

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. *Frazer 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. Большой 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.