

ЧИ ПОТРІБНО ПРАВО НА СВОБОДУ ВІРОСПОВІДАННЯ?¹



М. ТУШНЕТ

*професор права Гарвардської школи права
(Університет Гарвард, США)*

I. ВСТУП

Уявімо, що клаузулу про свободу віросповідання було просто вилучено з Конституції. Що зміниться в сучасному конституційному праві?² Суддя Кеннеді зазначає: «[Клаузула про свободу віросповідання охоплює свободу совісті та релігії, що має близькі паралелі з положеннями про висловлювання у Першій Поправці...»³. Паралелі можуть бути настільки близькими, що насправді збігаються. Причини майже ідентичності захисту, який гарантується клаузулою про вільне волевиявлення, та захисту, який гарантується іншими конституційними положеннями, були знайдені у двох доктринальних подіях⁴. По-перше, хоча

¹ Стаття була вперше опублікована в *Loyola University Chicago Law Journal*. — 2001. — № 33. — Р. 71–93.

² Ми розглядаємо це питання таким чином, щоб ми могли визнати важливість клаузули про свободу віросповідання в історії законодавства про вільне волевиявлення. Див. *Capitol Square Review & Advisory Bd. v. Pinette*, 515 U.S. 753 (1995). «[У англо-американській історії... урядове придушення висловлювань настільки часто спрямовувалося саме на релігійні висловлювання, що клаузула про свободу слова без релігії була би, як Гамлет без принца». Там само. — С. 760. Нас цікавить не позитивний внесок клаузули про свободу віросповідання в розвиток громадянських свобод, а те, що сучасна клаузула про свободу віросповідання додає до наших громадянських свобод.

³ *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 591 (1992).

⁴ Примітка щодо характеру нашої кампанії видається доцільною. У подальшому ми пропонуємо те, що, на нашу думку, є найбільш природною інтерпретацією відповідних справ. Визнаємо, що є інші правдоподібні інтерпретації, деякі з яких надали б особливого захисту релігійній свободі за допомогою клаузули про свободу віросповідання. Див., наприклад, прим. 2, с. 225 нижче та супровідний текст (який описує більш сміливу інтерпретацію захисту, що надається клаузулою про свободу віросповідання, коли закони штату не є «загальнозастосовними»); див. також *McConnell M. W. The Problem of Singling Out Religion // DePaul Law Review*. — 2000. — Vol. 50. — Р. 1, 3 (зазначивши, що винятки, про які йдеться у *Employment Division, Department of Human Resources v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), «за умов широкої інтерпретації могли б виявитися суттєвим винятком» з основного рішення справи). На нашу думку, ті, хто пропонує ці альтернативні інтерпретації справи, роблять це, оскільки вони не погоджуються з природною інтерпретацією справи та вважають, що клаузула про свободу віросповідання повинна надавати релігійній свободі більше захисту, ніж, як виявилось, вважає Верховний Суд.

клаузула про свободу віросповідання могла та була по-різному інтерпретована у минулому, сьогодні клаузула захищає лише від норм, націлених на регулювання відправлення релігійних обрядів. Згідно із сумнозвісною справою про кактус пейот, *Employment Division, Department of Human Resources v. Smith*¹, клаузула не вимагає від штатів застосовувати їхні нейтральні положення загального застосування до відправлення релігійних обрядів². Інакше кажучи, нинішній масштаб клаузули про вільне волевиявлення доволі невеликий³.

По-друге, інші конституційні доктрини захищають широкий діапазон дій, у яких беруть участь релігійні віруючі. По суті, велику частину релігійної діяльності складають висловлювання, а тому вони знаходяться під захистом клаузули про вільне волевиявлення. Доктрина свободи слова включає вимогу про недопущення дискримінації, яку прийняв Верховний Суд по відношенню до релігійних висловлювань⁴. Багато правових норм, які виділяють релігійні висловлювання з метою негативного інтерпретування, підпадають під вимогу про недопущення дискримінації. Більш того, багато видів релігійної діяльності, що провадиться не у словесній формі, можуть бути об'єктивно описаними, як символічні висловлювання, що запускає механізм захисту свободи слова. На додаток деякі аспекти відправлення релігійних обрядів, які не охоплюються принципами свободи слова, можуть захищатися конституційним правом на близьке об'єднання. У підсумку, доктрина, яка наразі народжується та визначає право на об'єднання з метою самовираження, може забезпечити суттєвий захист внутрішньої діяльності релігійних організацій, у випадку коли ця діяльність у певному сенсі сама і складає основу релігійної спільноти⁵. Таким чином, захист, що надається релігії клаузулами, окрім клаузули про вільне волевиявлення, є відносно великим⁶.

Разом ці спостереження призводять до мого висновку: сучасна конституційна доктрина може вважати клаузулу про вільне волевиявлення зайвою⁷.

¹ *Employment Div., Dep't of Human Res. v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

² Див. прим. 1, с. 213 нижче та супровідний текст (де обговорюється нейтральність та загальні вимоги законів, застосованих в примусовому порядку).

³ Звісно, наш аргумент не спрацював би, якби була розширена сфера дії клаузули, наприклад, при судовому відхиленні справи про кактус пейот.

⁴ *Rosenberger v. Rectors & Visitors of Univ. of Va.*, 515 U.S. 819, 829 (1995) (ухвалено, що університетська норма, яка забороняє використання фондів для студентських релігійних організацій, була формою дискримінації точки зору, що порушує Першу Поправку).

⁵ Див. частину III нижче (де стверджується, що клаузула про свободу слова разом з клаузулою про свободу віросповідання захистить релігійну діяльність, яка залишилася незахищеною згідно зі справою про кактус пейот).

