

Василије Марковић¹

ДОКТРИНА ПОЉА СЛОБОДНЕ ПРОЦЕНЕ И ЊЕНА ПРИМЕНА У ВЕЗИ СА ЧЛАНОМ 9 ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Сажетак

Овај рад бави се истраживањем доктрине поља слободне процене и њеном применом у случајевима по члану 9 Европске конвенције за заштити људских права и основних слобода. Кроз приказ историјске генезе и теоријских дилема скојчаних са природом и применом доктрине, покушава се расветлити и њена употреба у институцијама Суда по члану 9 Европске конвенције. Наспала из инхерентне немогућности Суда, који је у више навршта налашавао свој суисидијарни карактер, да помири појединачне и опште интересе, доктрина је израз дихотомије на релацији национално-наднационално у оквиру система конвенцијске заштите људских права. Као такава, она је корисна и потребна, како би се Конвенција заиста схватила као „живи инструмент“ и како би људска права „добила локални укус“, али не у инфлаторним размерама будући да увек постоји опасност да држава такву могућност злоупотреби и неоправдано загре у појединачева права. Овакав закључак у домену члана 9 овај рад ће представити дескриптивно-аналитичком анализом случајева у пракси Суда, посебно оних из области аутономије религијских заједница као једној од кључних индикатора плуралности друштва.

Кључне речи: аутономија религијских заједница, поље слободне процене, суверенитет, плурализам, слобода вероисповести.

1. Доктрина поља слободне процене-*margin of appreciation* европског права људских права?

1.1. Дефиниција и порекло доктрине

Доктрина поља слободне процене (ен. *margin of appreciation*, ит. *margine di apprezzamento*) у најкраћем, означава могућност да држава у

¹ Аутор је апсолвент Правног факултета Универзитета у Београду, vasilije.markovic 227@gmail.com.

законодавним, административним или судским поступањима у области права гарантованог Конвенцијом ужива извесни степен дискреције, а та дискреција остаје подложна надзору од стране Европског Суда за људска права.² На тај начин, на држави лежи првенствена одговорност за заштиту људских права, и она треба да, у оквиру ње, изнађе адекватан оквир за афирмацију вредности изложених у Конвенцији, не губећи из вида културолошку, историјску или особеност свог правног система и самог случаја. Надзорна улога Суда огледа се у томе што не би смео дозволити да се државни органи исувише „размашу“, прекорачавајући обим дозвољење слободне процене у датом случају, доспевајући тако до момента у ком потенцијално легитимно мешање прелази у задирање у право гарантовано Конвенцијом.³ Тако је граница слободне процене она граница изван које одређено понашање престаје да буде могуће или пожељно.⁴ Главна потешкоћа је у томе што Суд не успева да искристалише јасне и доследне критеријуме помоћу којих би се та граница могла макар предвидљивије утврдити. Штавише, доктрина је у неколико наврата знала да послужи и као основ за прекомерно судско самоограничавање, излазна врата у бег од одговорности у случајевима који су у том тренутку били деликатни у политичком или моралном смислу или око којих још није био успостављен европски консензус.⁵

² Harris, O'Boyle, Wabrick, *Law of the European Convention of Human rights*, Oxford University Press 2011, 11.

³ Минималистички схваћена, примена Конвенције се према проф Д. Поповићу своди на уздржавање државе од задирања у гарантована права. Ипак, задирање неће имати карактер кршења гарантованих права, уколико Суд примењујући услове прописане тестом пропорционалности утврди да је таква активност изведена у границама поља слободне процене која је од Суда државним органима остављена. Зато иако се често у литератури говори о *мешању* државе у гарантована права, сматрамо да је израз *задирање* ипак примеренији и да боље описује карактер једне такве државне активности која је свакако лишена оправданости. Овакво становиште заступа и проф Поповић у својој књизи *Европско право људских права* (Д. Поповић, *Евројско право људских права*, Службени Гласник, Београд 2016., 73)

⁴ N. Shahpanahi, *Margin of appreciation in context of freedom of religion* (Article 9 of the European Convention on Human Rights) in the interpretation of the European Court of Human Rights, Faculty of Law University of Toronto, Toronto 2011., 2

⁵ Због овога се могу чути и аргументи који говоре против називања поља слободне процене доктрином. Овакви ставови нису сасвим без основа и по њима поље слободне процене не завређује епитет доктрине пре свега због недостатка теоријске кохерентности, или како Грир наводи због минимума теоријске посебности због чега се уствари своди на пуку судску технику или методолошки приступ. (Наведено према М. Бошковић, *Примјена докџрине поља слободне оцјене у љракси Евројској Суда за људска љрава*, Правни факултет, Београд 2016.,107) Ипак, оно око чега постоји значајно шири консензус међу правним теоретичарима је да је доктрина поља

У оквиру Конвенцијског система заштите доктрина се први пут појавила у извештајима Комисије поводом међудржавних представки између Грчке и Уједињеног Краљевства поводом спора познатог као кипарски случај као и у предмету *Lawless ирочиив Ирске* апропо деловања ИРЕ. У средишту оба ова случаја налазио се члан 15. Конвенције који допушта уговорницама да ставе ван снаге своје обавезе према Конвенцији у случају рата или друге јавне опасности која прети опстанку живота нације. Мере којима се од Конвенције тада одступа морају бити најнужније мере које таква ситуација захтева. Комисија је тим поводом оценила да државни орган у једној таквој ситуацији од виталног значаја ужива одређен степен дискреције у избору тих мера. Међудржавна представка између Ирске и УК поводом истог проблема била је уједно и прва међудржавна представка пред Судом и прва у којој је Суд употребио израз „*поље слободне процене*“ као основ за акте британских органа усмерених на личне слободе ирских држављана, којим се настојала умањити опасност од терористичког деловања ИРЕ⁶. Особине случаја у којима се први пут појавила доктрина поља слободне процене у систему конвенцијске заштите недвосмислено упућују на њену неопходност у питањима које државе сматрају најосетљивијим и суштинским по њихов опстанак. Но чак и тада, широко постављено поље слободне процене не умањује нужност као карактеристику коју таква мера мора поседовати.

Детаљнију елаборацију доктрине поља слободне процене Суд ће пружити у пресуди поводом случаја *Хендисајд ирочиив УК* а у вези са слободом изражавања и спорним уџбеницима који су садржали лекције из области сексуалног образовања. У овом случају, Суд је управо искористио доктрину као већ помињана излазна врата из горућих моралних питања, наводећи да „не постоји јединствен концепт морала (*иј. евројској консензуса о њему, ирим. ауи.*)“, те је позивајући се на свој супсидијарни карактер оценио да су државне власти „управо зато јер су у директном и сталном контакту са виталним снагама својих земаља, у начелу, у бољем положају од међународних судија“. Ограничавајућа клауза у члану о слободи изражавања не подразумева неограничену дискрецију. Суд, дакле задржава надлежност да донесе коначну одлуку

слободне процене инструмент судског порекла којим Суд оставља одређену аутономију чланицама СЕ у примени Конвенције, (оне су дужне да ту аутономију искористе не било како, већ поступањем у доброј вери, на шта их обавезује и члан 26 Бечке Конвенције о уговорном праву). Стога, и поред мањкавости у погледу претеране казуистичности, неутврђених критеријума и некохерентности у употреби, већина аутора не одриче пољу слободне процене карактер доктрине.

⁶ М. Бошковић, 117.

о томе да ли је „ограничење“ или „казна“ у складу са слободом изражавања која се јамчи чланом 10. Дискрециона овлашћења дакле треба да иду руку под руку са европским надзором. Такав надзор подразумева како циљ оспорене мере тако и њену „неопходност“, и обухвата не само основно законодавство него и одлуке које служе његовој примени а посебно оне које донесу независни судови. Судска супервизија обавезује Суд да са крајњом пажњом води рачуна о принципима који карактеришу демократско друштво⁷. Ставови изнети у овој пресуди послужиће као својеврсни *Credo* којег ће се Суд настојати држати у даљој примени доктрине, која је свој процват у европском праву људских права доживела управо у вези са тзв *квалификованим члановима Конвенције* (8-11 чл), од којих ће један бити посебно у фокусу овог рада. Међутим, сами корени доктрине не налазе се у међународном већ унутрашњем праву, тачније у административном праву Француске у којој се она сматрала средиштем управног права и његових политичких импликација⁸. Пракса Државног Савета Француске у контроли законитости управних аката заснивала се на ставу да се примена права не може се свести на прост дедуктивни поступак⁹ а овакав одјек задржао се и у примени поља слободне процене у поступањима Суда у случајевима у вези са основним грађанским слободама, самим тим и у вези са слободом вероисповести.

