

⁴⁴ V. L. Smith, „Introduction: The Quest in Guest”, *Annals of Tourism Research* 1/1992, 5. Compare M. Stausberg, *Religion and Tourism: Crossroads, destinations and encounters*, Routledge, New York 2011, 53. For other types of religious tourism, see D. N. Hampu, M. M. Coroş, 253.

⁴⁵ G. Rinschede, 57–58.

motivations that may lead someone to choose pilgrimage or another type of religious tourism, it is worth noting that, on the one hand, pilgrimage has explicitly recognized cultural significance that modern tourism does not. Religious tourism, on the other hand, is more “open” than pilgrimage in terms of duties, routes, patterns of behavior, and interactions with travelers.⁴⁶ For a journey to be characterized as a pilgrimage, the person must go through a phase of spiritual transformation, from secular to spiritual, while religious tourism simply remains an external phenomenon with no deeper implications for the individual.⁴⁷

This would imply that religious tourism is a type of tourism that, unlike pilgrimage, is aimed at non-believers.⁴⁸ Consequently, religious tourism encompasses, in addition to the attraction element (objects, sites, events, and various occurrences), traditional elements of tourist offerings, such as transportation, accommodation, meals, shopping, and, at the very least, souvenirs.⁴⁹ All the mentioned characteristics of pilgrimage, on the one hand, and other types of religious tourism, on the other hand, clearly indicate that their organization and implementation must take place in different ways, which has significant financial implications justifying different legal regimes.

From this vantage point, the question of whether ordinary secular tourist agencies can organize pilgrimage journeys when considering the motivations for such journeys arises. They can promote and organize travel, and everything associated with it, but religion remains a domain over which they have little influence and which necessitates cooperation and services from religious entities. If religious entities' elements were omitted, tourists who did not receive what they expected would likely be dissatisfied.

In terms of other types of religious tourism, the question is how much it differs from other types of tourism, justifying religious entities'

⁴⁶ E. Cohen, 56–58. However, there are different opinions: “The distinction between pilgrimage driven by faith and tourism for cultural and recreational purposes no longer holds, as modern pilgrimages involve such a vast number of people that they can be organized in the same way as mass tourism.” L. Tomasi, „Homo viator: from pilgrimage to religious tourism via the journey”, in: *From Medieval Pilgrimage to Religious Tourism: the Social and Cultural Economics of Piety* (eds. William H. Swatos, Jr., Luigi Tomasi), Bloomsbury Publishing, Connecticut 2002, 21.

⁴⁷ As emphasized in certain papers, “Hajj is Hajj, and tourism is tourism!”, See M. Bader, 57.

⁴⁸ T. Hitrec, „Vjerski turizam”, in: *Hrvatski turizam: plavo, bijelo, zeleno* (eds. Sanda Čorak, Vesna Mikačić), Institut za turizam, Zagreb 2006, 287.

⁴⁹ For more details see B. Pirjavec, O. Kesar, 20; V. L. Smith, 5. The multiplicity of new forms of religious tourism is also discussed by J. Digance, „Pilgrimage at Contested Sites”, *Annals of Tourism Research* 1/2003, 148–149.

involvement in this type of tourism. The intention, motivation, and essence of such journeys remain religious, but the journey itself takes on a tourist character when it occurs. As presented, these journeys differ in terms of both the people who choose them and the organization of the tourism industry.⁵⁰

4. Conclusion

This paper sought to answer several key questions about the organization of tourist journeys as a type of economic activity that can be undertaken by both traditional tourist organizations and legal entities that organize churches and religious communities. The first question is when these activities become economic activities that require some level of formalization and legal regulation. According to a review of comparative and national law, economic activity can be discussed when it is aimed at profit. When it comes to regular tourist agencies, this condition is unquestionably met. However, meeting this condition for legal entities established by churches and religious communities with the goal of organizing religious tourism contradicts the definition of churches and religious communities' activities as non-lucrative. This means that the lucrative economic activity of these legal entities can be permitted only when directed toward achieving goals of lesser scope as determined by autonomous acts, answering the question of whether autonomous regulations can be applied in this area. Otherwise, there are no compelling reasons to exempt churches and religious communities' economic activities, i.e., the legal entities that established them, from the general regime otherwise applicable to economic activities.

Meeting the mentioned conditions regarding the legal regime of permitted economic activities is possible in the context of organizing religious journeys by legal entities established by churches and religious communities if pilgrimage journeys are distinguished from other religious journeys. Despite the fact that both types of journeys are inspired by religious motives, their organization and implementation differ significantly, beginning with the fact that religious journeys, as opposed to pilgrimage journeys, involve a slew of additional activities, with significant financial implications. This transition enters the realm of profitable operations, requiring adherence to economic rules.

⁵⁰ J. Kaur, „Pilgrim's progress to Himalayan shrines: Studying the phenomenon of religious tourism”, in: *Studies in tourism, wildlife parks, conservation* (eds. Tej Vir Singh, Jagdish Kaur, Devinder Pal Singh), Matropolition, New Delhi 1982, 224–237.

Мирјана Глинтић

Научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд

ИЗАЗОВИ У РЕГУЛИСАЊУ ОРГАНИЗОВАЊА РЕЛИГИЈСКИХ ПУТОВАЊА КАО ПРИВРЕДНЕ ДЕЛАТНОСТИ

Сажетак

Ауторка анализира правна лица која се баве организовањем и пружањем услуга из домена религијског туризма у Републици Србији. Како религијски туризам карактерише дихотомија елемената духовног и световног, тако се овом врстом туризма баве и туристичке агенције чији оснивач нису цркве и верске заједнице, и правна лица која за те потребе оснивају цркве и верске заједнице. Стога ауторка централни део рада посвећује најпре питању да ли „обичне” туристичке агенције могу да региструју организовање свих врста религијских путовања као своју самосталну делатност; а затим питању које се, из визуре државног права, тиче правног статуса правних лица која цркве и верске заједнице оснивају за наведене потребе. Позитивно-правна и упоредноправна анализа указују на основни недостатак у постојећој регулативи, а то је непостојање разлике између различитих врста религијских путовања која би оправдавала другачије правне статусе правних лица која се баве њиховим организовањем. У закључном делу рада предлаже се прављење разлике између статуса правних лица која организују поклоничка путовања, тј. ходочашића, и оних која организују друге врсте религијског туризма.

Кључне речи: ходочашће, религијски туризам, привредна делатност, цркве и верске заједнице.

REFERENCES

Monograph, articles

- Abd Ghadas Z. A., binti Abd Aziz, H., „Legal Framework of Shari’ah Corporations in Malaysia: Special Reference to Waqf Corporation”, *Journal of Modern Accounting and Auditing* 3/2017, 121–127.
- Bader M., *Religious Tourism in Jordan, Current situation, future developments and prospects: A case study on Islamic and Christian holy*

- sites, Doctoral dissertation, Catholic University Eichstätt-Ingolstadt, Eichstätt 2012.
- Blackwell R., „Motivations for Religious Tourism, Pilgrimage, Festivals and Events”, in: *Religious Tourism and Pilgrimage Festivals Management, An International Perspective* (eds. Razaq Raj, Nigel D. Morpeth), CABI, Oxfordshire 2007, 103–117.
- Bywater M., „Religious travel in Europe”, *Travel and Tourism Analyst* 2/1994, 30–46.
- Cerović Z. et al., *Strategija razvoja vjerskog turizma grada Rijeke do 2020. godine*, Opatija 2015.
- Cohen E., „Pilgrimage and Tourism: Convergence and Divergence”, in: *Sacred Journeys: the Anthropology of Pilgrimage* (ed. Alan Morinis), Praeger, Connecticut 1992, 47–61.
- Ćeranić Perišić J., Glintić M., Višekruna A., „Upotreba oznaka geografskog porekla u privrednoj delatnosti crkava i verskih zajednica”, in: *Prilozi državno-crkvenom pravu Srbije* (eds. Vladimir Čolović, Vladimir Đurić), Institut za uporedno pravo, Beograd 2021, 197–211.
- Digance J., „Pilgrimage at Contested Sites”, *Annals of Tourism Research* 1/2003, 143–159
- Đurić V., „Pravo EU i državno crkveno pravo”, in: *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije* (eds. Duško Dimitrijević, Brano Miljuš), Institut za međunarodnu politiku i privredu, Hans Zajdel fondacija, Beograd 2011, 547–570.
- Đurić V., Trnavac, M., „Privredna delatnost crkava i verskih zajednica”, *Strani pravni život* 3/2018, 89–107.
- Gee C., Makens J., Choy D., *The Travel Industry*, Van Nostrand Reinhold, New York 1989.
- Glinčić M., „Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju pred Evropskim sudom pravde”, *Strani pravni život* 3/2013, 105–119.
- Glinčić M., „Odnos država članica EU prema načelu primata prava EU”, *Pravni život* 12/2014, 357–370.
- Hampu D. N., Coroş M. M., „Religious Tourism: Pilgrimages – A Business of the Church’s Travel Agencies”, *Modern Trends in Business, Hospitality and Tourism* (eds. Marius Dan Gavriletea, Monica Maria Coroş), Presa Universitara Clujeana, Cluj–Napoca 2021, 253–265.
- Hegeduš I., Koščak I., „Vjerski turizam u Republici Hrvatskoj”, *Zbornik radova Međimurskog sveučilišta u Čakovcu* 2/2014, 17–23.
- Hitrec T., „Vjerski turizam”, in: *Hrvatski turizam: plavo, bijelo, zeleno* (eds. Sandra Čorak, Vesna Mikačić), Institut za turizam, Zagreb 2006, 287–301.

- Karen H., Bond N., Ballantyne R., „Designing and Managing Interpretive Experiences at Religious Sites: Visitors’ Perceptions of Canterbury Cathedral”, *Tourism Management* 36/2013, 210–220.
- Kaur J., „Pilgrim’s progress to Himalayan shrines: Studying the phenomenon of religious tourism”, in: *Studies in tourism, wildlife parks, conservation* (eds. Tej Vir Singh, Jagdish Kaur, Devinder Pal Singh), Matropolition, New Delhi 1982, 224–237.
- Lanczkowski, G., *Die heilige Reise-Auf den Wegen von Gottern und Menschen*, Herder, Freiburg 1982.
- Nolan, M., Nolan, S., „Religious sites as tourism attractions in Europe”, *Annals of Tourism Research* 19/1992, 68–78.
- Pirjavec B., Kesar O., *Počela turizma*, Mikrorad, Zagreb 2002.
- Puşcaşu V., „Religious Tourism or Pilgrimage?”, *European Journal of Science and Theology* 3/2015, 131–142.
- Rajinder S. J., „Pilgrimage in Sikh tradition”, in: *Tourism, Religion and Spiritual Journeys* (eds. Dallen Timothy, Daniel Olsen), Routledge, London 2006, 65–72.
- Rinschede G., „Forms of religious tourism”, *Annals of Tourism Research* 19/1992, 51–67.
- Roussel R., *Les Pèlerinages à Travers les Siècles*, Payot, Paris 1954.
- Sharpley R., Sundaram, P., „Tourism: a sacred journey? The case of ashram tourism, India”, *International Journal of Tourism Research* 3/2005, 161–171.
- Shinde K., „Entrepreneurship and Indigenous Entrepreneurs in Religious Tourism in India”, *International Journal of Tourism Research* 12/2010, 523–535.
- Shinde K., „Policy, planning, and management for religious tourism in Indian pilgrimage sites”, *Journal of Policy Research in Tourism, Leisure and Events* 4/2012, 277–301.
- Smith V. L., „Introduction: The Quest in Guest”, *Annals of Tourism Research* 1/1992, 1–17.
- Stausberg M., *Religion and Tourism: crossroads, destinations and encounters*, Routledge, New York 2011.
- Tomasi L., „Homo viator: from pilgrimage to religious tourism via the journey”, in: *From Medieval Pilgrimage to Religious Tourism: the Social and Cultural Economics of Piety* (eds. William H. Swatos, Jr., Luigi Tomasi), Bloomsbury Publishing, Connecticut 2002.
- Turner W., Turner E., *Image and Pilgrimage in Christian Culture*, Columbia University Press, New York 1978.

- Vukadinović Marković J., „Ostvarivanje prava na naknadu štete zbog povrede prava konkurencije pred nacionalnim sudovima i arbitražnim tribunalima”, in: *Naknada štete i osiguranje: savremeni izazovi* (eds. Zdravko Petrović, Nataša Mrvić Petrović), Institut za uporedno pravo, Beograd 2016, 183–193.
- Vukonić B., *Turizam i religija: rasprava o njihovom suodnosu*, Školska knjiga, Zagreb 1990.
- Wright K., *The Christian travel Planner: Christian travelers Guide*, Thomas Nelson, Nashville 2008.

ВЈЕРСКИ СЛУЖБЕНИК КАО СВЈЕДОК У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак

*Вјерски службеник може бити предложен као свједок у парничном поступку, ради утврђивања неких одлучујућих чињеница. Циљ овог истраживања је да се циљно-систематским тумачењем одредаба позитивног права отклоне неке дилеме које се могу појавити у пракси током адхезионог поступка утврђивања постојања оправданих разлога да вјерски исповједник ускрати своје свједочење о тачно одређеним чињеницама. Закључује се да се на вјерског исповједника у поступку пред судом могу у потпуности примијенити општа правила парничног поступка, као и одредбе *lex specialis* којима се регулише поступање вјерских службеника, а које као такве примјењује и парнични суд. Нормативно-догматска анализа правила парничног поступка, те и консултована теоријска схватања, указују на то да се поступак утврђивања постојања оправданих разлога за ускраћивање свједочења од стране вјерског исповједника превише препушта диспозицији свједока. Како се то показује као слабост постојеће правне регулације овог питања, предложене су и неке потребне измјене закона у будућности.*

Кључне ријечи: дужност свједочења, вјерски службеници, ускраћивање свједочења.

1. Пролог

Вјерски службеник, односно исповједник је лице које, обављајући своју професију, долази у ситуацију да сазна информације које се, према правилима те професије, сматрају тајном. Када се то лице предложи као свједок, у парничном поступку прописано је како ће суд поступити и која су права и овлашћења свједока.

Иако правила процесног права дјелују прецизно, њихова примјена може у пракси отворити низ дилема и недоумица које је потребно разријешити. У парничном поступку, у којем доминира

* Доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, e-mail: stojana.petrovic@pf.unibl.org

начело утврђивања истине, полази се од хипотезе да о могућности давања исказа вјерског службеника као свједока пред парничним судом, односно о његовој могућности ускраћивања свједочења, одлучује суд у посебном адхезионом поступку, иако законодавац прописује да вјерски исповједник *може* ускратити свједочење, те иако у овом поступку доминира начело диспозиције вјерског исповједника као *ad hoc* странке у погледу покретања поступка. То указује да овај адхезиони поступак има своје специфичности у односу на парнични у оквиру којег се покреће и води. Како би се провјериле постављене претпоставке, истраживање је спроведено са циљем утврђивања овлашћења и дужности вјерског службеника тј. исповједника као свједока, те и овлашћења суда да утврди да постоје услови за ускраћивање његовог свједочења у парничном поступку, са циљем испитивања карактеристика овог адхезионог поступка. У раду су анализирани и *lex specialis* прописи који регулишу ово питање, а које као такве примјењује и суд.

2. Законодавни модел вјерског исповједника као свједока у Босни и Херцеговини

Правила парничног поступка у посматраним ентитетима Босне и Херцеговине (Република Српска и Федерација Босне и Херцеговине) уједначено регулишу питање процесног положаја, овлашћења и дужности вјерског исповједника као свједока. Стога се може уочити да су законодавци у оба ентитета усвојили једнообразни законодавни модел вјерског исповједника као свједока.

2.1. Законски и теоријски појам свједока у парничном поступку, појам вјерског исповједника

Није уобичајено да се правилима парничног поступка дефинише појам свједока. Таква је ситуација, не само у правима посматраних ентитета Босне и Херцеговине (Република Српска и Федерација Босне и Херцеговине) већ и у сусједним државама (као што су републике Србија и Хрватска). Изричито су регулисане дужности, овлашћења и права лица које се као свједок позива да у парничном поступку да исказ,¹ али не и појам свједока.

¹ Упор. чл. 137–146 Закона о парничном поступку – ЗПП РС, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08, 45/09, 49/09, 61/13, 109/21 и Закона о парничном поступку – ЗПП ФБиХ, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 53/03, 73/05, 19/06, 98/15.

Иако домаћа процесна теорија и теорија сусједних држава даје свој допринос одређивању појма свједока, потпуну дефиницију може понудити само синтетизовано посматрање овог појма. Наиме, препознаје се неколико елемената појма свједока у парничном поступку – да се ради искључиво о физичком лицу², различитом од суда и од странака³, које је позвано да пред судом да исказ о својим прошлим чулним запажањима⁴, или о чијем је постојању информисан од трећег лица⁵, без давања свог мишљења⁶, а која се тичу чињеница које су предмет доказивања.

Под вјерским исповједником, у смислу одредбе парничног поступка, може се сматрати свако свештено лице које има овлашћење да врши тајну исповјести другог лица. Будући да правила парничног поступка под свједоком не подразумевају сваког вјерског службеника, већ само онога који располаже информацијама које је сазнао током исповјести, то ће се у наставку текста говорити о вјерском исповједнику као свједоку у парничном поступку.

За идентификовање вјерског исповједника као свједока значајан је сегмент поменуте дефиниције који се тиче начина сазнања чињеница. Наиме, поред појма свједока који исказ даје о чињеницама о којима је сазнао непосредно својим чулним опажањем, вјерски исповједник спадао би у свједоке по чувењу, будући да он исказ даје о чињеницама које није непосредно опажао, већ о којима је чуо од странке из парничног поступка, или од другог лица и то вршећи тајну исповјест. Свједок по чувењу (њем. *Zeuge vom Hörensagen*, енгл. *Witness by hearing*) институт је англосаксонског права који своју примјену

² Р. Кеча, М. Кнежевић, *Грађанско процесно право*, Службени гласник, Београд 2021, 256. Слично сматра и А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2020, 497; Г. Станковић, *Грађанско процесно право*, Издавачко предузеће Јустинијан, Београд 2004, 414; Ј. Чизмић, „Права и дужности свједока у парничном поступку”, у: *Зборник радова са VII међународног савјетовања „Актуалности грађанског процесног права – национална и упоредна правнотеоријска и практична достигнућа”* (ур. Динка Шаго), Сплит 2021, 23. Слично и Р. Кеча, Б. Старовић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2004, 303; те и Г. Станковић, Р. Рачић, *Парнично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2017, 447; и Б. Познић, В. Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд 2010, 336.

³ Г. Станковић, (2004), 414. Слично и Р. Кеча, Б. Старовић, 303, те и Г. Станковић, Р. Рачић, 447.

⁴ Ј. Чизмић, 23; Г. Станковић (2004), 414. Слично и Р. Кеча, Б. Старовић (2004), 303; Г. Станковић, Р. Рачић, 447.

⁵ Р. Кеча, М. Кнежевић, 256. Слично сматра и А. Јакшић, 497.

⁶ Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 336; Г. Станковић, Р. Рачић, 447.

налази и у континенталном праву. Њемачка процесна теорија стоји на становишту да се пред судом може изводити и доказ саслушање свједока по чувењу.⁷

Осим из процесне теорије⁸, закључак о томе да домаће право познаје свједока по чувењу произлази и из циљног тумачења законске одредбе која предвиђа вјерског исповједника као свједока о чињеницама које му је саопштила странка или друго лице током тајне исповјести⁹. У истом смијеру је и одредба која предвиђа да ће се свједок увијек питати откуд му је познато оно о чему свједочи.¹⁰ Може се претпоставити да таква одредба има циљ да суду, приликом оцјене доказа, омогући разликовање онога што свједок износи по властитом опажању од онога што он пред судом казује по чувењу од неког другог – дакле, од оног што је посредно сазнао.

2.2. Овлашћења и дужности вјерског исповједника као свједока у законодавном моделу ентитета Босне и Херцеговине

ЗПП РС, једнако као и ЗПП ФБиХ, регулише да је свако лице које се позива као свједок дужно да се одазове позиву и да свједочи.¹¹ Не може се саслушати као свједок лице које би својим исказом повриједило дужност чувања службене или војне тајне, док га надлежни орган не ослободи те дужности.¹²

Свједок може ускратити свједочење о ономе о чему му се странка или неко друго лице исповиједило, између осталог, као вјерском исповједнику.¹³ Суд ће упозорити ова лица да могу ускратити давање исказа у овом случају.¹⁴

Оправданост разлога за ускраћивање свједочења или одговора на поједина питања оцјењује суд пред којим свједок треба да свједочи, након што се о томе изјасне странке.¹⁵ Против рјешења суда о оправданости разлога за ускраћивање свједочења странке немају право на

⁷ F. Jacoby, *Zivilprozessrecht*, Verlag Franz Vahlen, München 2022, 194.

⁸ Р. Кеча, М. Кнежевић, 256.

⁹ Чл. 139, ст. 1, тач. 2 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

¹⁰ Чл. 144, ст. 3 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

¹¹ Чл. 137 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

¹² Чл. 138 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

¹³ Чл. 139, ст. 1, тач. 2 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ. Појам вјерског исповједника није ближе регулисан одредбом ЗПП РС / ЗПП ФБиХ. У смислу одредбе парничног поступка, могло би се сматрати да се ради о лицу које према аутономном праву цркве има овлашћење да врши тајну исповјест вјерника.

¹⁴ Чл. 139, ст. 2 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

¹⁵ Чл. 141, ст. 1 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

посебну жалбу.¹⁶ Свједок може рјешење о оправданости разлога за ускраћивање свједочења побијати у жалби против рјешења о новчаној казни или о затвору због тога што је ускратио свједочење.¹⁷

Послије општих питања, свједока најпре испитује странка која га је предложила, а послије тога супротна странка.¹⁸ Суд увијек може постављати питања свједоку.¹⁹ Свједок ће се увијек питати откуда му је познато оно о чему свједочи.²⁰

Стиче се утисак да нема никакве дилеме о томе да вјерски исповједник, поред дужности да се одазове позиву за свједочење, може ускратити своје свједочење о питањима о којима је сазнао вршећи своју професију. Примјена приказаних одредаба у пракси пред судовима ипак може отворити разне дилеме.

2.3. Вјерски исповједник између могућности ускраћивања свједочења у парничном поступку и дужности чувања професионалне тајне под пријетњом кривичне одговорности

Могућност да свједок ускрати свједочење изузетак је од прописане дужности свједока да да исказ у поступку пред судом.²¹ У погледу свједочења вјерског исповједника, само наизглед одредбе чланова 138 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ и 139 ст. 1, тач. 2 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ конзумирају једна другу.

Одредба члана 138 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ, којом се прописује забрана саслушања као свједока лица које би својим исказом повриједило дужност чувања службене или војне тајне, док га надлежни орган не ослободи те дужности, и не односи се на вјерског службеника. Вјерски службеник нема дужност чувања ни службене нити војне тајне. Дужност чувања службене тајне не односи се на вјерског службеника, будући да он, вршећи своја вјерска овлашћења не долази у посјед јавне тајне, каква је службена тајна.²² Он чува професионалну

¹⁶ Чл. 141, ст. 2 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

¹⁷ Чл. 141, ст. 3 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

¹⁸ Чл. 144, ст. 1 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

¹⁹ Чл. 144, ст. 2 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

²⁰ Чл. 144, ст. 3 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

²¹ Чл. 137, ст. 1 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ. Упор. и Г. Станковић, 416, те и Н. Ј. Musielak, W. Voit, *Grundkurs ZPO*, Verlag С.Н. Beck, München 2022, 284.

²² У процесној теорији, под јавном тајном се подразумијева податак који су у складу са прописаним условима дужни чувати: државни органи и њихове јединице локалне самоуправе, те правна и физичка лица са јавноправним овлашћењима. Ј. Чизмић, „Право пацијента на обавијештеност, с посебним освртом на заштиту

тајну²³, која се може подвести под појам приватне тајне, што су подаци које једно лице сазнаје о другом на основу блискости и односа повјерења које постоји међу њима,²⁴ односно обављањем свог звања и занимања.²⁵ Из смисла наведене одредбе произлази и то да суд ова лица која имају дужност чувања службене односно војне тајне и не може одредити да буду свједоци.²⁶ У процесној теорији сматра се да се овдје ради о отклоњивој забрани свједочења²⁷ – све док свједока надлежни орган не ослободи те дужности.²⁸

Према изричитој дикцији законодаваца, на вјерског исповједника односи се одредба чл. 139, ст. 1, тач. 2 и ст. 2 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ. Њеним *stricto sensu* тумачењем произлази да вјерски исповједник може бити предложен да буде свједок и да суд може одредити његово свједочење као доказно средство.²⁹ Када вјерски исповједник буде одређен као свједок, произлази да он и даље има дужност да приступи суду³⁰, те да има могућност да бира да ли ће, или неће ускратити своје свједочење о ономе о чему му се, као вјерском исповједнику, странка или друго лице исповједило, а о чему суд одлучује рјешењем.³¹

Сасим је другачији смисао одредбе члана 154 КЗ РС, која прописује новчану казну или казну затвора до једне године за адвоката, љекара или друго лице које неовлашћено открије тајну коју је сазнало

тајности података о здравственом стању пацијента”, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци* 1/2008, 18.

²³ Г. Станковић (2004), 416.

²⁴ Ј. Чизмић (2008), 18. Слично и Б. Перан, М. Горета, К. Вукошић, „Појам и врсте тајни”, *Зборник радова Велеучилишта у Шибенику* 3–4/2015, 131, те и М. Пљеић, И. Вукошић, „Нека питања сурадње државе и католичке цркве у подручју казног права”, у: *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 3/ 2020, 776.

²⁵ Чл. 123, ст. 1, тач. 13 Кривичног законика – КЗ РС, *Службени гласник Републике Српске*, 64/17, 104/18, 15/21, 89/21.

²⁶ Другачије упор. Г. Станковић (2004), 416; Р. Кеча, М. Кнежевић, 257, и М. Дика, „Доказивање саслушањем свједока у хрватском парничном поступку”, *Зборник Правног факултета у Загребу* 23/2006, 518. Дика тврди да је и лице које има дужност чувања службене односно војне тајне, а одређено је да буде свједок, дужно приступити суду и учествовати у поступку провјере постојања разлога за ускраћивање свједочења. *Ibid.*, 518. У законодавном моделу посматраних ентитета Босне и Херцеговине није предвиђено да суд у адхезионом поступку одлучује о немогућности или могућности наведених лица да се саслушају као свједоци, као што је то ситуација са одлучивањем о ускраћивању свједочења лица које је дужно да чува професионалну тајну.

²⁷ М. Дика, 513.

²⁸ Чл. 138 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

²⁹ Тако и код Р. Кеча, Б. Старовић, 304.

³⁰ М. Дика, 514.

³¹ Чл. 141 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

у вршењу свог позива, осим уколико је тајна откривена у општем интересу или у интересу другог лица који је претежнији од интереса чувања тајне. Ова одредба односила би се и на вјерског исповједника, који неовлашћено открије тајну коју је сазнао у вршењу свог позива.³² Из смисла ове кривичноправне одредбе произлази дужност, под пријетњом кривичне одговорности, чувања професионалне тајне за побројана занимања, али и за друга слична занимања, какво је и занимање вјерског исповједника. Искључење противправности прописано је у ситуацији сукоба општег интереса, односно претежнијег интереса другог лица од интереса лица чија се тајна штити овом одредбом.³³

Довођењем у везу наведених двију одредаба – грађанскопроцесне и кривичне, које се односе на чување професионалне тајне од стране вјерског исповједника, стиче се утисак да оне, иако припадају истом правном поретку, не иду у истом смијеру. Из одредбе парничног поступка (понајвише због употребљеног термина *може*), произлази да вјерски исповједник може, али не мора да ускрати свједочење о ономе о чему му се странка или друго лице исповиједило као вјерском исповједнику³⁴. Из кривичноправне одредбе произлази да вјерски исповједник, неовлашћеним откривањем професионалне тајне испуњава услове за своју кривичну одговорност. Он, дакле, не може да оптира да ли ће је открити или неће, већ је он ту тајну дужан чувати и уколико ту дужност прекрши, под прописаним условима, оствариће услове за своју кривичну одговорност. Упитно може бити шта се подразумева под *неовлашћеним откривањем*, те да ли би се давање исказа вјерског исповједника пред судом као свједока могло сматрати овлашћеним откривањем професионалне тајне. У (кривично)правној теорији сматра се да би вјерски исповједник имао овлашћење да открије професионалну тајну уколико на то пристане лице на које се односи садржај професионалне тајне, док оваква могућност није предивђена правилима парничног поступка³⁵. *Argumentum a contrario* тумачењем, закључак је да уколико нема пристанка лица на које се односи садржај професионалне тајне, вјерски исповједник нема ни овлашћење за њено откривање, па макар то било и у поступку пред судом у својству свједока. Могућност да се ослободи дужности чувања тајне лице које је за исту сазнало обављајући свој позив, уколико то захтијева заштита

³² Тако предвиђа и одредба чл. 187 Кривичног закона – КЗ ФБиХ, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 36/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/17, 31/23.

³³ Детаљније о томе вид. М. Плеић, И. Вукушић, 778.

³⁴ Тако и М. Дика, 518.

³⁵ М. Плеић, И. Вукушић, 778.

општег интереса, односно претежнији интерес другог лица, у складу је са циљевима и предметом кривичног поступка.

Ситуација је другачија у парничном поступку. Релевантна процесна теорија, реферишући на законско регулисање, сматра да вјерски исповједник има могућност да иницира покретање поступка утврђивања оправданости разлога за ускраћивање његовог свједочења о ономе о чему му се, као вјерском исповједнику, исповједила странка или друго лице, а о чему одлучује суд рјешењем, или пак да о томе свједочи пред судом.³⁶ Суд има дужност да вјерског исповједника упозори о томе да он може и о чему може ускратити своје свједочење.³⁷ Уколико он, и поред упозорења суда, не иницира поступак утврђивања оправданости разлога за ускраћивање његовог свједочења о релевантним чињеницама, то, према правилима кривичног права, може отворити питање његове кривичне одговорности.