⁶ Стівен Грей нещодавно висловився, що уряди можуть вдатися до клаузули про заборону запроваджувати державну релігію для виправдання обмежень щодо релігійних проявів, які не були б дозволені, якщо уряд вдається до загальних поліцейських сил для обмеження нерелігійного вираження. *Gez S. G. When Is Religious Speech Not «Free Speech»? // University of Illinois Law Review. — 2000. — P. 379, 400.* Ми не звертаємось до аргументу С. Грея у цій статті, оскільки ми занепокоєні тим, що може бути названим об'ємом релігійного вираження — чи матиме це спеціальну конституційну вагу за відсутності клаузули про свободу віросповідання — а не питанням обставин, за яких обмеження подібного виявлення можуть бути виправданими. У нашому розумінні назва статті професора С. Грея є трохи оманливою, тому що стаття не стосується питання «Коли релігійні висловлювання не є “вільними висловлюваннями”?», а скоріш питання «Коли дозволено регулювати релігійні висловлювання за обставин, у яких нерелігійні висловлювання не підлягають регулюванню?».

⁷ Згідно з деякими підходами до конституційної інтерпретації цей висновок є причиною для відмови від сучасної конституційної доктрини. Подібні підходи налягають на тому, що кожне конституційне положення має

II. ВИЯВЛЕННЯ РЕЛІГІЙНИХ ПОЧУТТІВ У ЯКОСТІ ВИСЛОВЛЮВАНЬ

Як стверджує Верховний Суд, «приватні релігійні висловлювання... повністю захищаються клаузолою про вільне волевиявлення на зразок нерелігійних висловлювань»¹. Звичайно, ми повинні мати на руках аналіз закону про свободу слова, перш ніж зможемо аналізувати ту міру, до якої релігійна діяльність «повністю захищається клаузолою про вільне волевиявлення». Сьогодні наявні дві структури для аналізу свободи слова². Іноді ці дві структури дають різні результати та трохи по-різному розуміють зміст наборів рішень Верховного Суду. На нашу думку, вони не різняться суттєвим чином по відношенню до тієї релігійної діяльності, яка об'єктивно може характеризуватися, як висловлювання або символічні висловлювання³.

A. Пряме регулювання релігійної діяльності як свободи слова

Більш легкою моделлю для опису є та, яка поділяє усі дії з вираження ідей на дві категорії: першу категорію, що отримує повний захист, та другу категорію, що не отримує жодного захисту. Під *повним* захистом ми маємо на увазі, що зусилля штату з регулювання дії повинні відповідати високому стандарту⁴. Під *жодним* захистом маємо на увазі, у контексті попереднього твердження, що будуть до-

якесь незалежне значення. Див., наприклад, *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 588 (1995) (суддя Томас, окрема думка, що збігається з позицією більшості). У справі *Lopez* суддя Томас виступає проти точки зору, що Конгрес має право регулювати діяльність, яка впливає на торгівлю між штатами, оскільки у разі, якби він мав це право, багато інших повноважень Конгресу, перерахованих згідно з § 8 ст. 1, [були б] повністю зайвими. Урешті-решт, якщо Конгрес може регулювати всі питання, які суттєво впливають на торгівлю, немає потреби у тому, щоб Конституція визначала, що Конгрес може приймати закони про банкрутство, п. 4, або карбувати монету та встановлювати стандарти ваги та міри, п. 5, або карати тих, хто фальсифікує монети та цінні папери США, п. 6. Подібним чином Конгресу не потрібно було б розмежовувати повноваження зі створення поштових відділень та поштових шляхів, п. 7, або видачі патентів та реєстрації авторських прав, п. 8, або «покарання актів піратства та тяжких злочинів, скоєних у відкритому морі», п. 10. Там само. Фредерік Марк Гедікс захищає позицію, подібну до тієї, яка розроблена тут. *Gedicks F. M. Towards a Defensible Free Exercise Doctrine* // *George Washington International Law Review*. — 2000. — Vol. 68 (5–6). — P. 925–952. Професор Ф. М. Гедікс стверджує, що свобода слова та пов'язані з нею доктрини повинні розроблятися шляхом, який визнає присутність релігійного інтересу. За допомогою цього, за твердженням професора Ф. М. Гедікса, можна буде уникнути зайвості каузули про свободу віросповідання. Ми в цьому не впевнені. Наприклад, професор Ф. М. Гедікс стверджує, що релігійне виявлення слід трактувати як форму висловлювання високої цінності, але ми маємо сумнів, що це вимагатиме того, щоб ми трактували той факт, що висловлювання є релігійним, як щось, що змінює застосування стандартів визначення, коли висловлювання має високу цінність. Для обговорення питання, чи становлять релігійні висловлювання високу цінність, зверніться до прим. 3–6, с. 213, прим. 1, с. 214 нижче та супровідного тексту.

¹ *Capitol Square Review & Advisory Bd. v. Pinette*, 515 U.S. 753, 760 (1995).

² У цій статті ми не звертаємося до особливої проблеми урядових висловлювань. На нашу думку, питання щодо сучасних урядових висловлювань становить проблему у контексті загальних поліцейських повноважень уряду та клаузули про заборону запроваджувати державну релігію. Ми не вважаємо, що при уважному аналізі питання щодо допустимості висловлювань урядових чиновників, які діють у своїй офіційній якості, достатньо розглядаються в умовах вільного волевиявлення. Див. *Gey S. G. When Is Religious Speech Not «Free Speech»?* // *University of Illinois Law Review*. — 2000. — P. 392 (висновок про те, що державні службовці, які не займаються політикою, «отримують деякий захист свободи слова щодо свого виключно приватного релігійного вираження» але лише тією мірою, якою їхнє вираження не «пов'язується логічним чином з урядом»).