1.2. Криџеријуми од важности за признавање и осјећ поља слободне процене

Једна од најзначајнијих линија по основу којих се доктрина критикује је, као што смо видели, њена недовољна одређеност, недостатак (или чак одсуство) кохерентности и најпосле немогућност Суда да као супсидијарни „супервизор“ одреди унапред колико се поље слободне процене може очекивати у одређеном случају.¹⁰ Ипак, и поред ових инхерентних мањкавости, Суду редовно на располагању стоји одређен број фактора, од чијег ће одмеравања зависити колики ће опсег и да ли ће уопште признати поље слободне процене држави у датом случају. Степен њихове одређености и значаја за Суд варира, осим у случају потпуне пасивизације Суда у којој се поље слободне процене признаје и проширује мимо свих критеријума.

⁷ *Handyside v The United Kingdom*, 5493/72, 1976. ставови 48-49

⁸ Г. Бребан, *Административно право Француске*, ЦИД, Подгорица, 2002., 204-208.

⁹ М. Бошковић, 112.

¹⁰ N. Shahpanahi, 51.

Тако се као први фактор од кога зависи признање поља слободне процене држави уговорници Конвенције помиње природа права о чијем се повређивању одлучује, те је примена апсолутно *искључена* по питањима права на живот, нехуманог поступања и забране ропства. Око овог фактора постоји нашири степен консензуса и он ужива степен уважавања без изузетка. Слобода мисли савести и вероисповести као једна од слобода која спада у квалификоване чланове Конвенције врло је подложна за примену доктрине, због предвиђених ограничења у ставу 2 члана 9.

Следећи фактор је питање саме сржи права и његове периферије, где се слободна процена правилно проширује како се интервенција државе удаљава од саме сржи гарантованог права. Затим од значаја је и постојање или непостојање европског консензуса, где је ширина консензуса обрнуто пропорционална ширини слободне процене дате по том питању. Такође, цени се и тежина интервенције државе, јер чак и кад поступа у границама слободне процене држава мора да осигура да се људска права поштују у највећој могућој мери. (Хорватин)¹¹ Слобода вероисповести може бити пример гарантованог права од великог значаја за демократски плуралистички карактер друштва, о чему Суд такође посебно мора водити рачуна¹². Суд узима у обзир и меру у којој мешање које се испитује утиче на срж приватног живота подносиоца представке, што је посебно у питањима слободе вероисповести често присутно. И напослетку, не сме се превидети ни најочигледнији фактор који на примену доктрине утиче а то је контекст и позадина сваког појединачног случаја. Наизглед незнатне разлике које могу постојати у позадини два слична случаја често се могу показати као опредељујући фактор пресудне важности на основу ког ће Суд другачије одлучити о (не)признавању и опсегу признатог поља слободне процене.

1.3. Доктринарни ставови и њихов утицај на поља слободне процене

Доктрина поља слободне процене носи у себи снажан дијалектички потенцијал, будући да се у њој прожимају скоро све значајније, међусобно испреплетане теоријске дилеме везане за систем заштите људских права успостављен Конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Концепт државне суверености и промене које иду

¹¹ Наведено према М. Бошковић, 125.

¹² N. Shahpanahi, 52.

путем ренесансе његовог класичног разумевања и с тим у вези, отворена питања универзалности људских права, карактер Суда и услед његовог саморазумевања и питање судске креативности само су неки од теоријских проблема чија се рефлексивна у значајној мери одражава на доктрину поља слободне процене.¹³ Због тога ће доктрина имати утицаја на све важне ствари које се изнесу пред Суд, чак иако се у конкретном случају судије на њу не позову непосредно у пресуди случаја, што је потврда важности њеног даљег пажљивог проучавања по

¹³ Најзначајнија, а сасвим извесно и фундаментална теоријска дилема из које су се остале прелиле, је она прастара полемика која као сенка прати сваки расправу о питањима међународног права и државне обавезности њиме. Реч је о питању његове легитимности и односу према концептима државне суверености и њиховој еволуцији за коју је добрим делом била заслужна управо пракса Европског суда. Ваља нагласити да поље слободне процене тако није једини начин на који држава може да рачуна при „заштити“ свог суверенитета у оквиру европског права људског права. Пре свега ту су и даље резерве и интерпретативне изјаве као међунаордноправни механизми који се могу користити и у погледу Европске Конвенције, а на концу, није искључено ни само иступање из Конвенције, управо као суверени акт државе уговорнице. На овај начин држава би за своја поступања из области људских права приграбила бланко чек како су писали Харис и други аутори (Harris, O'Boyle & Warbrick, 8.) Такву могућност је међу домаћим ауторима упорно критиковала проф Хасанбеговић с тврдњом да по питању људских права држава уопште не може бити суверена (Наведено према А. Цветковић, „Европско право људских права: промене концепта суверености“, *Идејни и теоријски преобразај Србије*, Правни факултет Београд, 2018., 11) те самим тим да не би требало да буде говора ни о каквом пољу слободне процене у овим стварима. Умереније становиште изнео је Х. Харт сматрајући да постоји нешто радикално противречно у одређењу државе као међународноправно обавезане, али да је и поред тога безумно очекивати да се државна власт лиши свих ограничења (Х. Харт, *Појам права* Службени гласник, Београд, 2013., 276-278). Дијалектика у односу наднационално-национално имала је свој одраз и на питање карактера Суда у Стразбуру- кроз расправу о томе да ли је он класични међународни или наднационални уставни суд. У прилог другом решењу иде једна битна новина коју ова институција и цео европски систем људских права са собом носи а то је непосредна примењивост на домаће право и могућност подношења индивидуалних предивки (Д. Појовић, 44.) Како је крајњи циљ овог механизма да доведе до тога да „...иолијичко и институционално успројство држава буде у складу с начелима и правима која су садржана у Конвенцији...“ како је Суд приметно у једној пресуди (United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, 133/1996/752/951, 30.1.1998., став 30) тако се чини тачном Кришова оцена да је Суд постао заправо наддржавни Уставни суд прикривајући своје право порекло међународног суда регионалног карактера (Према А. Цвейковић, 6.) Сличну оцелу изнесе и неки остали аутори попут Мауса, Свита и других (Наведено према Francisco Javier Mena Parras, „Democracy, diversity and the margin of appreciation: A theoretical analysis from the perspective of the international and constitutional functions of the European Court of human rights“, у *Revista Electronica de studios internacionales*, 2015., 5)

европско право људских права.¹⁴ Њену досадашњу примену Грир је успео да класификује у три веће целине случајева: оне у којима суд балансира између јавног интереса и права појединца, што је назвао самом *сржи слободне процене*, оне где Суд цени утврђивање и испуњавање позитивних обавеза држава, и најзад оне који садрже конкретизацију правних стандарда садржаних у тексту Конвенције.¹⁵

Теоријске дилеме које смо штуро навели директно су последовале пројави два вида доктрине о којима је најдетаљније писао Џорџ Летсас. То су њен супстативни и њен структурални вид.¹⁶ Њен супстативни вид везан је пре свега за оно што је Грир сврстао у прву категорију, срж слободне процене кроз вагање интереса, а њен структурални аспект везан је за дихотомију националног и наднационалног, и карактер Суда у оквиру те поделе. У једном поступању по члану 9, у случају Лејла Сахин против Турске, Суд је предност дао структуралном над супстантивним елементом, поново наводећи своју несавршеност да доноси вредносне судове у односу на одлуке државних органа. Шани ће, полазећи од Летсасовог одређења, овакав приступ правдати тиме да се структуралним видом Суд треба водити при примени, а супстативним при тумачењу норме.¹⁷

Оваква теоријска сложеност доктрине утицала је на стварање значајно опречних, а код критичара и нескривено радикалних ставова. Тако ју је један од најжешћих критичара, судија Мејер, назвао „*оштрцаном фразом*“ која исувише дуго опстаје у пракси, а нису остале ни друге једнако острашћене квалфикације-несретни галицизам, као алузија на француско управно порекло, тројански коњ, заразна болест итд...¹⁸ Нешто аргументованија је Лестерова квалификација доктрине као „концепта клизавог попут јегуље“, а добро познате недостатке ове доктрине оштро је критиковао и Краточвил.¹⁹ Он је, пак дао једну сликовиту а опет јасну дефиницију доктрине,

¹⁴ Детаљније види код R. St.J. Macdonald, „Margin of appreciation“, у *The European System for the Protection of Human Rights* (Eds.R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold), Martinus Nijhoff, Dodrecht, Boston, London, 1993., 83-124.