2.4. Поступак утврђивања оправданости разлога за ускраћивање свједочења вјерског исповједника

Полазећи, дакле, од премисе да вјерски исповједник у законодавном моделу посматраних ентитета Босне и Херцеговине може бити одређен као свједок у парници која се води између тужиоца и туженог, претпоставља се и то да он има слободу да сам одлучи да ли ће, или неће покренути адхезиони поступак ради утврђивања оправданости разлога за ускраћивање свједочења, о чему га поучава суд, и о чему суд одлучује рјешењем³⁸. Након одлуке суда, он може своје свједочење о ономе што му је странка или друго лице повјерило као свом вјерском исповједнику ускратити, или може свједочити. У зависности од тога да ли се понаша у складу са одлуком суда о постојању односно о непостојању оправданих разлога за ускраћивање свједочења, вјерски исповједник може својим поступањем изазвати различите посљедице.

2.4.1. Процесноправна питања

Странке у овом адхезионом поступку су свједок – вјерски исповједник који покреће поступак утврђивања постојања оправданих разлога за ускраћивање свједочења, те странка из главне парнице која се успротиви његовом приједлогу – било да је то странка која

³⁶ Р. Кеча, Б. Старовић, 305.

³⁷ Чл. 139, ст. 2. ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

³⁸ Чл. 141 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ. Такође о овоме и W. Rechberger, D. A. Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, Wien 2010, 805.

је овог свједока предложила суду, било противна странка.³⁹ Вјерски исповједник би као странка у овом поступку могао имати и пуномоћничко заступање, а у правима у којима је предвиђено обавезно заступање од стране адвоката као пуномоћника, дужан га је именовати.⁴⁰

У погледу иницијативе за покретање овог адхезионог поступка произлази да вриједи начело диспозитивности вјерског исповједника, уз начело судског поучавања.⁴¹ Суд ће, дакле упозорити вјерског исповједника који је одређен као свједок о могућности покретања посебног адхезионог поступка у којем ће суд утврдити да ли постоје оправдани разлози за ускраћивање свједочења.⁴² Уколико вјерски исповједник, и поред упуте суда, не покрене овај адхезиони поступак, упитно је да

³⁹ W. Krüger, T. Rauscher, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2*, Verlag C. H. Beck, München 2020, 140.

⁴⁰ С. Копања, „Адвокат као обавезни „вољни“ заступник странке према новом Закону о парничном поступку Србије (2011) – корак ка правди или препрека до правде”, у: *Зборник радова са научног скупа са међународним учешћем Правне норме у времену и простору*, Правни факултет у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2012, 255.

⁴¹ Чл. 139, ст. 1, тач. 2 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

У њемачком праву, у погледу вјерског исповједника, одредбом § 383 (2) ZPO није предвиђена дужност суда да га поучи о могућности ускраћивања свједочења, већ је регулисано да чак и ако ова лица не ускрате свједочење, суд их неће саслушавати о чињеницама за које је јасно да се исказ не може дати без повреде дужности чувања професионалне тајне. Стога се сматра да у погледу вјерског исповједника суд и нема дужност поучавања (њем. *Belehrungspflicht des Gerichtes*), већ се претпоставља да су ова лица упозната са својим правима и дужностима, а да је суд дужан да се придржава наведене одредбе која ограничава чињенице о којима ова лица могу бити саслушана као свједоци. F. Jacoby, *Zivilprozessrecht*, Verlag Franz Vahlen, München 2022, 197.

⁴² Уколико би суд пропустио да упозори вјерског исповједника на могућност покретања поступка утврђивања оправданости разлога за ускраћивање свједочења, сматра се да би тиме починио релативно битну повреду парничног поступка. (Упор. М. Дика, 525). Постоје, међутим, и супротна мишљења о томе, заснована на схватању германске процесне доктрине А. Јакшић, 501. Такође упореди W. Rechberger, D. A. Simotta (2010), 805. Неки од аутора свој став да тиме није учињена повреда норми процесног права темеље на ставовима судске праксе. (упор. Ј. Чизмић, 27). Схватање да је пропустом суда учињена релативно битна повреда норми процесног права чини се логичнијим, будући да процесна правила изричито предвиђају ову дужност суда. (вид. чл. 139, ст. 2 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ). У процесној теорији се сматра да законско прописивање дужности суда да поучи свједока о његовим правима и дужностима произлази из начела правичности суђења. Сматра се и да се ова дужност суда може сагледати кроз одредбу чл. 6 Европске конвенције о људским правима и основним слободама, који прописује право на правично суђење. Детаљније упор. F. Hoogers *et al.*, „Witness Testimony in Dutch Civil Procedure: Facts, Figures and Statistical Relations”, in: *Evidence in Contemporary Civil Procedure* (ed. С. Н. van Rhee, Alan Uzelac), Cambridge 2015, 188.

ли његово покретање пред судом зависи искључиво од диспозиције овог свједока вјерског исповједника, или то може учинити суд *ex offio*. Постављено питање релевантно је због касније оцјене у парничном поступку значаја чињеница о којима вјерски исповједник посвједочи, а о којима је могао (и требало је) да се покрене поступак утврђивања постојања оправданих разлога за ускраћивање свједочења, те о чему је вјерског службеника упозорио и сам суд. Системским и циљним тумачењем одредаба чланова 139, ст. 1, тач. 2, 139, ст. 2, те 141 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ произлази да вјерски исповједник као свједок може диспонирати овлашћењем да покрене или да не покрене адхезиони поступак пред судом ради утврђивања постојања оправданих разлога за ускраћивање свједочења. Нити из једне од поменутих одредаба не произлази овлашћење суда да и без иницијативе свједока као *ad hoc* странке покрене овај поступак.⁴³ Ово, за разлику од утврђивања способности лица да буде свједок, а што суд провјерава *ex offio* и без иницијативе свједока или странке.⁴⁴ Уколико вјерски исповједник као свједок тај поступак ипак покрене, те уколико суд одлучи да постоје оправдани разлози за његово ускраћивање свједочења, може се претпоставити да ће свједок, вјерски службеник, будући да је иницирао овај поступак, и поступити по рјешењу суда. Он тада нема процесну легитимацију да рјешење суда побија самосталном жалбом.

Осим начела диспозитивности и начела поучавања странке, примјећује се и начело ограничене контрадикторности. Ограниченост начела контрадикторности очитује се тако што суд рјешење о оправданости разлога за ускраћивање свједочења вјерског службеника односно вјерског исповједника, доноси након што се о томе изјасне странке.⁴⁵ Будући да се у овом адхезионом поступку у својству *ad hoc* странке налази вјерски службеник, односно исповједник о чијем ускраћивању свједочења је ријеч⁴⁶, нејасно је да ли је законодавац под изјашњењем странака подразумијевао и изјашњење вјерског исповједника. Такође, законодавац не предвиђа да се о оправданости разлога за ускраћивање свједочења вјерског исповједника изјашњава и неко друго лице на које се односи информација коју овај има дужност чувати као тајну.

У вези са значајем изјашњења странака, а полазећи од тога да посматрана законодавства реферишу на странке из парничног

⁴³ Тако и W. Rechberger, D. A. Simotta, 805; W. Krüger, T. Rauscher, 140; J. Чизмић, 36.

⁴⁴ W. Rechberger, D. A. Simotta, 805.

⁴⁵ Чл. 141, ст. 1 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

⁴⁶ Г. Станковић (2004), 416.

поступка у којем се одлучује о главном питању, упитно је како ће одлучити суд ако странке изјаве да не сматрају да постоје оправдани разлози за ускраћивање свједочења вјерског службеника. Уколико се странка која је предложила вјерског исповједника као свједока сагласи с тим да постоје оправдани разлози за ускраћивање свједочења, процесна теорија узима да се тада може сматрати да је она повукла свој приједлог да се то лице саслуша као свједок,⁴⁷ те да ће суд у тој ситуацији одлучити да постоје оправдани разлози за ускраћивање свједочења,⁴⁸ уколико се томе не противи супротна странка. Ако се пак ускраћивању свједочења од стране свједока вјерског исповједника противи странка која није предложила вјерског исповједника као свједока, тада она може захтијевати да се свједок саслуша, чак и уколико се сматра да је приједлог да се свједок саслуша повукла странка која га је предложила суду,⁴⁹ о чему крајњу одлуку доноси суд.

Странке из парнице о главној ствари нису обухваћене начелом контрадикторности у овом адхезионом поступку када је ријеч о активној легитимацији за изјављивање жалбе против рјешења суда о овом питању. Изричито је прописано да странке немају право на жалбу против рјешења о оправданости ускраћивања свједочења вјерског исповједника.⁵⁰ Активно легитимисан на жалбу против рјешења по закону је само свједок, односно вјерски исповједник.⁵¹ Он, међутим, није овлашћен на подношење засебне жалбе против рјешења којим се одлучује о оправданости разлога за његово ускраћивање свједочења, већ ово рјешење може побијати жалбом коју изјављује против рјешења о новчаној казни, или о затвору, због тога што је ускратио свједочење.⁵²

Уколико свједок вјерски исповједник неосновано ускрати свједочење, односно не да исказ о релевантним чињеницама, иако је суд

⁴⁷ М. Дика, 524, сагласан је с размишљањем германских процесуалиста. W. Krüger, T. Rauscher, 140.

⁴⁸ W. Krüger, T. Rauscher, 140. Посебно у овој ситуацији, када се са ускраћивањем свједочења од стране вјерског исповједника сагласи странка која је предложила свједока, примјећује се доминација начела диспозитивности у овом посебном адхезионом поступку. Стиче се утисак да суд тада одлучује о постојању оправданих разлога само зато што је та странка повукла свој приједлог за саслушање тог свједока, а не зато што је заста и утврдио постојање оправданих разлога за ускраћивање свједочења вјерског исповједника.

⁴⁹ §399 Zivilprozessordnung – ZPO, последњи пут мијењан *BGBI.* 2023, Nr. 51. Упор. и W. Krüger, T. Rauscher (2020), 140

⁵⁰ Чл. 141, ст. 2 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

⁵¹ Чл. 141, ст. 3 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

⁵² Чл. 141, ст. 3 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

утврдио да не постоје оправдани разлози за његово ускраћивање свједочења, суд му може због повреде дужности свједочења изрећи новчану казну, односно казну затвора.⁵³

2.4.2. Материјалноправне претпоставке за утврђивање постојања оправданих разлога за ускраћивање свједочења

Да би суд утврдио постојање оправданих разлога за ускраћивање свједочења вјерског исповједника, потребно је да се утврди да се ради о чињеницама о којима је свједок сазнао искључиво у вршењу свог позива.⁵⁴ Неће постојати оправдани разлози за ускраћивање свједочења вјерског исповједника о чињеницама које је он сазнао изван вршења послова из своје професије.

Потом, суд може утврдити да постоје оправдани разлози за ускраћивање свједочења, било да се ради о чињеницама које се тичу странке у парничном поступку, било неког другог лица. Тиме се штити однос повјерења који постоји између вјерског исповједника, не само у погледу странке у парничном поступку већ и у погледу сваког другог лица.⁵⁵

Док је за свједока који има дужност чувања службене односно војне тајне предвиђено да га надлежни орган може ослободити те дужности⁵⁶, таква могућност није предвиђена и за вјерског исповједника. Наиме, није прописано то да надлежни орган нити лице на које се односи чување професионалне тајне, може ослободити вјерског исповједника дужности свједочења о предметним чињеницама.⁵⁷ Ово вриједи чак и уколико лицу или странци у парничном поступку одговара да вјерски исповједник да исказ као свједок о чињеницама о

⁵³ Чл. 410, ст. 2 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ. Германски процесуалисти сматрају да свједок одговара објема странкама за штету коју узрокује ускраћивањем свједочења, уколико суд такво ускраћивање није нашао оправданим. W. Rechberger, D. A. Simotta, 805; H. J. Musielak, W. Voit, 284.

⁵⁴ У њемачком процесном законодавству, право на ускраћивање свједочења лица која обављају одређене професије назива се ускраћивањем свједочења са персоналног основа (*Zeugnisverweigerung aus persönlichen Gründen*). Слично важи и за љекара и његово овлашћење да ускрати свједочење о сличним чињеницама F. Jacoby, 197.

⁵⁵ Тако и М. Дика, 521.

⁵⁶ Чл. 138 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ.

⁵⁷ Супротно вриједи за њемачко право, те када лице на које се односи чињеница која се чува као професионална тајна, ослободи вјерског службеника њеног чувања, овај тада као свједок не би могао истицати своје право на ускраћивање свједочења о тој чињеници. (§385 Abs 2 ZPO). Тако и М. Freiherr, *Zeugnisverweigerungsrechte für bestimmte kirchliche Berufsgruppen*, Bischöfliches Rechtsamt, Speyer 2007, 17.

којима је сазнао у вршењу своје функције тј. позива. Имајући у виду дужност чувања професионалне тајне од стране вјерског исповједника, без могућности да он буде те дужности ослобођен, није најјаснији *ratio* доминације начела диспозитивности на страни вјерског исповједника код покретања адхезионог поступка за утврђивање постојања оправданих разлога за ускраћивање свједочења о конкретним чињеницама. Уколико он овај поступак ипак покрене, суду не преостаје ништа друго него да утврди да постоје оправдани разлози за ускраћивање свједочења, ако се утврди да се ради о чињеницама о којима је свједок сазнао вршећи своју професију исповиједања странке или другог лица.

Иако у аутономним црквеним правилима и нема дилеме о томе да је исповијест тајна и иако се подразумејева да је вјерски службеник који спроводи исповиједање исту, као такву, дужан чувати⁵⁸, у државно-црквеном праву у Босни и Херцеговини ово питање *lex specialis* одредбама Закона о слободи вјере и правном положају цркава и вјерских заједница⁵⁹ није изричито регулисано.⁶⁰ Начело неповредивости тајне сазнате приликом исповијести *implicite* произлази из одредбе која предвиђа да свако има право да на било који начин читује своја вјерска осјећања и увјерења обављањем обреда, извршавањем и придржавањем вјерских прописа, држањем до обичаја и других вјерских активности.⁶¹ Уговорима закљученим са Српском православном црквом (ратификованим 2008. године)⁶² и са Светом Столицом (ратификованим 2006.

⁵⁸ Детаљније о овоме и кроз историјскоправни контекст, С. Продић, „Исповест у Закону о црквама и верским заједницама”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије – Зборник радова са научног скупа поводом петнаест година од доношења Закона о црквама и верским заједницама* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 123.

⁵⁹ ЗСВ, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 5/04.

⁶⁰ У правној теорији постоје мишљења о томе да ли одредбе државних прописа којима се регулише статус цркава и вјерских заједница представљају одредбе *lex specialis*, или се ради о одредбама *lex generalis*. Уважавајући ова схватања, у конкретной ситуацији регулисања дужности вјерског исповједника да чува професионалну тајну као свједок у парничном поступку, могло би се узети да се ради о пропису *lex specialis*, чијим се одредбама предвиђају специфична одступања од општих правила парничног поступка. (упор. В. Ђурић, „Петнаест година од доношења Закона о црквама и верским заједницама: стари изазови и нове перспективе државно-црквеног права”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије – Зборник радова са научног скупа поводом петнаест година од доношења Закона о црквама и верским заједницама* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 61–62.

⁶¹ Чл. 4 ЗСВ.

⁶² *Службени гласник Босне и Херцеговине, Међународни уговори*, бр. 6/08.

године)⁶³, а који имају снагу закона у Босни и Херцеговини⁶⁴, изричито се предвиђа неповредивост тајне исповијести.⁶⁵

Системским тумачењем наведене одредбе о неповредивости тајне сазнате приликом исповијести, са одредбом члана 139, ст. 1, тач. 2 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ о *могућности* вјерског исповједника да ускрати свједочење пред судом, произлазило би да је вјерском исповједнику повјерено да процијени да ли постоји или не постоји његова дужност чувања професионалне тајне о ономе што је он сазнао током исповијести од странке или од другог лица. Уколико процијени да би могли да постоје оправдани разлози да ускрати своје свједочење, он ће, према овлашћењу из одредбе чл. 141 ЗПП РС / ЗПП ФБиХ покренути адхезиони поступак пред парничним судом који о томе одлучује. Циљно тумачење наведених одредаба указује на то да парнични суд фундаментално нема много простора да оцјењује оправданост разлога за ускраћивање свједочења вјерског исповједника, већ да ће он утврдити да ти разлози постоје чим утврди да се ради о чињеницама о којима је странка или неко друго лице исповједило вјерском исповједнику, чак и уколико се томе противи странка која није предложила вјерског исповједника као свједока.

⁶³ *Службени гласник Босне и Херцеговине, Међународни уговори*, бр. 10/07. Сматра се да се уговором са вјерском заједницом, као двостраним актом, прецизније регулишу питања која су уређена законом, али којим се могу додатно уредити питања која нису предмет законског регулисања. (Д. Глодић, „Уређење положаја цркве на основу уговора закљученог државом са посебним освртом на Босну и Херцеговину” у: *Зборник радова са међународне научне конференције Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Ђурић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Београд 2019, 536, 537.

⁶⁴ Ради се о одредбама које спадају у државно-црквено право, које се примјењују пред државним судовима, а не о одредбама аутономног права цркве. (Детаљније о аспектима нормативне аутономије цркава и вјерских заједница, В. Ђурић (2022), 52). О положају споразума државе са црквама и вјерским организацијама у правном поретку државе В. Ђурић, „Уговорно државно црквено право” у: *Зборник радова са међународне научне конференције Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија Црногорско-приморска, Београд 2019, 379.

⁶⁵ Чл. 8 Основног уговора закљученог са Српском православном црквом и Темелног уговора, закљученог са Светом столицом. Босна и Херцеговина до сада није потписала уговоре са исламском нити са јеврејском вјерском заједницом. Ово питање предмет је наведених споразума, иако се ради о питању регулисаном аутономним правом цркве, чију аутономију уважавају и државе. В. Чоловић, „Одређење државне припадности цркава и вјерских заједница”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије – Зборник радова са научног скупа поводом петнаест година од доношења Закона о црквама и верским заједницама* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Институт за упоредно право, Београд 2022, 225.

2.5. Доказна снага исказа свједока вјерског исповједника
о којима му је странка или друго лице исповједило
за рјешавање спорне ствари у парници

Не постоје општа правила парничног поступка која регулишу доказну снагу исказа свједока вјерског исповједника о којима му је странка или друго лице исповједило. Уколико суд утврди да постоје оправдани разлози за ускраћивање свједочења, може сепретпоставити да ће вјерски исповједник и поступити по овом рјешењу, будући да је и сам као странка *ad hoc* иницирао његово доношење. Уколико вјерски исповједник као свједок ипак да исказ пред судом, упркос томе што је суд рјешењем утврдио да постоје услови за ускраћивање свједочења, правила процесног права не предвиђају санкцију за њега, те ће га суд саслушати као свједока, и он те чињенице може узети као подлогу за одлучивање.⁶⁶ Њему тада предстоји једино кривичноправна одговорност, уколико је он давањем исказа који је могао (и требало) да као свједок ускрати, остварио елементе бића прописаног кривичног дјела.

Примјена репресивних средстава у парничном поступку предвиђена је у обрнутој ситуацији – уколико свједок вјерски исповједник неосновано ускрати свједочење, дакле противно одлуци суда да не постоје оправдани разлози за ускраћивање свједочења.⁶⁷

3. Крајња опажања

У парничном поступку, одредба која прописује да вјерски исповједник *може* ускратити свједочење о одређеним чињеницама које представљају професионалну тајну и која указује на доминацију начела диспозитивности вјерског исповједника као *ad hoc* странке у

⁶⁶ Р. Кеча, Б. Старовић, 305; Р. Кеча, М. Кнежевић (2021), 257; Ј. Чизмић, 36. У правима у којима је то предвиђено, као што је право Републике Србије, он би свој исказ као свједок могао дати и у писаној форми (вид. чл. 245, ст. 2 Закона о парничном поступку – ЗПП СР, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 72/11, 49/13, 74/13, 55/14, 87/18, 18/20, 10/23), а о могућностима његовог давања исказа у форми електронског документа, упор. С. Петровић, „Електронски документ и/или електронска исправа као доказ у парничном поступку”, у: *Зборник радова са међународног научног скупа „Трансформативне технологије: правни и етички изазови XXI вијека”*, Бања Лука 2020, 473.

⁶⁷ Вид. *фн. ad 74*. Процесно право Аустрије прописује да се давање исказа свједока може принудно извршити изрицањем новчаних казни уколико свједок ускрати свједочење без постојања оправданог разлога, односно уколико његово ускраћивање свједочења суд није утврдио као оправдано. (§ 354 *Exekutionsordnung, Reichsgesetzblatt*, Nr. 79/1896). W. Rechberger, D. A. Simotta, 805.

погледу ускраћивања свједочења, чини се контрадикторном одредби према којој суд спроводи поступак и одлучује о постојању оправданих разлога за ускраћивање свједочења вјерског исповједника. Анализа института ускраћивања свједочења вјерског исповједника о чињеницама које представљају професионалну тајну указала је на то да се диспозиција свједока у овом посебном адхезионом поступку односи само на покретање истог. Крајњу одлуку о постојању односно о непостојању оправданих разлога за ускраћивање свједочења од стране вјерског исповједника доноси парнични суд. Стога се закључује да давање односно ускраћивање исказа вјерског исповједника о чињеницама које представљају професионалну тајну, у крајњој мјери, не овиси о његовој диспозицији. Он може да не поступи по рјешењу суда којим се утврђује постојање оправданости разлога за ускраћивање свједочења. Тада му предстоји кривична одговорност ако је поступањем противно рјешењу суда да постоје оправдани разлози за ускраћивање свједочења остварио елементе бића прописаног кривичног дјела. Осим тога, њему се може изрећи новчана казна односно казна затвора коју изриче парнични суд уколико он поступи супротно рјешењу суда по коме не постоје разлози за ускраћивање свједочења, дакле уколико не да исказ као свједок, а одређен је као свједок и утврђено је да не постоје оправдани разлози да он ускрати своје свједочење.

Суд је, дакле, овлашћен да одлучи о томе да ли ће вјерски исповједник дати исказ као свједок, а вјерски исповједник је дужан поступити по одлуци суда. Начело диспозиције вјерског исповједника односи се само на његово опредјељење да ли ће или неће покренути адхезиони поступак утврђивања оправданости разлога за ускраћивање свједочења. Анализа позитивних правила парничног поступка указује на то да домаћи законодавци у ентитетима Босне и Херцеговине (а скоро идентична је ситуација и у сусједним државама) чување професионалне тајне од стране свједока вјерског исповједника, у већој мјери него што би можда било оправдано, препуштају самом свједоку, дајући му овлашћење да диспонира тиме да ли ће покренути поступак утврђивања разлога за ускраћивање свједочења, а не предвиђајући да суд и сам пази на то по службеној дужности. Суд је дужан (само) да упозори вјерског службеника, али не и да без његове иницијативе утврђује да ли постоје оправдани разлози за ускраћивање свједочења. Упркос прописивању кривичне одговорности, то јест могућности изрицања новчаних казни и казни затвора у парничном поступку за вјерског службеника који не поступи по овом рјешењу суда, нека будућа законодавна интервенција требало би да иде у правцу прописивања

ширих овлашћења суда у овом адхезионом поступку, по узору на германско законодавство, барем у ситуацијама када би саслушање овог свједока очигледно упућивало на повреду његове дужности чувања професионалне тајне.

Анализирани *lex specialis* прописи указују на то да ће парнични суд, у адхезионом поступку који пред њим покреће вјерски исповједник, одлучити да постоје оправдани разлози за ускраћивање његовог свједочења, чим утврди да се ради о чињеницама које је овај сазнао током спровођења исповјести. Тиме се у ублажава дејство прописаног начела контрадикторности странака у овом поступку који покреће вјерски исповједник, на крајњу одлуку суда о питању постојања оправданости разлога за ускраћивање свједочења.

Stojana Petrović

Assistant professor at the Faculty of Law, University of Banja Luka

A RELIGIOUS OFFICIAL AS A WITNESS IN CIVIL PROCEEDINGS

Summary

*A religious official can be proposed as a witness in civil proceedings, in order to establish some decisive facts. The goal of this research is to eliminate some dilemmas that may arise in practice during the adhesion procedure of determining the existence of justified reasons for a religious confessor to withhold his testimony about precisely determined facts through a targeted and systematic interpretation of the provisions of positive law. It is concluded that the general rules of civil procedure, as well as the provisions of the *lex specialis* which regulate the conduct of religious officials, and which are applied as such by the civil court, can be fully applied to the religious confessor in the proceedings before the court. The normative-dogmatic analysis of the rules of civil procedure, as well as the consulted theoretical understandings, indicate that the procedure for determining the existence of justified reasons for denying testimony by a religious confessor is left too much to the discretion of the witness. As this is indicated as a weakness of the existing legal regulation of this issue, some necessary changes to the law in the future have been proposed.*

Keywords: (non) privileged witnesses, the principle of *in dubio pro reo*, the duty to testify in criminal and in civil proceedings, religious officials.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Глодић Д., „Уређење положаја цркве на основу уговора закљученог државом са посебним освртом на Босну и Херцеговину”, у: *Зборник радова са међународне научне конференције Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Београд 2019, 527–545.
- Дика М., „Доказивање саслушањем свједока у хрватском парничном поступку”, *Зборник Правног факултета у Загребу* 56(2-3)/2006, 501–548.
- Ђурић В., „Петнаест година од доношења Закона о црквама и верским заједницама: стари изазови и нове перспективе државно-црквеног права”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије – Зборник радова са научног скупа поводом петнаест година од доношења Закона о црквама и верским заједницама* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Београд 2022, 47–63.
- Ђурић В., „Уговорно државно црквено право”, у: *Зборник радова са међународне научне конференције Државно-црквено право кроз векове* (ур. Владимир Чоловић *et al.*), Београд 2019, 357–392.
- Jacoby F., *Zivilprozessrecht*, Verlag Franz Vahlen, München 2022.
- Јакшић А., *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2020.
- Кеча Р., Старовић Б., *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2004.
- Кеча Р., Кнежевић М., *Грађанско процесно право*, Службени гласник, Београд 2021.
- Кобања С., „Адвокат као обавезни „вољни” заступник странке према новом Закону о парничном поступку Србије (2011) – корак ка правди или препрека до правде”, у: *Зборник радова са научног скупа са међународним учешћем Правне норме у времену и простору*, Косовска Митровица 2012, 253–226.
- Krüger W., Rauscher T., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2*, Verlag C. H. Beck, München 2020.
- Musielak H. J., Voit W., *Grundkurs ZPO*, Verlag C. H. Beck, München 2022.

- Перан Б., Горета М., Вукошић К., „Појам и врсте тајни”, *Зборник радова Велеучилишта у Шибенику* 3–4/2015, 127–135.
- Петровић С., „Електронски документ и/или електронска исправа као доказ у парничном поступку”, у: *Зборник радова са међународног научног скупа „Трансформативне технологије: правни и етички изазови XXI вијека”*, Бања Лука 2020, 461–492.
- Плеић М., Вукушић И., „Нека питања сурадње државе и католичке цркве у подручју казненог права”, у: *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 57(3)/2020, 759–781.
- Познић Б., Ракић Водинелић В., *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд 2010.
- Продић С., „Исповест у Закону о црквама и верским заједницама”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије – Зборник радова са научног скупа поводом петнаест година од доношења Закона о црквама и верским заједницама* (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Београд 2022, 121–131.
- Rechberger W., Simotta D. A., *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2010.
- Станковић Г., *Грађанско процесно право*, Издавачко предузеће Јустинијан, Београд 2004.
- Станковић Г., Рачић Р., *Парнично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2017.
- Freiherr M., *Zeugnisverweigerungsrechte für bestimmte kirchliche Berufsgruppen*, Bischöfliches Rechtsamt, Speyer 2007.
- Hoogers F. et al., „Witness Testimony in Dutch Civil Procedure: Facts, Figures and Statistical Relations”, in: *Evidence in Contemporary Civil Procedure* (ed. C.H. van Rhee, A. Uzelac), Cambridge 2015, 175–192.
- Чизмић Ј., „Права и дужности свједока у парничном поступку”, у: *Зборник радова са VII међународног савјетовања „Актуалности грађанског процесног права – национална и упоредна правнотеоријска и практична достигнућа”* (ур. Динка Шаго), Сплит 2021, 23–59.
- Чизмић Ј., „Право пацијента на обавијештеност, с посебним освртом на заштиту тајности података о здравственом стању пацијента”, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци* 29(1)/2008, 227–275.
- Чоловић В., „Одређење државне припадности цркава и вјерских заједница”, у: *Прилози државно-црквеном праву Србије – Зборник*

радова са научног скупа поводом петнаест година од доношења Закона о црквама и верским заједницама (ур. Владимир Чоловић, Владимир Ђурић), Београд 2022, 213–227.

Остали извори

- Закон о парничном поступку, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 53/03, 73/05, 19/06, 98/15.
- Закон о парничном поступку, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 72/11, 49/13, 74/13, 55/14, 87/18, 18/20, 10/23.
- Закон о парничном поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08, 45/09, 49/09, 61/13, 109/21.
- Закон о слободи вјере и правном положају цркава и вјерских заједница, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 5/04.
- Zivilprozessordnung, последњи пут мијењан *BGBI.* 2023, Nr. 51.
- Executionsordnung, *Reichgesetzblatt*, Nr. 79/1896 Основни уговор закључен између Босне и Херцеговине и Српске православне цркве, *Службени гласник Босне и Херцеговине, Међународни уговори*, бр. 6/08.
- Темељни уговор закључен између Босне и Херцеговине и Свете Столице, *Службени гласник Босне и Херцеговине, Међународни уговори*, бр. 10/07.