³ У цій статті ми не маємо наміру всесторонньо розбиратися з усіма проблемами релігійного вираження. На свій захист можемо сказати, що ми все ж таки охопимо велику частину відповідної теми. Масштаб особливого захисту вільного волевиявлення був би невеликим, навіть якщо, в чому ми сумніваємося, подібний особливий захист був би потрібним для кожної проблеми, яку ми не змогли обговорити.

⁴ Залежно від контексту цей стандарт можна описати, як жорстка перевірка або як чіткий та існуючий тест на небезпеку чи якийсь варіант, адаптований під конкретну наявну проблему. Видається, нічого суттєвого не станеться при точному формулюванні стандарту.

зволені обґрунтовані зусилля штату з регулювання дії. Справа *Chaplinsky v. New Hampshire*¹ надає відповідне формулювання цій моделі: «Є певні чітко визначені та вузько обмежені класи висловлювань, перешкоджання та заборона яких ніколи не вважалися підставою для виникнення конституційної проблеми. Вони включають розпусні та непристойні висловлювання, богохульство, наклеп, образи або «лайливі» слова...»².

Вираження «в межах» застосування Першої Поправки є повністю захищеним; вираження «за межами» — ні. А як щодо релігійного вираження ідей?

Уряди можуть прямим або непрямим чином регулювати вираження ідей. Пряме регулювання складається з правил, що забороняють вираження. Непряме регулювання підвищує вартість вираження іншим чином, зокрема, відмовивши вираженню в якомусь привілеї, наприклад, у доступі до публічної території, що доступна для інших форм вираження. Справа про кактус пейот використала ці терміни для опису прямого регулювання: пряме регулювання «вимагає (або забороняє) виконання дії, яку забороняє (або вимагає) релігійне вірування [особи]»³. Пряме регулювання недопустиме, якщо дія, яка розглядається, є віруванням або професією за віруванням, оскільки обидва є, за своєю сутністю, формою висловлювання ідей. Такі справи про примусове висловлювання, як справа *Wooley v. Maynard*⁴ роблять очевидною цю точку зору.

Але, як свідчить справа про кактус пейот, релігійне вираження залучає не тільки слова, але й «виконання (або утримання від виконання) фізичних дій...»⁵. Деякі з цих дій, однак, можна справедливо характеризувати, як символічні висловлювання. Як правило, експресивна діяльність є символічним висловлюванням, коли вона спрямована на спілкування та коли вона, являючи собою питання соціальної реальності, розуміється певною відповідною аудиторією в загальному сенсі спілкування. Багато форм ритуальних дій є символічними висловлюваннями. Так, наприклад, клас, що вивчає Біблію, залучений до промови у чистому вигляді у той час, як конгрегація, яка отримує євхаристію, залучена до символічного висловлювання⁶. Акт євхаристії має за мету спілкування членів конгрегації між собою та, що більш важливо, зі своїм Богом⁷, а не члени кон-

¹ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

² Там само. — С. 571–572 (цитуювання опушено).

³ *Employment Div., Dep't of Human Res. v. Smith*, 494 U.S. 872, 878 (1990).

⁴ *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705, 714-17 (1977) (ухвалено, що штат не може вимагати від фізичних осіб розповсюджувати ідеологію шляхом відображення девізу штату).

⁵ *Smith*, 494 U.S. 877.

⁶ Приклад адаптовано з *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263, 286 (1981) (суддя Вайт, окрема думка, що не збігається з позицією більшості).

⁷ Ми визнаємо невідповідність між цим описом та глибоким розумінням конгрегації того, що коїться; сказати, що акт віросповідання націлений на спілкування з Богом, означає, в певному розумінні, приниження акту. На додаток деякі види релігійних обрядів взагалі не визнаються релігійними прихильниками як акти комунікації. Особливо це стосується деяких релігій корінних американців. Обговорення деяких релігійних обрядів корінних американців, що позбавлені комунікаційної функції, див *Williams D. C., Williams S. H. Volitionalism and Religious Liberty* // *Cornell Law Review*. — 1991. — Vol. 76. — P. 769. Та, з іншої точки зору, можливо, конституційне визначення релігії як питання особливої уваги, передбачене клаузолюю про свободу віросповідання, полегшує визначення законом ритуалів, що виславляють Бога прихожанина, як висловлювань, що підлягають захисту клаузули про свободу слова.

грегації в нашому суспільстві загалом розуміють акт євхаристії як певний вид спілкування.

На жаль, загальний статус символічних висловлювань у внутрішньо-зовнішній моделі є заплутаним. Видається, що більшість коментаторів вірить у те, що експресивна діяльність, яка спрямована та розуміється в якості спілкування, повинна отримати повний захист. У такому випадку ритуальні дії, що підпадають під цей опис, будуть повністю захищеними¹. Позиція Верховного Суду є дещо більш складною. Експресивна діяльність, яка характеризується як символічні висловлювання, може підлягати прямому регулюванню, якщо виправданням регулюванню штатом є «відсутність відношення до придушення вільного вираження...»². Тобто пряме регулювання дозволяється, коли уряд має певну причину на регулювання, незалежно від експресивного змісту дії. Коментатори не погоджуються з підходом Суду, оскільки видається маловірогідним, що уряд діятиме або примусово застосовуватиме пряме регулювання діяльності, яка спрямована та розуміється в якості спілкування, за винятком випадку стурбованості комунікативним вмістом дії.