¹⁵ S. Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2000., 30.

¹⁶ G. Letsas, *Theory of interpretation of the European Convention of Human Rights*, Oxford 2007., 80 и даље

¹⁷ Y. Shany, ‘Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?’ *European Journal of International Law*, 2005., 914.

¹⁸ Наведено према М. Бошковић, 345, 346.

¹⁹ *Ibid*, 348, 350.

поредећи је са такмичењем у скоку у вис. Суд поставља лествицу на одређену висину коју држава мора да прескочи како се њени акти не би сматрали задирањем у гарантована права. Што је лествица виша, дозвољено поље слободне процене је уже, и обрнуто. Једини проблем је, да се послужимо ауторовом аналогijом, тај што шрафови који ту лествицу држе нису причвршћени довољно стабилно, па се лествица криви и клизи.

Оно што је за критичаре највећи недостатак, афирмативни аутори истичу као велику предност доктрине – њена флексибилност је основ њене широке примене, будући да између наднационалности и суверености не треба, како они сматрају, да влада тензија, већ доктрина може да буде место симбиозе и додира два поретка, како наводи Островски, а пасивно држање и бег од одговорности Родин заправо сматра елегантним излазом из ситуација кад би Суд био присиљен да задире у уставне надлежности чланица Конвенције и да арбитражу између супростављених вредности²⁰. Но, ни он не пориче, да било да поступање Суда карактеришемо као елегантни или маневар линије мањег отпора, судска одлука о признавању и опсегу доктрине јесте једна врста донесеног *вредносној суда*. Мекдоналд је сматрао да примена европског система заштите и стандарда људских права мора да тече поступно, будући да цео оквир опстаје на крхким основама пристанка држава, те у том контексту и донесени вредносни судови могу бити оправдани.²¹

Инспирисана предоченим аналогijама, просто искрсава још једна-она о виђењу Суда као трагичног античког лика Прокурста који доктрином као прави Прокурст на постељи мери, скраћује и растегљује по потреби општи и појединачне интересе, користећи у ту сврху полуге теста пропорционалности. Но, за разлику од негативног предзнака који прати античког јунака, став овог рада не приклања се радикалним критичарима доктрине, и не сматра њено постојање погрешним, већ напротив, важним, будући да њена примена али сведена Судом на разумну меру може свакако учинити ако не више од тога, а оно барем да буде „мање штете“²² него што би било да доктрина потпуно изостане, или, што би било једнако неприхватљиво, да се користи у инфлаторним размерама.

²⁰ *Ibid*, 123.

²¹ *Ibid*, 104.

²² N. Shahpanahi, 53.

2. Тест пропорционалности

2.1. Порекло шестиа и однос

са доктрином поља слободне процене

Користећи се већ поменутиим аналогијама, можемо рећи да је тест пропорционалности алат којим Суд подешава лествицу на којој се налази обим слободне процене. Тест је дакле главни коректив дискреционих овлашћења државе²³. С друге стране, већ помињаним случајевима прекомерне пасивизације Суда, тест и његово (не)спровођење може бити кључ који ће тим овлашћењима широм отворити врата.

Став о улози теста пропорционалности зависиће искључиво да ли се на њега посматра са филозофских (и чак идеолошких) позиција индивидуалистичко егалитаријанске или позиција тзв. интересне теорије.²⁴ Како било, њихове дијаметралне супротности покушао је да премости Грир наглашавајући да приоритет који се даје (индивидуалном) праву уствари има посредничку, улогу почетног процедуралног или доказног карактера, а не улогу дефинитивног приоритета над јавним интересом²⁵. Из посредничке улоге као компромисног решења даље се у Судском поступању усталило схватање да је управо држава та на којој лежи терет доказивања да је задирање у право било *засновано на закону, у служби легишимних (и прописаних) интереса и неопходно у демократском друштву*. Јасно је да колико држава буде успешна у свом доказивању, то ће већи део слободне процене за своју ствар приграбити. Због тога су неки аутори тест пропорционалности сматрали другом страном новчића доктрине поља слободне процене.²⁶ Ствар која им је без сумње заједничка је њихово национално јавноправно порекло. Тако тест вуче своје корене из немачког правног поретка, где је настао поводом једног случаја који се појавио пред пруским Управним судом.

За потпуно сагледавање односа у ком стоје доктрина поља слободне процене и тест пропорционалности, неопходно је узети у обзир и у „једначину“ уврстити и принцип супсидијарности. Како је већ истакнуто, супсидијарност је доживљена као принцип који иде руку

²³ М. Бошковић, 103.

²⁴ За више види F. Jizeng, „Rethinking the Method and Function of Proportionality Test in the European Court Of Human Rights“ *The Journal of Human Rights*, 1/2016, 72 и даље; као и С. Бован, „Фундаменталне тековине европског права људских права“, *Људска права између идеала и изазова садашњости*, 2016., 272-276.

²⁵ F. Jizeng, 73.

²⁶ Наведено према М. Бошковић, 127.

под руку са структуралним видом доктрине, док је сдруге стране тест пропорционалности израз помирења индивидуалних и општих интереса кроз други аспект доктрине, онај супстантивни²⁷. Однос теста и принципа супсидијарности је дакле у томе што су аналогни са два вида доктрине поља слободне процене. И док један тас на ваги, супсидијарност кроз структурални вид доктрине иде ка томе да поље слободне процене додатно прошири, дотле супстантивни вид управо кроз тест пропорционалности тежи томе да рестриктивније вреднује акте државе, успостављајући стандарде попут акутне друштвене потребе.²⁸ Уколико таквих стандарда не би било, Суд би се онда олако приклонио домаћим одлукама, и суштински ни о каквом испитивању не би могло бити речи, без обзира на то што би је формално кроз законитост и легитимност мере Суд оценио да је државни акт у складу са поретком Конценције. Морално политички сензитивна питања а посебно слобода вероисповести као кључна међу њима у том случају би се прва нашла на удару претераног задирања.²⁹

2.2. Структура теста пропорционалности - изв. „контролни сисак питања“

Тест пропорционалности у себи обухвата више фаза и 5 питања на која треба одговорити, груписаних у три подтеста која Суд примењује флексибилно и казуистично. Трипартитну поделу теста тако чине тест обухвата, тест законитости и легитимности и тест пропорционалности у ужем смислу. *Тест обухвата* подразумева испитивање колики је делокруг гарантованог права и да ли је било мешања у право(мешање још увек не значи и да је дошло до неоправданог задирања у право, што оправдава језичку дистинкцију ова два појма о којој смо писали). Након потврдног одговора на претходно питање, Суд прелази на *тест законитости и легитимности* ограничења где испитује да ли је ограничење засновано на законској одредби и да ли је

²⁷ G. Letsas, 84.

²⁸ Истини за вољу, може се десити да се тестом пропорционалности доктрина прошири и да јавни интерес тако увек однесе превагу над људским правима али је чак и та опасност подношљивија од ситуације у којој тих критеријума не би било, већ би уместо њих било довољно да држава докаже заснованост на закону својих мера и њихову легитимност, што јој не би било превише тешко пре свега због широко постављеног Судског разумевања легитимности мере (прим.аут.).

²⁹ Потврду оваквог редуковања теста пропорционалности на уштрб супсидијарности и његових последица по право на слободу вероисповести добили смо најочигледније у случају Лејла Сахин против Турске.(прим.аут.)

управљено на легитимни циљ. Уколико је све до сада испуњено, то и даље неће значити да је задирање у право оправдано, будући да држава мора коначно и да докаже да је њен акт био неопходан у демократском друштву услед постојања акутне друштвене потребе. Суд ће одлуку о овоме донети применом трећег теста, *шестиа пророрционалности у ужем смислу*³⁰. У суштини, ово је и кључни моменат испитивања и донете одлуке углавном зависе од одговора на последњи, трећи подтест будући да се акти држава редовно заснивају на одредбама унутрашњег права различитог нивоа, а да је Суд више него вољан да призна постојање легитимног интереса уколико држава бар на неки начин доведе у везу своје поступање са бар једним од легитимних интереса прописаних у Конвенцији ставом 2 чланова 8-11.