РЕЛИГИЈСКЕ ОСНОВЕ АЛТЕРНАТИВНОГ РЕШАВАЊА СПОРОВА

Сажетак

*Сведоци смо ренесансе алтернативног решавања спорова. У овом раду ауторка истражује дубоко религијске корене алтернативних начина решавања спорова, са посебним освртом на медијацију. Историја медијације, али и других алтернатива судском поступку, старија је од историје монотеистичких религија. Ови начини решавања спорова имају јаке религијске корене у хришћанству, јудаизму и исламу. Историјски посматрано, хришћанска култура има снажну, богату традицију решавања спорова засновану на вери и охрабривању својих следбеника да реше сукобе на начине који подразумевају избегавање судског поступка. Библија има неколико одломака и у Старом и у Новом завету у којима се подстиче или приказује мирно решавање спорова. Дуга, богата историја јеврејског народа дата у Библији и Талмуду, као и у пракси, за решавање спорова прихвата концепт шалом (*shalom* – мир). Талмуд, једна од најсветијих књига јудаизма, истиче предности медијације и компромиса у односу на судску одлуку. Најсветија књига ислама, Куран, учи муслимане да увек треба да предузму иницијативу за мир, помирење и дијалог.*

Кључне речи: алтернативно решавање спорова, медијација, арбитража, хришћанство, јудаизам, ислам.

1. Увод

У савременом праву алтернативни начини решавања спорова доживљавају процват. Алтернативни су пре свега зато што представљају алтернативу судском поступку, а подразумевају решавање конфликта уз помоћ треће, неутралне стране.¹ Сам израз *алтернативно решавање спорова* дуго је подразумевао сваки начин решавања спорова ван суда.²

* Доктор правних наука, спољна сарадница Института за упоредно право у Београду, monikaninkovic@yahoo.com

¹ М. Милошевић, *Увод у медијацију*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2011, 3.

² М. Милошевић, *Алтернативно решавање спорова с посебним освртом на медијацију*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2014, 1.

Алтернативно решавање спорова стога обухвата многе механизме, укључујући арбитражу, медијацију, концилијацију, те рану неутралну процену. Циљ овог рада јесте разматрање дубоко религијских корена оваквог решавања спорова, са посебним нагласком на медијацији.

Медијација је начин решавања спорова путем преговарања уз помоћ треће неутралне особе, медијатора, који треба да помогне странама у спору да пронађу обострано задовољавајуће решење.³ То је један од најстаријих метода решавања спорова који се ефикасно користи вековима. Сама историја медијације старија је од историје монотеистичких религија. Три главне монотеистичке религије: јудаизам, хришћанство и ислам играле су значајну улогу у решавању сукоба међу својим следбеницима.⁴

2. Од Сумера до Римског царства

Са историјске тачке гледишта, алтернативно решавање спорова у данашњем облику није први покушај увођења могућности мирног решавања спорова. Трагови неких врста медијације или мирног решавања спорова постоје још у време настанка људског друштва. Медијација се може наћи у најранијој познатој цивилизацији, цивилизацији Сумера, у јужној Месопотамији.⁵

Сумери су имали организовану владу и друштво, користили су језик и текст и бележили своју историју.⁶ У случају спора, тзв. машким (*mashkim*)⁷ процењивао је меритум сваког случаја пре него што се

³ М. Милошевић (2011), 4.

⁴ R. R. Aliyev, *History of Dispute Mediation and Evolution of Church Dispute Mediation*, https://www.academia.edu/44711937/History_of_Dispute_Mediation_and_Evolution_of_Church_Dispute_Mediation, 17. 7. 2023.

⁵ С. Аврамовић, В. Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Правни факултет, Београд 2022, 57.

⁶ Сумерске државе су биле теократије, свака од њих сматрала се власништвом локалног божанства, чији је представник на земљи био високи свештеник (пате-си), обдарен верском и административном моћи. Најважнији центри у овом раном историјском периоду били су градови Ур (према Библији родно место старозаветног праоца Аврама), Урук (чији је владар био сумерски епископ херој Гилгамеш), Ум, Ериду (легенда каже да је ово најстарији сумерски град у коме почиње историја), Лагаш, Нипур, Сипар и Акад, семитска држава у северној Месопотамији, око средњег тока Еуфрата и Тигра. Упор. С. Аврамовић, В. Станимировић (2022), 57, и *Ур*, <https://www.encyclopedia.com/history/asia-and-africa/ancient-history-middle-east/ur>, 17. 5. 2023.

⁷ Сумерски градови-државе као што је Ур изграђени су око зигурата (куле храма) који је био посвећен богу заштитнику града. Зигурат је био у облику куле са неколи-

изнесе пред суд и помагао странама у спору да саме реше своје несугласице. Његова улога била је врло слична улози савременог медијатора. Ако машким није могао да постигне да стране реше спор договором, случај се износио пред суд.⁸ Концепт „божанске”, „изванредне” или „натприродне” медијације може се наћи и у сумерском Законику владара Липит–Иштар, који је донесен око 1930. или 1900. пре нове ере, претходећи Хамурабијевом законуку,⁹ донесеном око 1680. или 1750. пре нове ере.¹⁰ У прологу (уводу) овог законика, његово доношење приписује се вољи богова. То је веома логично, будући да је политеистичка религија имала можда и пресудан друштвени утицај у овој, највећим делом пољопривредној средини чији је живот у потпуности зависио од природних услова, односно воље богова.¹¹ На прелазу трећег и другог миленијума сумерско царство уништила су горштакча племена Еламита и Аморита, који су основали посебне династије. Након тога, до оснивања Старог вавилонског царства на темељима сумерске цивилизације и Хамурабија, најистакнутијег аморитског владара, у Месопотамији није постојала јединствена држава.¹²

Судећи према историчарима, и о старим Вавилонцима и Феничанима постоје трагови који говоре о мирном решавању трговинских

ко степенстих нивоа. Сваки виши ниво сумерског зигурата био је све ужи и имао је одређену функцију. Примера ради, на нижим спратовима налазило се складиште за житарице, на следећим првобитна банка у којој се могла добити позајмица хране, изнад њих школа, потом судница и архив. На врху се налазило светилиште посвећено главном богу, заштитнику града, и ту су се вршила и астролошка осматрања. Божанство заштитника Ура била је Нана. Енси (храмски свештеник) контролисао је градску управу и финансије. Писани записи пронађени у Уру показују да је град поседовао софистицирану административну бирократију за управљање ресурсима, као што су рационализација житарица и других намирница; наплата бала (регионалних пореза); и решавање имовинских спорова машкимима (тзв. комесари). Упор. С. Аврамовић, В. Станимировић, 57–58. и Ур, <https://www.encyclopedia.com/history/asia-and-africa/ancient-history-middle-east/ur>, 17. 5. 2023.

⁸ J. Vinther, T. Todd, *The History of Mediation and Why It Is Still in Use Today*, <https://mediate.com/the-history-of-mediation-and-why-it-is-still-in-use-today/>, 9. 5. 2023.

⁹ R.R. Aliyev, *History of Dispute Mediation and Evolution of Church Dispute Mediation*, https://www.academia.edu/44711937/History_of_Dispute_Mediation_and_Evolution_of_Church_Dispute_Mediation, 2. 5. 2023.

¹⁰ У хронологији историје Месопотамије мишљења научника разилазе се за неколико векова. Постоје две периодизације, дуга и средња, у зависности од тога да ли се догађаји смештају у каснију или ближу прошлост, а проблеми се повећавају када је реч о датирању најстаријих законика. Ова класификација изведена је из данас преовлађујућих научних сазнања о редоследу настанка клинописних законских текстова из Месопотамије. С. Аврамовић, В. Станимировић, 60.

¹¹ *Ibid.*, 58, 61.

¹² *Ibid.*, 59.

спорова.¹³ Вавилон, касније и Вавилонско царство, настаје пропашћу сумерске цивилизације, и то тако што су Аморити, освојивши северна сумерска насеља, освојили и мало село на Еуфрату, Вавилон (назив Вавилон потиче од академске речи *Бабилу*, што значи врата Бога). Цар Хамураби створио је Старо вавилонско царство које се простирало и изван Месопотамије, обухватајући и онај простор који је некада заузимала славна сумерска трећа династија града Ур. Цела Месопотамија добија име Вавилоника по граду Вавилону, и под тим именом се доцније среће у антици.¹⁴

Феникија се налазила на подручју данашњег Либана, Израела и Сирије. Феничани никада нису имали јединствену државу, сваки град је био држава за себе и главни феничански градови–државе у којима је сва власт припадала богатим риболовцима и трговцима били су Библос, Сидон и Тир. Феничани су преузели целокупну трговину на подручју Средоземља. У грчко–римском раздобљу Феничани се хеленизују и романизују,¹⁵ а делом и нестају међу Арамејцима.¹⁶

Пракса мирног решавања спорова развијана је и у старој Грчкој, која је у споровима (ван брачних и породичних) познавала институт медијатора званог *proxenatas*¹⁷. Стари Римљани знали су процедуре сличне медијацији, а римско право помиње мирно решавање спорова у Јустинијановим Дигестима из 530–533. године. Римљани су медијатора називали разним именима (лат. *internunciatus, medium, intercessor, philanthropus, interpolator, conciliator, interlocutor, interpres*, и коначно, *mediator*).¹⁸

Личност која је посредовала при решавању спорова сматрала се светом и заслуживала је посебно поштовање. Стари Римљани су се, као и сви други стари народи, при решавању спорова позивали

¹³ В. Билић, *Алтернативно рјешавање спорова и парнични поступак*, докторска дисертација, Правни факултет, Загреб 2008, 13.

¹⁴ С. Аврамовић, В. Станимировић, 63.

¹⁵ С. Трајковић, *Религије народа Старог Истока*, 11, https://www.academia.edu/35420783/Diplomski_rad_istorija, 17. 7. 2023

¹⁶ Арамејце, семитски народ, чинила су номадска племена која су живела на арапском полуострву населивши подручје уз Еуфрат у трајно културном асирском подручју, према записима у другом миленијуму пре н. е. Упор. Фра Фрањо Царев, *Посљедње прибјежиште језика којим је Исус говорио*, <https://hrcak.srce.hr/file/333820>, 21. 5. 2023.

¹⁷ Реч је пореклом из старе Грчке, преузета у латинском језику као *proxeneta, proxenetae*, m. – преговарач, брокер, агент.

¹⁸ R. R. Aliyev, *History of Dispute Mediation and Evolution of Church Dispute Mediation*, 7. 7. 2023. и E. Bushati, E. Spaho, „Mediation: A concept that has to do not just with the justice system”, *Academicus International Scientific Journal* 7/2013, 54.

на натприродне моћи или божанства у разним поступцима које су водили свештеници или пророци.¹⁹

3. Медијација у хришћанству, јудаизму и исламу

Медијација као начин решавања спорова има своје дубоке религијске корене у јудаизму, исламу и хришћанству.

Позната је прича из Старог Завета о случају две мајке који је успешно решио краљ Соломон (рођен 990 године пре нове ере). Иако се може оправдано поставити питање историчности таквог приступа, бројни амерички аутори наводе овај овај случај за пример самих зачетака медијације.²⁰

Дуга, богата историја јеврејског народа у Библији, Талмуду, као и у пракси, за решавање спорова прихвата концепт шалома (*shalom* – мир). Ова обавеза припада рабинима.

У најсветијој књизи ислама, Курану, муслимани се уче да Алах води све оне који траже да га задовоље путевима мира. Куран такође учи и томе да муслимани увек треба да предузму иницијативу за мир, помирење и дијалог. Према пророку Мухамеду и медијација и концилијација су пожељни приступи решавања спорова.²¹

3.1. Алтернативно решавање спорова у хришћанској религији

Историјски гледано, хришћанска култура има снажну, богату, на вери засновану традицију решавања спорова путем охрабривања својих следбеника да реше сукобе на начине који би подразумевали избегавање судског поступка. Медијација је, следећи Исусову реч о томе како његови ученици треба да се носе са сукобима, заправо библијски облик решавања спорова који је аутентичнији од судског поступка.²² Примарни текст хришћанске вере је Библија, која и у Старом и у Новом завету има неколико делова у којима се подстиче или обликује медијација. Ови одломци промовишу помирење и опрост за све који су укључени у сукоб.²³ Хришћански приступ медијацији

¹⁹ В. Билић, 13–14.

²⁰ S. Ventola, *Profiles in Dispute Resolution—King Solomon*, <https://ventolamediation.com/2018/06/10/profiles-in-dispute-resolution-king-solomon/>, 24. 4. 2023.

²¹ R. Seth Shippee, „Blessed are the Peacemakers: Faith-Based approaches to Dispute Resolution”, *ILSA Journal of International and Comparative Law* 1/2003, 240.

²² *Ibid.*

²³ A. T. Hubbard, „Mediation and Religion: General attitudes of three major religions in the United States”, *Louisiana Bar Journal* 3/2015, 196.

првенствено се ослања на три одломка: Јеванђење по Матеју 5:9²⁴, Јеванђење по Матеју 18:15–17²⁵ и Прву посланицу Коринћанима 6:1–7.²⁶ И на многим другим местима Библија проповеда о потреби мирног поступања у односу са другима како би се избегли судови или прибегло насиљу у циљу решавања неког спора. Парохијски или сеоски свештеник често је служио као медијатор и арбитар за решавање читавог спектра питања која су мучила његове парохијане. Питања која је парох решавао превазилазила су оквир духовности и укључивала су и спорове које би требало да решава државни суд. У четвртном веку, када је Римско царство прихватило хришћанство као званичну државну религију, државни судови су преузели део улоге која је до тад припадала пароху. Католичка црква је за решавање доктринарних и практичних питања користила већа сачињена од скупова локалних или регионалних бискупа. Ова већа су првенствено инсистирала на преговорима са папиним представником који је имао улогу медијатора. Иако се данас овај случај не би могао подвести под оно што се сматра медијацијом, слично као и са легендом о Краљу Соломону, амерички извори наводе још један историјски догађај као пример мирног решавања спорова. Тај случај односи се на преговоре између папе Лава Великог и хунског вође, Атиле. Наиме, папа Лав Велики убедио је Атилу, вођу Хуна да поштеди Равену, западну престоницу Римског царства, на састанку на обалама реке Минчио у лето 452.²⁷ Легенда

²⁴ „Блажени миротворци, јер ће се синови Божији назвати.”

²⁵ „15. Ако ли ти згрјеши брат твој, иди и покарај га насамо; ако те послуша, добио си брата својега.

16. Ако ли те не послуша, узми са собом још једнога или двојицу да на устима два или три свједока остане свака ријеч.

17. Ако ли њих не послуша, кажи Цркви; а ако ли не послуша ни Цркву, нека ти буде као незнабожац и цариник.”

²⁶ „1. Усуђује ли се неко од вас, имајући жалбу на другога, да се суди код неправедних а не код светих?

2. Не знате ли да ће свети судити свијету? А ако ћете ви судити свијету, зар сте недостојни пресуђивања о ситницама?

3. Не знате ли да ћемо анђелима судити, а камо ли у стварима овога свијета?

4. А ви кад имате суђења за ствари овога свијета, узимате за судије оне који у Цркви не значе ништа.

5. На срамоту вама говорим. Зар нема међу вама ниједнога мудра који ће моћи пресудити међу браћом својом?

6. Него се брат са братом суди, и то код невјерних!

7. И то вам је већ сасвим на срамоту што имате парнице међу собом. Зашто радије не претрпите неправду? Зашто радије не поднесете штету?”

²⁷ J. T. Barrett, J. P. Barrett, *A history of Alternative Dispute Resolution, The Story of a Political, Social and Cultural Movement*, Jossey-Bass A Wiley Imprint published in affiliation with the Association for Conflict Resolution 2004, 10–11.

каже да је папа Леон Велики рекао Атили: „Сенат и народ Рима, некада победници над светом, сада заиста освојени, преклињу те да их спасеш. Атила, краљу краљева, ниси могао имати већу част нити би могао бити више запамћен од стране будућих нараштаја него да те моли овај народ, пред којим су некада сви народи и краљеви клечали. Ти си, Атила, потчинио цео свет, све земље које су дате Римљанима, победницима над свим народима које су Римљани освојили. Сада се молимо да ти који си победио друге победиш себе. Сада је време, када си се уздигао до висине људских достигнућа, да се покажеш као бесмртни Бог, ти који си многе победио, да би сада могао да многе спасиш. Народ је осетио твој бич, а ти сада поступај тако да просјаци осете милост под твојом заповести.” Легенда даље приповеда да је папа Леон Велики то изговорио чисте савести, а преподобни Атила је тихо стајао и размишљао, као да дубоко разматра изречено. Према легенди, Атила је у том часу угледао апостоле Петра и Павла, који не само да су били племенитог држања у част папе Леона Великог на чијој су страни стајали, него су заиста изнад његове главе држали и пружали исукане мачеве и претили Атили смрћу ако не послуша његове речи. Због тога је Атила, који је претходно беснео, обећао чврсти мир и повукао се преко Дунава да се више никада не врати.²⁸ Фреска са овим мотивом, коју је осликао Рафаел из Урбина, налази се у Ватиканској палати.

Треба такође имати у виду и то да у периоду раног хришћанства црква није бринула само о појединцима већ је имала и снажан утицај на стварање закона и институција хришћанског света. Будући да се у самој Библији истиче потреба за мирним решавањем спорова, као врло значајну алтернативу судском поступку треба поменути и арбитражу.

Корени верске арбитраже воде до времена пре модерне Енглеске и Француске. У овим државама верска арбитража представљала је алтернативу државним судовима. У Енглеској су црквени судови били надлежни за решавање спорова који се односе на верска питања али и за неке секуларне спорове произашле из уговорних односа, брачних односа, наследног права итд. Верски или црквени судови у Француској били су стварно надлежни за разматрање кривичних и грађанских предмета. Грађански предмети су могли да се односе како на верске спорове тако и на секуларне спорове из области породичног и уговорног права. Међутим, почев од четрнаестог века, моћ верских

²⁸ *The Anonymous Life of Leo the Great. Chapter II: Encounter between Saint Leo and Attila the King*, <http://medieval.ucdavis.edu/20A/Leo.html>, 16. 5. 2023.

судова је лагано опадала, да би им надлежност на крају била сведена на решавање чисто верских спорова. Ипак, и поред тога, немали број појединаца и даље се обраћао овим судовима.²⁹ Надаље, досељеници у колонијалној Америци донели су идеју о коришћењу верских форума за решавање спорова. Постоје докази о коришћењу верских институција као начина за решавање спорова у колонијалној Америци. На пример, 1635. Бостон је усвојио уредбу према којој је пре покретања парнице обавезујући покушај решавања спора путем арбитраже. Ипак, након америчке револуције, верски судови изгубили су свој утицај јер су државни судови преузели примат.³⁰

Данас у САД постоји Институт за хришћанску концилијацију, тело које пружа религијско алтернативно решавање спорова и за религијске и за секуларне спорове. Ово тело користи троделну шему решавања спорова према којој стране у спору најпре морају да иду на саветовање, затим на медијацију и коначно на арбитражу као последње средство. Поступак медијације обично укључује: уводну реч и уводну молитву; изјаве сваке стране које ближе објашњавају тачке спорења; изношење тврдњи одбране и сведока сваке стране, као и могућност да друга страна одговори; постављање питања од стране медијатора; дискусију (понекад и у почетку приватну) о одговорности сваке стране за спор; давање савета у погледу примене релевантних библијских принципа; дискутовање о потенцијалним решењима спора; споразум о начину решавања спора; и завршне коментаре и молитву. Ако стране не могу да постигну добровољни споразум, медијатори се могу састати насамо ради дискусије, проучавања Библије и молитве, а затим издати саветодавно (необавезујуће) мишљење о томе шта свака страна треба да уради да би решила спор и олакшала помирење.³¹ Хришћанска арбитража је веома слична секуларној арбитражи, уз два главна изузетка. Прва разлика је у избору законских одредаба. Наиме, иако је арбитрама дозвољено да разматрају државне, савезне или локалне законе, Библија треба да буде врховни ауторитет који ће управљати свим аспектима процеса концилијације. Друга разлика је у широком дискреционом праву арбитра да структуришу правне лекове у складу с тим који су правни лекови по њиховом мишљењу

²⁹ A. Febres, *The Implications of the Neutral Principles of Law Doctrine on Religious Arbitration*, 4, Student Works 1393, Seton Hall University 2023.

³⁰ *Ibid.*, 4–5.

³¹ *ICC Rules of Procedure for Christian Conciliation* (Правила поступка за хришћанску концилијацију Института за хришћанску концилијацију, чл. 22), <https://www.aorhope.org/icc-rules>, 3. 7. 2023.

библијски, праведни и правични,³² што је у складу са чланом 4 Правила поступка за хришћанску концилијацију Института за хришћанску концилијацију.³³

3.2. Алтернативно решавање спорова у јудаизму

Јеврејски краљ Соломон, као што је већ напред речено, иако је, као владар у Старом веку вршио прерогативе државне власти, у америчкој литератури сматра се једним од првих медијатора у ширем смислу. У Старом завету постоји прича о томе како је успешно решио спор између две мајке. Према тој причи, код краља Соломона дошле су две жене. Обе су живеле у истој кући и обе су се породиле отприлике у исто време. Једне вечери, једна од жена је случајно оборила своју бебу и ненамерно је убила. Након тога, заменила је своју бебу са живом бебом друге жене. Краљ Соломон је предложио решење да се жива беба пресече на пола и свакој жени да по једна половина. Права мајка се у том часу открила рекавши да друга жена треба да узме бебу, јер није желела да њено дете буде пресечено. Краљ Соломон је схватио да је права мајка она која би радије дала своје дете него да му науди, те је неповређену бебу вратио правој мајци.³⁴

У јеврејском праву и традицији концепт компромиса је, дакле, увек био високо вреднован, што је додатно подстицало решавање спорова путем медијације и преговарања. Јеврејски судови касније су оснивани где год се дијаспора селила: од градова широм Блиског истока, кроз Европу и Азију.³⁵

Јеврејска традиција, заснована на Тори и Талмуду, обезбеђивала јеврејски рабински суд, назван Бет Дин (*Beit Din*, *Bet Din* или *Beth Din*, мн. *Batei Din*)³⁶ пред којим су стране у спору износиле свој

³² А. Febres, 5–6.

³³ Чл. 4 Правила поступка за хришћанску концилијацију Института за хришћанску концилијацију: „Свето писмо (Библија) ће бити врховни ауторитет који управља помирењем. Миритељи ће размотрити све државне, савезне или локалне законе на које им странке скрену пажњу. Ово правило нема за циљ да спречи изношење било каквих тврдњи или одбране дозвољених државним, савезним или локалним законима. Ово правило даље предвиђа примену библијских принципа када се разматрају било који државни, савезни или локални закони који могу ограничити или забранити подношење тужбе, као и у примени правног лека.”

³⁴ S. Ventola, *Profiles in Dispute Resolution—King Solomon*, <https://ventolamediation.com/2018/06/10/profiles-in-dispute-resolution-king-solomon/>, 24. 7. 2023.

³⁵ J. T. Barrett, J. P. Barrett, 10.

³⁶ T. Fox, *The Beit Din, the Jewish court of Law*, <https://www.myjewishlearning.com/article/the-beit-din/>, 12. 7. 2023.

спор пред тројицом рабинских судија. Сам назив овог суда потиче из хебрејског језика и значи „кућа пресуђивања”. Стране у спору су најпре морале да се сагласе да ће их одлука ових судија обавезивати. Пре изношења спора, стране у спору су биле снажно охрабриване да реше своје несугласице на неформалан начин путем медијације (*bitzua*) или арбитраже (*p'sharah*).³⁷

Током историје Јевреји су поштовали заповест из Торе која налаже да „именују судије и службенике за њихова племена”.³⁸ За време Храма у Јерусалиму, Санедрин (Врховни суд древног Израела), који је сачињавала група од 71 рабина, решавао је спорове између Јевреја и доносио одлуке. Убрзо након уништења Храма, када су Јевреји почели да се шире по дијаспори, окупљање 71 рабина више није било практично. Уместо тога, консултације са Бет Дином, састављеним од тројице људи који познају јеврејски закон, на крају је међу Јеврејима постао општеприхваћен начин решавања спорова. Ова тројица људи раде заједно како би решили спор у складу са Халахом (*Halakhah* – јеврејски закон)³⁹. У време Санедрина, ова могућност била је доступна само онима који су живели у малим градовима. У Израелу данас Бет Дин је део формалног правног система и мора се консултовати за нека ритуална питања (као што су разводи и конверзије). Чланови израелског Бет Дина зову се *dayanim* (јд. *dayan* – одлучујући) и у обавези су да прођу ригорозне програме обуке решавања спорова и доношења одлука у складу са законом. Изван Израела постоје национални и локални Бет Динови, као што је Бет Дин из Америке или Бет Дин из Манчестера, који су доступни онима који желе да их ангажују. У овим Бет Диновима обично раде рабини, а Бет Динови у Америци често су и адвокати.⁴⁰ Поред њих, у њима раде и водећи стручњаци за јеврејско право, као и пословни људи који познају секуларно право и савремену пословну праксу. Када је то прикладно, Бет Дин ће укључити стручне стручњаке у арбитражно веће или ће их консултовати као експерте. Бет Дин из Америке⁴¹ је организација за посредовање и арбитражу која је стекла репутацију међу Јеврејима за мирно и поверљиво решавање спорова, Бет Дин редовно арбитра у широком

³⁷ J. T. Barrett, J. P. Barrett, 11.

³⁸ „Постави судије и службенике за своја племена, у свим насељима која ти Бог даје, и они ће управљати народом са дужном правдом.”, Поновљени закони 16:18.

³⁹ Халаха је је скуп јеврејских верских закона који је изведен из писане и усмене Торе.

⁴⁰ T. Fox, *The Beit Din, the Jewish court of Law*, <https://www.myjewishlearning.com/article/the-beit-din/>, 19. 5. 2023.

⁴¹ *The Beth Din of America*.

спектру спорова међу странкама, од спорова мале вредности до спорова вредности до неколико милиона долара. У питању су комерцијални спорови (као што су послодавац–запослени, закуподавац–закупац, повреде уговора, спорови о нелојалној конкуренцији), комунални спорови као и породични спорови, те спорови који произађу из наслеђивања. Предмете разматра веће од три *dayanim*–а, повремено, једног *dayan*–а.⁴² Халаха генерално забрањује Јеврејима да покрену судски поступак против другог Јеврејина на суду који није Бет Дин. За оне који из било ког разлога одбијају да се обрате Бет Дину као и за адвокате који инсистирају на вођењу парничног поступка постоје две алтернативе које су према јеврејском закону Халаха, одрживе и изводљиве: медијација и арбитража. Ове две методе алтернативног решавања спорова овде су добро утемељене у облику *bitzua* или *p'sharah* и могу бити прилагођене да служе потребама јеврејских странака. Изразе *p'sharah* и *bitzua* Талмуд наизменично користи у првом поглављу Масечет Санхедрина (*Masechet Sanhedrin*)⁴³ и они се очигледно односе и на арбитражу и медијацију.⁴⁴ Масечет Санхедрин није усредсређен само на законе који регулишу јеврејски судски систем, већ је то трактат јеврејске државе. Он се бави широким спектром питања у вези са функционисањем јеврејске државе. Све основне државне институције које захтева Тора – и односи између њих – разматрају се у овом трактату.⁴⁵

Данас је Бет Дин најзаступљенији у Сједињеним Америчким Државама и располаже најширом мрежом јеврејских трибунала. Надлежан је за решавање како верских тако и секуларних спорова. Приликом одлучивања, панел арбитра користи јеврејско право као своју основу, но стране у спору могу да уговоре врсту јеврејског права.⁴⁶ Недавне одлуке Врховног суда Сједињених Америчких Држава потрђују тренд проширења извршних арбитражних споразума. Стране у спору пристају на ауторитет верског суда путем обавезујућег

⁴² *Din Torah (Arbitration) Services*, <https://bethdin.org/dintorah/>, 21. 8. 2023.

⁴³ Масечет Санхедрин је четврти Седер Незикин трактат. Гемара Санхедрин је проучавање закона који се односе на грађанске и кривичне судове, краља, првосвештеника, на различите смртне казне огњем, мачем, дављењем итд., као и на последице по душе злочинаца приликом васкрсења мртвих. Санхедрин трактат (*Sanhedrin Tractate*) је гемара која садржи 11 поглавља.

⁴⁴ I. Yitzchak Kasdan, *A proposal for P'sharah: A Jewish Mediation/Arbitration Service*, <https://www.jlaw.co/articles/a-proposal-for-psharah-a-jewish-mediation-arbitration-service/>, 19. 5. 2023.

⁴⁵ Rabbi A. Steinstaltz, *Introduction to Masechet Sanhedrin*, https://www.ou.org/life/torah/masechet_sanhedrin_intro/, 19. 5. 2023.

⁴⁶ A. Febres, 6–7.

арбитражног споразума. Верске заједнице су заправо обликовале верске судове као арбитражна већа. На тај начин је обезбеђено да одлуке верских судова обавезујуће као и одлуке арбитражног трибунала. Одлуке верских арбитра се посматрају као и одлуке било којих других арбитра и државни судови су овлашћени да преиспитују верске арбитражне одлуке само у ограниченом броју законом прописаних случајева. Реч је о случајевима у којима постоји јак разлог за веровање да је дошло до неке врсте недоличног понашања приликом доношења арбитражне одлуке (примера ради ако је било корупције на страни арбитра који су донели одлуку). Све док такви разлози не постоје, амерички судови извршиће одлуке које су донели верски арбитражни судови.⁴⁷

3.3. Алтернативно решавање спорова у исламу

Главни извор исламског права (шеријат) је Куран (*Quran*), света књига ислама, која представља отелотворење божанске речи откривене пророку Мухамеду (*a. s.*)⁴⁸ Куран чине све објаве које је Мухамеду слао Алах од 610. па до његове смрти 632. године.⁴⁹ Састоји се из 114 поглавља, сура (*surah*) која се деле на стихове (90 сура из меканског раздобља и 24 из мединског; ове потоње пуне су моралних, правних и политичких поука и на њима је успостављен целокупан политичко–правни систем ислама). Други извор исламског права је Суна (*Sunnah*). Она представља отелотворење свега онога што је Мухамед као божји посланик, али и световни вођа муслимана, изричито допустио или забранио својим начином живота и личним примером објаснио и уобичајио, као и прећутно одобрио. Суна у арапском језику значи и преседан и начин живота.⁵⁰ Постоје и помоћни извори исламског права. Први помоћни извор исламског права јесте иџма (*ijma*). Иџма или споразум научника говори заправо о томе колико је делегација законодавства важна за муслиманску заједницу. Уколико је тумачење Курана о одређеном питању спорно, или за неко питање нема објашњења ни у Курану ни у Суну, онда правни научници примењују сопствено резонување – иџтихад (*ijtihad*).⁵¹ Кијас (*Qiyas*) или

⁴⁷ M. A. Helfand, „Litigation Religion”, *Boston University Law Review* 93/2013, 506–509.

