

МЕЖДУНАРОДНАЯ АССОЦИАЦИЯ РЕЛИГИОЗНОЙ СВОБОДЫ
МЕЖДУНАРОДНАЯ АКАДЕМИЯ СВОБОДЫ
РЕЛИГИИ И ВЕРОИСПОВЕДАНИЙ
ГОСУДАРСТВЕННЫЙ КОМИТЕТ УКРАИНЫ ПО ДЕЛАМ РЕЛИГИЙ
УКРАИНСКАЯ АССОЦИАЦИЯ РЕЛИГИЕВЕДОВ
ЦЕНТР ПРАВА И РЕЛИГИИ УНИВЕРСИТЕТА ЭМОРИ
ОТДЕЛЕНИЕ РЕЛИГИЕВЕДЕНИЯ ИНСТИТУТА ФИЛОСОФИИ
НАН УКРАИНЫ

INTERNATIONAL ACADEMY FOR FREEDOM OF RELIGION AND BELIEF
INTERNATIONAL ASSOCIATION OF RELIGIOUS FREEDOM
UKRAINIAN STATE COMMITTEE FOR RELIGIOUS AFFAIRS
UKRAINIAN RELIGION RESEARCHERS ASSOCIATION
LAW AND RELIGION CENTER OF EMORY UNIVERSITY
RELIGIOUS STUDIES DEPARTMENT OF THE PHILOSOPHY INSTITUTE OF UKRAINIAN NAS

*МОДЕЛИ ЦЕРКОВНО-ГОСУДАРСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ
СТРАН
ЗАПАДНОЙ ЕВРОПЫ И США*

*THE MODELS OF THE CHURCH - STATE RELATIONS OF
THE
WESTERN EUROPEAN COUNTRIES AND USA*

К И Е В - 1996
К I Y V - 1996

УДК 21.009:322 + 32:316.37 + 242.7

Модели церковно-государственных отношений стран Западной Европы и США: Сб. научных трудов // Международная ассоциация религиозной свободы, Международная академия свободы религии и вероисповеданий, Государственный комитет Украины по делам религий, Украинская ассоциация религиоведов, Центр права и религии университета Эмори, Отделение религиоведения Института философии НАН Украины. Под общей редакцией А.Колодного, отв. редактор В.Еленский. Над сборником работали Е.Карагодина, В.Коломыцев, А.Саган.- Киев, 1996.- С. 151

В настоящем сборнике рассматриваются системы отношений между государством и религиозными организациями, сложившиеся в странах Западной Европы и США. Авторы - специалисты в области права, регулирующие церковно - государственные отношения - анализируют юридические проблемы функционирования различных типов религиозных объединений, а также деятельность государственных структур по обеспечению свободы совести и религии в Бельгии, Греции, Испании, Италии, Нидерландах, США, ФРГ. Сборник адресован юристам, религиоведам, социологам, церковным и общественным деятелям, государственным служащим, работающим в сфере церковно-государственных отношений.

The Models of the Church-State Relations of the Western European countries and USA: Col. Sci. Papers // International Academy for Freedom of Religion and Belief, International Association of Religious Freedom, Ukrainian State Committee for Religious Affairs, Ukrainian Religion Researchers Association, Law and Religion Center of Emory University, Religious Studies Department of the Philosophy Institute of Ukrainian NAS. Anatoly Kolodny (ed.), Victor Yelensky (executive editor). The collection is compiled by Olena Karagodina, Valentin Kolomytsev, Olexandr Sagan.- Kyiv, 1996. 151p.

This monograph concerns the various systems of the Church-State relations. The authors analyze the fundamental principles of the Freedom of religion, Constitutional framework of the relationships between the Church and State and legal status of the religious bodies in Belgium, Greece, Germany, Italy, the Netherlands, Spain and USA. It will be interesting to lawyers, clergymen, state officials, sociologists and religion studies researchers.

Рекомендовано к печати Ученым советом Отделения религиоведения Института философии НАН Украины. Протокол N 11 от 3 сентября 1996 г.

ISBN 966-02-0038-2

© Отделение религиоведения Института философии НАН Украины

СОДЕРЖАНИЕ

CONTEXT

Виктор Еленский.

Модели церковно-государственных отношений США и Западной Европы и проблемы посткоммунистических обществ.....4

Rik Torfs

Church and State in Belgium.....10

Рик Торфс.

Церковь и государство в Бельгии.....20

Charalambos Papastathis.

State-Church Relations in Greece.....22

Хараламбос К.Папастасис.

Государственно-церковные отношения в Греции.....30

Gloria M. Moran.

The Spanish System of Church and State.....32

Глория М. Моран.

Испанская система отношений церкви и государства.....44

Silvio Ferrari.

The Emerging Pattern of Church and State in Western Europe:
The Italian Model.....54

Сильвио Феррари.

Церковь и государство в Западной Европе: Итальянская модель.....66

Dr. Sophie C. van Bijsterveld.

Freedom of Religion in the Netherlands.....80

Софи ван Бийсбервельд.

Свобода религии в Нидерландах.....100

Gerhard Robbers. State and Church in Germany.....103

Герхард Робберс.

Государство и церковь в Федеративной Республике Германия.....111

W. Cole Durham, Jr.

Freedom of Religion: the United States Model.....113

Коул Дьюрхем, мл.

Свобода религии: модель США.....131

МОДЕЛИ ЦЕРКОВНО-ГОСУДАРСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ США И ЗАПАДНОЙ ЕВРОПЫ И ПРОБЛЕМЫ ПОСТКОММУНИСТИЧЕСКИХ ОБЩЕСТВ

Виктор Еленский

Старший научный сотрудник
Института философии НАН Украины

Предлагаемый сборник статей представляет различные модели церковно-государственных отношений, сложившиеся в США и Западной Европе, т.е. в относительно стабильных обществах с развитой демократической системой, где нынешние принципы взаимодействия религиозных организаций и государства стали результатом достаточно сложной исторической эволюции, поисков икомпромисов. Однако адресовано настоящее издание прежде всего представителям посткоммунистических стран Центрально-Восточной Европы - ученым, религиозным и общественным деятелям, официальным лицам, работающим в сфере государственно-церковных отношений. Это уже само по себе делает необходимым ряд предварительных замечаний, поскольку посткоммунистические страны находятся в чрезвычайно специфических социально-экономических и общественно-политических условиях, не имеющих, пожалуй, исторических аналогов (да и сам термин "посткоммунизм" является весьма условным и дискуссионным). Кроме того, различия между самими странами, демонтировавшими (или демонтирующими) тоталитарные режимы, более чем существенны. Это в полной мере относится к комплексу проблем, возникающих на почве религии. Прежде всего, несмотря на то, что говорить о свободе совести и религии применительно к бывшим социалистическим странам не приходится, необходимо признать, что положение в них религиозных институтов было далеко не одинаковым. Если в Албании с 1967 г. были закрыты все храмы, монастыри и мечети, запрещена всякая религиозная активность и было объявлено о создании "первого в мире атеистического государства", то в Польше Римско-Католическая церковь пользовалась не только огромной поддержкой населения, но и сохраняла серьезные позиции во многих сферах общественно-культурной жизни, заставляя правительство считаться со своим мнением. Несколько, а порой и значительно более либеральной по сравнению с советской моделью была политика по отношению к религии и церкви в Югославии, Чехословакии, Венгрии и некоторых других социалистических странах. Уровень религиозной культуры, характер религиозного поведения, поддержка населением религиозных институтов также были и остаются здесь весьма различными. По данным репрезентативных опросов (European Value Program, 1991) в то время как религиозными считают себя 96% опрошенных поляков, в Восточной Германии, Чехии, Латвии этот показатель составляет от 32% до 38%, а в Эстонии -- лишь около 20%. Если не реже раза в месяц посещают богослужение 83% населения Польши, то в Словакии - 42%, в Словении - 35%, Литве - 28%, Венгрии - 23%, в Восточной Германии 17%, Чехии - 13%, Латвии - 12%.

И всё же рассмотрение религиозно-социальных процессов в посткоммунистических странах Центрально-Восточной Европы позволяет выделить достаточное количество общих для всех них характеристик. Очевидно, что упразднение различной степени жесткости ограничений на выражение религиозных чувств, признание общественной и экзистенциальной ценности религии, а также значимости церковного служения создало здесь новую ситуацию. Хотя изменения в гораздо большей степени сфокусировались на социальном, чем на индивидуальном уровне, религия стала играть все более важную роль в жизни обществ, а восстановление религиозно-институциональной структуры положительно сказалось и на росте личных обращений. Социальное разочарование неспособностью коммунистических правительств разрешить многочисленные обостряющиеся проблемы, породило надежду на неофициальные, не связанные с прошлыми режимами институты: в некоторых государствах, в первую очередь постсоветских, где до конца 80-х гг. не существовало даже локальных очагов гражданского общества, наиболее структурированными и мобильными среди таких институтов оказались именно церкви. Уровень доверия к ним со стороны населения оказался наивысшим.

В то же время посткоммунистическая ситуация принесла с собой, кроме всего прочего, и серьезнейшие проблемы на почве религии, оказавшиеся гораздо сложнее, чем это могли предположить в момент краха тоталитарных режимов не только наиболее непримиримые антикоммунисты, но и последовательные защитники старого строя. Потенциал религии как мощного фактора политической и этнической мобилизации оказался реализованным в очень высокой мере и окрасил в конфессиональные тона военные конфликты, не являвшиеся по сути своей религиозными (экс-Югославия, Закавказье). Изменение политической карты Европы и появление на ней целого ряда новых независимых государств повлекло за собой также и стремление к самостоятельности (или изменению юрисдикции) церковных организаций в этих государствах. Эти стремления встретили жесткое сопротивление со стороны религиозно-административных центров; конфликты между церковными метрополиями и провинциями, имеющие вполне определенный этнический характер, в значительной мере определяют характер посткоммунистической религиозной ситуации.

Эту ситуацию еще в большей степени драматизирует широкомасштабный конфликт между православными и католиками в целом, и между вышедшими из катакомб после почти полувекового перерыва Восточными Католическими (Униатскими) церквями - в частности. (Украина, в меньшей степени Румыния и Восточная Словакия).

Кроме того, Центрально-Восточная Европа стала объектом мощного давления со стороны различных миссионерских структур, а также новых религиозных движений, обретших именно в этом регионе после некоторого спада активности, вызванного сменой поколений и ухода из жизни целого ряда харизматических лидеров (Б.Прахупада в 1977 г., Л.Рон Хаббард в 1986 г., Ошо в 1990 г.), второе дыхание.

По некоторым данным (М.Эллиот 1996), количество работающих в Восточной Европе миссий возросло со 150 в 1982 г. до 750 в настоящее время. Масштабы разворачиваемой миссионерской деятельности вызвали тревогу со стороны церковных иерархов; противодействие зарубежным миссиям стало, по сути дела, одним из главнейших направлений активности многих церковных администраций. В результате в перегруженном проблемами пространстве появился еще один узел противоречий.

В ходе посткоммунистических преобразований, сопровождавшихся политической борьбой в самых различных формах (от партийно-парламентской до гражданской войны), Церковь не могла не оказаться вовлеченной в этот процесс. В некоторых случаях высшее церковное руководство пыталось предотвратить военные действия, либо способствовать мирному урегулированию (инициативы религиозных лидеров бывшей Югославии, руководителей Армянской апостольской церкви и Духовного управления мусульман Азербайджана по войне в Нагорном Карабахе, попытки иерархии Грузинской и Русской православной церкви предотвратить соответственно гражданскую войну и октябрьское 1993 г. вооруженное столкновение в Москве и др.). Однако религиозные институты во многих случаях несут и свою долю ответственности за эскалацию напряженности, использование религиозных лозунгов и риторики в разжигании межэтнической вражды.

В дополнение к этому, в целом ряде посткоммунистических обществ, религиозные институты с их общенациональной, глубоко эшелонированной структурой, значительным авторитетом в глазах населения, отработанной системой трансплантации достаточно сложных идей в ткань обыденного сознания стали, на фоне неразвитых политических партий, просоюзов и общественных организаций, особо привлекательными для сил, стремившихся к достижению (сохранению) позиций власти. Это также повлекло за собой серьезное осложнение религиозной ситуации.

Наконец, огромное количество внутрицерковных проблем, в известной мере ранее "снявшихся" в изматывающем противостоянии давлению режимов, после их падения драматически актуализировались и привели к целой серии острых церковных конфликтов и расколов (Украина, Болгария). Во многих случаях внутрицерковная напряженность является более или менее адекватным отражением политической и социокультурной напряженности и неоднородности, существующих в посткоммунистических обществах, следствием исторических особенностей их развития.

При этом, в отличие от стабильных обществ, "транзитное" состояние посткоммунистических стран продуцирует "эффект домино", когда отдельная проблема влечет за собой появление и обострение другой, третьей и т.д., не всегда поддающихся локализации и требующих комплексного решения.

Таким образом, вопросы правового регулирования взаимоотношений между религиозными институтами и государством выступают в посткоммунистических обществах элементом значительно более широкого и сложного комплекса проблем, разрешение которого не может ограничиться лишь юридическим инструментарием.

Вместе с тем, модели государственно-церковных отношений США и Западной Европы, представляют философию взаимодействия этих институтов, базирующуюся на ценностях, безусловно признаваемых и уважаемых подавляющим большинством посткоммунистических обществ (по меньшей мере, если вести речь о странах Центрально-Восточной Европы). Этими ценностями являются свобода совести и религии, право не только исповедовать любую религию, но и свободно выражать (самостоятельно либо совместно с единомышленниками) свои религиозные чувства, действовать в соответствии со своими религиозными убеждениями, либо не исповедовать никакой религии. Каждому человеку (а не только гражданину той или иной страны) гарантируется равенство перед законом вне зависимости от его религиозных убеждений, а границы религиозных свобод четко устанавливаются только законом и только в интересах защиты жизни и здоровья граждан и общественного порядка. Государство обязуется уважать внутреннее устройство религиозных организаций, гарантирует невмешательство в их внутренние дела (в абсолютном большинстве случаев), а также права религиозных меньшинств.

По большому счету, эта система государственно-церковных отношений опирается на философию, признающую примат личности над государством и то, что государство тем сильнее, чем выше благосостояние его граждан и чем последовательнее соблюдаются в нём гражданские права и свободы. Если учесть, что по данным многочисленных опросов таких взглядов придерживается -- с некоторыми оговорками или без них -- все же большинство населения посткоммунистических стран, можно говорить и о применимости "западных" моделей отношения между государством и церквями к "восточной" реальности. Тем более, что при кажущейся прозрачности основополагающих принципов этих отношений, воплощение указанных принципов на практике показывает насколько различно их понимание в обществах и насколько малоэффективными могут оказаться посткоммунистические законодательства при решении конкретных вопросов, возникающих на религиозной почве. Ведь во многих странах, прежде всего постсоветских, законодательство о свободе совести принималось на романтической волне конца 80-х - начала 90-х гг., когда раскрепощение Церкви, освобождение её от пут тоталитаризма представлялись задачами первостепенными, безусловно приоритетными перед проработкой частных юридических вопросов, способных возникнуть в отношениях между государственными и церковными структурами, а также между различными религиозными организациями. Однако кроме "раздекларации" существующих Законов, выработки действенных механизмов их реализации, правовые проблемы гармонизации государственно-церковных отношений требуют и развития различных сфер публичного и гражданского права, совершенствования судебной системы и повышения эффективности исполнительной власти.

Однако, повторимся, зачастую следует говорить не о частностях, а о базовых принципах. Представленный сборник даст возможность читателю убедиться, например, что понимание принципа отделения Церкви от государства "на Западе" и во многих

восточноевропейских, главным образом - постсоветских странах, принципиально разнятся. Прежде всего, там говорят об отделении Церкви и государства, в отличие от зафиксированного в Конституциях Российской Федерации, Украины и др. стран отделения Церкви от государства. Очевидно, что в первом случае подчеркивается равноправность субъектов государственно-церковных отношений, а не субъектно-объектный характер их взаимодействия.

Еще гораздо более серьезным представляется содержание, вкладываемое в принцип отделения Церкви от (и) государства. Для большинства представленных систем такое отделение означает неидентификацию государства с какой-либо религией и религиозной организацией, его нейтралитет по отношению к религиозным институтам автономии государства и Церкви в принадлежащих их компетенции сферах. Это отделение не означает отсутствия взаимопомощи и взаимоподдержки в государственно-церковных отношениях и положения, при котором два эти института не имеют ничего общего друг с другом. Во многих случаях государство прямо либо опосредованно финансирует Церковь, направляя средства на содержание каритативных учреждений, военных капелланов, больниц, интернатов, а также строительство и реставрацию сакральных зданий. Государство, другими словами, занимает позицию благожелательного нейтралитета: оно не только высоко ценит социальное служение Церкви и ее историческую роль в становлении и развитии нации, но и роль религии в ее моральном и культурном совершенствовании.

В постсоветских обществах зачастую, однако, сказывается влияние антагонистического типа отделения Церкви от государства, отрицающего возможность партнерства между этими институтами. Отношения между ними порой рассматриваются как односторонний процесс влияния государства на Церковь, использования ее в реализации тех или иных политических проектов, исключающий возможность оказания конструктивной помощи Церкви со стороны государства (наврядли к таковой можно отнести "помощь" властных структур доминирующим церквям в устранении с конфессиональной сцены их конкурентов). Между тем, Церковь вышла из многолетнего противостояния тоталитарным режимам чрезвычайно ослабленной, вытесненной из имманентно присущих ей сфер деятельности. Церковь просто не в состоянии в сжатые сроки выработать своего рода "теологию посттоталитаризма" и претворить ее в жизнь и поэтому остро нуждается во всесторонней помощи государства и общества. Последние в свою очередь также остро нуждаются в помощи Церкви, которая способна сыграть серьезную роль в преодолении тяжёлых социальных патологий посткоммунистических обществ. Думается, имеющийся в западноевропейских странах опыт государственно-церковного регулирования позволяет выделить плодотворные подходы для решения целого комплекса возникающих здесь проблем.

Иной блок проблем, требующих неотложного регулирования, связан с историческими особенностями стран Центрально-Восточной Европы. Подавляющее

большинство из них являются странами тысячелетней (и даже более длительной) христианской культуры, где политическая нация сложилась (складывается) вокруг определённого этнического ядра, а одной (реже -- двум) Церквям принадлежит особая роль в историческом процессе. Многие из этих церквей после десятилетий гонений и жестоких ограничений, принудительной селекции духовенства и епископата объективно не в состоянии дать адекватный ответ на вызов времени и конкурировать с религиозными институтами, имеющими сильный миссионерский корпус, надёжное финансирование, опыт благовествования, современные коммуникации. Такое положение вещей вызывает не только у церковных иерархов, но и в общественном мнении опасения изменения культурного лица и конфессиональной конфигурации их стран. Не вдаваясь в вопрос о том, насколько обоснованны подобные опасения, отметим существенную для данного контекста деталь: общественные и церковные опасения очень часто стимулируют запретительные акции со стороны законодателя и исполнительной власти. Подобный вектор урегулирования не только неэффективен с точки зрения сохранения и развития собственной духовно-культурной традиции, которую наврядли возможно утвердить с помощью подавления иных традиций, но и весьма сомнителен с точки зрения международных правовых документов, к которым присоединились посткоммунистические государства -- члены Совета Европы. Очевидно западноевропейские системы могут оказаться весьма полезны для конструктивного разрешения данного вопроса. Государства могут и достаточно активно и действенно поддерживают культуру, созданную отечественной Церковью, беря на себя значительную часть забот о состоянии сакрального искусства и архитектуры, богословского профессионального и непрофессионального образования и т.д., не ущемляя при этом неавтохтонные религии. Не менее интересными могут оказаться и конкретные механизмы обеспечения присутствия религиозных институтов в армии, лечебных учреждениях, публичных школах, пенитенциарной системе, средствах массовой информации. Наврядли можно считать нормальной ситуацию, при которой Церковь, к которой принадлежит если не большинство, то все-таки значительная часть населения той или иной страны, должна оплачивать теле- и радиозфирное время.

Вместе с тем, небесполезными для посткоммунистических государств могут оказаться и принятые в "западных" системах процедуры контроля за соблюдением религиозными институтами соответствующих законодательств, недопущение злоупотребления религиозными свободами в ущерб интересам личности, общества и государства. Отсутствие и неразработанность подобных процедур, как известно, не соответствует интересам обоих субъектов государственно-церковных отношений, поскольку, в одних случаях, ведет к ущемлению безусловного государственного интереса, а в других -- к злоупотреблениям властью и установлению необоснованных ограничений для религиозных организаций и верующих.

Авторы статей о "западных" моделях церковно-государственных отношений -- профессиональные правоведы, специализирующиеся именно в этой области права -- не идеализируют сложившиеся в их странах системы и указывают на положения, оставляющие возможности неоднозначного прочтения законодательных документов, нуждающиеся, возможно, не только в уточнении, но и в изменении. Очевидно также, что реалии посткоммунистических обществ изобилуют большим количеством неактуальных для Запада, но тем не менее требующих, естественно, своего правового разрешения проблем. Едва ли не самая острая из них для большинства посткоммунистических стран - возвращение национализированного в свое время церковного имущества (всего имущества, а не только культовых строений), вызывающая горячие дебаты и напряженность в таких разных странах как Россия и Словения, Венгрия и Литва, Украина и Чехия. Разумеется посткоммунистическим обществам предстоит проделать большую и самостоятельную работу по совершенствованию системы церковно-государственных отношений, сообразуясь не только с мировым опытом и демократическими принципами, но и собственными традициями, интересами своих граждан и государств. Процесс этот -- книга с открытым финалом, поскольку развитие социальных организмов постоянно ставит на повестку дня все новые и новые вопросы.

CHURCH AND STATE IN BELGIUM

Rik Torfs

I. Social facts

Although censuses have left no questions to be asked on the religious beliefs of the Belgian population, personal research does still go on. This has produced the following figures for religious conviction for 1987 [1] :

Catholics	75,0 %
- practising regularly	23,0 %
- non- practising	52,0 %
Nonbelievers	12,0 %
- confirmed nonbelievers	5,0 %
- nominal nonbelievers	7,0 %
Muslims	1,5 %
Protestants	1,0 %
Jews	0,3 %
Other religions/ sects	0,2 %
Indifferent / undecided	10,0 %

These statistics give a picture in which the Roman Catholic church is clearly preponderant. Yet in practice there is a wide degree of secularisation taking place which, according to various experts, is more widespread than in countries such as the Netherlands or Germany. But in spite of all this, religion remains an extremely important social phenomenon, and a lot of attention needs to be devoted to the legal framework into which it fits.

2. Historical background

The basis for how the legal relationship between church and state has been arranged is to be found in the Belgian constitution of 1831. Since that date, there have been amendments made to the constitution on several occasions, yet the main principles governing church and state have remained in place. The pervading mood of 1830, the year Belgium became independent can still be felt. It was a time when bright young liberal politicians not only wanted to propagate the modern freedoms, but they also wanted to protect them constitutionally. Equally, it was a time when what was a rather progressive Belgian Church was prepared to step forward and be an ambitious partner in discussions to formulate the constitution. The letter from the Prince de Meun, archbishop of Mechelen, which was read out before those gathered during the assembly of the National Congress on 17 December 1830, undoubtedly had a major influence on the form taken for the final edition of articles 14, 15, 16 and 117 of the 1831 constitution, in which the basis for the relationship between church and state was to be laid down [2]. After many reforms in the 70s, 80s and 90s, the Belgian constitution recently has had a face-lift that modified the numeration. Since February 1994 the relationship between church and state is laid down in the articles 19, 20, 21 and 181.

3. Legal sources

Church and State relationships in Belgium are largely governed by the constitution of 1831, a historic compromise between Catholics and liberals. Constitutional rights and liberties also apply to religious matters, as regards for example freedom of education (art. 24) or freedom of press (art. 25). But the constitution also specifically provides the freedom of religion as such. Four specific articles are dealing with this topic [3].

Freedom of worship and its free and public practice are guaranteed under article 19 of the constitution, with the exception of punishment of criminal offences committed in the exercise of these freedoms. The negative counterpart of article 19 is formulated by article 20: no person may be forced to participate in any way in the acts of worship or rites of any religion or to respect its days of rest. Article 21 stresses that the State has no right to interfere with the appointment or induction of the ministers of any cult, or to forbid them to correspond with their church authorities or to publish the latter's acts, exception made for the ordinary rules of liability concerning the use of the press and publications. The article is generally interpreted as an affirmation of the freedom of internal ecclesiastical organisation. It contains at the same time an exception on this principle by providing that the civil marriage must always precede the religious marriage ceremony, with the exception of specific cases established by law.

Finally, article 181 says that the salaries and pensions of the ministers of the cult should be taken care of by the State budget.

There are also ordinary laws or stipulations and statute books concerned with the legal relationship between church and state. Here are a number of examples. Article 268 of Code of Penal Law punishes religious ministers who make direct attacks on the authorities during gatherings held in public with a fine and a prison sentence, articles 143 and 144 of the Code of Penal Law punish disturbance, disorder and taunting which stem from worship, articles 145 and 146 cover the defamation of and the striking of a minister, article 228 protects the official robes, and article 267 punishes ministers who bless marriages before a civil marriage service has been held.

4. Fundamental principles

It is not unusual for the term 'separation of church and state' to be used as a description to sum up the relationship between the two bodies. This is probably something of an unfortunate choice of terminology. Much depends, of course, on what exactly is understood by 'separation'. If this term gives the impression that church and state have absolutely nothing to do with each other, then it is not an adequate one. In this hypothesis, a separation cannot be reconciled with article 181 of the constitution, in which it is stated that the payment of wages and pensions to ministers of the cult, is to be met by the state. Nonetheless, the question raises whether a 'separation' necessarily needs to end with an absence of all contact between them.

There is another term, however, which probably lends more clarity to the issue: a number of writers speak of the mutual independence of church and state [4]. This term not only emphasises the freedom which exists, but also the mutual consideration which, of course, demands at the very least the notion of accepting each other's existence. This all continues to be a delicate affair. Both the independence of church and state and the prevalence of pluralism in Belgium compel the state to take up a neutral position [5]. This does not imply that it needs to be seen to be unbelieving in the face of the phenomenon of religion. The government bestows support and protection to churches and non-confessional organisations. Indeed, that only serves to show their importance to society. The state positively promotes the free development of religious and institutional activities without interfering with their independence. In that sense, one might call this positive neutrality [6].

5. Legal status of religious bodies

Although Belgian law admits a theoretical equality among all religions, one cannot deny that a different treatment remains. Several religions have obtained official recognition (by or by virtue of a law). The basis for such a recognition is the social value of the religion as a service to the population. Currently, six denominations enjoy this status: Catholicism, Protestantism, Judaism, Anglicanism (Law of 4 March 1870 on the organisation of the temporal needs of religions), Islam (Law of 19 July 1974 amending the said law of 1870) and finally the Greek and Russian Orthodox Church (Law of 17 April 1985 amending the same law of 1870).

Apart from the modest salaries (foreseen by article 181 of the constitution) for the ministers of religion of a government approved parish or bishopric [7] provided in the State budget, recognition entails also a few other benefits for the religions concerned.

Legal personality is attributed to the ecclesiastical administrations responsible for the temporal needs of the church [8]. The Church and church structures themselves do not enjoy any legal personality. A striking point is also the fact that any deficit incurred by ecclesiastical administrations for temporal goods must be paid by the municipalities. This escape possibility does not always encourage the proper responsibility of the administrations [9]. Another advantage: the church may request State subsidies for the construction or renovation of its buildings [10].

Pastors and bishops must be given appropriate housing and any expenditure for this purpose is chargeable to the municipalities or provinces.

Furthermore, recognised religions get free public radio and television broadcasting time.

Finally, religions may appoint army and prison chaplains, whose salaries are taken care of by the State budget.

Of the six recognised religions, Roman Catholicism is the most important. The figures provide indisputable proof to support this. It has not resulted in it having a privileged position, legally. However, that is, in fact, not entirely true. First of all, one cannot escape the conclusion that the legal statute in Belgian law for religions really finds its source of inspiration in the structure and the functioning of the Roman Catholic church. Here is an example of this: to be able to make an actual claim to state payment of religious ministers, a clearly hierarchically structured religious community is necessary, as is one which works on a territorial basis. For the Christian churches this is not such a big problem, but the Islamic faith fares differently. In the absence of mutual consensus which would lead to a representative being sent to discussions with the government, Islamic religious ministers are still not in the pay of the state.

In addition to this, the Roman Catholic church plays a bigger role than other religions when it comes to reciprocal affirmation of faith. This is seen when the military services form a line and perform affirmations of respect at the playing of a 'Te Deum' on the occasion of the national day [11]. The catholic church also had a prominent role at the funeral of King on 7 August 1993.

In summary. It may be said that there are six recognised religions, among which the catholic one is "primus inter pares".

As well as the six recognised religions, there is a whole range of unrecognised ones. In terms of numbers, the Jehovah's Witnesses are in the lead with around 20,000 members, followed by the Mormons who have something like 3,000 believers. Numerous other groups have memberships approaching or well into the hundreds.

These movements do not always have a legal status which could be said to be enviable. Not only do they not enjoy the advantages the recognised religions can lay claim to, but they are sometimes not even regarded as religions, pure and simple. There is no legal definition of the term "religion". Therefore the decision is left to the courts of law. In view of the freedom of religion and the relationship between church and state as exists in Belgium, when a judge has to determine

whether a movement is a religion, he normally is not allowed to fall back on arguments concerning their content [12]. For a judge who, for example, looks at the criminal law or tax exemption files to establish whether he is dealing with a religion [13], this entails him having to work out whether the society concerned looks as though in is serious and en all reasonableness may be called a "religion" [14]. When doing so, in the first place he should base his judgement on external aspects such as the existence of temples, prayer texts or ritual acts. Sometimes, however, even this does not yield sufficient clarity and a certain amount of analysis of what is contained within the movement is still necessary. The law takes the view that for it to be regarded as a religion, there needs to be the cult of a deity [15]. As a result of this, the pure therapy offered by the Scientology Church is not considered, and that is also the case for theosophical organisations too [16].

Non-recognised religions or religious groups are more likely to clash with concepts like public order and good practices within the state order. Up until the abolition of compulsory military service, the problems the Jehovah's Witnesses encountered were very well known. Not only did they refuse to do military service, but also the alternative to it - civic service. On the basis of article 46 of the military penal statute book, the person concerned was classed as a deserter, and this generally led to a two year prison sentence [17].

To put it briefly, having taken everything into consideration, three categories of religion can be differentiated:

- (a) the legally recognised and, in real terms, the major catholic church;
- (b) the five other legally recognised but, in real terms, minor religions;
- (c) the unrecognised movements, whether or not they fulfil the requirements which the law lays down on the concept religion.

6. Churches and internal organisation

Article 21 of the constitution always has been considered as a solid juridical basis for the selfgovernment of religious communities. The State may not supervise the Church and the latter is free to choose its own internal structure. Does this mean that the State has strictly no possibilities of control concerning churches and their own policy ? Not completely. A tribunal can control (a) whether the competent authority In the church took the decision and probably (b) whether the internal church procedures were followed [18]. Especially the latter form of control is recent, and forgoing in comparison with the traditional approach of Belgian courts and tribunals which only used to exercise a formal control limited to the question who could be considered to be the competent authority .

7. Labour Law within the Churches

There has been an important evolution taking place in recent years in the relationship between employment law and the church [19]. A distinction needs to be made between religious on the one hand and ordinary laymen on the other. As far as religious are concerned, it is possible to break it down into three stages.

The first stage saw the religious element dominate the relationship of religious with their churches. Accordingly, there could not be said to be an employment contract in force, and that is how those involved wanted it. A reason for that is because it meant that no social security contributions needed. The balance was disturbed when a number of religious did submit a request for entitlement to a pension. To settle this matter, there needed to be verification of whether an employment contract was in force, and it was this that started the second stage.

A “presumption” exists in the second stage that the religious relationship dominates the entire working situation and that there is no employment contract. The special nature of religious life entails for those involved, in view of their compliance promise, that they are no longer regarded as employees or self employed. In that way, the notion of belonging to a religious community was given a very wide scope of significance and predates all the issues in labour relations which were to crop up later [20]. This position was slowly refined. After some time, jurisprudence rejected the false dilemma between the relationship one had as a religious with his or her order and the employment contract [21]. This, however, did not mean that the Cour de Cassation found recognition of an employment contract easy, yet. Besides the traditional elements associated with employment contracts (authority, management, supervision and remuneration), effective proof of the existence of an employment contract was demanded [22]. By doing this, an additional condition had been laid down before the employment contract could come into being, and it was difficult to make this tenable [23].

In the third stage, which is the present one, this presumption in favour of the religious relationship has been dropped. After being given the initial impetus by the Labour Courts of Appeal at Brussels and Antwerp [24], the Cour de Cassation also changed its mind in a judgement of 25 January 1982 [25]. This turnaround in the law's position, based on the presumption of tacit consent for there to be an employment contract - at least when the employer itself is not the religious order - had become unavoidable. This is because society no longer considers labour in a religious context as manifestly different to other work [26].

The three-stage evolution sketched here came into being as a result of the pension files of religious. But the question of what the position of secular clerics is in employment law was being asked more and more often. Although generally speaking it is possible to follow the theory developed for religious here also [27], there are also a few important differences.

For the present there are the clerics active as church ministers in the manner which article 181 of the constitution sets out, and who receive state salaries for their work. The relationship between these clerics and the church authorities is controlled exclusively by the internal laws of the religion involved. As far as the catholic church is concerned, the incardination principle of the canons 265 and ensuing ones can be referred to in particular, as well as canon law in general.

When the church authorities give clerics a different function, such as a teaching job in a school, it was clearly stated by the Cour de Cassation in a judgement of 13 January 1992 - after an initial jurisprudential trend in favour of the church [28] - that if the objective characteristics of an employment contract are present, it does indeed exist [29]. Neither article 16 of the constitution nor

the fact that a bishop can withdraw his mission with regard to the teaching to be given have led to the secular priest being unable to perform the job with which he has been entrusted in the scope of an employment contract .

The Cour de Cassation judgement of 13 January 1992 has had far-reaching consequences. From that date onwards, a clear distinction has existed between clerical ministers with a pure relationship to the church and clerics who are sent to work elsewhere by the church authorities and who may subsequently come to be working under the conditions of an employment contract.

As well as religious and clerics, an increasing number of laymen also work for the church. The central question here is how two totally different systems are to be brought into harmony with each other. On the one hand there is the church's own internal incardination principle, with little job security but with the liability of the bishop to maintenance as a safety net, and on the other there is the employment contract with solid job protection but without follow-up care once employment has been terminated - redundancy pay included. On 15 March 1990, the bishopric of Antwerp issued a canon law statute of particular law for pastoral workers [30]. Looked at in purely canon law terms, this statute does not seem too bad, but at the same time the pastoral workers involved have necessarily employment contracts. On this point a number of problems present themselves in the area of the 'ius variandi' and in the area of the fixed-term contracts conceded all too generously by the church. The subject requires more detailed explanation as, without it, court proceedings would certainly find the church authorities liable to pay substantial compensation.

8. Financing of Churches

As already mentioned, article 181 of the constitution clearly affirms that the salaries and pensions of the ministers of the cult are chargeable to the State [31]. It also states that the sums necessary for this purpose are included in the annual State budget.

On 5 April 1993, a second clause was added to article 181 of the constitution: "The wages and pensions of representatives of organisations recognised by the act who extend moral services, on the basis of non-confessional philosophy of life, are to be paid by the state, the sums required for this purpose are to be drawn out of the National Budget on an annual basis."

Of course, such an extension was not necessary [32]. Indeed, today the State budget already provides an annual sum by way of subsidy for the benefit of the organisation which officially represents secularism. And lay counsellors in the army are provided for as well [33]. But nobody can deny that a change of article 181 in favour of lay counsellors grants a certain constitutional recognition to secularism. An interesting detail: on the occasion of this extension of article 181, the possible payment of lay people working in the Church is also tacitly integrated. But seemingly, bishops fear of lay people professionally working in the Church prevails over the financial advantages that state payment obviously offers. Almost no lay people are paid by the state yet.

Anyway, since 1982 deacons can be paid as ministers of the cult. And the revision of article 181 of the constitution makes the future payment of lay people simply inevitable. Very recently the first lay ministers of the cult were effectively remunerated by the State.

9. Religious assistance to public institutions

The spiritual support in prisons can be traced back to the Royal Decree of 21st May 1965 [34]. It offers the prisoner great scope in being able to receive support in the religion of his choice. A number of chaplains from the recognised religions are paid by the government. Catholic worship enjoys a few slight advantages. The catholic minister is the only one allowed to organise a day of reflection and he also receives greater material concessions [35].

For public hospitals only a limited arrangement exists and there is no state financing of it. A Royal Decree of 23rd October 1964 says only that church ministers and lay counsellors who have been requested by a patient must be allowed open access to the hospital. It is to be wondered if this is also the case for a number of ministers from non-recognised churches. They could even be kept out of the hospital if the religious support they provide encourages faith healing and alternative medical techniques [36].

The legal basis for the spiritual support in the army can be found in the Royal Decree of 17 August 1927. The catholic, Protestant and Jewish religions have been making effective use of it right up to the present day. Army chaplains are nominated by the state at the suggestion of the religious authorities, but they are not classed as government officials [37]. In the near future it is expected that there will be a reduction in the number of army chaplains on state pay. As a result of the abolition of compulsory military service, the number of troops in the army is decreasing.

10. Legal status of priests and members of religious orders

In principle, the legal position of priest and religious is no different from other citizens. There are, however, a few exceptions.

According to article 224, 6° of the Code of Civil Procedure, a church minister is exempted from having to serve on the jury of a court of assizes which deals with serious crimes.

There are also a number of incompatibilities which may raise questions. Article 36 of the constitution shows the incompatibility of being an official paid by the state and a member of parliament. This means that ministers of the cult in the sense of art. 181 of the constitution are in this situation and thus cannot be members of parliament. Positions on committees or in bodies other than the national parliament, in the provincial or local councils, for example, are still possible.

There is also a whole series of other positions incompatible with being a cleric such as a state councillor, the membership of an auditing body, a number of functions in the court of arbitration, judge, registrar, provincial governor, provincial registrar, district commissioner and member of a board of aldermen [38].

A priest, not paid by the state as a church minister, who is hoping to become a judge was not accepted as a candidate by the minister of justice on the basis of his belonging to the clergy (in fact an even more obscure term, *geestelijke stand* is used). He eventually took his case to the European Commission for Human Rights where the Commission ruled against him. The Commission saw in

article 293 of the Code of Civil Procedure - on which the minister was basing his case - no violation of religious freedom, as is delineated by article 9 of the ECHR [39].

11. Marriage and family law

As mentioned, article 21 of the constitution provides that the civil marriage must always precede the religious marriage ceremony, with the exception of specific cases established by law.

The Code of Penal Law stipulates in article 267 penalties for the minister of the cult who notwithstanding the constitutional prohibition celebrates such a marriage, unless one of the partners stands in peril of death.

It is clear that the second paragraph of article 21 forms an exception to the first, which confirms the freedom of internal organisation of religions. Historic reasons, above all, lie at the root of this restriction. In the nineteenth century, in the line of a long tradition, many people only married in church and did so despite the fact that the bishops encouraged them to also have a civil marriage. Such a systematic practice was, of course, particularly harmful for the efficient running of the civil side of the situation. With the view of bringing an end to this situation, and in a spirit of reconciliation, the catholic majority of the National Congress approved the second paragraph of article 16 of the constitution [40].

12. Conclusion

The situation of Church and State relationships in Belgium can be summarised as follows:

1. The system, quite favourable to religion, is more a system establishing mutual independence than separation in a strict sense.

2. Although all cults enjoy theoretically the same rights, there is an important juridical difference between recognised and non-recognised cults. At the same time practice shows the catholic cult as the "primus inter pares" among the recognised ones.

3. Gradually secularisation colours the Belgian Church and State system. This secularisation is not characterised by a frontal attack on religion, but by a gradual loss of full autonomy of the churches in various fields. A shining example is the ongoing influence of labour law in church life as well as recent tendencies favourable to (moderate) state control of internal church procedures.

ENDNOTES

1. Department of Sociology of Religions, K.U. Leuven.

2. Cf. HUYTTENS, E., Discussions du Congrès national de Belgique, I, Brussel, Societe typographique belge, 1844, 525. See also MAST, A. and DUJARDIN, J., Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht, Gent, E. Story- Scientia, 1983, p. 549-550, nr. 478.

3. A summary of the relationship between Church and State is offered by VAN HAEGENDOREN, G. and AIEN, A., "The Constitutional Relationship between Church and State " In AIEN, A. (ed.), Treatise on Belgian Constitutional Law, Deventer/Boston, Kluwer, 1992, 265-268.

4. See e.g. DE GROOF, J., "De bescherming van ideologische en filosofische strekkingen. Een inleiding", In AIEN, A. and SUETENS, L. (ed.), Zeven knelpunten na zevenjaar Staats hervorming, Brussel,

- Story-Scintla, 1988, 243 and 310 Included the bibliography mentioned In footnote 233, VAN HAEGENDOREN, G., "Religious and Ideological Accommodation In Belgium", *Plural Societies*, 1987, 18.
5. See BRAUD, Ph., *La notion de liberte publique en droit franfais*, Paris, L.G.D.J., 1968, 383; DE GROOF, J., o.c., 311.
 6. De GROOF, J., o.c., 312 and the references quoted in footnote 244.
 7. The law of 26 June 1992, *Moniteur beige*, 30 June 1992, raises the salary for a parish priest with 9,71% from 1 st November 1992 onwards. It is now 496.925 francs before tax.
 8. The legal basis for these "kerkfabrieken" - "fabriques d'eglise" is constituted by the Imperial Decree of 20 December 1809 and by the Law of 4 March 1870, *Moniteur belge*, 8 March 1870.
 9. In Wallonia, the municipalities spend 1,2% of their average expenses for the cult, cf. COLLINET, R., "A propos des fabriques d'eglises, des secours communaux et de quelques subsides", in *Le Semeur sortit pour semer. Grand Seminaire de Liege 1592-1992*, Liege-Bressoux., Editions Dricot, 1992, 407.
 10. Here again, the legal basis is the law of 4 March 1870, *Moniteur belge*, 9 March 1870. Additional financement possibilities are offered by the Law on Monuments of 7 August 1931, *Moniteur belge*, 5 September 1931. One may not forget however that Belgium only counts a little more than 9000 protected monuments, landscapes and entities. The city of Amsterdam on its own comes to a global number of 40000.
 11. According to Cass., 18 June 1923, *Pasicrisie*, 1923, 1, 375 this was not contrary to art. 15 of the constitution and the negative religious freedom expressed by this article.
 12. See VAN HAEGENDOREN, G., "Sekte of kerk: de niet-erkende eredlensten in Belgie" *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiek Recht*, 1986, 390.
 13. See e.g. the example of Stevinisme, Court of Appeal Gent, 14 January 1885, *Pasicrisie*, 1885, 11, 121, of Salvation Army, Coir. Tribunal of Gent, 4 December 1890, *Pasicrisie*, 1891, III, 117 and Corr. Tribunal of Brussel, 6 February 1891, *Journal des Tribunaux*, 1891, 204, of Baha'i, Court of Appeal of Brussel, 12 October 1960, quoted by *Commentaar W.I.B.*, 157/28; and of Jehovah's Witnesses, Court of Appeal of Brussel, 24 January 1962, quoted by *Commentaar W.I.B.*, 157/29.
 14. See the jurisprudence quoted by MAHILLON, P. et FREDERICO, S., "Het regime van de minoritaire erediensten", *Rechtskundig Weekblad*, 1961, 62, 2376.
 15. Cf. Court of Appeal of Liege, 21 November 1949, *Pasicrisie*, 1950, II, 57. Antoinism is a cult limited to its members themselves. Consequently it was considered by the authorities to be an "oeuvre philanthropique", without the quality of a religion.
 16. VAN HAEGENDOREN, G., "Religious and Ideological Accommodation in Belgium", *Plural Societies*, 1987, 19.
 17. Cf. TORFS, R., "L'objectlon de conscience en Belgique", in *European Consortium for Church-State Research (ed.), Conscientious Objection in the E.C. Countries*, Milano, Giuffre, 1992, 217 e.s.
 18. The latter could be deduced from a recent decision of the Belgian Supreme Court, the Cour de Cassation: Cour de Cassation, 20 October 1994, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1996, 119, note F. RIGAUX.
 19. See TORFS, R., "Les eglises et le droit du travail", in *European Consortium for Church-State Research (ed.), Churches and Labour Law in the E.C. Countries*, Milano/Madrid, Gluffre/Facultad de Derecho, 1993, 35-59.
 20. See e.g. Conseil d'Etat, 25 October 1961, n° 8.883, decision Closset and Versteegen, R., "Arbeldsovereenkomsten voor geestelijken: een beslissende stap", *Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 1983, 74.
 21. See e.g. Labour Tribunal of Brussel, 7 December 1971; Labour Tribunal of Tournal, 13 February 1973; Labour Tribunal of Gent, 16 January 1976, all quoted by VERSTEGEN, R., *Geestelijken naar Belgisch Recht. Oude en nieuwe vragen, Berchem-Antwerpen /Amsterdam, Maarten Kluwer, 1977, 37-39.*
 22. See Cour de Cassation, 21 November 1977, *Pasicrisie*, 1978, I, 317; Arresten van het Hof van Cassatie 1978, 331; *Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 1977, 479, observation H. Demeester. A similar scepticism characterises other decisions by the same supreme court, Cour de Cassation, 7 February 1973, *Pasicrisie*, 1973, 1, 541; Arresten van het Hof van Cassatie 1973, 568; Cour de Cassation, 5 January 1977, *Pasicrisie*, 1977, I, 485; Cour de Cassation, 21 November 1977 (another decision than the one quoted above), *Pasicrisie*, 1978, I, 316; Arresten van het Hof van Cassatie, 1978, 330; Cour de Cassation, 23 February 1981, *Rechtskundig Weekblad*, 1981-1982, 2152.
 23. DEMESTER, H., observation on Cour de Cassation, 21 November 1977, *Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 1977, 485.

24. Labour Court of Appeal of Brussel, 23 March 1978, Tijdschrift voor Sociaal Recht, 1978, 521; Labour Court of Appeal of Antwerpen, 19 November 1980, Tijdschrift voor Sociaal Recht, 1983, 95.
25. Cour de Cassation, 25 January 1982, Tijdschrift voor Sociaal Recht, 1983, 85.
26. VERSTEGEN, R., "Arbeidsovereenkomsten...", Tijdschrift voor Sociaal Recht, 1983, 79-80.
27. Labour Tribunal of Tournai, 13 December 1985, Journal des Tribunaux du Travail, 1987, 37.
28. E.g. Labour Tribunal of Tournai, 13 December 1985, Journal des Tribunaux du Travail, 1987, 37, Labour Court of Appeal of Liege, 26 November 1986, Journal des Tribunaux du Travail, 1987, 411.
29. Cour de Cassation, 13 January 1992, Journal des Tribunaux du Travail, 1992, 225; Rechtskundig Weekblad, 1992-1993, 121.
30. Canoniek statuut van de pastorale workers en werksters, 15 March 1990, Daco, April 1990.
31. For more Information: VAN HAEGENDOREN, G. and ALEN, A., "The Constitutional...", In ALEN, A. (ed.), o.c., 266-267.
32. VAN HAEGENDOREN, G. and ALEN, A., "The Constitutional..." , in ALEN, A. (ed.), o.c., 267.
33. Law of 18 February 1991 Moniteur belge, 7 March 1991 .
34. Royal Decree of 21 May 1965, Moniteur belge, 25 May 1965. The relevant articles are 16, 36 bis and 55.
35. Art. 50 bis and 52 of the Royal Decree of 21 May 1965 .
36. VAN HAEGENDOREN, G., "Sekte of kerk. De niet-erkende erediensten in België", Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiek Recht, 1986, 390.
37. Cour de Cassation, 23 November 1957, pasicrisie, 1958, 1, 983.
38. See e.g. Law of 12 January 1973, art. 107, 1°, Law of 28 June 1983, article 35, 1°, Code of Civil Procedure, art. 293, 1°.
39. European Commission for Human Rights, H. Demeester vs. Belgium, Journal des Tribunaux, 1982, 524, Jura Falconis, 1981-1982, 449 with a critical observation by R. Torfs.
40. HUYTTENS, E., o. c. II, 468.