Зато у оквир последњег питања бивају укључена и поједина даља испитивања. Нека од њих су: да ли се предузета мера може рационално повезати са легитимним циљем којем се тежи (*шестиа погобности*), затим да ли је према тесту неопходности предузета мера била једина адекватна или се исти циљ могао постићи и кориштењем неке друге такође прописане мере али која би довела до мањег ограничавања појединчевог права, и најзад имамо пропорционалност у ужем смислу које настоји да одговори да ли је предузетом мером дошло до оптимизујућег баланса између интереса који су се вагали, другачије речено да ли је степен задирања које подносилац представке трпи сразмеран користи коју генерише задовољење легитимног циља³¹.

2.3. Примена шестиа пророрционалности у контексту слободe мисли, савести и вероисповести

Почетна испитивања предвиђена тестом обухвата односе на одређивање делокруга гарантованог права и питања утврђивања постојања мешања од стране државе. Делокруг права на слободу вероисповести чине његова индивидуална, колективна и корпоративна компонента и свака од њих је потврђена у судској пракси.

Лично исповедање вере и његова веза са *forum internum*-ом личних уверења потврђена је судским пресудама уз оцену да је испољавање вере интегрални део обухваћен заштитим. Међутим овде се може направити разлика између две врсте изражавања верског убеђења. Критеријум

³⁰ Ц. Мурдок, *Слобода мисли, савести и вероисповести - водич за примену члана 9 Европске Конвенције за људска права*, СЕ Београд, 2008., 18-20; N. Shahpanahi, 16-18.; М.Бошковић, 76.

³¹ F. Jizeng, 81.

поделе је у односу на то да ли форма у којој се дешава лично испољавање сама по себи представља израз који је од централног значаја за верски идентитет појединца, или је испољавање само подстакнуто верским мотивима лоји немају прворазредни значај за верско самоодређење појединца али и те заједнице. Иако прецизна дистинкција није увек могућа, јасно је да ова подела од значаја има само кад је у питању јавна свера (јер се у домену приватне неће ни поставити питање рангирања мотива), у којој једино постоји могућност да се ова друга група испољавања нађе изван делокруга члана 9.

Колективни и корпоративни аспект слободе вероисповести полази од уважавања чињенице да „...*цркве традиционално постоје и делују у оквиру организованих заједница*“, што ће и судска пракса преузети при дефиницији цркве као „*организоване верске заједнице која се темељи на идентичним или бар суштински сличним пољедима*“³². Из тог разлога њој се омогућава да наметне једнообразни модел у свим аспектима организације свог верског живота(у погледу молитве, обичаја, унутрашње организације, постављања услова за радноправни и други статус својих припадника и др). У том смислу, боло какво одступање од овог утемељеног начина деловања конкретне верске заједнице које би евентуално спровео појединац-посебно њен клирик не би се могло оправдати правом на испољавање верског уверења, а поготово би било неосновано ако би тај појединац у својим захтевима користио аргументацију и разлоге верске заједнице од чијег се живота у суштини оделио.

Последња ствар коју Суд оцењује у оквиру делокруга гарантованог права је да ли се право за које се у представци тврди да је угрожено, може можда адекватније заштитити позивањем на неку, на основу чињеница случаја релевантнију одредбу Конвенције. Ако одговор остане негативан, представка се налази у оквиру делокруга члана 9. Када је у питању слобода вероисповести, нека од адекватнијих права која су фигурирала у пракси Суда била су право на уживање имовине(случај Манастира против Грчке) али и суседна права-на приватност и на слободу изражавања и удруживања. Важно је истаћи да утврђивање да је дошло до мешања државним актом само по себи и даље ништа неће значити и обавезаће Суд само на то да настави са спровођењем следећих корака у примени теста.³³

³² Наведено према Ц. Мурдок, 31.

³³ У теорији је посебно интересантна могућност мешања државе у гарантовано право слободе вероисповести посредством и позивањем на позитивне обавезе које

Први од њих је испитивање заснованости на закону и легитимности оспореног државног акта. Под заснованошћу неке мере на закону Суд подразумева да она треба да буде усаглашена са општим правним актима унутрашњег права, који не морају нужно увек бити у форми законског акта. У предмету *Круслин и Хувии́ прошиив Француске* Суд је искристалисао неколико критеријума теста легалности: најпре треба утврдити да ли оспорена мера има ослонац у норми унутрашњег права, затим да ли је та норма на одговарајући начин доступна грађанима (доступност) и да ли је одредба довољно прецизна тако да је грађани могу разумети и на основу ње предвиђати сопствене поступке. То предвиђање се додуше мора разумети у мери која није апсолутна, већ разумна будући да то произилази из природе општих аката уопште. И најзад испитује се да ли закон довољно прецизно омеђава обим и начин вршења дискреционих овлашћења органа јавне власти.³⁴ У случају да прецизно постављене границе изостану, органима јавне власти остају одрешене руке са „ничим спутаном моћи“ коју ће онда орган без сумње злоупотребити у случају бирања стране између два конфронтрана руководства верске заједнице, што је Суд исправно оценио у случају *Хасан и Чауш прошиив Бујарске*.³⁵ У овом конкретном случају непостојање брана арбитрерној државној дискрецији у унутрашњем праву изразило се и кроз потпуно одсуство било каквих механизма процесне

има (?) у погледу остваривања слободе вероисповести. Сам текст Конвенције у овом случају не упућује посебно на било какве обавезе позитивне природе. Неки аутори зато слободу вероисповести схватају либералистички, кроз приступ који своди улогу државе на обавезе искључиво негативне природе, док други, попут проф Аврамовића сматрају да сам текст Конвенције није посебна брана схватању по ком се систем мора активније поставити према остварењу верских слобода кроз креирање адекватног амбијента за њихово испољавање, будући да је тај амбијент неопходан услов остварења „*позитивне слободе*“ (С. Аврамовић, *Прилози насџанку српској државно-црквеној иправа*, Правни факултет, Београд, 2007., 99) У том смислу, у случају када је то неопходно власти се могу умешати у интерни спор верске заједнице и дати свој допринос његовом решавању. Али једна таква акција да би била схваћена као дозвољени израз позитивне обавезе државе, мора имати изразито неутрални карактер. Велике потешкоће које се у пракси поводом достизања таквог квалитета неутралности јављају, аргумент су који никако не иде у прилог оваквом екстензивном тумачењу Конвенције. Искљученост позитивних обавеза из делокруга члана 9 наглашена је *a fortiori* јер је Суд у својој пракси стао на становиште да слобода вероисповести не подразумева и (позитивну) обавезу државе да омогући или додели верницима објекте у којима ће они упражњавати своју верску праксу. На основу овога, чини се да би акти подстакнути мотивима позитивне обавезе државе пре значили мешање у право из члана 9, него део његовог делокруга

³⁴ *Kruslin v France*, 11801/85, 24.4.1990, 27 и даље

³⁵ *Hasan i Chaush v. Bulgaria*, 30985/96, 26.10.2000., ст. 84-86.

заштите који би евентуално стајали оштећеној страни на располагању, а све и да су они постојали не би се могли искористити јер страна није ни била обавештена о националним прописима нити о самом акту који се на њу односио. На тај начин, предочене чињенице случаја представљају школски пример непостојања заснованости на закону одређеног државног акта.

Што се тиче прецизирања принципа доступности и предвидивости, Суд је у најстаријем случају у питањима слободе вероисповести, *Коккинакис њрошив Грчке*, утврдио да када закон сам по себи не пружа недвосмислено јасну одредбу у погледу начина поступања, тај недостатак се има исправити ако у системској целини унутрашњег права постоје акти који могу бити од користи при прецизирању законског текста. У овом конкретном случају, за одређење закона као доступног послужила је и објављена пракса грчких судова по питањима које је било предмет представке.³⁶

Ако заснованост на закону схватимо као отелотворење принципа владавине права и гаранцију правне сигурности, онда на овом месту треба поставити питање да ли би критеријум законитости у погледу предвидивости и доступности грађанима задовољио онај општи акт који би био донесен без поштовања законског поступка за доношење општих аката? На пример, ако у потпуности из процедуре нестане институт јавне расправе, као несумњиви део унутрашњег поретка, те лица на која се тај општи акт најнепосредније односи не добију у демократији гарантовану прилику да учествују у изради и доношењу закона, можемо ли рећи да је такав акт био адекватно доступан и да на основу њега дестинатари могу предвиђати последице свог деловања? Мишљења смо да се на ово питање не може дати позитиван одговор.