⁴⁸ *Alejhisselam*, нека је Алахова милост и мир уз њега.

⁴⁹ С. Аврамовић, В. Станимировић, 186.

⁵⁰ *Ibid.*, 187.

⁵¹ Jasleen, *Sources of Islamic Law*, <https://legalreadings.com/sources-of-islamic-law/>, 13. 7. 2023.

аналогна дедукција је четврти извор шеријатског права. Реч је о правном поступку дедукције у ситуацији која представља преседан. Тада правник заснива своје резонување на образложењима која постоје у Курану и Сунни. Кијас не сме бити заснован на личном мишљењу, већ на дубоко укоренењем примарним изворима исламског права. Постоје и допунски извори исламског права: *urf* или обичај, судске одлуке, закони и једнакост, правда и добра савест (*Istihsn, Itislah и Istidal*).⁵²

Сам концепт помирења и хармоније налази се и у Сунни, дакле у предањима пророка Мухамеда (*a. s.*), чији је живот пун примера посредовања у решавању људских проблема.⁵³ Легенда каже да је приликом реконструкције Табе, храма у Меки, у који муслимани иду на ходочашће, дошло до спора око постављања Црног камена у зграду. Тај црни камен је циљ исламског ходочашћа и тачка ка којој се муслимани окрећу у својим свакодневним молитвама.⁵⁴ Свако од четири племена Курејшија хтело је да има част да постави камен пре осталих а Мухамед (*a. s.*) је позван да реши спор. Замолио је свако од сукобљених племена да изабере вођу. Затим је на тлу раширио тканину и ставио камен на њен центар, тражећи од све четири вође да га заједно подигну тако што ће сваки држати тканину за један њен крај. На тај начин Мухамед је учинио једнаку част свим вођама, јер су сва четворица поставила камен и озбиљан сукоб је избегнут. Мухамед (*a. s.*) је током свог боравка у Медини често посредовао и арбитрирао у споровима између чланова заједнице. Према Сунни он је успешно посредовао у спору између поверилаца и дужника предлажући да поверилац прихвати половину новца који му се дугује ако дужник ту половину одмах плати у целини, а не у ратама. Устав Медине, који је донео Мухамед (*a. s.*), садржи одредбе о концилијацији или помирењу као начину решавања спорова између становника Медине, на основу иџме (*ijma*).⁵⁵ Он каже: „Помирење међу муслиманима је дозвољено, осим помирења које законито чини незаконитим, а незаконито законитим.” Пророк такође каже: „Заузмите се за другог и бићете награђени.”⁵⁶

Према исламском закону, велика се пажња поклања сулху (*sulh*).⁵⁷ Његова сврха јесте окончање сукоба и непријатељства између

⁵² *Ibid.*

⁵³ A. Azees Sirajudeen, *Concept of Mediation in Islamic Jurisprudence*, 14, https://www.academia.edu/3048074/Mediation_in_Islamic_Jurisprudence, 23. 5. 2023.

⁵⁴ J. T. Barrett, J. P. Barrett, 13.

⁵⁵ Консензус.

⁵⁶ A. Azees Sirajudeen, 14.

⁵⁷ Компромис, поравнање или споразум између страна у спору.

верника како би одржавали међусобне односе у миру и пријатељству. У исламском праву сулх је облик уговора који је правно обавезујући и на нивоу појединца и на нивоу заједнице. Решавање спорова у исламском систему ставља посебан нагласак на дужност према заједници.⁵⁸ Концилијација у исламском праву један је од начина мирног решавања спорова, а познате су још и медијација и арбитража. У исламском праву мирно решење спора постиже се путем концилијације (*sulh*), арбитраже (*tahkim*) или медијације (*wasaata*). Куран на више места упућује на принцип мирног решавања спорова, позивајући стране у сукобу на опрост; јер праштање уздиже човека до вечне племенитости и доноси опроштенику веће духовне користи.⁵⁹ Најважнији разлог због чега је медијација заступљена у исламском праву јесте изразита аверзија ислама према обавезујућем решавању спорова од стране трећег лица, дакле у арбитражном или судском поступку. Међу муслиманима постоји веровање да ће судије и арбитражи који донесу погрешну одлуку, као и било која особа која има користи од те одлуке, бити строго кажњени у загробном животу. Позната је анегдота о извесном Абдалах-ибн-Фаруку (ар. *Abd-Allah ibn-Faruk*), који је одбио именоване за судију у граду Керуану. На именоване су га наговорили тек онда када су га градски стражари везали ланцима и запретили да ће га бацити са крова џамије. Ипак, он се скоро расплакао када је прве странке успео да убеди да се помире, а не да им он пресуди.⁶⁰

Можемо рећи да исламска традиција подржава употребу сва три оригинална облика алтернативног решавања спорова.⁶¹ То је због тога што у основи ислам прожима помирење и решавање спорова изван контрадикторног, формалног начина решавања спорова.⁶²

Ипак, када је у питању муслиманска арбитража, чини се да тренутно више функционише на локалном нивоу, највероватније због одсуства формалног арбитражног тела. Тако, на пример, неке локалне групе развијају сопствена правила и процедуре. Када се имплементира, муслиманска арбитража обично укључује учешће имама који примењује шеријатско право за решавање спорова између припадника исламске заједнице.⁶³

⁵⁸ A. Azees Sirajudeen , 6.

⁵⁹ *Ibid.*, 8–10.

⁶⁰ A. Azees Sirajudeen, 18.

⁶¹ J. T. Barrett, J. P. Barrett, 14.

⁶² A. Azees Sirajudeen, 18.

⁶³ A. Febres, 7–8.

4. Закључак

Данас је под појмом „алтернативног решавања спорова” у веома великом броју земаља развијена пракса и медијације и арбитраже, које се сматрају најуспешнијим алтернативама судском решавању спорова. Поред њих, као главне алтернативе грађанском судском поступку, јављају се и преговори и мирење.⁶⁴ Медијација је, поред земаља англоамеричког правног система у којима је њена примена изузетно велика, широко заступљена и у Западној Европи.⁶⁵

Имајући у виду дубоке религијске корене алтернативног решавања спорова, не треба занемарити чињеницу да свака религија представља снажан саставни део културних норми и вредности. Све религије се баве егзистенцијалним питањима људског живота. Самим тим, религија је дубоко уткана у индивидуалне и друштвене концепције мира.⁶⁶

Monika Milošević

External Associate of the Institute of Comparative Law in Belgrade

RELIGIOUS BASIS OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

Summary

We are witnessing a renaissance of alternative dispute resolution. In this work, the author explores the deeply religious roots of alternative ways of resolving disputes, with a special focus on mediation. The very history of mediation, as well as other alternatives to court proceedings, is older than the history of monotheistic religions. These dispute resolution methods have strong religious roots in Christianity, Judaism and Islam. Historically speaking, Christian culture has a strong, rich tradition of faith-based dispute resolution by encouraging its followers to resolve conflicts in ways that avoid litigation. The Bible has several passages in both the Old and New Testaments that encourage or shape the peaceful resolution of disputes. The long, rich history of the Jewish people, which is

⁶⁴ М. Милошевић (2014), 1.

⁶⁵ М. Милошевић, „Перспективе развоја поступка медијације у Србији: у светлу Предлога закона о медијацији и његове усклађености са Директивом 2008/52/ЕС Европског парламента и Савета ЕУ о неким аспектима медијације у грађанским и трговинским стварима”, *Правни живот – часопис за правну теорију и праксу* 12/2012, 143.

⁶⁶ А. Azees Sirajudeen, 3.

reflected in the Bible, the Talmud, as well as in practice, accepts the concept of shalom (peace) to resolve disputes. One of Judaism's holiest books, the Talmud emphasizes the advantages of mediation and compromise over court decisions. Islam's holiest book, the Koran, teaches Muslims that they should always take the initiative for peace, reconciliation and dialogue. According to the Prophet Muhammad, both mediation and conciliation are preferred approaches to dispute resolution.

Keywords: alternative dispute resolution, mediation, arbitration, Christianity, Judaism, Islam.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Аврамовић С., Станимировић В., *Упоредна правна традиција*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2022.
- Barrett T. J., Barrett P. J., *A History of Alternative Dispute Resolution, The Story of a Political, Social and Cultural Movement*, Jossey-Bass A Wiley Imprint published in affiliation with the Association for Conflict Resolution 2004.
- Билић В., *Алтернативно рјешавање спорова и парнични поступак*, докторска дисертација, Правни факултет, Загреб 2008.
- Bushati E., Spaho, E., „Mediation: A concept that has to do not just with the justice system”, *Academicus International Scientific Journal* 7/2013, 54–61.
- Милошевић М., *Увод у медијацију*, Правни факултет Универзитета Унион и ЈП „Службени гласник”, Београд 2011.
- Милошевић М., *Алтернативно решавање спорова с посебним освртом на медијацију*, Правни факултет Универзитета Унион и ЈП „Службени гласник”, Београд 2014.
- Милошевић М., „Перспективе развоја поступка медијације у Србији: у светлу Предлога закона о медијацији и његове усклађености са Директивом 2008/52/ЕС Европског Парламента и Савета ЕУ о неким аспектима медијације у грађанским и трговинским стварима”, *Правни живот* 12/2012, 143–152.
- Shippee, Seth, R., „Blessed are the Peacemakers: Faith-Based approaches to Dispute Resolution”, *ILSA Journal of International and Comparative Law* 1/2003, 237–255.

- Febres, A., „The Implications of the Neutral Principles of Law Doctrine on Religious Arbitration”, Seton Hall University 2023, 1–27.
- Helfand, A.M., „Litigating Religion”, *Boston University Law Review* 93/2013, 493–561.
- Hubbard, T. A., „Mediation and Religion: General Attitudes of Three Major Religions in the United States“, *Louisiana Bar Journal* 3/2015, 196–198.

Остали извори

- Ancient history/Middle east, <https://www.encyclopedia.com/history/asia-and-africa/ancient-history-middle-east/ur>, 17. 5. 2023.
- Ventola S., Profiles in Dispute Resolution–King Solomon, <https://ventolamediation.com/2018/06/10/profiles-in-dispute-resolution-king-solomon>, 24. 7. 2023.
- Vinther J., Todd T., The History of Mediation and Why It Is Still in Use Today, <https://mediate.com/the-history-of-mediation-and-why-it-is-still-in-use-today/>, 9. 5.2023.
- Din Torah (Arbitration) Services, <https://bethdin.org/dintorah/>, 21.8.2023.
- Encounter of Leo the Great with Atilla, <https://www.museivaticani.va/content/museivaticani/en/collezioni/musei/stanze-di-raffaello/stanza-di-eliodoro/incontro-di-leone-magno-con-attila.html>, 16. 5. 2023.
- Jasleen, Sources of Islamic Law, <https://legalreadings.com/sources-of-islamic-law/>, 13. 7. 2023.
- Kasdan Yitzchak, I., A proposal for P’sharah: A Jewish Mediation/ Arbitration Service, , 19. 5. 2023.
- LSJ Ancient Greek dictionaries, <https://lsj.gr/wiki/proxeneta>, 12. 7. 2023.
- Правила поступка за хришћанску концилијацију Института за хришћанску концилијацију (ICC Rules of Procedure for Christian Conciliation), <https://www.aorhope.org/icc-rules>, 3.7.2023.
- Ramiz Ramin, A., History of Dispute Mediation and Evolution of Church Dispute Mediation, https://www.academia.edu/44711937/History_of_Dispute_Mediation_and_Evolution_of_Church_Dispute_Mediation, 17. 7. 2023.
- Sirajudeen A. A., Concept of Mediation in Islamic Jurisprudence, https://www.academia.edu/3048074/Mediation_in_Islamic_Jurisprudence, 23.5.2023.
- Rabbi Steinstaltz, A., Introduction to Masechet Sanhedrin, https://www.ou.org/life/torah/masechet_sanhedrin_intro/, 19. 5. 2023.

- Трајковић, С., *Религије народа Старог Истока*, 2008, https://www.academia.edu/35420783/Diplomski_rad_istorija, 17. 7. 2023.
- The Anonymous Life of Leo the Great. Chapter II: Encounter between Saint Leo and Attila the King, <http://medieval.ucdavis.edu/20A/Leo.html>, 16. 5. 2023.
- Fox, T., The Beit Din, the Jewish court of Law, <https://www.myjewishlearning.com/article/the-beit-din>, 12. 7. 2023.
- Фра Царев, Ф., Посљедње прибјежиште језика којим је Исус говорио, <https://hrcak.srce.hr/file/333820>, 21. 5. 2023.

СЛОБОДА ВЕРОИСПОВЕСТИ ДЕТЕТА У КОНТЕКСТУ ПРАВА НА ОБРАЗОВАЊЕ

Сажетак

У раду се анализирају стандарди успостављени у међународним инструментима о људским правима у вези са правом детета на слободу вероисповести и њихова имплементација у национални правни поредак. Иако је дете титулар права на слободу вероисповести, улога родитеља у дететовом остваривању ових права је од великог значаја. Постојећи међународноправни механизми право детета на слободу вероисповести сврставају у контекст родитељских дужности које се тичу дететовог образовања. Националним законодавствима држава чланица релевантних међународних организација препуштено је да предвиде начин и обим остваривања права детета на слободу вероисповести, као и да дискреционо одреде старосну границу за самостално уживање овог права. Увођењем веронауке у обавезни образовни систем Република Србија је показала спремност за испуњење предвиђених међународних стандарда, али је домашај права детета на слободу вероисповести у пракси мањи од других партиципативних права детета.

Кључне речи: вероисповест детета, образовање детета, верска уверења родитеља, верска настава.

1. Опште напомене

Модерна перцепција образовања напушта политику потпуног искључивања религије из система световног образовања. У изворном смислу, световност се противи успостављању државне религије или фаворизовању једне наспрам других религија. Световни модел образовања детета не искључује наставу о религији и религиозним уверењима, већ наметаће било којег посебног облика религијске припадности. Процес религијског образовања свака земља регулише у складу са својим државним, друштвеним и политичким уверењима, сходно традицији, култури и карактеристикама сопственог система образовања.

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, olga.jovic@pr.ac.rs

Када је у међународним инструментима о људским правима утврђена обавеза држава да поштују верска уверења родитеља приликом обезбеђивања образовања и наставе деце као ексклузивна привилегија родитеља која не припада самом детету, нити школи или верском удружењу, чини се да је било очекивано одсуство јединственог става о сврси и домаћају права детета на слободу вероисповести у међународноправној регулативи, уставноправним гаранцијама и законским решењима у упоредном и националном праву. У овој области, најбољи интерес детета налази се између друштвених интереса и интереса родитеља, те је националним законодавствима препуштено да тумаче најбољи интерес детета на основу критеријума успостављених у најзначајнијем документу о децјим правима— Конвенцији Уједињених нација о правима детета.

2. Међународни стандарди о праву детета на слободу вероисповести

Питање права на слободу вероисповести у међународном праву не губи на актуелности од када је заживела идеја о потреби интернационализације људских права. Ово право је правно нормирано у више међународних инструмената заједно са слободом мисли и савести које му дају пуни смисао. Са теоријскоправног становишта, развој ових слобода, на глобалном нивоу, повезан је са Универзалном декларацијом о људским правима (1948).¹ Ове слободе су признате и загарантоване Међународним пактом о грађанским и политичким правима (1966),² међународним уговором којим се утврђује легитимни интерес међународне заједнице да свака држава чланица обезбеди поштовање људских права у складу са признатим

¹ Чл. 18 Универзалне декларације о људским правима гласи: „Свако има право на слободу мисли савести и вероисповести; ово право укључује слободу промене вероисповести или уверења и слободу да човек сам или у заједници са другима, јавно или приватно, манифестује своју веру или уверење подучавањем, обичајима, молитвом и обредом.”

² Чл. 18 Закона о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима – МПГПП, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/1971; *Службени лист СФРЈ– Међународни уговори*, бр. 9/2003. Одредба чл. 18, ст. 1 и ст. 2 Међународног пакта о грађанским и политичким правима гласи: „(1) Свако лице има право на слободу мисли, савести и вероисповести. Ово право подразумева слободу исповедања и примања вере или убеђења по свом нахођењу, као и слободу да ту веру или убеђење испољава појединачно или заједно са другима, како јавно тако и приватно, кроз култ, вршење верских и ритуалних обреда и веронауку. (2) Нико не може бити предмет принуде којом би се кршила слобода његовог исповедања или примања вера или убеђења по његовом нахођењу.”

стандардима.³ Отуда обавеза држава потписница међународних уговора да предузму позитивне мере у смеру остваривања и заштите ових слобода, тј. да се уздржавају од мера које би представљале мешање у слободу мисли, савести и вероисповести. У контексту права на слободу вероисповести, детету се гарантује право на слободу мисли, савести и вероисповести, тако што државе чланице Пакта поштују слободу родитеља (законских старатеља) да обезбеде својој деци оно верско и морално образовање које је у складу са њиховим личним убеђењима.⁴ Ради појашњења права на слободу вероисповести, Комитет за људска права (надзорни орган над имплементацијом обавеза које су државе преузеле ратификацијом Међународног пакта о грађанским и политичким правима), аутентичним тумачењем ове норме у Општем коментару бр. 22 утврдио је њен домашај, тј. нагласио је да се слобода родитеља (законских старатеља) да обезбеде својој деци да добију религијско и морално образовање које је у складу са уверењима родитеља односи на гарантовање слободе наставе религије или веровања,⁵ тако да државе чланице ову норму не могу посматрати одвојено од општег коментара.

Иако је слобода мисли, савести и вероисповести право које припада свим људима без изузетка, укључујући и децу, као право тј. слобода која припада детету експлицитно је прокламована Конвенцијом УН о правима детета (1989), која представља врховни ауторитет у области дечјих права.⁶ Државе уговорнице признају право детета на слободу мисли, савести и вероисповести, уз поштовање права и обавеза родитеља (законских старатеља) приликом усмеравања детета на

³ Листа докумената усвојених под окриљем Уједињених нација и других међународних организација је прилично опсежна; међутим, како би њихово набрајање превазишло садржинске оквире предметног реферата, напоменућемо само неке од њих који су обавезујући или их због њихове моралне вредности државе чланице поштују, без правне обавезе да то чине. То су: Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (1966), Декларација УН о укидању свих облика нетолеранције и дискриминације засноване на вероисповести или верском уверењу (1981); Део II, тач. Б-22 Бечке декларације и акционог програма, усвојене на Светској конференцији о људским правима (1993), Унеско Декларација о принципима толеранције (1995); Резолуција Генералне скупштине УН 52/122 о укидању свих облика религијске интолеранције (1998), <http://www.unhchr.org>, 17. 7. 2023.

⁴ Чл. 18, ст. 4МПГПП.

⁵ Комитет за људска права, *General Comment No. 22 (48) Art. 18, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4* (1993), ст. 6 у односу на чл. 18 (4) Међународног пакта о грађанским и политичким правима, <https://digitallibrary.un.org>, 20. 7. 2023.

⁶ Закон о ратификацији Конвенције УН о правима детета – КПД, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/90, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/96, 2/97.

остваривање његовог права на слободу мисли, савести и вероисповести на начин који је у складу са развојним способностима детета.⁷ Управо ово ограничење самостално, уз ограничења која се односе на очување јавног реда, здравља, морала или права других (чл. 14, ст. 3), отвара питање о томе да ли дете заиста ужива право на слободу мисли, савести и вероисповести или се ради о основу за давање првенства правима и интересима родитеља. Наиме, наведени став је у уској вези са одредбом Конвенције којом се државе уговорнице обавезују да поштују права и одговорности родитеља у погледу усмеравања детета у складу са дететовим развојним могућностима.⁸ Остваривање права детета на слободу вероисповести захтева да државе чланице успоставе равнотежу између права на верску слободу, заштите права и интереса детета и родитеља и одбране суштинских принципа на којима почива једно друштво.⁹

На европском правном простору кључне гаранције слободе мисли, савести и вероисповести прописане су Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (1950). Право на слободу мисли, савести и вероисповести укључује слободу примене вере или уверења и слободу свакога да, било сам или заједно с другима, јавно или приватно, испољава веру или уверење молитвом, подучавањем, обичајима и обредом. Слобода исповедања вере или убеђења може бити подвргнута само законом прописаним ограничењима, неопходним у демократском друштву у интересу јавне безбедности, заштите јавног реда, здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.¹⁰ У чл. 2 Протокола бр. 1 уз Европску конвенцију о људским правима (1952), у контексту права на образовање прописано је да нико не може бити лишен права на образовање, те да у вршењу својих функција у области образовања и наставе држава поштује право родитеља да обезбеде образовање и наставу који су у складу са њиховим верским и филозофским уверењима. На тај начин се слобода мисли, савести и вероисповести сагледава као индивидуално право које се остварује у сарадњи са другима.¹¹

⁷ Чл. 14 КПД.

⁸ Чл. 5 КПД.

⁹ Н. Fulchiron, „The Family Court Judge Taking Religious Convictions into Account: A French and European Perspective”, *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, 5(13)/2014, <https://ssrn.com/abstract=3223913>, 22. 7. 2023.

¹⁰ Чл. 9 Закона о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: ЕКЉП), *Службени лист СЦГ Међународни уговори*, бр. 9/03.

¹¹ Ц. Мурдок, *Заштита права на слободу мисли, савести и вероисповести у оквиру Европске конвенције о људским правима*, Приручници Савета Европе за људска права Савета Европе, Савет Европе, Стразбур 2013, 11.

Ограничење верских уверења родитеља условљено је интересима детета, тако да је поштовање уверења родитеља подређено основном праву детета да добије образовање.¹² Питање поштовања уверења родитеља поставља се у вези са наставним програмом и његовом реализацијом. Интерес државе да обезбеди приступ информацијама, укључујући информације верске и филозофске природе, које су део школског програма, може имати предност над родитељским уверењима.¹³ Сукоб интереса између права родитеља да деци обезбеди образовање у складу са својим уверењима и државе која има велику улогу у области образовања је комплексан проблем који није могуће решити на јединствен начин.¹⁴ У погледу слободе вероисповести детета у образовању дилема се односи на питање о томе да ли се право родитеља да деци обезбеди образовање и наставу у складу са сопственим верским уверењима може помирити са принципима забране дискриминације, неутралности и одвојености државе од цркава и верских заједница тако да у систему јавног образовања постоји верска настава, тј. да ли верска настава у систему јавног образовања нарушава те принципе.¹⁵

Специфичност остваривања слободе вероисповести у области образовања произилази из испреплетености различитих аспеката овог вишедимензионалног феномена: од питања остваривања слободе вероисповести у заједници, преко слободе вероисповести као индивидуалног права, затим односа између државе и цркава и верских заједница, до забране дискриминације у вези са правним положајем појединих верских организација и њихових верника.¹⁶ Упркос одвојености цркве од државе и чињеници да је образовање област јавног живота под контролом секуларне државе, реалност показује да у многим европским земљама власти сарађују са верским заједницама у организовању и реализовању религијског образовања.

Заштита колективног аспекта слободе мисли, савести и вероисповести према чл. 9 ЕКЉП има за циљ спречавање државних власти да се мешају у унутрашњу организацију верских заједница.

¹² J. Murdoch., *Freedom of Thought, Conscience and Religion*, Human Rights Handbooks, No. 9, Council of Europe, 2007, 50, <http://www.scribd.com/doc/6500858/Freedom-of-Thought-Conscience-and-Religion>, 23. 7. 2023.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ О. Јовић, „Религијски идентитет детета – образовање детета и верска уверења родитеља”, *Правни живот* 10/2011, 71.

¹⁵ В. Ђурић, *Слобода вероисповести у јуриспруденцији европских уставних судова*, Институт за упоредно право, Београд 2012, 89–90.

¹⁶ *Ibid.*

3. Овлашћења родитеља у контексту права детета на религијско образовање

Остваривање права детета на слободу вероисповести превасходно је одговорност родитеља, а потом и друштва у целини. Родитељима тако припадао влашћење да детету обезбеде образовање и наставу у складу са сопственим верским и филозофским уверењима.¹⁷ Посебан статус родитеља подразумева да родитељи првенствено остварују лична уверења, чији се обим сужава пропорционално развојним способностима детета. Улога родитеља (законских старатеља) јесте да усмеравају дете, у складу са његовим најбољим интересом и развојним способностима, ради активнијег учешћа детета као титулара права у остваривању слободе вероисповести. Интереси родитеља и детета су, по правилу, компатибилни, међутим, у пракси се бележе и случајеви када не постоји сагласност родитеља у избору верске наставе коју желе да дете похађа, а нарочито у случајевима конфликтних престанка заједнице живота родитеља, када се један од родитеља не слаже са наставком првобитно изабране верске наставе, па се без претходне сагласности другог родитеља определи за другу врсту образовања детета.¹⁸ Садржина и домашај гаранција родитеља да дете образују према сопственим уверењима подразумева да њихова одлука мора бити заснована искључиво на најбољем интересу детета. У случају да остваривање права једног родитеља може негативно утицати на личност детета, заштита интереса детета је приоритетнија.

Разлике у приступу праву детета на слободу вероисповести у националним законодавствима детерминисане су управо тумачењем правног стандарда „најбољи интерес детета”. Полазећи од тога да ли се право детета на слободу вероисповести ограничава наспрам овлашћења родитеља, односно утицаја традиције, обичаја или доминатне религије, или се интерес детета тумачи у оквиру пратиципативних права детета, у теорији се разликују патерналистички, догматски и партиципативни приступ.¹⁹

¹⁷ О. Јовић, *Права детета – између идеје и стварности*, Задужбина Андрејевић, Београд 2009, 59–61.

¹⁸ S. Troiano, „Parental Responsibility and Religious Education of One’s Children”, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 5(13)/2014, 187, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm>, 29. 7. 2023.

¹⁹ U. Kilkelly, „The Child’s Right to Religious Freedom in International Law: The Search for Meaning”, in: *What is Right for Children* (eds. M. Fineman, K. Worthington), Burlington 2009, 248.

Патерналистички приступ ограничење права детета на слободу вероисповести оправдава поштовањем права родитеља да васпитавају и образују дете, док у догматском приступу, ограничење права детета на слободу вероисповести подразумева да родитељи могу образовати дете једино у оквиру доминатне вере и правила конфесионалног права одређене верске заједнице.²⁰ Партиципативни приступ пружа могућност да дете остварује право на слободу вероисповести у складу са својим развојним способностима, те детету које је способно да формира своје мишљење треба омогућити да изабере или промени вероисповест или убеђење када достигне одговарајући узраст.²¹ Овај приступ праву детета на слободу вероисповести утемељен је на принципу неутралности државе према верским уверењима њених држављана и подразумева ограничење родитељских овлашћења, у негативном и позитивном смислу; негативна обавеза огледа се у томе да родитељи дете не излажу моралним предрасудама приликом усмеравања према одређеној религији или према неприхватању било које вероисповести, док се позитивна обавеза родитеља односи на развијање свести детета да самостално изабере вероисповест када постане способно за расуђивање.²²

4. Право детета на слободу вероисповести у националним оквирима

Устав Републике Србије осим што прокламује начело световности државе и забрану успостављања државне религије, регулише и питања индивидуалних верских слобода, слободе мисли, гарантује слободу промене вероисповести или уверења и право испољавања вероисповести путем обреда, *верске наставе*, верске службе, као и право на јавно испољавање верских уверења. Из уставних одредаба да родитељи и законски старатељи имају право да својој деци обезбеде верско и морално образовање у складу са својим уверењима,²³

²⁰ *Ibid.*

²¹ Вид. В. Влашковић, „Право детета на слободу вероисповести у контексту родитељског права на васпитавање и образовање детета”, *Гласник права* 2/2018, 73–74.

У аустријском праву дете које је навршило 16 година стиче право да изабере вероисповест, док у немачком праву, дете које је навршило десету годину живота мора да изрази своје мишљење пре него што промени верско убеђење, тј. дете старије од 12 година не може бити присиљено на одређену вероисповест против своје воље. Типични репрезенти чистог партиципативног приступа овом праву детета су холандско и белгијско право.

²² S. Troiano (2014), 188–189.

²³ Чл. 43, ст. 1 Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

произилази признање права детета на слободу вероисповести као компоненте родитељског права. Закон о црквама и верским заједницама, такође, гарантује право на верску наставу у државним и приватним основним и средњим школама.²⁴ Одредбом чл. 3 предвиђено је да слобода вероисповести или верског уверења може бити подвргнута само оним ограничењима која су прописана Уставом, законом и ратификованим међународним документима, а неопходна су у демократском друштву ради заштите јавне безбедности, јавног реда, морала и заштите слободе и права других. Верска слобода се не сме користити тако да угрожава право на живот, право на здравље, права деце, право на лични и породични интегритет и право на имовину, нити тако да се изазива и подстиче верска, национална или расна нетрпељивост.

Одговарајући узраст детета и његова способност за расуђивање предвиђени су као услови за остваривање овог права детета Породичним законом. Према слову овог закона, дете има право на образовање у складу са својим способностима, жељама и склоностима, тј. дете које је навршило 15. годину живота и способно за расуђивање, има право да самостално одлучи коју ће средњу школу похађати.²⁵ Право на избор образовања, осим уписа у основну и средњу школу, обухвата и избор врсте школе. Истовремено, право на избор образовања односи се и на слободан избор допуштених обавезних предмета у образовном систему.