ЦЕРКОВЬ И ГОСУДАРСТВО В БЕЛЬГИИ

Рик Торфс

Хотя перепись населения не предусматривает вопроса о вероисповедной принадлежности жителей Бельгии, конкретные исследования позволяют заключить, что примерно 75% населения страны составляют католики, 1,5% - мусульмане, 1% - протестанты, 0,3% - иудаисты, 0,2% - приверженцы других религий и около 10% - индифферентные к религии, а также те, кто не определился касательно своей религиозной принадлежности.

Эта картина, однако, не дает представления о достаточно сильном процессе секуляризации, который, по мнению экспертов, затронул Бельгию в большей степени, чем, скажем, Нидерланды или Германию. Тем не менее, религия выступает исключительно важным социальным феноменом, требующим значительного внимания к правовым проблемам, возникающим на ее почве.

После февраля 1994г. взаимоотношения между церковью и государством регулируются статьями 19, 20, 21 и 181 бельгийской конституции. Ст.19 гарантирует свободу богослужений, их беспрепятственного и публичного отправления. Ст.20 одновременно утверждает, что никто не может быть принужден каким-либо образом к участию в богослужении какой-нибудь из религий либо признавать религиозный праздник днем отдыха. Ст.21 подчеркивает, что государство не имеет права вмешиваться в назначение священнослужителей, препятствовать им в связях с их церковными властями, публиковать соответствующие акты и т.д. -- словом эта статья утверждает

внутреннюю свободу религиозных организаций (некоторым исключением из этого принципа можно считать требование, в соответствии с которым церковному бракосочетанию должен предшествовать гражданский брак).

И, наконец, ст.181 говорит, что заработная плата и пенсия для служащих культуры возлагается на государственный бюджет.

Термин "отделение церкви и государства" не употребляется для описания взаимоотношений этих двух организмов. Значительной мерой это, разумеется, вопрос терминологии: что на самом деле точно означает "отделение"? Если под этим понимать положение, при котором церковь и государство не имеют абсолютно ничего общего друг с другом, тогда, конечно, этот термин не адекватен бельгийской ситуации. Более точно было бы говорить об обоюдной независимости церкви и государства, о взаимном признании и уважении друг к другу, нейтралитете государства и его невмешательстве в дела религиозных и нерелигиозных организаций, чье служение важно для общества.

Хотя бельгийское законодательство признает теоретическое равенство между всеми религиями, в стране существуют достаточно отличные подходы к разным религиозным организациям. Ряд религиозных организаций пользуется официальным признанием, основанием для которого является социальная ценность религии в служении народу. В настоящее время таким статусом пользуется 6 деноминаций: Католицизм, Протестантизм, Иудаизм, Англиканизм, Ислам, Греческая (имеется в виду Вселенский патриархат - Ред.) и Русская православная церкви.

Эти деноминации, кроме скромной зарплаты для священнослужителей из государственного бюджета, имеют также и некоторые другие привилегии. Среди них право запрашивать государственные субсидии для строительства и реставрации церковных зданий, право на радио- и телевизионное время, право назначать армейских и тюремных капелланов, чья деятельность оплачивается государством, возмещение местными органами власти расходов церковной администрации.

Римо-Католическая церковь не имеет законодательно оформленного особо привилегированного статуса среди 6 вышеупомянутых деноминаций, однако фактически она "первая среди равных" и в значительной мере бельгийское законодательство в вопросах религии генетически восходит к особенностям функционирования и иерархической структуры этой церкви.

Кроме указанных деноминаций в стране существуют и ряд других, не имеющих описанного выше статуса. Наибольшая из них - Свидетели Иеговы (около 20 тыс. членов) и мормоны (около 3000); численность членов других деноминаций не превышает тысячи в каждой. Они не пользуются привилегиями и порой даже не считаются религиозными организациями. Юридической дефиниции "религии" не существует, и трактовка этого понятия остается за судами. При определении сообщества как "религиозного", суды принимают во внимание большое количество обстоятельств, в т.ч. существование храмов, культово-обрядовой сферы, молитвенных текстов и т.п. Исходя из этого некоторые организации (например, Сайентологическая церковь), теософские общества не признаются религиозными организациями.

Внутренняя свобода и независимость церкви не означает, что государство не имеет возможностей контролировать религиозные организации.

За исключением нескольких позиций, юридический статус священнослужителей не отличается от статуса всех других граждан. Они, например, не могут быть членами жюри, рассматривающих тяжкие преступления, а также членами парламента - потому, что члены парламента не могут получать государственное жалование (членство в провинциальных и местных органах однако возможно). Есть еще ряд позиций, несовместимых со статусом священнослужителя (государственный канцлер, членство в аудиторских органах, судья, губернатор провинции и др.).

Отношения между церковью и государством в Бельгии можно кратко суммировать следующим образом.

1. Тут функционирует система, достаточно благоприятная для религии и устанавливающая скорее взаимную независимость, чем отделение в строгом смысле этого слова.

2. Хотя все религии имеют теоретически равные права, существуют важные юридические отличия между признанными и непризнанными религиями. В то же время Католическая церковь является на практике "первой среди равных" признанных религий.

3. Постепенная секуляризация сказывается на всей системе церковно-государственных отношений. Секуляризация не может быть охарактеризована как фронтальная атака на религию, но она ведет к потере полной автономии церковью во многих сферах. Ярким примером этого может служить влияние трудового законодательства на церковную жизнь и современные тенденции к установлению умеренного государственного контроля над исполнением внутрицерковных процедур.

STATE-CHURCH RELATIONS IN GREECE

Charalambos Papastathis

I. Constitutional framework of State-Church Relations

The majority of the Greek people - amounting to 95.2% of the total population of the country - are members of the Eastern Orthodox Church. For this reason, we begin with the relations between the Greek State and the Orthodox Church.

The theoretical framework covering these relations is an advanced form of caesaropapism, a system referred to in Greek literature as that of "State-law rule" in the ecclesiastical matters. According to the Constitution, the State has the right to legislate in respect of all administrative matters concerning the Church, even as to its internal structure. During the War of Independence of 1821 the Constitution of the emerging Greece: 1) established the Eastern Orthodox faith as the prevailing religion or "religion of the State", and also 2) guaranteed freedom of worship to the followers of other religions. The same Constitutions

contained no provisions concerning the State's right to legislate on Church matters. In 1831, the Great Powers imposed on Greece and absolute monarchy with Prince Otto of Bavaria as King. As he was under age, a three-member regency was proclaimed consisting of Bavarian officers. The Regency published the decree of 3. (15.)/14. - (27).4.1833, which established the "State-law rule" upon the Orthodox Church. A short time later, on 23.7.(4.8) 1833, with the decree on "The independence of the Greek Church" the State was made the exclusive legislative ruler and the Church was declared subject to the monarch who was proclaimed its head. Article 105 of the Constitution of 1844 contained a stipulation concerning Church administrative matters which could be regulated by law by the State.

There were several reasons for the imposition of the State's rule on the Orthodox Church: the very nature of monarchy and the Bavarian monarchy's fear of the Church becoming a point of attraction for all those opposing the regime, the latter a not unimportant threat given the political tradition of the Church throughout the Turkish occupation. We may also note his efforts to raise the cultural and living standard of the clergy, which were far from satisfactory.

The stipulation of the Constitution of 1844 concerning "State-law rule" in Church affairs is not repeated in the Constitutions of 1865, 1911, 1927 and 1952. This, however, does not mean that it ceased to be operative. A similar provision existed in the corresponding statutory Charter of the Church which had the force of State law. According to the Constitution of 1975, which is now in force, article 72, para. 1: bills concerning article 3 (position of the Church) and 13 (religious freedom) can be discussed by the Parliament in plenary session only and not in the summer session. Article 3, para. 1 contains the following fundamental statements concerning the position of the Church of Greece and its relations with the State:

1. Prevailing Religion

The prevailing religion is that of the Eastern Orthodox Church. The present Constitution, however, is different from that of 1952 on several points concerning particular aspects of the prevailing religion. As for the rest, the preamble of the Constitution (invoking the Holy Trinity) remains the same, this also holds for the oaths given by the President of the Republic (article 33, par. 2) and by members of Parliament (art. 59, par. I). The legal significance of the term "prevailing" has not changed. As in the past it means that

(1) the Orthodox Christian faith is the official religion of the Greek State,

(2) the Church, which embodies this faith, has its own legal status: it is a legal person under public law in its juridical relations, as well as its various services (article 1, para. 4 L. 590/1977 concerning the statutory Charter of the Church of Greece), and

(3) it is treated by the State with special interest and in a favourable manner, which is not extended to other faiths and religions. This is not inconsistent with the constitutional principles of equality, as explained below.

This special treatment

(1) concerns the Church itself and not its faithful individually, which is in accordance with the principle of equality because otherwise, in treating non-Orthodox differently, it would discriminate between citizens on the basis of their religious convictions,

(2) It concerns Initially the Orthodox Church of Greece and all other sees of the Ecumenical Patriarchate having their seat In Greece, but is also extended to all other Eastern Orthodox Churches of the East, as well as to those of the Diaspora (e.g. Constitution article 18, para. 8);

(3) is favourable in general and does not involve opposing a specific faith or religion and its cult, and

(4) it should not be considered as unconstitutional. We mention here as an example the case in the city of Patra (decision 261/1983) that the provision of article 11 of L.D. 3485/1955 compelling all consumers of electricity in that city to pay with their bill every month a special contribution for the construction of the Cathedral of St. Andrew was unconstitutional.

As regards the real content of the term "prevailing" we should note that, with the exception of the establishment of the Orthodox faith as the official religion (or religion of the State), other privileges are not limited only to that Church. In fact it has been maintained in theory - at least in part - that the Roman Catholic and Protestant Churches in Greece are also legal persons of public law and therefore exercise public administration; this is true for the situation prevailing before the enforcement of law 1230/1982 concerning civil marriage, when a license for such a marriage could be obtained by a non-Orthodox bishop for a member of his flock (according to article 1368 of the Civil Code, then in force). As regards the favourable treatment of the dominant religion by the civil legislator, we must bear in mind that this is extended to other religions too. We mention L. 1763/1988 on army conscription [article 6, para. 1(c)] which exempts all monks or novices, regardless of whether they are Orthodox or belong to another faith. And again L.D. 3843/1958 on income tax and L.D. 1249/1982 on property-tax, which exempt not only Orthodox but also non-Orthodox churches and monasteries. It was also decided that the provision of article 21 f L.D. 22.4/6.5.1926, which states that real property of all monasteries cannot be usucapted by third parties was to benefit Roman Catholic monasteries too.

2. The spiritual unity of the Orthodox Churches

Depending on the mode of its administration, an Orthodox Church can be autocephalous or autonomous. Autocephalous churches are independent as regards their administration, but within a dogmatic and canonical framework, deviation from it can lead to heresy or schism. This framework constitutes the spiritual unity of Orthodoxy, which is treated under the headings of dogmatic and canonical unity. Dogmatic unity consists in following the teachings of Holy Scripture, respecting tradition, and strict observance of the dogma as it was defined by the Ecumenical Councils and the local Synods. Canonical unity consists in the observance of at least the most important institutions of Church administration, which were also defined and acknowledged by the same Councils and Synods, as well as through the relations between Orthodox Churches.

The Constitutional legislator of 1844 had already defined the Church of Greece as inseparably united in doctrine with the Great Church of Christ in Constantinople and with every other Orthodox Church. How is this unity achieved? At this point in the constitution, we have after

"inseparably united in doctrine" the phrase "observing unwaveringly", as they do, the holy apostolic and synodal canons and sacred traditions". The above formulation, which has remained unchanged since 1844, was addressing spiritual unity. However, when the "State-law rule" was established, it led legal theory and jurisprudence to the view that at this point the Constitution safeguards the Holy Canons. The different approach led to diametrically opposite interpretations controversies over the constitutional validity of one or the other law, and to countless appeals to the Council of State (the supreme administrative court) against decisions of public and ecclesiastical administration. The conflict over the constitutional validity of the Holy Canons is permanently active in Greece.

Two main opinions have been expressed on the so-called constitutional validity of the Holy Canons:

(1) All the Holy Canons, as defined by the seven Ecumenical Councils (325 to 787 A.D.), the local Synods and the Fathers of the Church, whether they concern dogmatic or administrative issues, are validated by the Constitution. So any legislation enacted by the Greek State, regardless of its object, is unconstitutional if it is in opposition to the Holy Canons. This theory is supported by the Church, theological doctrine, and some jurists.

(2) According to another view, only the Holy Canons concerning the dogma of the Church and not those concerning its administration are constitutionally validated. Accordingly, the legislature can freely deal with all issues concerning Church administration in general. This is the theory supported by jurisprudence, most jurists, and public administration.

Both views agree in contrasting the phrase "inseparably united in doctrine" to that of "observing unwaveringly as they do..". According to both views, the Constitution introduces two quite different rules: a) dogmatic unity; and b) constitutional validation (or non-validation) of the Holy Canons and Tradition.

I believe that both theories lead to difficulties. Were the former to be followed it would impose a theocratic State, and we require equality of citizens to be considered as unconstitutional, since the Holy Canons will always support Christians (see Canon 11 of the Synod of Troullo, concerning relations between Christians and Jews). At the same time, the second theory turns the Church into a civil service. In addition to matters of dogma, there exist the Holy Canons confirming the Orthodox character of the Church, including its synodical regime. However, according to this second theory, the legislator may deal freely with this regime because the Holy Canons referring to it are administrative.

It all comes down to one provision in the Constitution: the engagement of both State and Church to ensure the spiritual unity of the latter. This conclusion is reached by considering both the text of the provision and the historical circumstance of its initial application (Constitution of 1844). At that time, there was a break in relations between the Church of Greece and the Ecumenical Patriarchate and other Orthodox Churches, because the Church of Greece was proclaimed autocephalous by a sudden decision (1833). The provision of the Constitution of 1844 was formulated in Parliament which thus wished to proclaim the Orthodox character of the Church of the new kingdom.

The Council of State (= the supreme administrative court) reached a similar conclusion in 1967. It not only admitted the constitutional validation of the Holy Canons concerning dogmatic matters, but also stated that the common legislator could not proceed to change fundamental administrative institutions which had long been established in the Orthodox Church. The Council of State reached the above conclusion by citing principally the Constitution of 1975, article 13, para. 1-2 (on religious liberty).

3. The self-government of the Church

The present Constitution, like its predecessor, guarantees the self-government of the Church. The Church is administered by the Holy Synod, made up of the bishops. However, there is a new point in the Constitution of 1975 specifying that the Orthodox Church of Greece is governed by the Holy Synod (of the Hierarchy) formed by all serving bishops (metropolitans) and by the Permanent Holy Synod formed also by them. These active bishops are the prelates who actually administer Church sees; those bishops who are not in active service (retired bishops) are excluded as are titular metropolitans. In the past, during periods of strife between State and Church or in irregular political situations, the government could convoke a Synod formed by bishops chosen from among metropolitans sympathetic to the government, and in this way could settle matters according to its wishes. This danger is now averted.

The same provision states that the Patriarchal Tome (1850) must be implemented as must the Patriarchal Synodic Act (1928). All the debates in Parliament or in the Council of State concerning the Constitution point to the fact that these two patriarchal documents are valid only as regards the formation of the Permanent Holy Synod. This self-government of the Church, its content and implementation are guaranteed by the Constitution, according to the provisions of article 72, paragraph 1, namely "state-law rule". At the same time, all acts enacted by persons entrusted by the State with the administration of the Greek Orthodox Church can be submitted to or cancelled by the Council of State. This holds for acts concerning the implementation of legal provisions on administration only, not on religious or dogmatic matters. The actual jurisprudence of the Council of State is very rich and at the same time its field of application is growing ever wider.

4. The field of application of Church autocephaly

Article 3, paragraph 1 of the Constitution decrees that "the Orthodox Church of Greece is autocephalous". Nevertheless, the "Orthodox Church of Greece" referred to in article 3, para. 1. does not unite all the Orthodox faithful in the Greek State.

The Hellenic territory is divided into five distinct ecclesiastical provinces:

- a) The provinces of Peloponnessus, Roumeli, Cycladic Islands (1833), Ionian Islands (1864), Thessaly and Arta (1880) constitute the Autocephalous Church of Greece.
- b) Crete, since 1900, is semi-autonomous, spiritually dependent upon the Patriarchate of Constantinople.
- c) Epirus, Macedonia, Thrace and the Aegean Islands (1928), - the so-called "New Lands" from the ecclesiastical point of view, remain under the spiritual jurisdiction of the

Patriarchate and from the administration point of view are united with the autocephalous Church (L. 2615/1928 and Patriarchal Synodic Act, 1928).

d) The Dodecanese Islands remain within the spiritual and administrative jurisdictions of the Ecumenical Patriarchate.

e) Mount Athos (Света Гора) retains its ancient privileged regime of self-government, while remaining under the spiritual supervision of the Ecumenical Patriarchate. The Orthodox faithful residing in the province of another autocephalous Church are subject to it. The Greek Orthodox Diaspora (Western, Central and Northern Europe, America, Australia and the Far East) is dependent upon the Ecumenical Patriarchate.

II. Religious Freedom

Religious freedom in Greece is guaranteed by article 13 of the Constitution. According to it, religious freedom consists of freedom of conscience (paragraph 1) and freedom of worship (paragraph 2).

1. Freedom of religious conscience covers all religious, non-religious or atheistic beliefs, as well as dogmatic and administrative differences within any religion (heresy or schism) and all persons, Greek or alien, according to the principle of equality (Constitution 4 and 13, paragraph 1).

There were some deviations from this principle of equality, especially regarding the appointment of teachers in primary education. At elementary schools religious education conforms to the creed of the prevailing religion, and it is taught by regular teachers. There is a decision of the Council of State (1417/1949) according to which only an Orthodox can be appointed as a primary school teacher, teaching according to the dogma of the Eastern Church is not accepted as possible by a non-Orthodox. In practice, this also holds for nursery school teachers. This state of things, with an exception in the case of schools of religious minorities, was in force up to 1988, when it was abolished (L. 1771/1988). Accordingly, a non-Orthodox may now be appointed as teacher (in a school with at least two posts), and religion will be taught by his Orthodox colleague.

Similarly, the President of the Republic can take only a Christian oath. Article 33 of the Constitution does not contain a stipulation similar to that of article 59, concerning the oath of non-Christian members of Parliament. This is an indirect way of promoting the election of a Christian President only and does not conform to the principle of equality.

2. In contrast to the position concerning the freedom of religious conscience, the freedom of worship is subject to certain restrictions. According to article 13, paragraph 2 of the Constitution, a religion must be a "known religion", that is a religion without a secret dogma or a hidden cult. Furthermore, this cult should not offend public order and moral principles. This includes the whole set of civil, moral, social and economic principles and beliefs prevailing in Greek society at a given period. The above conditions are enforced by the public administration and, ultimately, by the courts. At the same time, another point is stressed by both the judiciary and theory: members of a certain religious denomination are not allowed to proselytize.

3. Proselytism is treated in Greece as an offence under the criminal law, this was established by F.L. 1363/1938, replaced by a provision of F.L. 1672/1939. Proselytism is a criminal offence when it is

carried out systematically and pressingly, directly or indirectly, by use of unlawful or immoral means amounting to a violation of the religious conscience of a person of a different religion in order to change his religious beliefs. Proselytism is punished severely: imprisonment, fines, police surveillance and even expulsion in case of a foreigner. In the Constitution of 1952, proselytism was considered an offence when it was directed at an Orthodox. The present Constitution (article 13, paragraph 2) protects all religions from similar injury.

4. The establishment of a place of worship for the various religions (church, house of prayer, synagogue or mosque) is licensed by the Ministry of Education and Cults. Among other prerequisites is the permission of the local Metropolitan of the prevailing Orthodox Church (F.L. 1369/1938, article 41, paragraph 1). It was decided by the Council of State that this applies to the establishment of houses of prayer, although the relevant law is not specific about it. The Council of State has also ruled that the Metropolitan's permission is only a recommendation which does not bind the Ministry, but if the Ministry did permit the establishment against the Metropolitan's recommendation, it would have to justify its decision. In practice, the Metropolitans are almost always against such developments and the Ministry does not as a rule oppose them. Therefore, the interested part has to appeal to the Council of State, which is usually accepted. The same holds good for the Orthodox following the Julian calendar (since 1924); they have their own hierarchy, clergy and parishes.

There is no particular procedure for the declaration of a religion as "known". In practice the admission of a religion as "known" takes place when the state's administration or the civil courts look into a matter of it, such as the establishment of a place of worship or of a house of prayer, the setting up of an association from its adherents, etc. In case that the administration or the civil courts don't recognize the particular religion as "known", then it can appeal to the administrative court or to the court of appeals (respectively) in order to dispute the denial. The Muslim and Jewish communities are (by law) legal persons of public law. Usually the non-Orthodox Christian religions and those Orthodox, who follow the old calendar, are organized in associations according to civil law, since no legislation admits their legal personality under public law.

III. Religion and Education

In primary and secondary school courses in religious education are taught according to the dogma and the tradition of the Eastern Church. Teaching is carried out by teachers in primary schools and graduates of Theology in secondary schools. Both are considered as civil servants and receive a salary from the State, while their appointment and the subject-matter which is taught is not controlled by the Church. Furthermore, in the island of Syros, where there is a substantial number of Catholic students, there is a number of Catholic teachers and professors in public schools - who are public servants - and teach the religious courses to them. According to the principle of religious freedom, non-Orthodox pupils are not obliged to follow the courses.

Parents will raise their children according to their own religious beliefs.

Each religious denomination can have its own schools in Greece. The State is also in charge of schools for the Muslim minority in Western Thrace as well as of an academy for future teachers. In these schools.

Education for future Orthodox priests is given in twenty-one schools (secondary schools, higher schools and schools for accelerated training). These establishments also provide room and board to the students. All expenses are met by the State and the teachers are considered civil servants. Both Universities in Athens and Thessaloniki have theological faculties, which non-Orthodox students can also attend.

IV. Financing of Religions

In Greece there is no Church tax. Every religion has its own revenues provided from movable and non-movable property and the offerings of the faithful. The State has, however, almost entirely assumed the financing of the prevailing religion: this is done under a variety of forms:

I. Direct or indirect subventions, such as the yearly subvention to the "Apostoliki Diakonia" (L. 976/1946, article 24, paragraph 1/8) and another granted to the Cathedral of Athens (L. 2844/1954), together with various grants to churches and monasteries for various reasons. At the same time, the State is charged with all the expenses of Orthodox clerical education.

2. The State provides the salaries of a) prelates, b) priests who serve in a parish, c) deacons (priests and deacons number up to 10.000), d) preachers and also e) laymen who are employed by the Orthodox Church. This practice started after World War II, but was initiated in 1917 with the payment of salaries, from the State, of the priests of the Russian communities in Athens, Thessaloniki and Piraeus. The same persons also receive pensions from the State when retired. The State, however, receives 35% of all parish revenues. The monks are also insured (for health and pension) by the "Farmers' Security Organisation". Priests serving in cemeteries and hospitals receive their salary from the local municipalities or the hospital administration. Priests serving in the Army and the Police force are raised to the rank of officers and receive the salary or pension of their rank. At the same time, priests can hold a post in the public or private sector - usually as teachers - with the appropriate income.

3. Tax exemption. The Orthodox Church as well as the other religious denominations enjoy various tax-exemptions such as those from real-estate tax, real-estate income tax, tax on real-estates transfers, donations and inheritance tax. More favourable tax-exemptions hold for Mount Athos.

4. Other financial privileges comprise the inalienability of real property belonging to the Orthodox Patriarchates of the Middle East as well as to the monasteries of the Ecumenical Patriarchate, and the fact that real property belonging to monasteries cannot be usucapted by third parties (the Court of Appeal in Thessaloniki has accepted that this also holds for Roman-Catholic monasteries, 1161/1983).

5. The State does not provide a salary to chanters and sacristans, these persons, however are not employed according to the general labour laws, because according to the Holy Canons they are considered as inferior clerics. Although only a few of these persons have this status, the old financial regime still holds in their case, that is when they are appointed by the metropolitan they receive a salary from the church which has been agreed by the parties. Other Church employees are remunerated as are civil servants of similar categories.

V. Matrimonial and Family Law

Civil marriage was introduced in Greece in 1982. Until that year, religious marriage was the only valid form, a civil marriage could take place only abroad and was not recognized in Greece. L 1250/1982 introduced the equal validity of religious and civil marriage, and at the same time abolished many marriage-impediments in the Civil Code. However, the Church of Greece decided to keep many of these impediments. Thus an Orthodox may not be married to a person of a different religion; nor when a third marriage has already taken place; nor when there is a close blood-relationship or spiritual affinity after baptism; nor when both parties have been convicted by a criminal court of adultery between them (although adultery is no longer considered a criminal offence). Marriage is not permitted to priests and monks and to a woman before ten months have elapsed after the dissolution of previous marriage.

Religious marriage can take place only after obtaining a license from the metropolitan. In practice, this amounts to the same license required by municipalities or communities for civil marriage. The Orthodox priest who will officiate at a wedding should be "in a regular position", that is entrusted with performing the mysteries of the Church. Otherwise, the marriage is not valid. Mixed marriages are celebrated according to both dogmas (Civil Code 1371).

A divorce is granted only by a civil court. The Church could intervene in the proceedings twice: 1) Before a divorce suit in an attempt for reconciliation (Code of Civil Procedure, article 593 and f.) which was abolished after the introduction of civil marriage; and 2) after the court's decision, the Church dissolved the marriage spiritually. This is still in force today for persons who after a first religious marriage wish to proceed to another.

ГОСУДАРСТВЕННО-ЦЕРКОВНЫЕ ОТНОШЕНИЯ В ГРЕЦИИ

Хараламбос К.Папастасис

Конституция Греции гласит, что "Свобода религиозного сознания не подлежит нарушению. Полнота личных и гражданских прав индивида не зависит от его религиозных верований. Все признанные религии свободны в своих культовых отправлениях и находятся под защитой закона. Не допускаются лишь те формы религиозной практики и обязанности, которые нарушают общественный порядок или моральные принципы..."

Система церковно-государственных отношений в Греции, 95% населения которой составляют православные, базируется на следующих основных принципах: православная религия объявляется государственной; церковь рассматривается как корпоративный институт, действующий в системе публичного права; все ее деяния и волеизъявления также рассматриваются в контексте публичного права; церковь пользуется привилегированным статусом, тогда как зависимые от нее учреждения подлежат ведению государственного законодательства; государство надзирает за церковью и сообщает ей компетенцию и права, присущие государственным институтам. Государство вправе вмешиваться в дела церкви, даже во внутренние дела. Такое

вмешательство не опирается на прямые средства принуждения, а осуществляется через законодательство и правовую традицию.

Устав церкви Эллады, имеющий статус государственного закона, закрепляет за церковью, ее епископствами, приходами, монастырями и иными церковными институтами положение корпоративных субъектов публичного права. Священный Синод церкви Эллады наделен правом издавать свои собственные нормативные документы, приобретающие законную силу с момента публикации в государственной газете.

Остается в силе закон о статусе иных церквей 1939 г., согласно которому возведение церкви, синагоги, мечети, наряду с иными формальностями, требует разрешения местного православного митрополита. И хотя отказ митрополита дать согласие не носит характера административного запрета, тем не менее соответствующие органы Министерства просвещения и культов всегда в подобных случаях отвергают прошения со стороны неправославных.

Прозелитизм в Греции является уголовным преступлением, если он осуществляется систематически и под давлением, прямым или косвенным образом, с использованием незаконных и аморальных средств, включающих насилие над совестью приверженцев различных религий, принуждающее их к смене религиозных верований.

Государством установлено гарантированное жалование и пенсии для диаконов и приходских священников; с 1969 г. начался переход на казенное жалование иерархов, а с 1980 г. государственное обеспечение стало нормой.

Свобода совести распространяется на приверженцев всех религий в Греции. Что же касается свободы богослужений, то тут имеются определенные изъятия: согласно Конституции (ст.13, §2) религия должна быть "известной", "признанной" религией и не содержать тайных догматов и культовых практик. Кроме того, они не должны нарушать общественный порядок и мораль.

В начальных и средних школах религиозное образование осуществляется согласно догматам и традициям Восточной (Православной) церкви. Неправославные учащиеся не обязаны посещать соответствующие курсы. Родители вправе воспитывать своих детей в соответствии со своими собственными религиозными верованиями. Каждая религиозная деноминация в Греции имеет, кроме того, собственные школы.

Гражданский брак введен в Греции в 1982 г. Он имеет одинаковую силу с церковным браком. До этого гражданским браком можно было сочетаться лишь за границей и он не имел законной силы в Греции. Развод в настоящее время осуществляет лишь гражданский суд. Церковь участвует в этом процессе дважды: 1) пытаясь уладить до развода разногласия между супругами и 2) духовно расторгая брак после решения суда (это решение остаётся в силе до тех пор, пока граждане, расторгшие первый брак, выразят желание вступить в новый).

Хотя из Гражданского кодекса устранены многочисленные препятствия к заключению брака, Православная церковь их соблюдает (запрет на брак с неправославным, на третий брак, в случае тесного кровного родства брачующихся или духовного родства, возникшего после крещения и т.д.).

Конституция Греции (ст.3, §1) провозглашает, что Православная церковь Греции является автокефальной. Но Православная церковь Греции (Эллады) не объединяет всех православных, живущих в Греческом государстве. Территория страны состоит из пяти различных в еклизиологическом отношении частей: территории, составляющие собственно автокефальную церковь; остров Крит, обладающий полуавтономией и духовно зависимый от

Константинопольского патриархата; т.наз. "Новые Земли", находящиеся в духовной юрисдикции Константинопольского патриархата, но с административной точки зрения объединённые с автокефальной церковью; территории, находящиеся и в духовной, и в административной юрисдикции Константинопольского патриархата; Гора Афон, пользующаяся древней привилегией самоуправления и находящаяся под духовным покровительством Константинопольского патриархата. Греческая православная диаспора в Западной, Центральной и Северной Европе, в Америке и на Дальнем Востоке, находится в юрисдикции Константинопольского (Вселенского) патриархата.

THE SPANISH SYSTEM OF CHURCH AND STATE

Gloria M. Moran

Full Professor of Law,
Universidad de la Coruna, Spain

I. A NECESSARY HISTORICAL APPROACH

An understanding of contemporary church-state relations in Spain requires, at least, a brief historical review.

The special relation between the Catholic Church and the Spanish state formally began in 589 B.C. when the visigothic King Recaredus proclaimed the religious (Catholic) and political unity of his kingdom at the Council of Toledo. During the reign of Ferdinand and Isabella in the fifteenth century, the Catholic Church assumed an essential role in Spanish society, culture and law.

The deep bond between Catholicism and political power persisted into the Constitutionalist Era of the nineteenth century, all nineteenth century Spanish constitutions (1812, 1837, 1869 and 1876), including that of the Spanish First Republic, declare the Catholic Church to be the established religion, a surprising result considering French liberal influence on those constitutions [1].

As a result of the Catholic Church's established status, freedom of worship did not exist during the nineteenth century (except under the constitution of 1869) nor during the twentieth century until 1968 (except under the constitution of 1931). Only the Catholic Church was allowed to proselyte. Even among Catholics, religious freedom was limited. Catholics could not contract civil marriages, but were required to marry according to canon law.

Relations between the Catholic Church and the Spanish government were not always easy, however, because the political authorities tried to control the national Church. Between 1835 and 1851, the government outlawed traditional church taxes (diezmos and primicias) and expropriated ninety percent of the Church's property at a time when the Catholic Church owned one-fifth of the land in Spain. These measures impoverished the Spanish Catholic Church to the point that the Church was unable to support itself. In 1851, the Church and the government signed an agreement (concordat) by which the government committed to provide the Spanish Catholic Church annual financial support from the state budget and a wide variety of tax exemptions [2].

During Spain's Second Republic (1931-1936), French republican ideas of antimonarchism and anticlericalism took hold in the law [3]. Republican regulations adopted a clear hostility toward

Catholicism and mandated radical separation between church and state, but the people - overwhelmingly Catholic - did not readily accept these changes. Indeed, popular dissatisfaction with the government's approach to church-state relations was one of the leading causes of the Spanish Civil War (1936-1939). Following the Civil War, General Franco's political regime (1939-1975) strongly supported the Catholic Church, restoring it as the official, established church of Spain and using it as a political link among the people in favor of General Franco's regime. Relations between the Catholic Church and the Franco government were regulated principally by a 1953 concordat, which gave the Catholic Church a privileged status as the official state religion and recognized its Jurisdiction throughout Spain [4]. As a result of the church's status and jurisdictional authority, only moderate religious tolerance existed and only limited private, non-Catholic worship was allowed until 1967. In that year the Religious Liberty Declaration of Vatican Council II theoretically established religious liberty, but practically retained the pre-1967 privileged legal status of the Catholic Church.[5]

A period of political transition from 1975 to 1978 culminated in the 1978 Constitution, which deeply reformed the Spanish legal system and recognized the fundamental right of religious freedom in a country free of an established church.

The 1978 Constitution opened a new age for church-state relations in Spain, but the historical bond between the Catholic Church and the Spanish state could not be removed simply by law, the bond remains deeply rooted in Spanish culture and society. Sociologically, Spain must be considered a Catholic country (more than ninety percent of the population is Catholic); Catholicism is part of the Spanish identity. Consequently, rather than separate church and state, Spain's contemporary constitution accommodates the country's religious background by establishing a less aggressive system of cooperation.

Church-state law in modern Spain proceeds from two basic sources: the state (constitutional norms and ordinary legislation) and covenants or agreements between the state and churches or religious communities.

A. The 1978 Constitution

The 1978 Constitution recognizes the following principles in church-state matters [6]:

1) Fundamental rights of ideological liberty, religious liberty and freedom of worship of individuals and groups [7];

2) Fundamental right of privacy in not being forced to make statements about ideology, religion or beliefs [8];

3) Nonestablishment of any belief [9];

4) Cooperative church-state relations, specifically with the Catholic Church but also with other faiths [10];

5) Equal treatment under the law, affirming that "Spaniards are equal under the law, with no discrimination for reason of birth, sex, religion, opinion or any other personal or social reason, circumstance or condition"[11]. Moreover "the public powers [are] to promote real and effective conditions for the liberty and the equality among individuals and groups [12];

6) Interpretation of all constitutional fundamental rights according to the Universal Declaration of Human Rights and any other international agreements signed and ratified by the Spanish Parliament [13].

B. Ordinary legislation

The 1980 Religious Liberty Law enumerates the individual and group rights included in the constitutional guarantees of religious liberty and freedom of worship [14].

I. Rights of individuals

Individuals are guaranteed the following religious rights:

1) Free practice of any or no religious belief, right to change religious beliefs and right to express religious beliefs openly,

2) Free religious worship; celebration of religious festivities, marriage rites and funeral rites and religious assistance; (Religious assistance is a common practice in any cooperative church-state system. It consists of the state allowing and facilitating churches' performance of religious functions for their believers in state institutions. In Spain, religious assistance is allowed in schools, the armed forces, prisons, hospitals and beneficence (welfare) facilities) [15];

3) Right to instruct or be instructed in religious teachings, free religious information and right to choose religious education according to personal convictions;

4) Right to meet and to Join and develop religious activities.

2. Rights of churches, confessions and religious communities

Under the Religious Liberty Law, churches, confessions and religious communities possess the right to set places of worship, to educate and appoint their religious ministers and leaders, to proselytize, and to maintain relations with other churches inside or outside Spanish territory. The Religious Liberty Law recognizes three limits to these rights:

1) Violation of others' fundamental rights and liberties;

2) Public health, security and morality as constituent elements of public order;

3) Any activity related to psychic or parapsychic phenomena and the spread of "humanistic or spiritualist" values or similar purposes foreign to religious values [16].

This third limit is unusual among constitutions of the world. It poses a key question: Can any state law distinguish religious values from spiritualistic values so that the regulation of humanistic or spiritualistic values does not violate the fundamental right to religious liberty?

Spanish legislation lacks a single label for religious groups, instead many terms are used, including religious association, religious community, church, and confessional church. The most common label is religious confession [17].

But, what is a religious confession according to the law? History and the constitution offer one example: the Catholic Church. But this archetype [18] or paradigm does not provide a legal definition nor a clear method for achieving legal recognition as a religious confession.

The 1980 Religious Liberty Law similarly does not define a religious confession, but recognizes as religious confessions organizations that can prove specific qualifications, principally a religious purpose.

But what is a religious purpose? The 1980 Religious Liberty Law declares what activities, purposes and entities are not religious in Articles 2 and 3: activities, purposes and entities related to psychic or parapsychic phenomena or that spread "humanistic or spiritualist" values or similar purposes strange to religious values. While no positive statutory definition of religious purpose exists, religious purpose seems to be linked to a particular activity: religious worship.

In sum, a religious confession achieves legal recognition when it can prove specific qualifications, particularly religious purposes. And a religious purpose seems to be one that involves religious worship. Thus, what qualifies as a religious confession seems to be indicated by worship, but this fluid definition of religious confession is highly unsatisfactory.

Besides, there remains the more fundamental question: Does the state have the right to evaluate what is, or what is not, a religious purpose? The supreme court responded negatively in a November 2, 1987, decision declaring that the state cannot dictate or evaluate the contents of religious purposes, but can only establish formal requisites and assess whether these have been met. This is the limit of the law according to the court. The supreme court's holding admits only one rational conclusion: that the law should not define religion, or religious beliefs, or religious confessions, or even religious purposes. Many scholars would agree with this conclusion [19].

Another conclusion seems obvious: that the law likely can not establish specific qualifications for religious confessions and then provide qualifying confessions a special status, because the resulting discrimination against nonqualifying religious groups could violate the guarantee of equal treatment under the law [20].

At this point it must be evident that the Spanish Legislature's choice of protecting individual and collective religious liberties through a system of legal statuses available to qualifying religious groups is facing too many difficulties and controversies in its application.

C. Legal Statuses

Four religious groups have been legally recognized, though with differing statuses, in the constitution and statutes:

- 1) The Catholic Church which is specifically mentioned in the constitution [21];
- 2) Churches with "deep radication" [22] in Spanish society which may, according to the law, sign agreements with the state [23];
- 3) Other churches and religious communities without "deep radication" status but which have legal status as religious communities or confessions and which are inscribed in the Religious Entities Registry [24];

4) Religious groups which lack legal status as religious associations because they do not satisfy all the requirements of the law, but which may qualify for legal status as private associations, also referred to as sects or new religious movements in the law [25].

Each of these groups is afforded varying degrees of religious protection and each enjoys a different relationship with the Spanish state.

1. The Catholic Church

Though clearly privileged, the relation between the Spanish state and the Catholic Church -with its centuries old tradition as the only established church and the official religion of the state -is the most difficult and often tense relation the state maintains with a religious confession. The relation has been governed by several agreements since 1976 when the 1953 Concordat [26] was revoked [27].

These agreements differ from the agreements made with other churches. The agreements with the Catholic Church are considered international treaties, governed by the rules of international law, because Spain recognizes the international legal status of the Catholic Church [28]. By contrast, agreements with other religious confessions are ordinary state laws.

In addition, the regulations governing the Catholic Church differ from those applicable to other religious confessions, as is evident simply from reading the regulations. While the unique treatment of the Catholic Church may be justified by the Church's role in Spanish society and culture, this privileged treatment illustrates that equal treatment of religious confessions, though possibly a goal, is not a reality in Spain.

It is impossible in this short report to explain all differences in treatment between the Catholic Church and other minority churches. Consequently, this article will focus on the basic matters regulated by the Catholic Church's agreements with the state.

Agreements between the Catholic Church and the Spanish government cover four main issues [29]:

a. Judicial matters. The state recognizes that each Catholic entity and institution is a legal organization; that Catholic places of worship are inviolable; that Catholic assistance is permitted in prisons, hospitals, and similar public institutions; that Sundays, holidays and other Catholic festivals are also state holidays and festivals; that Catholic matrimony has civil effect; that ecclesiastical court opinions have civil effect when affirmed by a civil court through a summary process [30]; and that the state and church will resolve interpretive differences over their agreements through resort to a mixed board.

b. Education and cultural affairs [31]. The state agrees to respect Catholic values in public schools, allow the teaching of the Catholic religion as a main subject in any school (though students are not required to attend these classes), afford civil effect to ecclesiastical academic degrees, and ensure special protection and funds for Catholic historical and artistic patrimony.

c. Financial issues [32]. The state guarantees financial support to the Catholic Church in three stages; from 1979 to 1982 (extended till 1987), full support from the annual state budget, from 1988 to 1991, 0.5% of the income tax from taxpayers who so elect plus any additional amount from the state budget needed to ensure the 1987 level of support; after 1991, 0.5% of the income tax from electing taxpayers. In addition, the state provides the church expansive income tax exemptions,

exemption from taxes on goods and properties used for worship, and fiscal benefits similar to those afforded nonprofit organizations.

d. Religious assistance to the armed forces [33]. The state agrees to enact regulations creating a Religious Assistance Service [34] for members of all churches in the armed forces, terminating the Catholic Church's monopoly over religious assistance in the armed forces, and denying military rank to chaplains providing religious assistance in the military.

2. Minority churches [35] with "deep radication"

According to the 1980 Religious Liberty Law, art. 7, 1, some religious confessions-those with "deep radication" - qualify for a special status that allows them to make covenants with the state. But what constitutes "deep radication"?

The law speaks only of "Churches, Confessions and religious Communities recorded in the Register that by reason of the ambit and number of believers have reached notorious radication in Spain," so the threshold of "deep radication" remains undetermined. What is the requisite ambit? How many believers are required? Ten thousand? A million? How must the number of believers be proved? What authorizes the state to determine unilaterally whether religious groups have achieved notorious radication? The answers to these questions should appear in the jurisprudence of the Tribunal Nacional, Audiencia Nacional, and Tribunal Constitucional in the near future [36].

Currently three religious communities enjoy deep radication status: the Evangelic, Jewish and Moslem communities. Through the Federation of Evangelic Communities of Spain (FEREDE), the Federation of Israelite Communities of Spain (FCI) and the Islamic Commission of Spain (CIE), all three communities signed agreements with the state which were approved November 10, 1992 [37].

The preamble to each of these agreements explains some of the legal reasons for the agreement. The preambles state that the fundamental rights of equal treatment and religious liberty, "originally born as individual rights of the citizens, also attain, by derivation, to the Communities or Confessions." Thus, these agreements show that Spanish law recognizes the right of equal treatment among religious confessions.

The terms of these three agreements are very similar. The agreements provide:

- a) That places of worship and burial are inviolable;
- b) That the Holy Sabbath is a day of rest and may be celebrated on a day other than Sunday if there is agreement between the employer and the employees;
- c) That all Moslem and Jewish traditional religious festivals may be observed on days other than national Catholic holidays if the employer and the employees so agree;
- d) That for the Moslem and Jewish communities, special accommodations are made for food requirements and fast time;
- e) That religious leaders qualify for legal status within the Social Security Service;
- f) That members of the armed forces may receive religious assistance, including participation in rites and religious activities, and attend places of worship outside armed service facilities in order to fulfil religious duties, when these activities are compatible with the needs of the armed service;

g) That religious assistance is guaranteed to inmates of prisons, hospitals and similar institutions and that religious ministers have free and unscheduled access to these institutions, but that the cost of this religious assistance will be charged to the religious community;

h) That religious marriages will be given civil effect if they are evidenced by a civil certificate of capacity that is recorded in the Civil Registry;

i) That Evangelic, Jewish and Moslem education is guaranteed in public schools and in private schools where it does not contradict the religious ideological frame of the private school, and that these communities may establish and run schools of primary and secondary education;

j) That the state will effectively collaborate with the Jewish and Moslem communities to foster and promote trusteeships and endowments to preserve Jewish and Moslem historical, cultural and artistic heritage;

k) That the communities may organize public fundraisers and receive offerings without taxation as well as distribute gratuitous religious literature and provide religious education to ministers or religious leaders in their communities tax free;

l) That the communities will enjoy other tax exemptions similar to those provided the Catholic Church (FEREDE, FCI and CIE refused to accept any financial aid from their believers' income tax, so such an arrangement does not appear in their agreements with the state); and

m) That a commission composed of members of the government and of the respective religious communities (FEREDE, FCI and CIE) will be formed to collectively administer and track the development of the communities' agreements.

3. Minority churches without agreement

Minority faiths without deep radication that are recognized and recorded in the Religious Entities Registry cannot, according to Article 5, 1 of the 1980 Religious Liberty Law, make covenants or agreements of cooperation with the state. Consequently, the basic regulations governing these groups are those set out in Articles 5 and 6 of the 1980 Religious Liberty Law. Article 5 provides that registered churches, confessions and religious communities will have legal capacity and all the formal requisites necessary to reach this capacity. As explained above, the most ambiguous requisite is the religious purpose, which can be a remarkable source of discrimination among religious minorities. Article 6 guarantees that registered churches, confessions and religious communities will enjoy autonomy and freedom in establishing organizational rules that will allow them to achieve their purposes.

Because religious groups that qualify for registration have legal status, they can claim all the religious rights listed in Article 2 of the 1980 Religious Liberty Law [38]. Most of these registered faiths are also regulated by individual ordinary laws in matters such as education, religious assistance, marriage, festivities, ministers' status, tax benefits, and mass media.

4. Religious groups without registered status

As explained above, in order to access the protection of Spain's religious liberty regulations, a group must prove a religious purpose which is most reliably indicated by worship activities and which clearly does not include activities, purposes, and entitles related to psychic or parapsychic phenomena; the spread of humanist or spiritualist values, or similar purposes. Groups that cannot prove a religious purpose are legally considered nonreligious and therefore receive no religious protection. For these groups the only legal organizational alternatives (alternatives made available under the right of ideological freedom) are to obtain the status of a private association (regulated by art. 22, 1978 Constitution and 1964 Associations Law) or to simply exercise the citizens' rights of assembly and free speech without securing a group legal status.

Every day Spanish society faces an increasing number of groups that cannot prove a religious purpose. Some of these groups, those identified as "destructive sects," encourage delictual behaviours such as prostitution, homosexuality, masochism, free sex, use of drugs, violence, brainwashing among followers, suicide, and financial fraud-activities that cause public alarm and social awareness because they all too often appear on the front pages of the newspapers.

In Spain the debate raised by these new groups [39] focuses on four sets of questions: a) What should these "religious" groups be named and what is their legal status?; b) Is the Direccion General de Asuntos Religiosos (the state authority that approves the registration of religious communities in the Religious Registry) being too restrictive in approving registration of these groups and thereby exceeding its authority?; c) Should these "religious" groups be governed by a special statute that prevents possible delictual activities or by the general (common) law?; d) May the law use forcible deprogramming or faith-breaking techniques in response to manipulation by a "religious" group?

a. What should these "religious" groups be named and what is their legal status? Spanish scholars have proposed two names for these new "religious" groups: sects and new religious movements. Max Weber originally used the terms sects to distinguish these new religious groups from established churches. While the term is still preferred by some scholars, it has a pejorative connotation in society. No matter which term is used by scholars, neither sects nor new religious movements are recognized by law, so neither has a legal label [40].

b. Is the Direccion General de Asuntos Religiosos being too restrictive in approving registration of these groups and thereby exceeding its authority? Few of the new "religious" groups are registered as religious communities. Occasionally when registration has been rejected by the Direccion General de Asuntos Religiosos, the courts have reversed the Direccion's restrictive application of the requirements and have mandated registration. Nevertheless, most applications for registration have been rejected both by the Direccion and by the courts. Some of the new groups have not even applied for registration, however, because they do not want legal status.

With few of the new groups qualifying for or obtaining registered legal status, the question arises, is there an effective protection of religious liberty and equality under Spanish law? Or does Spain's system of regulation hide some kind of religiously based discrimination? These questions remain unanswered. Experience will tell.

c. Should the new "religious" groups be governed by a special statute that prevents possible delictual activities or by the general (common) law? Most Spanish scholars favor the common law as

the means for governing the new "religious" groups [41]. They consider a special statute unnecessary and even a potentially dangerous tool for discrimination. And they generally agree that Spanish criminal law provides sufficient protection against possible delictual activities by these "religious" groups, though some scholars favor a specific protection against psychological manipulation.

d. May the law use forcible deprogramming or faith-breaking techniques in response to manipulation by a "religious" group? Whether the law may use forcible religious deprogramming and faith-breaking techniques is the most controversial problem posed by the new "religious" groups. Strong arguments may be made both for and against the legality of such authority [42]. While the danger of psychological manipulation by religious as well as political leaders is readily apparent, the risks of physically and psychologically coercive deprogramming techniques and their violation of the fundamental rights of individual internal freedom and freedom of conscience are also apparent.