Розвиток внутрішньо-зовнішньої моделі з боку Суду підтверджує це розуміння. Припустимо, експресивна дія, незалежно від того, чи є це релігійний ритуал або щось інше, не підпадає під дію клаузули про свободу слова. Було б дещо неправильним заявити, що дія не отримує зовсім ніякого захисту; урядове регулювання, як і раніше, повинно бути обґрунтованим. Але Суд заявив, що є додаткова вимога, за якої регульована діяльність є експресивною. Згідно з внутрішньо-зовнішньою моделлю уряд не може дискримінувати певні точки зору, виражені в діях, включаючи висловлювання, які не охоплюються дією Першої Поправки³.

Подібні результати трапляються по відношенню до релігійних ритуалів тією мірою, якою їх можна описати як символічні висловлювання. Так висловився Суд у справі про кактус пейот, звернувшись до того, що він описав як залишковий захист, який надається клаузулою про вільне волевиявлення: штат не може заборонити певні фізичні дії, «тільки коли їх застосовують задля релігійних цілей, або тільки через те релігійне вірування, яке вони демонструють»⁴. Суд застосував це правило у рішенні щодо неконституційності місцевої заборони ритуального вбивства тварин, що відбувалося в рамках частини відправлення релігійних обрядів *Santería*⁵. Передбачена клаузулою про свободу слова заборона дискримінації точки зору дає той самий результат⁶. Таким чином, багато релігійних

¹ Див. прим. 4–5 та супровідний текст (обговорення деяких ускладнень, що виникають, коли ритуальна діяльність спрямована на комунікацію, але не розуміється таким чином).

² *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 377 (1968).

³ Див. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992) (ухвалено, що хоча «провокаційні слова» загалом не знаходяться під захистом Першої Поправки, штат може не накладати заборону, оснований на змісті, на деякі «провокаційні слова»).

⁴ *Employment Div., Dep't of Human Res. v. Smith*, 494 U.S. 872, 877 (1990).

⁵ Див. *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993).

⁶ Звісно, клуб, який вбивав тварин лише заради втіх, не міг би застосувати клаузулу про свободу слова. Але анти-вегетаріанський клуб, який вбивав тварин для вираження точки зору своїх членів, міг би так зробити, і міг посилатися на заборону дискримінації точок зору, а штат міг заборонити лише самі дії клубу щодо вбивства тварин.

ритуалів отримали б захист у якості висловлювань, незалежно від того, чи є вони висловлюваннями в чистому вигляді або символічними, оскільки є маловірогідним, що уряд застосуватиме примусове регулювання релігійної діяльності, яка спрямована та розуміється в якості спілкування, з причин, відмінних від комунікативного змісту дій.

Деякі види дій, мотивовані релігійним віруванням, включаючи певні релігійні ритуали, не можна справедливим чином описати, як символічні висловлювання. Це може бути через те, що дії, мотивовані релігійним віруванням та спрямовані на інформування про це вірування (Бога, інших членів конгрегації або більш широкого кола суспільства) не розуміються як спілкування в загальному сенсі. Як правило, це трапляється, коли комунікативне повідомлення дії є неясним для тих, хто ще не є ознайомлений з цим повідомленням. Прикладом може бути справа про кактус пейот: люди за межами релігійної спільноти можуть вірити в те, що нерелігійні переваги від вживання психотропного засобу є достатньо великими для того, щоб стимулювати людей долучитися до ритуальної дії, оскільки вони бажають отримати нерелігійні переваги¹. Подібним чином релігійно мотивоване надання притулку втікачам може розумітися скоріш як політична, а не релігійна дія, а релігійно мотивований протест проти автопсії² може вважатися просто нерациональним.

Інші релігійно мотивовані дії не можна правдоподібно описати як символічні висловлювання. Тут найкращими прикладами є справи із застосування місцевих ордонансів про зонування сфер діяльності чи історично збережених правил щодо структур церкви. Можливо, релігія вимагає, щоб церква була розташована поблизу. Претензія щодо того, що релігійні вірування конгрегації вимагають, щоб церква не надавала місць для паркування згідно з вимогами про місцеве зонування, є неправдоподібною. Відмова надати достатньо місця для паркування скоріш за все не буде мати за мету комунікативне повідомлення та майже стовідсотково не буде розумітися як таке.

Релігійно мотивовані дії, які не можна описати як символічні висловлювання, можуть підлягати регулюванню, якщо уряд має на те вагому причину, окрім випадку, коли причина є результатом релігійного змісту дії. Те саме стосується релігійно мотивованої дії, якщо вона дійсно об'єктивно характеризується як символічне висловлювання, підхід Верховного Суду до аналізу символічного висловлювання вважається прийнятним. Закони, що застосовуються в примусовому порядку та напряду регулюють релігійні дії, незалежно від того, чи є вони мовними діями або іншими релігійно мотивованими діями, є нейтральними законами загального застосування. Їхній нейтралітет є наслідком вимоги про те, що навіть поза сферою дії каузули про свободу слова уряд не може дискримінувати на основі точки зору. Їхня загальність є наслідком вимоги, що уряд

¹ Cf. *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982) (відхилення запиту віруючого про відмову сплачувати податок на соціальне страхування за своїх співробітників). У справі *Lee* суддя Стівенс зазначив, що особи, які не є членами релігійної спільноти, можуть вважати, що фінансова вигода зазначеного релігійного переконання може переважати релігійну. Там само. — С. 264, прим. 3 (суддя Стівенс, окрема думка, що збігається з позицією більшості).

² Патолого-анатомічний чи судово-медичний розтин трупа (прим. ред.)

повинен мати причини, відмінні від придушення вільного волевиявлення, для виправдання прямого регулювання експресивних дій¹. Якщо коротко, то каузула про свободу слова надає, щонайменш, стільки ж захисту релігійним діям, що й сучасне втілення каузули про вільне волевиявлення.