За остваривање права на избор образовања, осим објективних околности, субјективне околности на страни детета подразумевају узраст и способност детета за расуђивање. У српском праву доња старосна граница за самостално остваривање права детета на слободу вероисповести је 15 година. Остваривање права на слободу вероисповести детета млађег узраста препуштено је диспозицији родитеља. Право је родитеља да детету обезбеде образовање које је у складу са

²⁴ Чл. 40 Закона о црквама и верским заједницама, *Службени гласник РС*, бр. 36/2006.

²⁵ Чл. 63 ПЗС, *Сл. гласник РС*, бр. 18/05, 72/11 и 6/2015.

Црногорски Породични закон идентичном формулацијом одређује право детета на образовање у оквиру родитељских права и дужности, пропуштајући да нормира право детета на слободу вероисповести. Вид. чл. 65 Породичног закона Црне Горе, *Сл. лист РЦГ*, бр. 1/2007, 53/2016 и 76/2020.

У Обитељском закону Хрватске (чл. 94, ст. 1), васпитање и образовање детета, као део родитељских права и дужности у заштити личних права детета, одређено је тако да васпитање детета мора бити у складу са узрастом и зрелошћу и са правом детета на слободу савести, верског и другог уверења. Обитељски закон, *Народне новине*, бр. 103/15, 98/19, 47/20, 49/23.

њиховим верским и моралним уверењима.²⁶ Наведена формулација права детета на слободу вероисповести оставља простор за тумачење да је реч о праву родитеља, а не о личном праву детета за чије остваривање су, у најбољем интересу детета, одговорни родитељи (законски старатељи).²⁷ Овако прописано право детета је релативног карактера јер зависи од дететових способности, жеља и склоности, а ограничено је и правом родитеља да детету обезбеде обрзовање у складу са сопственим верским и етичким уверењима.

Религијско (верско) образовање зависи од жеље родитеља и детета и има за циљ да родитељима учини доступним механизам заштите детета од ризика наметења одређених схватања, веровања и начина понашања од стране државе и државних школа, тј. да дете не буде подучавано на начин који је неприхватљив за верска и филозофска уверења родитеља, будући да држава има дискреционо овлашћење да сама креира наставне садржаје у школама према општим и заједничким вредностима које жели да промовише у наставном процесу.²⁸ Другим речима, тумачењем одредаба домаћег права, право на образовање је изворно право детета у чијем остваривању родитељи имају важну улогу, с обзиром да интелектуални развој детета у великој мери зависи од одлуке родитеља о томе која је врста образовања у дететовом најбољем интересу.

Са становишта односа родитељи – школа – дете, у остваривању права на избор образовања (право на упис и избор школе) родитељи би, по правилу, требало да имају саветодавну улогу. Међутим, питање је колико дете заиста има могућности да оствари право на упис и избор школе уколико родитељи не подрже његову одлуку. Када се дете уписује у школу, оно је малолетно и пословно неспособно, због чега, по природи ствари, избор школе и упис врше његови родитељи, у складу са најбољим интересом детета. Родитељи сваког детета које је у узрасту за похађање обавезног школовања морају да обезбеде

²⁶ Чл. 71, ст. 2 ПЗС.

²⁷ Патерналистички концепт прокламован је у Декларацији УН о укидању свих облика нетолеранције и дискриминације заснованих на вероисповести или верском уверењу (1981), која одредбом чл. 5, тач. 2. предвиђа да „Свако дете ужива право на приступ религијском или верском образовању у складу са жељом његових родила (законских старатеља), и не сме бити приморано на похађање религијске или верске наставе против воље родитеља, где је најбољи интерес детета руководни принцип.” Вид. Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief (1981), A/RES/36/55, 25 November 1981, <http://www.un.org>, 2. 8. 2023.

²⁸ М. Драшкић, *Коментар Породичног закона*, ЈП Службени гласник, Београд 2016, 203–204; Г. Ковачек Станић, *Породично право*, Нови Сад 2014, 312.

образовање које ће бити у складу са дететовим узрастом, способностима и склоностима. О дететовом праву тј. могућности избора образовања може се говорити тек у периоду средњошколског образовања. У том случају, евентуалну несагласност између родитеља и детета у погледу избора средње школе решавао би надлежни орган на основу обавештења школе, орган који би у интересу детета донео одлуку којом се надомештава потребна сагласност родитеља приликом уписа детета у школу.²⁹

5. Верска настава у обавезном образовном процесу

Уредбом Владе Републике Србије о организовању и остваривању верске наставе и наставе алтернативног предмета у основној и средњој школи, у школе су уведени веронаука и грађанско васпитање као факултативни предмети.³⁰ Изменама и допунама Закона о основној и средњој школи (*Сл. гласник РС*, бр. 22/2002), верска настава и настава алтернативног предмета постали су изборни предмети, тако да је опредељење за један од њих обавезно.

Кроз временску димензију посматрано, верска настава и настава алтернативног предмета уведени су у први разред основне и први разред средње школе од школске 2001/2002. године. Њихово увођење мотивисано је најпре правом на образовање, правом на вероисповест и правом родитеља да васпитавају децу у складу са својим верским и филозофским уверењима која су призната међународним документима. Заштита религијских и филозофских уверења родитеља и могућност да родитељима буде доступан механизам заштите детета од ризика да држава и државне школе наметну одређена схватања, веровања и начин понашања, утицали су да се уреди организовање и остваривање верске наставе за традиционалне цркве и верске заједнице (чл. 1, ст. 2), и то за: Српску православну цркву, Исламску заједницу, Католичку цркву, Словачку евангеличку цркву а.в., Јеврејску заједницу, Реформатску хришћанску цркву и Евангеличку хришћанску цркву а.в., те је конфесионална веронаука као обавезни изборни предмет³¹ уведена у школе као реакција на пораст насиља у породици

²⁹ O. S. Jović, „The Right of a Child to Education in Universal and Regional Documents and in Serbian Legislation”, *International Survey of Family Law* (ed. Bill Atkins), Family Law, Jordan Publishing Limited 2008, 344.

³⁰ Чл. 1, ст. 1 Уредбе Владе Републике Србије о организовању и остваривању верске наставе и наставе алтернативног предмета у основној и средњој школи, *Службени гласник РС*, бр. 46/01.

³¹ Б. Алексов, *Веронаука у Србији*, ЈУНИР/СВЕН, Ниш 2003, 52.

и других негативних националних, социјалних и верских деловања.³² Несумњиво је да верска настава као компонента васпитне функције школе доприноси формирању културног и верског идентитета сваког ученика. То не подразумева да дете које похађа верску наставу мора да буде верујуће, будући да садржај верске наставе деци оставља пуну слободу; а да би човек могао да буде слободан да изабере да верује или да не верује, мора, на првом месту, да се упозна с оним што вера поучава.

Програм грађанског васпитања у основној и средњој школи има за циљ да се код ученика постигну промене на нивоу знања, вештина, ставова и вредности као претпоставке за целовит развој личности и за компетентан, одговоран и ангажован живот у савременом грађанском друштву у духу поштовања људских права и основних слобода. Општи циљ предмета грађанско васпитање је подстицање развоја личности и социјалног сазнања код ученика пружајући им могућност да постану активни учесници у процесу васпитања и образовања. У том погледу, задаци предмета грађанско васпитање усмерени су на стварање услова да ученици стекну потребна знања о демократији и грађанском друштву; да допринесу развоју њихове свести о потреби уважавања различитости и особености –уочавање стереоптипа у погледу пола, узраста, изгледа, понашања и порекла; оспособљавање ученика да разумеју неопходност правила која регулишу живот у заједници; упознавање ученика са правима детета и оспособљавање да активно учествују у њиховом остваривању; развијање моралног расуђивања и неговање основних људских вредности.

Настава религије као обавезан предмет у наставном плану и програму одређеног нивоа образовања заступљена је у Аустрији, Норвешкој, Великој Британији, Немачкој, Румунији, Шведској, и проучава се на нивоу обавезног основног образовања или у виду обавезног изборног или факултативног предмета на средњошколском нивоу. У многим земљама конфесионална веронаука је факултативна (Португалија, Шпанија, Бугарска, Италија, Мађарска, Чешка и Словачка), док су бројне земље у којима је конфесионална веронаука замењена религијском културом (Велика Британија, Данска), или уопште не постоји (САД, Француска, изузев Алзаса и Лорене).

³² Нажалост, на веронауку од самог почетка увођења у државне школе нису благонаклоно гледали припадници одређене групе интелектуалаца из редова Већа Универзитета у Београду, ректор и бројни наставници и припадници других, тзв. експертских организација које се баве образовањем. Као аргумент о непотребности увођења верске наставе у нашим основним, па и средњим школама, истицан је конфесионални приступ усвајања садржаја као потпуно застарео, јер не нуди објективна сазнања о религији, већ се своди на индоктринацију, готово као марксизам. Конфесионална веронаука подстиче затвореност и етничке подељености.

Улога родитеља своди се на контролу приликом избора обавезног изборног предмета које ће дете похађати, а који ће одговарати индивидуалним капацитетима и склоностима детета. Да ли ученик основне школе похађа верску наставу или наставу алтернативног предмета, зависи од воље родитеља односно старатеља. Ученик средње школе може самостално да одлучује из ког предмета ће похађати наставу, уз обавезно упознавање родитеља односно старатеља са одлуком.³³ План и програм верске наставе је део прописаног наставног плана и програма за основну и средњу школу, при чему карактер и садржај овог предмета, *ex lege*, заједнички установљавају држава, цркве и верске заједнице.³⁴ У српском законодавству у односу државе, црква и верских заједница заступљен је тзв. модел кооперативне одвојености.³⁵

Оно што представља структурални проблем јесте то што су верска настава и грађанско васпитање у школском систему постављени као алтернативе, мада то нису ни по садржају, ни по задацима и циљевима. Основни циљ верске наставе као изборног предмета јесте да се њом посведочи садржај вере и духовно искуство традиционалних цркава и верских заједница које живе и делују на нашем простору, да се ученицима омогући усвајање духовних и животних вредности цркве или заједнице којој историјски припадају, и неговање сопственог верског и културног идентитета, док се као циљеви грађанског васпитања наводе помоћ ученицима да се повећа њихово интересовање за људска права, демилитаризацију и појаву тензија попут грађанских ратова, расизма и високе незапослености.

6. Уместо закључка

Ако се прихвати да се под појмом наставе подразумевају пренос знања и интелектуални развој личности, онда веза између образовања детета и религијских уверења родитеља обухвата различите облике религијског образовања у школама. Поштовање права

³³ Чл. 2, ст. 2 Уредбе Владе Републике Србије о организовању и остваривању верске наставе и наставе алтернативног предмета у основној и средњој школи.

³⁴ С. Аврамовић, „Уставност верске наставе у државним школама – *res iudicata*”, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2006, 253.

³⁵ *Ibid.*, 254.

Уставно дефинисана неутралност државе у односу на цркве и верске заједнице афирмише модел „кооперативне одвојености”, који се у правној литератури, због његове све шире заступљености (Белгија, Немачка, Аустрија, Шпанија, Италија, Португал, итд.), сматра трећим, теоријски посебним системом односа државе и цркве, поред два класична модела – модела одвојености и модела државне цркве.

родитеља да дете образују у складу са својим верским и филозофским уверењима у ширем смислу односи се на вршење сваке појединачне функције коју држава предузима у области образовања и наставе. Смисао гаранције о поштовању верских и филозофских уверења родитеља је у очувању плурализма и толеранције у јавном образовању, и подразумева уздржавање државе да средствима моћи намеће одређену идеологију.

У формалноправном смислу, верска настава је у складу са уставним вредностима Републике Србије, али забринутост изазива недоследност у изменама системских закона новијег датума. Закон о основном образовању и васпитању (*Сл. гласник РС*, бр. 129/2021) предвиђа да се у основној школи изучавају обавезни предмети и изборни програми и активности прописани планом и програмом наставе и учења, према школском програму,³⁶ док Закон о средњем образовању и васпитању на општи начин предвиђа да школски програм садржи обавезне предмете, изборне програме и модуле по образовним профилима и разредима,³⁷ тако да је престала важност одредбе која се односила на програм наставе и учења верске наставе, као и одредбе о установљавању Комисије за верску наставу и њеним компетенцијама.³⁸ Овакво решење је последица усаглашавања са кровним законом у области образовања, Законом о основама система образовања и васпитања, који општом одредбом у основне циљеве образовања убраја развој и поштовање расне, националне, културне, језичке, **верске**, родне, полне и узрасне равноправности и толаренације и уважавање различитости.³⁹ На основу наведеног, нужно се намеће питање о интенцији законодавца да нормама системских закона верску наставу деградира у изборни програм, сужавајући тако остваривање права детета на слободу вероисповести, што је супротно успостављеним међународним стандардима у овом домену и ефикаснијем спровођењу позитивних мера за унапређење права детета на слободу вероисповести у области образовања.

³⁶ Чл. 25, ст. 1 Закона о основном образовању и васпитању, *Сл. гласник РС*, бр. 55/2013, 101/2017, 10/2019, 27/2018, 121/2019.

³⁷ Чл. 11, ст. 1, тач. 3 Закона о средњем образовању и васпитању, *Сл. гласник РС*, бр. 55/2013, 101/2017, 27/2018, 6/2020, 52/2021, 129/2021 и 129/2021.

³⁸ Вид. Закон о средњем образовању и васпитању, *Сл. гласник РС*, бр. 129/2021-9 од 28. децембра 2021.

³⁹ Чл. 8, ст. 1, тач. 15 Закона о основама система образовања и васпитања, *Сл. гласник РС*, бр. 88/2017, 27/2018, 10/2019, 27/2018, 6/2020 и 129/2021.

Olga Jović Prlainović

Full-time professor, Faculty of Law University of Priština, headed in Kosovska Mitrovica

CHILD'S FREEDOM OF RELIGION IN THE CONTEXT OF THE RIGHT TO EDUCATION

Summary

In this paper author's attention is focused on the analysis of the standards established in international instruments on human rights in connection with the child's right to freedom of religion and their implementation in the national legal system. Although the child is the holder of the right to freedom of religion, the role of parents in its realization is of significant importance. The international legal mechanisms place the child's right to freedom of religion in the context of the parents' duties regarding the child's education. It is left to the national legislations of the member states of the relevant international organizations to find the manner and scope of exercising the child's right to freedom of religion as well as to determine the age limit for independent enjoyment of this right. By introducing religious education into the compulsory education system the Republic of Serbia has shown will to fulfill the established international standards, but the reach of the child's right to freedom of religion in practice is smaller compared to other participatory rights of the child. In the formal and legal sense religious teaching is in accordance with constitutional values of the Republic of Serbia, however, concern is caused by the inconsistency in recent amendments to system laws which degrade religious education into an optional program, thus narrowing the realization of the child's right to freedom of religion instead of more effective implementation of positive measures to improve this child's right in the field of education.

Key words: religion of the child, child education, parents' religious beliefs, religious education.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

- Алексов Б., *Веронаука у Србији*, ЈУНИР/СВЕН, Ниш 2003.
- Аврамовић С., „Уставност верске наставе у државним школама – *res iudicata*”, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2006, 251–257.
- Влашковић В., „Право детета на слободу вероисповести у контексту родитељског права на васпитавање и образовање детета”, *Гласник права* 2/2018, 67–83.
- Драшкић М., *Коментар Породичног закона*, ЈП Службени гласник, Београд 2016.
- Ђурић В., *Слобода вероисповести у јуриспруденцији европских уставних судова*, Институт за упоредно право, Београд 2012.
- Јовић С. О., „Религијски идентитет детета– образовање детета и верска уверења родитеља”, *Правни живот* 10/2011, 63–78.
- Јовић С. О., *Права детета – између идеје и стварности*, Задужбина Андрејевић, Београд 2009.
- Jović S. O., „The Right of a Child to Education in Universal and Regional Documents and in Serbian Legislation”, *International Survey of Family Law* (ed. Bill Atkins), Family Law, Jordan Publishing Limited, Bristol 2008.
- Kilkelly U. „The Child’s Right to Religious Freedom in International Law: The Search for Meaning”, in: *What is Right for Children* (eds. M. Fineman, K. Worthington), Burlington 2009, 243–268.
- Ковачек Станић Г., *Породично право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2014.
- Мурдок Џ., *Заштита права на слободу мисли, савести и вероисповести у оквру Европске конвенције о људским правима*, Приручници Савета Европе за људска права Савета Европе, Савет Европе, Стразбур 2013.
- Murdoch J., *Freedom of Thought, Conscience and Religion*, Human Rights Handbooks, No. 9, Council of Europe, 2007.
- Troiano S., „Parental Responsibility and Religious Education of One’s Children”, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 187/2014, 187–213.
- Fulchiron H., „The Family Court Judge Taking Religious Convictions into Account: A French and European Perspective”, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 13/2014, 13–35.

Остали извори

- Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.
- Породични закон, *Сл. гласник РС*, бр. 18/05, 72/11 и 6/2015.
- Уредба Владе Републике Србије о организовању и остваривању верске наставе и наставе алтернативног предмета у основној и средњој школи, *Службени гласник РС*, бр. 46/01.
- Закон о црквама и верским заједницама, *Службени гласник РС*, бр. 36/2006.
- Закон о основном образовању и васпитању, *Сл. гласник РС*, бр. 55/2013, 101/2017, 10/2019, 27/2018, 121/2019.
- Закон о основном образовању и васпитању, *Сл. гласник РС*, бр. 129/2021.
- Закон о средњем образовању и васпитању, *Сл. гласник РС*, бр. 55/2013, 101/2017, 27/2018, 6/2020, 52/2021, 129/2021 и 129/2021.
- Закон о основама система образовања и васпитања, *Сл. гласник РС*, бр. 88/2017, 27/2018, 10/2019, 27/2018, 6/2020 и 129/2021.
- Породични закон Црне Горе, *Сл. лист РЦГ*, бр. 1/2007, 53/2016 и 76/2020.
- Обитељски закон, *Народне новине*, бр.103/15, 98/19, 47/20, 49/23.
- Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/1971; *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 9/2003
- Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/03.
- Закон о ратификацији Конвенције УН о правима детета, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/90, *Службени лист СРЈ–Међународни уговори*, бр.4/96, 2/97.
- Универзална декларација о људским правима. Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief (1981), A/RES/36/55, 25 November 1981, <http://www.un.org>

УТИЦАЈ ДРЖАВНО-ПРАВНОГ ПРИЗНАЊА ПРОМЈЕНЕ ПОЛА НА АУТОНОМНО ЦРКВЕНО ЗАКОНОДАВСТВО

Сажетак

Дјеца и млади су се уназад десетак година нашли у једној орканској олуји која их односи у правцу промјене пола као спасоносног рјешењу свих њихових проблема пубертетске доби. Та се пијавица, како статистике кажу, више лијепи на дјевојчице него на дјечаке. Ауторка у свом раду даје упоредноправни приказ државних законодавстава која дозвољавају промјену пола дјеце уз хормонску терапију и блокаторе пубертета, и оних која то не дозвољавају. Након промјене пола у матичној књизи рођених се врши упис промјене. Многе државе су већ увеле могућност да се и без медицинског захвата заинтересовани може пријавити матичару и рећи да жели промјену пола, а овај је то дужан учинити под одређеним условима. Исто тако, неко ко је промјенио пол може опет тражити да се врати у првобитни пол, а матичар је дужан то уписати. У овом раду се анализира утицај уписа промјене пола у матичној књизи рођених на уписе у матице крштених у Српској православној цркви. Како то утиче на аутономно црквено законодавство и да ли је то у противности с темељним учењем Цркве о човјеку као боголиком бићу? Да ли би у том дијелу требало усклађивати државно и црквено законодавство, као што је то у неким државама учињено, или не? Одговор се даје кроз анализу у државних прописа и црквених прописа и њихове практичне примјене.

Кључне ријечи: промјена пола, дјеца, црква, држава, род.

1. Увод

У вријеме претрпаности друштвених мрежа рекламама клиника за промјену пола, од врло агресивног маркетинга, цртаних филмова, сликовница до филмова и осталих простора гдје се крећу људи и дјеца,¹

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, stjepanovic@pravni.ues.rs.ba, zakonopravilo@yandex.com

¹ О штетном утицају популарних телевизијских програма на дјецу, који представља један од непрепознатих видова насиља у породици види више у: С. Стјепановић, „Непрепознати видови насиља у породици”, у: *Приручник „Заштита од*

у виртуелном и у стварном свијету, промовише се родна идеологија. Иако је Нордијско вијеће министара (регионална међувладина корпорација састављена од предсједника Норвешке, Данске, Шведске, Финске и Исланда) укинуло Нордијски родни институт, који је више од четрдесет година за своје радове у васпитању дјеце и омладине у скандинавским земљама црпио пореске обвезнике, родна идеологија, иако научно неутемељена, није нестала са сцене, већ и даље живи и добија све већи замах. Промијенити пол је чаробни штапић који се нуди адолесцентима, и сви проблеми биће ријешени ако се на то одлуче. Оно што се форсира је слободни избор родног идентитета. Разматрање у овом раду неће бити усмјерено на катастрофалне посљедице по будућност човјека и човјечанства и опстанак човјека као људског бића на планети, што би усљед жестоке пропаганде родне дисфорије могло бити крајњи резултат по човјечанство уопште, већ ће, уз кратки осврт на садашњу пропаганду осјећаја родне припадности као промјенљиве категорије која се у многим земљама може и службено постићи пријавом код матичара тога како се поједино лице тренутно осјећа, било као дјевојчица или дјечак, без обзира на године и на спољни тјелесни изглед и државно законодавство које то регулише и како на то треба или може реаговати црква, прије свега Српска православна црква у свом аутономном законодавству. Поћи ћемо од основних одредаба Закона о матичним књигама Републике Србије, о могућности уписа промјене пола у матичне књиге рођених и укратко ћемо изложити историју матица које о стању својих парохијана воде надлежни парохијски свештеници. Пажњу ћемо усмјерити и на ставове Европског суда за људска права о питању уписа промјене пола у матичне књиге у случају Грузије и Румуније.²

насиља у породици” (ур. Станка Стјепановић, Урош Пена, Димитрије Ђеранић), Правни факултет, Источно Сарајево 2021, 21–29. Слично томе, о утицају глобализацијских процеса на промене у брачном праву види: С. Стјепановић, „Глобализација као узрок десекуларизације брачног права”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 76/2017, 413–420.

² Законски признато право на промену пола онемогућено је у пракси, <https://www.golplatform.org/zakonski-priznato-pravo-na-promenu-pola-onemoguceno-u-praksi/>, 12. 8. 2023. У случају А. Д. и други против Грузије (представка бр. 57864/17, 1. 12. 2022.) Европски суд за људска права (ЕСЉП) једногласно је закључио да је дошло до повреде члана 8 (право на поштовање приватног и породичног живота) Европске конвенције за људска права (Конвенција). Подносиоци представке су трансродни мушкарци (жене по рођењу). Случај се тичао њихових притужби да нису успели да добију правно признање свог пола јер нису подвргнути операцији промене пола. У складу са чланом 8 Конвенције, судска пракса ЕСЉП о законском препознавању пола утврдила је да се од држава чланица очекује да обезбеде брзе, транспарентне и доступне процедуре за промену регистрованог пола трансродних особа. ЕСЉП

је приметио да не само да је право на промену пола у матичним књигама у Грузији регулисано законом већ је и тумачено као део уставног права на слободу развоја личности према члану 12 Устава. Међутим, упркос чињеници да такво право постоји у овој земљи од 1998. године, очигледно није било ниједног случаја успешног правног признавања промене пола. ЕСЉП је прихватио да законско признавање пола мора бити шире регулисано како би се заштитио принцип грађанског статуса, конзистентност и поузданост евиденција о грађанском статусу ради потребе за правном сигурношћу. Међутим, док је право на промену пола у евиденцији грађанског статуса постојало у Грузији, закон није јасно назначио услове које треба испунити за правно признавање промене пола. Влада је такође пропустила да се позабави специфичностима питања ЕСЉП у вези са тачним медицинским процедурама потребним за правно признавања промене пола. ЕСЉП је, стога, закључио да домаће право и пракса не пружају никакве индикације тачне природе медицинских процедура које би требало следити. Такође је приметио да је Влада истакла да је израз „промена пола” у Грађанском законнику морао бити процењен на основу „биолошких, физиолошких и/или анатомских критеријума”. Међутим, била је потребна највећа пажња и прецизност када се такви различити термини користе наизменично, јер је сваки од тих појмова имао своје посебно значење и повлачио за собом различите правне импликације. На пример, ако би се „промена пола” дефинисала на основу биолошких критеријума, онда никада не би било могуће добити правно признавање пола, јер количину хромозома нико не може променити медицинском интервенцијом. ЕСЉП је утврдио да су недоследности у тумачењу домаћег закона од стране домаћих судова биле бар делимично условљене чињеницом да сам закон није био довољно детаљан и прецизан. Непрецизност садашњег законодавства подрила је доступност законског признања промене пола у пракси, а недостатак јасног законског оквира оставио је домаћим властима прекомерна дискрециона овлашћења, што би могло довести до произвољних одлука. Према томе, ЕСЉП је закључио да је дошло до повреде члана 8 Конвенције. (Презузето са званичног сајта Европског суда за људска права.) У случају X и Y против Румуније (представке бр. 2145/16 и 20607/16 од 19.1. 2020. године) Европски суд за људска права једногласно је закључио да је дошло до кршења члана 8 (право на поштовање приватног и породичног живота) Европске конвенције о људским правима. Случај се односио на две трансродне особе којима су одбијени захтеви за признавање њиховог родног идентитета и уношење одговарајућих административних промена у јавним регистрима, јер особе које подnose такве захтеве морају да докажу да су биле подвргнуте операцији промене пола. Подносиоци представке су тврдили да је недостатак одговарајућег правног оквира омогућио властима да им наметну додатни услов, хируршку операцију пола, како би се њихови захтеви за правну промену пола уважили. ЕСЉП је на самом почетку приметио да према румунском закону не постоји посебан поступак за поступање по захтевима за правно признавање промене пола. Ипак, у пресуди из 2008. године, Уставни суд Румуније је признао могућност да судови признају промену пола, а грађански судови који се баве захтевима подносилаца представке такође су заузели став да румунско законодавство дозвољава признавање промене пола. ЕСЉП је према томе закључио да је у румунском закону постојала правна основа која омогућава појединцима да покрену поступак ради испитивања суштине њихових захтева у вези са променом пола. Међутим, ЕСЉП је сматрао да је румунски правни оквир за признавање пола

2. Државно законодавство о упису промјене пола

Измјенама и допунама Закона о матичним књигама Републике Србије омогућено је да се промјена пола у матичним књигама изврши и на основу потврде здравствене установе, а сама хируршка интервенција није обавезна и није једини услов за промјену идентитета.³ На основу Закона издан је Правилник о начину издавања и обрасцу потврде надлежне здравствене установе о промјени пола.⁴ Правилником је прописан начин издавања и образац потврде о промјени пола коју издаје надлежна здравствена установа. У члану 2 Правилника одређено је да је потврда о промјени пола јавна исправа, на основу које општинска односно градска управа, односно градска управа Града Београда доноси рјешење на основу којег се уписује чињеница о промјени пола у матичну књигу рођених у коју је уписана чињеница рођења лица које је промијенило пол. Уколико је промјена пола

био нејасан и стога непредвидљив. Када је реч о захтеву да се појединци претходно подвргну операцији промене пола како би им се изменила евиденција о цивилном статусу, ЕСЉП је навео да је из списка, на основу детаљно наведених информација, било јасно да су домаћи судови утврдили да су подносиоци представке трансродне особе. Домаћи судови су посебно могли да утврде да су подносиоци представки били подвргнути хормоналној терапији и да су имали мастектомије. Међутим, домаћи судови су одбили да признају промену пола подносилаца представке на основу тога што у те сврхе подносиоци нису имали операцију гениталија. Судови су заузели став да принцип самоопредељења није био довољан да одобре захтеве подносилаца захтева за промену пола. ЕСЉП је приметио да су национални судови подносиоцима представке, који нису желели да се подвргну операцији промене пола, поставили немогућу дилему: или су морали да се подвргну хируршкој операцији против своје воље – и одрекну се пуног остваривања свог права на поштовање физичког интегритета – или су морали да се одрекну правног признавања свог родног идентитета, што такође спада у оквир поштовања приватног живота. Имајући у виду наведено, ЕСЉП је сматрао да је одбијање домаћих власти да правно признају промену пола подносилаца представке у одсуству операције представљало неоправдано мешање у њихово право на поштовање приватног живота. Стога је дошло до кршења члана 8 Конвенције због недостатка јасног и предвидљивог поступка за правно признавање родног идентитета који омогућава измену назнаке пола, а тиме и имена и дигиталног личног кода особе на званичним документима на брз, транспарентан и доступан начин. Одбијање власти да правно измене промену сексуалног идентитета без хируршког захвата, довело је до кршења Конвенције, <https://www.rolplatform.org/odbijanje-vlasti-da-pravno-izmene-promenu-seksualnog-identiteta-bez-hirurskog-zahvata-dovelo-do-krsenja-konvencije/>, 12. 8. 2023.

³ Закон о изменама и допунама Закона о матичним књигама, *Службени гласник РС*, бр. 47/2018.

⁴ Правилник о начину издавања и обрасцу потврде надлежне здравствене установе о промјени пола *Службени гласник РС*, бр. 103/2018.

извршена у иностранству, онда здравствена установа на основу медицинске документације иностране здравствене установе у којој је извршена промјена пола уписује чињеницу промјене пола, али су потребни и докази о промјени пола. Надлежна здравствена установа потврду о промјени пола доставља надлежном органу који води матичну књигу рођених за лице које је промијенило пол, и то у року од 15 дана од дана окончања поступка промјене пола. Што се тиче уписа података о промјени пола, то је регулисано чланом 6 Правилника, и идентитет лица које је промијенило пол утврђује се на основу личне карте или путне исправе, а остали подаци на основу података из извода из матичне књиге рођених. Потврда о промјени пола издаје се у два примерка, један се чува у надлежној здравственој установи, а други се доставља матичару. Уз Правилник је издат и образац потврде о промјени пола.