I believe that such legal control is an overt form of religious persecution and a serious handicap for religious freedom. The government's use of deprogramming techniques blatantly infringes on the religious freedom of the faiths against whom the techniques are employed. Furthermore, the use of such techniques supposes that the government, not the individual, should determine which ideas are manipulative and which are religious. If individual religious freedom means anything, however, it means that the individual should be allowed to decide which ideas to consider religious.

III. CONCLUSION

Contemporary Spain in its 1978 Constitution recognized religious freedom as a fundamental right and chose cooperation with churches, religious communities and religious groups, rather than separation. This cooperation was achieved through a system of legal statuses which attempt to both accommodate the religious needs of society and avoid religious discrimination. This dual goal in practice, as highlighted by this paper, is difficult to achieve. Because Spain's system may be adequate, however, for historical and sociological reasons, but can also be the source of an invidious discrimination, the public powers must be alert to maintaining the proper balance between cooperation and nonestablishment, securing a real and effective protection of religious liberty and equal treatment under the law.

ENDNOTES

1. See VICTOR REINA & ANTONIO REINA, LECCIONES DE DERECHO ECLESIASTICO ESPANOL 183-244 (1983), IVAN C. IBAN & LUIS PRIETO SANCHIS, LECCIONES DE DERECHO ECLESIASTICO 39-51 (1985).

2. See Vicente Carcel Ortl, El Liberalismo en el Poder, in 5 HISTORIA DE LA IGLESIA EN ESPANA (1808-1975) 115, 154-158 (Vicente Carcel Orti ed., 1979) [hereinafter HISTORIA].

3. See bibliography in Orti, supra note 2, at 331-94.

4. See Joaquin Luls Ortega, La Iglesia Espanola Desde 1939 hasta 1975, in HISTORIA, supra note 2, at 665, 665-713, see also Isodoro Martin Martinez, El "nacional-catolicismo" en las relaciones entre la Iglesia y el Estado durante el gobierno del General Franco, in UBI SOCIETAS PLURALISTICA VIGET: ASPECTOS JURIDICOS DE LO RELIGIOSO EN UNA SOCIEDAD PLURAL 163, 163-92 (1987).

5. See the several approaches In *EL FENOMENO RELIGIOSO EN ESPANA: ASPECTOS JURIDICO POLITICOS* (1972), see also *GUSTAVO SUAREZ PERTIERRA, LIBERTAD RELIGIOSA Y CONFESIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPANOL* (1978).

6. Article 16 reads,

1. Se garantiza la libertad ideologica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades sin mas limitacion, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden publico protegido por la ley. 2. Nadie podra ser obligado a declarar sobre su ideologia, religion o creencias. 3. Ninguna confesion tendra caracter estatal. Los poderes publicos tendran en cuenta las creencias de la sociedad espanola y mantendran las consiguientes relaciones de cooperacion con la Iglesia Catolica y las demas confesiones.

The full constitutional text is included in this footnote, because it is the cornerstone of religious liberty and cooperation between the Spanish state and religious groups.

For all references to laws herein, see *LEGISLACION ECLESIASTICA* (Antonio Manna & Elena Olmos eds., 6th ed. 1994). Copy on file with Professor W. Cole Durham, Jr., J. Reuben Clark Law School, Brigham Young University.

7. La Constltucion [C.E.] art. 16, 1 (Spain).

8. C.E. art. 16, 2 (Spain).

9. *Ib.*

10. *Ib.* The Constitution states, "The public powers will take into account the religious beliefs of the Spanish society and will maintain the consequent relations of cooperation with the Catholic Church and other confessions (churches)."

11. *Ib.*

12. *Ib.*

13. *Ib.*

14. See *Ley Organica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa* [hereinafter *Religious Liberty Law*]. Copy on file with Professor W. Cole Durham, Jr., J. Reuben Clark Law School, Brigham Young University.

15. *Religious Liberty Law*, arts. 2, 3.

16. *Ib.*

17. See Augustin Motilla, *Aproximacion a la categoria de confesion religiosa en el Derecho espanol*, in 4 *ANUARIO DEL DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO [ADEE]*, 107-34 (1988).

18. See Alberto Bernardez Canton, *La mencion de la Iglesia Catolica en la Constitucion espanola*, in *LAS RELACIONES ENTRE LA IGLESIA Y EL ESTADO: ESTUDIOS EN MEMORIA DEL PROFESOR PEDRO LOMBARDIA* 403, 404-20. (1989) [hereinafter *LAS RELACIONES*].

19. See JOSE ANTONIO SOUTO PAZ, *EL DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO: EL DERECHO DE LA LIBERTAD DE IDEAS Y CREENCIAS* 105-110 (2d ed. 1993).

20. See Robert A. Destro & Gloria Moran, *Libertad religiosa, igualdad y no discriminacion en los sistemas juridicos norteamericano y espanol: consideraciones criticas*, in *LAS RELACIONES* supra note 18, at 289, 289-308.

21. C.E. art. 16, 3 (Spain), see also supra text accompanying note 9, Fernando Garrido Falla, *La situacion de la Iglesia en Espana coma institucion, y su correlativo a su reflejo en el Derecho constitucional espanol* in *CONSTITUCION Y RELACIONES IGLESIA-ESTADO EN LA ACTUALIDAD* 11, 11-22 (1978), Daniel Tirapu Martinez, *Notas sobre la posicion juridica de la iglesia catolica y de las Confesiones en el Derecho espaniol*, in *LAS RELACIONES*, supra note 18, at 391, 391-402.

22. See Maria Jose Villa Robledo, *Reflexiones en torno al concepto de "notorio arraigo" en el art. 7 de la Ley Organica de Libertad religiosa*, in 1 *ADEE* 143, 143-184 (1985).

23. *Religious Liberty Law*, art. 7.

24. *Ib.* art. 5, E. OLMOS ORTEGA, *EL REGISTRO DE ENTIDADES RELIGIOSAS*, in *REVISTA ESPANOLA DE DERECHO CANONICO [REDC]* 87-121 (1988); Isabel Aldanondo, *El Registro de Entidades religiosas*, in 7 *ADEE* 13, 13-48 (1991).

25. C.E. art. 22. See for a general approach AUGUSTIN MOTILLA, *SECTAS Y DERECHO EN ESPAÑA* (1990), see also I. Iban, *Grupos confesionales atipicos en el Derecho Eclesiastico vigente*, in *LAS RELACIONES*, supra note 18, at 271-304.

26. See supra text accompanying note 4.

27. See Carmelo de Diego-Lora, *Hacia la plena vigencia de los Acuerdos del Estado Espanol con la Santa Sede*, 7 *ADEE* 189 (1991).

28. See documents on file with Professor W. Cole Durham, Jr., J. Reuben Clark Law School, Brigham Young University. Each Agreement signed with the Catholic Church uses an International tool: the Instrument of Ratification by the Spanish Parliament. Compare other Agreements with Religious Minorities, which are published just as ordinary state laws.

29. For a general approach, see AUGUSTIN MOTILLA, *LOS ACUERDOS ENTRE EL ESTADO Y LAS CONFESIONES RELIGIOSAS EN EL DERECHO ESPAÑOL* (1985).

30. Instrumento de ratificación de 4 de diciembre de 1979 del Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado español y la Santa Sede, sobre asuntos jurídicos.

31. Instrumento de ratificación de 4 de diciembre de 1979 del Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado español y la Santa Sede, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales.

32. Instrumento de ratificación de 4 de diciembre de 1979 del acuerdo de 3 de enero de 1979 sobre Asuntos Economicos.

33. Instrumento de ratificación de 4 de diciembre de 1979 del acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado español y la Santa Sede, sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clerigos y Religiosos.

34. Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento, see Gloria Moran, *Evolucion, analisis y consideraciones juridicas sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas: de una tradicion multiseccular a su regulacion vigente*, 58 *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR* 101, 101-139 (1991).

35. For an approach in English about Religious Minorities in Spain, see Gloria Moran, *The Legal Status of Religious Minorities in Spain*, 36 *J. CHURCH & STATE* 577, 577-595 (1994).

36. See Robledo, supra note 22.

37. See Leyes 24/ 25 y 26 /1992 de 10 de noviembre por las que se aprueban los Acuerdos de Cooperacion con la Federacion de Entidades Religiosas Evangelicas de Espana, con la Federacion de Comunidades Israelitas de Espana y con la Comision Islamica de Espana. Copies on file with Professor W. Cole Durham, Jr., J. Reuben Clark Law School, Brigham Young University.

38. See supra text accompanying note 16.

39. For a general overview and different scholars' approaches, see ASPECTOS SOCIO-JURIDICOS DE LAS SECTAS DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA (Juan Goti Ordenana ed., 1991) [hereinafter ASPECTOS].

40. See M. L. Jordan, *Aproximacion al tema de las sectas pseudo-religiosas en Espana*, in *DIMENSIONES JURIDICAS DEL FACTOR RELIGIOSO* 255-266 (nd).

41. See supra note 27.

42. See Maria Angeles Felix Ballesta, *Mecanismos psicologicos de vinculacion a las sectas*, in ASPECTOS supra note 39, at 117, 117-30. For an approach from Spanish criminal law, see Joseph M. Tamarit Sumalla, *Las sectas y el Derecho penal*, in ASPECTOS supra note 39, at 277, 291-98.

SELECT BIBLIOGRAPHY:

SPANISH CHURCH-STATE RELATIONS

Legal Documents

Acuerdos del Estado Espanol con las Confesiones Religiosas: Con la Iglesia Catolica (Santa Sede), B.O.E., No. 173 § 2, July 20, 1962 (Spain).

Acuerdos del Estado Espanol con las Confesiones Religiosas: Con la Iglesia Catolica (Santa Sede), B.O.E., No. 230 § 3, Sept. 24, 1976 (Spain).

Acuerdos del Estado Espanol con las Confesiones Religiosas: Con la Iglesia Catolica (Santa Sede), B.O.E., No. 300 §§ 4-7, Dec. 15, 1979 (Spain).

Acuerdos del Estado Espanol con las Confesiones Religiosas: Con otras Confesiones, B.O.E., No. 272, Nov. 12, 1992 (Spain).

Concordato celebrado entre Su Santidad el Sumo Pontifice Pio IX y S.M.D. Isabel II, reina de las Espanas, Mar. 16, 1851, 1 Mercati 771.

Concordato entre la Santa Sede y Espana, Aug. 27, 1953, 45 AAS 625 [1953], 2 Mercati 271.

CONSTITUCION ESPANOLA [Spanish Constitution].

Ley Organica de Libertad Religiosa, B.O.E., No. 177, July 24, 1980 (Spain).

Real Decreto por el que Se Crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y Se Dictan Normas Sobre su Funcionamiento, Boletin Oficial del Estado [B.(.)E.], No. 227, Sept. 21, 1990 (Spain).

Real Decreto sobre Organizacion y Funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas, B.O.E., No. 27, Jan. 31, 1981 (Spain).

Books

ACUERDOS DEL ESTADO ESPANOL CON LOS JUDIOS, MUSULMANES Y PROTESTANTES (1994).

MARIA MORENO ANTON, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA ASISTENCIA RELIGIOSA A LAS FUERZAS ARMADAS (1989).

ASOCIACION ESPANOLA DE CANONISTAS, ACUERDOS IGLESIA-ESTADO ESPANOL EN EL ULTIMO DECENO (1987).

5 ASPECTOS SOCIO-JURIDICOS DE LAS SECTAS DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA (Juan Goti Ordenana ed., 1991).

2 ANTONIO MARTINEZ BLANCO, DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO (1993).

JUAN CALVO, CONCORDATO Y ACUERDOS PARCIALES: POLITICA Y DERECHO (1977).

JOSE CAMARASA CARRILLO, SERVICIOS MILITAR Y OBJECION DE CONCIENCIA (1993).

CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS, EL HECHO EN LA NUEVA CONSTITUCION ESPANOLA (1979).

CONSTITUCION Y ACUERDOS IGLESIA-ESTADO (C. Corral & J. Listl eds., 1988).

CONSTITUCION Y RELACIONES IGLESIA-ESTADO EN LA ACTUALIDAD (1978).

ANDRES-CORSINO ALVAREZ CORTINA, EL DERECHO ECLESIASTICO ESPANOL EN LA JURISPRUDENCIA POSTCONSTITUCIONAL (1978- 1990) (1991).

MARIA ELENA & OLMOS ORTEGA, LA REGULACION DEL FACTOR RELIGIOSO EN LAS COMUNIDADES AUTONOMAS ESPANOLAS (1991).

ESTUDIOS DE DERECHO CANONICO Y DERECHO ECLESIASTICO (1983).

6 EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, CON SCIENTIOUS OBJECTION IN THE EC COUNTRIES (1992).

DIONISIO LLAMAZARES FERNANDEZ, DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO (1989).

1 INSTITUTO DE ESTUDIOS POLITICOS, EL FENOMENO RELIGIOSO EN ESPANA: ASPECTOS JURIDICO POLITICOS (1972).

IVAN C. IBAN & LUIS PRIETO SANCHIS, LECCIONES DE DERECHO ECLESIASTICO 39-51 (1985).

IVAN C. IBAN ET AL., CURSO DE DERECHO ECLESIASTICO (1991).

LA IGLESIA ESPANOLA Y LA INTEGRACION DE ESPANA EN LA COMUNIDAD EUROPEA (C. Corral & J.M. Urteaga eds., 1986).

LIBERTAD RELIGIOSA HOY EN ESPANA (VII Jornadag de Estudios de la Facultad de Derecho Canonico Series V, No. 11, 1992).

LIBERTAD Y DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD RELIGIOSA (1989).
JAVIER MARTINEZ-TORRON, SEPARATISMO Y COOPERACION EN LOS ACUERDOS DEL ESTADO CON LAS MINORIAS RELIGIOSAS (1994).
JOSE M. CONTRERAS MAZARIO, REGIMEN JURIDICO DE LA ASISTENCIA RELIGIOSA A LAS FUERZAS ARMADAS EN EL SISTEMA ESPANOL (1989).
MINISTERIO DE JUSTICIA, ORDENAMIENTO JURIDICO DE LA OBJECION DE CONCIENCIA (2d ed. 1989).
AGUSTIN MOTILLA, SECTAS Y DERECHO EN ESPANA (1990).
LA OBJECION DE CONCIENCIA EN EL DERECHO ESPANOL E ITALIANO (1990).
OBJECION DE CONCIENCIA Y PRESTACION SOCIAL (Antonio Millan Garrido ed., 1992).
JUAN GOTI ORDENANA, SISTEMA DE DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO (1991).
JORGE DE OTADUY, REGIMEN JURIDICO ESPANOL DEL TRABAJO DE ECLESIASTICOS Y DE RELIGIOSOS (1993).
JOSE A. SOUTO PAZ, DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO (2d ed. 1993).
VICTOR REINA & ANTONIO REINA, LECCIONES DE DERECHO ECLESIASTICO ESPANOL (1983).
LAS RELACIONES ENTRE LA IGLESIA Y EL ESTADO: ESTUDIOS EN MEMORIA DEL PROFESOR PEDRO LOMBARDIA (1989).
MARIA J. ROCA, LA DECLARACION DE LA PROPIA RELIGION O CREENCIAS EN EL DERECHO ESPANOL (1992).
NATURALEZA JURIDICA DE LOS CONVENIOS ECLESIASTICOS MENORES (1993).
ANTONIO VIANA TOME, LOS ACUERDOS CON LAS CONFESIONES RELIGIOSAS Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD (1985).
TRATADO DE DERECHO ECLESIASTICO (1994).
UBI SOCIETAS PLURALISTICA VIGET: ASPECTOS JURIDICOS DE LO RELIGIOSO EN UNA SOCIEDAD PLURAL (1987).
FRANCISCO DE PAULA VERA URBANO, DERECHO ECLESIASTICO I (1990).
JOSE M. GONZALEZ DEL VALLE, DERECHO ECLESIASTICO ESPANOL (1989).
JOSE M. GONZALEZ DEL VALLE ET AL., DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO ESPANOL (reprint) (2d ed. 1983).

Journal 1-9 ANUARIO DEL DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO (1985- 1993).

ИСПАНСКАЯ СИСТЕМА ОТНОШЕНИЙ ЦЕРКВИ И ГОСУДАРСТВА

Глория М. Моран
кафедра права /профессор школы права/
Университет Ла Корунья, Испания

I. ИСТОРИЯ ВОПРОСА

Чтобы понять отношения между церковью и государством в сегодняшней Испании, необходим хотя бы краткий исторический обзор.

Начало отношений между церковью и государством в Испании восходит к 589 г., когда король визиготов Рикаред объявил в Толедо о религиозном /католическом/ и политическом объединении своего королевства. Начиная с XV века, с правления Фердинанда и Изабеллы, католическая церковь играла важнейшую роль в развитии общества, культуры и права.

Тесная связь католичества с политической властью сохранялась и в XIX веке, что нашло отражение во всех конституциях, принятых в прошлом столетии /1812, 1837, 1869 к 1876 гг./, а также в конституции первой Испанской республики. В них говорилось о тесной связи с католицизмом, что выглядело парадоксально, особенно если учесть, что на эти конституции сильное влияние оказал французский либерализм.

Признавалось только католическое богопочитание, не допускался прозелитизм, не разрешался гражданский брак, все обязаны были заключать его согласно каноническому праву.

Тем не менее, отношения между церковью и испанским правительством складывались нелегко, а в период с 1835 по 1851 гг., государство экспроприировало до 90 % церковной собственности /в те времена католическая церковь владела 1/5 всех земель/ и запретило традиционные обложения в пользу церкви /десятину и "начатки" от всех сборов/. Это сократило доходы католической церкви до такой степени, что она не могла содержать себя. В конце концов, в 1851 г. было заключено соглашение /конкордат/ между Католической церковью и испанским правительством, по которому церковь получила финансовую поддержку из государственного бюджета и большие льготы в налогообложении.

Тем не менее, во времена Второй Республики /1931-1936 гг./ в Испании вновь заявило о себе французское влияние и снова получили хождение антимонархические, антиклерикальные республиканские идеи. Отношения между церковью и государством в этот период характеризовались решительным отделением церкви от государства, враждебным отношением к католицизму; однако народ, в массе своей сохранявший привязанность к католической вере, не хотел принимать эти перемены, что и послужило одной из главных причин гражданской войны 1936-1939 гг.

Политический режим генерала Франко, существовавший в стране с 1939 по 1975 гг., оказывал сильную поддержку Католической церкви, признавая только ее официальным вероисповеданием, и использовал ее для обеспечения связи с массами. Отношения между католической церковью и правительством Франко регулировались конкордатом, подписанным в 1953 г., который предоставлял Католической церкви привилегированный юридический статус официальной церкви и признавал ее юрисдикцию на всей испанской территории.

Что касается других религий, то до 1967 г. по отношению к ним проявлялся лишь минимум терпимости, и не католическое богопочитание едва разрешалось, но и то лишь в частном порядке. В соответствии с декларацией Второго Ватиканского собора о религиозной свободе, она была провозглашена теоретически, но с 1967 по 1975 гг. статус Католической церкви фактически оставался таким же, как и до 1967 г. Переходный период, период крупных политических перемен, продолжался с 1975 по 1978 гг., когда была принята конституция, основательно преобразовавшая всю испанскую систему права. В частности, в качестве основного права человека было признано право на религиозную свободу и было провозглашено, что никакая религия не пользуется преимуществами.

Так была открыта новая глава в истории отношений церкви и государства в Испании. Однако очевидно, что тесные исторические связи государства с Католической церковью не могли быть устранены при помощи закона, поскольку они коренятся в культуре и самом обществе. Поэтому

социологически мы должны считать Испанию католической страной /более 90% населения - католики/, а католичество - важной составной частью испанской культурной идентичности. Нынешнее правовое регулирование исходит из этого факта, а юридическая система, закрепленная в конституции, основывается не столько на отделении церкви от государства, сколько на их сотрудничестве, что снимает многие проблемы, вытекающие из католического прошлого Испании.

II. СОВРЕМЕННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТНОШЕНИЙ ЦЕРКВИ С ГОСУДАРСТВОМ

Для уяснения сути проблемы необходимо различать два типа источников такого регулирования: те, которые исходят от самого государства /конституционные нормы и текущее законодательство/, и те, которые исходят от соглашений и договоренностей с церквями и религиозными объединениями.

В сфере отношений церкви и государства конституционные нормы провозглашают:

1/ Основные права на свободу идеологии, религиозные свободы и право отправлять любое богопочитание как в индивидуальном порядке, так и в составе объединения /ст 16,1/

2/ Право на неприкосновенность личной жизни, включающее право не объявлять открыто о своей идеологии, религии или верованиях /ст. 16, 2 / ,

3/ Государство не предоставляет преимуществ никакому вероучению /ст, 16,3/.

4/ В конституции только один раз упоминается Католическая церковь, когда говорится о сотрудничестве с религией: "Публичная власть принимает во внимание религиозные верования испанского общества и будет поддерживать отношения сотрудничества с Католической церковью и другими вероисповеданиями " /церквями/ /ст. 16,3 /.

5/ Равное отношение ко всем: "Испанцы равны перед законом; не допускается дискриминация на основании рождения, пола, религиозных и иных убеждений или на любом другом основании социального порядка" /ст, 14/; публичная власть должна "создавать действенные и эффективные условия для осуществления принципов свободы и равенства индивидов и сообществ" /ст. 9,2/.

6/ Все основные конституционные права должны толковаться в соответствии со "Всеобщей декларацией прав человека" и другими международными соглашениями, подписанными и ратифицированными испанским парламентом /ст. 10 ,2/.

В законе о религиозной свободе 1980 г. принцип религиозной свободы и свободы богопочитания получает дальнейшее развитие. Прежде всего, в законе перечислены основные права, составляющие религиозные свободы и свободу вероисповедания.

А. Для отдельных лиц.

а/ Право свободно исповедовать любую религию или не исповедовать никакой, право менять религиозные убеждения, право открыто выражать их.

б/ Право на свободное богопоклонение, празднование религиозных праздников, право на совершение брака и похорон по религиозному обряду, право на религиозное обслуживание /окормление/.

Это последнее существенно для отношений церкви с государством и включает взаимные обязательства: церкви совершают требуемые действия по отношению к своим верующим, государство разрешает такие действия и создает условия для их осуществления. В Испании эти условия создаются в школах, в вооруженных силах, в местах заключения, в больницах, в благотворительных учреждениях /ст. 2, 3/.

в/ Право проповедовать религиозное учение и право воспринимать такую проповедь, право на свободу религиозной информации, право выбирать для себя религиозное образование в соответствии со своими убеждениями.

г/ Право заниматься всеми видами религиозной деятельности.

Б. Для церквей, конфессий, религиозных объединений.

Право создавать места богопоклонения, право заниматься образовательной деятельностью, назначать служителей и руководителей, заниматься религиозным прозелитизмом, поддерживать связи с другим церквями на испанской территории и за ее пределами.

При всем том закон 1980 г. устанавливает ограничения религиозных свобод, четко определяя три типа таких ограничений:

1/ Свободы не должны нарушать основные права и свободы других лиц.

2/ Они не должны представлять угрозы для общественного порядка, а также здоровья, безопасности и морали общества.

3/ Не допускается деятельность, связанная с психическими или парапсихическими феноменами, а также распространение связанных с ними "гуманистических или духовных /спиритуалистических/ ценностей", противоречащих религиозным ценностям.

Следует заметить, что третье ограничение представляется несколько необычным. Если мы сравним с конституциями других стран мира, то возникает вопрос: как государство может определить, какие ценности являются "спиритуалистическими", а какие религиозными? И не нарушает ли это положение религиозную свободу как одно из основных прав человека?

Испанское законодательство не имеет единого определения религиозного объединения и использует несколько понятий: религиозное объединение, религиозное сообщество, церковь, конфессиональная церковь, но чаще всего используется понятие "религиозное вероисповедание".

Что такое "религиозное вероисповедание" согласно закону? В качестве архетипа или парадигмы, тут разумеется прежде всего Католическая церковь, которая отдельно упоминается и в конституции, но этого недостаточно для юридического определения и юридического признания.

Закон 1980 г. не дает определения того, что является "религиозным вероисповеданием", однако признает некоторые "религиозные вероисповедания" таковыми при условии, что они отвечают определенным требованиям, главное из которых - наличие религиозной цели деятельности.

Однако, как уже указывалось, закон 1980 г. определяет, какие цели не являются религиозными, когда в статье 3,2 провозглашает, что не допускается деятельность объединений, относящаяся к психическим или парапсихическим феноменам и связанная с распространением "человеческих или спиритуалистических" ценностей, враждебных религиозным ценностям.

Таким образом, любое религиозное вероисповедание может быть признано законным при условии, что оно отвечает определенным требованиям, главное из которых, как мы уже отмечали, - наличие религиозной цели деятельности, но снова встает тот же самый вопрос: что такое "религиозная цель деятельности", и опять мы не можем дать юридически обоснованного ответа. Возможно, полезно поставить вопрос: как эволюционируют эти цели и в чем состоит их сущность? Представляется, что главное тут - в особом рода деятельности, которую можно определить как религиозное поклонение.

Между "религиозным вероисповеданием" и "религиозным поклонением" существует некая юридическая связь, но этого недостаточно .

Кроме того, остается ключевой вопрос: правомочен ли закон, государство определять, что является, а что не является "религиозной целью"? В решении от 2 ноября 1987 г. Верховный Суд дал отрицательный ответ, заявив, что государство не может выносить суждения о религиозных целях, а может лишь проверять формальное соответствие каким-то требованиям. Видимо, по данному вопросу закон не может сказать ничего другого. Учитывая все вышеизложенное, разумно будет признать, что закон не должен определять, что такое религия, религиозные убеждения, религиозное вероисповедание, или даже, что такое религиозные цели. Полагаем, что с этим мнением согласятся многие ученые.

И еще одно мнение представляется столь же очевидным. Может ли закон определять условия, необходимые для признания объединения "религиозным вероисповеданием", наделять его соответствующим статусом, дискриминируя тем самым прочие религиозные группы? Не является ли это нарушением принципа равенства перед законом?

Совершенно очевидно, что в Испании действия законодателя по защите индивидуальных и коллективных прав на религиозную свободу порождают много трудностей и противоречий при попытке реализовать эти права, поскольку правовой статус признается лишь за некоторыми религиозными группами.

Если говорить о правовом признании в соответствии с законом, то существующее законодательство выделяет несколько типов религиозных объединений, обладающих совершенно различным статусом:

1/ Католическая церковь, специально упоминаемая в конституции /ст. 16, 3/.

2/ Достаточно "глубоко укоренившиеся" церкви, могущие, в соответствии с законом, вступить в соглашение с государством /ст. 7 закона 1980 г./.

3/ Прочие церкви и религиозные сообщества, не обладающие статусом "укоренившихся", но с признаваемым законом статусом религиозного сообщества или конфессии, о чем говорится при описании порядка регистрации религиозных объединений /ст. 5 закона 1980 г./.

4/ Религиозные группы, не обладающие подобным статусом и называемые сектами или новыми религиозными движениями, поскольку они не соответствуют требованиям, предъявляемым

законом, и чаще всего обладают отатусом на религиозных, а частных объединений или асоциаций /конституция, ст. 22/.

А теперь рассмотрим эти четыре типа религиозных объединений.

I. Католическая церковь.

Отношения государства с Католической церковью, долгое время бывшей единственной признаваемой и официальной государственной церковью, являются самыми сложными, часто самыми напряженными, несмотря на ее привилегированный статус. Эти отношения претерпели известную эволюцию после 1953 г. при заключении ряда соглашений.

Эти соглашения отличаются от соглашений с другими церквями, поскольку испанским правительством они приравнивались к международным договорам, и заключались на основе принципов международного права, что являлось признанием государством международного статуса Католической церкви. Все прочие соглашения государства с другими конфессиями имеют характер обычных государственных законов.

Помимо этого на практике есть существенные различия между Католической церковью и другими церквями, выражающиеся в существовании особых правил и юридических положений, касающихся только Католической церкви, что объясняется ее особой социальной и культурной ролью в испанском обществе.

Особое положение Католической церкви отчетливо видно при чтении и сравнении соглашений между церковью и государством: в них явно отдается предпочтение церкви большинства, т.е. Католической церкви. Разумеется, этому нетрудно найти объяснения, но такое выделение свидетельствует о том, что равное отношение ко всем вероисповеданиям, являясь целью, еще не стало фактом реальной жизни.

За недостатком места невозможно подробно объяснить различия в отношении к католической церкви и церквям меньшинства, поэтому мы сосредоточимся на основных положениях соглашений.

С Католической церковью подписаны четыре главных соглашения:

а/ По вопросам правового регулирования, в которое входит правовое признание всех католических объединений и институтов; неприкосновенность мест поклонения; признание воскресенья и католических праздников нерабочими днями во всем государстве; право деятельности в местах заключения, больницах и других местах; признание не только действительности брака, заключенного по католическому обряду, но и юридической значимости решений, вынесенных церковными судами, в случае, если в них содержится суждение или определение по гражданским делам.

В этом же соглашении говорится, что в случае расхождений в толковании данного соглашения церковь и государство будут решать их путем создания смешанного органа.

б/ Соглашение по вопросам образования и культуры, включающее следующие положения:

1/ уважение католической морали во всех государственных школах;

2/ преподавание католической доктрины в качестве основного предмета во всех школах при сохранении за учащимися права посещать или не посещать эти занятия;

3/ признание государством ученых степеней, присуждаемых церковными учебными заведениями;

4/ особое положение католической церкви по отношению к историческим памятникам и произведениям искусства, выделение средств для сохранения этих памятников;

5/ соглашение по финансовым вопросам, налоговым льготам и освобождению от налогов, предусматривающее:

а/ финансирование католической церкви, источники которого менялись трижды: с 1979 по 1982 г. /затем срок был продлен до 1987 г./ она целиком финансировалась из годового государственного бюджета; с 1988 по 1991 гг. ей выделялось 0,5 % подоходного налога при условии, что налогоплательщики выражали согласие на то, чтобы эта сумма шла именно от Католической церкви /если полученные средства не достигали уровня 1987 г., то разница доплачивалась из государственного бюджета/; на третьем этапе эта часть подоходного налога выплачивалась ей безо всяких условий.

б/ широкое освобождение от подоходного налога и налога на имущество и собственность, используемые для богопоклонения.

в/ предоставление тех же льгот, что и организациям, не имеющих целью извлечение прибыли.

г/ по вопросам религиозного обслуживания вооруженных сил, которое подлежит дополнению с целью создания системы религиозного обслуживания, включающей все церкви, что положит конец католической монополии, поскольку в настоящее время только католические священники являются капелланами.

II "Глубоко укоренившиеся" церкви меньшинств

Согласно закону 1980 г. о религиозной свободе /ст. 7,1/ "глубоко укоренившиеся" религиозные объединения могут вступать в соглашение с государством и обладают особым статусом. Но что может означать "глубоко укоренившиеся"?

Закон говорит о "внесенных в реестр церквях, вероисповеданиях и религиозных объединениях, которые в силу своего территориального распространения и численности последователей глубоко укоренились в Испании"; и таким образом остается неясным, каковы критерии: что такое "территориальное распространение"? Сколько нужно последователей - десять тысяч? миллион? И почему государство в одностороннем порядке берется определять, является то или иное религиозное сообщество укоренившимся или не укоренившимся? Ответы на все эти вопросы скорее всего дадут в будущем решения судов. В настоящее время имеются три религиозных объединения, обладающие таким статусом: евангелическое, иудаистское и мусульманское. 10 ноября 1992 г. Федерация евангельских общин Испании /ФЕОН/, Федерация израильских общин Испании /ФИОН/ и Исламская комиссия Испании /ИКИ/ заключили соглашения с правительством.

В преамбуле каждого из них излагаются одни и те же юридические основания их заключения. Там сказано, что права на равное обращение и религиозную свободу, “первоначально существовавшие как индивидуальные права”, могут распространяться на объединения и конфессии. Мы видим, таким образом, что закон признает равенство религиозных вероисповеданий. Основные положения всех трех соглашений практически не отличаются друг от друга и включают в себя:

а/ Неприкосновенность мест поклонения и погребения.

б/ Признание святой субботы нерабочим днем вместо воскресенья, если это специально оговаривается в соглашении между работником и работодателем. По договоренности сторон могут отмечаться традиционные еврейские или мусульманские праздники вместо общепринятых. Уважаются требования поста и пищевые запреты указанных религий.

в/ Религиозное обслуживание вооруженных сил, предоставление военнослужащим возможности участвовать в религиозной деятельности и отправлении обрядов вплоть до посещения мест богослужения вне расположения части, если это не противоречит требованиям воинской службы.

Гарантируется религиозное обслуживание заключенных в тюрьмах, больных в больницах и иных сходных категорий лиц; священнослужители получают право свободного доступа во все места такого рода в любое время без ограничений. Однако расходы по оплате этой деятельности несут религиозные объединения.

г/ Признание религиозного брака при условии представления свидетельства и оформления соответствующей записи в актах гражданского состояния.

д/ Гарантируется право на обучение евангельскому, иудейскому или мусульманскому вероучению в любой государственной и даже частной школе при условии, что такое обучение не противоречит религиозной ориентации частной школы. Одновременно с этим признается право указанных религиозных объединений создавать свои начальные и средние школы.

е/ Предусматривается поощрение пожертвований и содействие созданию Фондов для сохранения еврейского и мусульманского исторического и культурного наследия.

ж/ Предоставление права организовывать сбор средств и принимать пожертвования без обложения налогом. Освобождаются от налогов и другие виды деятельности: распределение духовной литературы, религиозное образование священнослужителей в соответствующих общинах.

Предусматриваются и иные налоговые льготы, сходные с теми, которыми пользуется Католическая церковь.

Федерация евангельских общин Испании, Федерация израильских общин Испании и Исламская комиссия Испании отказались от выделения в их пользу части подоходного налога своих верующих, и этот вопрос в соглашениях не затрагивается.

з/ Специальным пунктом соглашений оговаривается создание комиссий из представителей светских властей и религиозного объединения /ФЕОН, ФИОН, ИКИ/ для наблюдения за выполнением условий каждого соглашения.

III. Малые церкви, не имеющие соглашений с правительством.

Этот третий тип религиозных объединений признается испанским законом /закон о религиозной свободе от 1980 г. Они вносятся в Государственный реестр религиозных объединений, но не имеют статуса "глубоко укоренившихся" и, соответственно, не могут вступать в соглашения о сотрудничестве с государством.

Таким образом, нормы, регулирующие отношения со всеми религиозными объединениями, изложены в статьях 5 и 6 закона о религиозной свободе от 1980 г. Они устанавливают, что внесенные в Государственный реестр церкви, конфессии, религиозные общины обладают правовыми полномочиями и определяют условия, необходимые для предоставления этих полномочий. Как говорилось выше, самое неясное условие заключается в расплывчатом понятии "религиозная цель", что может стать серьезным источником дискриминации некоторых религиозных меньшинств.

Статья 6 гласит, что зарегистрированные церкви, конфессии и религиозные общины являются автономными и могут сами устанавливать правила своей деятельности для достижения поставленных ими целей.

Можно утверждать, что заключенные в соглашениях нормы предоставляют "религиозным вероисповеданиям" определенный правовой статус и религиозные свободы, перечисленные в статье 2 закона о религиозной свободе от 1980 г.; и что деятельность большей части религиозных объединений этого типа регулируется различными законами, касающимися проблем образования, религиозного обслуживания, брака, праздников, налоговых льгот и средств массовой информации.

IV. "Религиозные" группы, не имеющие особого правового статуса.

Как я уже указывала, ключевые слова, используемые при применении положений о религиозной свободе, суть: богопоклонение и религиозная цель. Считается, что деятельность, связанная с психическими или парапсихическими феноменами, распространением гуманистических или "спиритуалистических" или иных подобных ценностей, этим критериям не соответствует. Для этих, согласно закону, нерелигиозных групп /поскольку они не могут доказать наличие религиозной цели/, остается выбор: или в соответствии с правом на свободу убеждений ограничиться статусом частной ассоциации или объединения /ст. 22 Конституции 1978 г, и закон об ассоциациях 1964 г./ или же граждане могут просто воспользоваться правом на свободу союзов и свободу слова, не претендуя и на этот статус.

Ежедневно в нашем обществе появляются "религиозные", "спиритические" или иные группы, объединяемые под названием "новые религиозные движения", или "секты"; многие из них, именуемые "деструктивными сектами", фигурируют на первых страницах газет, так как им приписывают преступное поведение, проституцию, гомосексуализм, мазохизм, свободный секс, употребление наркотиков, психическую обработку своих последователей, побуждение к самоубийству, финансовые аферы... Словом, действия, которые вызывают беспокойство общественности и социальную напряженность.

В Испании споры о такого рода группах вызывают необходимость решить следующие вопросы: 1/ как именовать такого рода группы и каков их юридический статус? 2/ не слишком ли строга Государственная дирекция по религиозным вопросам /в ее функции входит внесение

религиозных объединений в Государственный реестр/ и не превышает ли она своих полномочий? 3/ не следует ли выработать особый статут для групп такого рода, или же достаточно существующих законов? 4/ законно ли насильственно "депрограммировать" людей и требовать отказа от вероучения ?

Испанские ученые употребляют два термина применительно к такого рода группам: одни употребляют слово "секта" в понимании Макса Вебера, т.е. для отличия таких групп от установившихся церквей /этот термин имеет уничижительный оттенок/, другие - "новые религиозные движения". Юридически оба этих термина не признаны, и потому ни секты, ни "новые религиозные движения" юридически не существуют, и эти термины не могут обладать юридической значимостью.

Некоторые из этих "религиозных" групп зарегистрированы как религиозные общины. Как правило, Государственная дирекция по религиозным вопросам отказывает им в регистрации, поскольку предъявляет достаточно строгие требования, но иногда вынуждена регистрировать по решению суда. Однако и суды нередко отказывают им в праве на регистрацию, а кроме того, многие из них сами не стремятся получить правовой статус. Таким образом, государственная власть вытесняет эти группы из юридического пространства, и закономерен вопрос: обеспечивает ли закон религиозную свободу и равенство конфессий? Или тут кроется дискриминация по религиозному признаку? На этот вопрос должны ответить факты.

При выборе между особым статутом и общим применением закона большая часть ученых склоняется в пользу последнего, считая особый статут ненужным и даже опасным в силу его дискриминационного характера. В основном они согласны в том, что испанский уголовный кодекс содержит достаточно механизмов для защиты общества от возможной противоправной деятельности этих "религиозных" групп, хотя, возможно, следует предусмотреть особую защиту от психологического воздействия.

И тут мы подходим к последней и самой сложной проблеме о правомерности насильственного депрограммирования и разрушения веры в качестве юридически обоснованного действия. Существуют доводы "за" и "против"; одни считают такие действия законными, другие - противозаконными. Все признают, что психологическое воздействие со стороны религиозных лидеров /как и политических/ может быть опасным для населения, но нетрудно догадаться, что при насильственном депрограммировании и разрушении веры тоже велик риск физического и психического насилия, и тут мы имеем дело с нарушением внутренней свободы совести индивида, т.е. одного из основных прав человека.

Я полагаю, что подобные формы контроля являются скрытыми формами религиозного преследования и ограничения религиозной свободы. Более того, использование подобных техник ("депрограммирование" и т.п.) означает, что правительство, а не индивид, определяет, какие идеи являются манипулятивными, а какие - религиозными. Однако, если религиозная свобода что-нибудь означает, то она означает, что именно индивид должен решать, какие идеи признавать религиозными.

III. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Приняв конституцию 1978 г. и признав религиозную свободу как одно из основных прав человека, испанское общество сделало выбор в пользу сотрудничества с церквями, религиозными общинами и группами.

Это сотрудничество развивается разными путями, в частности, путем придания различным объединениям неодинакового юридического статуса с целью удовлетворить религиозные запросы общества, в то же время стремясь избежать дискриминации по религиозному признаку. В реальной жизни, как мы старались показать выше, достижение этой цели сопряжено с большими трудностями. Решение, представляющееся оптимальным с исторической и социальной точек зрения, на практике может стать источником дискриминации, различий в подходах. Избежать этого трудно, но светские власти должны прилагать к этому все силы, поддерживая равновесие между сотрудничеством и раздельностью, осуществляя подлинную и эффективную защиту религиозной свободы и равенства всех перед законом.

THE EMERGING PATTERN OF CHURCH AND STATE IN WESTERN EUROPE: THE ITALIAN MODEL

Silvio Ferrari
Professor of Law,
University of Milan

I. INTRODUCTION: POINTS OF METHOD

The classification of church-state systems in Western Europe is traditionally based on a tripartition; they are identified variously as separation systems, concordatary systems, and national church systems. This traditional classification is unfortunately outdated and serves little use in understanding current developments in the field of church-state relations in Western Europe. The traditional classification over-emphasizes the formal aspects of church-state relations and it does not pay enough attention to their content, that is, the legal powers given to churches and the protections afforded to individual believers. Consequently, it is also of little use in perceiving whether, despite the differences in the various European systems, a common model is taking shape in the countries of Western Europe.

I do not by any means contend that the formal categories of separationist, concordatary, and national church systems are equivalent, however. Establishing church-state relations through a concordat is clearly different from doing so through a state law as happens in the United States with a separation system or in England with a national church system [1]. For example, provisions in a concordat have the same strength as international law provisions and cannot, therefore, be modified unilaterally. Thus, they afford stronger protection to churches than do state laws. The signing of a concordat is not the definitive element of the state's attitude towards a church, however, whether

from a political or from a legal point of view. For instance, the Belgian Catholic Church, without a concordat, enjoys a better legal position than it does in some countries where a concordat has been adopted.

Much of what has been said can also be applied to the distinction between state law systems based on the attainment by churches of a public-law status (as in the national churches of Germany and Greece) or a private-law status (as in the separationist nations of Netherlands and France). The publiclaw/private-law status of a church is not the decisive factor if we look solely at the content, that is, the actual status of churches under the nation's laws. For example, churches in Ireland, which are not public law corporations, have as strong a legal position as do churches in Germany, which are public law corporations.

This article will focus on two primary questions. First, considering the content of the church-state systems existing in Western Europe, is it possible to divine a common model? Second, how comparable is the Italian system with this "common model?"

II. CHURCH AND STATE IN WESTERN EUROPE

It is possible to detect a common pattern of church-state relations in Western Europe, even if that pattern is applied in different ways. The main elements of the pattern are: (1) at an individual level, the neutral attitude of the State toward the different religious subjects who are free to profess adherence to whatever religion they prefer; (2) at the collective level, the outline inside the "public" sector of a "religious" sub-sector (the "playing field," a "protected area") where the different religious subjects can enjoy a preferential treatment in comparison with non-religious subjects; and, (3) at both levels, the confining of state interference with religious subjects to the setting of ground rules or to seeing that the "playing field" is level and its boundaries are respected. The same pattern can also be detected in the structure of the international and constitutional legal provisions concerning religious freedom and church-state relations in Western Europe [2].

These common provisions guarantee an impartial attitude on the part of public authorities because officials are bound to respect the citizen's right to follow or join any religion [3] and to be protected from discrimination based on religion [4]. These provisions also protect the internal autonomy of religious denominations to an extent greater than that guaranteed for non-religious associations [5]. They likewise contain favorable arrangements for religious denominations' external activities, such as the teaching of religion in state schools, the conducting of religious services in the Army, and the building of worship centers [6]. Finally, a limit (referring to morals, public order, health, safety, or third party rights) on the manifestation of religious freedom is always included in these provisions in order to further define the ground rules and designate "playing field" borders [7].

These elements outline the boundaries of the "playing field" where religious subjects enjoy preferential treatment through nonreligious entities. However, this picture obviously over-simplifies the complexity and the nuances presented by the different legal systems.

First, some terms have different meanings in different countries. The phrase "internal autonomy of the religious community," for example, has a much broader content in Germany (where

it also covers the educational and social activities of churches than it does in Spain (where it covers only religious activities). And while many nations affirm the internal autonomy of the religious communities in common with the European pattern, "internal autonomy" may have a different meaning and therefore a different impact in the various European states because of the way each government has defined the term in such areas as labor law, trade union law, and competition law.

Second, while the pattern is the same almost everywhere in Western Europe, its practical manifestations differ from country to country. For example, it is easy to find a difference between the teaching of religions in the state schools of Italy and France. In Italy, the teaching of at least one religion is guaranteed, while in France there is no religious education in the schools. But this contrast shows only a different degree of cooperation of the public powers with religious institutions, rather than opposing attitudes towards the very idea of state cooperation with religious education. For example, chaplains have access to secondary schools in France [8]. The primary school timetable is also arranged in a manner that allows students to obtain religious education without any difficulty. This same spirit of cooperation is seen in French prisons, hospitals, and the French Army where state chaplains provide religious services. To a lesser degree, the spirit of cooperation extends even to the area of financing, where churches enjoy some tax exemptions. In France, donations in favor of religious communities can be deducted from the taxes that the donors are required to pay.

The religious assistance existing in Italy or Germany may be more favorable to churches than is the French system, but the French state does cooperate with the churches in areas like religious instruction, assistance, and finance. Therefore, we see that there are different versions of the common model, rather than just different models. Following the classification of church-state systems recently proposed by Cole Durham [9], we could conclude that the models prevailing in the member states of the European Union range from benevolent separation to cooperation, that is, they could all be placed within a fairly narrow range on the spectrum of church-state systems proposed by Professor Durham. Moreover, even the countries where a national or state church exists can be placed in this range. However, there are some national laws that cannot be characterized as a particular version of the pattern, but rather contradict the pattern itself. Some examples include: (1) the prohibition against proselytizing in Greece [10]; (2) the prohibition of religious marriages without a previous civil marriage in France, Germany and Belgium; and, (3) the financing of some churches by the general budget of the State, i.e., with the taxes of citizens who are not members of the religious communities receiving economic support, as happens in Greece and Denmark. In short, these are the areas in which some changes are needed in order to bring the various national systems in line with the common European pattern.

III. CHURCH AND STATE IN ITALY

Italy fits quite well into the general European pattern. Although more than ninety percent of Italy's inhabitants are baptized in the Catholic faith, only thirty percent of them regularly attend the Sunday mass. Nevertheless, the Papacy resides in Italy, which gives the Catholic Church great

influence over political and social events in the country regardless of the statistical figures on the religious beliefs of Italians.

It is therefore not surprising that the conceptual framework of church-state relations in Italy relies heavily on the idea of cooperation, since this is an idea which has always been upheld by the Catholic doctrine and put into practice through the ratification of concordats between the Church and various governments. The Italian State has completed agreements patterned after the Catholic concordats with six minority denominations that must also be considered in the light of the same principle of cooperation. The prevailing trend toward a strictly defined cooperation between the State and churches has been tempered by the principles of religious liberty and equality affirmed during the liberal period and, after the fall of the Fascist regime, by the Constitution of 1948. Even if the implementation of the Constitution has been quite slow, these principles have been applied quite extensively since the 1960's.

In summation, Italy (together with Germany and Spain) represents the "cooperationist" version of the European pattern. Common features of Italy's version are implemented through a system of agreements between the State and the religious communities.

A. Church and State in Italy Since the Unification

The unification of Italy in 1860 provoked a serious crisis in the relations between the Catholic Church and the new state. The liberal government of Cavour and his successors pursued a process of secularizing public institutions and public life. Some examples of this process are: (1) the introduction of obligatory civil marriage in 1865; (2) the restriction of Catholic religious education in state schools in 1877; (3) the reform of the penal laws for the protection of religion in 1889; and 4) state control of the welfare and charitable institutions in 1890. Opposition to the ecclesiastical hierarchy was further aggravated by measures aimed to diminish the economic power of the church (especially by way of abolishing certain church entities and confiscating their property in 1866 and 1867).