Додатни разлог у прилог оваквом ставу представља и изразита нелегитимност такве норме, ако нелегитимност схватимо било веберовски- као доношење одлуке у складу с одређеном процедуром, било келзеновски-као валидност која извире из доношења на одређени начин.³⁷ Међутим, веберовско-келзеновско схватање легитимности при спровођењу теста пропорционалности просто не може бити довољно, будући да би се терет доказивања државе за спроведену меру онда свео само на доказивање постојања некаквог законског основа и какве

³⁶ Kokkinakis v. Greece, 14307/88, 25. 5. 1993., ст. 40 и 41 а у вези са ст. 17-20.

³⁷ М. Вебер, *Привреда и друштво*, 1976.; Х. Келзен, *Чиста теорија права*, 2007; цитирано у М. Бошковић 80, фн. 328.

такве процедуре. Легитимност би онда била ништа више до празна љуштура у коју би се могао заогрнути било какав, па и најспорнији државни акт.

Зато се следећи критеријум теста пропорционалности односи на легитимност обогашену и материјалним а не само формалним елементом. Тај материјални елемент легитимности државне мере у делокругу члана 9 изражен је таксативним навођењем интереса *јавне безбедности, јавној рега, здравља и морала и заштитише њрава и слобода других* као разлога за којим држава може посегнути да оправда своје поступање. Овакав *numerus clausus* карактер ограничавајућих мера, између осталог искључује и могућност примене тзв „*ирејшосишављених оіраничења*“ која би државна власт спроводила без пружања икаквих оправдања, изводећи такво своје право из просте чињенице свог постојања.³⁸ Суд је овакав став потврдио у случају *Sunday Times* утврђујући да се, изван предвиђених, не могу користити други разлози ограничавања а и ови постојећи се имају тумачити строго, у границама које поставља њихов уобичајен смисао језичког израза.³⁹

Држава се у свом поступању, у најчешћем броју случајева, не води по принципу *Deus ex machina*. Иза њених аката редовно стоји, с њене тачке гледишта, врло рационалан разлог који се може прихватити и коме се врло лако може наћи (бар некакво) оправдање. Стога је легитимизација акта по правилу најлакши од свих задатака које пред државу поставља тест пропорционалности.

Како посао државе не би био до те мере неоправдано олакшан, дошло је до раздвајања појма постојања легитимног циља и појма акутне друштвене потребе, која је само један део потврде неопходности предузете мере у демократском друштву. Постојање првог не значи по аутоматизму и постојање другог појма. На овој разлици црпи свој изузетни значај последње испитивање теста пропорционалности-оно које оцењује да ли је ограничавајућа мера била неопходна у демократском друштву. Илустративна је чињеница да је Суд критеријуме који ближе одређују шта значи да је мера неопходна у демократском друштву искристалисао у истој пресуди у којој је и први пут детаљније елаборирао доктрину поља слободне процене-

³⁸ Оваквом ставу државних власти би се могао упутити и приговор самог правног порекла, будући да су индивидуална права инхерентна, док државна власт тешко да може стећи такав атрибут. (прим.аут.).

³⁹ *Sunday Times v. The United Kingdom*, 6538/74, 26.4.1979., ст. 65.

у случају *Хендисајд проџив Уједињеної Краљевствва*. Стога је јасно да ће коначна одлука о опсегу слободне процене зависити од критеријума неопходности у демократском друштву, а ти критеријуми су: *постојање акућне друшћивене пошребе, заснованост мере на релеванћним и довољним разлозима и њена сразмерност циљевима којима се шћжи*.⁴⁰

Тако се не може говорити ни о каквој сразмерности мере ако се њом задре у оно за шта се сматра да је срж права на слободу вероисповести у било ком од њена три аспекта. У случају таквог задирања ниједна друга вредност претпостављена верској слободи не би имала ту довољну силину, што би аутоматски значило непостојање сразмерности. Мера ће с друге стране бити сразмерна у случају да се државни орган за њу одлучио зато што није постојала ниједна друга једнако ефикасна, којом би се појединчево право ограничило у мањем обиму. Да би се изабрала и применила заиста адекватна мера, и разлози посезања за њом морају бити исто тако одмерени и адекватни. У супротном настала би ситуација у којој би држава својим поступањем „клала вола ради кила меса.“⁴¹

Вагање сразмерности мере и релеванћности њених разлога имају смисла једино у контексту постојања шире друшћивене потребе. Та потреба мора бити стварно присутна, а не преувеличавана, мора бити горућа али не и потпиривана од стране државе. Ово је и став Суда, потврћен у телеолошком тумачењу првог дела синтагме „неоћходно у демократћском друшћиву“. Неопходност у том смислу не подразумева неизбежну изнућеност државе, чија би се мера онда природно подразумевала и не би захтевала никаква додатна објашњења. Баш напротив, што држава своју меру сматра неопходнијом тим пре је мора подупрети утолико јачом аргументацијом разлога које сматра оправданим. Тумачење другог дела синтагме огледа се у томе што ниједан од тих разлога не сме ићи насупрот темељним вредностима демократије изражених у толеранцији и плурализму. Једино поштујући ово, демократско друшћтво може дати преко потребни (да не кажемо неопходни) легитимитет неопходности ограничавајуће мере и једино тако се може изнова и изнова пројављивати најзначајнија вредност теста пропорционалности, а то је судском праксом потврћена његова инхерентност демократији и њеним концептима.

⁴⁰ Handyside v. The United Kingdom, 5493/72, 7.12. 1976., ст.49

⁴¹ М. Бошковић, 88.

3. Примена поља слободне процене у поступцима по члану 9 ЕКЉП

3.1. Особеност члана 9 у односу на друге „квалификоване чланове“ Конвенције

Формулација члана Конвенције којим се гарантује слобода вероисповести описана је као „*заваравајуће једносмисленост*“⁴² пре свега због немогућности да се уобличи јасно и кохерентно значење термина вера и веровање. Ово је био један од разлога због којих су се чули гласови да би било добро слободу вероисповести избрисати као посебно право гарантовано Конвенцијом, те ту област због немалих сличности, подвести под заштиту неких од суседних чланова, попут члана 8 који гарантује приватност или члана 11 који гарантује право на слободно удруживање. Други разлог који је стајао иза оваквих захтева је директно повезан с нашом темом, а тиче се дефицита и слабости резоновања Суда⁴³ што је био и разлог честог повлачења Суда у поступању у питањима верске слободе. Ипак, упркос овим очигледним проблемима, члан 9 није избрисан и остао је као важна специјална гаранција да ће сама срж плурализма, верска слобода, уз *активније* учешће Суда остати заштићена, јер без ње, како то примењује проф. Робертс, ни општа слобода не би била могућа.⁴⁴ Неутапање члана 9 у неки од суседних чланова омогућило је и опстанак одређених разлика, пре свега у погледу става 2 који предвиђа ограничења гарантованих права. Стога је круг легитимних циљева из којих држава може ограничити или задрети у право слободе вероисповести ужи него круг легитимних интереса код на пример слободе удруживања, јер не садржи разлог националне безбедности као један од легитимних интереса ради чије заштите држава може посегнути за ограничавајућим мерама. Зашто је Конвенција предвидела да слободу вероисповести на овај начин учини додатним изузетком међу правима које гарантује? Један од разлога може бити и то што је религија, због својих осведочених значаја и од стране Суда окарактерисана као вредност која у највећој мери одређује целокупне животе појединаца, те је на неколико места понављано како

⁴² Laura Mihailescu – ‘Article 9 – time to retire?’ , https://www.academia.edu/11234095/Article_9_-_Time_to_retire, 15.6.2019

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ С. Аврамовић, 98. Оваква акција посебно не би могла да нађе своје оправдање данас, када религија доживљава процес своје ревитализације и ревалоризације, посебно у друштвима која пролазе процес транзиције. (прим. аут.)