На овако измијењен Закон о матичним књигама стављене су примједбе од стране организација за заштиту права трансродних особа које су сматрале да у Србији, као и у многим другим земљама, треба омогућити да се промјене података о промјени пола изражавају само на основу доживљаја свог родног идентитета, без условљавања медицинским процедурама.⁵

Иако сличну одредбу о упису промјене пола имају и матичне књиге Републике Хрватске, одлуком Уставног суда Републике Хрватске утврђено је да без обзира што то не пише у Закону о матичним књигама, лица могу тражити од матичара да им промијени пол без обзира на било какву медицинску интервенцију или хормоналну терапију. То се поклапа са изнесеним мишљењем представника трансродних особа

⁵ С обзиром да су праксе око промјене података у матичним књигама до сада биле различите, па се дешавало да особа мора да оде на преглед код специјалисте за судску медицину, успостављање јасних критеријума јесте корак напред, али ово решење није потпуно, нити у најбољем интересу како трансродних особа, тако ни државе, каже Милан Ђурић из *Gayten-LGBT*. Нису све особе које су заправо другог пола од оног како су рођене у могућности да примају хормонску терапију, нити да иду на операцију. Ако су лична осећања другачија, ако визуелни идентитет те особе не одговара полу наведеном у исправама, она ће и даље бити у правном и егзистенцијалном вакууму. Кад транссексуална особа, рецимо, из мушког пређе у женски пол и оствари се кроз женски идентитет, у многим земљама формално може да промијени документа попут личне карте или возачке дозволе. У Србији, наиме, не постоје прописи који регулишу поступање у таквим ситуацијама. Мушкарац који постаје жена би требало да буде уписан под новим женским именом, новостеченим полом и новим матичним бројем. С новом личном картом и медицинском документацијом треба да се обрати МУП-у у општини гдје живи. Лична документа се у нашим општинама добијају без проблема и поклапају се са онима при рођењу. У Србији се од 2011. године пол мијења о трошку здравственог осигурања. Дневне вести, <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/160119/160119-vest8.html>, 12. 8. 2023.

у Србији, тако да би се могло очекивати да се изврши промјена пола на основу тога што неко донесе личну карту и каже да жели бити друго лице, иако тога нема у Закону о матичним књигама.⁶

3. Црквене матице или протоколи

У својој књизи „Црквена парохиска администрација”, Живан Маринковић дефинисао је црквене матице као нарочите црквене књиге у које парохijski свештеник убиљежава сваку статистичку промјену у животу своје парохије: рођење и крштење, вјенчање и смртни случај.⁷ Сматра се да је на почетку самог настанка хришћанства црква обиљежавала догађаје значајне за живот својих чланова: рођење, брак и смрт, на основу којих су се одређене породичноправне, имовинске обавезе заснивале или се смрћу губиле. Полазећи од доба Византије када је настао однос симфоније између цркве и државе, па све до 1946. године, када је донесен Закон о државним матичним књигама, држава је признавала црквену евиденцију као своју. Доношењем тог закона црквене матице су постале приватна ствар цркве и Свети архијерејски синод Српске православне цркве издао је упутство да ће „Српска Црква и даље за своје потребе водити парохijske матице на начин како их је и до сад водила, јер су оне и до сад служиле првенствено потребама Цркве, њене организације и њене управе, јер су оне по својем поријеклу, по својој намјени и по својој организацији биле и до сад, остају и убудуће искључиво црквена институција”.⁸ Значи, црквене матичне књиге су изгубиле важност пред државним властима. Што се тиче матичних евиденција које је црква водила, значајно је споменути да је на простору Аустроугарске, на којем су живјели Срби, држава

⁶ Финска ће трансродним особама дозволити да промене пол на сопствени захтев и без подвргавања стерилизацији, <https://www.vesti-online.com/finska-ce-dozvoliti-promenu-pola-bez-sterilizacije/>, 12. 8. 2023. Европски суд за људска права пресудио је 2017. године да захтевање стерилизације како би појединци променили пол у свом изводу из матичне књиге рођених представља кршење људских права, пренео је Ројтерс, а навео Тајнуг. Нови закон Финске омогућиће особама старијим од 18 година да легално одреде свој пол путем самоизјашњавања, а има за циљ да ојача заштиту права на самоопредељење и смањи дискриминацију, саопштило је Министарство за социјална питања и здравље. Након што га је фински председник Саули Нинисто ратификовао, нови закон ступиће на снагу 3. априла. Након овога, у Европској унији, још Чешка, Летонија и Румунија тренутно захтевају од појединаца да се подвргну стерилизацији пре законске промене пола, наводи Трансродна Европа (ТГЕУ).

⁷ Ж. Маринковић, *Црквена парохиска администрација*, Архиепископија београдско-карловачка, Београд 1960, 9.

⁸ Одлука бр. 1006 од 10. 4. 1946. објављена у *Гласнику Српске Православне Патријаршије*, бр. 5 за 1946. годину.

1779. године донијела први акт, а 1784. донесена је Наредба о обавезном вођењу матичних књига рођених, вјенчаних и умрлих за све признате вјероисповјести. Законским прописом из 1827. наређено је да се вођење црквених матичних књига обавља тако да један примјерак остаје у цркви, а други у архиви државне администрације. На самој територији Србије је Конзисториј Митрополије Књажевства Српског, 1836. године, одлучио да се при свакој цркви почну водити протоколи крштених, вјенчаних и умрлих. Устав Српске Православне Цркве Краљевине Југославије, који је донесен 1931. године, није детаљније уређивао начин чувања црквених матичних књига.⁹

Законом о државним матичним књигама из 1946. године црквене матице су одвојене од државних. Како је у поменутом закону било одређено да се у црквене матице рођених дијете не смије уписати док претходно није уписано у државну матичну књигу, држава је фактички потпуно неосновано имала утицај на аутономно црквено законодавство. Када је у питању промјена пола која је била доиста ријетка, као што су били ријетки и хермафродити, свештеник је на основу уписа промјене имена у државним матичним књигама вршио промјену уписа и у матицама рођених, али уз потврду о медицинској интервенцији која је била доиста потребна.¹⁰ Ситуација се умногоме

⁹ Ј. Живковић, „Заштита црквених матичних књига у Браничевском округу”, *Годишњак Историјског архива Пожаревац „Записи”* 1/2012, 40.

¹⁰ Потребни су и лицу о коме је реч, које је у време рођења и крштења свакако било хермафродит, тј. имало неодређено изражене гениталије оба пола. Наизглед су биле изражене гениталије женског пола те је женским и сматрано. Но у пубертету, унутрашњим лучењем полних жлезда, показало се да су доминантне гениталије мушког пола, те је то лице, поред женског изгледа, било мушког пола и при рођењу и крштењу, али се то није примећивало. Сада су операцијом само уклоњени облици који су телу давали изглед женског пола. Јасно нам је да је ово лице било иста личност од рођења до операције и остало иста личност и после операције, онако као што иста личност остаје свако нормално људско биће поред свију промена које се с њим свакодневно дешавају, кад од дојенчета постаје младић, па зрео човек, да би у старости постепено престајале поједине функције, међу којима и полне. Па и кад се деси да се неком лицу операцијом одстране цели органи: бубрези, руке, ноге, или гениталије, оперисани свакако остаје и надаље иста личност. Због свега тога сматрам да се над оваквим лицем, без обзира да ли је оно крштено као женско или мушко, па су се доцније изразиле особине другог пола (које су операцијом доведене до одређеног изгледа и функције, а оне друге уклоњене), но оставши иста личност, не треба поново вршити свету тајну крштења, пошто је она над њим као личношћу већ извршена. А као што је познато, тајна крштења, правилно извршена, не понавља се у Православној цркви. Довољно је само, на основу потврде медицинске установе где је операција извршена, у примедби матице крштених увести да је лице постало мушког пола. Исто тако, на основу одлуке грађанске власти о промени имена тога лица, на истом месту треба уписати ново име. У случају да ово

промјенила од 1986. године када је ово упутство давано свештенику. Као што смо у излагању о измјенама Закона о матичним књигама Републике Србије говорили, тежња је да се пол промијени и на основу потврде о хормонској терапији, али и да се упише промјена у матичну књигу на основу властите изјаве како се ко осјећа.

4. Родна идеологија (наука)

Џон Мани, творац појма рода као социјалне категорије, 1950. године, и творац обмањујуће теорије о успјеху социјалног, а не биолошког поимања рода, разоткривен је по неистинама, али је из необјашњивих разлога његова теорија примјењивана у законодавствима већине европских држава.¹¹

лице одлучи да се жени, а има уверење лекара да је за брак способно, може се без сметње брачно испитати и венчати у цркви, пошто се претходно изврше поменуте исправке у матичним књигама.

¹¹ Сурови експеримент над близанцима: једног одгајали као девојчицу и одстранили му полни орган, језиво!, <https://www.espreso.co.rs/svet/planeta/1120425/surovi-eksperiment-nad-blizancima-jednog-su-odgajali-ka-devojcicu-odstranili-mu-penis-svezbog-greske-lekara>, 13. 8. 2023. Неколико месеци касније, психолог и сексолог Џон Мани стао је на пут Рејмеровима. У почетку им се чинило да им је буквално пао са неба. Џон је годинама био укључен у истраживање родног идентитета. У то време било је револуционарно рећи да на људски пол утиче нешто више од биологије. Џон је чак веровао да је до одређене тачке – конкретно до друге године – родни идентитет пластичан, а тада васпитање детета игра кључну улогу у каснијој идентификацији као дечака или девојчице. Случај Бруса је требало то да докаже. Џон Мани је понудио помоћ господину и госпођи Рејмер да трансформишу свог сина у ћерку. И они су пристали. Тада су веровали да је то једино решење за ову ужасну ситуацију. Брус је кастриран, подвргнут пластичној гинеколошкој операцији – формирана му је вагина. Касније је ушао Џон Мани, верујући да ће га лутке, хаљине и хормони које ће почети да узима у тинејџерским годинама учинити девојчицом. Родни идентитет долази из мозга, а не из гениталија, написао је корисник Твитера који је поставио Брусову фотографију у тренутку покушаја његовог одгајања да буде девојчица. Брус је увек осећао да нешто није у реду. Парадоксално, остварило се све што су му лекари прорекли. Осећао се непотпуним, „хендикепираним” и живео је изоловано. Упркос томе што су га преплавили играчкама за „девојчице”, одгајали га у „типичне женске” улоге и давали му хормоне, дете се осећало као дечак. Прву хаљину је поцепао у комадиће, нису га занимале лутке које су му предлагали родитељи, пишкио је стојећи. Окружење је у њему видело и мушке особине, због чега је „Бренда” била исмевана и прогањана. Деца у школи му нису дозвољавала да користи ни мушки ни женски тоалет. Морао је да изађе напоље – присећала се његова мајка Џенет. Као да то није довољно, у експеримент је укључен и други близанац Брајан, као „контролно лице”. Он и његов брат су се редовно појављивали у канцеларији Џона Манија, који је тестирао близанце са све чуднијим и одвратнијим идејама. Пример? Он их је терао да међусобно прегледају тела, као и да симулирају сексуални однос у различитим положајима. То је требало да докаже њихову сек-

Тако је седамдесетих година основан и финансиран Нордијски родни институт (NIKK) од стране Норвешке, Шведске, Данске, Финске и Исланда. Улагани су велики напори и велика средства да се докаже да се може уклонити свака разлика између полова. Ипак, 41 година „рада“ Нордијског родног института неславно је прошла. Урушио ју је комичар Хералд Еиа у свом документарном филму. Он је интервјуисао стручњаке Нордијског родног института, а затим је њихове одговоре однео у Сједињене Америчке Државе и тражио објашњење врхунских научника који су износили резултате истраживања о питању пола и рода. С таквим доказима поново се вратио у Нордијски родни институт, чији су стручњаци остали затечени, а затим је филм, снимљен у склопу серијала *Прање мозга*, допринео да се Нордијски родни институт укине. По филму *Парадокс родне једнакости*, доступном на популарном Јутјуб каналу, родна једнакост на тако ненаучни начин прихваћена више се може сматрати идеологијом, него

суалност. Када су близанци одбили да прате наређења „терапеута“, Џон је постао агресиван. Били су само деца, све се десило када су имали само неколико година... У међувремену, Џон се хвалио резултатима свог рада, али није открио идентитет својих „објеката“. Истраживање је било познато као *Случај Џон/Џоана*. Он их је описао у неколико књига објављених 1970. Хвалио се, на пример, да је Џон, као Џоана, почео да преферира хаљине и да је био много чистији од свог брата. Такође је требало да се поноси својом дугом косом. По мишљењу „власти“, то је указивало да је био у праву. Мани је такође написао да је Џоана обично уринирала седећи, а ако је то чинила стојећи, то је било само зато што је копирала свог брата. Помагала је и у кућним пословима, што њеног брата није занимало. „Упркос одређеним карактеристикама дечака, прилагодила се животу као девојчица“, написао је. Све ово, наравно, није имало правог покрића. Током година, резултати експеримента су цитирани у научним публикацијама и представљени као успех психолога и сексолога, и доказ да је родни идентитет ствар родитељства. Тако је било до 2000. Ове године, Џон Колапинто је објавио књигу у којој је открио целу истину и дао глас особи коју је новац оштетио – Дејвиду Рејмеру. Дејвид је као дете имао самоубилачке мисли, а као тинејџер први пут је покушао да себи одузме живот. Већ је знао ко је, али је био изгубљен и повређен. Није могао да заборави лекаре који су му уништили живот. Да ствар буде гора, Мани је и даље важио за стручњака, а његов експеримент на близанцима је навођен као пример да се дете може обликовати по жељи родитеља: дечака или девојчице. Рејмерови су коначно открили да није само Дејвид повређен, и да се Џонова теорија односи и на другу децу. То је навело Дејвида да наглас проговори о томе шта му је учињено. У почетку је то радио анонимно, али 2000. године, након што је изашла књига Џона Колапинта под насловом „Као што га је природа створила: дечак који је одгајан као девојчица“, Дејвид Рајмер се појавио у емисији *Опре Винфри*. Почетком маја 2004. Дејвид је себи одузео живот. Имао је 38 година. „Мислим да је осећао да нема избора“, рекла је његова мајка Џенет, која је била уверена да би њени синови били живи да није било Манијевог експеримента. Експеримент *Џон/Џоана* описан је као најокрутнији експеримент у историји психологије.

науком. Професор Универзитета *Зигмунд Фројд* у Бечу, неуролог, психијатар и психотерапеут др Рафаел Бонели, тврди да све што је некад било незамисливо и ненормално постаје прихватљиво и нормално.¹²

Јудит Батлер с калифорнијског Универзитета Беркли каже да род није ни каузалан резултат пола, нити је фиксиран као што је пол, он је конструисано стање радикално неовисно о полу, творевина која слободно плута, а има за последицу то да мушкарац и мушкост могу значити како женско тако и мушко тијело, и да жена и женскост могу значити како мушко тако и женско тијело.¹³

5. Закључна разматрања

Црквене матице рођених и крштених, вјенчаних и упокојених су посебне црквене књиге у које надлежни парохијски свештеник убиљежава сваку промјену у животу своје парохије. Српска православна црква води матичну књигу крштених, вјенчаних и упокојених. Црква је још у време свог настанка водила евиденцију својих чланова. Ту треба тражити поријекло црквених матица. Како је црква водила евиденцију о својим члановима, то је касније држава, с повјерењем у цркву, дала признање јавноправне исправе овим црквеним протоколима. Када је 1946. године донесен Закон о државним матичним књигама, те црквене матице постале су приватна ствар цркве. Одлуком Светога архијерејског синода издато је упутство број 1006 од 10. априла 1946. које је објављено у *Гласнику Српске православне патријаршије* број 5 за 1946. годину, у коме је наведено да ће црква за своје потребе и даље водити парохијске матице на начин како их је и досад водила, јер су оне по свом поријеклу, намјени и организацији биле и остају и даље искључиво црквена институција. Доношењем закона 1946. Године, те матице су изгубиле важност пред државном власти. Поставља се питање: ако држава не признаје уписе које врши парохијски свештеник, да ли је парохијски свештеник дужан да врши уписе

¹² Либерална педагогија показује се као потпуно промашена, а психолошки гледано ради се о методама којим се служе педофили. Дјеца се збуњују мноштвом пријевремених и неприкладних информација о сексуалности, због чега постају жртве тих траума и развијају нездрав однос према сексуалности. На крају добијамо затворен круг и спрегу либералних сполних одгоја, ширења сполних болести и сполно развратних и проблематичних појединаца с циљем да све већи дио друштва постаје имун на такве садржаје. Тако поступамо да оно што је заправо некад било незамисливо и ненормално постаје прихватљиво и нормално. Родна идеологија у свијету, <http://istinaoistanbulskoj.info/rodna-ideologija-u-svijetu>, 13. 8. 2023.

¹³ J. Butler, *Gender Trouble: Feminism and the subversion of the identity*, Routledge, New York London 1990.

односно исправке и допуне матица крштених, вјенчаних и умрлих ако је по Закону о матичним књигама из 2019. године неко извршио упис промјене пола у државним матичним књигама? Пошто се измјенама Закона о матичним књигама Републике Србије промјена пола може уписати на основу потврде медицинске установе о једногодишњој хормонској терапији без медицинске интервенције, како треба поступати надлежни свештеник ако му такво лице донесе потврду о промјени пола и да је ту промјену извршило у матичној књизи рођених у којој је записана и промјена имена? Руска православна црква је још прије доношења новог закона у Руској Федерацији, у јулу 2023, у дуго вођеним јавним расправама око доношења закона којим се у државне матичне књиге промјена пола не може уписати, осим из медицинских разлога, јасно изразила становиште да закон треба да јача и штити вриједности, а то је, прије свега, традиционална породица, и да пропагандне појаве које се не сматрају грешним само у православљу већ и у другим религиозним традицијама, подривају основу друштва.¹⁴

¹⁴ „У Русији треба забранити операције промене пола.“, у интервјуу за РИА „Новости“ говорио је председник Синодског одељења за односе између Цркве и друштва и медија, Р. В. Легојда, <https://srpska.pravoslavie.ru/149616.html>, 13. 8. 2023, „Руска православна црква је увек сведочила о томе да пропаганда појава које се не сматрају грешнима само у православљу, већ и у другим религиозним традицијама подрива основе друштва. Закон треба јасно да јача и штити вредности. Ако по нашем уставу вредност представља традиционална породица, недопустиво је агресивно наметање понашања које је негира. Мислим да је приписивање заслуга себи последња ствар коју треба да чинимо. Предстоји нам велики рад на враћању породичних вредности у средиште живота друштва. Прерано је славити победу. ... Шта мислите о операцијама промене пола и о томе да ли су допустиве у Русији? — Колико знам број хермафродита је сасвим незнатан. То су људи који имају и мушке и женске полне особине. Мислим да је таквим људима потребна хируршка помоћ. У осталом су манипулације везане за промену пола елемент наметања *цендерске* идеологије, злочиначки бизнис који унакажава судбине људи, а у последње време и деце. Многи лекари на Западу јавно говоре о томе да услед хормонске корекције пола малолетници не могу да имају децу, односно, једноставно говорећи, бивају стерилисани. Авај, нико их не слуша. Мислим да такве операције у Русији треба да буду забрањене.“ Путин потписао законе: о забрани промене пола, осим из медицинских разлога, и увођењу дигиталне рубље, <https://www.politika.rs/scc/clanak/563237/Putin-potpisao-zakone-o-zabrani-promene-pola-osim-iz-medicinskih-razloga-i-uvodenju-digitalne-rublje>, 13. 8. 2023. Закон забрањује медицинске интервенције, укључујући и употребу лекова усмерених на промену пола, преноси РИА новости. Ово не обухвата поступке који се, одлуком лекарске комисије, односе на „лечење урођених аномалија (малформација), генетских и ендокриних болести повезаних са формирањем гениталних органа код деце.“ Матичне службе ће вршити измене у својој евиденцији само ако постоји лекарско мишљење. Законом је предвиђено да се брак поништава ако један од супружника промени пол. Осим тога, особама које промене пол биће забрањено да усвајају децу. Норме закона не

Српска православна црква је у другачијој ситуацији јер држава Србија нема закон којим се забрањује промјена пола, већ, напротив, свако ко иде на хормоналну терапију може промјенити пол. И држава Грузија стоји уз цркву, што се види из критика које се држави упућују.¹⁵ О штетности хормоналних терапија јавно су се изјаснили медицинска наука и гувернер Флориде.¹⁶ Из расправа о заштити трансродних

важе ретроактивно, то јест, не односе се на оне који су променили пол пре његовог ступања на снагу. Како је током расправе о предлогу закона у Комитету за социјалну политику Савета Федерације изјавила заменица министра здравља Јевгенија Котова, документ не крши уставна права грађана. Према њеним речима, од 2018. до 2022. године, у матичним службама регистровано је око 2.000 уписа промене пола.

¹⁵ Црква као доминантан фактор у друштву Непријатељство Грузије према LGBTQ+ заједници произлази из контрадикција између два стуба грузијског националног идентитета: цркве и државе.

Када је странка Уједињеног националног покрета (УНМ) дошла на власт након „Револуције ружа” 2003. године, обећала је да ће преокренути стагнирајућу совјетску политичку економију и културу увођењем широко распрострањених неолибералних реформи, пројеката модернизације које води Влада и ближих веза с НАТО-ом и ЕУ. Али жељени помак УНМ-а према западно оријентисаном националном идентитету био је у супротности с православним традиционализмом. Огромних 87 посто становништва изјашњава се као православно, а цркви – која сматра хомосексуалност неморалном, неприкладном и увредом Божјег плана за човечанство – верује се много више него влади. Грузија још увијек не признаје истосполне везе, при чему су и брак и грађанске заједнице резервисани само за хетеросексуалне парове, преноси *Opendemocracy.net*. Иако је анкета из 2019. године Националног демократског института са сједиштем у САД показала да су се ставови јавности према ЛГБТ особама у Грузији побољшали за четири посто, обновљена стратегија људских права 2023–2030. коју је недавно усвојила грузијска влада, открива да је посвећеност „борби против дискриминације на основа сексуалне оријентације или родног идентитета” уклоњена. Како конзервативна Грузија гледа на трансродне особе, <https://transserbia.org/trans/transrodnost/2138-kako-konzervativna-gruzija-gleda-na-transrodnost-oseb>, 13. 8. 2023.

¹⁶ Де Сантис потписао закон о забрани хормонске терапије за трансродне малолетнике, <https://www.politika.rs/scc/clanak/553147/De-Santis-potpisao-zakon-o-zabrani-hormonske-terapije-za-transrodnost-maloletnike>, 13. 8. 2023. Гувернер Флориде Рон Де Сантис данас је потписао закон којим се забрањује употреба блокатора пубертета и хормонска терапија за младе трансродне особе. „Ово ће трајно ставити ван закона сакаћење малолетника”, рекао је Де Сантис приликом потписивања закона, наводи Ројтерс. Он је истакао да је погрешно мењати пол малолетника и давати им блокаторе пубертета, јер су то неповратни процеси. „Мислимо да је то веома погрешно”, поручио је републикански гувернер. Новим законом и пунолетне трансродне особе на Флориди морају да имају писану дозволу Одбора за медицину и Одбора за остеопатску медицину за операцију промене пола. Поред тога, судови на Флориди добијају надлежност у биткама за старатељство над трансродном децом, уколико се један родитељ противи третману који се над дететом спроводи ван савезне државе уз подршку другог родитеља. Светска професионална асоцијација за трансродно здравље (*WPATH*) критиковала је предлог закона, противећи се меша-

лица може се наслутити да ће следећи корак бити тражење промјене закона, као што је то већ учинила Шпанија, законом из 2022. године, и већина чланица Европске уније, гдје је дозвољено промјенити пол и оним лицима која нису имала никакву медицинску интервенцију, него се тако осјећају тренутно, а ако се слједећи пут буду осјећала другачије, могу опет промијенити пол.

Давне 1986. године, у књижици под насловом „Да нам буду јаснија нека питања наше вјере”, на питање о крштењу лица које је хируршком интервенцијом промијенило пол одговорило се кроз анализу крштења, спасења човјека. Заузето је становиште да су сви дарови крштења, несумњиво, једнако потребни сваком људском бићу и уколико су операцијом уклоњени облици који су тијелу давали изглед женског пола, јасно је да је ово лице иста личност и послије операције и због тога, на основу потврде медицинске установе гдје је операција извршена, треба у примједби у матице крштених увести да је лице постало мушког пола. На основу одлуке грађанске власти о промјени пола тог лица на истом мјесту треба уписати његово ново име. Од 1986. године до данас настале су велике промјене у државним прописима у погледу могућности уписа промјене пола. Промјена пола постала је велики бизнис клиника, које су почеле да ничу на све стране. Друштвене мреже препуне су реклама о безболном рјешавању свих проблема дјецe и адолесцената промјеном пола. Врши се потпуно збуњивање дјецe којима се у вртићима и школама говори о сексуалном васпитању, проводе се *свич џендер* дани у којима се дјевојчице облаче као дечаци, а мушкарци као жене. Портали организација које се боре за традиционалне породичне вриједности су препуни детаља о штетним, пропагандним утицајима тзв. родне идеологије. Нарочито се препоручује у трагичној ситуацији за традиционалну породицу хумористички филм једног новинара, хумористе, који је срушио нордијски институт који је готово пола вијека трпио пореске обвезнике у скандинавским земљама. *Хјерневаск* („Прање мозга”), а посебно филм „Парадокс родне једнакости”, показали су да родна теорија по којој мушкарци у патријархалним срединама постају мушко, а жене женско само зато што су тако васпитани не доноси друштву ништа добро. Борци за традиционалне вриједности сматрају да је родна идеологија филмом једног хумористе срушена, али она ипак живи и дјелује путем државних аката и пресуда Европског суда за људска права о повреди члана 8 Европске конвенције.

њу владе у однос лекара и пацијента. „Овим законом се здравственим радницима прети кривичним казнама само зато што раде свој посао”, навели су из (*WPATH*), преноси Танјуг.

Све чешће се користе ријеч „оно” уместо „он” или „она”. Резултат је у појединим земљама такав да у адолесцентском добу више од половине испитаника изјављује да је бисексуално. Неке државе, као Британија и Норвешка, омогућиле су промјену пола у дјечјој доби. Колико је црква дужна пратити државу у све већој популаризацији сакаћења и уништавања младих? И да ли треба учествовати у рјешавању питања родне дисфорије како се у савременој психијатрији говори о промјени пола Ни одлуке Европског суда за људска права у вези с тачним медицинским процедурама потребним за правно признање промјене пола не би требало да имају утицај на црквене матице које води надлежни парохијски свештеник. Одлуке Европског суда за људска права имају предност над домаћим законодавством и односе се на државу. По нашем мишљењу, држава је одступањем од признања само за промјене пола хермафродита, којих је доиста врло мали број у свијету, а исто тако и код нас, могла извршавати промјену на основу потврде о промјени пола коју издаје здравствена установа, а што је регулисано Правилником о начину издавања и обрасцу потврде надлежне здравствене установе о промјени пола. Нарочити проблем може представљати смрт лица које је именом крштено као припадник једног пола, а није тражило никакву медицинску интервенцију, него је једноставно пошло да подражава други пол и умрло. Како ће га свештеник уписати у матицу умрлих? Може се сматрати да би једино могао да га сахрани под ранијим именом и ранијим полом, јер црква своје аутономно законодавство не може усклађивати са државним законодавством и у овом подручју промјене пола. Потврда надлежне здравствене установе могла би имати значај ако се изричито каже да је у питању хермафродит, а не лице, које ето тако, као што их има, и сад је модерно, врши разне операције како би постало бесполни ванземаљац.

С обзиром на то да је у нашој држави црква одвојена од државе и да има своје аутономно законодавство, у овом подручју не би се требало кретати мимо тога што би нарушавало основне постулате хришћанске вјере. Најважнији пропис ког се Српска православна црква у својим поступцима треба држати је Библија. Она не говори о више полова, већ само о томе да створи их Бог, мушко и женско. И само образложење, у овом раду навођене одлуке Европског суда за људска права, указује на то да је биолошки немогуће промијенити пол, с обзиром на то што се количина хромозома не може измијенити никаквом медицинском интервенцијом. Однос црквеног и државног законодавства о упису промјене пола у одговарајуће регистре дошао је у

две паралелне равни којима се више не могу наћи тачке преклапања, јер би одустајањем од свог аутономног законодавства Црква престала бити Црква, и по свом учењу и по организацији.

Stanka Stjepanović

Full Professor, Faculty of Law, University of East Sarajevo

THE INFLUENCE OF STATE-LEGAL RECOGNITION OF GENDER CHANGE ON AUTONOMOUS CHURCH LEGISLATION

Summary

It is biologically impossible to change sex, considering that the number of chromosomes cannot be changed by any medical intervention. The relationship between church and state legislation on the registration of gender change in the respective registers has come to two parallel planes where common overlapping points can no longer be found, because by giving up its autonomous legislation, the Church would cease to be a Church in terms of its teaching and organization.

Keywords: gender change, children, church, state, gender.

РЕФЕРЕНЦЕ

Монографије, чланци

Butler, J., *Gender Trouble: Feminism and the subversion of the identity*, Routledge, New York– London 1990.

Живковић, Ј., „Заштита црквених матичних књига у Браничевском округу”, *Годишњак Историјског архива Пожаревац „Записи”* 1/2012, 40–49.

Маринковић, Ж., *Црквена парохиска администрација*, Архиепископија београдско-карловачка, Београд 1960.

Стјепановић, С., „Непрепознати видови насиља у породици”, у: *Приручник „Заштита од насиља у породици”*, (ур. Станка Стјепановић, Урош Пена, Димитрије Ђеранић) Правни факултет, Источно Сарајево 2021, 21–29.