The unification of Italy was completed in 1870 by the capture of Rome, which put an end to the secular power of the Popes. This event gave particular strength to the hostility felt by many Catholics towards the Kingdom of Italy. Italy was accused of trying to rob the Pope, and the church, of their remaining liberty. For a number of reasons, the conflict between the Catholic Church and the Kingdom of Italy was not resolved until World War I. First, the Italian Government retained a predominantly moderate policy in 1871, and particularly after the promulgation of the Law of Guaranties ("flegge delle Garantigie"). Second, Pope Leo XIII (1878-1903) and Giovanni Giolitti (who led Italian politics in the first fifteen years of the twentieth century) both adopted more flexible attitudes.

Following the war, the Fascist party, which was in power from 1922 until the end of the Second World War, initiated a policy of conciliation towards the Catholic Church which culminated

in the signing of the Lateran Treaties in 1929. These treaties solved the problem of Rome by creating the Vatican state. The treaties also restored part of the church's privileges in a number of areas: (1) matrimonial affairs; (2) economic matters; and (3) religious education in state schools (which had been prohibited during the liberal period).

The promulgation of the Republican Constitution in 1948 created the basis for the revision of those provisions of the concordat which were least compatible with the principles of freedom and equality in religious matters which were enshrined in the Constitution. For a number of national and international reasons, however, the reform of Italian ecclesiastical law could not be initiated until the 1980's. By that time, Italy had gone through a significant process of secularization. For instance, legislation first introduced legal divorce in 1970, and abortion was legalized in 1978. These changes had a profound impact on Italian society [11].

B. The Constitutional Framework

1. Description of Constitutional Provisions

The fundamental provisions of Italian ecclesiastical law are contained in the Constitution. Articles 7, 8, and 19 have twin aims: (1) safeguarding the liberty of the individual in religious matters; and (2) guaranteeing a system of cooperation between the State and the religious denominations. Fascism had just ended when the Constitution was formulated in 1947. Religious liberty was a central consideration when the provisions were drafted. The agreements between the State and the religious communities were determined to provide the best protection against another "totalitarian" experience. After the memory of Fascism faded away, the church-state agreements were seen in a different light. The agreements allow the churches to effectively contribute to the development of provisions which respect the church's identity and are appropriate to their needs. Several reforms of the Constitution have been proposed in Italy, but such reforms have not included the provisions relating to religious liberty and church-state relations. The prevailing opinion is that these provisions do not need any substantial changes.

The Italian Constitution guarantees religious liberty to everyone, regardless of their citizenship. Article 19 provides that "all are entitled to freely profess their religious convictions in any form, individually or in associations, to propagate them and to celebrate them in public or in private, save in the case of rites contrary to morality [12]. Article 19 provides for freedom of religion, but it does not address the specific issue of freedom of belief. The prevailing interpretation is that the freedom to have and to disseminate an atheistic or agnostic belief is also fully guaranteed. Additionally, the freedom to change your religion is unanimously considered a constitutional right even if it is not specifically included in Article 19. Two articles of the Italian Constitution deal with religious communities. Article 7 provides that

The State and the Catholic Church are, each within its own ambit, independent and sovereign. Their relations are regulated by the Lateran Pacts. Such amendments to these Pacts as are accepted by parties do not require any procedure of Constitutional revision [13].

Under Article 7, the relations between the State and the Catholic Church are dictated through concordats, which are considered to have the same validity as international conventions. The current concordat, *Accordo di Villa Madama*, was concluded in 1984.

Article 8 affirms that all religious communities are equally free before the law and, in its second part, deals with religious communities different from the Catholic Church, giving them the right to organize themselves according their own statutes so long as they are not contrary to general law.

All religious denominations are equally free before the law. Religious denominations other than Catholic are entitled to organize themselves according to their own creed provided that they are not in conflict with Italian judicial organization. Their relations with the State are regulated by law on the basis of agreements with their respective representatives [14].

Relations with the State are to be dictated by agreements, or *intese*. The Italian state has already concluded agreements with the Waldensians (1984), the Pentecostals and Adventists (1986), the Jews (1987), and the Baptists and Lutherans (1993).

Articles Seven and Eight of the Italian Constitution are particularly important for the self-determination of religious communities. Besides recognizing the sovereignty and independence of the Catholic Church in its own order, Articles Seven and Eight grant all other denominations a high degree of internal autonomy [15]. Other denominations are free to organize themselves in any manner they desire. Additionally, they are protected against any assertion of jurisdiction by the State. The constitutional caveat that church/state relations are to be regulated by Italian law applies only to the organizational structure of the denominations, which must not be in conflict with the general principles of Italian law on the subject of legal entities. This caveat does not concern the doctrines, or other ideological principles, of the various denominations. Moreover, the last sections of Articles Seven and Eight respectively guarantee the autonomy of the religious denominations. These sections provide that the State may only deal with the legal organization of a denomination through a formal agreement, i.e., under the condition of reaching an understanding with the denomination. Any amendments to the agreements may be made only through a bilateral arrangement between state and denomination. Hence, the State does not have the power to change the agreement through a unilateral initiative. This allows the Catholic Church, and the six other denominations that have reached an agreement with the State to know that their present legal status will not be altered against their will.

The remaining denominations, which operate in Italy without a formal agreement, are governed by the law n. 1150 of June 24, 1929. This law, because of the historical background behind its enactment, contains components that are contrary to the principles of the constitution. A proposal for the reform of n. 1150, approved by the Council of Ministers in 1990, has not yet been submitted to the Parliament for approval. Having been enacted by the State unilaterally, Parliament can alter n. 1150 without the agreement of the religious denominations affected by that law.

2. Discussion of Constitutional Issues

As concerns the individual rights to religious freedom and equality, the Italian legal order is in line with the main provisions of international law and the principles contained in most of the Constitutions of the remaining Western countries. The discussion becomes more complex when one passes from the rights of individuals to the legal position of the denominations, however. In this domain, the Italian system of concordats and agreements distinguishes in some ways among the various denominations. In some cases, these differences may have an effect on the legal position of individual members of the various denominations. Examples of this discrimination can be found (i) in the ways in which the state assists in the financing of different denominations and (ii) in the kinds of religious education it permits in state schools.

a. The legal position of the religious communities.

Italian ecclesiastical law forms a three-tier system. The most prominent position is held by the Catholic Church, which enjoys a preferential position secured by the *Accordi di Villa Madama* and numerous other regulations in various ordinary laws. An intermediate position is held by those religious communities which have come to an agreement with the State. The groups concerned here are those which have existed in Italy for a long time (i.e., the Waldensians, the Jews and the Protestants), or more recent groups which have no characteristics incompatible with Italian law. They are guaranteed a position equivalent, if not equal, to that of the Catholic Church. In the lowest tier are groups that are perceived to be in conflict with public order. Examples of groups in the lowest tier include the Muslims and Jehovah's Witnesses, both of which have only recently settled in Italy. These groups are regulated by law n. 1159 of 1929 and the general laws on associations. The lowest tier groups are excluded from some important privileges which are granted to those churches that have the benefit of a concordat or agreement.

The three-tiered system developed as a result of Italian history and culture. Moreover, a number of European countries use similar multi-level classifications. Although it is widely accepted, the tier system should not be immune from further examination. A central problem with this system is its applicability only to a limited number of denominations and the tendency of treaties and agreements with individual denominations to expand to include matters which could have been dealt with more effectively by uniform state laws. For instance, because they do not have agreements with the state, Muslims and Jehovah's Witnesses cannot participate in the distribution of the State collected taxes (0.8 percent of individual revenue assessments), nor can they deduct the sums donated to their religious community from their taxable income, as do members of denominations that do have such agreements [16]. A state law opening these channels of funding to all denominations would show more respect for the "equal freedom" guaranteed by Article 8 of the Italian Constitution.

A similar criticism applies to other areas of Italian ecclesiastical law. There is no law common to all religious communities concerning problems which could be solved uniformly like

pastoral access to public institutions and schools. If such uniform a policy were in force, the concordats and agreements would have to deal only with problems that are of particular interest to separate denominations would be reserved for the concordats and agreements. For example, conscientious objection to military service for Jehovah's Witnesses, ritual slaughter of animals for the Jews, Sabbath rest for the Jews and Adventists are issues of special interest and would be suitable subjects for the kind of special accommodation the state can give through a concordat. While maintaining the cooperation between the State and the religious denominations, the content of the agreements would be reduced to the matters which cannot be disciplined uniformly. Disparities among different religious communities would thus be reduced.

In order to understand how the Italian system works and how the relevant constitutional provisions are implemented, we must look beyond the constitutional questions at the way Italy has resolved some of the other important issues of church-state relations. We may begin by examining the legal status of religious communities in Italian law [17].

While only six religious groups enjoy the special status afforded by a concordat or other treaty-like agreement, any group with religious aims may be founded without any prior authorization or registration and may operate within the Italian legal order. The only limits are imposed by considerations of public order and common decency. Religious denominations (or their legal entities) may choose to establish themselves according to any one of four different types of legal structures:

(1) non-recognized associations, (2) recognized associations, (3) groups with civil law legal status, and (4) registered-religions.

First, religious groups may attain private law standing by constituting themselves as non-recognized associations [18]. Under this method, the denomination would attain a limited legal personality which would include having independence in property matters and the ability to take legal action. The denomination could attain this status without having to submit any constitutive act or statute to any form of state control.

Second, a denomination could attain status as a recognized association under Articles 14-35 of the Italian Civil Code [19]. The establishment of this status involves more precise and binding rules than does organization according to the first method. Recognized associations enjoy greater legal capacity, but their foundation and activity is subject to considerable supervision by the State authorities. In particular, recognized associations cannot purchase real property or accept donations, inheritances or bequests without state authorization [20].

Third, denominations may obtain civil law legal recognition under Article Two of the Treaty of Friendship, Commerce and Shipping concluded with the United States in 1948. About thirty denominations have applied for and obtained legal standing in this manner. Until recently, organization under this treaty had the advantage of granting potential tax benefits. Following some variations in interpretation which resulted in the loss of these privileges, however, these thirty denominations have now been granted a legal status similar to that of recognized associations.

The aforementioned methods of legal organization are potential avenues for obtaining legal recognition for any group, whether religious in nature or not. A fourth possibility, exclusively for religious organizations, is to obtain the status of a recognized religion. Most of the important

minority denominations like the Muslims, Mormons, Jehovah's Witnesses and Buddhists have used this method to obtain legal recognition. This method is based on a law conceived especially for groups with religious aims--law n. 1159 of 1929--which governs the exercise of the religions registered in Italy. N. 1159 establishes that the religious groups will benefit from the same privileges as groups with charitable and educational objectives, including important tax privileges for the benefit of registered religions.

However, this law subjects bodies with religious objectives to stricter control than the recognized associations, requiring authorization for purchases and sales and granting the State authorities the right to replace the administrative bodies of the associations by a state commissioner and to annul their decisions. Besides all the advantages and disadvantages linked with this provision, the acknowledgement of legal recognition for religions under law n. 1159 of 1929 has great significance

because it confirms the religious nature of the recognized body. It forms the basic precondition of an application for concordat like agreement with the Italian state under Article Eight, Section Three of the Constitution. As previously mentioned, the six denominations that have entered into agreements with the Italian state are no longer subject to law n. 1159 of 1929. These denominations enjoy more favorable provisions which are contained in their individual agreements.

A central problem with this system of differing levels of legal status is that it gives too much discretionary authority to public powers to decide which legal status a group should have under Italian law. Religious communities do not have an inherent right to conclude an agreement with the government; the government has discretionary powers to determine whether it will enter into an agreement with a given religious group. There is no barrier to guard against the government improperly using its discretionary powers to grant preference to a denomination for political reasons. The same criticism applies to the recognition of legal capacity for a religious group on the basis of the law n. 1159, because such recognition depends on evaluations which could be defined as "political." A margin of flexibility in dealing with the various applications coming from religious communities would likely be appropriate. The lack of a definite procedure and the imbalance of power, however, invites abuse on the part of the government.

b. Religion and the schools. In the sphere of education there is a clear difference between the provisions that apply to the Catholic Church on and those that apply to other denominations [21]. The Treaty of Villa Madama stipulates that two hours of Catholic religious education will be taught in play school and primary school and one hour at senior school per week. No religious education is provided at the university level. The State bears the total financial burden of providing this education. Each year at enrollment the pupils or their parents must declare whether they intend to take part in Catholic religious education classes. If they decline, the pupils may concentrate on other subjects during the designated period or they may leave the school grounds.

The teachers of religious education are appointed by the State educational authorities on the nomination of the diocesan bishop. They must possess certain certificates of training which are proof of their qualifications in theology and the church disciplines. Additionally, they must be recognized by the appropriate church authority, usually the diocesan bishop, who gives written confirmation that

they are qualified to teach religious education. If this approval is not granted, the State school authorities may not appoint the teacher. If the approval is withdrawn, even during the course of the school year, the teacher is precluded from further professional activity in that subject.

The six "state agreement" denominations may send their own teachers to the State schools if pupils, their parents or the school bodies request them. School authorities and the church representatives privately arrange these classes and the denomination must agree to bear the entire financial burden. Meanwhile, the denominations without a formal state agreement do not have the right to send representatives of their own to state schools.

The regulation of religious education contained in the Treaty of Villa Madama and the other six agreements present some problems: (1) there is no confidentiality as to the denomination chosen by the pupil; (2) the State is charged with the financial burden of Catholic religious education, but not for the education of students of other denominations; (3) religious education classes are provided in response to the requests of pupils only from those denominations that have concluded an agreement. The problems of religious education are, however, general problems and cannot be changed except by fundamental decisions that would require the reform of the entire Italian ecclesiastical law. Similar problems appear in all parts of the system as well.

C. The financing of religious communities

The system of financing of religious communities is based on two principles: the channelling of individual income tax monies to religious organizations, and the availability of tax deductions for contributions to religious groups [22]. Italian law requires that 0.8 percent of the income tax revenue be allocated either to religious purposes or to social interest purpose. The individual taxpayer can choose whether his tax is applied to the religious purposes or to the social interest. The social interest purposes include extraordinary measures against famine in the world, natural disasters, aid to refugees, conservation of cultural monuments, etc. Government money funnelled to the Catholic Church is used for the worship necessities of the population, the support of the clergy, welfare measures benefitting the national community or third world countries, etc. Money can also be channelled to one of the other six denominations that have signed an agreement with the Italian state.

The names of the religious communities admitted to take part in the financing system is printed on the tax return form that each taxpayer has to complete. The taxpayer makes his choice by signing under the name either of one of these churches or of the State. The whole system is run by the State, which collects tax return forms and money from taxpayers. Once the State determines how much of the 0.8 percent has to be allocated to each entity, the State transfers the corresponding money to them. The revenue accruing from persons who have not declared their preference is distributed among the different recipients on the percentage basis determined by the rest of the population.

The second principle of the financing system is the possibility of off-setting, from taxable income, donations of up to Lit. 2,000,000 to the Catholic Central Institute for the Support of the Clergy, or to other denominations that have entered an agreement with the State. The two channels of

funding described above are also open to the six denominations which have signed an agreement with the Italian state. There are, however, certain notable peculiarities. For instance, the Christian Evangelical-Baptist Union has declined to take part in the distribution of the 0.8 percent of income tax revenues. The Union of Hebrew Communities has also declined, but has negotiated a tax deduction for donations in its behalf up to a maximum amount of Lit. 7,500,000 (instead of Lit. 2,000,000, as prescribed for other denominations). The other four denominations with agreements make use of both possibilities. The Waldensians, Adventists and Pentecostals have decided - apart from relinquishing their right to the proportion of the 0.8 percent of the income tax equivalent to the "choice not expressed" persons--to use these revenues for social and humanitarian purposes only. These churches are of the opinion that the financing of the church and the maintenance of the clergy should rely exclusively on donations by their members.

The new system of financing is generally better than the previous one. Before 1984, only the Catholic Church was entitled to state financial support, and that support came from the general budget of the State. Under that system, the money collected from all the citizens, even those who were members of other religious denominations, was given to the Catholic Church. The new system eliminates this unfairness. There are, however, certain fundamental characteristics of the present provisions which may present problems, especially in the context of religious education. Particularly problematic is the precondition of a state agreement for access to the two main channels of church finance (0.8 percent of income tax and donation deductible from taxable income). Those denominations without a formal agreement are excluded from every form of financing.

IV. CONCLUSIONS

The Italian version of church-state relations is a good example of the virtues and the flaws of a system where the cooperation between the State and the religious communities is realized through a number of agreements.

On one hand, through the concordati and the intese, religious groups directly take part in the formation of the laws in areas specific interest to themselves. In this process, they have the opportunity to voice their needs and to propose the legal solutions that they think might satisfy those needs. Within certain limits, a legal system based on agreements can lead to the fruition of a large amount of freedom for each denomination, as religious communities are not confined within a legislative framework that, conceived for all the denominations, does not suit any of them perfectly.

On the other hand, this system fosters a certain degree of inequality among religious communities. Such disparity might be acceptable if these differences reflected the different characteristics of each religious group. Different legal rules cannot be tolerated however if the legal recognition of one group infringes, even if indirectly, on the fundamental rights which must be assured to every group and to every individual regardless of their religion. The prominent German jurist and legal scholar Hans Kelsen was convinced that the orderly progress of society results from the right combination of liberty and equality. To maintain the balance between these two precepts is the challenge that the Italian system of church-state relations must now face.

ENDNOTES

1. See JAVIER .MARTINEZ-TORRON, *SEPARATISMO Y COOPERACION EN LOS ACUERDOS DEL ESTADO CON LAS MINORtAS RELIGIOSAS* (1994).

2. See Jean Duffar, *Le regime constitutionnel des cultes* (Paris, November 18-19, 1994), in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, *THE CONSTITUTIONAL POSITION OF THE CHURCHES IN EUROPE* (forthcoming); J. VAN DER VYVER, *Legal Dimension of Religious Human Rights Constitutional Texts* (Atlanta, October 6-9, 1994), in RELIGIOUS HUMAN RIGHTS IN THE WORLD TODAY (forthcoming).

3. See European Convention on Human Rights [E.C.H.R.] art. 9, § 1. Most of Western European Constitutions contain similar provisions.

4. See, e.g., E.C.H.R. art 9; COSTITUZIONE [Constitution] [COST.] art. 3 (Italy); LA CONSTITUTION [CONST.] art. 2 (France); Constitucion [C.E.] art. 14 (Spain).

5. COST. art. 8 (Italy); WEIMAR CONSTITUTION art. 137 (incorporated into the German Constitution or "Grundgesetz" (Basic Law)); -IR. CONST. art. 44.

6. See GRUNDGESETZ IConstitution] [G.G.] art. 7 (F.R.G.); LA CONSTITUTION [BELG. CONST.I art. 127 (Belgium). More frequently, similar provisions are found in non-constitutional laws. See EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, *CHURCH AND STATE IN EUROPE: STATE FINANCIAL SUPPORT, RELIGION AND THE SCHOOL* (1992); *MARRIAGE AND RELIGION IN EUROPE* (1993).

7. E.C.H.R. art. 9, 9 2; COST. arts. 8 & 19 (Italy); GREECE CONST. art. 5.

8. According to the Minister of the Interior, Charles Pasqua, France is, despite such cooperation, "le seul Etat laic d'Europe" ("the only secular state in Europe"). INAUGURATION DE LA MOSQUEE DE LYON, ALLOCUTION DE MONSIEUR CHARLES Pasqua, (September 30, 1994).

9. W. Cole Durham, Jr., *A Comparative Framework for Analysing Religious Liberty*, in RELIGIOUS HUMAN Rights IN THE WORLD TODAY (forthcoming date?).

10. See GREECE CONST. art. 13, § 2; *Kokkinakis v. Greece*, 93 fur. Ct. H.R. (Ser. A) at 260 (1993).

11. See ARTURO CARLO JEMOLO, *CHIESA E STATO IN ITALUL NEGLI ULTIMI CENTO ANNI* (new ed. 1963) (providing the best portrayal of the Italian church-state history).

12. COST. art 19 (Italy), translated in *The Constitution of the Republic of Italy*, in (vol.?) *CONSTITUTIONS OF THE COUNTRIES OF THE WORLD* at 51 (Albert Blaustein & Gilbert H. Flanz eds., 1987).

13. Cost. art. 19, translated in *Constitutions of Italy*, supra note 12. at 48.

14. *Ib.*

15. See *It. Cost.* art. 7, § 1; *ib.* art.8, § 2.

16. Muslims and Jehovah's Witnesses are respectively the second and third largest religious communities in Italy as measured by the number of adherents.

17. See GIANNI LONG, *LE CONFESBIONI RELICIOSE "DIVERSE DALLA CATTOLICA"* (1991).

18. See CODICE CIVILE [C.C.] arts. 36-38 (Italy) (the Italian Civil Code).

19. C.C. arts. 14-35.

20. See C.C. art. 17.

21. See GIUSEPPE DALLA TORRE, *LA QUESTIONE SCOLASTICA NEI RAPPORTI FRA STATO E CHIESA* (1988) (discussing the teaching of religion in the state schools).

22. See GIUSEPPE VEGAS, *SPESA PUBBLICA E CONFESSM)NI RELIGIOSE* (1990).

ЦЕРКОВЬ И ГОСУДАРСТВО В ЗАПАДНОЙ ЕВРОПЕ: ИТАЛЬЯНСКАЯ МОДЕЛЬ

Сильвио Феррари
Профессор права
Миланского университета

I. ВВЕДЕНИЕ: СУТЬ МЕТОДА

Классификация церковно-государственных систем в Западной Европе традиционно основана на тройном разделении; они определяются по-разному - как системы отделения, системы конкордата и системы национальных церквей. К сожалению, эта традиционная классификация является устаревшей и малополезна для понимания современных разработок в области церковно-государственных отношений в Западной Европе. Традиционная классификация преувеличивает формальные аспекты церковно-государственных отношений и не уделяет достаточного внимания их содержанию, то-есть, юридическим полномочиям, данным церквям, и защите, предоставляемой индивидуальным верующим. Следовательно, она также малополезна для постижения того, вырисовывается ли, несмотря на различия в разных Европейских системах, общая модель в странах Западной Европы.

Однако, я никоим образом не утверждаю, что формальные категории систем отделения, конкордата и национальных церквей эквивалентны. Установление церковно-государственных отношений через конкордат отчетливо отличается от установления через государственный закон, как это происходит в Соединенных Штатах с системой отделения или в Англии с системой национальной церкви /1/. Например, положения конкордата имеют ту же самую силу, как и положения международного права, и не могут, поэтому, быть изменены односторонне. Таким образом, они предоставляют более сильную защиту церквям, чем государственные законы. Однако, подписание конкордата не является определяющим элементом отношения государства к церкви ни с политической, ни с юридической точки зрения. Например, Бельгийская Католическая церковь без конкордата находится в лучшем юридическом положении, чем это бывает в некоторых странах, где конкордат был принят.

Многое из того, о чем было упомянуто, может также относиться к различию между системами государственных законов, основанными на достижении церквями общественно-правового статуса (как в национальных церквях Германии и Греции) или частно-правового статуса (как в нациях с отделением в Нидерландах и Франции). Общественно-правовой или частно-правовой статус церкви не является решающим фактором, если мы смотрим исключительно на содержание, то-есть, на фактический статус церквей в рамках законов нации. Например, церкви в Ирландии, которые не являются общественно-правовыми корпорациями, имеют такое же прочное юридическое положение, как и церкви в Германии, которые являются общественно-правовыми корпорациями.

Данная статья будет сосредоточена на двух главных вопросах. Во-первых, можно ли, рассматривая содержание церковно-государственных систем, существующих в Западной

Европе, вывести общую модель? Во-вторых, насколько сопоставима итальянская система с этой "общей моделью?"

II. ЦЕРКОВЬ И ГОСУДАРСТВО В ЗАПАДНОЙ ЕВРОПЕ

Можно обнаружить общий образец церковно-государственных отношений в Западной Европе, даже если этот образец применяется различным образом. Его главные элементы: (1) на индивидуальном уровне - нейтральное отношение государства к различным религиозным субъектам, которые являются свободными в открытом признании принадлежности к какой бы то ни было религии, которую они предпочитают; (2) на коллективном уровне - очерчение внутри "общественного" сектора "религиозного" под-сектора ("игрового поля", "защищенной области"), где различные религиозные субъекты могут испытывать предпочтительное обращение по сравнению с нерелигиозными субъектами; и (3) на обоих уровнях - ограничение государственного вмешательства в дела религиозных субъектов действиями по установлению основных правил или по наблюдению за тем, чтобы "игровое поле" являлось равным, а границы уважались. Тот же самый образец можно также обнаружить в структуре международных и конституционных юридических положений, касающихся религиозной свободы и церковно-государственных отношений в Западной Европе /2/.

Эти общие положения гарантируют беспристрастное отношение со стороны общественных властей, потому что должностные лица обязаны уважать право гражданина следовать любой религии /3/ или присоединиться к любой религии и быть защищенным от дискриминации, основанной на отношении к религии /4/. Эти положения также защищают внутреннюю автономию религиозных деноминаций в степени большей, чем та, которая гарантирована для нерелигиозных ассоциаций /5/. Они также содержат благоприятные меры для внешних действий религиозных деноминаций таких, как обучение религии в государственных школах, проведение религиозного служения в армии, постройки центров для богослужения /6/. Наконец, ограничение (относящееся к морали, общественному порядку, здоровью, безопасности, или правам третьего лица) на проявление религиозной свободы всегда включено в эти положения, чтобы далее определить основные правила и определить границы "игрового поля" /7/.

Эти элементы выделяют границы "игрового поля", где религиозные субъекты испытывают предпочтительное обращение посредством нерелигиозных органов. Однако, эта картина очевидно слишком упрощает сложность и нюансы, предоставляемые различными юридическими системами.

Во-первых, некоторые термины имеют различные значения в различных странах. Фраза "внутренняя автономия религиозного сообщества", например, имеет намного более широкое содержание в Германии (где она охватывает также образовательную и социальную деятельность церквей), чем это происходит в Испании (где она охватывает только религиозную деятельность). И в то время как большое количество наций утверждают внутреннюю автономию религиозных по образцу, общему с Европейским, "внутренняя

автономия" может иметь различное значение и, следовательно, различное воздействие в различных Европейских государствах из-за того, каким образом каждое правительство определило этот термин в таких областях как закон о труде, закон о профсоюзах и закон о конкуренции.

Во-вторых, в то время как образец - один и тот же почти всюду в Западной Европе, практические проявления его в разных странах отличаются. Например, легко найти различие между обучением религиям в государственных школах Италии и Франции. В Италии, гарантируется обучение по крайней мере одной религии, в то время как во Франции в школах нет никакого религиозного образования. Но этот контраст показывает только различную степень сотрудничества общественных властей с религиозными учреждениями, а не отношение противопоставления к самой идее государственного сотрудничества с религиозным образованием. Например, во Франции капелланы имеют доступ к средним школам /8/. Расписание начальной школы также устроено таким образом, который позволяет учащимся получить религиозное образование без всякой трудности. Этот же самый дух сотрудничества заметен во французских тюрьмах, больницах, и во Французской Армии, где государственные капелланы обеспечивают религиозные услуги. В меньшей степени дух сотрудничества простирается даже в область финансирования, где церкви пользуются некоторым налоговым освобождением. Во Франции пожертвования в пользу религиозных общин могут вычитаться из налогов, которые требуется платить налогоплательщикам.

Религиозная помощь, существующая в Италии или Германии, может быть более благоприятна для церквей, чем во французской системе, но Французское государство действительно сотрудничает с церквями в таких областях, как религиозное просвещение, содействие и финансы. Поэтому, мы видим, что имеются скорее различные версии общей модели, чем просто различные модели. Следуя классификации церковно-государственных систем, недавно предложенной Коулом Дурхэмом /9/, мы могли бы заключить, что модели, преобладающие в государствах - членах Европейского Союза, простираются от благосклонного отделения до сотрудничества, то-есть, они все могли бы быть помещены в пределах довольно узкого диапазона на спектре церковно-государственных систем, предложенном профессором Дурхэмом. Более того, даже страны, где существуют национальная или государственная церковь, могут быть помещены в этот диапазон.

Однако, имеются некоторые национальные законы, которые не могут характеризоваться как специфическая версия образца, а скорее противоречат самому образцу. Некоторые примеры включают: (1) запрещение прозелитирования в Греции /10/; (2) запрещение религиозных браков без предшествующего гражданского брака во Франции, Германии и Бельгии; и (3) финансирование некоторых церквей из общего бюджета государства, то-есть, с налогов граждан, которые не являются членами религиозных общин, получающих экономическую поддержку, как это происходит в Греции и Дании. Короче говоря, это есть области, в которых необходимы некоторые изменения, чтобы привести различные национальные системы в соответствие с общим Европейским образцом.

III. ЦЕРКОВЬ И ГОСУДАРСТВО В ИТАЛИИ

Италия весьма хорошо вписывается в общий Европейский образец. Хотя больше девяноста процентов жителей Италии крещены в Католической вере, только 30% их регулярно посещают мессу в воскресенье. Однако, папский престол находится в Италии, что обеспечивает Католической церкви большое влияние на политические и социальные события в стране независимо от статистических цифр о религиозных убеждениях итальянцев.

Поэтому неудивительно, что концептуальные рамки церковно-государственных отношений в Италии опираются основательно на идею сотрудничества, так как это такая идея, которая всегда поддерживалась Католической доктриной и осуществлялась через ратификацию конкордата между Церковью и различными правительствами. Итальянское государство заключило соглашения по образцу Католического конкордата с шестью деноминациями меньшинств, которые также должны рассматриваться в свете того же самого принципа сотрудничества. Преобладающая тенденция к строго определенному сотрудничеству между государством и церквями была доведена до нужного состояния принципами религиозной свободы и равенства, утвердившимися в течение либерального периода и, после падения фашистского режима, Конституцией 1948 года. Даже если проведение в жизнь Конституции было весьма медленным, эти принципы применялись весьма экстенсивно начиная с 1960-ых годов.

Суммируя, Италия (вместе с Германией и Испанией) представляет "кооперационистскую" версию Европейского образца. Общие черты итальянской версии осуществлены через систему соглашений между государством и религиозными общинами.

A. Церковь и государство в Италии, начиная с Объединения

Объединение Италии в 1860 вызвало серьезный кризис в отношениях между Католической церковью и новым государством. Либеральное правительство К.-Б.КАВУРА и его преемников имело целью процесс секуляризации общественных институтов и общественной жизни. Некоторые примеры этого процесса таковы: (1) введение обязательного гражданского брака в 1865; (2) ограничение Католического религиозного образования в государственных школах в 1877; (3) реформа уголовных законов для защиты религии в 1889; и 4) госконтроль благосостояния и благотворительных учреждений в 1890. Оппозиция церковной иерархии была далее усилена мерами, направленными на уменьшение экономической власти церкви (особенно путем отмены определенных объектов церкви и конфискации их собственности в 1866 и 1867).

Объединение Италии было закончено в 1870 захватом Рима, которое положило конец светской власти Римских пап. Это событие породило враждебность, со стороны многих католиков к Королевству Италии. Италия была обвинена в попытке лишить Римского папу и Церковь остатков их свободы. По ряду причин, конфликт между Католической церковью и Королевством Италии не был решен до I Мировой Войны. Во-первых, Итальянское

правительство сохранило преобладающе умеренную политику в 1871, и особенно после промальгации Закона о Гарантиях (" flegge delle Garantigie "). Во-вторых, и Римский папа Лев XIII (1878-1903), и Дж.Джиолитти (который вел Итальянскую политику в первых пятнадцати годах двадцатого столетия) были сторонниками более гибких отношений.

После войны, фашистская партия, которая находилась у власти с 1922 до конца II Мировой Войны, начала политику примирения с Католической церковью, которая завершилась в итоге подписанием латеранский соглашений в 1929г. Эти соглашения решили проблему Рима посредством создания государства Ватикан. Соглашения также восстановили часть привилегий церкви в ряде областей: (1) матримональные дела; (2) экономические вопросы; и (3) религиозное образование в государственных школах (которое было запрещено в течение либерального периода).

Провозглашение Республиканской Конституции в 1948 создало основу для пересмотра тех условий конкордата, которые были наименее совместимы с принципами свободы и равенства в религиозных вопросах, сохраненными в Конституции. Однако, по ряду национальных и международных причин реформа Итальянского закона о церкви не могла бы быть начата до 1980-ых годов. К тому времени, Италия прошла существенный процесс секуляризации. Например, законодательство впервые ввело юридический развод в 1970 г., и в 1978 г. были легализованы аборты. Эти изменения имели глубокое воздействие на Итальянское общество /11/.

Б. Конституционные рамки

1. Описание Конституционных положений

Фундаментальные положения Итальянского закона о церкви содержатся в Конституции. Статьи 7, 8, и 19 имеют двойную цель: (1) охрана свободы индивидуума в религиозных вопросах; и (2) гарантирование системы сотрудничества между государством и религиозными деноминациями. Конституция была сформулирована в 1947г., после падения фашизма. Религиозная свобода была центральным соображением при создании проекта положений. Соглашения между государством и религиозными общинами были определены так, чтобы обеспечить самую наилучшую защиту от другого "тоталитарного" опыта. После того, как память о фашизме улетучилась, на церковно-государственные соглашения посмотрели в другом свете. Соглашения позволяют церквям эффективно способствовать разработке положений, которые уважают идентичность церкви и соответствуют их потребностям. Были предложены несколько реформ Конституции в Италии, но такие реформы не включили положения, касающиеся религиозной свободы и церковно-государственных отношений. Преобладающее мнение таково, что эти положения не нуждаются ни в каких существенных изменениях.

Итальянская Конституция гарантирует религиозную свободу каждому, независимо от его гражданства. Статья 19 обеспечивает, что "все имеют право на свободное исповедование

своих религиозных убеждений в любой форме, индивидуально или в ассоциациях, распространять их и провозглашать их публично или в частном порядке, за исключением случаев обрядов вопреки морали /12/. Статья 19 обеспечивает свободу религии, но она не обращается к специфическим вопросам свободы религии. Преобладающая интерпретация такова, что свобода иметь и распространять атеистические или агностические убеждения также полностью гарантируется. Кроме того, свобода изменять свою религию рассматривается единогласно как конституционное право, даже если это не включено специально в статью 19.

Две статьи Итальянской Конституции посвящены религиозным общинам. Статья 7 обеспечивает, что

"Государство и Католическая церковь, каждая в пределах собственной сферы, являются независимыми и суверенными. Их отношения регулируются в соответствии с Латеранскими Договорами. Поправки к этим Договорам, которые приняты сторонами, не требуют никакой процедуры Конституционного пересмотра" /13/.

По статье 7, отношения между государством и Католической церковью диктуются через конкордаты, которые рассматриваются как имеющие ту же юридическую силу, что и международные соглашения. Теперешний конкордат, *Accordo di Villa Madama*, был заключен в 1984г.

Статья 8 подтверждает, что все религиозные общины одинаково свободны перед законом и, во второй своей части имеет дело с религиозными общинами, отличными от Католической церкви, предоставляя им право организовывать себя согласно их собственным уставам в той мере, в какой они не противоречат общему закону.

Все религиозные деноминации одинаково свободны перед законом. Религиозные деноминации иные, чем католические, имеют право организовать себя согласно их собственному кредо при условии, что они не конфликтуют с Итальянской судебной организацией. Их отношения с государством регулируются в соответствии с законом на основе соглашений с их соответствующими представителями /14/.

Отношения с государством организуются в соответствии с соглашениями, или *Intese*. Итальянское государство уже заключило соглашения с Вальдезианцами (1984), Пятидесятниками и Адвентистами (1986), иудеями (1987), Баптистами и Лютеранами (1993).

Статьи 7 и 8 Итальянской Конституции особенно важны для самоопределения религиозных общин. Кроме признания суверенитета и независимости Католической церкви в собственном управлении, эти статьи предоставляют всем другим деноминациям высокую степень внутренней автономии /15/. Другие деноминации свободны организовывать себя любым способом, каким они желают. Кроме того, они защищены от любого утверждения юрисдикции государства. Конституционное предостережение о том, что отношения церкви и государства должны регулироваться в соответствии с Итальянским законом, применяется только к организационной структуре деноминаций, которая не должна быть в конфликте с общими принципами Итальянского закона по вопросу юридических объектов. Это предостережение не касается доктрин, или других идеологических принципов, различных

деноминаций. Кроме того, последние разделы статей 7 и 8 соответственно гарантируют автономию религиозных деноминаций. Эти разделы обуславливают, что государство может иметь дело только с юридическим устройством деноминации через формальное соглашение, то есть, при условии достижения понимания с деноминацией. Любые поправки к соглашениям могут быть сделаны только через двустороннюю договоренность между государством и деноминацией. Следовательно, государство не имеет права изменять соглашение по односторонней инициативе. Это позволяет Католической церкви и шести другим деноминациям, которые достигли соглашения с государством, знать то, что их существующий правовой статус не будет изменен против их желания.

Остальные деноминации, работающие в Италии без формального соглашения, управляются в соответствии с законом п. 1150 от 24 июня 1929 г. Этот закон, вследствие исторической подоплеки введения его в действие, содержит компоненты, которые противоречат принципам Конституции. Предложение о реформе п. 1150, одобренное Советом Министров в 1990г., еще не представлено на рассмотрение Парламентом для одобрения. Введенный государством односторонне, этот закон п. 1150 может быть изменен Парламентом без согласия религиозных деноминаций, затронутых этим законом.

2. Обсуждение Конституционных проблем

Что касается индивидуальных прав на религиозную свободу и равенство, Итальянский правопорядок находится в соответствии с главными положениями международного права и принципами, содержащимися в большинстве конституций остальных западных стран. Однако, обсуждение становится более сложным, когда происходит переход от прав индивидуальных лиц к юридическому положению деноминаций. В этой области Итальянская система конкордатов и соглашений различается некоторым образом при переходе от одной деноминации к другой. В некоторых случаях эти разногласия могут иметь влияние на юридическое положение индивидуальных членов различных деноминаций. Примеры этой дискриминации могут быть найдены (1) в способах, какими государство помогает в финансировании различных деноминаций и (2) в видах религиозного образования, которое оно разрешает в государственных школах.

а. Юридическое положение религиозных общин.

Итальянский закон о церкви образует трехслойную систему. Наиболее прочные позиции удерживаются Католической церковью, которая пользуется предпочтительным положением, гарантированным Конкордатом и другими многочисленными постановлениями в различных обычных законах. Промежуточное положение занимают те религиозные общины, которые достигли соглашения с государством. Это группы, существующие в Италии в течение длительного времени (то есть, Вальдезианцы, Иудеи и Протестанты), или более недавние группы, которые не имеют никаких характеристик, несовместимых с

Итальянским законом. Им гарантировано положение, эквивалентное, если не равное, положению Католической церкви. В самом низком слое располагаются группы, которые воспринимаются как находящиеся в конфликте с общественным порядком. Среди общин в самом низком слое находятся, например, мусульмане и Свидетели Иеговы, лишь недавно обосновавшиеся в Италии. Их деятельность регулируется в соответствии с законом п. 1159 от 1929 г. и общими законами об ассоциациях. Самые низшие группы лишены некоторых важных привилегий, которые предоставляются церквям, имеющими соглашения с государством.

Трехслойная система является следствием итальянской истории и культуры. Более того, ряд Европейских стран используют подобные многослойные классификации. Хотя она широко принята, слойная система не должна быть свободной от дальнейших проверок. Главная проблема в этой системе - возможность ее применения только к ограниченному количеству деноминаций, а также к включению в эти тенденции договора и соглашения вопросов, с которыми мог бы более эффективно справиться единообразный государственный закон. Например, поскольку мусульмане и Свидетели Иеговы не имеют соглашения с государством, они не могут участвовать ни в распределении собранных государством налогов (0,8 % индивидуального подоходного налога), ни в удержании сумм, передаваемых в дар их религиозным общинам из облагаемого налогом дохода, как это делают члены деноминаций, у которых есть такие соглашения /16/. Государственный закон, открывающий эти каналы фондирования всем деноминациям, показал бы больше уважения к "равной свободе", гарантированной статьей 8 Итальянской конституции.

Подобная критика применима к другим областям Итальянского закона о церкви. Нет никакого закона, общего для всех религиозных общин, касающегося проблем, которые могли бы быть решены единообразно, например, проблемы пасторского доступа к общественным учреждениям и школам. Если бы такая единообразная политика была в силе, конкордаты и соглашения имели бы дело только с проблемами, которые имеют специфический интерес для отдельных деноминаций и которые были бы зарезервированы за конкордатами и соглашениями. Например, отказ от несения воинской повинности по религиозным соображениям для Свидетелей Иеговы, ритуальное жертвоприношение животных для иудеев, субботний отдых для иудеев и адвентистов - это проблемы специального интереса и они были бы подходящими темами для своего рода специального согласования, которое государство может дать через конкордат. При поддержании сотрудничества между государством и религиозными деноминациями, содержание соглашений было бы сведено к вопросам, которые не могут быть установлены единообразно. Различия между разными религиозными общинами были бы таким образом нивелированы.

Чтобы понять, как работает Итальянская система и как относящиеся к делу конституционные положения внедряются в жизнь, мы должны посмотреть за пределы конституционных вопросов на то, как Италия решила некоторые другие важные проблемы церковно-государственных отношений. Мы можем начать с изучения правового статуса религиозных общин в Итальянском законе /17/.

В то время как только шесть религиозных групп пользуются специальным статусом, предоставляемым конкордатом или другим подобным соглашением, любая группа с религиозными целями может быть основана без какого-то бы ни было предшествующего разрешения или регистрации и может работать в пределах Итальянского правового порядка. Единственные ограничения накладываются соображениями общественного порядка и общепринятого приличия. Религиозные деноминации (или их юридические заведения) могут выбрать для своего учредительства любую из четырех различных типов юридических структур: (1) непризнанные ассоциации, (2) признанные ассоциации, (3) группы с правовым статусом по гражданскому закону, и (4) зарегистрированные религии.

В первом случае религиозные группы могут достичь частно-правового положения, учреждая себя как непризнанные ассоциации /18/. По этому методу деноминация достигает ограниченной правосубъектности, которая включает обретение независимости в вопросах собственности и право совершать легальную деятельность. Деноминация может достичь этого состояния без того, чтобы иметь необходимость представить на рассмотрение какой бы то ни было учредительный акт или устав ни для какой формы государственного контроля.

Во втором случае деноминация может достичь статуса признанной ассоциации по статьям 14-35 Итальянского Гражданского Кодекса /19/. Установление этого статуса предусматривает более точные и обязательные правила, чем учреждение согласно первому методу. Признанные ассоциации пользуются большими юридическими возможностями, но их учреждение и деятельность подчинены значительному надзору со стороны государственных органов. В частности, признанные ассоциации не могут купить реальную собственность или принимать пожертвования, наследство или завещательный отказ недвижимости без государственного разрешения /20/.

По третьему типу деноминации могут получить гражданско-правовое юридическое признание в соответствии со статьей 2 Соглашения о дружбе, торговле и судоходству, заключенному с Соединенными Штатами в 1948г. Приблизительно тридцать деноминаций подали заявки и получили юридическое положение по этому способу. До недавнего времени, учредительство по этому соглашению имело преимущество предоставления потенциальных налоговых выгод. Однако, вследствие некоторых последовавших изменений в интерпретации, которые привели к потере этих привилегий, этим тридцати деноминациям теперь предоставлен правовой статус, подобный статусу признанных ассоциаций.

Вышеупомянутые методы юридического учредительства - это потенциальные направления для получения юридического признания для любой группы, является ли она религиозной по своей природе или нет. Четвертая возможность, исключительно для религиозных организаций, состоит в том, чтобы получить статус признанной религии. Большинство представительных религиозных меньшинств, такие, как мусульмане, мормоны, Свидетели Иеговы и буддисты использовали этот метод для получения юридического признания. Этот метод основан на законе, задуманном специально для групп с религиозными целями - закон п. 1159 от 1929 г., который управляет отправлением религий, регистрируемых в Италии. Закон п. 1159 устанавливает, что религиозные группы будут пользоваться теми же

преимуществами, что и группы с благотворительными и образовательными целями, включая важные налоговые привилегии в пользу регистрируемых религий.

Однако, этот закон подвергает заведения с религиозными целями более строгому контролю, чем признанные ассоциации, требуя санкционирования купли и продажи и предоставляя государственным властям право заменять административные органы ассоциаций государственным специальным уполномоченным и право аннулировать их решения. Кроме всех преимуществ и невыгод, связанных с этим положением закона, подтверждение юридического признания для религий согласно закону п. 1159 от 1929 г. имеет большое значение, потому что оно подтверждает религиозную природу признанного органа. Это создает основное предварительное условие для подачи заявления на соглашение, подобное конкордату, с Итальянским государством (с.8, раздела 3 Конституции). Как упоминалось раньше, шесть деноминаций, которые вступили в соглашения с Итальянским государством, больше не подчинены закону п. 1159 от 1929 г. Эти деноминации пользуются более благоприятными положениями закона, которые содержатся в их индивидуальных соглашениях.

Главная проблема в этой системе дифференциации уровней правовых статусов состоит в том, что она дает слишком много дискреционных полномочий общественным властям для решения вопроса о том, к какому правовому статусу следует отнести группу по Итальянскому закону. Религиозные общины не имеют неотъемлемого права заключать соглашение с правительством; правительство же имеет дискреционную власть определять, будет ли оно вступать в соглашение с данной религиозной группой. Нет никакого барьера для защиты от правительства, не должным образом использующего свою дискреционную власть для оказания предпочтения деноминациям по политическим соображениям. Та же критика применима и к признанию юридической правоспособности религиозной группы на основе закона п. 1159 - потому, что такое признание зависит от оценок, которые могли бы быть определены как "политические". В рассмотрении различных заявлений, исходящих от религиозных общин, был бы, вероятно, уместен соответствующий запас гибкости. Однако, недостаток определенной процедуры и несбалансированность власти провоцирует злоупотребление со стороны правительства.

б. Религия и школы.

В сфере образования имеется четкое различие между положениями закона, которые применяются к Католической церкви, и теми, которые применяются к другим деноминациям /21/. Конкордат 1984 г. предусматривает, что еженедельно два часа Католического религиозного образования будет преподаваться в детсадах и начальной школе и один час в средней школе. Никакое религиозное образование не вводится на университетском уровне. Государство несет полное финансовое бремя по обеспечению этого образования. Каждый год при записи ученики или их родители должны объявить, намереваются ли они принять участие в католических религиозных образовательных занятиях. Если ученики уклоняются,

они могут сосредоточиться на других предметах в течение обозначенного периода или же совсем уходить из школы на это время.

Преподаватели религиозного образования назначаются государственными органами образования по определению епархиального епископа. Они должны обладать определенными удостоверениями об образовании, которые являются доказательством их квалификаций в теологии и церковных дисциплинах. Кроме того, они должны признаваться соответствующей властью церкви, обычно епархиальным епископом, который дает письменное подтверждение, что они достаточно квалифицированы. Если это одобрение не предоставляется, власти государственной школы могут не назначить преподавателя. Если одобрение отзывается, преподаватель устраняется от дальнейшей профессиональной деятельности по этому предмету даже в течение учебного года.

Шесть деноминаций "государственного соглашения" могут посылать своих собственных преподавателей в государственные школы, если ученики, их родители или школьные органы запрашивают их. Школьные власти и представители церкви конфиденциально устраивают эти занятия, и деноминации должны соглашаться нести полное финансовое бремя. Между тем деноминации без формального государственного соглашения не имеют права посылать собственных представителей в государственные школы.

Контроль за религиозным образованием, содержащийся в конкордате 1984 г. и других шести соглашениях, представляет некоторые проблемы: (1) нет никакой конфиденциальности относительно деноминации, выбранной учеником; (2) на государство возлагается финансовое бремя католического религиозного образования, но не образования учеников других деноминаций; (3) занятия по религиозному образованию обеспечиваются в ответ на запросы учеников только тех деноминаций, которые заключили соглашение. Проблемы религиозного образования, однако, являются общими проблемами и они не могут быть устранены иначе, как фундаментальными решениями, что потребовало бы реформы всего Итальянского закона о церкви. Аналогичные проблемы возникают также во всех частях системы.