држава мора да остане неутрална и непристрасна,⁴⁵ што подразумева у себи низ негативних обавеза код којих се питање своди на то да ли је држава отишла предалеко, и код којих је стога *per definitionem* поље слободне процене суженије. Тако, иако Суд начелно благонаклоно гледа на државну аргументацију позивања на легитимне интересе, државе не би смеле да ово злоупотребе, будући да их на поступање у доброј вери обавезује и Бечка конвенција о закључивању међународних уговора. Ово практично значи да све и да дође до државног позивања на националну безбедност као питање од виталног значаја и легитимни интерес ограничења члана 9 као у случају Бесарабисјке митрополије против Молдавије, то се мора заснивати на поузданим доказима⁴⁶ а не на спекулацијама често политичке позадине, из којих држава настоји да предузме мере које би превазишле границе тумачења у доброј вери и начела неутралности. Разлика између поузданих и релевантних основа и политичких спекулација се можда и најбоље може видети на примеру кипарског случаја. Наиме, чланом 18. кипарског Устава поред општепознатих разлога ограничења слободе вероисповести који у потпуности кореспондирају разлозима из става 2 члана 9 ЕКЉП, предвиђена су два додатна основа због којих се слобода вероисповести може ограничити а то су безбедност Републике и уставно уређење⁴⁷. Нема сумње да је под овим уставотворац подразумевао управо националну безбедност, те да се оправдање за овакво проширење може пронаћи у реално постојећој и озбиљној ситуацији коју Кипар још од 1974. године има на делу своје територије познатијој под називом (непризната) „Турска Република Северни Кипар“. Та ситуација поделе и немогућност спровођења Устава на целокупној територији представља „озбиљну претреку за пошито остваривање људских права“, те између осталог и слободе вероисповести, што је и примећено у годишњем извештају представника УН за људска права с почетка 2011 године.⁴⁸

Језичким тумачењем става 2 члана 9 Европске Конвенције долази се до још једног занимљивог закључка а то је да се нигде међу

⁴⁵ Г. Роберс, Које међународноправне обавезе треба укључити у закон о религији, *Правни положај црква и вјерских заједница у Црној Гори данас* (ур. Б.Шијаковић), Бона фидес, Никшић, 2009., 27

⁴⁶ *Ibid.* 30.

⁴⁷ А. Емилианидес, „Држава и Црква на Кипру“, *Држава и Црква у Европској Унији* (пр. Г. Роберс) Београд 2012., 125.

⁴⁸ Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the question of human rights in Cyprus, A/HRC/16/21, 7.1.2011., ставови 41-44.

разлозима легитимних интереса не наводи заштита секуларне државе и њених вредности као оправдан разлог ограничавања права на слободу вероисповести у њеном делу који подразумевамо под *forum externum*-ом. Овакав став који произилази из текста Конвенције прихваћен је и у пресудама Европског суда које су, из обавеза да држава остане неутрална произвеле захтев за очувањем и улогом државе као мирног гаранта плуралистичког друштва. А сама идеја плуралистичког друштва неспојива је са истицањем и арбитирањем једне вредности, па била та вредност и секуларизам, већ подразумева суживот и толеранцију, чији држава мора бити промотер и гарант.⁴⁹

3.2. Групе случајева у којима је дошло до примене поља слободне процене

Када је у питању природа ситуација у представкама поводом члана 9, и у којима је Суд признавао или одбијао да призна поље слободне процене оне се могу поделити у три групе⁵⁰. У прву групу спадају случајеви код којих је дошло до конфликта између права на слободу вероисповести и других права и слобода других лица, најчешће слободу изражавања, али не само ње. Најзначајнији случај из ове категорије је сигурно случај *Ојто Преминјер инстипијуша йројив Аустрије* у ком су у сукоб дошли право на изражавање у виду филма с верском

⁴⁹ У основи, ово није било спорно за већину европских друштава где се секуларност схвата као плуралистичка, док су пред Суд због неразумевања оваквог схватања долазиле углавном државе где се секуларизам доживљава фундаменталистички, попут Турске. Нажалост, из последица структуралног вида доктрине коју је наглашавао Летсас, Суд није увек био на висини задатка те је у случају Лејла Сахин против Турске, оставио исувише велико поље слободне процене државама, пошавши за фундаменталистичким виђењем секуларизма, и тиме подбацио да доследно спроведе своју идеју о одређењу државе као неутралног организатора различитих видова верског живота унутар ње. Сам концепт фундаменталистичког секуларизма представља својеврсно извргнуће онога што би требало да буде темељ секуларне државе а то је толеранција. У том погледу, чини се тачном опаска једног немачког професора да „је секуларна држава йосйављена на йосйавкама која сама не може да исйуни“ Ако Суд настави да користи поље слободне процене као инструмент повлађивања фундаменталистичком секуларизму, онда можемо доћи у апсурдну ситуацију, да право из члана 9 Суд искористи као инструмент гушења уместо промоције слободу вероисповести (прим.аут.) Детаљније види код С. Morini, „Secularism and Freedom of Religion: the Approach of the European Court of Human Rights“, *Israel Law Review*, 2010.; као и код В.Марковић, Слобода вероисповести и појам секуларизма у светлу Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, рад представљен на конференцији из теорије и филозофије права, децембар 2018.

⁵⁰ Класификација је наведена према М. Бошковић, 188-193.

тематиком и право на слободу вероисповести појединаца који су се спорним изражавањем о питањима њихове вере у поменутом филму нашли увређени. Ваља истаћи да су у овом случају (и њему сличним случајевима) поље слободне процене и слобода вероисповести доведени само у посредну везу, будући да је Суд о признавању слободне процене одлучивао у поступању по члану 10, али у посебно тесној вези верским осећањима погођених појединаца и њиховим уживањем гаранција из члана 9. Иако постоје мишљења да случај конфликта два појединачна права не треба уопште да буде предмет поступања Суда у Стразбуру, Суд је у овом случају ценио мере државе којим је слобода изражавања ограничења у сврху легитимних интереса права других на слободу вероисповести и такве ограничавајуће мере оцењене су адекватним. Као образложење такве своје одлуке Суд је истакао да „*екстремни случајеви последице одређених метода суиностранства верским уверењима или њиховој немирања могу бити ипакве да инхибирају носиоце тих уверења у осиваривању њихове слободе да исповедају сва уверења.*“⁵¹ Оволико широко постављено поље слободне процене, поред тога што је поново указало на контроверзност питања постојања и карактера позитивних обавеза државе у питањима слободе вероисповести, наишло је и на друге озбиљне критике, будући да „...*појединци који уживају право на слободу вероисповести не могу под тим подразумевати да су ослобођени сваки кријшике или немирања њихових уверења у плуралистичком друштву.*“⁵² На овај начин чини се да је поље слободне процене у рукама Суда, чија је афирмативна намена схваћена као ојачавање плурализма, знатно може допринети сасвим супротним резултатима.

Другу групу случајева чине они у којима је цењен аспект слободе вероисповести према секуларним вредностима и тежњи државе да ужива поље слободне процене у погледу тих мера а посебно при истицању симбола и јавном испољавању религије. О овом смо већ нешто рекли при помињању случаја Лејле Сахин и спорног ношења муслиманске верске мараме - хиџаба на факултету, али у ову групу спадају и планетарно познати Лауци случај као и пресуда у случају Актас против Француске у којој је Суд пресудио сасвим супротно ставовима које је заузео у Лауци случају, само још једном компромитујући недоследни карактер доктрине. Што се тиче распећа у италијанским државним школама, након велике прашине која се поводом тог случаја подигла,

⁵¹ Otto Preminger Institute v. Austria, 13470/87, 20.9.1994., 52 и даље

⁵² N. Shashpanahi, 25.

италијанским органима признато је широко поље слободне процене при одлуци да задрже распеће у школама као пасивни симбол који је као такав неподобан за индоктринацију у обиму у ком је тврдила подносиатељка представке.⁵³ Једнако широко поље процене остављено је француским органима у случају Актас, али са супротним ефектом, будући да је ускраћено право појединца да на јавном месту носи крст око врата као симбол своје вероисповести. Оваква недоследност Суда послужила је оштрим критичарима доктрине да укажу на то да је држава у оба случаја погрешила. У првом случају је италијанска држава урадила премало, а у другом случају у ком је посреди била негативна обавеза, француски су органи пак отишли предалеко. Већ у првој пресуди поводом члана 9, давних 90-их година, у случају Кокинакис против Грчке наглашено је да „државе моју да уживају поље слободне процене али да су и даље подложне супервизорској улози Суда“.⁵⁴ Након две представљене групе случајева чини се да квалитет те супервизорске улоге Суда није био на задовољавајућем нивоу.