Стјепановић, С., „Глобализација као узрок десекуларизације брачног права”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 76/2017, 413–420.

Остали извори

- Закон о државним матичним књигама, *Службени лист ФНРЈ*, 1946.
- Закон о изменама и допунама Закона о матичним књигама, *Службени гласник РС*, бр. 47/2018.
- Одлука Светог архијерејског Синода Српске православне цркве, бр. 1006 од 10. 4. 1946, *Гласник Српске православне патријаршије*, бр. 5 за 1946. годину.
- Одлука Европског суда за људска права. Случај А. Д. и остали против Грузије, представка бр. 57864/17, 1. 12. 2022.
- Одлука Европског суда за људска права. Случај Х и У против Румуније, представка бр. 2145/16 и 20607/16 од 19. 1. 2020.
- Правилник о начину издавања и обрасцу потврде надлежне здравствене установе о промјени пола, *Службени гласник РС*, бр. 103/2018.
- Де Сантис потписао закон о забрани хормонске терапије за трансродне малолетнике, <https://www.politika.rs/scc/clanak/553147/De-Santis-potpisao-zakon-o-zabrani-hormonske-terapije-za-transrodne-maloletnike>, 13. 8. 2023.
- Дневне вести, <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/160119/160119-vest8.html>, 12. 8. 2023.
- Законски признато право на промену пола онемогућено у пракси, <https://www.rolplatform.org/zakonski-priznato-pravo-na-promenu-pola-onemoguceno-u-praksi/>, 12. 8. 2023.
- Одбијање власти да правно измене промену сексуалног идентитета без хируршког захвата довело до кршења Конвенције, <https://www.rolplatform.org/odbijanje-vlasti-da-pravno-izmene-promenu-seksualnog-identiteta-bez-hirurskog-zahvata-dovelo-dokrsenja-konvencije/>, 12. 8. 2023.
- Путин потписао законе: о забрани промене пола, осим из медицинских разлога, и увођењу дигиталне рубље, <https://www.politika.rs/scc/clanak/563237/Putin-potpisao-zakone-o-zabrani-promene-pola-osim-iz-medicinskih-razloga-i-uvodenju-digitalne-rublje>, 13. 8. 2023.
- Родна идеологија у свијету, <http://istinaoistanbulskoj.info/rodna-ideologija-u-svijetu>, 13. 8. 2023.

- Сурови експеримент над близанцима: једног одгајали као девојчицу и одстранили му полни орган, језиво!, <https://www.espreso.co.rs/svet/planeta/1120425/surovi-eksperiment-nad-blizancima-jednog-su-odgajali-ka-devijcicu-odstranili-mu-penis-sve-zbog-greske-lekara>, 13. 8. 2023.
- У Русији треба забранити операције промене пола, <https://srpska.pravoslavie.ru/149616.html>, 13. 8. 2023.
- Финска ће дозволити трансродним особама да промене пол на сопствени захтев и без подвргавања стерилизацији, <https://www.vesti-online.com/finska-ce-dozvoliti-promenu-pola-bez-sterilizacije/>, 12. 8. 2023.

THE INFLUENCE OF THE CRISIS OF RELIGION ON THE WEAKENING OF PATRIARCHAL FAMILY***

Summary

Christians today have three opposing views on the biblical relationship between husband and wife. Those views range from Christian egalitarianism, which the New Testament interprets as a doctrine of complete equality of responsibility between men and women in marriage, to a call for a “return to complete patriarchy” in which relations are based on male domination and their authority in marriage. Whether patriarchal and religiously supported relations have led to the inferior position of women and the inadequate position of children in family relations of traditional patriarchal family, in which negative events within the family are hidden from the outside world, is always a topical question. On the other hand, some early church fathers valued family less, and celibacy and freedom from family ties were considered a more desirable choice. Deviation from traditional values, understandings, norms and reformism of modernists have significantly influenced the patriarchal family, the understanding of family relations and the institution of marriage. In the first part, the paper will provide a historical –theoretical view of the relationship between the church and the state, as well as a comparative overview of this relationship. In the second part of the paper, the emphasis will be on the concept of marriage in the world’s major religions, and on the, perhaps, the biggest challenge, which a patriarchal family has been facing with, which is reflected in the legalisation of same –sex marriages. By overturning the ruling in the case of Roe v. Wade, which legalized abortion almost 50 years ago, on 24 June 2022, by the decision in the case of Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, No. 19 –1392,

* PhD, Senior Research Associate, Institute of Comparative Law in Belgrade, a.covic@iup.rs

** PhD, Senior Research Associate, Institute of Comparative Law in Belgrade, o.nikolic@iup.rs

***This article was written as a result of the financing of the scientific research work of the Institute of Comparative Law by the Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia, according to the Agreement on the Implementation and Financing of Scientific Research Work of the NIO in 2023 (registration number: 451–03–47/2023–01/200049 from February 3, 2023).

597 U.S. (2022), jurisdiction was transferred from the federal level of the US to the jurisdiction of the states. How much influence did religion have in that case and what have been the consequences of the latest decision by the Supreme Court of the United States?

Keywords: religion, church and state, marriage, patriarchy, abortion, same-sex marriage, *Roe v. Wade*, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*.

1. Introductory Remarks

In terms of customs and tradition, marriage has evolved into a law-governed social institution that regulates the relationship between two (monogamous marriage) or more people (polygamous marriage), whose goal is to live together and raise offspring, and the reasons for its conclusion can be legal, social, emotional, financial, spiritual, and religious.¹ Although the choice of a spouse can be influenced by gender, socially-defined incest-related rules, established marriage rules, parental choice and individual desire, it can be argued that religions have exerted the most profound influence on the historical position of women, their status in marriage, and their limited participation in social life, due to the fact that a certain form of discrimination against them has been present in all religious writings.² Today, the importance of traditional marriage is waning, while divorces and extramarital unions are becoming socially acceptable, which has led to changes in the demographic structure of marriage.

Depending on whether they are concluded by a secular or a spiritual (religious) authority, there is a difference between a civil and a church marriage. In secular countries, a religious wedding must be separated from a civil one, so the spouses are obliged to conclude the marriage before the registrar, while they can approach the religious ceremony based on their religious beliefs and tradition.³ Bebel calls marriage “a selling of a woman into matrimonial prostitution, with the blessing of the law and the church, in order to find a breadwinner for her”, while Plutarch states “that Romans do not marry for the sake of an heir, but for inheritance.”⁴ Some priests in the Middle Ages

¹ A. Čović, *Porodičnopravni aspekti verskih brakova*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020, 13.

² *Ibid.*

³ In some countries, a priest has the status of a civil servant, and the civil character of the wedding pertains to a record of the marriage in the secular registers. In European countries, the relationship between the church marriage law and the state marriage law differs, depending on the influence of the church and its relationship with the state. (For more on that, see *Ibid.*, 143–154).

⁴ D. Smiljanić, *Brak kroz istoriju*, Narodna knjiga, Beograd 1955, 19–20.

had quite interesting views on marriage, especially for that time: for instance, in 1552, Luther stated in his book *On Married Life* that he, as a priest, was in favour of civil marriage and against priestly celibacy, and that faith should not meddle with a natural matter such as marriage, which can be concluded even between people of different faiths.⁵ He contended that the state authority alone had the right to prescribe the conditions for the conclusion and termination of marriage, the sacramental character of which he completely denied.

The right to family planning is not explicitly guaranteed by any international document.⁶ In current international legislation pertaining to this area, a significant document is the Resolution of the European Parliament, which stipulates that discrimination based on sexual orientation is prohibited (Art. 6), while all member states are invited to guarantee single-parent families, unmarried couples, and same-sex couples, the same rights guaranteed to traditional couples, and to submit amendments to existing laws pertaining to registering same-sex couples.⁷ Article 7 of the Charter of Fundamental Rights in the European Union guarantees the protection of private and family life, while Article 9 guarantees the right to marry and start a family.⁸ The EU Charter prohibits discrimination on the basis of sexual orientation (Art. 21) or religion (Art. 21/1). On the other hand, the European Convention prohibits discrimination based on religion in Article 14, but does not mention discrimination based on sexual orientation.⁹

Article 62 of the Constitution of the Republic of Serbia establishes the right to freely decide on the conclusion and termination of marriage, based on freely given consent of a man and a woman before a state authority.¹⁰ Article 63 of the Constitution of the Republic of Serbia establishes “the

⁵ *Ibid.*, 54.

⁶ The basis for its preservation may be found in Article 23 of the International Covenant on Civil and Political Rights (special protection of the family and the child), Article 12 of the European Convention on Human Rights (the right to marriage), and Article 16 of the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (the obligation of states to ensure the equality of men and women in terms of family planning). The European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms from 1950 in Article 8 guarantees the protection of private and family life, which is a concept broader than that of marriage. It also includes relationships between extramarital partners and their children, relationships between same-sex couples, and transsexual relationships. Article 12 guarantees the protection of the right to marry and start a family for persons of different sexes, who have reached a certain age, although the jurisprudence of the European Court of Human Rights has shown that the traditional family is not the only one protected in this manner.

⁷ European Parliament Resolution No. A5 –0050/2000 of 16 March 2000.

⁸ Charter of Fundamental Rights in the European Union, 2000/C 364/01.

⁹ European Convention on Human Rights, European Council, 1950.

¹⁰ Ustav Republike Srbije, Službeni glasnik RS, 96/2006, 115/2021.

right of everyone to decide on the birth of children”, which is a novelty in comparison to the wording from Article 27 of the previous constitution, which has established the right of a person to freely decide on the birth of children.¹¹ That vague and broad wording gives the possibility to the state, the church, and social groups, which are in favour of banning abortion, to make decisions on procreation. According to the Family Law, marriage is concluded before the registrar, while Article 5 of the Family Law states that a woman is free to decide whether to procreate or not.¹²

Some authors believe that “patriarchal and religiously justified relations have led to the inferior position of women and the inadequate position of children” within the traditional patriarchal family, in which all negative events are hidden from the outside world, due to the dominance of men.¹³ Today, there are ongoing changes that are a consequence of understanding the necessity of protecting human rights, especially the rights of women and children in family relationships, which results in a kind of humanisation of rights. On the other hand, the latest decision of the US Supreme Court, which overturned the ruling in the case of *Roe v. Wade*, threatens to endanger previously achieved guaranteed level of human rights, while introducing deep divisions into American society and beyond.

2. The State –Church Relationship

The relationship between the state and the church has always been of indubitable importance both for the government and for religious communities, as well as for society in general. The relationship has been undergoing a constant change throughout history, from the time when the church authorities imposed increasingly more important state decisions on the secular, until today, when those two authorities, in some countries, are completely separated and the church is placed on the same level with other organizations existing in society.

In a large number of countries, the church is completely or partially separated from state power, and its role lies exclusively in the domain of religious rights and affairs. To a varying degree, there is a constant and unbroken antagonism between the church and the state where Church regularly appears as a kind of opposition to all social arrangements and all state policies.¹⁴ In

¹¹ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, 1/1990.

¹² Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, 18/2005, 72/2011, 6/2015.

¹³ M. Počuča, N. Šarkić, *Porodično parvo i porodičnopravna zaštita*, Pravni fakultet Univerziteta Union, JP Službeni glasnik, Beograd 2014, 20.

¹⁴ A. Đakovac, „Crkva, država i politika”, u: *Crkva u pluralističkom društvu* (ur. Jelena Jablanov Maksimović, Andrijana Krstić), Konrad Adenauer, Beograd 2009, 13.

some countries, secularism is emphasized as a constitutional principle, while in others a certain religion has the status of the state religion, that is, a certain church has the status of the state church, which automatically puts other churches in a subordinate position, while in some countries all or most religions have equal status, implying the same rights and obligations, the same financial and tax benefits, etc. The reason for such legal and social diversity, regarding the freedom of religion, is to be found in historical heritage, local tradition, and the development of multicultural society.¹⁵

The relationship between the state and religion, in which religion is completely separated from the public authority and represents the private matter of the individual, is most commonly called secularization (the root of which comes from the word *saeculum*, which originally meant a lifetime – a human age, while in the time of Emperor Augustus it acquired the meaning of a worldly age and, later, of something related to profane life, something that has nothing to do with religion, that stands in stark contrast to it). In political theory, secularization implies the retreat of religion into religious institutions, in the so-called private rights of people. From a religious point of view, secularization has multiple connotations: 1) an increased loss of the relevance of religion; 2) suppression of church authority from the domain of secular authority; 3) disinheritance and diminishment of Christian achievements in modern secular society; 4) the demythologising of faith and the “spiritualisation of the world”; 5) a loss of faith in general population.¹⁶

Secularism can also be seen as a political philosophy that defines the relationship between religion and the state with the stress on their separation. Most often, the highest legal acts of a state regulate the very relationship between the state and the church, whereas laws and other acts elaborate in more detail the relationships, activities, and other important matters for religious communities. In such countries, the state does not interfere in the matters of religion, just as churches are not allowed to meddle in state affairs. In any case, in liberal regimes, freedom of belief and religion is guaranteed by the constitution, whether the state is secular or not.

2.1. The Historical –Theoretical View of the State –Church Relationship

Some of the earliest considerations of the need to separate church from the secular government are certainly those of the famous philosopher John Locke. In his work *A Letter Concerning Toleration* from 1689,

¹⁵ O. Nikolić, „Sloboda veroispovesti u Ujedinjenom Kraljevstvu”, *Strani pravni život* 1/2015, 71.

¹⁶ M. Pisek, *Crkva i država. Procesi (de)sekularizacije*, GEA EKK, Zagreb 2014, 54.

he repeatedly emphasised the necessity of separating the secular and the spiritual authorities. Thus, he claims that the role of government and religion are essentially completely separate, because “the task of government is to care for civil interests such as property, material security, and protection and the task of religion is to care for the interests of the soul.”¹⁷ Judges, none of whom appointed by God, cannot rightly demand that citizens leave the control or care of their souls to any earthly authority. The attempt by state authorities to stifle the freedom of conscience through state oppression is an abuse of power that may lead to civil unrest and instability. For all those reasons, it is important for government and religion to work independently of each other, while respecting religious tolerance.

It is essential to stress the contribution made by Thomas Jefferson and James Madison concerning the separation of church and state power. Following the American Revolution, the state of Virginia was the most prominent place of the debate over the separation of church and state. Thomas Jefferson drafted his Virginia Statute for Religious Freedom under the strong influence of Locke’s philosophy. It took nine years after Jefferson’s proposition of the bill for it to gain enough support to be passed into a law (originally proposed in 1777, the bill was not passed until 1786), with strong support from Madison.¹⁸ Although the separation of church and the state is not explicitly mentioned anywhere in his 1802. letter to the Danbury Baptist association in Connecticut, Jefferson wrote about the “wall of separation” in terms of the relationship between the state and church. The principle of separation of church from the state represents a high and insurmountable wall” between those institutions, where one does not participate in the activities of the other: that means in particular that there is a number of prohibitions on the part of the state, while religious institutions and their representatives can express their opinions on moral and moral-political, and even purely political issues, but those opinions have the character of private opinions, as in the system of separation of church from the state, the former has the character of a private association. In the First Amendment to the Constitution of the United States of America, it is said that Congress shall not establish a state religion, which has made it the first constitution that recognizes the principle of separation of state and church. Regarding that, in the system of separation of church and state, the former has the character of a private association.

¹⁷ J. Locke, *A Letter Concerning Toleration*, Prometheus Books, Amherst 1689, 9.

¹⁸ For more information on the matter, see: *The Separation of Church and State: Writings on a Fundamental Freedom by America’s Founders* (ed. Forrest Church), Beacon Press, Boston 2004.

The abolition of the state religion was declared in France in 1789, but it was not until the laws of 1905¹⁹ that a secular²⁰ state was officially declared. Secularism is sometimes a way to prevent religion from playing a political role and to be a divisive factor for religious pluralism. However, it is a way of fighting against religion by way of banning all religious teaching. That second hypothesis was valid in 1905.²¹

2.2. *A Comparative Overview of the State – Church Relationship*

The relationship between state and church power is regulated in different ways in the highest legal acts of European countries, starting from those defining the state church to those where a strict separation of the state and church has been implemented in the sense of secularism. Between those extremes, we can find all the other countries, where the relationship between the state and church is regulated in various ways, through contractual relations or state legal acts, and where there is a separation with elements of a relationship and joint work.²²

In legal science, there is a large number of various types of systems of state–church relations, although, to be fair, without no drastic differences, and on this occasion, only a handful of the most relevant models will be mentioned. According to Gerhard Robbers, we have three basic types of state–church law systems:

“The first basic type is characterised by the existence of a state religion or predominant religion. In this system, there are close links between state power and the existence of religious institutions. The systems of England, Denmark, Greece, Malta, and Finland belong to this basic category. On the other hand, there are systems founded on the idea of a strict separation of state and religious organizations, for instance, in the US, in France, with the exception of the three eastern departments and some other regions, and also in the Netherlands. There is, to a great extent, a legal separation in Ireland, too. The third type features the basic separation of state and

¹⁹ For more information on the matter, see V. Đurić, „Sloboda veroispovesti i pravni subjektivitet crkava i verskih zajedica u evropskim zemljama”, *Strani pravni život* 1/2012, 36, 40–42.

²⁰ For more information on the matter, see V. Marković, „Pojam sekularnosti – istorijski, pravni i aksiološko–etimološki aspekti”, *Bogoslovlje* 2/2020, 103–126.

²¹ D. G. Lavroff, „Les tendances actuelles dans les relations entre l’État et la religion”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 8/2004, 324.

²² O. Nikolić, „Odnos države i crkve u Evropskoj uniji”, u: *Državno–crkveno pravo kroz vekove* (ur. Vladimir Čolović *et al.*), Institut za uporedno pravo, Pravoslavna Mitropolija crnogorsko-primorska, Beograd 2019, 474.

religions, while simultaneously recognising a multitude of common tasks, in the fulfilment of which state and religious organisations activity are linked: Belgium, Poland, Spain, Italy, Hungary, Austria, the Baltic States, and Portugal belong to this group.”²³

According to Professor Ferrari, the traditional classification of state–church relations in Western Europe, meaning the concordat system, the system of a national church and the system of separation of state and church, is outdated and is based more on formal side of those relations and to a lesser degree on the content.²⁴ Classic examples of the concordat system are Italy, Germany, and Spain (even though secularism was proclaimed by the 1978 Constitution), as their relationship with religious communities is based on the concordat with the Roman Catholic Church and various state–church agreements with other religious communities. The national church system is represented in the United Kingdom, Denmark, Iceland, Sweden, Greece, etc., with these countries having a so-called national church, which enjoys a more favourable treatment than other church communities. Those privileges exist in the field of religious teaching, the presence of religious officials in hospitals, the army, and the like, whereas the state’s influence exists in relation to the control of the church itself, and in some cases even in the appointment of religious dignitaries. The system of separation between church and state is certainly the most conspicuous in France, but it is also present in other countries such as Ireland, Belgium, Holland, etc. It is certain that the system of separation of state and church is not as rigid as in earlier periods. For example, the Catholic Church in Ireland, despite not having a signed concordat with the state authorities, enjoys, perhaps, a more privileged position than a church in the concordat system.

A large number of post-communist countries have concluded concordats with the Vatican in a short time (Slovenia, Croatia, Hungary, Latvia, etc.), even though those countries officially belong to the system where, according to the Constitution, state and church are separated. That only confirms Ferrari’s idea of the obsolescence of that particular model of state-church relations, as it is increasingly difficult to find a state in which any of those three systems of state-church government relations are truly represented.

²³ G. Robbers, „Država i crkva u Evropskoj uniji”, u: *Država i crkva u Evropskoj uniji*. (ur. Gerhard Robbers), Pravoslavni bogoslovski fakultet Univerziteta u Beogradu, Institut za teološka istraživanja, Beograd 2012, 9–16.

²⁴ S. Ferrari, “The Emerging Pattern of Church and State in Wester Europe. The Italian Model”, *BYU Law Review* 2/1995, 421.

Maurice Barbier takes constitutional separation of church and state as a measure of the division of certain European states into secular (France), quasi-secular (Italy, Spain, and Portugal), semi-secular (Belgium, Germany, Ireland, Luxembourg, and the Netherlands) and non-secular one (Denmark, England, and Greece).²⁵

Rick Torfs observes the relationship between the state and church from the financial point of view, that is, in relation to the share of state support for church communities, resulting in three different systems: 1. Direct and immediate financial assistance provided by the state, with Greece being an example; 2. Some kind of financial framework, where churches have financial assistance from the taxes collected either by the state itself or by the church, which is the model present in Germany, Italy and some other countries; 3. Indirect financial assistance, regardless of the separation of state and church, primarily in France.²⁶

Francesco Margiotta Broglio understands the state–church relations as: a) relations of subordination, that is, subservience (where the church authority is under the influence of the state authority, and is often called the national or state church), b) relations of separation (where church and the state are strictly separated), and c) coordination relations (often called a hybrid model or the model of cooperation between the state and church). Such models never appear in their pure form, but are always modified in reality.²⁷

3. Marriage in the World Religions

The Holy Scriptures of the Old Testament speak of the marriage in paradise and the marriage following the original sin, and the relationship between husband and wife is illustrated in the Bible by the relationship between Christ and the Church. It is pointed out that marriage was created by God, who joined “male and female” together (Genesis 1:27), for lifetime (“let no man separate”) and in the monogamous manner (“a man and his wife”).²⁸ With the passing of the Edict of Milan, the principle of faith in marriage was emphasised. From the earliest days of the Christian

²⁵ M. Barbier, *La laïcité*, L'Harmattan, Paris 1995, 171–200.

²⁶ R. Torfs, “Should Churches Be Subsidized? Different models. Some Perspectives”, in: *The Role of the Churches in the Renewing Societies* (ed. Reinder Bruinsma), Budapest 1997, 45–53.

²⁷ F. M. Broglio, C. Mirabelli, F. Onida, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Il Mulino, Bologna 1997, 122.

²⁸ *Biblija: Sveto pismo Staroga i Novoga zavjeta* (prevod: Đura Daničić, Komisija Svetog arhijerejskog sinoda Srpske pravoslavne crkve), Sveti arhijerejski sinod Srpske pravoslavne crkve, Beograd 2020, 10.

faith, Christians have respected marriage, or holy matrimony, as a divinely blessed, lifelong, monogamous union between a man and a woman. Jesus replaced the Mosaic Law allowing divorce with his teaching that “...whoever divorces his wife for any reason except sexual immorality causes her to commit adultery; and whoever marries a woman who is divorced commits adultery”. (Mt. 5:32) (Mk. 10:11) (Lk. 16:18).²⁹

From the aspect of state law, marriage is the result of social and economic factors. On the other hand, church sees in it a remnant of heaven on earth, i.e. a divine institution, an ecclesiastical and supernatural institution between a woman and a man, which precedes all other organizations and helps man to maintain the harmony between reason and emotions (“Nevertheless, neither is man independent of woman, nor woman independent of man, in the Lord. For as woman came from man, even so man also comes through woman; but all things are from God.” – I Cor. 11, 11–12).³⁰ It is stated that civil legislation cannot regulate the essence of marriage, and that the moral–religious side should be left to the church. Christian marriage is a “union of husband and wife in heart, body, and mind is intended by God for their mutual joy; for the help and comfort given one another in prosperity and adversity; and, when it is God’s will, for the procreation of children and their nurture in the knowledge and love of the Lord.”³¹

In the Holy Scriptures of the Old and New Testaments, there is not a single mention of any obligatory form for entering into marriage, while toward the end of the 9th century, in 893, church blessing became the only form of entering into marriage, thanks to the 89th novel (‘new law’) of Emperor Leo VI the Wise.³² Today, all Christian denominations consider marriage a sacred institution. Roman Catholics consider it a sacrament and it was officially recognized as such at the Council of Verona in 1184.³³ Despite having been created mutually different, man and woman complement each other, and the marriage of baptized Christians is one of the seven Roman Catholic sacraments.³⁴ All Protestant confessions believe that God ordained marriage for the union of a man and a woman for the

²⁹ *Ibid.*, 1203, 1253, 1293.

³⁰ B. Cisarž, *Crkveno pravo II (Bračno pravo i crkveno sudski postupak Srpske pravoslavne crkve)*, Kosmos, Beograd 1973, 9–11. According to: A. Čović, 27.

³¹ See “Celebration and Blessing of a Marriage: Concerning the Service”. The Online Book of Common Prayer. Church Hymnal Corporation, New York City (The Episcopal Church), <https://www.bcponline.org> 7. 7. 2023.

³² B. Cisarž, 32–33.

³³ “Christian Views On Marriage”, The Spiritual Life, <https://slife.org/christian-views-on-marriage/> 7. 7. 2023.

³⁴ *Ibid.*

sake of intimate companionship, raising offspring, and mutual support, and they are generally approve of birth control and believe that marital sexual pleasure is a gift from God, while divorce is only permitted under certain circumstances.³⁵

In the Eastern Orthodox Church, marriage is considered a holy sacrament and serves to unite a woman and a man in an eternal union before God; marriage is a martyrdom, since each spouse dies separately for the sake of the other and transforms the couple into husband and wife in the Body of Christ.³⁶ Marriage is an icon (image) of the relationship between Jesus and the Church, which is similar to the Old Testament prophets, who used marriage as an analogy to describe the relationship between God and Israel and the simplest, most fundamental unity of the church: a congregation in which “two or three are gathered together” in the name of Jesus (Mt. 18, 20). It is considered a pilgrimage in which the couple walks side by side, towards the Kingdom of Heaven, and unlike Western Christians, Eastern Christians believe that the sacramental aspect of marriage is conferred by the Holy Spirit, who acts through the priest, and so nobody but a bishop or priest, not even a deacon, may administer the sacrament.³⁷

After the Serbs received Christianity from Byzantium, St. Sava prepared and translated from Greek into Slavic a new church–civil collection The Nomocanon or Code, later called Krmčija, which contained a large number of Byzantine civil regulations of ecclesiastical nature. The section titled “On the Sacrament of Marriage” is in the second part of Krmčija (chapters 50 and 51). In the 13th century, Christian church legislation was fully adopted in our country, and marriage acquired a religious character.³⁸

Christians today have three opposing views on what the biblical relationship between husband and wife is. The supporters of Christian egalitarianism believe in an equal partnership of husband and wife, where neither of them is designated as the head of the marriage or family, which

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Except in Krmčija, the marriage law regulations were contained in the Žiča Charter of King Stefan the First-Crowned from 1220, in which 13 out of the total 32 articles are related to marriage. In 1349, Emperor Dušan banned non-church marriages in his Code in order to ensure a consistent compliance with these regulations, whereas the adoption of the Serbian Civil Code in 1844 saw the acceptance of all the existing marriage-related regulations. Marriage lost its religious character with the adoption of the 1946 Basic Law on Marriage, while in other European countries it happened much earlier under the influence of the Reformation, philosophy, and the French Revolution (for more information, see A. Čović, 32–34).

is based on the basic biblical principle of the equality of all human beings before God.³⁹

Christian complementarians advocate a male-headed hierarchy, husband and wife have equal value in the eyes of God, but are given different functions and responsibilities by Him based on gender, and male leadership is biblically ordained so that the husband is always the higher authority.⁴⁰ Grudem states that a “woman’s submission does not imply that she should follow her husband into sin.”⁴¹

Biblical patriarchy prescribes a strict male-dominated hierarchy, in which the man is the ruler of the woman and his household.⁴² The first principle of their organization is that “God is revealed as male, not female. God is the eternal Father and the eternal Son, the Holy Spirit is also addressed as Him, and Jesus Christ is male”; they believe that the husband-the father is the sovereign over his household, the head of the family, the provider of services and the protector, while the wife is called to be obedient to her superior (husband).⁴³

Judaism as a religion began to form from around the 6th century BC until 600 AD, and the basic teaching is founded on the Old Testament as well as the people’s traditions, which they brought along while entering Judaism. The Talmud was created for the sake of easier understanding of one’s own tradition, and there are two versions of it, the Babylonian Talmud and the Jerusalem Talmud. In New Judaism, in addition to Talmudic teachings, there are also other teachings and books related to Judaism, such as Kabbalah and Zohar.⁴⁴ The position of women in Jewish law is more than clearly defined by the fact that a woman, whose three husbands have died of natural causes is forbidden to marry, while rabbinical law also forbids

³⁹ “There is neither Jew nor Greek, there is neither slave nor free, there is neither male nor female; for you are all one in Christ Jesus.” (Gal. 3:28). The apostle Paul invites husbands and wives to be “submitting to one another in the fear of God” – a mutual submission (Eph. 5:21).

⁴⁰ “Christian Views On Marriage”, The Spiritual Life, <https://slife.org/christian-views-on-marriage/>

⁴¹ W. Grudem, “Wives Like Sarah, and the Husbands Who Honor Them (1 Peter 3:1–7)”, Bible.org, 14 April 2005, Wives Like Sarah, and the Husbands Who Honor Them 1 Peter 3:1–7, 8. 7. 2023.

⁴² B. Ware, “Summaries of the Egalitarian and Complementarian Positions”, CBMW ORG – The Council on Biblical Manhood and Womanhood, June 26, 2007, <https://cbmw.org/uncategorized/summaries-of-the-egalitarian-and-complementarian-positions>, 8. 7. 2023.

⁴³ “Christian Views On Marriage”, The Spiritual Life, <https://slife.org/christian-views-on-marriage/>

⁴⁴ B. Končarević, *Lekcije iz uvoda u pravoslavno bogoslovije*, Spasovdan, Beograd 2008, 35. According to: A. Čović, 36.

reading blessings or prayers in the presence of married women, who are bare-headed, which is considered nudity.