в. Финансирование религиозных общин

Система финансирования религиозных общин основана на двух принципах: предоставление сумм денег индивидуального подоходного налога религиозным организациям и наличие налоговых скидок для вкладов религиозным группам /22/. Итальянский закон требует, чтобы 0.8 % суммы подоходного налога размещались либо с религиозными, либо с социальными целями. Индивидуальный налогоплательщик может выбрать, отдастся ли его налог на религиозные цели или на социальные интересы. Социальные интересы включают экстраординарные меры против голода в мире, естественных бедствий, на помощь беженцам, сохранение культурных памятников и т.д.. Правительственные деньги, направляемые Католической церкви, используются для

потребностей богослужения населения, поддержки духовенства, на меры благотворительности в пользу национальных общин или общин стран третьего мира и др. Деньги могут также быть направлены одной из других шести деноминаций, которые подписали соглашение с Итальянским государством.

Названия религиозных общин, принимающих участие в системе финансирования, напечатаны на форме налоговой декларации, которую должен заполнить каждый налогоплательщик. Налогоплательщик делает свой выбор, подписываясь под названием любой одной из этих церквей или государства. Вся система ведется государством, которое собирает формы налоговой декларации и деньги от налогоплательщиков. Как только государство решило, сколько из 0.8 % должно быть ассигновано каждому юридическому лицу, государство передает им соответствующие деньги. Доход от лиц, которые не объявили свое предпочтение, распределяется среди различных получателей на процентном основании, определенном по остальному населению.

Второй принцип системы финансирования - возможность отвода от облагаемого налогом дохода, пожертвований вплоть до 2,000,000 лир Католическому центральному институту Поддержки духовенства, или другим деноминациям, которые вошли в соглашение с государством. Два канала финансирования, описанные выше, открыты также для шести деноминаций, которые подписали соглашение с Итальянским государством. Имеются, однако, определенные заметные особенности. Например, Христианский союз евангельских баптистов отказался принять участие в распределении 0.8 % от сумм подоходного налога. Союз еврейских общин также отклонил это, но вел переговоры о налоговой скидке для пожертвований в свою пользу вплоть до максимальной суммы в 7,500,000 лир (вместо 2,000,000, как предписано для других деноминаций). Другие четыре деноминации с соглашениями используют обе возможности. Вальдезианцы, Адвентисты и Пятидесятники решили - кроме отказа от своей доли из 0.8 % подоходного налога, эквивалентную "невыраженному выбору" лиц,- использовать эти доходы только для социальных и гуманитарных целей. Эти церкви придерживаются мнения, что финансирование церкви и поддержка духовенства должны опираться исключительно на пожертвования своих членов.

Новая система финансирования в целом лучше, чем предыдущая. До 1984 г. только Католическая церковь имела право требовать финансовой поддержки, и эта поддержка шла из общего бюджета государства. При той системе деньги, собранные со всех граждан, и т.ч. с членов других религиозных деноминаций, отдавали Католической церкви. Новая система устраняет эту несправедливость. Однако, имеются определенные фундаментальные характеристики существующих положений закона, которые могут породить проблемы, особенно в контексте религиозного образования. Особенно проблематичным является предварительное условие государственного соглашения для доступа к двум главным каналам финансирования церкви. Деноминации без формального соглашения исключены из каждой формы финансирования.

IV. ВЫВОДЫ

Итальянская версия церковно-государственных отношений представляет собой хороший пример достоинств и недостатков системы, в которой сотрудничество между государством и религиозными общинами реализовано через ряд соглашений.

С одной стороны, посредством конкордатов и *l'intese 0*, религиозные группы непосредственно принимают участие в формировании законов в областях собственного специфического интереса. В этом процессе они имеют возможность выразить свои потребности и предложить юридические решения, которые по их мнению могли бы удовлетворить эти потребности. В пределах определенных ограничений, правовая система, основанная на соглашениях, может вести к осуществлению большой свободы для каждой деноминации, поскольку религиозные общины не заключены в законодательные рамки, которые, будучи задуманными для всех деноминаций, не подходят полностью ни одной из них.

С другой стороны, эта система создает определенную степень неравенства среди религиозных общин. Такое неравенство могло бы быть приемлемым, если бы эти различия отражали различные характеристики каждой религиозной группы. Различные юридические правила не могут, однако, допускаться, если юридическое признание одной группы нарушает, пусть даже и косвенно, фундаментальные права, которые должны быть гарантированы каждой группе и каждому индивидууму, независимо от их религии.

Видный немецкий юрист и ученый в области права Ганс Кельзен был убежден, что должный прогресс общества следует из правильного сочетания свободы и равенства. Поддерживать баланс между этими двумя заповедями - вызов, который должна теперь встретить Итальянская система церковно-государственных отношений.

ПРИМЕЧАНИЯ

1. См. JAVIER MARTINEZ-TORRON, *SEPARATISMO Y COOPERACION EN LOS ACUERDOS DEL ESTADO CON LAS MINORES RELIGIOSAS* (1994).

2. См. Jean Duffar, *Le regime constitutionnel des cultes* (Paris, November 18-19, 1994), в *EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, THE CONSTITUTIONAL POSITION OF THE CHURCHES IN EUROPE* (будет опубликовано); J. VAN DER VYVER, *Legal Dimension of Religious Human Rights Constitutional Texts* (Atlanta, October 6-9, 1994), в *RELIGIOUS HUMAN RIGHTS IN THE WORLD TODAY* (будет опубликовано).

3. См. European Convention on Human Rights [E.C.H.R.] art. 9, § 1. Большинство западно-европейских конституций содержит аналогичные положения.

4. См., напр., E.C.H.R. art 9; COSTITUZIONE [Constitution] [COST.] art. 3 (Italy); LA CONSTITUTION [CONST.] art. 2 (France); CONSTITUCION [C.E.] art. 14 (Spain).

5. COST. art. 8 (Italy); WEIMAR CONSTITUTION art. 137 (включено в Германскую Конституцию или в "Grundgesetz" ("Основной Закон")); IR. CONST. art. 44.

6. См. GRUNDGESETZ [Constitution] [G.G.] art. 7 (F.R.G.); LA CONSTITUTION [BELG. CONST.] art. 127 (Belgium). Чаще аналогичные положения можно найти в неконституционных законах. См. EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE

RESEARCH, CHURCH AND STATE IN EUROPE: STATE FINANCIAL SUPPORT, RELIGION AND THE SCHOOL (1992); MARRIAGE AND RELIGION IN EUROPE (1993).

7. E.C.H.R. art. 9, § 2; COST. ass. 8 & 19 (Italy); GREECE CONST. art. 5.

8. Согласно Министру Внутренних Дел, Шарлю Паска, Франция является, вопреки такому сотрудничеству, "le seul Etat laic europe" ("единственным светским государством в Европе"). INAUGURATION DE LA MOSQUE DE LYON, ALLOCUTION DE MONSIEUR CHARLES PASQUA, (September 30, 1994).

9. W. Cole Durham, Jr., A Comparative Eramework for Analyzing Religious Liberty, in RELIGIOUS HUMAN RIGHTS IN THE WORLD TODAY (forthcoming date?).

10. См. GREECE CONST. art. 13, § 2; Kokkinakis v. Greece, 93 Eur. Ct. H.R. (Ser. A) at 260 (1998).

11. См. ARTURO CARLO JEMOLO, CHIESA E STATO IN ITALIA NEGLI ULTIMI CENTO ANNI (new ed. 1963) (дающем наилучший портрет итальянской церковно-государственной истории).

12. COST. art 19 (Italy), translated in The Constitution of the Republic of Italy, in (vol.?) CONSTITUTIONS OF THE COUNTRIES OF THE WORLD at 51 (Albert Blaustein & Gilbert H. Flanz eds., 1987).

13. COST. art. 19, translated in Constitutions of Italy, supra note 12, at 48.

14. *Ib.*

15. См. It. Cost. art. 7, § 1; *ib.* art. 8, § 2.

16. Мусульмане и свидетели Иеговы являются соответственно второй и третьей наибольшими по числу приверженцев религиозными общинами в Италии.

17. См. GIANNI LONG, LE CONFESIONI RELIGIOSE "DIVERSE DALLA CAVFOLICA" (1991).

18. См. CODICE CIVILE [C.C.] arts. 36-38 (Italy) (the Italian Civil Code).

19. C.C. arts. 14-35.

20. См. C.C. art. 17.

21. См. GIUSEPPE DALLA TORRE, LA QUESTIONE SCOLASTICA NEI RAPPORTI FRA STATO E CHIESA (1988) (обсуждается обучение религии в государственных школах).

22. См. GIUSEPPE VEGAS, SPESA PUBBLICA E CONFESIONI RELIGIOSE (1990).

FREEDOM OF RELIGION IN THE NETHERLANDS

Dr. Sophie C. van Bijsterveld

I. INTRODUCTION

Freedom of religion is the oldest explicit fundamental rights guarantee in the Netherlands. Over the years, however, the precise nature of religious freedom in the Netherlands, as well as church-state relations, has changed. Wide-ranging legal and social developments have taken place which are relevant to religious freedom and church-state relationships and which originated outside the scope of the Constitution. The setting in which freedom of religion and church-state relationships are embedded has been altered by the transformation of the classic liberal state into a modern welfare state and the increasing diversification of Christian denominations from the early nineteenth century onwards. More recently, the religious spectrum has shifted due to the secularisation process Christian churches are experiencing, as well as the advent and permanent settlement in the Netherlands of increasing numbers of adherents of non-Christian religions. Out of a total population of fifteen million people, the Roman Catholic Church in the Netherlands has about five million members. The Protestant denominations [1] together have about the same number of members. Of the non-Christian religions, Islam is the largest. There is also an organised Humanist movement.

Furthermore, legal developments, though perhaps not directly aimed at church or religion itself, may nevertheless affect them and raise questions as to how religious interests should be taken into account. Thus, even though basic principles governing church and religion have not been altered, the development of law and society makes continuous explication and interpretation of these principles necessary.

This report analyses the current state of religious freedom and church-state relations in the Netherlands. Part II sets forth a brief historical description of developments in religious freedom and church-state relations in the Netherlands. Part III then provides an overview of religious freedom in the Netherlands. Part IV analyses freedom of religion as it is implemented in various areas of the law in the Netherlands, and also describes major developments in these areas.

II. HISTORICAL BACKGROUND

The Union of Utrecht of 1579, the treaty on which the confederate Republic of the United Netherlands was based, guaranteed the freedom to cherish a religious belief as well as freedom from inquisition. While this provision was unique in its time, its purport was restricted to the inner sphere of belief. Public worship was not protected by this guarantee [2]. In the days of the Republic, the Reformed Church was the established church. Its adherents enjoyed a privileged status, and public offices could only be filled by members of the Reformed Church. Still, the general atmosphere towards other religious denominations was one of tolerance, and a variety of religious denominations

existed [3]. At the time of the fall of the Republic in 1795, this established church and state system had by far outlived itself.

Though the old principles of church and state relationships were abandoned following the Batavian Revolution, the actual church and state relationships had yet to be restructured in accordance with the newly adopted principles of separation of church and state and equal treatment of the various religious denominations--a process which continued well into the last century. The Constitution of 1814, which founded the decentralised unitary state, provided the starting point for this process, though not altogether unequivocally. As with other fields of law, the chapter on religion also contained traces of compromise between old and new ideas. This chapter, amended in 1815, 1848, and 1972, continued In force until 1983.

The general revision of the Constitution in 1983, brought substantial change in the formulation of religious freedoms as well as in the general system for protecting fundamental rights [4]. The former constitutional chapter "On religion" was replaced by one article guaranteeing freedom of religious and, for the first time, non-religious beliefs [5]. This constitutional revision provided the impetus for legislative adaptations and changes in fields relating to religion and non-religious belief.

III. OVERVIEW OF RELIGIOUS FREEDOM IN THE NETHERLANDS

A. Protections of Religious Freedom Under the Constitution and International Treaties

1. The Constitution

In the present Constitution, the church as an organisation has faded into the background, it is no longer mentioned. Furthermore, financial relationships between church and state no longer have a specific basis in the Constitution.

The guarantee of freedom of religion and belief in the Constitution has an "open" structure in that it does not specify in detail the various protected ways of exercising religious freedom. Nevertheless, the freedom to be guaranteed is meant to be wide-ranging. At the time of the constitutional revision it was stated that the right to manifest freely one's religion or belief entailed not only the freedom to have and express religious opinions, but also the freedom to act according to that opinion [6]. The precise range and limits of this wide-ranging religious freedom are to be specified by legislation and court decisions.

a. Article 6. Article 6 of the Constitution states that everyone shall have the right to freely manifest his religion or belief, either individually or in community with others, without prejudice to his responsibility under the law. The second section of Article 6 adds that rules concerning the exercise of this right other than in buildings and enclosed places may be laid down by Act of Parliament for the protection of health, in the interest of traffic, and to combat or prevent disorders. Though religious freedom in the Netherlands has an open structure, some specific elements of that freedom can be found in Article 6 of the Constitution. Article 6 specifies that the exercise of religion

can be pursued individually or in community with others. Although churches as organisations are not featured in the Constitution, as was suggested in earlier committee proposals, they do enjoy constitutional freedoms because it is generally accepted that groups and organisations, as well as individuals, are guaranteed fundamental rights. The freedoms that churches as organisations enjoy include the freedom to freely organise and structure themselves. They also include the freedom to train, appoint, or dismiss church ministers, to obtain buildings suitable for worship, and to generally have the capacity to operate in society.

Another area specifically dealt with by Article 6 is the exercise of religion or belief "other than in buildings and enclosed places." This particular phrase harks back to 1848 and the former restrictive regime limiting such forms of religious exercise, that regime was, in practice, a prohibition of religious processions. It is clear that the present regime gives priority to the freedom of exercise of religion other than in buildings and enclosed places [7], allowing restrictions to this freedom only under specified conditions.

b. Other Constitutional provisions. Other articles of the Constitution are also relevant to the range of protection given religious activity, some of these - namely. Articles 1 and 23 - mention religion explicitly. Article 1 of the Constitution states: "All persons in the Netherlands shall be treated equally in equal circumstances. Discrimination on the grounds of religion, belief, political opinion, race or sex or on any other grounds whatsoever shall not be permitted."

Freedom of education is guaranteed by Article 23, the most elaborate article in the Constitution. The subject-matter of education is so sensitive that propositions to alter this article during the general constitutional revision in 1983 did not succeed, and subsequent attempts to alter it were likewise unsuccessful [8]. Article 23 of the Constitution safeguards, among other things, freedom of education. Including denominational education [9], and prescribes equal treatment and respect to everyone's religion or belief in public-authority education.

Other provisions protecting fundamental rights, although not mentioning religion specifically, supplement the freedoms already mentioned. The freedoms of assembly, association, opinion, and the press all affect the scope of religious freedom, as well as the newly adopted right to privacy and the right to property. Uncertainties, however, may occur in the demarcation of the various rights, with their slightly varying degrees of guarantee of legal protection, and the Constitution contains no general freedom of conscience guarantee [10].

Although there is no longer a specific constitutional basis for financial relationships between church and state, Article 6 still plays a role in this area, as do Articles I and 23. Article 23 provides a direct basis for government funding of private education [11], and Article I requires equal treatment in the field of finances. However, the effect of Article 6 in this respect is of a more indirect nature. In fundamental rights doctrine, it is accepted that classic liberties under certain circumstances may oblige public authorities to become actively involved in order to enable the exercise of fundamental rights [12]. This holds true for church and religion as well.

In conclusion, it can be said that although Article 6 of the Constitution is not very specific in the subject matters of its guarantees, it covers a wide range of aspects of church life and exercise of religion and is supported by other constitutional provisions [13].

Over the past decade, profound interest has developed concerning the application of fundamental freedoms to relations between citizens. At the time of the constitutional revision, the government, as principal, acknowledged that fundamental freedoms may play a role in civil law relationships, albeit to varying degrees. Legislative developments and numerous court decisions have made clear the importance and sensitivities of this issue. Freedom of religion within family relations, vis-a-vis an employer, vis-a-vis the school or one's church, or, more generally speaking, vis-a-vis other individuals or groups of individuals, would be relevant in this respect. Also relevant, as a corollary to individual freedom in this respect, are the conditions of loyalty which denominational institutions may require of employees or other persons with whom they deal.

2. International treaties

The Constitution takes precedence over other national legislation, including Acts of Parliament; however, the courts do not have the power to review the constitutionality of an Act of Parliament. Since 1953 the Constitution has granted courts the right to review any piece of legislation, including an Act of Parliament and even the Constitution itself, for its compatibility with provisions of treaties that are binding on all persons or with provisions of the resolutions of international institutions [14]. As a consequence, such international provisions may be invoked in domestic court procedures.

It is in this way that Article 9 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) and Article 18 of the Covenant on Civil and Political Rights (CCPR) can be invoked in domestic legal procedures. However, the Supreme Court has to date proven reluctant to strike down parliamentary legislation [15].

Compared to Article 6 of the Constitution, these treaty provisions give more elaborate and specific indications of the various protected elements of exercise of religion or beliefs. Mentioned are "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 [16] and "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 [17]. According to the second section of CCPR Article 18, "[n]o one shall be subject to coercion which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice."

Article 6 of the UN Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief [18] states:

In accordance with article 1 of the present Declaration, and subject to the provisions of article 1, paragraph 3, the right to freedom of thought, conscience, religion or belief shall include, inter alia, the following freedoms:

a) To worship or assemble in connection with a religion or belief, and to establish and maintain places for these purposes;

- b) To establish and maintain appropriate charitable or humanitarian institutions;
- c) To make, acquire and use to an adequate extent the necessary articles and materials related to the rites or customs of a religion or belief;
- d) To write, issue and disseminate relevant publications in these areas;
- e) To teach a religion or belief in places suitable for these purposes;
- f) To solicit and receive voluntary financial and other contributions from individuals and institutions;
- g) To train, appoint, elect or designate by successions appropriate leaders called for by the requirements and standards of any religion or belief,
- h) To observe days of rest and to celebrate holidays and ceremonies In accordance with the precepts of one's religion or belief;
- i) To establish and maintain communications with individuals and communities in matters of religion or belief at the national and international levels.

Although the then-draft Declaration did not play a role in the constitutional revision process [19], none of the above mentioned elements can a priori be considered to be excluded from Its guarantee, since the Netherlands played an active role In the process leading to the adoption of the Declaration [20].

B. Restrictions of Religious Freedom

Freedom of religion is subject to restriction. During the constitutional revision, specific attention was given to the issue of permissible restrictions, and a strict system of restrictions to fundamental rights was adopted to optimally safeguard the fundamental liberties. This system's primary focus is the designation of the authority competent to formulate restrictions, if necessary, combined with an indication of the purposes to be served by the restriction or a prescribed procedure to be followed in imposing restrictions. Also significant is the recognition that regulations which have the unintended effect of restricting fundamental rights are nevertheless restrictions of those rights and must meet the constitutional requirements.

I. Restrictions under Article 6

Article 6, section 1 of the Constitution contains the clause "without prejudice to his responsibility under the law." This clause, which is pertinent to all aspects covered by freedom of religion [21], expresses the principle that valid restrictions may only be enacted by Act of Parliament - in other words, by the national Legislature. Other legislation, whether enacted at the central government level, or in the exercise of autonomous powers, or on the basis of a specific delegation, may not restrict religious freedom. However, this clause gives no precise indication as to the material criteria to be met; that is a matter for parliamentary interpretation. It Is acknowledged, however, that the freedom guaranteed should be respected as much as possible.

The second section of Article 6 allows for greater restrictions than those allowed under the first section, at least where public religious exercise is concerned. In that instance, an Act of Parliament may delegate to other public authorities the power to restrict religious freedom. However, this delegation may only be made for purposes mentioned in section 2, namely, "the protection of health, in the interest of traffic and to combat or prevent disorders." Because public authorities other than the national Legislature are not allowed to restrict this right in the exercise of their autonomous powers, this system has a centralising effect.

2. Restrictions from other sources

During the constitutional revision, certain allowances were made for developments going beyond the strict conditions of the Constitution, these allowances are generally referred to as "escape-hatches." Skeptics of the ambitious system of fundamental rights protection recognised that these allowances undermined the strictness of the system, and the courts have in fact tended to moderate the strict system by accepting that, notwithstanding the prohibition of delegation, delegated legislation or autonomous legislation by bodies other than the central government should not be automatically disregarded or declared unconstitutional. Instead, the courts carefully scrutinise the regulations and the decisions based on those regulations, recognising that there is a fundamental right at stake. At a bare minimum, the regulations should not make it altogether impossible to exercise the fundamental right. The courts' phrasing of the test varies. In general, the result of this analysis is quite acceptable in protecting religious freedom [22].

It must be realised that the ECHR and the CCPR are more lenient toward restrictions of religious freedom than the Constitution in that, unlike the Constitution, the treaties' requirement of a restriction by "law" is not reserved to the national Legislature. The purposes to be served are likewise wide-ranging. A promising development in the area of judicial review of legislation for compatibility with treaty provisions is the proportionality test applied to review restrictions on other fundamental rights [23]; this test may also be extended to the realm of religious freedom.

IV. FREEDOM OF RELIGION IN SPECIFIC AREAS OF THE LAW

Just as legislation, administration and court decisions, make religious freedom explicit and concrete, they also actualise the restrictions to religious freedom. Obviously, the act of explicating a freedom also defines its limitations. The actual purport of freedom of religion cannot be expressed in abstract terms; it is only completely understood as it is applied to specific problems and concerns. This part analyses freedom of religion as it is implemented in various areas of the law in the Netherlands, and also describes major developments in these areas.

A. Church Organisation

1. Legal framework

Behind the constitutional guarantee of religious freedom lies an entire system of church-state relationships. In the Netherlands, that system is qualified throughout by the principle of separation of church and state. While this principle is neither mentioned nor defined in the Constitution or other legislation, it is considered to be implied in the relevant constitutional provisions. The separation is not to be understood as a complete separation, in that it does not mean that no connections whatsoever are allowed between church and state.

a. Civil Code. Though the church no longer features in the Constitution, as we have seen, its status as an organisation is firmly entrenched in the Civil Code. Churches, independent units of churches, and structures in which they are united are legal entities *sui generis*, to be governed by their own statutes insofar as those statutes do not conflict with the law [24]. Unlike for other legal entities, such as associations and foundations, no specific regulations for churches as legal entities have been enacted. The Civil Code further determines the legal status of churches, in that the code section outlining the general principles of legal entities does not apply to churches [25]. However, analogous application of the Civil Code provisions is allowed insofar as this does not conflict with church statutes or the nature of the internal relations [26]. In this manner, the law takes freedom of church organisation into account and does justice to a spectrum of church structures which ranges from hierarchical concepts to more decentralised models.

With these basic rules, the law has moved far away from the early nineteenth century, when the Crown still enacted church statutes [27] and was not yet accustomed to allowing freedom of organisation to the then newly separated branches of the Reformed Church, or to respecting the restoration of Catholic hierarchy in the Netherlands. The central government church register [28], which continued to exist even after it was recognised that no legal consequences were attached to this registration, is (now) also only a thing of the past.

Not only does the Legislature not require registration of churches, it does not define "church," nor does it formulate criteria for church status. As the need arises, the administration or the courts will have to decide in concrete cases whether an organisation which presents itself as a church may be considered as such. In making such decisions, courts are careful not to get entangled in theological issues. In a somewhat spectacular case, the Supreme Court agreed that at a minimum, "religion must be Involved" and that there must be a "structured organisation" [29].

b. Outside the Civil Code. Freedom of church organisation Is a relevant concept outside the field of the Civil Code as well. Legislative projects which are not directly pertinent to or expressly aimed at churches or religion may nonetheless affect or even curtail freedom of church organisation. In all these instances, the relationship between church and state should be guarded and the element of freedom of church organisation should be taken into account. The Labor Relations Act, for example, makes an exception to its general rules in that church dismissals of ministers are not subject to prior public authority review. The General Equal Treatment Bill, which among other things forbids distinctions on the basis of religion or gender, is not applicable to churches or to religious office [30].

Problems concerning the church-state relationship do occur, as with the application of Works Councils Legislation to churches. For the purpose of application to churches, the court made a

distinction between the religious and the labor organisation [31]. Privacy legislation may also be mentioned as an area of concern in this respect, in the context of churches' right to register their members.

2. Evolution of church-state relations

Over the course of time, government involvement in church and religion has taken on a new character. The evolution of church-state relationships made it already clear in the course of the last century that the then-existing government departments solely concerned with religion [32] were becoming obsolete. Government involvement with church and religion is even now inevitable, if only because government actions must take religious freedom into account. Currently, various government departments are occupied with topics touching on religion. A special interest in church-state relationships is taken by the Department of Justice, as the legal successor of the former religious departments, and the Department of the Interior because of its specific concern with constitutional affairs. There are no formal structures for consulting churches about legal issues which may affect them; churches themselves must be alert to developments of concern to them. In order to monitor and react to such developments, churches work together in the interchurch Contact in Government Affairs [33]. This body also maintains an ongoing dialogue with the government. The national Council of Churches - almost identical in composition with the interchurch Contact - is focused on broader societal issues. Churches, of course, can and do act on their own as well.

In recent years, various rights traditionally enjoyed by churches have been abolished. Though not required by the Constitution as such, these changes must be recognised as related to the constitutional revision. In 1987, churches' right to access members' income tax records was cancelled, a change justified under principles of equal treatment [34] and separation of church and state. The same is true for the abolition of church membership registration by municipal authorities. In the course of setting up a new system of automated personal registration, a complex modus was found for indulging the needs of the churches which rolled on this system. The then-existing information concerning church membership has been transferred by the municipal authorities to an interchurch foundation (the "SILA"). Persons concerned have been notified of the transfer and that they are entitled to withdraw themselves from the registration system. Under the new automated personal registration system, the municipal authority, with consent of the church member, attaches a code to the member's "chart." The SILA is then informed of any changes, and passes that information on to the member's church [35]. In this way, the municipal authorities no longer have information on individuals' denominational affiliation.

B. Financial Relationships Between Church and State

In the Netherlands, there is no general financial support of churches by public authorities [36]. Such support would generally be regarded as violating the principle of separation of church and state. However, this does not mean that absolutely no financial relations exist.

I. Indirect subsidies

Various types of support - though modest - exist at present, and their justification varies. In the first place, support may be granted as a way of discharging general government obligations not initially aimed at churches or religion. This may be the case in the area of ancient monument care. Church monuments are mentioned as part of the government's responsibility for the nation's cultural and historic heritage, as ancient monuments. It is obvious that only churches with ancient monuments benefit from this, although it must be realised that government subsidies will never completely cover the costs of monument maintenance. Not only the central government, but also local and provincial government agencies may be involved in subsidising ancient church monuments.

Subsidies are also granted by public authorities for a wide range of social activities, ranging from small local initiatives to activities of vital public interest such as health care. Although these activities may be engaged in by churches themselves, they usually are not. It is common, however, for such activities to be carried out by associations or foundations which are based on a particular religion or belief and consequently affiliated to a greater or lesser extent with a certain church. Public authorities may not exclude organisations on the grounds of their denominational background [37]. Such a denominational background, however, may give rise to objective differences in the work performed by the organisation, and those differences may be taken into account. These associations may also receive indirect financial benefits through the tax deductions which are granted for donations to religious and other social causes.

2. Direct subsidies

Direct subsidies to churches and for religious purposes are a more delicate issue. In the present as in past times, such subsidies are granted, though in recent years these subsidies have been the subject of intense discussion. Recently, the government submitted its standpoint on the issue to the Second Chamber of Parliament for debate [38]. The subsidy debate has focused on government subsidies in two areas: church building construction and specialised church ministries.

a. Building subsidies. With respect to church building subsidies, a marked change has recently occurred. In the past, in addition to incidental payments [39], church construction had been subsidised on a structural basis. In 1962, a temporary Church Construction Premium Act [40] was enacted in reaction to discussions on the desirability and propriety of local government subsidy practices in this area. The Act centralised building subsidies, eliminating all building subsidies other than those explicitly authorised by the Act. Under the regime of this Act, many church buildings were built, including buildings for Islamic worship and for non-religious beliefs. Following the expiration of the Act in 1975, two successive temporary ministerial subsidy regulations were set up to support the building of Islamic mosques [41]. By the time the latter regulation expired, it was the subject of severe criticism, both because of objections to public support of buildings of worship and because of the selective scope of the regulations. In a series of votes, the Second Chamber of Parliament rejected public support of buildings [42], and no further subsidy regulations have followed.

Although the Cabinet, in a recent standpoint on church-state financial relationships, accepted the general principle of subsidising some church building-leaving open the possibility of religious building subsidies under specific, designated circumstances - it has made it clear that in its view no such circumstances presently exist. Parliament, however, objects to religious building subsidies on a more basic level, finding such subsidies inappropriate as a matter of principle.

b. Specialised ministries. Another area where direct support has been permitted is in specialised ministries, or chaplaincies, in institutions such as the armed forces and prisons. This support, a long-standing tradition, is at present regarded as a fulfilment of the government responsibility to ensure the free exercise of religion in special circumstances. These ministries are filled by church ministers from the various denominations who are appointed by the responsible government minister on the recommendation of the churches. A lengthy discussion on the allocation of posts between the various denominations has recently taken place following increased demands by the Humanist League.

Specialised ministries also exist in institutions such as hospitals and homes for the elderly. The financing structures of these institutions is complex. These specialised ministries are financed with general funds. In 1994, a bill was introduced [43] to safeguard this form of spiritual care in view of forthcoming fundamental changes in financing structures which may threaten its continued existence. The responsibility which the government is fulfilling in this context is not to finance the spiritual care, but to guarantee the existence of these forms of religious exercise.

C. Education

Education is closely linked with views of religion and beliefs. The law recognises that religious belief does play a role in education. In the early nineteenth century, an educational system took shape which consisted of public-authority education and free private education [44]. In the second part of that century, a system developed which resulted in the acceptance of full public funding for private education which met certain financing conditions and educational standards [45]. The distinctive features of this system - the genesis of which constituted one of the most lively chapters of constitutional history - were embedded in the Constitution of 1917 and have since remained practically unaltered [46].

As it is currently understood, freedom of education entails freedom to establish schools, freedom of school denomination, and freedom to administer schools [47]. Legislation specifies the numerical criteria for founding a school; however, in regulating education, the Legislature has to respect the freedoms of denomination and the freedom to administer schools. The precise contents of these freedoms and the parameters of the Legislature's power to restrict them are a continuous point of discussion, and the constitutional provisions play an important role in that discussion. No clear lines mark the precise boundaries of schools' freedoms of "stichting, richting, en inrichting". As a result, interpretation is needed again and again to determine whether educational legislation infringes on these freedoms [48].

The freedom of denomination of a school in relation to the state has consequences for its relation to teaching and non-teaching staff as well as to pupils, prospective pupils, and their parents. With regard to prospective pupils, a school has the right, in principle, to deny admission on denominational grounds [49]. Furthermore, parents are not entitled to withhold their pupils from religious education in that school, even if in their view the school is not complying with the religious teachings of their own - and the school's - denomination. Once a pupil of another denomination is admitted, he or she may not abstain on religious grounds from, for example, gymnastic lessons [50].

The denominational school may require loyalty of its staff with regard to its denominational views, but the extent to which it may do so is a delicate issue, governed largely by case law until quite recently. Courts deciding cases in this area tended to balance the conflicting interests, thus qualifying schools' otherwise extensive freedom of denomination. Under the newly enacted General Equal Treatment Act [51], the courts' power of review has been extended, and schools' freedom of denomination in this area has been restricted. The staff loyalty issue has been particularly controversial.

As we have seen before, public-authority education is provided with "respect to everyone's freedom of religion or belief". This is more specifically regulated in the various education acts. Education acts also provide for religious teaching in public-authority schools. Non-religious belief instruction should be offered on an equal basis [52]. Taking religious education in public-authority schools is not obligatory.

Education for church offices should be mentioned in this respect as well. As of 1876, education for the ministry in the majority Reformed Church was separated from state theological education. The state, however, continued to finance the church's education as well as that of other Protestant churches, which often based their schools of theology at state universities. This system still exists. In the late 1960s, various other churches joined the system.

Another development, the foundation of private denominational universities, started at the end of the last century. These universities are financed by the state under the condition that they meet certain financing and educational standards. This condition also holds for their theological faculties, which educate students for the office of church ministers. A similar structure applies to academic colleges - also universities in the present terminology which consist solely of a theological faculty [53]. Apart from academic education, there exists a whole range of colleges and educational centers focusing on various church offices. These may or may not be financed by the state.

D. Marriage and Family Relations

I. Marriage

The Civil Code regards marriage only in its civil dimension [54]. To be legally valid, marriage must be performed by the designated public authority and according to the procedure enacted by law. Religious proceedings related to marriage have no legally binding effect. In order to ensure the primacy of civil marriage, the Civil Code states that no religious ceremonies concerning

marriage may take place unless the parties involved have provided proof of legal marriage to the church minister [55]. A church minister who conducts a marriage ceremony without this condition being fulfilled is subject to criminal prosecution [56]. In 1971, the Supreme Court upheld these provisions, holding them to be justified restrictions of religious freedom which meet the criteria of Article 9, section 2, ECHR [57].

Developments in recent years have called this system into question. Patterns of personal relations have changed, with marriage no longer enjoying a legal or religious monopoly. With regard to non-marital relationships, religious ceremonies may take place, and churches in fact perform such ceremonies. The law is also responding to these changing patterns. A bill is to be proposed which would enable registration of relations which fall outside the traditional concept of marriage (single-sex relations, close family relations) in a way that practically equals that of marriage, both in formal characteristics and in legal consequences. Although suggestions have been made in connection with these developments to abolish the existing system, so far no actual proposals have been made.

2. Family relations

Religion may play a role in family relations. Confronted with situations of conflict, courts acknowledge the religious factor without showing preference for a specific religious persuasion. Differences in opinion on religion may, for example, lead to such an estrangement between spouses that the court may conclude that dissolution of the marriage is justified. As in other cases involving fundamental rights and relations between citizens, the actual appreciation of the interests concerned depends largely on the concrete issues at hand. In one specific example, the fact that the law regards marriage only in its civil dimension does not prevent a court from demanding that a former spouse comply with religious divorce proceedings [58].

This balancing of interests by the court also takes place in parent-child conflicts involving religion. The court has rejected the refusal of parental marriage consent on the basis that the prospective spouse did not share the parents' religious convictions [59]. On the other hand, where it went against the parents' religious feelings, an eighteen-year-old girl could be denied consent to obtain a passport for a holiday abroad with a boy-friend [60].

One conflict which directly concerns the state is that of adoption by parents who for religious reasons will refuse medical treatment for the adopted children. The courts have accepted the exclusion of such parents from consideration as adoptive parents [61]. In the case of natural children, the authorities may resort to temporary measures, such as making the child a ward of the state.

E. Mass Media

In the early development of the broadcasting system, churches, as well as organisations founded on a religious or philosophical basis, took part in broadcasting. Early legislation incorporated this original pattern of broadcasting, and subsequent legislation, including the present Mass Media Act, continues to adhere to this system.

The idea of representation is entrenched in the Dutch broadcasting system. A characteristic feature of that system is the allocation of broadcasting time to broadcasting associations, which, under the Mass Media Act, must aim to represent a certain societal, cultural, religious, or spiritual tendency and to fulfil the corresponding cultural, religious, or spiritual need in their programming. Broadcasting time for each association is allotted according to the number of members - the more members an association has, the more time it is allotted. Currently, there are Protestant, Catholic, Evangelical, socialist, liberal and "neutral" broadcasting organisations.

Broadcasting time is not only allocated to the broadcasting companies, but also to individual organisations such as political parties and educational organisations. Churches and their non-religious counterparts are likewise taken into account in this manner, and for the purpose of broadcasting, a number of churches may work together. Currently, eight church denominations work together to broadcast as part of a joint broadcasting association, one church (the Roman Catholic Church) cooperates with the broadcasting association of its denomination (the Catholic Broadcasting Company), and five other churches broadcast in their own name in the Broadcasting Time for Churches. In total, fourteen Christian churches enjoy broadcasting time on television. Recently, an Islamic and a Hindu organisation succeeded in obtaining broadcasting time. Broadcasting time had previously been allotted to the Humanist Broadcasting Organisation. The Mass Media Act requires churches and non-religious spiritual organisations to use their broadcasting time for religious or spiritual programs.

The advent of commercial television and radio has given rise to a fundamental debate on the future position of public-sector broadcasting. It has become clear that in order to survive competition from commercial broadcasting, the public broadcasting sector must be thoroughly restructured. However, initial suggestions for restructuring proved to be detrimental to the system and structure of religious broadcasting, and the suggestions were rejected after strong protests [62]. It is impossible to say at present just what the future will be.

F. Equal Rights

Equal treatment and non-discrimination where religion and belief are concerned are principles firmly embedded in the Constitution. Besides the express provision of Article 1 that discrimination on the grounds of religion or belief is prohibited, Article 3 gives an even more specific protection: "All Dutch nationals shall be equally eligible for appointment to public service". Furthermore, equal treatment is presupposed by every other constitutional guarantee of fundamental rights, and these provisions have their counterparts in treaty provisions on fundamental rights.

In their purest form, these equal treatment and non-discrimination clauses apply to public authorities in their relations to citizens: public authorities are not allowed to make distinctions on the basis of religion or beliefs. Nevertheless, it would appear that distinctions on the basis of religious criteria are not altogether forbidden. Religion and belief, as well as characteristics such as political preference, do play a certain role in public appointments of, for example, municipal mayors by the Crown. These preferences may also play a role in the selection of public boards and government

advisory committees, in the sense that a balanced composition based on proportionate representation is desired. The General Equal Treatment Act [63], which applies to both the private and the public sectors, makes explicit exceptions for these distinctions.

A more controversial issue is the extent to which distinctions may be made in the private sector, especially when denominational institutions are involved [64]. The Act and its more unfortunate predecessors have prompted debate on the extent to which the Legislature is entitled to prescribe equal treatment in civil relations and how this relates to the fundamental freedoms of assembly, association, education, and religion and belief.

The Act forbids unequal treatment (direct as well as indirect) on grounds of religion, belief, political persuasion, race, gender, nationality, sexual persuasion, or civil status. Churches themselves, their independent units and other corporations of belief are exempt from the prescriptions of the Act, but denominational institutions are not.

The freedom of denominational institutions to formulate requirements in order to uphold their denominational identity is granted in the form of a specific exception allowing denominational organisations to formulate such requirements. While there has been occasional litigation in areas to which the present Act applies, and the courts generally have reached fair decisions in balancing the conflicting interests, the Act will undoubtedly lead to farther scrutiny by the courts in such matters because it is pertinent to a wide range of societal relations.

G. Blasphemy, Expressions Hateful to Religious Feelings, and Other Unjustifiable Expressions

The Criminal Code contains various provisions on blasphemy, as well as on expressions detrimental to religious feelings. Article 147 Criminal Code penalizes various specified forms of public blasphemy as felonies, and Article 147a makes it a felony to disseminate blasphemous materials or to have them on hand for dissemination. However, convictions are highly unlikely. Another article, Article 429b, penalizes as a misdemeanor public blasphemy in a slightly different formulation.

A different role is reserved for Articles 137c-e of the Criminal Code. These articles recognize as felonies public oral expressions or expressions in writing which are offensive to people on grounds of their religion, belief or race, or which mate to hatred against or discrimination of people. In contrast to the public blasphemy provisions, convictions on the basis of these articles do take place.

Although these statutes provide some regulation in this area, it is in fact dominated by case law arising out of civil lawsuits. Courts generally attempt to balance the interests of those concerned, taking into account the fundamental principles involved. They usually reach satisfactory conclusions [65]. It must be noted that in civil lawsuits expressions may be acknowledged as wrongful vis-a-vis another even if no criminal conviction results.

H. Conscientious Objection

Freedom of conscience is not specifically guaranteed by the Constitution. Only insofar as it is understood as the freedom to have a religious or philosophical conscientious opinion or manifestation of freedom of religion can it be regarded as protected by the Constitution. There is no general protection of acting according to one's conscience.

Nevertheless, the Legislature has taken conscience into account in various areas of the law. In several instances, for example, provisions are made for conscientious objection, the most distinct example being conscientious objection to military service. The right to conscientious objection against this obligation was grounded in the Constitution from 1922 on and is further regulated by and according to an Act of Parliament. In its initial form, the right was aimed at religious objections, but it has been extended to include non-religious conscientious objection as well [66].

Other traditional areas of conscientious objection in the Netherlands have concerned objections to prescribed formulas for taking legal oaths and objections to obligatory insurances. In both of these areas, the Legislature has provided exceptions. As the Supreme Court made clear in one particular insurance case, it is not willing to extend the right of conscientious objection beyond the scope of the Legislature's intent [67]. The Legislature may also make allowance for conscientious objections by refraining from introducing an obligation, such as it did in the case of vaccination.

An act concerning conscientious objections in labor relations deserves mentioning. The aim of the act is to forbid dismissal on grounds of conscientious objection. To give substance to this provision, a code of conduct has been formulated which prescribes how to act in cases of foreseeable conscientious objection [68].

In cases involving religious conscience, ECHR Article 9 and CCPR Article 18 are often invoked, just as they are in cases involving the individual exercise of religious freedom. However, the Supreme Court has determined that its power of review in these cases is very limited. Furthermore, it tends to be very restrictive in deciding these cases, both by narrowly interpreting the guaranteed rights and by broadly interpreting the restrictive clauses. In recent cases pleaded before an administrative court, the court attached a more substantial significance to these treaty provisions [69].

I. Exercise of Religion in Community with Others

Of the various legal aspects of exercise of religion in community with others, two aspects will be mentioned, namely, the public free exercise of religion guaranteed by Article 6, section 2, of the Constitution, and recent developments concerning days of rest.

Until the completion of the constitutional revision of 1983, the so-called ban on religious processions was in force, a ban which the Supreme Court had upheld in 1963. A constitutional right to the exercise of religion and belief outdoors only came into force in 1988. Later that same year, the Act that served to implement and regulate this right, the Public Manifestations Act, was implemented. This Act is pertinent to demonstrations and assemblies as well. It had been delayed by

discussions on the precise rules which would govern manifestations of religion and beliefs. In the course of its enactment, the rules relating to manifestations in general were made more liberal.

The Act empowers municipal councils to regulate the right to outdoor religious exercise, but only "for the protection of health, in the interest of traffic and to combat or prevent disorders." It specifies elements to be regulated. No permission is needed for a manifestation; notice to the competent authority suffices. This authority, the mayor, is empowered to give directions or to forbid or dismiss a manifestation, albeit only on the grounds mentioned in Article 6, section 2, of the Constitution. A single notification suffices for recurrent manifestations of religion or beliefs.

In connection with the constitutional revision and the enactment of the Public Manifestations Act, changes have also been made by the Sunday Act. The purport of these changes was to restrict the discretionary powers of local authorities according to the Constitution, as well as to relax the rules relating to manifestations allowed on Sunday based on non-religious belief. It was made clear that although the weekly days of rest of non-Christian religions enjoy protection as well, they cannot be completely put on a level with the Christian Sunday.

Nevertheless, where work is concerned, provisions were included in the 1919 Labor Law for weekly days of rest other than Sunday. A tendency to take other weekly religious days into account can also be discerned in collective labor agreements [70]. On the other hand, a movement to incorporate Sunday as a regular day of work is developing. Alterations in shop closing legislation and, again, collective labor agreements leave no doubt as to this trend [71]. The new Working Hours Bill [72] facilitates the introduction of Sunday as a day of work. In the fall of 1994, a nationwide discussion took place on shop opening on Sunday, and a proposal for legislative change is expected to be issued soon.

J. Minority Churches and Religious Minorities

In the strict sense of the word, a wide variety of minority churches and minority denominations exist in the Netherlands. Many of those minority churches have a long-standing historic tradition or have emerged since the nineteenth century as separate branches of the main Reformed Church. These minority churches and their members often share the basic cultural and societal views of the majority. Furthermore, the "open" structure of the law pertinent to church and religion makes it easy to take religious minorities into account. More specific action has been taken with regard to non-Christian religions, although here, too, existing provisions will be applicable by interpretation. As a result of the constitutional revision, various legal provisions pertinent to religion have been extended to non-religious beliefs.

As we have seen before, the notion of a church as a legal entity leaves open all of the possibilities for minority religions to organize themselves as such. Non-Christian and non-religious organizations, however, may prefer other forms of organization, notably associations or foundations. Equally, the notion of "church minister" is open to interpretation, and this notion has, in fact, been extended to offices in non-Christian religions.

In various instances, church minorities and religious minorities have been specifically taken into account [73]. One example of this is the trend, discussed above, toward recognizing religious days of rest other than Sunday. However, even in early times, allowances were made for the rest days of religious minorities, with the Jewish faith as one example. As mentioned, there is a development towards taking other religious days of rest or holidays into account. Collective labor agreements as well as jurisprudence [74] have also contributed to this trend.

In various areas of law, non-Christian minorities have gradually become able to take advantage of existing possibilities in the law to gain inclusion under provisions relating to financial relationships between church and state and mass media law. The relatively small numbers of some minorities impedes them from realizing equal rights in exactly the same way as majorities do. For instance, in specialized ministries in the armed forces, penitentiary institutions, hospitals, and the like, the number of members of a particular minority often does not justify the appointments or contracts of employment provided for other groups [75]. Nevertheless, provision is made for their presence in these institutions. In the field of education, these problems arise as well. A complicating factor is the internal conflicts and differences as well as diversities of national backgrounds between adherents of non-Christian religions. It must be noted that some religious practices of minorities are not easily integrated in the law, such as those concerning burial rites or non-Christian analogs to church tolling.

International treaty provisions such as Article 27 CCBP may play a role in questions concerning religious minorities. The provision is invoked from time to time in domestic legal procedures. As far as structural developments are concerned, the constitutional provisions, notably those protecting freedom of religion and equal rights, play a pronounced role which at least equals treaty guarantees.

V. CONCLUSION

Freedom of religion is entrenched in the Constitution of the Netherlands. In addition, international guarantees such as Article 9 ECHR and Article 18 CCPR reinforce the constitutional guarantee and may be invoked in domestic legal procedures. Thus, a wide range of aspects of church life and the exercise of religion are protected. Freedom of non-religious belief is equally protected.

In addition, church and religion are taken into account in many other areas of the law. An individual's religious perception, rather than the more formal criterion of membership in a church, has increasingly become the relevant criterion for framing legislative exceptions. Courts, however, have been reluctant to acknowledge appeals on religious freedom which reach beyond the legislative provisions.

As to the exercise of religion in community with others, the revision of the Constitution in 1983 brought substantial change. In 1988, the liberal Public Manifestations Act was enacted on the basis of the Constitution and replaced the former oppressive regime, which was long out of date but still formally upheld by the Supreme Court. Many other pieces of legislation have been revised in recent years and have been adapted to the new constitutional standards.

The church as an organization is no longer mentioned in the Constitution, nor are financial relationships between church and state. Nevertheless, church organizations enjoy the same fundamental freedoms as private individuals. Separation of church and state as it is understood in the Netherlands does not stand in the way of financial relationships between church and state; the specific scope and purport of these relations are largely a matter of interpretation. On a theoretical level, there is now a broad consensus that a realistic guarantee of religious freedom may under certain circumstances require active steps by public authorities, including financial steps [76].

In contemporary society, it is rare for freedom of religion to be restricted by measures intentionally aimed at religious freedom. It is more likely that such restrictions are instead a by-product of measures which themselves are not directed at religion at all. Nevertheless, it is important to realize that in the latter situations the principle of religious freedom requires that religion be taken into account in the decision-making process.

Moreover, modern legal doctrine acknowledges that freedom of religion and other fundamental rights guarantee public authorities to create an atmosphere in which these rights can be freely exercised. Not only does this encompass the responsibility to refrain from actions which may infringe on these rights, but ensuring these liberties may also require positive steps. This principle applies to freedom of religion as well as the other fundamental rights.

E N D N O T E S

1. The Nederlandse Hervormde Kerk and the Gereformeerde Kerken in Nederland. Together with the Evangelical-Lutheran Church in the Kingdom of the Netherlands, these churches are currently engaged in a process of unification.

2. For the development of church and state relationships in the Netherlands up to the present time, see S.C. den Dekker-van Bijsterveld, *De verhouding tussen kerk en staat in het licht van de grondwet* Zwolle 1988.

3. As early as the seventeenth century, Protestant denominations of Lutheran, Mennonite and other beliefs were present in the Netherlands. For a religious map of the Netherlands and its development since the Reformation, see H. Knippenberg, *De Religieuze Kaart van Nederland*, Assen/Maastricht 1992.