Тепер ми можемо ввести другу модель закону про вільне волевиявлення. У той час як внутрішньо-зовнішня модель різко розрізняє дії, які охоплюються захистом каузули про свободу слова, та тими діями, які знаходяться поза таким захистом², альтернативна модель більш схожа на цибулю з різними шарами, в яких різні типи висловлювань отримують різні ступені захисту. Ця модель виникла, коли Суд перестала влаштовувати відсутність гнучкості, пов'язана з повним захистом висловлювань у межах дії Першої Поправки згідно з внутрішньо-зовнішньою моделлю. Спочатку Суд ставився до всіх комерційних висловлювань як до таких, що є поза межами дії Першої Поправки³, але пізніше виявив, що певні комерційні висловлювання заслуговують певного ступеня захисту⁴. Суд зберіг прихований сенс того, що не всі комерційні висловлювання заслуговують однакового ступеня захисту, що надається політичним висловлюванням, та почав захищати комерційні висловлювання на рівні між повністю захищеними та незахищеними висловлюваннями⁵. Подібні зміни торкалися сексуально недовозначних, але не непристойних висловлювань. Деякі їхні форми вважалися Судом такими, що заслуговують на деякий захист, але однозначно не той захист, який надається ключовим політичним висловлюванням⁶. Тому Суд пішов у на-

¹ Дехто може трактувати вимогу загального застосування для надання дещо більшого захисту релігійній свободі. Розгляньте положення, яке регулює якусь діяльність, але містить декілька винятків, які прямо або у процесі застосування надають відповідальним особам право звільняти окремих осіб або групи від дії регулювання. Положення не буде спрямовано на дискримінацію релігійної діяльності, якщо винятки надаються лише нерелігійній діяльності, але в них буде відмовлено як нерелігійній, так і релігійній діяльності. Наша точка зору полягає в тому, що подібна інтерпретація стандарту «загального застосування» хоча і є логічною з юридичного погляду, але відноситься до одного з тих сміливих інтерпретувань, які мотивуються дискомфортом, спричиненим основним правилом, закладеним справою про кактус пейот.

² Це створює великі проблеми у процесі застосування закону про свободу слова, оскільки життєво важливою стає характеристика певної діяльності. Твердження, яке не є наклепницьким, має право на повний захист, а наклепницьке немає права на нього взагалі; сексуально відверта, але не непристойна фотографія має право на повний захист, а непристойна немає права на нього взагалі. Подібна проблема з характеристикою може виникнути по відношенню до релігійної діяльності, коли діяльність може бути широкою, але не універсальною сенсі, розумітися як спілкування. Прикладом може слугувати носіння релігійного головного убору. *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986). Судовим вирішенням проблеми у сфері свободи слова було наполягання на чіткому законодавчому визначенні питання, яке потребувало регулювання, як правило, через використання доктрини надмірної широти формулювання. Наскільки нам відомо, у сфері свободи віросповідання не було іншого подібного розвитку. Можливо, реконцептуалізація свободи віросповідання в якості свободи слова може мати перевагу створення стійкої уваги до проблем надмірної широти формулювання, які асоціюються з релігійною діяльністю. Є натяк на проблему у окремій думці судді Блекмана, що не збігається з позицією більшості, у справі про кактус пейот, який зазначив, що вживання кактусу пейот є не таким привабливим, як може здаватися. *Smith*, 494 U.S. 914 n.7 (суддя Блекман, окрема думка, що не збігається з позицією більшості). Право на свободу віросповідання до справи про кактус пейот містило тест на урівноваження, який є несприятливим для активного розвитку концепцій надмірної широти формулювання. Як тільки проблеми перемістилися у контекст свободи слова, можливо, можна буде напряму протистояти проблемам надмірної широти формулювання.

³ Див. *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52, 54 (1942).

⁴ *Va. State Bd. of Pharmacy v. Va. Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 770 (1976).

⁵ Див. там само.

⁶ Див. *Young v. Am. Mini Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50 (1976).

прямку моделі, в якій захист йде шарами: висловлювання з високою цінністю знаходяться під повним захистом, висловлювання проміжного значення (комерційні висловлювання) мають менший захист, висловлювання з низькою цінністю (сексуально недвозначні, але не непристойні висловлювання) мають ще менший захист, а висловлювання з по-справжньому низькою цінністю є майже зовсім незахищеними¹. У кожному шарі інтереси регулювання штату збільшуються за своєю важливістю. Тому інтерес, який є недостатнім для виправдання регулювання висловлювання з високою цінністю, може виправдати регулювання висловлювання проміжного значення.

Ця модель цибулі створює те, що отримало назву класифікації висловлювань за *предметом розмови*, що відрізняється від класифікацій на основі *змісту* та *точки зору*². Ступінь вивчення регулювання залежить від предмета розмови, який підлягає регулюванню. Тоді ключовим питанням цієї статті стає: до якого шару належить релігійне вираження? Ми вважаємо, що суди не зверталися до цього питання в широкому сенсі, оскільки клаузула про вільне волевиявлення забезпечувала альтернативне джерело захисту до справи про кактус пейот. Однак інтуїція підказує, що релігійним висловлюванням буде надано захист на рівні висловлювань з високою або проміжною цінністю.