The unique system of Islamic marriage law has been created by revising Arab marriage customs in such a way that some of them have been abolished, others have been altered, and some new provisions have been adopted.⁴⁵ The Qur'an explicitly condemns the burying of live girls immediately after birth, which was the custom of the Arabs in Arabia before the adoption of Islam, while, contrary to popular belief, covering the face was not prescribed by the Qur'an, and in the early days of Islam women did not cover their faces in any way. Professor Begović states that covering the face and the confinement of women in harems had the effect of reducing the number of Muslim women, who were public workers, scientists, lawyers, and artists, which was a consequence of stifling freedoms and Muslims' violation of the God's law.⁴⁶ The Qur'an considers monogamy to be the basic form of marriage, whereas polygamy is conditioned by husband's ability to treat all wives equally, and his right to marry more than one wife can be limited by the marriage contract. The Qur'an has abolished all the marriage customs of the Arabs that were in conflict with their moral norms, so instead of a contract of sale, marriage becomes a contract of a communal life, in which the husband is recognized as having authority over the wife, but not over her property. The custom, according to which a woman entered into his inheritance, is abolished and she is recognized the right to inherit her husband, as well as legal and business capacity, the right to divorce, the right to freely dispose of property, and the right to inherit her husband's estate.⁴⁷

In Hinduism, the text of the Manusmriti is divided into 12 lessons, dealing with the following four topics: the creation of the world, the sources of Dharma, the dharmas of the four social classes, and the law of Karma, rebirth, and final liberation.⁴⁸ The Manusmritis are considered responsible for the subjugated position of women in the post-Vedic period.⁴⁹

⁴⁵ For more information on the matter, see: S. Stjepanović, B. Stjepanović, „Primena šerijatskog prava u mešovitim brakovima u Kraljevini Jugoslaviji” u: *Uvod u šerijatsko pravo* (ur. Vladimir Čolović, Samir Manić), Beograd 2020, 147–157.

⁴⁶ M. Begović, *O položaju i dužnostima muslimanke prema islamskoj nauci i duhu današnjeg vremena*, Grafički umetnički zavod Planeta, Beograd 1931, 30. According to: A. Čović, 43.

⁴⁷ A. Čović, 43–45.

⁴⁸ S. Ghosh, “Manusmriti. The Ultimate Guide To Becoming A ‘Good Woman’ Feminism in India, 11 January 2018, <https://feminisminindia.com/2018/01/11/manusmriti-ultimate-guide-good-woman/> According to: A. Čović, 49.

⁴⁹ *Ibid.*

The Manusmriti, which explicitly promoted child marriage, has always remained the backbone of India's patriarchal and caste structure, and the author Ghosh believes that "a critical evaluation of ancient texts like the Manusmriti is imperative for women to understand that they are prisoners of historically invented shackles."⁵⁰ Hindu marriage harmonises two people for all eternity so that they can follow dharma (truth), sense, and worldly desires; marriage is not accompanied by traditional rituals and according to Hinduism, marriage between two people is a sacred bond that is not limited to this lifetime, but lasts for seven or more lifetimes, during which the couple helps each other in progressing spiritually.⁵¹

The Buddhist view is that matters such as marriage must be regulated by society in a social, political or legal process, and that different types of social and family arrangements are possible. Just as a wife has prescribed obligations towards her husband, so does a husband have similar obligations towards his wife. Marriage is not a religious obligation, a means of procreation or a romantic concept of love, but only an option, an individual choice that each person can make, if they believe that it will bring them happiness and keep them on the path to enlightenment.⁵² Buddhists do not forbid divorce, but the idea of living a Buddhist way of life suggests that one should not divorce.⁵³

3.1. Same-Sex Marriage

One of the attacks on the foundations of the religious concept of patriarchal marriage is certainly same-sex marriage. When we say same-sex marriage, we mean a marriage between two people of the same sex, and do not mean a same-sex registered partnership or civil union. Today, same-sex marriage is legally recognised in over thirty countries, with a growing tendency. However, in many countries that type of marriage is constitutionally prohibited, i.e. often in the constitutions, marriage is often explicitly defined as the union between a man and a woman.

Hundreds of scientific and other books, articles, analyses and texts have been written on that topic, and it has provoked great polemics, discussions, petitions and the like, so here we will only briefly outline the basic features of the development of same-sex marriage. The topic of same-sex

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ L. Borah, "Philosophy of Hindu Marriage", Pragyata, 21 May 2018, <https://pragyata.com/philosophy-of-hindu-marriage/> 8. 7. 2023.

⁵² K. Sri Dhammananda, "Buddhist Views on Marriage." Buddha Sasana, <https://www.budsas.org/ebud/whatbudbeliev/237.htm>, 8. 7. 2023.

⁵³ *Ibid.*

marriage became extremely prominent in the 1980s and 1990s, when serious talks began about legalising same-sex marriage, or more precisely, about changing the constitutional and legal framework that prevented such marriages. Even though Professor John Boswell, in his book *Same-sex Unions in Premodern Europe* published in 1994, talks about the acceptance of same-sex relationships, i.e. marriages, way back in medieval Catholic Europe, and even earlier in Ancient Greece and Rome, the conclusions he expresses are often questionable, either due to the translation from Latin or Ancient Greek, or because of his preconceptions.⁵⁴

Supporters of same-sex marriage, primarily those from the United States of America, had to go through an arduous struggle for the legalisation of that type of marriage. A large number of conservative politicians, theoreticians and citizens, as well as religious followers, firmly fought against same-sex marriage being constitutionally and legally recognized, and in that context cited a considerable number of examples why it should not be legalised. Roughly, those remarks could be classified into three categories: religious, traditional, and state-interest. Of course, the most vehement pressures came from the ranks, both from church dignitaries, and from their followers, who called upon the biblical interpretation of heterosexual union, as well as the immorality of homosexuality. Later, when the legalisation of same-sex marriages was already in sight, church authorities began to be bothered and even frightened by possible legal consequences and penalties for refusing to perform religious weddings between same-sex partners and the possibility of losing the privilege of tax exemption. Under traditional objections one can subsume the views that any type of marriage that is not heterosexual is aimed at the collapse of the traditional value of the family, even the views, which are the downfall of human species. The state-interest objections include the political positions that each state of the USA has advocated differently, and mostly concerned the values of the traditional American family, incentives to increase births, conservatism, the morality of the traditional family environment, and the like.

Among the first victories for same-sex marriage supporters was the Hawaii Supreme Court's decision (74 Haw. 530 Haw. 1993) in *Baehr v. Lewin*⁵⁵, where same-sex marriage was not explicitly recognised, but the Court ruled that the refusal to register the marriage between two women was in violation of the Hawaii Constitution, which prohibited any discrimination,

⁵⁴ See J. Boswell, *Same-sex Unions in Premodern Europe*, Villard Books, New York 1994.

⁵⁵ *Baehr v. Lewin*. No. 15689. (1993). 74 Haw. 530,852 P.2d 44. Decision date May 5th 1993.

including sex or gender discrimination. “Although there are different types of non-traditional family and not just one form of family life, punishing the homosexual union in order to protect the traditional family is arbitrary and unfair”.⁵⁶ The first country in the world to legally recognise same-sex marriage was the Netherlands in 2001, followed by Belgium in 2003, Spain and Canada in 2005, with thirty-one countries having recognized same-sex marriage so far. Admittedly, some countries had to do it because the court ordered it with their decisions (South Africa, Brazil, Austria, Slovenia, and some others), while others did via parliamentary procedure, by modifying the constitutional and legal texts, and some based on referendum results. (Switzerland, Ireland, and Australia).

Churches and religious communities around the world are still generally opposed to same-sex marriage, including the largest ones, such as the Catholic Church, the Orthodox Church, the Jewish Orthodox and all Islamic religious communities, most Hindu religious communities and some Protestant churches. Churches that do not oppose same-sex marriage include Lutheran Church in Sweden, the United Church of Canada, some evangelical churches in Switzerland, Germany, and the Netherlands, elementary schools of Buddhism, whereas in the US “traditional religious communities such as the United Church of Christ, Metropolitan Community Churches, and Unitarian Universalist Association not only recognize but gladly perform religious rites of same-sex marriage”.⁵⁷

4. The Influence of Religion on the (Non)Permissibility of Abortion (the Supreme Court Overturning *Roe v. Wade*)

Abortion and murder are equated in the teachings of St. Basil the Great in the 4th century, as well as by the decision of the Council of Constantinople in 692. The Orthodox and Catholic Church justify abortion only if the life of a pregnant woman is threatened and if a foetus has already died, while some more liberal Protestant circles accept fetal anomalies and pregnancy as a result of rape or incest as reasons for abortion; Jewish religious authorities have approved abortion in various situations, such as in a situation, where a medical expert has determined that maintaining the pregnancy will cause the mother to lose her hearing completely.⁵⁸ Abortion

⁵⁶ D. Gray, “Marriage: Homosexual Couples Need Not Apply”, *New England Law Review* 23/1988, 523.

⁵⁷ E. A. Isaacson, “Are Same-Sex Marriages Really a Threat to Religious Liberty”, *Stanford Journal of Civil Rights and Civil Liberties* 8/2012, 152.

⁵⁸ N. Glumbić, „Etičke dileme u prevenciji i tretmanu ometenosti”, u: *Nove tendencije u specijalnoj edukaciji i rehabilitaciji* (ur. Zorica Matejić–Đuričić), Beograd 2007, 187–188.

is not mentioned in the Qur'an, but it is stated that killing a child is a serious crime, so the debate about the ethical justification of abortion is mainly based on determining the period when an embryo or foetus can be considered a child. Hinduism opposes abortion, unless terminating the pregnancy is necessary to save the mother's life.⁵⁹

Although the views of religions on the moral justification of abortion do not differ much, there are significant differences in comparative legal regulations and judicial practice. In our law, between the tenth and the twentieth weeks, the termination of pregnancy is considered exceptional and is decided on by council of doctors, and the reasons can be medical, eugenic or moral.⁶⁰ The position of the World Health Organization is that abortion is not considered a means of family planning.⁶¹ Latin American countries have included a provision in Article 4 paragraph 1 of the American Convention on Human Rights, which reads: "Everyone has the right to respect their right to life. This right shall be protected by law, in principle from the moment of conception."⁶²

In China, the policy of forced family planning represented a severe form of human rights violation, since forced abortions and forced sterilisations of women were frequent due to the Family Planning Law, which allowed only one child per family. However, faced with a demographic crisis, on May 31, 2021, China introduced the third child policy, which allows a family to have three children. According to the data of the latest research, conducted in June 2021, in a survey that included 9,243 respondents aged 18–49, from 31 provinces using a random sampling method, the intention to have a second child is currently expressed by about 60% of people (56% of women vs. 65% of men), and the intention to have a third child is present in about 13% (10% of women vs. 17% of men) among the Chinese population.⁶³

On the American continent, almost 50 years ago, a revolutionary ruling was made in the case of *Roe v. Wade*. In that case, the US Supreme Court ruled that abortion is a constitutional right, and that a woman has the right to freely decide on giving birth, based on the lawsuit of the plaintiff, who filed the lawsuit due to the Texas law that prohibited abortion.

⁵⁹ C. I. Damian, "Abortion from the Perspective of Eastern Religions: Hinduism and Buddhism", *Romanian Journal of Bioethics* 1 /2010, 128.

⁶⁰ A. Čović, D. Čović, „Abortus između prava na život i prava na slobodno odlučivanje o rađanju”, *Religija i tolerancija* 17/2012, 130–131.

⁶¹ *Ibid.*, 126.

⁶² American Convention on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November 1969.

⁶³ W. Jing *et al.*, "Fertility intentions to have a second or third child under China's three-child policy: a national cross-sectional study", *Human Reproduction* 8/2022, 1907–1918.

Meanwhile, while waiting for the court's decision, the plaintiff gave birth, but the decision is significant because its adoption has legalised abortion throughout the country.⁶⁴ After that decision, there has been a decrease in the number of infanticides, abandoned infants, children given up for adoption and forced marriages. However, opponents of abortion have pointed out that millions of Americans have been deprived of their right to life since the ruling. In January 2009, US President Barack Obama signed an order, criticised by anti-abortion groups, which lifted the ban on funding international family planning groups that promote abortion, revising the so-called "Mexico City policy," which was initiated by President Ronald Reagan at the United Nations conference in 1984, when non-governmental organisations were asked, before receiving funds from the US government, to agree that they would not perform or actively promote abortion as a method of family planning.⁶⁵

By overturning the ruling in *Roe v. Wade*, which legalised abortion almost 50 years ago, on June 24, 2022, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19–1392, 597 U.S. (2022), jurisdiction over that issue was transferred from the federal level to the jurisdiction of the states, which may result in some of them tightening the conditions for abortion or even banning it completely on their territory, as the federal constitutional right to abortion is now abolished.⁶⁶ The justices thought (six voted for and three against) that the *Roe v. Wade* ruling, which allowed abortions between the 24th and 28th week of pregnancy, was wrong because the US Constitution does not mention the right to an abortion. "Instead of contributing to a national consensus on abortion, the *Roe* and *Casey* cases further inflamed divisions," said Justice Samuel Alito, known as a conservative Catholic, in the explanation of the decision. That ruling was followed by US President Joseph Biden signing the decree, which should protect the right to abortion and make it easier for women to access pills that can terminate pregnancy. In the states, where abortion is now banned, women have the option to terminate their pregnancy in another state, buy the pill online, or opt for an illegal abortion with all the risks it entails. The Supreme Court's latest decision is called "a victory for the Christian right that took over the judiciary and changed America", with the conclusion that "the power of the government is being used to impose a certain moral and religious vision – an allegedly biblical and regressive understanding of

⁶⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Decided January 22 1973.

⁶⁵ A. Čović, D. Čović, 130.

⁶⁶ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19 –1392, 597 U.S. (2022). Decided June 24th 2022.

the Christian religion – on the population as a whole.”⁶⁷ All that is happening despite the longstanding American principle of church and state separation. Author Stewart notes that in recent decades the religious right has invested hundreds of millions of dollars in infrastructural development, which includes right-wing political groups, networking organisations, data and media initiatives, and the legal sphere.⁶⁸ She concludes that “a Christian nationalist judiciary changes the law to suit a vision of a society with a preferred religion and a prescribed code of sexual behavior, supported by the coercive power of the state.”⁶⁹

The reactions of religious leaders and organizations have been different.⁷⁰ Representatives of Muslim Advocates Farah Brelvi and Asifa Quraishi-Landes believe that “...the Supreme Court’s radical decision represents a dangerous Christian nationalization of American law and opens the door to the future abolition of the right to contraception, the right to marry whomever you want... The US Supreme Court is introducing the religious doctrine of a minority religion communities into law – thus violating the First Amendment’s principle of religious freedom, which affects all Americans, and is especially dangerous for those who belong to minority religions like Islam.”⁷¹

Nathan Empsall, an Episcopal priest and executive director of Faithful America, shares a similar opinion, saying that

“...Jesus empowered women and Christians know that control over their own bodies is a sacred, God-given right, so the Supreme Court’s decision to attack the health and rights of pregnant American women is devastating... Many Christian denominations, from the Episcopal Church to the United Church of Christ, explicitly support legal access to abortion on religious grounds, as do our friends in the Jewish community.”⁷²

⁶⁷ K. Stewart, “How the Christian right took over the judiciary and changed America”, *The Guardian*, 25 June 2022, <https://www.theguardian.com/world/2022/jun/25/roe-v-wade-abortion-christian-right-america>, 10. 7. 2023.

⁶⁸ LGBT advocacy groups are worried that the Supreme Court next session will hear the case of a Colorado website designer who wants to refuse service to same-sex couples, and that it will be a critical step toward overturning a broad range of anti-discrimination laws that protect LGBT Americans along with women, members of religious minority groups and others. *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ M. Jaradat, “Religious leaders and organizations react to Supreme Court decision striking down *Roe v. Wade*”, *Deseret News*, 24 June 2022, <https://www.deseret.com/fair/2022/6/24/23181660/religious-leaders-and-organizations-react-to-supreme-court-striking-down-roe-v-wade-abortion-ruling>, 10. 7. 2023.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

Katy Joseph, Director of Policy and Public Advocacy of the Interfaith Alliance, believes that “the members of the religious right believe that this decision is a victory for religious freedom, but they are wrong, as true religious freedom means that people seeking basic care can make decisions on based on their own beliefs and circumstances, not the religious views of politicians. By undermining the right to abortion as a matter of privacy and religious freedom, the Court imposed one religious view on everyone, violated basic liberties, and betrayed the Constitution’s promise of secular government.”⁷³

On the other hand, the Catholic Diocese of Salt Lake City expresses gratitude for the efforts of the US Supreme Court to “protect the dignity and sanctity of every life from conception to natural death.” Archbishop José H. Gomez, president of the US Conference of Catholic Bishops and Archbishop William E. Lori of Baltimore said “thank God that the Court overturned *Roe v. Wade*... It is time to heal wounds and mend social divisions; it is time for common sense and civil dialogue, and for coming together to build a society and economy that supports marriages and families, and where every woman has the support and resources she needs to bring her child into this world in love.”⁷⁴ Jason Ruppert, the founder and the president of the National Association of Christian Legislators, also believes that now “future generations of Americans will have a greater chance to realize their own lives, liberties, and pursuit of happiness by being born in the greatest country the world has ever known.”⁷⁵

5. Concluding Remarks

All major world religions are fundamentally patriarchal. The consequences of such patriarchy are therefore reflected in the inequality of the sexes in private and public life, in wars in which people have been killed because of their religious convictions, as well as in the wrong idea about the content of the male–female relationship.

Such centuries-old, cruel patriarchy, has provoked a response in the form of the radical feminist movement of the twentieth century, also causing an increase in the number of the LGBT movement members, who have loudly begun to demand their rights and acceptance by the social community and institutions, despite the opposition from the conservative, traditional segments of society, and the majority of churches and religious communities, i.e. their representatives. The number of divorces has increased,

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

as well as the number of illegitimate unions and illegitimate children, and suddenly, almost overnight, a single, irreplaceable, rigid patriarchal family has been given various possible alternatives in the form of some different family arrangements, with or without children. The adoption of children, the possibility of in vitro fertilisation, even after the age of forty, as well as surrogate motherhood in many countries today, have all opened up family planning opportunities for individuals and couples that were unimaginable until just a few decades ago. The creation of softer, more fluid, more open, freer communities, and the aspiration to develop truly equal, partnership relations, is felt by even the youngest members of society, whose growing up is accompanied by a less strict upbringing and appreciation of a child on a personal level, regardless of their age. At the same time, the internet, the global use of English language, the connection among people, and the availability of information and data have weakened the boundaries that separated people on national and religious grounds, enabling more and more people to see the flaws and all the absurdity and senselessness of the politics and religious teachings that divide them. However, religions do not seem to follow the course of development and the wheel moving forward, thus perhaps missing the opportunity to be a real, and always necessary, spiritual refuge for people in line with contemporary circumstances and social environment. Instead, by rigidly clinging to the patterns that worked in the past, and underestimating the revolutionary social and spiritual changes in people all over the world, patriarchal religions are moving towards the culmination of their crisis, which is in the cause-and-effect relationship with the crisis of a patriarchal family, but also with the crisis of a modern state.

The repeal of the *Roe v. Wade* ruling in the USA represents an attempt by people within the church circles and state structures to stop the process of change and return the world to certain long gone frameworks they consider acceptable. The concept of family planning should be understood in connection with the prevention of pregnancy, but also in connection with the free decision to terminate it. The European Court of Human Rights finds a compromise between the right to life and the right to make a free decision about childbirth, as it is assumed that the foetus is not a subject of the right to life until a certain period of pregnancy, or that the interests of the mother prevail if her health is threatened, and it is considered that giving birth to a child as a result of rape or incest would be against the dignity of a mother and the interests of a child.⁷⁶

⁷⁶ A. Čović, D. Čović, 134.

Ана Човић

Виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд

Оливер Николић

Виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд

УТИЦАЈ КРИЗЕ РЕЛИГИЈЕ НА СЛАБЉЕЊЕ ПАТРИЈАРХАЛНЕ ПОРОДИЦЕ

Сажетак

*Данашњи хришћани имају три супротна гледишта о библијском односу између мужа и жене. Ова гледишта се крећу од хришћанског егалитаризма, који Нови завет тумачи као доктрину о потпуној једнакости одговорности између мушкараца и жена у браку, до позива на „повратак потпуном патријархату” у коме се односи заснивају на доминацији мушкараца и њиховом ауторитету у браку. Да ли су патријархални и верски подржани односи довели до инфериорног положаја жене и неадекватног положаја деце у породичним односима традиционалне патријархалне породице, у којој су негативни догађаји унутар породице скривени од спољашњег света, увек је актуелно питање. С друге стране, неки рани црквени оци мање су ценили породицу, а целибат и слобода од породичних веза сматрани су пожељнијим избором. Одступање од традиционалних вредности, схватања, норми и реформизам модерниста значајно су утицали на патријархалну породицу, схватање породичних односа и институцију брака. У првом делу рад ће дати историјско –теоријски приказ односа цркве и државе, као и упоредни преглед овог односа. У другом делу рада акценат ће бити на концепту брака у највећим светским религијама и на, можда, највећем изазову са којим се патријархална породица суочава, а који се огледа у легализацији истополних бракова. Укидањем пресуде у случају *Roe v. Wade*, који је легализовао абортус пре скоро 50 година, 24. јуна 2022. године, одлуком у предмету *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, надлежност је пренета са федералног нивоа САД у надлежност држава. Колики је утицај религија имала у овом случају и какве су биле последице последње одлуке Врховног суда Сједињених Држава?*

Кључне речи: религија, држава и Црква, брак, патријархат, абортус, истополни бракови, *Roe v. Wade*, *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*.

REFERENCES

Monograph, articles

- Barbier M., *La laïcité*, L'Harmattan, Paris 1995.
- Begović M., *O položaju i dužnostima muslimanke prema islamskoj nauci i duhu današnjeg vremena*, Beograd: Grafičk i umetnički zavod Planeta, Beograd 1931.
- Bonvillain N., *Women and Men: Cultural Constructs of Gender*, Prentice Hall, 2001.
- Boswell J., *Same-sex Unions in Premodern Europe*, Villard Books, New York 1994.
- Broglio F. M., Mirabelli C., Onida F., *Religioni e sistemi giuridici, Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Il Mulino, Bologna 1997.
- Church F. (ed.), *The Separation of Church and State: Writings on a Fundamental Freedom by America's Founders*, Beacon Press, Boston 2004.
- Cisarž B., *Crkveno pravo II (Bračno pravo i crkvenosudski postupak Srpske pravoslavne crkve)*, Kosmos, Beograd 1973.
- Čović A., Čović D., „Abortus između prava na život i prava na slobodno odlučivanje o rađanju”, *Religija i tolerancija* 17/2012, 125–136.
- Čović A., *Porodičnopravni aspekti verskih brakova*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020.
- Damian C. I., “Abortion from the Perspective of Eastern Religions: Hinduism and Buddhism”, *Romanian Journal of Bioethics* 1/2020, 124–136.
- Đakovac A., „Crkva, država i politika”, u: *Crkva u pluralističkom društvu* (ur. Jelena Jablanov Maksimović, Andrijana Krstić), Konrad Adenauer Stiftung, Beograd 2009, 9–18.
- Đurić V., „Sloboda veroispovesti i pravni subjektivitet crkava i verskih zajedica u evropskim zemljama”, *Strani pravni život* 1/2012, 24–52.
- Ferrari S., “The Emerging Pattern of Church and State in Western Europe. The Italian Model”, *BYL Law Review* 2/1995, 421–437.
- Glumbić N., „Etičke dileme u prevenciji i tretmanu ometenosti”, u: *Nove tendencije u specijalnoj edukaciji i rehabilitaciji* (ur. Z. Matejić – Đuričić), 2007, 187–212.
- Gray D., “Marriage: Homosexual Couples Need Not Apply”, *New England Law Review* 23/1988, 515–546.
- Isaacson E. A., “Are Same-sex Marriages Really a Threat to Religious Liberty”, *Stanford Journal of Civil Rights and Civil Liberties* 8/2012, 123–155.

- Jing W. *et al.*, “Fertility intentions to have a second or third child under China’s three-child policy: a national cross-sectional study”, *Human Reproduction* 8/2022, 1907–1918.
- Končarević B., *Lekcije iz uvoda u pravoslavno bogolovije*, Spasovdan, Beograd 2008.
- Lavroff D. G., “Les tendances actuelles dans les relations entre l’État et la religion”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 8/2004, 318–333.
- Locke J., *A Letter Concerning Toleration*, Prometheus Books, Amherst 1689.
- Marković V., „Pojam sekularnosti – istorijski, pravni i aksiološko-etimološki aspekti”, *Bogoslovlje* 2/2020, 103–126.
- Nikolić O., „Sloboda veroispovesti u Ujedinjenom Kraljevstvu”, *Strani pravni život* 1/2015, 71 – 83.
- Nikolić O., „Odnos države i crkve u Evropskoj uniji” *Državno-crkveno pravo kroz vekove* (ur. Vladimir Čolović *et al.*), Institut za uporedno pravo i Pravoslavna Mitropolija crnogorsko-primorska, Beograd 2019, 473–486.
- Pisek M., *Crkva i država. Procesi (de)sekularizacije*, Zagreb 2014.
- Počuča, M., Šarkić N., *Porodično pravo i porodičnopravna zaštita*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, JP Službeni glasnik, Beograd 2014.
- Rambachan A., “A Hindu Perspective”, in: *What Men Owe to Women: Men’s Voices from World Religions* (eds. J.C. Raines, D.C. Maguire), State University of New York Press, Albany 2001.
- Robbers G., „Država i crkva u Evropskoj uniji”, u: *Država i crkva u Evropskoj uniji* (ur. Gerhard Robbers), Pravoslavni bogoslovski fakultet Univerziteta u Beogradu i Institut za teološka istraživanja, Beograd 2012, 9–16.
- Smiljanić D., *Brak kroz istoriju*, Narodna knjiga, Beograd 1955.
- Stjepanović S., Stjepanović B., „Primena šerijatskog prava u mešovitim brakovima u Kraljevini Jugoslaviji”, u: *Uvod u šerijatsko pravo*, (ur. Vladimir Čolović, Samir Manić), Institut za uporedno pravo, Beograd 2020, 147–157.
- Torfs R., “Should Churches Be Subsidized? Different models. Some Perspectives”, *The Role of the Churches in the Renewing Societies* (ed. Reinder Bruinsma), Budapest 1997, 45–53.

Other sources

- American Convention on Human Rights, San José, Costa Rica (1969).
- Baehr v. Lewin. No. 15689. (1993). 74 Haw. 530,852 P.2d 44. Decision date May 5 1993.
- Charter of Fundamental Rights in the European Union, 2000/C 364/01.
- European Convention on Human Rights, European Council (1950).
- European Parliament Resolution No. A5 –0050/2000 of 16 March 2000.
- Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, No. 19 –1392, 597 U.S. (2022). Decided June 24, 2022.
- Porodični zakon, Službeni glasnik RS, 18/2005, 72/2011 i dr. zakoni 6/2015.
- Resolution of the European Parliament no. A5 – 0050/2000 of March 16, 2000.
- Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). Decided January 22 1973.
- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 1/1990.
- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 96/2006 i 115/2021
- Berzin A., “Buddhist Sexual Ethics: Main Issues”. Transcription of a seminar, Morelia, Mexico 1998, Study Buddhism, <http://studybuddhism.com/en/tibetan-buddhism/path-to-enlightenment/karma-rebirth/buddhist-sexual-ethics-main-issues>
- Biblija: Sveto pismo Staroga i Novoga zavjeta* (prevod: Đura Daničić, Komisija Svetog arhijerejskog sinoda Srpske pravoslavne crkve), Sveti arhijerejski sinod Srpske pravoslavne crkve, Beograd, 2020.
- Borah L. “Philosophy of Hindu Marriage”, Pragyata, May 21, 2018, <https://pragyata.com/philosophy-of-hindu-marriage/>
- Ghosh S. Manusmriti, “The Ultimate Guide To Becoming A ‘Good Woman’”, Feminism in India, 2018, <https://feminisminindia.com/2018/01/11/manusmriti-ultimate-guide-good-woman/>
- Grudem W., “Wives Like Sarah, and the Husbands Who Honor Them (1 Peter 3:1 –7)”. Bible.org Wives Like Sarah, and the Husbands Who Honor Them 1 Peter 3:1 –7
- Jaradat M., “Religious leaders and organizations react to Supreme Court decision striking down Roe v. Wade”. Deseret News, 2022, <https://www.deseret.com/faith/2022/6/24/23181660/religious-leaders-and-organizations-react-to-supreme-court-striking-down-roe-v-wade-abortion-ruling>
- Ware B., “Summaries of the Egalitarian and Complementarian Positions”, CBMW ORG – The Council on Biblical Manhood and Womanhood, 2007. <https://cbmw.org/uncategorized/summaries-of-the-egalitarian-and-complementarian-positions>

“The Online Book of Common Prayer”, According to the use of the Episcopal Church, New York City: Church Hymnal Corporation. <https://www.bcponline.org>

Stewart K., “How the Christian right took over the judiciary and changed America”, The Guardian, 2022, <https://www.theguardian.com/world/2022/jun/25/roe-v-wade-abortion-christian-right-america>

Sri Dhammananda K., ”Buddhist Views on Marriage”, Buddha Sasana, <https://www.budsas.org/ebud/whatbudbeliev/237.htm>

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

322(497.11)(082)

348(497.11)(082)

САВРЕМЕНО државно-црквено право : упоредноправни изазови и националне перспективе / [уредници, editors Владимир Ђурић, Далибор Ђукић]. - Београд : Институт за упоредно право ; Будва : Православна Митрополија црногорско-приморска, 2023 (Београд : Службени гласник). - 1.302 стр. ; 25 cm

Ств. насл. у колофону: Contemporary state–church law. - Тираж 250. -
Стр. 20-27: Реч на почетку / Владимир Ђурић, Далибор Ђукић = Forewor /
Vladimir Đurić, Dalibor Đukić. - Напомене и библиографске референце уз текст.
- Библиографија уз сваки рад. - Summaries; Сажети.

ISBN 978-86-82582-04-5 (ИУП)

а) Црква -- Држава -- Србија -- Зборници б) Црквено право -- Србија --
Зборници

COBISS.SR-ID 126979849