4. Traditional fundamental freedoms were reformulated and new freedoms were adopted. Together with social and economic rights, they are included in the first chapter of the Constitution. A strict new system regulating restrictions of fundamental rights was adopted as well.

5. Throughout this report, "freedom of religion" is meant to also include freedom of non-religious belief unless clearly unintended or otherwise stated.

6. Kamerstukken 11, 1975-1976, 13 872, n.3, p. 29.

7. This paper will hereafter refer to this concept as "public free exercise of religion" or "public free exercise."

8. On education. See A.K. Koekkoek, *State Control of Education in the Netherlands*, in: E.H. Hondius, G.J.W. Steenhoff (ed.), *Netherlands reports to the thirteenth international congress of comparative law* (Montreal 1990), The Hague 1990, p. 391.

9. "Denominational education" is private education which is based on a certain religion or beliefs. The denominational school may formally or in fact have strong ties with a certain church or church denomination. While "neutral" private education does exist in the Netherlands, the overwhelming majority of private education is religiously sponsored and based. Therefore,

"denominational education" is for practical purposes synonymous with "private education" in the Netherlands.

10. In various areas of the law, conscience is taken into account. See *infra* Part III.H. Article 99 of the Constitution prescribes that the conditions on which exemption is granted from military service because of serious conscientious objections shall be specified by an Act of Parliament.

11. Article 23 provides for funding of general elementary education, and this has been extended by further legislation to other forms of education as well.

12. See Kamerstukken II, 1976-1977, 13 873, nr. 7, p. 8-9, *infra* Part III.5.

13. For explications of Article 6, see S.C. den Dekker-van Bijsterveld, *supra* note, 2; M.M. den Boer, Artikel 6 Grondwet: Vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, NJCM-Bulletin 1987, p. 110-127; B.P. Vermeulen, Artikel 6, in: Akkermans/Koekkoek, *De Grondwet*, Zwolle 1992, p. 106-145.

14. Art. 120 Constitution, resp. Art. 94 Constitution.

15. The Afdeling Rechtspraak van de Raad van State (ARRvS), an administrative court, tends to be more liberal in this respect. The nature of the subject-matter as well as the type of legislation involved, however, may play a role in explaining the different approaches. It must be noted that in recent years, the Supreme Court has been remarkably willing to take an active role in reviewing national legislation in areas other than religion.

16. Article 9, section 1, ECHR.

17. Article 18, section 1, CCPR.

18. G.A. Res. 36/55 U.N. GAOR [session number] [supplement reference] [part] [UN document, number] (1981.).

19. E.g., as a means of interpreting the constitutional guarantees.

20. See M.C. Castermans-Holleman, *Het Nederlandse mensenrechtenbeleid in de Verenigde Naties* 's-Gravenhage 1992.

21. With the exception, of course, of the purely internal sphere of conscience and thought, which is by its nature not subject to restriction. (Though this clause does not make any express exception for that internal realm.)

22. For a detailed analysis of the courts' approach, see S.C. den Dekker-van Bijsterveld, *Algemene beperkingen van grondrechten en jurisprudentiele belangenafwegingen*, in: *Tijdschrift voor Openbaar Bestuur* 1990, p. 270-273 and S.C. den Dekker-van Bijsterveld, *Gemeenten en algemene beperkingen van klassieke grondrechten*, in: *Gemeentestem* 6925 (1991), p. 382-286.

23. See, e.g. B.P. Vermeulen, Artikel 7, in: Akkermans/Koekkoek, *De Grondwet*, Zwolle 1992, p. 174.

24. Burgerlijk Wetboek [Civil Code] art. 2:2. The addition mentioned hereafter is contained in the second section of this article.

25. Civil Code art. 2:2.

26. The Supreme Court had already acknowledged this principle prior to the effective date of this provision. In the case concerned - which involved the dismissal of a church minister - the court argued that it had the power, principally speaking, to annul a church decision which conflicted with "good faith." Judgment of March 15, 1985, HR, 1986 NJ 191.

27. These statutes not only governed the formerly state-established Reformed Church, but also the Lutheran church and the Jewish community.

28. Based on the Act on Religious Bodies [Wet op de kerkgenootschappen] of 1853, which was formally repealed in 1988.

29. Judgment of October 31, 1986, HR, 1987 NJ 173.

30. See also *infra* Part III.F.

31. Judgment of May 26, 1978, ARRvS, 1978 AB 430.

32. One for the Protestant churches and one for the Roman Catholic Church.

33. The Interchurch Contact also plays an important role in advising the government minister in charge of the appointment of church ministers in specialized ministries in the armed forces and penal institutions. See *infra* Part III.B.

34. This change dealt specifically with equal treatment between churches and other organizations. One element taken into consideration in this respect was the implied right of access by new religious movements and organizations. Equal treatment would have meant giving newer organizations the same access to income tax registers which older organizations had enjoyed, and this was considered undesirable.

35. Note that not all churches participate in this system. For example, the Roman Catholic Church has not joined the SILA.

36. The revision of the Constitution in 1972, enabled a major change in the prior church-state relations by authorizing the buying off in 1983, of traditional government obligations concerning salaries and pensions of church ministers. These financial obligations originated as compensation for the annexation of church goods and property during the eighteenth century. The compensation arrangements had been incorporated into the Constitution in 1814. It must be noted that unlike in Belgium, for example, these financial obligations were kept at the nominal level of 1814, a fact that in the course of time has diminished their importance. In practice, the subsidies were hardly ever extended to churches other than those originally benefiting from them in 1814.

37. Judgment of December 18, 1986, ARRvS, 1987 AB 260.

38. Cabinet standpoints: 21 maart 1991, Kamerstukken II, 1990-1991, 20 868, nr.3; standpoint of previous Cabinet: I november 1989, Kamerstukken II 1989-1990, 20 868, nr.2. Committee report: Overheid, godsdienst en lewewovertuiging, eindrapport van de Commissie van advies inzake de criteria voor steunverlening door de overheid en kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag, 's-Gravenhage 1988.

39. Subsidies for church buildings have been granted in exceptional circumstances such as natural disasters and land reclamation.

40. Wet Premie Kelkenbouw, wet van 29 november 1962, Stb.538.

41. Globale regeling inzake subsidiering gebedsruimten (1976-1981), and Tijdelijke regeling gebedsruimten voor Moslims (1981-1984) in: Rapport tevens beleidsadvies van de niet-ambtelijke werkgroep ad hoe religieuze voorzieningen voor etnische minderheden in Nederland, Rijswijk 1982.

42. Kamerstukken II, 1984-1985, 16 102, nr.99, Kamerstukken II, 1986-1987, 16 635, nr.II.

43. General Pastoral Care Bill [voorstel van Wet geestelijke verzorging zorginstellingen en justitiele inrichtingen], Kamerstukken II, 1993-1994, 23 720, nrs. 1-3.

44. Note that in the Netherlands, private education is effectively synonymous with denominational education. For discussion of the development of this system, see S.C. den Dekker-van Bijsterteld, Het juiste onderscheid. De interpretatie van het grondwettelijk begrip "openbaar onderwijs" in de eerste helft van de 19e eeuw (I), in: School en wet 1988, p.II-15, S.C. den Dekker-van Bijsterveld, Het juiste onderscheid. De interpretatie van het grondwettelijk begrip "openbaar onderwijs" in de eerste helft van de 19e eeuw (II), in: School en wet 1988, p.36-40; A.A. de Bruin, Het ontstaan van de schoolrijdt Leiden 1985.

45. Note that denominational schools are fully funded by public monies if they fulfill the conditions mentioned, which in practice is always the case.

46. See Koekkoek, supra note 8.

47. The difficult-to-translate freedoms of "stichting, richting, inrichting."

48. Since courts in the Netherlands lack the power to decide upon the constitutionality of an Act of Parliament, the Legislature itself may have to form an opinion on the constitutionality of its intended legislation.

49. Judgment of January 22, 1982, Pr. Rb. Alkmaar, 1982 NJCM-Bulletin 134, Judgment of January 22, 1988, HR, 1988 AB 96.

50. Judgment of September 5, 1989, Hof Den Bosch, 1989 RV 96.

51. See infra Part III.F.

52. E.g., Judgment of March 18, 1988, ARRvS, 1988 AB 342, Judgment of August 20, 1990, ARRvS, 1991 AB 102.

53. Under their own policies, these colleges will only accept partial government subsidy. There is also a Humanist University.

54. Civil Code art. 1:30.
55. Civil Code art. 1:68.
56. Wetboek van Strafrecht [Criminal Code] art. 449.
57. Judgment of June 22, 1971, HR, 1972 NJ 31.
58. Judgment of January 22, 1982, HR, 1982 NJ 489.
59. Judgment of June 4, 1982, HR, 1983 NJ 32.
60. Judgment of May 30, 1986, Pr. Rb. Zwolle, 1986 KG 269.
61. Judgment of June 22, 1981, ARRvS, 1983 AS 210, Judgment of January 20, 1983, ARRvS, 1983 AB 389.

62. Kamerstukken II, 1991-1992, 22 147, nr.22, p. 17 et seq.
63. General Equal Treatment Act [Algemene Wet gelijke behandeling], Wet van 2 maart 1994, Stb. 230.
64. While numerous provisions have previously been enacted to prescribe equal treatment in civil relations, these have not been very controversial.
65. Judgment of June 5, 1987, HR, 1988 AB 276.
66. For a detailed explication, see B. Schumacher, Militaire dienstweigeren en vredesmoraal, Tilburg 1986, B.P. Vermeulen, De vrijheid van geweten en een fundamenteel rechtsprobleem, Arnhem 1989.
67. Judgment of April 13, 1960, HR, 1960.NJ 436.
68. Conscientious Objection in Labor Relations Act [Wet gewetensbezwaren in dienstbetreking], Wet van [] Stb. 134. The Act is incorporated in the Civil Code, Art. 7A:1639s, section 2. See also Gewetensbezwaren in dienstbetreking, advies van de Sociaal Economische Raad, s'-Gravenhage 1990; Nota over gewetensbezwaren in arbeidsrelaties; een leidraad voor ondernemingen, Stichting van de Arbeid, s'-Gravenhage 1990.
69. See S.C. den Dekker-van Bqsterteld, supra note 2, at 165-73, 192-98. Note also that in recent cases in other areas of the law (family law) the Supreme Court has taken a more active approach to review.
70. For treatment of non-Christian religious holidays in labor relations, see Judgment of March 30, 1984, HR, 1985 NJ 350.
71. On this issue, see S.C. van Bijsterveld & J.P.M. Zegen, Met het weekend voor de door ... De toekomst van de vrije zondag, in Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht 1994, p. 254-58.
72. Kamerstukken II, 1993-1994, 23 646, nrs. 1-2 ("voorstel for een nieuwe Arbeidstijdenwet").
73. See the discussion of conscientious objection supra Part III.H.
74. Notably, Judgment of March 30, 1984, HR, 1985 NJ 350.
75. The minority and majority Protestant churches work in close cooperation with the Roman Catholic Church in addition to working together as joint Protestant churches in these fields.
76. See supra note 12 and accompanying text; supra Part III.B.

СВОБОДА РЕЛИГИИ В НИДЕРЛАНДАХ

Софи ван Бийсбервельд

Из 15 млн. населения Нидерландов примерно треть составляют члены Римско-Католической церкви; примерно столько же членов во всех протестантских церквях вместе взятых. Две главных реформационных насчитывают 2,5 млн. и 800 тыс. членов соответственно. Приверженцев ислама различного этнического происхождения более 700

тыс., буддистов и индуистов свыше 80 тыс. Существует также относительно немногочисленное, но институализированное гуманистическое движение.

В стране нет формальной конституционной структуры для консультации церковей относительно законодательных положений, которые их касаются, церкви самостоятельно должны следить за этим. Христианские и иудейские религиозные организации работают вместе в Межцерковном органе по связям с государством (СЮ). Национальный совет церковей составляют только христианские церкви, он почти идентичен СЮ, но в отличие от него его деятельность направлена на более широкий социальный контекст. Церкви, естественно, могут и действуют самостоятельно.

В Нидерландах достаточно много социальных и культурных институтов в сфере образования, средств массовой коммуникации, охраны здоровья и др., базирующихся на религии. Правительство чувствует себя ответственным за стимулирование деятельности этих учреждений и их соответствие поставленным целям и интересам общества.

Система государственно-церковных отношений в Нидерландах характеризуется отделением церкви и государства. Хотя этот термин определенно не упоминается в Конституции страны, он присутствует в законодательном процессе, административных и судебных решениях.

Отделение церкви и государства не является "строгим отделением", когда субъекты этих отношений не имеют между собой ничего общего. Отделение церкви и государства выглядит на практике как свобода религии и вероисповеданий и нейтральность государства по отношению к ним.

Правительственные чиновники не имеют права принимать какую-либо сторону в религиозных диспутах; правительство не имеет права относиться к организациям, базирующимся на религии, менее благоприятно, чем к "нейтральным" организациям в деле, скажем, общественных субсидий и др.

По Конституции 1983 г. гарантируется свобода исповедовать религию, равно как и не исповедовать религию. Свобода религии может быть ограничена лишь специальным парламентским актом для защиты здоровья граждан, предотвращения массовых беспорядков и т.п.

Конституция гарантирует не только свободу религии, но и свободу действовать в соответствии со своими убеждениями без риска быть ответственными перед законом. Последнее означает, что только национальный законодательный орган компетентен определять конкретные границы выражения религиозной свободы.

Конституция Нидерландов также запрещает дискриминацию на религиозной, мирооззренческой, расовой и другой почве. Она, кроме того, гарантирует свободу религиозного образования.

Правовой статус церковей как юридических лиц отличен от статуса других юридических лиц, таких как ассоциации или фонды. Тогда как гражданский кодекс определяет структуру различных типов юридических лиц, для церковей делается исключение: кодекс лишь указывает, что церкви руководствуются своими собственными уставами

постольку, поскольку это не противоречит закону. Уважая автономию церквей и их организацию, гражданский кодекс также исключает церкви из общих положений, применяемых ко всем типам юридических лиц.

Ни гражданский кодекс, ни другие законодательные документы не дают определения, что такое "церковь". Суды в конкретных случаях формулируют минимальные требования к организациям, претендующим на статус церкви. Системы предварительного признания церкви, системы регистрации церквей не существует. Церкви также могут свободно избирать духовенство без правительственного вмешательства.

Религиозные общины могут организовываться отлично от церкви -- как ассоциации, руководствующиеся гражданским правом, чья деятельность регулируется обычным образом. Нехристианские религии избирают довольно часто именно этот путь.

Закон не делает отличий между религиозными институтами, базирующимися на централизованном, иерархическом организационном принципе и являющимся децентрализованными.

Голландская Конституция гарантирует свободу образования (ст.23). При этом публичное образование предполагает уважение к любой религии; различные образовательные документы обеспечивают уважение к ценностям и традициям разных религий. Целая серия судебных решений в то же время устанавливает, что обучение, носящее нерелигиозный (гуманистический) характер, представляется и субсидируется на тех же условиях, что и религиозное.

Частные школы финансируются государством при условии их соответствия определенным образовательным стандартам. Около 60% начальных школ в стране -- это частные (принадлежащие деноминациям) школы. С конца прошлого века существуют также деноминационные университеты - их создание также обусловлено определенными условиями, а деятельность финансируется государством.

Религия выступает заметным фактором в сфере средств массовой коммуникации. Церкви представлены в теле- и радиозфире. Иногда они работают в этой области вместе с другими церквями, или с телерадиокомпаниями определенной религиозной направленности либо от своего собственного имени. Законодательство определяет, среди прочего, объём вещания и порядок финансирования.

Общей прямой финансовой поддержки церквям со стороны государства не существует. Но различными путями и в различных случаях она предоставляется. Эта поддержка касается специальных форм церковного служения - например в армии или исправительных учреждениях, больницах, домах престарелых. При этом духовное служение рассматривается как неотъемлемая часть всей подобной деятельности.

Непрямая финансовая поддержка предоставляется и в виде освобождения от налогообложения. Пожертвования в пользу церкви, как и в различные благотворительные фонды, исключаются из сумм подлежащих налогообложению.

Следует отметить, что политические, экономические, социальные обстоятельства меняются даже в относительно стабильных обществах, таких как западноевропейские,

меняется и религиозный ландшафт. И даже базовые принципы свободы религии, отделения церкви и государства, нейтральности государства не означают, что их конкретное воплощение на практике застыло в раз и навсегда данных правовых документах - оно может и должно развиваться.

STATE AND CHURCH IN GERMANY

Gerhard Robbers

1. Within Germany there are two Churches which are nearly equal in size and importance. Of the German population of about 80 million, the Catholic Church has about 28.2 million members, while the Evangelical Church has 29.2 million members. The Evangelical Church consists of numerous separate territorially based Landeskirchen, each of these Churches being an independent unit. Together they form the Evangelical Church of Germany. There is also a number of smaller Evangelical Churches that have chosen to stay outside this federation. The Evangelical Churches are either Lutheran or Reformed Churches, some follow a unified confession, shaped in various ways from these two creeds. Islam in Germany has approximately 2.5 million members, mostly foreign workers and their families, but also about 100,000 German nationals. The Jewish communities consist of about 60,000 members. There are also many smaller religions in Germany, some having a long-established tradition in Germany, others having been in Germany for only a short while. Their membership is estimated at about 2 million persons. There is also an estimated 16 million inhabitants of Germany who profess themselves to be without any confession [1]. This stems in part, although not entirely, from the reunification of Germany, as the political system of the former East Germany took a hostile stance towards the Churches.

2. The Basic Law guarantees the freedom of religion in Art. 4. Freedom of faith, of conscience, and freedom of creed, religion or ideology, shall be inviolable. The undisturbed practice of religion is guaranteed. These individual rights guaranteeing the free existence of religion are complemented by and laid out in Art. 140 GG. These norms incorporate Art. 136-139 and 141 of the Weimar Constitution of 11 August 1919 into the Basic Law, so that they are fully ledged constitutional rights. More-over, Art. 7 paras. 2 and 3 of the Basic Law guarantee religious education in the public schools. Numerous other regulations, such as the existence of theological faculties at State universities, are contained within the Constitutions and other laws of the Bundeslander (federal states). Large parts of Church-State relations in Germany are assigned to the competence of the Bundeslander.

The Federal Republic of Germany and its Bundeslander have established many concordats and Church-State treaties with the Churches in Germany [2]. In relation to the Catholic Church, the Reichskonkordat of 1933 is an essential basis which is recognised as a treaty under international law. Church-State treaties with the Evangelical Church and those made with Catholic dioceses are sui generis but are treated as being in a category similar to that of international treaties. Treaties or

agreements also exist with a whole range of other smaller religious congregations. The subject matter of such Church-State treaties include the co-operation between the State and the bishops, the guarantees and arrangements of religious education in public schools, the theological faculties, the military chaplains and the position of the Church in the public sphere, such as the financing of religious parishes.

3. Under the Church-State systems of Europe, Germany takes a middle of the road approach between that of having a State Church and having a strict separation between Church and State. The Basic Law lays down a system under which there is a separation of Church and State while at the same time there is a constitutionally secured form of co-operation between the two institutions. The German State-Church legal basis is therefore structured around three basic principles: neutrality, tolerance, and parity.

Neutrality requires the State not to be identified with a Church; there is to be no Established Church (Art. 137 para. 1 WRV in conjunction with Art. 140 GG).[3] The State is not allowed to have any special inclination to a particular religious congregation or to judge such a congregation's particular merits or ideologies as true. Ideological institutions are to be on equal footing with religious institutions; this deals with congregations which have a humanistic ideology or a position without reference to the question of a God or gods. This has however only minimal social consequences. On the other hand, religious institutions must not be placed in a more disadvantageous position than societal groups; this forbids a decision for State atheism. Neutrality therefore means, more than anything else, non-intervention: the State is not allowed to take decisive action in the affairs of religious communities. This is made particularly clear in Art. 137 Para. 3 WRV: Every religious community regulates and administers its own affairs independently within the framework of the laws that are valid for all. This right of self-determination is valid, regardless of the legal status of the religious congregation,

The principle of tolerance obliges the State not only to be indifferent as between all the different religious views, but also to maintain a sphere of positive tolerance that makes room for the religious needs of society.

Parity, as the last of the principles, means the obligation to treat equally all religious communities, so that through a constitutional differentiation of legal status a sort of graded parity exists that provides an adequate basis for dealing with the various social phenomena. This parity is a specific, group-oriented shaping of the idea of equal treatment that finds its historical roots in the equality of confessions, the result of the religious wars of the 16th and 17th century. These basic principles are also to be seen in the laying out of the freedom of religion according to Art. 4 GG. It is here that one finds the requirement of positive tolerance. Freedom of faith is guaranteed in order to give every individual the right to believe what they want. Included is also the freedom of faith in a negative aspect, that is the right not to have a creed and/or not to belong to a particular religious faith. Religious freedom also guarantees the right to act according to one's beliefs, and to missionarize [4].

Freedom of faith in its meaning as positive tolerance also allows for the possibility of the State offering in public schools the opportunity for an inter-denominational school prayer, so long as participation is a part of the existing social attitude and as such is completely voluntary. The State must make sure that it provides for an atmosphere of tolerance. The State in certain circumstances, in which it has control over a person's surroundings, such as when one is obliged to attend school, is required to provide for the religious needs of those persons put into such a position [5]. This applies equally to the National Defence Force and penal institutions.

Religious institutions may also rely on the freedom of faith, which exists as a collective right.

4. The religious communities with large memberships in Germany, but also a considerable number of the smaller religious communities, have the status of public corporations. Unlike other public corporations, the religious communities with this status are not integrated in the State's structure. They retain their complete autonomy, even as public corporations. Under this legal norm, no particular identification between the Church and State is meant; quite the contrary, as the State's view accepts such a description as a justification for the religious communities being part of public life. Only a few particular rights are associated with this status. Every religious community, upon application to the responsible federal state, will receive the status of a public corporation, when they can prove through their bye-laws and the number of their members that they are indeed a permanent community (art. 13j para. 2,2 WRV, art. 140 GG).

Other religious communities receive their legal capacity as a result of civil law. They will be at the least private registered societies. As a result of the guarantees of the freedom of faith, the peculiarities of a religion must be taken into account; where necessary, the civil law conditions must be adjusted to meet the religious requirements [6].

5. The right to self-determination according to Art. 137 para. 3 WRV in conjunction with Art. 140 GG, can be considered to be the central reference point for the legal and social existence of religious communities in the Federal Republic of Germany. Every religious community independently regulates and administers its own affairs within the boundaries of the laws that are valid for all. Every religious community can then, regardless of its legal status, independently regulate its own affairs. This right of self-determination covers such things as religious dogma and teaching, making official appointments, religious services, the organisation of charitable activities, matters concerning the important parts of the relationship between employer and employees, and data protection.

Not uncontroversial is the meaning and formulation of the limits of the right of self-determination. It exists only within the boundaries of the laws that are valid for all. The Federal Constitutional Court has used the formula whereby a barrier is raised when the law represents a provision of particular importance to the common weal [7].

Important for the understanding of this matter is that the Federal Constitutional Court attributes major importance to the Church's Self-identity: what is meant by the Church's own affairs is determined particularly by how the Church itself views its own affairs, although the competence to

take a final decision on the basis of the Basic Law is still reserved for the State courts. The central relevance of the right of self-determination of a Church must furthermore be taken into account when defining the boundaries of this right.

A Church's right of self-determination is not restricted to a narrowly-drawn field of specifically "ecclesiastical" activities. The idea of freedom of religious practice extends to preserve the right of self-determination in other areas that are also based or founded upon religious objectives, such as the running of hospitals, kindergartens, retirement homes, private schools and universities.

In very substantial ways, the large Churches in Germany provide social services, particularly in the form of the Caritas of the Catholic Church and the Diaconical Works of the Evangelical Church. Without these services, the guarantees of a social State in Art. 20 para. 1, 28 para. 1 GG would be mere empty postulates. All these activities are part of what religious communities and the Church really mean. The right of self-determination therefore is not merely attributed to the Church itself and its legally independent part, but instead it is something common to all institutions which are connected in some way or another with the Church regardless of the legal framing of these links [8].

6. The large Churches in the Federal Republic of Germany operate a rather significant number of private schools. The majority of them are recognised as replacing public schools. This means that they offer an equal standard of education 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 Art. 7 para. 1 GG and is thus under the control of the State; compared to 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. To a considerable extent, the large Churches operate kindergartens for children between about 4 to 7 years of age.

According to Art. 7 para. 3 GG, religious education 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. No teacher is obliged, against his or her will, to teach religious education. The parent or guardian of a child has the right to regulate the participation of their child in religious education; in principle when the child reaches the age of 12 years, the parental decision is not allowed to be in conflict with the child's. Upon reaching 12 years of age, the child may decide for themselves. Religious education, according to the requirements of Art. 7 para. 3 GG, is to be a standard subject in public schools, and it is therefore not permissible to put it into the position of simply a minor or an optional subject. The content of the religious education is to be decided by the confessional teachings of the relevant religion. When a minimal number of students of the same confession is reached, normally between six to eight pupils, the public school is obliged to offer corresponding religious education. Children, parents and religious communities have a constitutional right to such educational services. A question often raised today (without a definite answer) is in relation to the religious instruction for Moslem school children; despite basic standing entitlement to such religious instruction, claims for the service often founder because of the lack of a representative on the part of the Islamic communities.

At numerous public universities there are theological faculties of a specific confession. In a variety of differently fashioned State-Church agreements, the Churches have a more or less determinative influence upon the appointment of professors and in 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 will however still retain his rights and duties as a State official and must be given another position within the university. For the vacant theological professorships, the State is obliged to seek for the necessary replacement.

Moreover, the large Churches also have their own theological faculties. The Catholic Church has its own university in Eichstatt, which also has a significant number of nontheological faculties. There is also a large number of Church-run colleges, that as such offer an education that is more vocationally oriented than that of a university.

It is part of the special position of the Churches that they have in a special way a public mandate. This public mandate is secured by State-Church treaties and has its foundations in the religious freedoms of the Churches. This accordingly allows them to have a say and a right to information in the matters and affairs of public life. On the basis of their public mandate, religious institutions have reserved time-slots 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 indication boards in order to identify and restrain scripts and films that are deemed harmful to young viewers and listener.

7. The large Churches of the Federal Republic of Germany employ together more than 700,000 persons; their important position as an employer is therefore evident.

As public corporations, the large Churches are considered to be entitled to confer public office. This means that they are able to have employees who are considered to be civil servants; reciprocally the Church administrations are structured along the same lines as their State counterpart. The Churches orient their own civil service law along the same lines as the public civil service law, even in respect to salaries and benefits. For priests and ministers, there is in force a separate service law that also copies, so far as possible considering the special context, the public civil service law.

However, for the large majority of the employees in a Church's service, the normal labour laws are in effect. It is nevertheless in many circumstances modified, on the basis of the Church's right of self-determination and its particular religious relationship. Freedom of religion demands that the special conditions which result from the duties of the Churches must be taken into consideration when examining the Churches' labour status.

This is particularly expressed, in that Church employees owe a particular obligation of loyalty to their Church employer. It is the Church itself, which within the constitutional framework of the notion of *ordre public*, good faith and prohibition of arbitrariness, determines the contents of these obligations. The right of self-determination of the religious communities allows the Churches, within the limits of the laws valid for all, to regulate Church work conditions according to their own terms and to make obligatory specific duties of the Church employees. Which basic duties of the Church are important as items of the terms of employment is judged according to the organised Church's own acknowledged standards. In cases of dispute, the labour courts have to respect the standards of the Church in assessing contractual obligation of loyalty, insofar as the Basic Law recognises the right of the Church to regulate the matter internally. It is thus as a rule left up to the organised Church to decide what is required for the credibility of the Church and its teaching, what specific Church duties are, what are essential principles of the faith and morality, and what is to be considered contrary to these norms. In the case of a violation of such an obligation of loyalty by the employee, the public labour courts are finally to rule whether a termination of employment of a Church employee is justified or not [9]. As a result of their religious mandate, Churches have a right to give notice to an employee, when they in their public way of life or in their publicly expressed opinions act contrary to Church teachings. The Federal Constitutional Court ruled that it was constitutional to give notice of termination to a physician employed at a Catholic hospital who had publicly taken a stance against the Church on television and in a magazine concerning the right of women to have an abortion. This decision was reaffirmed by the European Commission of Human Rights [10].

Also in the sphere of collective labour rights, the Churches as a result of the notion of freedom of religion and consequently the right of self-determination, are in a special position. Their structures are not subject to the public co-determination laws [11]. The State is in principle not allowed to intervene with the inner organisational structures and setup of the Churches [12]. The Churches in this area have developed the so-called third way. They understand their vocation, especially in the area of charity, as part of one undivided, religiously-based commitment. This in principle does make it impossible for them to accept a legal structure in labour relations which is based on the idea of a fundamental opposition between employer and employee. The Catholic Church along with most of the Protestant Churches therefore rejects the conclusion of agreements through collective bargaining with labour unions [13]. Within the Church structure there exists no right to strike, just as there is by way of internal Church decision no possibility to lock out employees. The Churches have created their own system of employee's representation and co-determination. It confers, to quite a considerable extent, more extensive rights on their employees than does the public co-determination system.

8. As a result of repeated secularisation of Church property in the past, the Churches in Germany have only a small amount of property. As compensation for the secularisation of 1803, a series of government benefits were to guarantee funds for the Churches. They are guaranteed by Art. 138 para. 1 WRV in conjunction with Art. 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. Also 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 the public duty to contribute to the up-keeping 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 eighty per cent of the entire Church budget, however, is covered by the Church tax; guaranteed by Art. 137 para. 6 WRV in conjunction with Art. 140 GG. On the basis of the civil tax lists, in accordance with the law of the Lander, the religious communities that are public corporations are allowed to levy taxes. The large Churches have made ample use of this opportunity but also smaller religious communities with the status of public corporation have done likewise, such as the Jewish communities.

Only members of the particular Church justified in levying the Church tax are obliged to pay. The Church tax was instituted at the beginning of the 19th century in order to relieve the national budget of its obligations to the Churches, which were based in turn on the secularisation of Church property.

Those desiring to be free of the tax may achieve that result by leaving the Church with civil legal results. The withdrawal from the Church is done by de-registering with the proper State officials and simply means that one has, according to the State classification, officially ended one's membership with the particular Church in question. However, most Evangelical Churches see the withdrawal as a withdrawal from their particular Church as well. The Catholic Church, as a general rule, views the withdrawal as a serious violation of one's obligations to the Church, without bringing one's theological Church membership as such into question. The rate of the Church tax is between eight and nine per cent of one's wage and income tax liability.

Other tax standards may also be used; such is the case with the Jewish communities which have tied in the Church tax to property tax. Although this concept is not a requirement, in most cases, the Church tax, as a result of an arrangement with the State, is collected by the State tax authorities for the larger Churches. For this service, the Churches pay in compensation between three and five per cent of the tax yield to the State. If a Church member refuses to pay the required tax, legal means can be used to collect the tax; the Churches however are not required to pursue legal action in the case of non-payment. In so far as the Church tax is tied into the income tax of employees the employer will directly provide the financial authorities with the Church tax along with the income tax.

In 1992 the combined Church tax provided the two large Churches with about DM 17.1 billion.

A further important source of income for some Church institutions is being part of general public financing systems. Church-run hospitals, which in some part of Germany make up the majority of the available hospital beds, are in this way a part of the publicly-run financing systems for hospitals, that are supported foremost by money paid out by the medical insurance for the number of

beds filled. Further, many Churches receive allocations from the State for activities in the same way as other publicly funded events, it is a part of the idea of State neutrality that Church activities are not to be put in a worse position than that of State funded local athletic clubs.

Churches also receive a certain number of tax exemptions. The Church tax and charitable donations to the Church may be deducted from income tax, as applies equally to donations to non-profit organisations. Churches are also not required to pay certain taxes and duties.

9. 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 conduct religious assistance in hospitals and for prisoners. The religious activities within the police and the military forces are particularly regulated by contracts. The military chaplains are sent from the Churches for a specific time. They are for the time of their service given the status of State officials. Their top superior in matters of their State position is the head of the Federal Defence Ministry. In Church matters they are subordinate to their respective military bishop, who is responsible for his Church, though only in matters of public administration to the Federal Defence Minister.

ENDNOTES

Axel Frhr. von Campenhausen, *Staatskirchenrecht*, 2nd ed., 1983.

Ernst Friesenhahn/Ulrich Scheuner (ed.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2 vols., 1st ed., 1974.

Alexander Hollerbach, "Grundlagen des Staatskirchenrechts", in Josef Isensee/Paul Kirchhof (ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VI, 1989, pp. 471.

Alexander Hollerbach, "Der verfassungsrechtliche Schutz kirchlicher Organisation", *ibid.*, pp. 557.

Alexander Hollerbach, "Freiheit kirchlichen Wirkens", *ibid.*, pp. 595.

Axel Frhr. von Campenhausen, "Religionsfreiheit", *ibid.*, pp. 369.

Alexander Hollerbach, "Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes", in *Archiv für öffentliches Recht* 92 (1967), pp. 99, 106 (1981), pp. 218.

Joseph Listl, "Das Verhältnis von Kirche und Staat in der Bundesrepublik Deutschland", in Joseph Listl/Hubert Müller/Heribert Schmitz (ed.), *Handbuch des katholischen Kirchenrechts*, 1983, pp. 1050.

Joseph Listl (ed.), *Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland*, 2 vols., 1987.

Joseph Listl/Dietrich Pirson, *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2 vols., 2. ed. 1994.

Paul Mikat, "Staat, Kirche und Religionsgemeinschaften", in Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (ed.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. ed. 1994, pp. 1425.

Gerhard Robbers, "Das Verhältnis von Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland", in Gottfried Zieger (ed.), *Die Rechtstellung der Kirchen im geteilten Deutschland*, 1989, pp. 7.

Periodicals :

Archiv des katholischen Kirchenrechts

1. Cf. Statistisches Jahrbuch der Bundesrepublik Deutschland, 1893, p.68, pp. 105, data for 1991/1987.
2. Cf. Joseph Listl (ed), Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland, 2 vols., 1987.
3. Cf. also art. 136 WRV in conjunction with art. 140 GG, art. 4, 33 para. 3 GG.
4. Cf. BVerfGE 32, pp. 98.
5. Cf. BVerfGE 52, pp. 223.
6. Cf. BVerfGE 83, pp. 341.
7. Cf. BVerfGE 42, 312/334; 66,1/20.
8. Cf. BVerfGE 70, 138/162 with further references.
9. Cf. BVerfGE 70, pp.138.
10. Cf. BVerfGE 70, pp. 138; EKMR, 12242/86, decision of 06.09.1989.
11. 18 BetrVerfG; § 1 IV MitbestG.
12. Cf. BVerfGE 53, pp. 366/400.
13. Some Evangelical Landeskirchen (Nordelbien, Berlin-Brandenburg) have instead concluded collective bargaining agreements for their employees.

ГОСУДАРСТВО И ЦЕРКОВЬ В ФЕДЕРАТИВНОЙ РЕСПУБЛИКЕ ГЕРМАНИЯ

Герхард Робберс.

Профессор права
Трирского университета

В Европе, где существуют различные модели государственно-церковных отношений, ФРГ занимает промежуточное положение между моделью государственной церкви и моделью полного отделения церкви от государства. Германская модель базируется на трех главных принципах: нейтральность, толерантность и равенство.

Нейтральность означает, что государство не становится на сторону какой-либо из религий, не выступает в пользу или, наоборот, против какой-либо из них. Государство не идентифицирует себя с какой-либо религией. Это означает также, что государство не вмешивается во внутренние дела церкви.

Толерантность означает не только то, что государство просто толерирует различные религии, но и то, что оно гарантирует удовлетворение религиозных запросов своих граждан.

Равенство означает, что государство применяет одинаковые правила ко всем религиям. В то же время, Конституционный суд в Германии установил, что государство может делать определенные различия по отношению к религиозным организациям, принимая во внимание количество их членов и общественное влияние.

В Германии существует два различных юридических статуса для церквей и религий. Крупнейшие из них, а также ряд немногочисленных -- всего около 15 - имеют специальный статус. Эти религиозные организации должны быть подлинно религиозными, а не коммерческими ассоциациями; обладать достаточно определенной и отличной от других религиозных общин доктриной; число ее членов, денежные доходы организации и структура должны быть вполне достаточными для существования в рамках государственных законов. На практике земли Германии устанавливают ценз в районе 1% от общего количества населения земли и такое количество членов позволяет церкви претендовать на особый статус. (Хотя способ его получения в разных землях имеет определенные отличия).

Немногочисленные по количеству членов религиозные организации не имеют специального статуса.

Все религиозные организации могут организовывать свою внутреннюю жизнь в соответствии со своими собственными предписаниями.

Крупнейшие церкви имеют свои школы, которые получают государственное финансирование таким же образом, как и другие нерелигиозные публичные или частные школы. То же касается и детских садов.

Религиозное образование в школах обязательно. Но родители вправе выбрать взамен уроков религии уроки этики. Если в публичной школе как минимум 6-8 учеников, принадлежащих к определенной религии, они должны быть обеспечены уроками соответствующей религии.

Церкви в ФРГ дают работу более 600 тысячам человек. Крупнейшие церкви имеют собственное трудовое законодательство, которое находится в соответствии с общим трудовым законодательством, но имеет и определенные отличия. Это в частности означает, что работающий в церкви имеет большую ответственность в смысле лояльности к церкви, чем работающий в иных организациях перед своими работодателями.

Финансово церкви не зависят от государства и финансируют себя сами. Церкви, обладающие специальным статусом, имеют право и систему налогообложения. Церковные налоги, в соответствии с контрактами между церквями и государством, собираются налоговыми служащими и составляют от 8 до 9% дохода граждан. Ни одно правительство до сих пор не осмелилось отменить эту систему ввиду большой работы, совершаемой церквями на социальном поприще. Кроме того, церкви получают государственную финансовую поддержку как и другие каритативные учреждения, особенно для детских садов, больниц, школ, военных капелланов и др. Церкви, имеющие особый статус, освобождены также от различных налогов. Для граждан, платящих церковный налог и делающих пожертвования церкви, соответственно уменьшен подоходный налог.

Церкви, которые не имеют специального статуса, имеют почти такие же права относительно налогообложения: пожертвования в их пользу вычитаются из общего дохода донора.

Деятельность церквей в армии, местах лишения свободы, в лечебных учреждениях и т.п., регулируется специальными контрактами с государством.

Германское законодательство не знает особого статуса священнослужителей. Лишь для церквей со специальным статусом делается некоторое исключение: если против их священника или работника возбуждается уголовное дело, соответствующую религиозную организацию ставят в известность.

В отличие от других европейских стран церковь в Германии не является субъектом семейно-брачного права. Браки заключаются в специальных регистрирующих учреждениях.

В каждой земле ФРГ есть департамент министерства по делам культуры, ответственный за отношения между государством и церквями. Новообразованные ассоциации обычно уведомляют о себе это учреждение, что, однако, не обязательно. Руководители этих учреждений со всех земель по меньшей мере раз в год собираются для обсуждения и координации своей работы.

FREEDOM OF RELIGION: THE UNITED STATES MODEL

W. COLE DURHAM, JR.

Professor of Law,
J. Reuben Clark Law School,
Brigham Young University,
Provo, Utah, USA

I. INTRODUCTION

Religious freedom is a congeries. It has a unitary name that suggests it is a unitary right. But in fact It is an interrelated family of claims closely linked to all of the most fundamental human rights and liberties. It protects individuals and groups against unequal treatment and discrimination; it lies at the core of freedom of expression; it often overlaps with the protection of family rights; it protects a particularly vital form of association; and above all, it is linked to the core of human dignity and personality. Moreover, because religion is linked to humanity's deepest community building instincts, and has profound impact on communal structures and values, it must be understood in the deeper context of structuring relations among subcommunities within society and between subcommunities and society as a whole.

Because each of these underlying dimensions of religious liberty Is linked to independently evolving bodies of doctrine in modern legal systems, the understanding of religious freedom is inevitably subject to the gravitational influence of developments in these closely related secular bodies of law.[1] At times, religious freedom becomes a domain in which the prioritization of the competing values of equality, speech, association, dignity, and personal liberty is mediated[2]. Further, because of the significance of the overlapping values, the effort is sometimes made to reduce religious freedom to its secular components [3].

Religious liberty resists such reductionist efforts. It is greater than the sum of its parts. Central to religious freedom is the right of religious modes of life to be accepted and respected on

their own terms, as species of religion, and not to find protection if and only if they comply with secular assessments of what should be protected. It is precisely because religion grasps things that transcend secular perspectives that it is important. Moreover, the great Lockean insight that lies at the core of liberal theories of religious freedom, namely that toleration enhances rather than undermines social stability by winning the gratitude of dissenting groups who are thus respected[4] can only function if groups feel respected when taken as they are on their own terms, not merely because they are sufficiently like some other secular grouping that deserves respect on non-religious grounds.

II. HISTORICAL BACKGROUND

The right to religious freedom has deep historical roots that predate the formation of the United State[5]. Indeed, religious freedom is the oldest of the internationally recognized human rights[6]. It remains true, however, that the First Amendment to the United States Constitution was the first national instrument to enshrine religious freedom in a written constitutional document[7]. As ratified in 1791, the First Amendment provides, "Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof." [8]. Contemporary interpretation of this language often forgets that the original aim of the "non-establishment" portion of this clause was not only to bar the establishment of a national church, but also to keep the federal government from interfering with existing established churches in many of the original states[9]. The example of Virginia, which was influential in leading to the adoption of the federal non-establishment clause, was ultimately followed by all the other states, but it was not until the 1830s that the final state (Massachusetts) terminated its established church.

For the first century and a half of the United States' history, the religion clause was seldom invoked by courts. This is because it was understood solely as a constraint on congressional (i.e., federal) action [10], and most matters that would affect religion remained within the competence of the states. Beginning in 1940, however, the Supreme Court held that the free exercise portion of the religion clause was applicable to the states because it was "incorporated" in the Fourteenth Amendment's prohibition of state action that would deprive persons of liberty without due process of law[11]. In 1947, the Supreme Court held that (the non-establishment clause portion of the religion clause was also applicable to the states via Fourteenth Amendment incorporation[12]. There is some irony in "incorporation" of this clause in light of the clause's original history, since the result of its "incorporation" has been to bar any tendency toward religious establishment at the state level, whereas originally the language was intended to protect such establishments. Nevertheless, incorporation of the non-establishment clause is now well settled[13]. This result is in fact not unreasonable, because in the century between the last state disestablishment and judicial recognition of the incorporation of the non-establishment clause in 1947, the tradition of separation of church and state has become an axiomatic part of the tradition of ordered liberty in the United States.

Significantly, with the exception of a few isolated cases that arose in federal territories governed by Congress,[14] virtually all of the case law of the United States Supreme Court construing the religion clause has been handed down since 1940. Thus, while the United States has the oldest constitutional clause dealing directly with freedom of religion, the interpretation of this constitutional norm is fundamentally a post - World War II development. In this sense, the law of religions freedom in the United States is not appreciably older than the law of religious freedom in many other parts of the world.

III. THE CONTOURS OF RELIGIOUS LIBERTY IN THE UNITED STATES

A. The Outer Limits of Religious Freedom

While the scope of religious freedom is and should be broad, it is not without limits. Thus, there is clear consensus that religiously motivated child sacrifice is not protected by religious freedom rights. But exactly where the outer circle of protection lies is difficult to say. The United States Supreme Court first examined this issue in the context of *Reynolds v. United States*,[15] which arose from a 19th Century prosecution of Mormon believers who engaged in the practice of plural marriage. In *Reynolds*, the Court rejected the claim that religious freedom should negate criminal liability under a federal bigamy statute.

The Reynolds case provides the starting point for analysis of the scope of free exercise of religion, not only because it was the first free exercise case considered by the Supreme Court, but also because it suggests, either explicitly or implicitly, four possible principles for drawing the outer boundary of religious freedom that have ultimately been explored in subsequent case law.

1. Belief-Action Dichotomy

The first possible line of demarcation is suggested by the gloss that subsequent decisions have placed on *Reynolds*. Thus, in *Cantwell v. Connecticut*, the Court cited Reynolds for the notion that the First Amendment protects "freedom to believe and freedom to act," and that the "first is absolute but, in the nature of things, the second cannot be [16]. This so-called 'belief-action' distinction correctly grasps an ontological distinction between inner belief and outer action, but it is wholly unsatisfactory as a test for the outer limits of religious liberty. Otherwise, freedom of religion would constitute only the right to secretly hold beliefs, a right that even totally repressive conditions such as the Gulag do not violate. Subsequent courts have recognized that to be meaningful, freedom of religion must extend beyond the inner realm of conscience to protect outer manifestations of belief [17].

2. The Rule of Law Constraint

A second possible line might be that whatever else religious liberty authorizes, it does not authorize believers to break the law. The worry is that otherwise, every religious community (indeed, possibly every religious believer) would become a law unto itself. This perspective has prestigious supporters (including Locke and Jefferson, among others)[18] and recently won the support of the United States Supreme Court in *Employment Division v. Smith*[19]. It is a view that makes sense in a context in which law embodies general, neutral and stable norms that define the minimum conditions for joint social life in civil society. In such a setting, where law poses minimal constraints on personal liberty, the idea that legislation sets the outer limits of religious freedom appears to coincide with basic rule of law and equality requirements. Allowing religiously based exemptions might appear to set religion above law and the vital constraints it embodies, thereby giving rise to inequality. Historically, the insistence that burdens could be imposed on specific religions only if imposed by neutral, general laws that burdened all religions equally marked significant progress, because it limited the power of sovereigns (and dominant religions) to legislate against non-dominant groups.

The difficulty with this approach is twofold. First, laws in modern societies typically require far more than the moral minimum necessary for joint social life. They impose a vast array of obligations that may make perfect sense with respect to most citizens, but may impose unnecessarily harsh burdens on conscience when imposed on religious believers[20]. Second, we now have too much historical experience with the abilities of majority groups to craft legislation that appears neutral on its face, but in fact burdens only persecuted or lesser known groups. Many of the clearest examples of persecution over the past two centuries have been carried out under color of law [21]. It is far too easy for dominant religious groups to secure passage of seemingly neutral but substantively prejudicial legislation. In short, in defining impermissible encroachments on religious liberty, one cannot be confident that everything that qualifies as a law is automatically consistent with religious freedom. A primary reason for constitutionalizing religious freedom in the United States was to guard against intentional and unwitting majoritarian tyranny in this sensitive domain.

3. Criminal Law

The "rule of law" limitation implicitly recognized in *Reynolds* becomes slightly less problematic if one reads the case as holding that any criminal law overrides religious liberty. Criminal norms tend to correspond more closely to the minimum set of expectations required for joint social life, and criminalization generally signals intensified societal opposition to the behavior in question. Nevertheless, problems remain. First, it is as easy to adopt a formally neutral but substantively prejudicial criminal law as any other type of law. Second, in an age of proliferating regulatory offenses, it is all too easy to pass legislation that unintentionally burdens smaller religious groups. Third, this criterion goes too far in that there may be areas where societal interests are

sufficiently compelling to override religious liberty claims even though the conduct in question has not been criminalized (and for policy reasons, may not be criminalized).

4. Restricting the Permissible Set of Policies that May Override Religious Liberty

A fourth possible reading of *Reynolds* is that religious freedom cannot be used to circumvent laws designed to protect public morals. This is typical of a more general approach to delineating the outer limits of religious freedom by identifying a limited range of public policy concerns that justify overriding religious liberty[22]. In the United States, such policy concerns have been worked out in the context of an extensive body of case law. In addition to the public morals issues cited in *Reynolds*, such policy concerns include public health[23], public safety,[24] avoidance of fraud,[25] maintenance of military discipline,[28] and the government's right to govern its own internal affairs,[27] among others.

Even restricting the permissible range of public policies that can be allowed to burden religious practices, however, is not sufficient to provide full protection for religious liberty. With respect to the protection of morality, for example, it is not clear in a pluralistic society exactly whose morality it is that should be enforced. Enforcing the morality of a dominant religion may be unfair to minority groups or to non-believers, at least to the extent such morality is not part of the minimum standards necessary for social cohesion. More generally, the typical "limited policies" for identifying permissible constraints on religious liberty are in fact so broad that one or another of them can be used to justify virtually any imaginable constraint on religious freedom.