Деякі пояснення того, чому політичні висловлювання є висловлюваннями з високою цінністю, однаково застосовні до релігійних висловлювань. Наприклад, уряди історично націлювалися на релігійні висловлювання з метою придушення так само, як вони націлювалися на дисидентські політичні висловлювання. На додаток, релігійні висловлювання для багатьох є щонайменш такими ж основними для самовизначення, як і політичні висловлювання. Хоча деякі з обґрунтувань, чому політичні висловлювання відносяться до висловлювань з високою цінністю, застосовуються значно меншою мірою до релігійних висловлювань. Зокрема, релігійні висловлювання не служать прямою перевіркою політичної влади можновладців так, як це роблять політичні висловлювання³. Різниця між політичними та релігійними висловлюваннями передбачає, що клаузула про вільне волевиявлення може надавати обґрунтування, незалежне від теорії свободи слова, для трактування релігійних висловлювань як таких, що мають високу цінність в рамках доктрини свободи слова.

Інтуїція підказує, що релігійні висловлювання повинні отримати щонайменш такий самий захист, як комерційні висловлювання. Передумови цього лежать далеко за межами обсягу цієї статті. Ясно, що висновки, які робляться при аналізі прямого регулювання за внутрішньо-зовнішньою моделлю, залишаться дійсними у випадку, якщо релігійні висловлювання трактуватимуться

¹ Ця модель сама по собі може перебувати у якомусь розвитку, оскільки Суд збільшив захист комерційних висловлювань, можливо, до тієї міри, коли вони отримують повний захист. Див. *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996) (постановивши, що штат не може повністю заборонити рекламу цін на спиртні напої згідно з Першою Поправкою).

² Див. *Stone G. R. Restrictions of Speech Because of its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions // University of Chicago Law Review.* — 1978. — Vol. 46. — P. 81–83 (стверджуючи, що обмеження висловлювань на основі «предмету розмови» містять чітку класифікацію обмежень у цілях аналізу за Першою Поправкою).

³ Релігійні висловлювання можуть непрямим чином сприяти перевірці урядової влади, допомагаючи заснувати важливі інституції громадянського суспільства.

як висловлювання з високою цінністю. Аналіз висловлювань з проміжною цінністю відрізняється лише тією мірою, якою регуляторні інтереси штату можуть частіше переважати інтерес свободи слова у випадку виловлювань із проміжною цінністю¹.

Б. Непряме регулювання релігійного вираження ідей у якості висловлювань

Непряме регулювання виникає тоді, коли уряд дозволяє людям брати участь у діяльності, якої вимагає їхня релігія, але підвищує витрати на подібну участь у порівнянні з витратами, які є у людей, що беруть участь у подібній, але нерелігійній діяльності. Ключовими прикладами тут є справи із залученням публічних ресурсів — грошей або місця — для підтримки діяльності, до якої одні залучаються з релігійних мотивів, а інші — з нерелігійних причин. Деякі люди бажають повідомити свої політичні погляди у громадських парках для того, щоб переконати інших погодитися з ними; інші бажають у тому самому місці з тією самою метою повідомити свої релігійні вірування. Деякі люди бажають надати їжу та притулок нужденним та бездомним на основі нерелігійної справедливості; інші бажають зробити це через свої релігійні вірування. Деякі люди бажають надавати освіту поза межами державних шкіл, оскільки вірять в те, що державні школи є неефективними; інші бажають зробити це, оскільки вони вірять, що державні школи помилково не приділяють релігії належної уваги. Уряд непрямым шляхом регулює релігійні дії, коли робить парк доступним для політичного агітатора, але не для релігійного, коли він надає фінансування для нерелігійного пункту безкоштовного харчування, але не для релігійного, та коли він створює програму ваучерів, у якій ваучери можуть бути використаними лише у приватних школах, які не пов'язані з релігійними інституціями. Коли клаузула про свободу слова забороняє непряме регулювання релігійного вираженнями ідей подібними способами?

Непряме регулювання релігійного вираження ідей набуває двох форм. Перша, коли уряд може виділяти релігійне вираження ідей з метою виключення доступу до публічного ресурсу, який є предметом суперечки. У якості альтернативи релігійне вираження ідей може підпадати під більш широку категорію діяльності, якій відмовлено у доступі до ресурсу². На думку Верховного Суду, виділення релігійного вираження ідей з метою непрямого регулювання потребує досить сильного обґрунтування, оскільки прирівнюється до дискримінації на основі точки зору³. Як у випадку з прямим регулюванням, багато видів релігійної діяльності можна описати, як експресивні, коли застосовується непряме регулювання⁴.

¹ Ці інтереси настільки різняться, що балансування, яке виникає при введенні цих варіацій, може бути настільки складним, що даремно намагатися навіть окреслити можливі результати трактування релігійних висловлювань в якості висловлювань проміжного значення.

² В останній ситуації правова норма може просто мати негативний вплив на окрему релігійну діяльність або може мати нерівноправний вплив на подібну діяльність, коли окремі особи з релігійними поглядами більш схильні брати участь у діяльності, яка потрапляє до цієї категорії, ніж інші.

³ Див. *Rosenberger v. Rectors & Visitors of Univ. of Va.*, 515 U.S. 819, 835 (1995) (ухвалено, що університетська норма, яка забороняє використання університетських фондів для підтримки студентських релігійних організацій, була формою дискримінації точки зору, що порушує Першу Поправку).

⁴ Див. прим. 5–7, с. 210, 1–2, с. 211 та супровідний текст (де обговорюється, коли символічні висловлювання є експресивною діяльністю).