И најзад, трећу и свакако најзанимљивију групу случајева представљају они у ком су вагани акти државних органа у питањима односа државе и верских заједница. Посебно су интересантни они случајеви у којима су постојали спорови проистекли из раскола унутар једне деноминације, а држава се на разне начине сврставала уз једну страну у спору, правдајући такве акције као неопходне у демократском друштву. Ова група случајева нам је толико важна из разлога што је управо у овим случајевима поље слободне процене постављано најуже, а Суд у својим пресудама најдетаљније искристалисао ша подразумева под фамозном „*неуитралношћу и нејириситрасношћу државе*.“

Тако је *conditio sine qua non* неутралности државе поштовање аутономије верских заједница. Ова аутономија у себи обухвата два аспекта-слободу унутрашњег руковођења (што у себи подразумева унутрашње уређење организације кроз избор поглавара, утврђење хијерархије у складу с аутономним прописима итд), и доктринарну слободу, тј слободу у формулисању и спровођењу доктрина и учења својег верског светоназора. Када је реч о хришћанским верским заједницама, онда формулисане доктрине и догмати у себи садрже и оно

⁵³ Али исто тако и као симбол Хришћанства, у коме су италијански органи видели корене својих секуларних темеља, те нису желели да у име секуларности контрадикторно, ударе на оно што су сматрали извором саме секуларности. (прим. аут.) Детаљније код С. Morini, 13. и даље.

⁵⁴ Kokkinakis v. Greece, ст. 47.

што је део првог аспекта аутономије а то су, *inter alia* и прописи о канонском поретку унутар Цркве и уређењу јерархије. Посреди је дакле органско и нераскидиво јединство ова два елемента унутар концепта аутономије. Нажалост, ова „доктринарна аутономија“ је у пракси Су-да пречесто занемаривана⁵⁵. Стога је управо недовољно вредновање аргумената канонских и аутономних прописа православне Цркве често био разлог усложњавања а не решавања проблема у случајевима где су се православне хришћанске заједнице нашле у спору, као на пример у случајевима Бесарабијске митрополије против Молдавије и Светог Синода Бугарске Цркве и митрополита Инокентија против Бугарске.

Неповредивост аутономије верских заједница у оба њена аспекта остаје неприкосновена, осим у случају акутне друштвене потребе, из простог разлога што је држава по свом карактеру *некомитијенитна* за питања из области вере и верских спорова. Око овог су сагласне и теорија⁵⁶ али и уставна пракса појединих европских земаља попут Шпаније.⁵⁷ Ако се вратимо мало у прошлост, у време Сабора на којима су се брусили догмати хришћанске вере и који су обиловали унутарцрквеним сукобима између епископа, видећемо да је сваки од тих Сабора сазивао Цар, њима председавао и без његовог одобравања ниједан се догмат није могао потврдити. Иако је у међувремену држава освестила своју некомпетентност за верска питања, није успела сасвим да одоли искушењу да на њу с времена на време зажмури и умеша се у верске спорове радњама које поред правног, редовно имају и изразито тенденциозни политички или идеолошки призив⁵⁸, што Суд не би никако смео допустити. Непоштовање права на самоодређење Цркве или верске заједнице, посебно у погледу корпоративног сегмента верске слободе, кроз произвољну интервенцију државе акт је подривања плурализма. Ово је Суд и потврдио у пресуди Врховног савета Исламске заједнице против Бугарске наводећи да „*чак и ако је неопходно да предузме акцију како би помирила интересе разних вероисповести које коезистирају у друштву, држава у коришћењу својих регулаторних овлашћења у њу сврху*

⁵⁵ M. Gatti, *Autonomy of religious organisations in the European convention on human rights and in the EU Law, Fundamental Rights in Europe and China. Regional Identities and Universalism*, (Eds. L.S. Rossi, G. Di Federico) Editoriale Scientifica, 2013., 133

⁵⁶ Види код С. Ферари, *Обавезе државе у сфери верске слободе, Правни положај црква и вјерских заједница у Црној Гори данас* (ур. Б.Шијаковић), Бона фидес, Никшић, 2009., 37.

⁵⁷ В. Ђурић, *Слобода вероисповести у јурисдигенцији европских уставних судова*, Институт за упоредно право, Београд 2012., 26.

⁵⁸ С. Аврамовић, 113.

мора да остане неутрална“.⁵⁹ Дакле сама акција може бити врло лако бити у циљу заштите јавног интереса, очувања јавног реда и сл, али да и даље нема завређену оправданост у смислу неопходности у демократском друштву и сразмерности акутној друштвеној потреби. Држава ће настојати да акутну друштвену потребу прикаже што је шире могуће, не либећи се некад ни неоснованих преувеличавања, али како је Суд приметио у случају *Шериф иројив Грчке* само постојање тензија није довољан разлог за задирање државе у аутономију верских заједница будући да је „најтежији неизбежна последица плурализма, те је улога власици у њим околностима не да елиминирају узрок најтежији укидањем плурализма, већ да обезбеде толеранцију међу конкурентним групама“.⁶⁰ Међутим такво обезбеђивање толеранције међу конкурентним групама и даље нема карактер који држава може разумети у контексту обавезе позитивне природе. Тако толеранција у овом смислу ни на који начин не подразумева државни ангажман у погледу, рецимо, додељивања верских објеката једној верској заједници или од ње одељењом делу који је након чињенице раскола остао онемогућен да их користи, што може бити, и најчешће јесте, последица интерних доктринарних правила саме верске заједнице. Овакво схватање држања државних органа Суд је додатно потврдио и доследним ставом у случајевима попут оног поводом спора Грчке парохије у Минхену против Немачке⁶¹ у којим је установио да поље слободне процене не обухвата и право државе да преко својих органа додели верској заједници место за обављање верских обреда, посебно зато што би тиме нарушила принцип неутралности у међуверским споровима.

Једно од најчешћих и држави омиљених средстава којима се, чим се појаве назнаке напетости које узгред, и држава својим акцијама може да потпирује, укида плурализам у друштву је позивање на принцип једнаког третмана тј паритета. И наизглед, у лаичком, *prima facie* поимању паритета у једнаком третману свих грађана и верских организација нема ничег спорног. Међутим, потенцијал злоупотребе у дискриминаторне сврхе овако схваћеног начела је огроман и био је познат још античким мислиоцима попут Плинија који је то и формулисао кроз сентенцу да „Ништа није тако неједнако као сама једнакост“⁶² или Платона који је у Политеји правичност дефинисао као чињење

⁵⁹ Наведено према Ц. Мурдок 76, 77.

⁶⁰ *Serif v. Greece*, 38178/97, 14.3.2000., ст. 52-54.

⁶¹ *Griechische Kirchengemeinde München et Bayern E.V. c. Allemagne*, 52336/99, 18.9.2007.

⁶² С. Аврамовић, 101.

доброг пријатељима и рђавог непријатељима⁶³, дакле подвукао је одређену неједнакост условљену разликама као предуслов узвишене идеје правичности. Из овог је произашао принцип „једнако с једнакима неједнако с неједнакима“ у савременом праву као брана извргнућу начела једнакости у нешто што је њему супротно. Пренесено на домен државно-црквеног права, ово би значило да државе најпре, а потом и Суд не могу при односу према аутономији верских заједница да пренебрегну разлике и специфичности које су условљене историјским и доктринарним (у случају хришћанских заједница, канонским пре свега) факторима који за ту верску заједницу представљају квалитативни аспект њеног самоодређења. Ако се пак држава одлучи на такав корак, онда је посреди арбитрерно уплитање које је недозвољено и неправично.

Судске одлуке су већ дуже време на линији сужавања слободне процене када је у питању уплитање у спорове раскола и религијског руководства.⁶⁴ У пресудама Ага против Грчке и Бугарски Синод против Бугарске Суд је заузео сличан став да „У демократским друштвима није на држави да предузима мере како би обезбедила верским заједницама да остане или да буду поведена под јединствено вођство.“⁶⁵ За верску организацију или део организације чија би се права оваквим актом неоправдано ограничила, посебно је проблематично што би у случају наметнутог јединства као решења тензија, она у њему престала да препознаје аутентичан и легитиман израз своје заједнице и њеног идентитета. Ово би даље довело до немогућности остварења корпоративног аспекта слободе вероисповести кроз кидање везе чланова са организацијом, те неминовног стварања нових трвења и раскола, и на крају потпуног суноврата и негације права на слободу вероисповести⁶⁶. Уместо да га негује, а са њим и плурализам у друштву, држава би их оваквим актом обоје у корену сасекла.

⁶³ Платон, *Држава*, Дерета, Београд, 2017., 12.

⁶⁴ K. Henrad, „A Critical Appraisal of the Margin of Appreciation Left to States Pertaining to ‘Church–State Relations’ Under the Jurisprudence of the European Court of Human Rights“, *Test of Faith? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace*, Ashgate, 83.