5. Fundamental Social Commitments

The final potential boundary identified by *Reynolds* links permissible limitations on religious liberty to constraints necessary to protect fundamental commitments of a society. In the words of the *Reynolds* Court, religious freedom claims that run counter to the "most important feature[s] of social life"[28] cannot be sustained. This notion remains vague, and necessary subject to further articulation on a case-by-case basis, but particularly to the extent that it goes beyond the other possible descriptions of the outer limits of religious freedom in allowing infringements only in the most exceptional circumstances, this appears to be a sound principle. In the United States, this basic idea has been articulated in terms of a "compelling state interest test" that subjects any action encroaching on religious liberty to strict scrutiny.

B. The Emergence of Maximalist Free Exercise Protection

This last line of analysis has emerged as the dominant one in the United States. The Supreme Court has elaborated this line in a series of cases commencing in the 1960's. In *Sherbert u.*

Verner,[29] the Court held that a state policy that denied unemployment benefits to an individual who declined work because her religious beliefs prevented her from taking Saturday work violated the free exercise clause. The Court found that the state had not shown that an exemption for Sabbatarians would prevent the state from paying unemployment compensation only to those who were involuntarily out work. Accordingly, in the absence of a compelling state interest that could not be satisfied by placing a lesser burden on religion, the state policy could not withstand scrutiny under the free exercise clause.

Except where religious practices leading to unemployment violate criminal norms,[30] the Supreme Court has consistently held that unemployment regulations infringe free exercise rights when they force an employee to choose between accepting work and obeying religious convictions that prohibit such work. This is true even where the religious beliefs asserted by the individual are more strict than those held by other members of his or her faith,[31] and even where they do not derive from the claimant's being a member of an organized religion or church.[32]

The strict scrutiny approach to infringement of free exercise received even stronger endorsement in 1972 in *Wisconsin v. Yoder*. [33] In that case, Amish parents were convicted of minor criminal offences for refusal to send their children to public schools after the eighth grade. They demonstrated at trial that this conduct was religiously based and that they provided an alternative form of agrarian education that adequately prepared their children for the traditional agricultural lifestyle of the Amish community. The Court held that while the state's interest in training an educated citizenry was compelling, refusal to grant an exemption for the Amish was violative of free exercise requirements, since the state could not show that granting an exemption would violate an interest "of the highest order" that could be served in no other way.

As articulated in *Yoder*, the test for permissible state encroachment on religious freedom must thus meet two requirements: (1) there must be a "compelling state interest" in the governmental action in question, and (2) the state action must be the least restrictive or burdensome means of attaining the compelling objective. While judicial analysis often tends to focus on whether there is a compelling state interest, and balancing it against the religious freedom claim, the "least restrictive alternative" requirement may be even more significant as a practical matter. Determining whether a particular interest is "compelling" or not is an inherently subjective, as is the process of balancing this interest against religious claims. On the other hand, if the religious claimant can point to a practical way that the government can substantially achieve its objectives in a manner that is less problematic for the religious claimant, there would appear to be no reason in a genuinely free society why the government should not cooperate and pursue the less burdensome course.

In 1993, the strict scrutiny approach received its strongest endorsement yet, albeit in the limited context of legislation manifesting an intent to interfere with the practices of a particular religion. In *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, [34] the Court held that municipal

ordinances banning ritual sacrifice of chickens, pigeons, and other small animals by adherents of the Santeria religion violated the free exercise clause. While the ordinances did not expressly single out any group, they were carefully drafted so that virtually the only animal killings banned were ritual sacrifices by the Santerians. The Court held that government action that affects religion will be subjected to the "most rigorous of scrutiny" unless the government action is both "neutral" and of "general applicability". In the Hialeah case, the ordinances were transparently aimed at disfavoring practices of a particular religious group, and they were so underinclusive in their coverage that they could not fairly be characterized as having general applicability.

C. Erosion of Free Exercise Protections

During the 1980's, the Supreme Court began to chip away at the full scope of religious freedom afforded by the constitutional test that emerged in *Yoder*. This erosion took various forms. In some cases, the Court appeared to assign excessive weight to the governmental interest at stake, or to characterize the governmental interest in a manner that would make it virtually inevitable that the governmental interest would outweigh the opposing individual interest.[35] Thus, in *United States v. Lee*,[36] the Court rejected a claim that an Amish farmer was constitutionally exempt from paying social security taxes, despite his religiously based objections to contributing to the social security fund. Reasoning that "mandatory participation is indispensable to the fiscal vitality of the social security system" and that individualized exemptions reflecting all manner of religious beliefs would be difficult to administer, the Court held that the government's interest in assuring mandatory and continuous participation in the social security system, and more generally in assuring the soundness of the system, outweighed the Amish farmer's claim to an exemption. Similarly, in *Goldman v. Weinberger*,[37] the Court held that an Orthodox Jew's right to wear a yarmulke while on duty was outweighed by the military's perceived need to maintain uniformity of dress[38].

In other cases, the Court, applied a lower standard of review than that required by classic strict scrutiny doctrine. Thus, in *Bowen v. Roy*,[39] where Native American parents were denied food stamps and welfare because their religious beliefs led them to avoid obtaining a social security number, a plurality of the Court appeared to conclude that *Yoder*-style strict scrutiny could be supplanted by "rational basis" deference to government action where religious conduct was being burdened not by an outright prohibition but by conditioning the benefit on compliance with a governmental requirement.

The most distressing decision in this series was *Employment Division v. Smith*. [40]. That case involved the denial of employment benefits to two Native Americans who were dismissed from their positions in a drug rehabilitation clinic because they used peyote, a non-recreational psychedelic drug that has been used for centuries in the ritual of the Native American Church.[41]. In that case, the Supreme Court rejected the compelling state interest test, holding that free exercise rights did not suffice by themselves to invalidate neutral, general laws. The Court distinguished prior cases that had applied the compelling state interest test on the ground that they were "hybrid cases,"

involving not only religious freedom, but some other fundamental freedom (speech or family rights) as well.

In effect, the decision was a throwback to Eighteenth Century conceptions of freedom of religion that assumed that a rule of law constraint would suffice to assure full protection to religious freedom. Moreover, it posed severe practical problems, particularly at lower echelons of government. Many of the most vexing religious freedom infractions occur when a lower level bureaucrat is vested with discretion that can obstruct or otherwise burden religious activity. Under strict scrutiny analysis, a religious freedom claimant confronted with such bureaucratic hassles can talk to the bureaucrat and work out an appropriate solution, knowing that if the bureaucrat refuses to cooperate, it will be possible to pursue a valid free exercise claim. After *Smith*, the bureaucrat can simply take the position that he or she is enforcing a "neutral, general law". There is no effective pressure to lead to cooperative solutions to governmental burdens on religion.

D. The Religious Freedom Restoration Act

The *Smith* decision evoked not only intensive scholarly criticism^[42] but also intense political reaction from a wide variety of religious and human rights organisations. Moreover, state supreme courts rejected the *Smith* result by invoking state constitutional provisions to revivify heightened protection for religious liberty.^[43] (While state courts cannot provide a lower level of protection of constitutional rights than that specified by the federal Supreme Court, they are free to provide higher levels of protection.) Within a relatively short time after *Smith* was handed down, a broad-based coalition was formed to secure passage of the Religious Freedom Restoration Act ("RFRA"). This Act was designed to restore heightened protection to religious freedom as a matter of federal legislation by reinstating the compelling state interest and least restrictive alternative tests. The act also provides for recovery of attorney's fees for individuals who prevail on RFRA claims. RFRA was stalled in Congress for some time because of Catholic worries that it might result in the expansion of rights to abortions. Pro-choice groups in the preceding years had begun arguing that the abortion choice was a matter of conscience and was thus entitled to religious freedom protection. Ultimately, however, when it became clear that the Supreme Court was not going to reverse its abortion jurisprudence, Catholic opposition was dropped. The legislation was signed into law on November 16, 1993^[44]. In the aftermath of *Smith*, religious freedom claims in the United States are henceforth likely to arise either under RFRA or under state constitutional provisions. Supreme Court decisions which might have narrowed the scope of this freedom were met with immediate and widespread opposition, resulting in the swift passage of remedial legislation in the form of RFRA and the reaffirmation of a standard for protection of religious liberty higher than what the Supreme Court thought the Constitution itself required. The breadth and intensity of consensus on RFRA demonstrates the vitality of religious liberty as an effective norm in the United States.

E. The Ban on Establishment of Religion

In describing the United States approach to religious freedom, the focus thus far has been on free exercise of religion since it is this dimension of constitutional law in the United States that corresponds most closely to emerging international norms. As will become even more clear in what follows, United States practice provides extremely broad and effective protection of free exercise. Most constitutions in the world have the equivalent of a free exercise clause; relatively few insist on non-establishment with the rigor of constitutional law in the United States. Before proceeding to analysis of specific issues, it is thus vital to add at least a few remarks on the non-establishment principle.

The non-establishment principle is a distinctive and fundamental feature of religious freedom in the United States. Indeed, typical accounts of the U.S. scheme devote as much if not more attention to non-establishment than to free exercise. Significantly more establishment clause cases have reached the Supreme Court, than free exercise cases. It is important to understand, however, that this emphasis on separation of church and state is not motivated (at least not primarily) by anti-clerical impulses or by aversion to organized religion. From the beginning, the objective of the establishment clause has been to protect religious freedom by limiting the authority and power of the state to become involved in religious affairs. By preventing institutional linkages between church and state, the non-establishment principle avoids dangers that religion will be corrupted by seeking and invoking state influence, and simultaneously avoids prejudicing minority religions by making it impossible to privilege religious majorities. The aim is to foster a vibrant, private sector in which religious communities can flourish on a voluntaristic basis without the distortions that flow from governmental involvement or support[45]. In this regard, U.S.-style separation of church and state appears to have been extremely successful. It is a well-attested sociological fact that as compared with other modern societies, the United States has an unparalleled level of religious engagement among its citizens, including its elites.[46].

In practice, the establishment clause requires that religious life must be self-reliant. Most obviously, neither the state nor the federal government may establish an official church. States may make legal structures such as corporate form available for religious organizations to use in managing their worldly affairs but this may not be used to endorse or privilege any particular religious group. The state may not prefer one religion over another, nor may it prefer religion over irreligion.[47] No direct aid may flow from the state to any religious organization. Programs designed to benefit the general public that incidentally benefit religion are permissible,[48] as are some indirect benefits such as tax exemption schemes. [49] However, exemption schemes appear to be permissible only if they are available to a broad range of comparable organizations.[50]

The Court has also been concerned to proscribe state action that endorses particular religious beliefs. Thus, the Court has struck down a statute which proscribed teaching evolution in the public

schools, [51] as well as a more refined provision that required that balanced treatment be provided to biblical and evolutionary theories of the creation of life. [52] At the same time, the Court has recognized that the mere fact that legal norms coincide with or mirror religious beliefs is not in itself grounds for invalidation.[53] If this were not the case, laws proscribing murder and theft would arguably be invalid because they have religious roots. More problematically, if religious advocacy were sufficient to generate establishment clause violations, the result would be that religious groups would be prevented from expressing their political ideas. An interpretation of the First Amendment that would muzzle religious speakers (and religious speakers alone) in the marketplace of ideas would mark a clear perversion of fundamental freedom of expression values.

In *Lemon v. Kurtzman*, [54] the Supreme Court distilled the requirements of its religion clause jurisprudence into a three-part test. Under the *Lemon* test, state action is permissible under the establishment clause only if (1) it has a secular purpose, (2) its primary effect neither advances nor inhibits religion, and (3) it does not foster excessive entanglement of government and religion. Over the years, this test has yielded a tangled web of inconsistent, and often unsatisfactory results. At a number of points over the last fifteen years the Supreme Court has intimated interest in revising this test. Thus, in *Marsh v. Chambers*,[55] the Supreme Court sustained the practice of prayer before legislative bodies without invoking the *Lemon* test, relying instead on evidence that legislative prayer had deep historical roots going back to the very session of Congress which adopted the first amendment. Justice O'Connor has developed an endorsement test (i.e., state action constitutes an impermissible establishment if, from the standpoint of an objective observer, it "endorses" religion). This test has won the support of a majority of the justices of the Supreme Court,[56] but has not supplanted the *Lemon* test. In general, it is clear that the Supreme Court's aim is to promote a regime of state neutrality toward religion, but neutrality remains a rather loose and amorphous ideal.

Each of these tests aspires to articulate the central ideal of state neutrality toward religion. The Court has repeatedly emphasized that a "benevolent neutrality" is intended.[57] Some interpretations of the establishment clause are highly formalistic: any divergence from a religion blind state posture is thought to be impermissible.[58] Professor Douglas Laycock has argued for a "substantive neutrality" approach, which would permit religious factors to be taken into account in shaping state action, but would demand substantive fairness of treatment of differing religious groups. Still another approach is to emphasize that religion should not be imposed on others using state mechanisms.[59] Some of the major advocacy groups, such as the American Civil Liberties Union, the American Jewish Congress, and Americans United for Separation of Church and State, press for a sharply separationist approach.

The focal point in all off the foregoing debates is the extent to which the state can accommodate religious practices. The stricter separationists tend to view virtually any form of accommodation of religion, except those that are required by the free exercise clause as an impermissible establishment of religion. The difficulty is that with the growth of the affirmative,

regulatory state since the Great Depression, state action or Influence is increasingly pervasive. Wooden interpretations of church-state separation that find violations of the establishment clause in any overlap of religion and state action, or in efforts to exempt religion from otherwise applicable regulations, have the effect of confining religion in an ever narrower portion of social space. The heightened density of state Influence in social life thus appears to support the argument for a more accommodationist approach to establishment clause interpretation. If this adjustment in the interpretation of the establishment clause is not made, religious freedom is progressively narrowed as a result of the sheer proliferation of state activity.

IV. SPECIFIC ISSUES REGARDING THE SCOPE OF RELIGIOUS FREEDOM

In the international setting, the scope of religious freedom is being worked out in increasing detail as a result of widespread recognition and ratification of international and regional human rights instruments [60] and processes [61]. For the most part, statutes and case law in the United States have resulted in protection of religious liberty that fully complies with and often goes beyond practice in other countries in providing maximal religious freedom for individuals and religious organizations.

A. Protection of Parental Rights to Transmit Their Religious Beliefs to Their Children

Although the U.S. Constitution contains no express provision regarding the right of parents to direct the religious upbringing of their children, there has never been any doubt about the existence of this right. Already in the 1920's, the Supreme Court recognized that the right of parents to direct their children's upbringing was inherent in the liberty protected by the due process clause of the Fourteenth Amendment. This was made clear in cases protecting the right to obtain training in foreign languages and the right to attend parochial schools[62]. Recent issues in this area include the extent to which Christian schools are obligated to comply with secular teacher certification and accreditation requirements. For the most part, in view of the state's compelling interest in education, such regulations have been sustained[63]. A related question is whether voucher plans that would allow parents to elect where to spend public educational dollars on their children (e.g., in public or private schools) violate the establishment clause. As yet, no major voucher programs have been adopted that would provide the basis for a judicial test. A slightly different problem is whether religious parents can object to curriculum materials on grounds that they violate religious sensitivities. While some statutes and cases protect the right to object to such offensive material on religious grounds, the scope of such rights remains unclear.

Child custody disputes pose the problem of parental religious rights in a particularly difficult context [64]. If the parties to a marriage have different religious beliefs, the law simply leaves them to work out differences on their own. If a mixed marriage breaks down, the issues grow more complex. American courts are extremely reluctant to base decisions on religious considerations, but

sometimes custody situations force them to make choices that are likely to affect religious upbringing of the child. The tendency appears to be to make such judgments in light of the best interests of the child, avoiding consideration of religious issues as much as possible.

B. Religious Education

The right for parents, churches or others to provide religious instruction for children, adults, and for training clergy is constitutionally protected. Because of the establishment clause, however, the role of the state in providing or facilitating such education is sharply limited. Religious instruction at the primary or secondary level on public school premises has been held violative of the establishment clause, even if the teachers are privately employed[65]. However, such religious instruction can be permitted on a released time basis (i.e., by releasing students during the school day to attend such classes), so long as the instruction is not held on public school premises.[66]

The Supreme Court has struck down the practice of having prayer exercises[67] or Bible reading [68] as part of the normal curriculum, although a suitably objective "Bible as literature" course would be permissible.[69] The Supreme Court has indicated that an appropriately structured "moment of silence" program might pass constitutional muster where there is not an obvious motivation to circumvent the ban on school prayer.[70] The Court has also held that prayer at secondary school graduation exercises is unconstitutional,[71] but has subsequently let stand a student-initiated voluntary graduation prayer.

Greater flexibility is allowed on public university campuses, in large part because university students are thought to be less impressionable.[72] Even in the university setting, however, the state may not directly fund buildings designed to be used for religious purposes, and funding a theological seminary designed to train individuals for the ministry would be problematic. [73]

C. Rights to Religious Autonomy and Self-Determination

The right to freedom of religion can be asserted both by individuals and by groups.[74] This right is the basis for a broad right to autonomy and self-determination for religious groups. Religious groups are afforded broad latitude in selection of both ecclesiastical and other personnel.[75] The Supreme Court exempted parochial schools from the jurisdiction of the National Labor Relations Board,[76] but unionization of religious institutions less centrally involved in the teaching mission of a church has been allowed.

Religious organizations are free to acquire and hold real property, so long as they do this with their own resources. For the most part, they have been held subject to land use and zoning regulations, in part because they do not have religiously based reasons for objecting. Such regulations are often insufficiently sensitive to religious freedom requirements [77]. Historic

landmarking processes can also be problematic for religious organizations. Church buildings are among the most obvious structures to be listed as historic landmarks, but in a country where no state aid for religion is permitted, this can work a significant hardship on churches. A church's population center may have moved, or it may prefer to tear down the historical structure and replace it with a different kind structure that can be used more effectively for the organization's religious purposes. Such statutes have been struck down in some cases, on the ground that they constitute the kind of specific targeting of religion subjected to strict scrutiny even under the *Smith* decision [78].

A surprisingly high percentage of church-state litigation in the United States involves disputes over church property. The typical situation involves a schism in a local church congregation. United States case law makes it clear that courts cannot intervene in such disputes on the basis of religious doctrines. Thus, the Supreme Court has invalidated an older line of cases that resolved such disputes on the basis of which of the schismatic groups had "departed from doctrine." [79]. A court may defer to internal church decision mechanisms. This is particularly likely to be helpful in hierarchical churches that have developed canon law or other such rules that determine who should decide such issues. Alternatively, courts may decide in accordance with "neutral principles of law" [80]. That is, courts may apply standard principles of interpreting legal instruments, so long as there is no reliance on matters of doctrine. Both rules are really designed to protect religious autonomy. The latter gives some considerable advantage to larger churches that have the resources to create legal documents that clearly evidence who controls the church property in the event of a schism or other difficulty [81].

Church autonomy is also protected through the legal structures available for churches to use in organizing their affairs. In most states, private parties can simply set up a trust to hold church property. This avoids the difficulties of passing title if the church exists simply as an unincorporated association. Significantly, no state review of any kind is necessary for setting up the trust vehicle, though it may be necessary to turn to the courts to enforce a trust. Increasingly, religious organizations use corporations to structure their affairs. The precise nature of the statutes under which incorporation proceeds varies from state to state.

The picture is actually fairly complex, but it is fair to say that there are three basic types of laws available for religious organizations. The first exemplified by New York, is to provide separate statutes for different faith traditions, taking into account unique structural features of the denomination in question. Under this scheme, there is a general incorporation statute that may be invoked by religious organizations who have not arranged to procure a distinctive organizational statute. Nothing obligates a religious organization set up under specially tailored statutes to remain organized under that statute. The second basic pattern is simply to provide a single statute that can be used by all not-for-profit organizations. The third pattern, exemplified by California and the Model Nonprofit Corporation Act, is to provide distinctive (and more favourable) treatment for religious corporations. This pattern reflects growing experience that religious corporations need, and due to

freedom of religion principles, deserve more latitude in organizing their affairs. In contrast to many registration schemes in other parts of the world, the process of attaining entity status under any of these schemes is very easy, and involves only minimal state review. To the extent there are concerns with individuals abusing the corporate form or taking unfair advantage of tax exempt status or other advantageous treatment, these issues are reviewed at a later point by tax or other appropriate authorities. The incorporation process itself is not used as a regulatory device and is never used to obstruct religious activity. Governmental commissions that would play an advisory or regulatory role in determining which religions should be entitled to obtain registration do not exist and would undoubtedly be regarded with deep constitutional suspicion.

D. The Right to Disseminate Religious Beliefs

The right of religious organization to disseminate their beliefs, both to their own members and to others, is clearly protected. Many of the landmark cases involve the right of Jehovah's Witnesses or other unpopular groups to engage in proselyting activities without bureaucratic hassles.[82] As with other free speech rights, some constraints on the time, place or manner of disseminating beliefs may be imposed, so long as the regulations are content neutral and are not designed indirectly to obstruct dissemination efforts.

E. Conscientious Objection

The dilemmas of conscientious objection to military service have moved into the background for the present, since the United States military currently consists entirely of volunteers. During periods of conscription, a substantial body of case law emerged. The Court has never squarely decided whether the free exercise clause requires creating exemptions for conscientious objectors. Draft laws have typically provided exemptions at least for those who object to all wars. In 1965, the Court interpreted the draft law to provide that non-theistic beliefs could serve as the basis for conscientious objection, so long as the beliefs were sincerely held and "occupied a place in the life of its possessor parallel to that filled by the orthodox belief in God of one who clearly qualifies for the exemption." [83] In *Welsh v. United States*, [84] the Supreme Court, held that this right to conscientious objection extended to moral views, so long as they were "deeply held" and were not based "solely upon considerations of policy, pragmatism, or expediency." [85] The Supreme Court drew the line, however, at claims of "selective conscientious objection", holding that it was permissible for Congress to grant exemption to those who conscientiously objected to all wars, without thereby being forced to extend such exempt status to individuals who objected only to particular wars. [86] Conscientious objectors were typically required under draft laws to perform alternative service, and Congress was not required to extend to them the benefits it extends to other veterans.

The notion of conscientious objection applies in other contexts besides the military. Many jurisdictions, for example, have provisions that exempt doctors, nurses and other medical personnel

from participating in medical procedures such as abortion to which they object on conscientious grounds[87]. Also, as noted above, some jurisdictions provide protection for conscientious objection to curriculum materials in public school settings.

F. Freedom of Religion and Foreign Religious Ties

In the contemporary world, few religious communities have members located within a single country. Thus, the right to interact and assemble with co-religionists both within the United States and abroad is extremely important. This is particularly true for hierarchical religions which, as a matter of religious doctrine, can only transmit religious authority through ordination or otherwise by direct contact with the individuals to be ordained. But it is true more generally for most religions that transitional training, education, and fellowship are vital. In this regard, there are no significant constraints on U.S. residents travelling to foreign countries for religious purposes. Because of the risk that religious relationships may be used as a means of circumventing normal immigration rules, there are some constraints on the extent to which individuals may enter the country for religious purposes. But in no case are the individuals excluded purely for religious reasons.

V. CONCLUSION

The United States approach to religious freedom is an outgrowth of the pluralism of the American experience. Broad protection is afforded for the free exercise of religion, and particularly since the adoption of the Religious Freedom Restoration Act, it is clear that only compelling state interests that can be achieved in no less burdensome manner can succeed in justifying the infringement of religious freedom. There is strong protection as well for the rights to autonomy and self-determination of religious groups. The United States experience has been that affording genuine respect for all religious groups, so long as they stay within the realm of permissible activities delineated by the strict scrutiny test, is a powerful stabilizing force for society. In an increasingly pluralistic world, where all religious groups are in minority situations in at least some places, everyone has a stake in making certain that the oldest of the internationally recognized human rights is effectively extended to all.

ENDNOTES

This essay has previously been published in the Supplement to Volume 42 of the American Journal of Comparative Law, pp. 617-637 (1994), and is republished here with permission from the author.

1. For example, religion cases often involve free speech values. *See, e.g.*, *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940) (protecting proselyting efforts by a Jehovah's Witness); *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943) (religiously motivated refusal to salute the flag protected on free speech grounds). Justice Scalia went so far as to suggest that in many cases, religious freedom is a hybrid right that deserves heightened protection only when coupled with another fundamental value such as speech or privacy. *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, 881 (1990). In the employment discrimination area, while Title VII of the Civil Rights

Act allows religious organizations to prefer their own members in carrying out their religious activities (Sect. 702, 42 U.S.C. 2000 e-1), cases dealing with religious employment discrimination are heavily influenced by cases dealing with other forms of job discrimination. *See, e.g.*, *EEOC v. Mississippi College*, 626 F.2d 477 (5th Cir. 1980), *cert. denied*, 543 U.S. 912 (1981); *EEOC v. Pacific Press Publishing Ass'n*, 676 F.2d 1272 (9th Cir. 1982); *EEOC v. Fremont Christian School*, 781 F.2d 1362 (9th Cir. 1986); *EEOC v. Southwestern Baptist Theological Seminary*, 651 F.2d 277 (5th Cir. 1981); *see generally* Laycock, *Towards a General Theory of the Religion Clauses: The Case of Church Labor Relations and the Right to Church Autonomy*, 81 *Colum. L. Rev.* 1373 (1981). In general, government bureaucrats often fail to draw sufficiently sensitive distinctions between religious and other forms of activity subject to state regulation.

2. *See, e.g.*, *Bob Jones University v. United States*, 461 U.S. 574 (1983) (equalitarian emphasis on avoiding racial discrimination ranked ahead of religious freedom values in context of education).

3. Marshall, "Solving the Free Exercise Dilemma: Free Exercise," 67 *Minn. L. Rev.* 545 (1983).

4. Locke recognized that

If that church which agrees in religion with the prince be esteemed the chief support of any civil government, and that for no other reason (as has already been shown) than because the prince is kind and the laws are favorable to it, *how much greater will be the security of government where all good subjects, of whatsoever church they be, without any distinction upon account of religion, enjoying the same favor of the prince and the same benefit of the laws, shall become the common support and guard of it* and where none will have any occasion to fear the severity of the laws but those that do injuries to their neighbors and offend against the civil peace?

John Locke, *A Letter Concerning Toleration* 55 (first published in 1689, cited edition: 2d ed. 1955)(emphasis added).

5. For general background and further bibliography. *see* Thomas J. Curry, *The First Freedoms: Church and State in America to the Passage of the First Amendment* (1986). For a valuable brief summary of the law of religious freedom in the United States since adoption of the First Amendment, *see* Laycock, "A Survey of Religious Liberty In the United States," 47 *Ohio St. L. J.* 409 (1986).

6. The right to religious liberty was afforded international protection at least as early as the Peace of Westphalia in 1648.

7. Other early documents in the history of religious freedom include the Virginia Bill of Rights of 1776, Sec.16; Austrian Act on Religious Tolerance of 1781; Virginia Bill Establishing Religious Freedom of January 1, 1786; Prussian Edict on Religion of 1788; *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, part 11, titel 11, Secs. 1-4.

8. U.S. Const. amend I.

9. *See* Daniel L. Dreisbach, *Real Threat and Mere Shadow: Religious Liberty and the First Amendment* 69-77 (1987); Kruse, "The Historical Meaning and Judicial Construction of the First Amendment," 2 *Washburn L. J.* 65 (1962); Lietzau, "Rediscovering the Establishment Clause: Federalism and the Rollback of Incorporation," 39 *DePaul L. Rev.* 1191 (1990).

10. *See* *Barron v. The Mayor and City Council of Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833).

11. *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

12. *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

13. *See, e.g.*, *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985).

14. The most notable of these are the cases involving federal persecution of Mormons and the Mormon Church prior to admission of Utah to statehood. *See, e.g.*, *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878); *Davis v. Beason*, 133 U.S. 333 (1890); *v. United States v. The Late Corporation of the Church of Jesus Christ of Latter-day Saints*, 136 U.S. 1 (1890).

15. 98 U.S. 145 (1878).

16. *Id.* at 310 U.S. 296, 303-04 (1940).

17. *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).
18. See "The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion", 103 Harv. L. Rev. 1409, 1433-35, 1449-53 (1990).
19. 494 U.S. 872 (1990). *Smith* is discussed in more detail in the text accompanying nn. 40-43, *infra*.
20. For example, drivers' license requirements may require a photograph of the driver but imposing this requirement on someone who believes this may violate a divine interdiction of graven images seems inappropriate. See *Quaring v. Peterson*, 728 F.2d 1121 (8th Cir. 1984), *aff'd sub nom. Quaring v. Jensen*, 472 U.S. 478 (1985).
21. See Laycock, "Summary and Synthesis: The Crisis in Religious Liberty," 60 Geo. Wash. L. Rev. 841, 848-53 (1992).
22. See, e.g., International Covenant on Civil and Political Rights, art. 18, G.A. res. 2200A (XXI), December 16, 1966, 21 U.N. GAOR Supp. (No.16) at 2, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entered into force March 23, 1976.
23. *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905) (vaccination).
24. See *McDaniel v. Paty*, 435 U.S. 618, 634 (1978) (snake handling).
25. See *United States v. Ballard*, 322 U.S. 78 (1944) (fraud).
26. *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986).
27. *Bowen v. Roy*, 476 U.S. 693 (1986); *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Ass'n*, 485 U.S. 439 (1988).
28. 98 U.S. at 165.
29. 374 U.S. 398 (1963).
30. See discussion of *Smith* case at nn. 40-43 *infra*.
31. *Thomas v. Review Bd. of the Indiana Empl. Sec. Div.*, 450 U.S. 707 (1981).
32. *Frazee v. Illinois Dep't of Emp. Security*, 489 U.S. 829 (1989).
33. 406 U.S. 205 (1972).
34. 113 S.Ct. 2217 (1993).
35. Pepper, "Reynolds, Yoder, and Beyond; Alternatives for the Free Exercise Clause", 1981 Utah L. Rev. 309.
36. 455 U.S. 252 (1982).
37. 475 U.S. 503 (1986).
38. Congress ultimately rejected the Supreme Court's judgment on this issue by passing legislation protecting the right of military personnel to wear religiously mandated clothing.
39. 476 U.S. 693 (1986).
40. 494 U.S. 872 (1990).
41. Laycock "Free Exercise and the Religious Freedom Restoration Act," 62 Fordham L. Rev. 883, 890 (1994).
42. See, e.g., Laycock, "The Remnants of Free Exercise," 1990 S. Ct. Rev. 1; McConnell, "Free Exercise Revisionism and the *Smith* Decision," 57 U. Chi. L. Rev. 1119, 1124 (1990); Durham & Dushku, "Traditionalism, Secularism, and the Transformative Dimensions of Religious Institutions," 1993 B.Y.U. L. Rev. 421, 446-455.
43. Carmella, "State Constitutional Protection of Religious Exercise: An Emerging Post-*Smith* Jurisprudence," 1993 B.Y.U. L. Rev. 275 (1993).
44. Pub. L. 103-141 (1993).
45. See Glendon and Yanes, "Structural Free Exercise," 90 Mich. L. Rev. 477 (1991).
46. See, e.g., Robert Wuthnow, *The Restructuring of American religion* 17 (1988).
47. This is not an altogether uncontroversial point. A number of scholars have argued that the establishment clause was merely intended to prevent unequal treatment among religious groups, but that the constitutional framers assumed that religion was necessary as a basis for society, and the state could prefer religion over irreligion. Recent scholarship indicates that in fact, the framers were

already sensitive to problems of discriminating against those without religious beliefs. *See* Laycock, "Nonpreferentialism: A False Claim About Original Intent," 27 *Wm. & Mary L. Rev.* 875 (1986). In any event, case law is now solidly on the side of the proposition that any privileging of religion is impermissible. *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947); *Abington School District v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963)(Goldberg, J., concurring).

48. *See, e.g.*, *Everaon v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947) (sustaining bus transportation made available to those attending both religious and public schools).

49. *Walz v. Tax Commission*, 397 U.S. 664 (1970).

50. In *Texas Monthly v. Bullock*, 489 U.S. 1 (1989), the Supreme Court invalidated a state sales tax exemption scheme that applied solely to religious publications.

51. *Epperson v. Arkansas*, 393 U.S. 97 (1968).

52. *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578 (1987).

53. *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297, 319-20 (1980)(holding that legislation that proscribed funding abortions did not violate the establishment clause because it corresponded to Roman Catholic beliefs, even though the legislation had been aggressively supported by Catholic groups).

54. 403 U.S. 602 (1970).

55. 463 U.S. 783 (1983).

56. *Allegheny County v. American Civil Liberties Union*, 492 U.S. 573 (1989).

57. *Zorach v. Clausen*, 343 U.S. 306 (1952).

58. The leading exposition of this view is Kurland, "Of Church and State and the Supreme Court." 29 *U.Chi.L.Rev.* 1(1961). This view was effectively rejected by the Supreme Court just two years later when the Supreme Court sustained an accommodation of Sabbatarian religious beliefs in *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

59. Schwartz, "No Imposition of Religion: The Establishment Clause Value," 77 *Yale L. J.* 692 (1968).

60. Universal Declaration of Human Rights, art. 18, G.A. res. 217 (A(III)), December 10, 1948, U.N. Doc. A/810, at 71 (1948); American Declaration of the Rights and Duties of Man, art. III, O.A.S. res. XXX, adopted by the Ninth International Conference of American States, Bogota (1948): *Novena Conferencia Internacional Americana*, 6 *Actas y Documentos* 297-302 (1953); International Covenant on Civil and Political Rights, art. 18, G.A. res. 2200A (XXI), December 16, 1966, 21 U.N. GAOR Supp. (No.16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entered into force March 23, 1976; African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 8, adopted June 27, 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entered into force Oct. 21, 1986; American Convention on Human Rights, art. 12, Nov. 22, 1969, O.A.S. Treaty Series No. 36, at 1, OEA/Ser. L/V/II.23 doc. rev. 2 entered into force July 18, 1978; European Convention for the Protection of Human Rights and Freedoms, art. 9, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 222, entered into force Sept. 3, 1953; as amended by Protocol No. 3, entered into force Sept. 21, 1970, and Protocol No. 5, entered into force Dec. 21, 1971. The interpretation of article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights provided by the Human Rights Committee established under the Covenant provides a significant elaboration of religious freedom. Particularly important is the General Comment Adopted by the Human Rights Committee under Article 40, Paragraph 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights on Article 18, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 4 (27 Sept. 1993). Law emerging from the European Court of Human Rights is also very significant.

61. The Helsinki process has contributed substantial clarification and concreteness to the meaning of religious freedom. In addition to the relevant provisions of the Helsinki Final Act. itself, Principles 16 and 17 of the Vienna Concluding Document and the pertinent provisions of the Copenhagen Concluding Document provide significant guidance in defining the scope of religious freedom.

62. *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S.390 (1923); *Society of Sisters v. Pierce*, 268 U.S. 510 (1925).

63. *See, e.g.*, *New Life Baptist Church Academy v. Town of E. Longmeadow*, 885 F.2d 940 (1st Cir.1989), *cert. denied*, 110 S. Ct. 1782 (1990); *State v. Faith Baptist Church*, 207 Neb. 802, 301 N.W. 2d 571 (1981).
64. *See Schneider*, "Religion and Child Custody," 25 U. Mich J. of L. Reform 879 (1992).
65. *McCullum v. Board of Education*, 333 U.S. 203 (1948).
66. *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 306 (1952).
67. *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).
68. *Abington School Dist v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963).
69. *Id.* at 301.
70. *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985)(dictum).
71. *Lee v. Weisman*, 112 S. Ct. 264 (1992).
72. *Tilton v. Richardson*, 403 U.S. 672 (1971).
73. *See Roemer v. Bd. of Public Works*, 426 U.S. 736 (1976).
74. Gedicks, "Toward a Constitutional Jurisprudence of Religious Group Rights," 1989 Wisc. L. Rev. 99.
75. *Corporation of the Presiding Bishop v. Amos*, 483 U.S. 327 (1987).
76. *N.L.R.B. v. Catholic Bishop*, 440 U.S. 490 (1979).
77. *See Carmella*, "Houses of Worship and Religious Liberty: Constitutional Limits to Landmark Preservation and Architectural Review," 36 Vill. L. Rev. 401 (1991).
78. *First Covenant Church v. City of Seattle*, 120 Wash. 203, 840 P.2d 174 (1992).
79. *Presbyterian Church v. Hull Church*, 393 U.S. 440 (1969).
80. *Jones v. Wolf*, 443 U.S. 595 (1979).
81. For a valuable summary of case law since *Jones v. Wolf*, see Gerstenblith, "Civil Court Resolution of Property Disputes Among Religious Organizations," 39 Am. U.L. Rev. 513 (1990).
82. *See, e.g.*, *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943); *Cantvell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).
83. *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965).
84. 398 U.S. 333 (1970).
85. *Id.*
86. *Gillette v. United States*, 401 U.S. 437 (1971).
87. *See generally*, Durham, Condie, & Wood, "Accommodation of Conscientious Objection to Abortion Among Nurses: A Case Study of the Nursing Profession," 1982 B.Y.U. L. Rev. 253.

СВОБОДА РЕЛИГИИ: МОДЕЛЬ США

Коул Дьюрхем, мл.

профессор права,
J.Reuben Clark Law School,
Brigham Young University

I ВВЕДЕНИЕ

Религиозная свобода является некой массой. У нее есть единое имя, которое предполагает, что она является единым правом. Но в действительности она представляет взаимосвязанное семейство утверждений, тесно связанных с наиболее фундаментальными правами и свободами человека. Она защищает отдельных людей и группы от неравного обращения и дискриминации; она

заключена в сути свободы высказывания; она часто переплетается с защитой прав семьи; особенно она защищает жизненно важную форму ассоциации; и сверх всего, она связана с сущностью человеческого достоинства и личности. Более того, поскольку религия связана с глубочайшими инстинктами общинного строительства человечества и обладает основательным влиянием на общинные структуры и ценности, ее должны понимать в более глубоком контексте структурирующих связей между частями общества и всем обществом.

Так как каждое из этих основополагающих измерений религиозной свободы связано с независимо эволюционирующими частями доктрин в современных правовых системах, понимание религиозной свободы неизбежно подвержено тяготеющему влиянию разработок в различных областях светского права /1/. Временами религиозная свобода становится связующим звеном конкурирующих ценностей равенства, слова, ассоциации, достоинства и личной свободы /2/. Поэтому иногда предпринимается попытка свести религиозную свободу к ее светским компонентам /3/.

Но религиозная свобода есть нечто большее, чем сумма своих частей. Главным для религиозной свободы является право религиозных моделей жизни на то, чтобы быть принятыми и уважаемыми на своих собственных условиях, а не находить защиту, если (и только если) они соглашаются со светскими суждениями относительно того, что именно следует защищать. Религия именно потому важна, что она схватывает вещи, которые превосходят светские суждения. Более того, проникательность великого Локка, легшая в основу либеральных теорий религиозной свободы, а состоит в том, что толерантность скорее усиливает, чем ослабляет социальную стабильность. Ибо тем самым обеспечивается благодарность раскольнических групп, которые оказываются, как следствие, уважаемыми /4/. Но эта система может функционировать только в том случае, если группы чувствуют, что их уважают такими, как они есть, на их собственных условиях, а не просто потому, что они достаточно подобны некоторым иным светским группировкам, которые заслуживают уважения по нерелигиозным соображениям.

II. ИСТОРИЧЕСКИЕ ПРЕДПОСЫЛКИ

Право на религиозную свободу имеет глубокие исторические корни, которые датируются более ранним временем, чем образование Соединенных Штатов /5/. Действительно, религиозная свобода является древнейшим из международно признанных прав человека /6/. Однако, Первая Поправка к Конституции Соединенных Штатов была первым национальным инструментом сохранения религиозной свободы в письменном конституционном документе /7/. В виде, ратифицированном в 1791 году, Первая Поправка утверждает то, что "Конгресс не будет создавать никакого закона, касающегося учреждения религии или запрещающего свободное отправление ее" /8/. Современная интерпретация этой формулировки часто забывает о том, что первоначальная цель части "неучреждения" этой клаузулы заключалась не только в том, чтобы исключить учреждение национальной церкви, но также и для того, чтобы удержать федеральное правительство от вмешательства в дела существующих учрежденных церквей во многих первоначальных штатах /9/. Пример Вирджинии, стремившейся к принятию клаузулы о федеральном неучреждении, был

подхвачен в конечном счете всеми другими штатами, но только в 1830 году последний штат (Массачусетс) положил конец своей учрежденной церкви.

В течение первого столетия и на протяжении половины истории Соединенных Штатов, к клаузуле о религии суды обращались редко. Это происходило потому, что она понималась только как ограничение на конгрессионистскую (т. е. федеральную) деятельность /10/ и большинство вопросов, затрагивающих религию, оставались в компетенции штатов. Однако, начиная с 1940-ых годов Верховный Суд признал, что часть клаузулы о свободном отправлении религии применима к штатам, поскольку она была "присоединена" к запрещению по Четырнадцатой Поправке деятельности штата, которая могла бы лишить людей свободы без должного правового процесса /11/. В 1947 году Верховный Суд решил, что неучредительская часть клаузулы о религии также применима к штатам через присоединение по Четырнадцатой Поправке /12/. Есть определенная ирония в "присоединении" этой клаузулы в свете ее первоначальной истории, поскольку предполагалось, что результатом "присоединения" будет исключение любой тенденции к религиозному учреждению на уровне штата, в то время как первоначально формулировка предназначалась для защиты таких учреждений. Тем не менее, присоединение клаузулы неучреждения теперь стало действенным инструментом /13/. Этот результат фактически не является необоснованным, так как в течение столетия между последним отделением церкви от штата и судебным признанием присоединения клаузулы неучреждения в 1947 году, традиция отделения церкви и государства стала аксиоматической частью упорядоченной свободы в Соединенных Штатах.

Существенно то, что за исключением нескольких изолированных случаев, возникших на федеральных территориях, управляемых Конгрессом /14/, фактически все в прецедентном праве Верховного Суда Соединенных Штатов, истолковывающего клаузулу о религии, подавалось сверху с 1940-ых годов. Таким образом, хотя у Соединенных Штатов есть самая старая конституционная клаузула, непосредственно касающаяся свободы религии, интерпретация этой конституционной нормы по сути своей является результатом разработок после II Мировой войны. В этом смысле закон о религиозной свободе в Соединенных Штатах не является намного старшим, чем подобные законы во многих других частях мира.

III. КОНТУРЫ РЕЛИГИОЗНОЙ СВОБОДЫ В СОЕДИНЕННЫХ ШТАТАХ

A. Внешние пределы религиозной свободы

Хотя рамки религиозной свободы являются обширными и им следует быть таковыми, они все же не безграничны. Так, имеется полное единодушие в отношении того, что религиозно мотивируемое жертвоприношение детей не защищается правами религиозной свободы. Но сказать, где в точности пролегает внешняя граница круга защиты, трудно. Верховный Суд Соединенных Штатов впервые изучил этот вопрос в контексте дела *Reynolds v. United States* /15/, которое возникло из преследования в 19 веке верующих мормонов, практиковавших многобрачие. В деле *Reynolds* Суд

отказал в требовании того, что религиозная свобода должна отрицать уголовную ответственность по федеральному закону о бигамии.

Дело Reynolds предоставляет начальную точку для анализа рамок свободного отправления религии не только потому, что это было первое дело о свободном отпадении, рассмотренное Верховным Судом, но также и потому, что оно выдвигает, явно или неявно, четыре возможных принципа для того, чтобы очертить внешнюю границу религиозной свободы, которые в конечном итоге были изучены в последовавшем прецедентном праве.

1. Дихотомия вера-действие

Первая возможная демаркационная линия предлагается истолкованием, наложенным последующими решениями на Reynolds. Так, в деле *Cantwell v. Connecticut* Суд цитировал Reynolds из-за точки зрения, что Первая Поправка защищает "свободу верить и свободу действовать" и что "первая является абсолютной, но, по природе вещей, вторая такой быть не может" /16/. Это так называемое разграничение "вера-действие" Оправильно схватывает онтологическое разграничение между внутренней верой и внешним действием, но оно полностью неудовлетворительно в качестве теста для внешних пределов религиозной свободы. Ибо в противном случае, свобода религии состояла бы только из права тайно придерживаться верований - права, которое не нарушали даже в Гулаге. Последующие суды признали, что для того, чтобы свобода религии была наполнена смыслом, она должна простираться за пределы внутреннего царства совести с тем, чтобы защитить внешние проявления верования /17/.

2. Ограничения нормой закона

Вторая возможная линия могла бы состоять в следующем: что бы религиозная свобода ни санкционировала, она не может разрешать верующим нарушать закон. Причина обеспокоенности здесь в том, что в противном случае каждая религиозная община (на самом деле, возможно, каждый верующий) стала бы законом для себя. У этой точки зрения есть престижные сторонники (включая Локка и Джефферсона среди прочих) /18/, и недавно она завоевала поддержку Верховного Суда Соединенных Штатов в деле *Employment Division v. Smith* /19/. Это такой взгляд, который имеет смысл в контексте, в котором закон воплощает общие, нейтральные и стабильные нормы, определяющие минимум условий для совместной социальной жизни в гражданском обществе. В такой ситуации, где закон налагает минимальные ограничения на личную свободу, представление о том, что законодательство устанавливает внешние пределы религиозной свободы, кажется совпадающим с основными требованиями нормы закона и равенства. Могло бы показаться, что допущение религиозно обосновываемых привилегий ставит религию над законом и жизненными ограничениями, им воплощаемыми, порождая таким образом неравенство. Исторически настаивание на том, что обязанности могли бы налагаться на специфические религии, только если они налагались бы нейтральными, общими законами, которые обременяют все религии равным

образом, знаменовало серьезный прогресс, потому что тем самым ограничивалась власть суверенных (и доминирующих религий) издавать законы против недоминирующих групп.

Трудность этого подхода - двойная. Первое, законы в современных обществах типичным образом требуют намного больше нравственного минимума, необходимого для совместной социальной жизни. Они налагают обширный массив обязательств, которые могут иметь полный смысл для большинства граждан, но могут налагать ненужное суровое бремя на совесть на религиозных верующих /20/. Второе, у нас имеется слишком большой исторический опыт по правоспособности групп большинства искусственно строить законодательство, которое нейтрально по виду, но на деле обременяет только преследуемые или менее известные группы. Многие из ярчайших примеров религиозного преследования в течение последних двух столетий были осуществлены под видом закона /21/. Для доминирующих религиозных групп слишком легко обеспечивать проведение законодательства, кажущегося нейтральным, но по существу являющегося притеснительным. Вкратце, при установлении границ недопустимых посягательств на религиозную свободу невозможно быть уверенным в том, что все, квалифицируемое как закон, автоматически является совместимым с религиозной свободой. Важная причина для конституализации религиозной свободы в Соединенных Штатах состояла в том, чтобы защититься от намеренной и невольной тирании большинства в этой деликатной области.

3. Уголовный закон

Ограничение "нормой закона", неявно признанное в деле *Reynolds*, становится несколько менее проблематичным, если прочитывать дело как такое, которое признает то, что любой уголовный закон отвергает религиозную свободу. Уголовные нормы имеют тенденцию более точно соответствовать минимальным требованиям, необходимым для совместной социальной жизни, а криминализация вообще сигнализирует об усиливающейся общественной оппозиции обсуждаемому поведению. Тем не менее, проблемы остаются. Первое, формально нейтральный, но по существу притеснительный уголовный закон так же легко принять, как и любой другой тип закона. Второе, в эпоху распространяющихся нарушений предписаний слишком легко провести законодательство, которое непреднамеренно обременяющее религиозные меньшинства. Третье, этот критерий идет слишком далеко в том, что могут быть области, где общественные интересы являются достаточно неотразимыми, чтобы отвергнуть требования религиозной свободы, даже несмотря на то, что обсуждаемое поведение не было криминализовано (и по соображениям политики может не быть криминализованным).