Висновок щодо того, що релігійним ораторам не можна виключати доступ до публічних ресурсів, які призначені для висловлювань, здається досить прямим. Причина підтримки цього висновку є важливою. Як правило, обґрунтування на підтримку обмеження урядом доступу релігійних ораторів варіюється від бажання не підтримувати релігію навіть непрямо чинно до стурбованості, що уряд може порушувати клаузулу про заборону конгресу видавати закони, що засновують державну релігію, роблячи публічні ресурси доступними для релігійних ораторів, або, у більш вільній інтерпретації, стурбованості, що уряду не слід робити того, що виглядає як підтримка релігії або її певних видів. Це виправдання виключення доступу до публічного ресурсу, який є предметом суперечки, для релігійних ораторів, як правило, *відноситься* до релігійного змісту того, що мають сказати оратори. Однак, як ми побачили, пряме регулювання експресивної діяльності дозволено лише тоді, коли обґрунтування уряду для регулювання *не* відноситься до експресивного змісту діяльності, яка підпадає під регулювання. Правило, яке забороняє категоричне виключення доступу релігійного вираження ідей до публічних ресурсів існує паралельно із правилом проти прямого регулювання експресивної діяльності.

Далі розглянемо виключення доступу до публічних ресурсів не з міркувань релігійного вираження, а з мотивів релігійних вірувань. Деякі системи громадської допомоги нужденним унеможливають надання подібних послуг у релігійному середовищі, тобто у середовищі, в якому ті, хто надають послуги, чітко висловлюють *свої* релігійні уподобання¹. Якими є виправдання для виключення подібних постачальників послуг з програми? Деякі виправдання віддзеркалюють ті, що було перераховано вище; вони є виправданнями, які пов'язані з релігійним змістом того, що є в наявності — релігійної символіки та тверджень, яких не можуть уникнути ті, хто отримує допомогу — та середовища, в якому повинна надаватися послуга. З огляду на це ми віримо, що виключення доступу до програми постачальників послуг, які мають релігійні мотиви, є спірним.

Інші пояснення спираються на інтереси свободи слова тих, хто отримує запропоновані послуги. Нагадуємо, що примусове вираження ідей, незалежно від того, чи є воно релігійним або ні, заборонено клаузулою про свободу слова. Загальна стурбованість щодо надання певним релігійним організаціям, залученим до громадської допомоги, доступу до публічних ресурсів полягає в тому, що ті, хто отримує допомогу, будуть примушуватися до участі у релігійних заходах. Примус може бути неприкритим, коли постачальник послуг вимагає від реципієнта відвідати релігійну церемонію в якості умови отримання послуги, або наявним, коли релігійний символізм насичує місце таким чином, що реципієнту

¹ Очевидно, виключення було б конституційним, якби включення порушувало клаузулу про заборону запроваджувати державну релігію. Клаузула про вільне волевиявлення не може вимагати того, що заборонено клаузулою про заборону запроваджувати державну релігію. Звісно, сфера регулювання клаузулою про заборону запроваджувати державну релігію є сама по собі величезною темою. На нашу думку, все, що потрібно тут зазначити, це те, що наявність інтересу щодо вільного волевиявлення на додаток до, або замість, інтересу щодо свободи слова не може змінити висновок, що одне конституційне положення не може вимагати того, що забороняє інше. Ми кваліфікуємо цю думку нижче. Див. прим. 88–90 нижче та супровідний текст (твердження, що деякі законодавчі поступки релігії можуть бути прийнятними згідно з клаузулою про вільне волевиявлення, але, можливо, не будуть відповідати клаузулі про заборону запроваджувати державну релігію).

може здатися природнім перейти з пункту безкоштовного харчування до храму. За сучасного розуміння клаузули про свободу слова виключення доступу до публічних ресурсів для релігійної діяльності за цих причин могло б бути конституційним через те, що виправдання для виключення повинно було б бути описаним як таке, що не відноситься до придушення вираження, або, що на нашу думку є більш правдоподібним, тому що інтереси свободи слова реципієнтів переважають над інтересами свободи слова постачальників послуг¹.

Хтось може подумати, що клаузула про вільне волевиявлення щось додала до конституційного захисту релігійного вираження та діяльності. Ми описали проблему потенційного примусу як таку, в якій інтереси свободи слова протиставляються іншим інтересам свободи слова. У випадку, коли інтерес свободи слова на одній шальці терезів є інтересом у релігійному висловлюванні, клаузула про вільне волевиявлення, незалежно від клаузули про свободу слова, може додати ваги цій шальці. На жаль, як показують справи про примусове висловлювання, інтерес вільного волевиявлення опиняється на обох шальках терезів. Інтерес реципієнта щодо уникнення примусового висловлювання є також інтересом у релігійному висловлюванні, оскільки принцип вільного волевиявлення рівною мірою захищає свободу невіруючих та віруючих.

Фінальною проблемою для розгляду є непряме регулювання у формі законів, які мають негативний або нерівноправний вплив на релігійну діяльність. Сучасний закон про свободу слова надає невеликий захист від цих непрямих регулювань. Типовим прикладом є справа *Clark v. Community for Creative Non-Violence*². У справі *Clark* Суд підтримав застосування загального правила проти кемпінгу у національних парках для того, щоб заборонити захисникам бездомних побудувати «наметове містечко». Наметове містечко стало б показником того, що національна політика позбавила мешканців наметового містечка допустимого притулку³. Застосування регулювання до наметового містечка мало очевидний негативний вплив на здатність захисників виразити свою точку. Ця справа показує, що сам по собі негативний вплив на вираження ідей не позбавляє законної сили допустимих за всіма іншими ознаками регулювань. А також, як показала справа про кактус пейот, не спричиняє негативного впливу на релігійну діяльність⁴.