⁶⁵ Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) and others v. Bulgaria, 412/03, 35677/04, 22.1.2009., ст.119-20 као и Agga v. Greece, 50776/99, 52912/99, 17.1.2003, ст. 59

⁶⁶ У актуелној црквеној кризи у Украјини сведоци смо још једне рефлексије проблема до ког овакво погрешно поступање државних власти може довести. До представке Суду у Стразбуру, истина, још није дошло, али не би требало, на основу изложеног, да буде недоумица у погледу одлуке која се има донети ако до ње дође у ближој будућности. (прим. аут.)

Другопоменути случај је због историјске сложености чињеничног стања захвалнији за анализу. У најкраћем, Суду се обратила група припадника тзв „алтернативног Синода“ предвођена митрополитом Инокентијем, која је непризната и није део свеправославног канонског и еклисиолошког јединства православне Цркве, што није неважно споменути. Повод за представку је било одбијање државних органа да тзв алтернативни Синод региструју будући да је према прописима канонска Бугарска Црква имала правни субјективитет *ex lege*, те да се због тога ниједна друга црква истог или сличног имена није могла регистровати. У светлу горенаведеног параграфа пресуде, Суд је дао за право подносиоцима представке и ускратио слободну процену бугарским властима. Међутим овде Суд при оцени није довољно узео у обзир фактор претходних историјских околности, као и важност доктринарног аспекта аутономије верске заједнице- Бугарске православне цркве. Оваква одлука стога није у складу са новијом тенденцијом да се државама које у свом поступању исправљају грешке из прошлости начелно призна шири опсег слободне процене.⁶⁷

Још један врло контроверзан и комплексан случај је онај између Бесарабијске митрополије и Молдавије. Овде је подносилац представке Бесарабијска митрополија као јединица под јурисдикцијом Румунске Православне Цркве одбијена у поступку регистрације под изговором да у Молдавији већ делује једна православна црква, она под канонским окриљем Московске патријаршије. Претежнији пак разлог био је тај што је деловање Бесарабијске митрополије у

⁶⁷ За признавање да је посреди било поступање у циљу исправљања грешака из прошлости од значаја могу бити следеће чињенице. Наиме, у времену непосредно по урушавању социјализма, Инокентијев претходник, непризнати патријарх Пимен уживао је отворену и политички мотивисану подршку бугарске посткомунистичке државе у правој насилној борби за престо бугарског патријарха који је у то време држао патријарх Максим, признат и препознат канонским патријархом од стране целокупног православног света. Њега су нове бугарске власти држале за комунистички реликт, што је и био разлог сврставања на Пименову страну и жестоког обрачуна са Максимом. (Т. Тешмановић, *Суд у Сиразбуру и верска њрава*, Православни Богословски факултет, Београд 2010., 34-36) Описана ситуација око уплитања државе на релацији Пимен-Максим током 90их година школски је пример недозвољеног задирања у аутономију религијских заједнице, те би Суд нове акте бугарске владе које је оцењивао у поменутој пресуди можда пре могао схватити као изнијансирању приступ у циљу враћања нарушене равнотеже и неутралности, а не само акт још једног недозвољеног задирања у плурализмом задат оквир аутономије верских заједница. За овакав став би се можда *a fortiori* требао одредити јер је он и потпуно на трагу аутономног канонског поретка Бугарске православне цркве, дакле изражава пуно поштовање доктринарног аспекта аутономије верских заједница. (прим. аут.)

Молдавији, због историјских и политичких сложености, оцењено као недозвољено јер је претња националној безбедности, тј пре националном опстанку, будући да су државни органи као циљ ове митрополије видели подривање државног поретка и поновно привлачење молдавског народа Румунији. Овде је Суд поново уважавајући легитимност државног акта, ипак дао за право подносиоцима представке, подцртавајући још једном да је за ограничавање аутономије верске заједнице у демократском друштву неопходно понудити посебно јаке разлоге, што молдавске власти нису учиниле. Овај случај је прилично вишеслојан, но ми ћемо овде још једном указати на нешто што се у овом раду већ помињало. Политичко-идеолошки мотиви за арбитражањем у верским споровима, потпомогнути дискриминаторним намерама и заогрнути у форму државног акта, или као у овом случају чак и несакривени, не могу своју оправданост тражити у оквирима поља слободне процене. Корпоративни аспект слободе вероисповести и верска аутономија сигурно нису без ограничења, али за ограничење овог интензитета и разлог мора бити довољно потврђен и не може се заснивати на процени политичке воље, нејасним спекулацијама-мантрама или смерницама одређених политичких интересних група унутар државе. Поље слободне процене не би могло оправдати ни превентивну акцију државе, јер би се и она најчешће заснивала на политички мотивисаној процени. Дакле док год се довољно убедљиви разлози за ограничење не појаве, држава заснована на демократском плурализму дужна је да прати динамику одвијања аутономног верског живота, по ритму који диктирају његова сопствена правила и, као неком ко је неутрални гарант слободе вероисповести не остаје јој ништа друго до да се са резултатом који произиђе из те динамике сагласи и да га призна, не настојећи да успостављени поредак поремети. На тај начин пружа се чврста гаранција да ће бити испоштована оба поменућа и неодвојива аспекта принципа аутономије верских заједница.

4. Закључак

Говорећи о, овде толико пута споменутој, неутралности као карактеру државе и њеног опхођења у питањима верске слободе, професор Ферари истиче да би било пожељно тај термин избегавати⁶⁸. Држава, по њему, ни не може бити неутрална, будући да је омеђена сопственом историјом, вредностима, наслеђем и краткорочним и дугорочним циљевима. Можда је стога био преамбициозан наш покушај постављања

⁶⁸ С. Ферари, 37.

таквих захтева који од државе траже да иде на тај начин против своје природе, и где су изгледи за успех су мали и уз сво суздржавање с њене стране. Овде стога могу доћи до изражаја афирмативне особине доктрине поља слободне процене а које смо навели на почетку овог рада. Она може послужити држави да дође до даха у том дозвољеном јој простору маневрисања (*elbow room*) а да неутралност у питањима верске слободе не схвати као тешко издрживи и нелегитимно наметнути јарам. Стога је од кључног значаја да чак и судско сужавање поља слободне процене држава не схвати као још један воденични камен око свога врата, већ пре као прилику и позив за активнијим учествовањем у доношењу демократских одлука.⁶⁹ Воденични камен око врата тако врло лако може да постане камен темељац демократског друштва, ако се, као што је урађено на почетку рада, доктрина схвати као место сусрета а не судара наднационалног и националног и као последица европске партикуларности и плурализма. Што се улоге Суда тиче, чини нам се да смо потврдили да ону Краточвилову лествицу посебно у питањима верске слободе и аутономија религијских заједница треба подићи за степен више, посебно у друштвима у транзицији где се показало да државе у рашчишћавању проблема из политичке прошлости користе верске заједнице као важан адут. Непроцењив значај вере за појединца и друштво, и њен ревалоризовани потенцијал, пре свега у социополитичком смислу, у таквим случајевима представљају исувише велико искушење за државу у њеном настојању да прескочи лествицу која омеђује дозвољено јој поље маневрисања. Ако се већ одлучила на такву акцију, мислимо да јој због осетљивости и важности питања, не би било на одмет бар појачати напоре кроз подизање маргине.

⁶⁹ М. Бошковић, 387.

Vasilije Marković

Student, University of Belgrade, Faculty of Law

DOCTRINE OF MARGIN OF APPRECIATION AND ITS APPLICATION IN CASES UNDER ARTICLE 9 OF THE EUROPEAN CONVENTION

Summary

This paper addresses the issue of the doctrine of margin of appreciation and its application in cases under Article 9 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Through an account of the historical genesis and theoretical dilemmas regarding nature and the application of doctrine, it seeks to shed light on its use in the Court's actions under Article 9 of the European Convention. Derived from the inherent inability of the Court, which has repeatedly emphasized its subsidiary character, to reconcile individual and general interests, the doctrine is an expression of the national-supranational dichotomy under the conventional human rights system. As such, it is useful and necessary in order to make the Convention truly a „living instrument“ and to give human rights a „local flavor“, but not in inflationary terms, since there is always a risk that the State will abuse and unjustifiably encroach on individual rights. Such a conclusion will be presented in the domain of Article 9 by a descriptive-analytical analysis of cases in the Court's practice, especially those in the field of autonomy of religious communities as one of the key indicators of pluralism of one society.

Keywords: autonomy of religious organizations, margin of appreciation, sovereignty, pluralism, freedom of religion.