4. Ограничение допустимого множества политик, которые могут отвергать религиозную свободу

Четвертая возможность прочтения дела *Reynolds* состоит в том, что религиозная свобода не может быть использована для обхода законов, предназначенных для защиты общественной морали. Это типично для более общего подхода в деле определения внешних границ религиозной свободы

путем идентификации ограниченного диапазона интересов общественной политики, оправдывающих поправку религиозной свободы /22/. В Соединенных Штатах такие интересы политики были выработаны в контексте обширной доктрины прецедентного права. В дополнение к вопросам общественной морали, процитированным в Reynolds, такие интересы политики включают среди прочего общественное здоровье /23/, общественную безопасность /24/, недопущение обмана /25/, поддержание воинской дисциплины /26/ и право правительства управлять своими собственными внутренними делами /27/.

Однако, даже ограничение допустимого диапазона общественной политики, которая может быть дозволена для обременения религиозной практики, не является достаточным для обеспечения полной защиты религиозной свободы. Например, в связи с защитой нравственности не является ясным, чью именно нравственность в плюралистическом обществе следует соблюдать. Соблюдение нравственности доминирующей религии может оказаться несправедливым по отношению к группам меньшинства или неверующим, самое меньшее в той мере, в какой такая нравственность не является частью минимума, необходимого для социального согласия. В более широком смысле, типичные "ограниченные политики" для идентификации допустимых ограничений на религиозную свободу на самом деле настолько широки, что та или иная из них может быть использована для оправдания в конечном счете любого воображаемого ограничения на религиозную свободу.

5. Основные социальные обязательства

Заключительная потенциальная граница, установленная делом Reynolds, связывает допустимые пределы религиозной свободы с ограничениями, необходимыми для защиты основных обязательств общества. Словами Суда по делу Reynolds, притязания религиозной свободы, идущие против "наиболее важных характерных черт социальной жизни" /28/, не могут находить защиту. Это понятие остается туманным, и непременно подлежит дальнейшей более ясной формулировке на основе перехода от дела к делу. Но в той мере, в какой оно выходит за рамки других возможных описаний внешних пределов религиозной свободы, допускающих посягательство только в самых исключительных обстоятельствах, это представляется здравым принципом. В Соединенных Штатах эта фундаментальная идея была сформулирована в терминах "теста на неотразимый государственный интерес", который подвергает любое действие, посягающее на религиозную свободу, строгому тщательному изучению.

Б. Проявление защиты максималистского свободного отправления

Эта последняя линия анализа проявилась как доминантная в Соединенных Штатах. Верховный Суд разработал эту линию в серии дел, начатых в 1960-ых годах. В деле *Sherbert v. Verner* /29/ Суд решил, что государственная политика, которая отказала в пособии по безработице женщине, отклонившей работу потому, что ее религиозные верования не позволяли брать работу по субботам, нарушила клаузулу о свободном отправлении. Суд нашел, что государство не представило доказательства того, что льгота соблюдающим субботу воспрепятствует государству выплачивать

компенсацию по безработице только тем, кто оказался без работы по принуждению. Следовательно, при отсутствии неотразимого государственного интереса, который не мог быть удовлетворен наложением менее обременительного ограничения на религию, государственная политика не могла выдержать тщательную проверку по клаузуле свободного отправления.

За исключением дел, в которых религиозная практика, ведущая к безработице, нарушает уголовные нормы /30/, Верховный Суд последовательно принимал решения о том, что регламентирование по безработице нарушает права свободного отправления тогда, когда оно вынуждает работника выбирать между согласием на выполнение работы и подчинением религиозным убеждениям, запрещающим такую работу. Это верно даже там, где религиозные верования, отстаиваемые индивидуумом, являются более строгими, чем у его единоверцев /31/, и даже там, где они не следуют из членства истца в какой-то организованной религиозной церкви /32/.

Подход строгого тщательного изучения посягательства на свободное отправление получил даже более сильную поддержку в 1972 году в деле *Wisconsin v. Yoder* /33/. В этом деле родители Амиш обвинялись в незначительных уголовных преступлениях, проявившихся в отказе посылать своих детей в общественную школу после восьмого класса. На суде они доказывали, что это поведение было религиозно обоснованным и что они обеспечили альтернативную форму аграрного образования, которая адекватным образом подготовила их детей к традиционному сельскохозяйственному стилю жизни в общине Амиш. Суд постановил, что хотя интерес государства в подготовке образованных граждан является неотразимым, отказ предоставить льготу для Амиш является противоречащим требованиям свободного отправления, так как государство не могло доказать, что предоставление льготы противоречило бы интересу "наивысшего порядка", который не мог быть удовлетворенным никаким иным образом.

Как сформулировано в *Yoder*, тест на допустимое государственное посягательство на религиозную свободу должен удовлетворять двум требованиям: (1) должен быть приведен "неотразимый государственный интерес" в обсуждаемом действии государства, и (2) действие государства должно быть наименее ограничивающим или обременяющим средством достижения неотразимой цели. Хотя юридический анализ часто стремится сфокусироваться на том, присутствует ли неотразимый государственный интерес, и сбалансировать его с притязанием религиозной свободы, требование "наименьшей ограничивающей альтернативы" может быть даже более важным в качестве практического основания. Процесс определения того, является ли определенный интерес "неотразимым" или нет, в своей основе является субъективным, как и процесс сбалансирования этого интереса с религиозными притязаниями. С другой стороны, если религиозный истец может указать практический способ, по которому государство может в значительной степени достичь своих целей таким образом, который представляет меньше проблем для религиозного истца, то, казалось бы, в поистине свободном обществе не будет повода для того, чтобы правительству не последовать указанным курсом.

В 1993 году подход строгого и тщательного изучения получил свое сильнейшее одобрение, хотя и в ограниченном контексте законодательной инициативы, проявившей намерение вмешиваться в практику определенной религии. В деле *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah* /34/ Суд решил, что постановления муниципального органа о запрещении ритуального

жертвоприношения цыплят, голубей и других небольших животных приверженцами религии Сантерия противоречит клаузуле свободного отправления. Хотя постановления в явном виде не выделяли никакой группы, они были искусственно составлены так, что в конечном счете попавшими под запрет убийствами животных были ритуальные жертвоприношения сантерианцев. Суд постановил, что правительственное действие, затрагивающее религию, будет подвергаться "неумолимому тщательному изучению", если оно не является "нейтральным" и вместе с тем "общеприменимым". В деле *Nialeah* постановления откровенно предназначались для неодобрения практики определенной религиозной группы, и они были настолько невсехватывающими, что их совершенно нельзя охарактеризовать, как имеющие всеобщую применимость.

В. Разрушение защиты свободного отправления

В течение 1980-ых годов Верховный Суд начал суживать полный простор религиозной свободы, предоставляемой конституционным тестом, проявившемся в деле *Yoder*. Это разрушение принимало различные формы. Казалось, что в некоторых случаях Суд приписывает излишний вес правительственному интересу, поставленному под угрозу, или характеризует правительственный интерес таким образом, что в конечном счете становится неизбежным перевес правительственного интереса над частными противостоящими ему интересами /35/. Так, в деле *United States v. Lee* /36/ Суд отказал в требовании освободить фермера Амиш от уплаты налога на социальную охрану, несмотря на его религиозно обоснованные возражения против вклада в фонд социальной охраны. При этом были выдвинуты следующие аргументы: "обязательное участие является необходимым для финансовой жизнеспособности системы социальной охраны" и что было бы затруднительным управлять индивидуализированными освобождениями, отражающими все виды религиозных верований, Суд постановил, что правительственный интерес в обеспечении обязательного и непрерывного участия в системе социальной охраны, и в более широком смысле, в обеспечении прочности системы, перевесил требование фермера Амиш на освобождение от уплаты. Аналогично, в деле *Goldman v. Weinberger* /37/ Суд решил, что право ортодоксального еврея носить ермолку во время дежурства перевешивается воински понимаемой потребностью поддерживать единую форму одежды /38/.

В других делах Суд применил более низкий стандарт пересмотра чем тот, который требовался классической доктриной строгого тщательного изучения. Так, в деле *Bowen v. Roy* /39/ коренным американским родителям было отказано в выдаче продовольственных карточек и социального обеспечения, поскольку религиозные верования привели их к уклонению от получения номера социального страхования. Большинство в Суде заключило, что строгое тщательное изучение в стиле дела *Yoder* может быть в данном случае заменено "рационально обоснованным" уважением к правительственному действию, которое накладывает на религиозное поведение не бремя категорического запрещения, а лишь обуславливает получение привилегии уступчивостью правительственному требованию.

Самым прискорбным решением в этой серии было решение в деле *Employment Division v. Smith* /40/. Это дело включало отказ привилегий в найме на работу двум коренным американцам,

которые были уволены со своих должностей в клинике по реабилитации препаратами потому, что они использовали пейот, невоссоздающийся психоделический препарат, который в течение столетий применялся в ритуале Туземной Американской Церкви /41/. В этом деле Верховный Суд отклонил тест на неотразимый государственный интерес, считая, что права свободного отправления сами по себе не являются достаточными для того, чтобы сделать недействительными нейтральные, общие законы. Суд провел различие с предшествующими делами, где применялся тест на неотразимый государственный интерес, на том основании, что те были "гибридными делами", вовлекающими не только религиозную свободу, но также и некоторые другие фундаментальные свободы.

В сущности, это решение стало возвращением к концепциям свободы религии восемнадцатого столетия, предполагавшим, что ограничение правовой нормой будет достаточным для обеспечения полной защиты религиозной свободы. Более того, это решение подняло серьезные практические вопросы, в частности в низших эшелонах правительства. Многие из наиболее досадных нарушений религиозной свободы происходят тогда, когда чиновник низшего уровня наделен дискреционной властью, способной препятствовать религиозной деятельности или иным образом налагать на нее бремя. При анализе по строгому тщательному изучению истец по делу о религиозной свободе, встретившийся с такой бюрократической препоной, мог говорить с чиновником и мог выработать подходящее решение, зная, что если тот откажется от сотрудничества, то можно будет подать имеющий силу иск по свободному отправлению. После дела Smith чиновник может просто заявить, что он соблюдает "нейтральный, общий закон". То есть, эффективного способа оказать давление для достижения кооперативных решений по правительственному обременению религии не существует.

Г. Акт Восстановления Религиозной Свободы

Решение по делу Smith вызвало не только интенсивную научную критику /42/, но также и сильную политическую реакцию со стороны широких кругов религиозных и правозащитных организаций. Более того, верховные суды штатов отвергли результат дела Smith, обращаясь к конституционным положениям в штатах, чтобы возродить к жизни повышенную защиту религиозной свободе /43/. (Хотя суды штатов не могут обеспечить защиту конституционных прав более низкого уровня, чем уровень, определяемый федеральным Верховным Судом, они свободны в обеспечении высших уровней защиты).

В течение относительно короткого промежутка времени после того, как было спущено дело Smith, была сформирована широкая коалиция для обеспечения одобрения Акта Восстановления Религиозной Свободы ("ABPC" = "RFRA" - Religious Freedom Restoration Act). Этот Акт предназначался для восстановления повышенной защиты религиозной свободы, как дела федерального законодательства, посредством возобновления тестов на неотразимый государственный интерес и наименее ограничивающую альтернативу. Акт обеспечивает также возмещение адвокатского сбора для частных лиц, которые добились своего по искам ABPC. ABPC застрял в Конгрессе на некоторое время из-за католических волнений по поводу того, что он может привести к расширению прав на аборт. Группы, выступавшие за выбор абортов, начали доказывать

в предыдущие годы, что выбор их является делом совести, а поэтому имеет право на защиту по пункту религиозной свободы. Однако, в конечном счете, когда стало ясно, что Верховный Суд не собирается отменять свою судебную практику по абортам, католическая оппозиция утихла. Законодательная инициатива была переведена в закон 16 ноября 1993 года /44/. Вследствие дела Smith, с этого времени иски по религиозной свободе в Соединенных Штатах поднимаются скорее всего по АВРС или по конституционным положениям штатов. Решения Верховного Суда, которые могли бы сузить рамки этой свободы, были встречены немедленной и широко распространившейся оппозицией. Это привело к незамедлительному одобрению законодательной инициативы в форме АВРС, являющейся средством судебной защиты, и к утверждению заново стандарта для защиты религиозной свободы, более высокого, чем тот, которого по мысли Верховного Суда требует сама Конституция. Масштабы и сила согласия по АВРС демонстрирует живучесть религиозной свободы как эффективной нормы в Соединенных Штатах.

Д. Запрет на учреждение религии

В описании подхода Соединенных Штатов к религиозной свободе до сих пор внимание сосредотачивалось на свободном отправлении религии, поскольку именно это измерение конституционного закона в Соединенных Штатах больше всего соответствует появляющимся международным нормам. Как станет яснее в последующем изложении, практика Соединенных Штатов обеспечивает чрезвычайно широкую и эффективную защиту свободного отправления. Большинство конституций в мире имеют эквивалент клаузулы о свободном отправлении; относительно мало конституций настаивают на неучреждении со строгостью такой, как в конституционном законе Соединенных Штатов. Прежде чем перейти к анализу специальных вопросов, важным представляется, таким образом, добавить несколько замечаний о принципе неучреждения.

Принцип неучреждения является отличительной и фундаментальной чертой религиозной свободы в Соединенных Штатах. Действительно, типичные описания схемы Соединенных Штатов посвящают столько же, если не больше, внимания неучреждению, как и свободному отправлению. В Верховный Суд поступило значительно больше дел с клаузулой о неучреждении, чем о свободном отправлении. Однако, важно понимать, что это акцентирование на отделении церкви и государства не мотивировалось (по крайней мере, не первоначально) антиклерикальными побуждениями или отвращением к организованной религии. Сначала целью описываемой клаузулы была защита религиозной свободы посредством ограничения администрации и власти от вовлечения в религиозные дела. Принцип неучреждения посредством предотвращения конституционной связи между церковью и государством избегает опасностей того, что религия будет коррумпирована поисками государственного влияния и апелляцией к государственному влиянию, и, одновременно, избегает создания предвзятого мнения о религиях меньшинств, делая невозможным привилегирование религиозного большинства. Цель - благоприятствовать полному жизни частному сектору, в котором религиозные общины могут расцвести на добровольной основе, без искажений, вытекающих из правительственного вовлечения или поддержки /45/. Кажется, что в этом отношении

отделение церкви и государства по стилю Соединенных Штатов является в высшей степени успешным. Имеем хорошо засвидетельствованный социологический факт, что в сопоставлении с другими современными обществами в Соединенных Штатах имеется несравненный уровень религиозной заинтересованности среди граждан, включая элиту /46/.

На практике клаузула об учреждении требует, чтобы религиозная жизнь полагалась сама на себя. Весьма очевидно, что ни правительство штата, ни федеральное правительство не могут учреждать официальную церковь. Штаты могут создавать легальные структуры типа корпоративных, доступные для использования религиозными организациями в управлении своими мирскими делами, но это не может использоваться для поддержки никакой особой религиозной группы или для предоставления ей привилегий. Государство не может отдавать предпочтение одной религии перед другой, так же как и не может предпочитать религию не-религии /47/. Никакая прямая помощь не может идти от государства никакой религиозной организации. Программы, предназначенные для общей пользы и способные в связи с этим давать пользу религии, являются допустимыми /48/, также как и некоторые непрямые выгоды такие, как схемы налогового освобождения /49/. Однако, представляется, что схемы освобождения являются допустимыми, только если они доступны широкому кругу сопоставимых организаций /50/.

Суд также коснулся осуждения и запрещения государственного действия, поддерживающего определенные религиозные верования. Так, Суд отбросил законодательный акт, осуждавший и запрещающий преподавание эволюции в государственных школах /51/, как и более утонченное положение, которое требовало, чтобы было обеспечена сбалансированная трактовка библейской и эволюционной теорий возникновения жизни /52/. В то же время Суд признал, что простой факт совпадения правовых норм с религиозными верованиями или отражения ими религиозных верований не является сам по себе основанием для лишения этих норм их законной силы /53/. Если бы это было не так, то законы, осуждающие и запрещающие убийство и воровство, не имели бы законной силы, потому что у них есть религиозные корни. Еще сомнительнее, если бы религиозная пропаганда была бы достаточной, чтобы породить нарушения клаузулы учреждения. Результатом было бы то, что религиозным группам препятствовалось бы выражать свои политические идеи. Интерпретация Первой Поправки, которая бы затыкала рты религиозным ораторам (и только религиозным ораторам) на рынке идей, была бы ясным признаком искажения ценностей фундаментальной свободы высказывания.

В деле *Lemon v. Kurtzman* /54/ Верховный Суд выкристаллизовал требования своего судопроизводства по клаузуле о религии в тест из трех частей. По тесту дела *Lemon* государственное действие является дозволенным по клаузуле учреждения, только если (1) у него есть светская цель, (2) его важнейший эффект не продвигает вперед и не задерживает религию и (3) не благоприятствует излишней взаимосвязи правительства и религии. С годами этот тест привел к сложной паутине несостоятельных и часто неудовлетворительных результатов. За последние несколько лет Верховный Суд официально заявлял об интересе к пересмотру этого теста по ряду пунктов. Так, в деле *Marsh v. Chambers* /55/ Верховный Суд поддержал практику молитвы перед законодательными органами без обращения к тесту *Lemon*, полагаясь на очевидность того, что у молитвы перед законодателями имеются глубокие исторические корни, восходящие к той самой сессии Конгресса, которая приняла

первую поправку. Судья О'Коннор разработал тест на одобрение (т.е., государственное действие составляет недозволенную меру, если, с точки зрения объективного наблюдателя, оно "одобряет" религию). Этот тест завоевал поддержку большинства судей Верховного Суда /56/, но он не заменил тест Lemon 0. Вообще, ясно, что цель Верховного Суда состоит в содействии режиму государственной нейтральности по отношению к религии, но нейтральность остается смутным и аморфным идеалом.

Каждый из этих тестов стремится сформулировать центральный идеал государственной нейтральности по отношению к религии. Суд неоднократно подчеркивал, что имеется в виду "благосклонная нейтральность" /57/. Некоторые интерпретации клаузулы учреждения являются крайне формальными: любой отход от позы государства, слепого по отношению к религии, считается недозволенным /58/. Профессор Дуглас Лэйкокк приводил доводы за подход "действительной нейтральности", который позволял бы принимать во внимание религиозные факторы при формировании государственного действия, но потребовал бы действительной честности в обращении с разными религиозными группами. Все же иной подход состоит в подчеркивании того, что религию не следует навязывать другим лицам путем использования государственных механизмов /59/. Некоторые из основных групп адвокатов такие, как Американский Союз Гражданских Свобод, Американский Еврейский Конгресс и Объединение Американцев за Отделение Церкви и Государства оказывают давление в пользу строгого сепаратистского подхода.

Фокусом во всех предшествующих дебатах была степень, до которой государство может оказывать услуги религиозным практикам. Более строгие сепарационисты склонны в конечном счете рассматривать любую форму оказания услуг религии, за исключением тех, которые требуются согласно клаузуле свободного отправления, как недозволенное учреждение религии. Трудность состоит в том, что с ростом утверждающего, регулирующего государства со времен Великой Депрессии, государственное действие или влияние является все более рапространяющимся. Суконные интерпретации церковно-государственного отделения, которые находят нарушения клаузулы учреждения в любом перекрытии религиозного и государственного действия, или в попытках освободить религию от применимых иным образом распоряжений, имеют результатом заточение религии во все более сужающуюся часть социального пространства. Таким образом, кажется, что повышенная плотность государственного влияния в общественной жизни поддерживает аргументы в пользу более аккомодационистского подхода к интерпретации клаузулы учреждения. Если не производится это согласование в интерпретации клаузулы учреждения, религиозная свобода все более сужается как результат абсолютного распространения государственной деятельности.

IV. СПЕЦИФИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ, КАСАЮЩИЕСЯ РАМОК РЕЛИГИОЗНОЙ СВОБОДЫ

В международном плане рамки религиозной свободы разрабатываются все более детально в результате широко распространившегося признания и ратификации международных и

национальных инструментов /60/ и процессов /61/ по правам человека. По большей части законодательные акты и прецедентное право в Соединенных Штатах имели своим результатом защиту религиозной свободы, которая полностью согласуется, а часто и выходит за пределы практики в других странах в обеспечении максимальной религиозной свободы для отдельных лиц и религиозных организаций.

А. Защита родительских прав на передачу своих религиозных убеждений детям

Хотя Конституция Соединенных Штатов не содержит прямого положения, касающегося прав родителей направлять религиозное воспитание своих детей, все же никогда не было никакого сомнения в существовании такого права. Уже в 1920 году Верховный Суд признал, что право родителей направлять воспитание своих детей присуще свободе, защищенной соответствующей процессуальной клаузулой четырнадцатой поправки. Это было выяснено в делах, защищающих право обучения иностранным языкам и право посещать приходские школы /62/. Последние вопросы в этой области включают степень, до которой Христианские школы обязаны действовать согласно требованиям сертификации и аккредитации светских учителей. Большей частью таким постановлениям оказывалась поддержка ввиду неотразимого интереса государства в образовании /63/. С этой проблемой связан и вопрос о том, нарушают ли клаузулу учреждения поручительские планы, позволяющие родителям выбирать, каким образом расходовать государственные средства на образование своих детей (напр., в государственных или частных школах). До сих пор не были приняты основные поручительские программы, которые бы предоставили основу для судебного теста. Несколько иная проблема: могут ли религиозные родители отвергать материалы учебных планов на том основании, что те попирают религиозную восприимчивость. Несмотря на то, что некоторые законодательные акты и дела защищают право отвергать такой оскорбительный материал по религиозным утверждениям, рамки таких прав остаются неясными.

В особенно трудном контексте проблему родительских религиозных прав находят споры по опеке детей /64/. Если у сторон, вступающих в брак, различные религиозные верования, закон позволяет им просто разрешить различия по своему собственному усмотрению. Если смешанный брак распадается, проблема усложняется. Американские суды в высшей степени неохотно идут на принудительные решения по религиозным встречным удовлетворениям, но иногда ситуации по опеке вынуждают их делать выбор, который возможно затрагивает религиозное воспитание ребенка. Кажется, тенденция такова: выносить такие суждения для наилучшего обеспечения интересов ребенка и при этом как можно больше избегать рассмотрения религиозных вопросов.

Б. Религиозное образование

Право родителей, церкви или других сторон обеспечить религиозное обучение детей, подростков и подготовку духовенства конституционно защищено. Однако, в силу клаузулы учреждения роль государства в обеспечении такого образования или в способствовании такому образованию строго ограничена. Было решено, что религиозное обучение на начальном и среднем

уровне в помещениях государственных школ нарушает клаузулу учреждения, даже если учителя наняты на работу частным образом /65/. Однако, такое религиозное обучение может быть разрешено на основе освобожденного времени (т.е., освобождая учеников в течение школьного дня от посещения таких занятий), если только обучение не осуществляется в помещениях государственных школ /66/.

Верховный Суд отбросил практику молитвенных практик /67/ или чтения Библии /68/ как части обычного учебного плана, хотя объективный курс "Библии как литературы" рассматривается допустимым /69/. Верховный Суд указал, что соответствующим образом построенная программа "мгновения безмолвия" могла бы выдержать конституционное испытание, если не будет содержать очевидной мотивировки сорвать запрещение на школьную молитву /70/. Суд также решил, что молитва на торжественных собраниях, посвященных выпуску окончивших среднюю школу, является антиконституционной /71/, но впоследствии позволил добровольную выпускную молитву по инициативе учеников.

Большая гибкость допускается в государственных университетах, в значительной мере из-за того, что университетские студенты считаются менее восприимчивыми /72/. Однако, даже в университетском окружении государство не может прямо финансировать здания, предназначенные для использования в религиозных целях, а финансирование теологической семинарии, предназначенной для подготовки духовенства было бы проблематичным /73/.

В. Права на религиозную автономию и самоопределение

Право на свободу религии может отстаиваться как отдельными лицами, так и группами /74/. Это право является основой для широкого права на автономию и само-определение религиозных групп. Религиозным группам предоставляется свобода подбора как церковного, так и другого персонала /75/. Верховный Суд освободил приходские школы от юрисдикции Национального управления трудовых отношений /76/, но является допустимым объединение религиозных заведений, менее централизованно вовлеченных в миссию по обучению.

Религиозные группы свободны в приобретении и содержании реальной собственности, если только делают это они за счет своих собственных ресурсов. Большей частью они считались подчиняющимися постановлениям по использованию земли и районированию, частично по той причине, что у них не было религиозно обоснованных оснований для возражения. Такие постановления часто недостаточно чувствительны к требованиям религиозной свободы /77/. Процессы по заметным историческим объектам местности могут быть также проблематичными для религиозных организаций. Церковные здания относятся к наиболее очевидным сооружениям, которые следует зачислять в исторические заметные объекты местности, но в стране, где не разрешается государственная помощь религии, это может создать значительные трудности для церквей. Церковный центр может переехать или он, возможно, предпочтет снести историческое сооружение и заменить его сооружением другого рода, которое может быть использовано более эффективно для организационных религиозных целей. В некоторых делах такие договоры купли-

продажи отклонялись на том основании, что они составляют своего рода специфическую цель религии, подлежащую строгому тщательному изучению даже по решению в деле *Smith* /78/.

Удивительно высокий процент церковно-государственных судебных процессов в Соединенных Штатах включают споры о церковной собственности. Типичная ситуация включает в себя раскол в местной церковной конгрегации. Прецедентное право Соединенных Штатов ясно указывает, что суды не могут вмешиваться в такие споры на основе религиозных доктрин. Так, Верховный Суд аннулировал ряд старых дел, в которых разрешение таких споров достигалось на основе того, какая именно из раскольнических групп "отошла от доктрины" /79/. Суд может положиться на внутренние механизмы церковного решения. Это представляется в особенности полезным в иерархических церквях, которые разработали канонический закон или иные подобные правила, определяющие, кому следует решать такие вопросы. В качестве альтернативы суды могут решать в соответствии с "нейтральными принципами закона" /80/. Другими словами, суды могут применить стандартные принципы интерпретации правовых инструментов, если только нет опоры на вопросы доктрины. Оба правила действительно предназначены для защиты религиозной автономии. Последнее предоставляет некоторое заметное преимущество более крупным церквям, у которых имеются ресурсы для создания правовых документов, отчетливо свидетельствующих о том, кто именно управляет церковной собственностью в случае раскола или иного затруднения /81/.

Церковная автономия защищена также посредством правовых структур, доступных для использования церквями в организации своих дел. В большинстве штатов частные компании могут просто учредить управление церковным имуществом доверительным собственником. Этим преодолеваются трудности передачи права собственности, если церковь существует просто как некорпоративная ассоциация. Знаменательно то, что нет необходимости ни в каком государственном рассмотрении для учреждения доверительного средства, хотя может оказаться необходимым обращение в суды для проведения в жизнь управления доверительным собственником. Религиозные организации все в больше и больше используют корпорации для устройства своих дел. Точный характер статуса, под которым осуществляется регистрация, не одинаков в различных штатах. Фактически, картина довольно сложная, но будет верным сказать, что есть три основных типа законов, доступных для религиозных организаций. Первый тип, представленный примером Нью-Йорка, состоит в предоставлении отдельных статусов для различных традиций веры с учетом уникальных структурных черт рассматриваемой деноминации. По этой схеме существует общий регистрационный устав, к которому могут обращаться религиозные организации, не пришедшие к соглашению получить отличительный организационный устав. Ничто не обязывает религиозную организацию, учрежденную по специально заказанному законодательному акту, оставаться организованной по этому уставу. Второй основной образец состоит просто в предоставлении единственного устава, который может быть использован всеми некоммерческими организациями. Третий образец, представленный примерами Калифорнии и Образцового некоммерческого корпоративного акта, состоит в предоставлении отличительного (и более благоприятствующего) режима для религиозных корпораций. Этот образец отражает растущий опыт, в котором нуждаются религиозные корпорации, и, благодаря принципам свободы религии, они заслуживают больше свободы в организации своих дел. В противоположность многим регистрационным схемам в других

частях мира процесс приобретения статуса органа по любой из этих схем очень легок и включает в себя только минимальное государственное рассмотрение. В той мере, в какой существует озабоченность по поводу злоупотребления статусом корпоративной формой со стороны отдельных лиц или получения незаслуженной льготы освобождения от налогов или другого привилегированного обращения, эти вопросы рассматриваются по последнему пункту налоговыми или другими соответствующими властями. Сам регистрационный процесс не используется в качестве регулирующего инструмента и никогда не используется для препятствования религиозной деятельности. Правительственные комиссии, которые бы играли совещательную или регулиующую роль в определении того, каким религиям следует предоставлять право получить регистрацию, не существуют и несомненно к ним относились бы с глубоким конституционным подозрением.

Г. Право распространять религиозные верования

Право религиозных организаций распространять свои верования как среди своих собственных членов, так и среди других лиц, четко защищается. Многие из поворотных дел содержат право Свидетелей Иеговы или других непопулярных групп заниматься прозелитирующей деятельностью без бюрократических стычек /82/. Как и в случае других прав на свободу слова, могут налагаться некоторые ограничения, касающиеся времени, места или способа распространения верований, если только предписания по содержанию нейтральны и не предназначены косвенно препятствовать усилиям по распространению.

Д. Отказ от несения военной службы по религиозным соображениям

Дилемма отказа от несения военной службы по религиозным соображениям в настоящее время отодвинулась на задний план, поскольку вооруженные силы Соединенных Штатов состоят сейчас целиком из добровольцев. На протяжении периодов воинской повинности появилась значительная часть доктрины прецедентного права. Суд никогда не решал недвусмысленно, требует ли клаузула свободного отправления учреждать освобождение от несения военной службы для лиц, отказывающихся от нее по религиозным соображениям. Законопроекты типично обеспечивали освобождение по крайней мере для тех, кто отказывался участвовать во всех войнах. В 1965 году Суд расценивал законопроект по обеспечению того, что нетеистические убеждения могут служить основанием для отказа от несения военной службы, если только отказывающиеся искренне придерживались убеждений или они "занимали место в жизни своего обладателя, сравнимое с тем, которое заполняется ортодоксальной верой в Бога того, кто очень четко соответствует освобождению" /83/. В деле *Welsh v. United States* /84/ Верховный Суд решил, что это право на отказ по религиозным соображениям распространяется на нравственные взгляды, если только их "глубоко придерживаются" или они не основываются "единственно на соображениях политики, прагматизма или на требованиях момента" /85/. Однако, Верховный Суд провел границу по притязаниям "селективного отказа от несения военной службы", считая допустимым для Конгресса гарантировать освобождение для тех, кто отказывается от несения военной службы по религиозным соображениям

во всех войнах, без того, чтобы этим гарантированием Конгресс оказался бы принужденным расширить статус такого освобождения на лиц, отказывающихся только от определенных войн /86/. От лиц, отказывающихся от несения военной службы, законопроекты, как правило, требовали исполнения альтернативной службы, и от Конгресса не требовалось, чтобы он распространял на них льготы, касающиеся других ветеранов.

Понятие отказа по религиозным соображениям применяется в других контекстах помимо военного. Во многих судопроизводствах, например, имеются положения, освобождающие врачей, нянь и другой медицинский персонал от участия в медицинских процедурах, противоречащих их религиозным убеждениям (например, аборт) /87/. Как упоминалось выше, некоторые судопроизводства обеспечивают также защиту отказа по религиозным соображениям от учебных материалов в условиях государственной школы.

Е. Свобода религии и зарубежные религиозные связи

В современном мире немногие религиозные общины имеют членов, живущих только в одной стране. Таким образом, в высшей степени важным является право взаимодействовать и собираться вместе как в Соединенных Штатах, так и за рубежом. Это в особенности верно для иерархических религий, которые могут распространять религиозную власть, как того требует религиозная доктрина, посредством посвящения в духовный сан или иным образом, включающем непосредственный контакт с лицами, подлежащими рукоположению. Но в более общем смысле для большинства религий жизненно важным является транснациональное обучение, образование и дружба. В этом отношении нет никаких существенных ограничений на жителей США, выезжающих в зарубежные страны с религиозными целями. Из-за риска, что религиозные взаимоотношения могут быть использованы как средство обходить обычные иммиграционные правила, существуют некоторые ограничения на меру, в какой отдельные лица могут въезжать в страну с религиозными целями. Но ни в коем случае отдельные лица не исключаются чисто по религиозным причинам.

V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Подход Соединенных Штатов к религиозной свободе представляет собой следствие плюрализма американского опыта. Свободе отправления религии предоставлена широкая защита, и, в частности, со времени принятия Акта Восстановления Религиозной Свободы ясно, что только неотразимые государственные интересы, которые не могут быть достижимыми менее обременяющим образом, могут содействовать оправданию посягательства на религиозную свободу. Имеется также сильная защита прав на автономию и самоопределение религиозных групп. Опыт Соединенных Штатов заключается в том, что оказание истинного уважения всем религиозным группам, если только они остаются в сфере допустимой деятельности, очерченной тестом строгого тщательного изучения, является мощной стабилизирующей силой для общества. В мире, все более и более плюралистичном, в котором все религиозные группы находятся в положении меньшинства по крайней мере в каких-то местах, у каждого есть заинтересованность, удостовериться

в том, что старейшее из международно признанных прав человека эффективно распространяется на всех.

СНОСКИ И ССЫЛКИ

1. Например, в религиозные судебные дела часто вовлечены ценности слова. См., напр., *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940) (защита прозелитирующих усилий свидетелей Иеговы); *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943) (отказ воздать честь флагу по религиозным мотивам, защищаемый на основании свободы слова). Судья Скэлин пошел так далеко, что выдвинул предложение о том, что во многих случаях религиозная свобода является гибридным правом, которое заслуживает повышенной защиты только тогда, когда она связывается с другой фундаментальной ценностью такой, как свобода слова или конфиденциальность. *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, 881 (1990). Хотя в сфере дискриминации при приеме на работу Раздел VII Акта о Гражданских Правах и позволяет религиозным организациям предпочитать своих собственных членов в выполнении их религиозной деятельности (Sect. 702, 42 U.S.C. 2000e-1), на судебные дела, разбирающие религиозную дискриминацию при приеме на работу, значительное влияние оказывают дела по другим формам трудовой дискриминации. См., напр., *EEOC v. Mississippi College*, 626 F.2d 477 (5th Cir. 1980), cert denied, 453 U.S. 912 (1981); *EEOC v. Pacific Press Publishing Ass'n*, 676 F.2d 1272 (9th Cir. 1982); *EEOC v. Fremont Christian Schools*, 781 F.2d 1362 (9th Cir. 1986); *EEOC v. Southwestern Baptist Theological Seminary*, 651 F.2d 277 (5th Cir. 1981); см. вообще Лэйкок "К общей теории религиозных клаузул: случай церковных трудовых отношений и право на церковную автономию", 81 *1 Colum. L. Rev.* 01373 (1981). Вообще правительственным чиновникам часто не удается провести достаточно чувствительные различия между религиозными и другими видами деятельности, подлежащими государственному регулированию.

2. См., напр., *Bob Jones University v. United States*, 461 U.S. 574 (1983) (эгалитарное акцентирование на избежании расовой дискриминации, поставленном выше ценностей религиозной свободы в контексте образования).

3. Маршалл, "Решение дилеммы о свободном отправлении: свободное отправление как высказывание", 67 *1 Minn. L. Rev.* 0. 545 (1983).

4. Локк признавал, что если церковь, которая находится по вопросам религии в согласии с князем, пользуется главной поддержкой любого гражданского правительства, и это происходит ни по какой другой причине (как уже было показано), кроме как по причине доброты князя и благосклонности к ней законов, то насколько больше будет безопасность правительства, где все добропорядочные подданные, к какой бы церкви они не принадлежали, не подвергаясь различению за счет религии, пользовались бы одинаковой благосклонностью князя и одинаковыми привилегиями законов, стали бы общей опорой для него и защитой, ни где бы не было страха перед суровостью законов ни у кого, кроме тех, кто действительно вредит соседям и нарушает гражданский мир?

Джон Локк. Письмо по поводу толерантности 055 (впервые опубликовано в 1698 году; процитированное издание: 2-ое, 1955 год) (выделение курсивом добавлено)

5. Об общих предпосылках и дальнейшей библиографии см.: Томас Дж. Карри. Первые свободы: Церковь и государство в Америке при утверждении Первой Поправки 0 (1986). Ценное краткое резюме закона о религиозной свободе см. у Лэйкока: "Обзор религиозной свободы в Соединенных Штатах", 47 *1 Ohio St.L.J.* 0409 (1986)

6. Праву на религиозную свободу международная защита была предоставлена по крайней мере уже во времена Вестфальского мира в 1648 году.

7. Другие ранние документы в истории религиозной свободы включают Билль Вирджинии о Правах от 1776 года, #16; Австрийский Акт о Религиозной Толерантности от 1781 года; Билль Вирджинии об Установлении Религиозной Свободы от 1 января 1786 года; Прусский Эдикт по Религии от 1788 года; Всеобщее Земельное Право для Прусских Государств, часть II, раздел II, ##1-4.

8. U.S. Const. amend. 1.

9. См. Даниель Л. Драйсбах. Настоящая угроза и суцая тень: Религиозная свобода и Первая поправка 069-77 (1987); Крузе. "Историческое значение и юридическая конструкция Первой Поправки", 2 Washburn L.J. 065 (1962); Литцау. "Переоткрытие учреждающей клаузулы: Федерализм и откат инкорпорирования", DePaul L.Rev. 01191 (1990).
10. См. Barron v. The Mayor and City Council of Baltimore, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833).
11. Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296 (1940).
12. Everson v. Board of Education, 330 U.S. 1 (1947).
13. См., напр., Wallace v. Jaffree, 472 U.S. 38 (1985).
14. Самыми известными из этих случаев являются дела, связанные с федеральным преследованием мормонов и Церкви мормонов до признания за Ютой статуса штата. См., например Reynolds v. United States, 98 U.S. 145 (1878); Davis v. Benson, 133 U.S. (1890); v. United States The Late Corporation of the Church of Jesus Christ of Latter-day Saints, 136 U.S. (1890).
15. 98 U.S. 145 (1878)
16. Ib. at 310 U.S. 296, 303-04 (1940).
17. Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296 (1940).
18. См. "Происхождение и историческое понимание свободного отправления религии", 103 Harv. L. Rev. 01409, 1433-35, 1449-53 (1990).
19. 494 U.S. 872 (1990) Smith обсуждается подробнее в тексте, сопровождаемом ниже сносками 40-43.
20. Например, по требованиям для приобретения водительских прав может понадобиться фотография водителя, но предъявление этого требования к кому-то, кто верит, что это может нарушить божественный запрет на создание идола может оказаться неуместным. См. Quaring v. Peterson, 728 F.2d 1121 (8th Cir. 1984), с подназв. Quaring v. Jensen 472 U.S. 478 (1985).
21. См. Laycock, "Summary and Synthesis: The Crisis in Religious Liberty", 60 Geo.Wash.L.Rev. 0841, 848-53 (1992).
22. См., напр., International Covenant on Civil and Political Rights, art. 18, G.A. res. 2200A(XXI), December 16, 1966, 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 52, UN Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, вступило в силу 23 Марта 1976 года.
23. Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905) (вакцинация).
24. См. McDaniel v. Paty, 435 U.S. 618, 634 (1978) (обращение со змеями).
25. См. United States v. Ballard, 322 U.S. 78 (1944) (обман).
26. Goldman v. Weinberger, 475 U.S. 503 (1986).
27. Bowen v. Roy, 476 U.S. 693 (1986); Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Ass'n, 485 U.S. 439 (1988).
28. 98 U.S. at 165.
29. 374 U.S. 398 (1963).
30. См. обсуждение дела Smith ниже по сноскам 40-43.
31. Thomas v. Review Bd. of the Ind. Empl. Sec. Div., 450 U.S. 707 (1981).
32. Frazee v. Illinois Dept. of Emp.Security, 489 U.S. 829 (1989).
33. 406 U.S. 205 (1972).
34. 113 S.Ct. 2217 (1993).
35. Pepper, " Reynolds, Yoder 0, and Beyond: Alternatives for the Free Exercise Clause", 1981 Utah.L.Rev. 0309.
36. 455 U.S. 252 (1982).
37. 475 U.S. 503 (1986).
38. В конечном итоге Конгресс отклонил постановление Верховного Суда по этому вопросу путем принятия закона, защищающего право воинского персонала на ношение религиозно предписываемой одежды.
39. 476 U.S. 693 (1986).
40. 494 U.S. 872 (1990).
41. Laycock, "Free Exercise and the Religious Freedom Restoration Act", 62 Fordham L.Rev. 0883, 890 (1994).

42. См., напр., Laycock, "The Remnants of Free Exercise", 1990, S.Ct. Rev. 1; McConnell, "Free Exercise Revisionism and the Smith Decision", 57 1U.Chi.L.Rev. 0119, 1124 (1990); Durham & Dushku, "Traditionalism, Secularism and the Transformative Dimension of Religious Institutions", 1993 1B.Y.U.L.Rev. 0421, 446-455.

43. Carmella, "State Constitutional Protection of Religious Exercise: An Emerging Post-Smith Jurisprudence", 1993 1B.Y.U.L.Rev. 0275 (1993).

44. Pub. L. 103-141 (1993).

45. См. Glendon v. Yanes, "Structural Free Exercise", 90 1Mich.L.Rev. 477 (1991).

46. См., напр., Robert Wuthnow, "The Restructuring of American Religion" 17 (1988).

47. Это вовсе не бесспорный момент. Ряд ученых доказывал, что клаузула учреждения была просто нацелена на предотвращение неравного обращения с религиозными группами, но что создатели Конституции предположили, что религия является необходимой как основа для общества, и что государство может предпочитать религию перед не-религией. Последние научные изыскания указывают, что фактически создатели уже были чувствительными к проблемам дискриминации тех, у кого нет религиозных убеждений. См. Laycock "Nonpreferentialism: A False Claim About Original Intent" 27 1Wm. & Mary L.Rev. 0875 (1986). В любом случае, прецедентное право сейчас прочно на стороне утверждения, что любое привилегирование религии является недопустимым. *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947); *Abington School District v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963) (Goldberg, J., concurring).

48. См., напр., *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947); (поддерживается перевозка автобусами, доступная для тех, кто посещает как религиозные, так и государственные школы).

49. *Walz v. Tax Commission*, 397 U.S. 664 (1970).

50. В деле *Texas Monthly v. Bullock*, 489 U.S. 1 (1989) Верховный Суд лишил силы схему освобождения от налогов в государственной торговле, которая применялась только к религиозным публикациям.

51. *Epperson v. Arkansas*, 393 U.S. 97 (1968).

52. *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578 (1987).

53. *Yarris v. McRae*, 448 U.S. 297, 319-20 (1980) (постановив, что законодательная инициатива, которая осудила и запретила финансирование аборт, не нарушила клаузулу учреждения, потому что она соответствовала верованиям Римо-католической церкви, хотя законодательная инициатива агрессивно поддерживалась католическими группами).

54. 403 U.S. 602 (1970).

55. 463 U.S. 783 (1983).

56. *Allgheny County v. American Civil Liberties Union*, 492 U.S. 573 (1989).

57. *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 306 (1952).

58. Ведущим изложением этого взгляда есть работа Kurland "Of Church and State and the Supreme Court", 29 1U.Chi.L.Rev. 01 (1961). Этот взгляд был решительно отвергнут Верховным Судом как раз два года спустя, когда Верховный Суд поддержал разрешение спора по религиозным верованиям субботников в деле *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

59. Schwartz, "No Imposition of Religion: The Establishing Clause Value", 77 1Yale L.J. 0692 (1968).

60. Всеобщая Декларация Прав Человека, art. 18, G.A. res. 217 (A(III)), December 10, 1948, U.N. Doc. A/810, at 71 (1948); American Declaration of Rights and Duties of Man, art. III, O.A.S. res. XXX, принятая Девятой Международной Конференцией Американских Государств, Богота (1948); Novena Conferencia Internacional Americana, 6 Actas y Documentos 297-302 (1953); International Covenant on Civil and Political Rights, art. 18, G.A. res. 2200A(XXI), December 16, 1966, 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 52, UN Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, вступило в силу 23 Марта 1976 года; African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 8, adopted June 27, 1981 OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev.5, 21 I.L.M.58 (1982), entered into force Oct. 21, 1986; American Convention on Human Rights, art. 12, Nov. 22, 1969, O.A.S. Treaty Series No. 36, at 1, OEA/Ser. L/V/II.23 doc. rev. 2 entered into force July 18, 1978; European Convention for the Protection of Human Rights and

Freedoms, art.9, Nov.4, 1950,213 U.N.T.S. 222, entered into force Sept. 3, 1953; дополненная Протоколом No.3 вступила в силу 21 сентября 1970 года, и Протоколом No.5 вступила в силу 21 декабря 1971 года. Интерпретация статьи 18 Международного Соглашения по Гражданским и Политическим Правам, предусмотренная Комитетом по Правам Человека, учрежденного по Соглашению, предоставляет значительную разработку религиозной свободы. Особенно важным является Общее Замечание, принятое Комитетом по Правам Человека по статье 40 параграф 4 Международного Соглашения по Гражданским и Политическим Правам к Статье 18 ССР/С/21/Rev. 1/Add.4 (24 Sept. 1993). Закон, появившийся из Европейского Суда по Правам Человека также очень важен.

61. Хельсинский процесс внес существенное прояснение и конкретность в смысл религиозной свободы. В дополнение к соответствующим положениям самого Заключительного Хельсинского Акта, Принципы 16 и 17 Венского Заключительного Документа и относящиеся к данному вопросу положения Копенгагенского Заключительного Документа обеспечивают руководство в определении рамок религиозной свободы.

62. *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Society of Sisters v. Pierce*, 268 U.S. 510 (1925).

63. См., напр., *New Life Baptist Church Academy v. Town of E. Longmeadow*, 885 F.2d 940 (1st Cir. 1989), cert. denied, 110 S.Ct. 1782 (1990); *State v. Faith Baptist Church*, 207 Neb. 802, 301 N.W.2d 571 (1981).

64. См. *Schneider*, "Religion and Child Custody", 25 1U.Vich.J. of L.Reform 0879 (1992).

65. *McCullum v. Board of Education*, 333 U.S. 203 (1948).

66. *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 306 (1952).

67. *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

68. *Abington School Dist. v. Schemop*, 374 U.S. 203 (1963).

69. *Ib.* at 301.

70. *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985) (dictum)

71. *Lee v. Weisman*, 112 S.Ct. 2640 (1992).

72. *Tilton v. Richardson*, 403 U.S. 672 (1971).

73. См. *Roemer v. Bd. of Public Works*, 426 U.S. 736 (1976).

74. *Gedicks*, "Toward a Constitutional Jurisprudence of Religious Group Rights", 1989 1Wis. L.Rev. 099.

75. *Corporation of the Presiding Bishop v. Amos*, 483 U.S. 327 (1987).

76. *N.L.R.B. v. Catholic Bishop*, 440 U.S. 490 (1979).

77. См. *Carmella*, "Houses of Worship and Religious Liberty: Constitutional Limits to Landmark Preservation and Architectural Review", 36 1Vill. L.Rev. 0401 (1991).

78. *First Covenant Church v. City of Seattle*, 120 Wash.203,840 P.2d. 174 (1992).

79. *Presbyterian Church v. Hull Church*, 393 U.S. 440 (1969).

80. *Jones v. Wolf*, 443 U.S. 595 (1979).

81. Ценное краткое изложение прецедентного права со времени дела *Jones v. Wolf* см. *Gerstenblith*, "Civil Court Resolution of Property Disputes Among Religious Organizations", 39 1Am.U.L.Rev. 0513 (1990).

82. См. напр., *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943); *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

83. *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965).

84. 398 U.S. 333 (1970)

85. *Ib.* at

86. *Gillette v. United States*, 401 U.S. 437 (1971)

87. См. вообще *Durham, Condie & Wood* "Accommodation of Conscientious Objection to Abortion Among Nurses: A Case Study of Nursing Profession", 1982 1B.Y.U.L.Rev. 0253.

Научное издание

**МОДЕЛИ ЦЕРКОВНО-ГОСУДАРСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ
СТРАН ЗАПАДНОЙ ЕВРОПЫ И США**

Сборник научных трудов

Редактор - В.Еленский

Подп., в печ. 5.09.1996. Усл. печ. л. 12. Тираж 400 экз.

Компьютерный набор: О.Саган (ответственный)

В.Медведь, В.Коломыцев

Компьютерная верстка: О.Саган

Оригинал-макет подготовлен на компьютерной базе Отделения
религиоведения Института философии НАН Украины
(252001, Киев, ул. Трьохсвятительська, 4.)