Більш ранні справи, які, здається, Суд вважає гарним правом, пропонують, щоб клаузула про свободу слова забороняла деякі регулювання, які негативно впливають на висловлювання⁵. У деяких з цих справ, здається, Суд стурбований

¹ У іншому випадку, можливо, деякі системи, в яких уряд ставить приватні сторони у положення примусу щодо інших, явно чи приховано, до релігійного вираження, порушували б клаузулу про заборону запроваджувати державну релігію. Див. *Santa Fe Indep. Sch. Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000) (ухвалено, що політика шкільного округу дозволити молитву під час футбольної гри під керівництвом учня порушувала клаузулу про заборону Конгресу запроваджувати державну релігію).

² *Clark v. Cmty. for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984).

³ Там само. — С. 299.

⁴ Див. *Employment Div., Dep't of Human Res. v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

⁵ Див., наприклад, *Martin v. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943) (ухвалено, що закон, який забороняє фізичним особам стукати у двері для розповсюдження літератури, порушував Першу Поправку); *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939) (скасування постанови, що порушує Першу Поправку тим, що забороняє розповсюдження літератури на громадських вулицях).

тим, що застосування очевидно нейтрального регулювання матиме нерівноправний — а не просто негативний — вплив на деякі ідентифіковані класи. Для використання найчіткішого прикладу, заборона всім без винятку використовувати міські парки або вулиці для демонстрації матиме більш серйозний вплив на відносно бідних, ніж на відносно забезпечених. Останні можуть віднайняти місце для зборів або придбати час на телебаченні для поширення свого повідомлення; перші — не можуть. Вважаємо межі доктрини нерівноправного впливу досить нечіткими¹. Якщо існує подібна доктрина, вона повинна адаптуватися для того, щоб доктрина нерівноправного впливу на свободу слова могла застосовуватися до регулювань, які мають нерівноправний вплив на релігійне вираження ідей².

В. Висновок

Клаузула про свободу слова в сучасній інтерпретації забезпечує захист практично всьому, що охоплюється клаузулою про вільне волевиявлення в сучасній інтерпретації. Є деякі сфери, в яких перекривання є неповним, де клаузула про вільне волевиявлення забезпечує своєрідний захист навіть після справи про кактус пейот. Однак ці сфери є доволі невеликими. Втрата буде незначною, якщо клаузулу про вільне волевиявлення в сучасній інтерпретації було б виключено з Конституції. Згідно з нашими наступними аргументами дещо з того, що могло бути втраченим, можна було б знову повернути згідно з доктриною, яка захищає право на об'єднання для самовираження, яка наразі переживає етап становлення.

III. ВІДПРАВЛЕННЯ РЕЛІГІЙНИХ ОБРЯДІВ ТА ПРАВО НА ОБ'ЄДНАННЯ ДЛЯ САМОВИРАЖЕННЯ

А. Вступ: Захищаючи винятки для священиків

Директива штату, що церква, яка приймає на роботу особу в якості священика, якій не вистачає того, що церква вважає суттєвою кваліфікацією для роботи, вважатиметься квінтесенцією порушення клаузули про вільне волевиявлення. Хоча можливість того, що штат міг зробити це, не порушуючи клаузули, відкрилася після справи про кактус пейот³. Багато законів штату забороняють дискримінацію на основі статі та сімейного положення. Деякі конфесії мають релігійні принципи, за якими тільки чоловіки або одружені люди можуть працювати священиками. Наскільки нам відомо, жоден закон про боротьбу з дискримінацією не був інтерпретований для заборони цієї практики прийняття на роботу, при цьому законодавчі органи створюють винятки для церкви або судів для інтерпретації законодавчих по-

¹ Фредерік Марк Гедікс, прим. 7, с. 208 вище (твердження, що існуюча доктрина свободи слова скоріш забезпечує сильний захист, коли висловлювання випадково обтяжуються поверхово нейтральними правовими нормами). Ми вважаємо, що Ф. М. Гедікс надає більшої ваги деяким вербальним формулюванням Суду, ніж це є доречним у світлі способу, яким Суд застосував свою перевірку. На нашу думку, існуюча доктрина забезпечує відносно невеликий захист, коли нерелігійні висловлювання випадково обтяжуються, та забезпечить такий самий відносно невеликий рівень захисту релігійним висловлюванням.

² Ми не певні, що є якісь гарні приклади подібних регулювань або, якщо такі існують, що вони мають значення взагалі. Якщо вони рідкі або неважливі, наша головна думка буде наступною: клаузула про вільне волевиявлення додає невелику важливість до того, що є в наявності згідно з клаузулою про свободу слова.

³ Див. *Smith*, 494 U.S. 872.

ложень про боротьбу з дискримінацією як таких, що не стосуються дій, які розглядаються¹. Однак справа про кактус пейот пропонує штатам *можливість* застосування їхніх законів про боротьбу з дискримінацією до практики церкви щодо прийняття на роботу, не порушуючи клаузули по вільне волевиявлення, оскільки подібні закони видаються нейтральними законами загального застосування². Однак клаузула про вільне волевиявлення не є єдиним конституційним положенням, прийнятним для церкви для захисту її практики прийняття на роботу.

Серія справ, кульмінацією якої була справа *Boy Scouts of America v. Dale*³ визнає конституційно захищене право на об'єднання для самовираження⁴. Справа *Dale* окреслила контури цього права. По-перше, право захищає об'єднання, які «залучені до певної форми вираження, незалежно від того, чи є воно суспільним, чи приватним»⁵. Бойскаутів кваліфікували за цим стандартом, оскільки організація шукала способів «передачі... системи цінностей»⁶. По-друге, суди повинні «покладатися[] на твердження об'єднання по відношенню до природи їхнього вираження»⁷. Тобто цінності, які бажає передати об'єднання, просто є такими, якими вони є за твердженням об'єднання. Суди не повинні вивчати цінності або точки зору, які виражаються, для визначення того, чи є вони «внутрішньо несумісними» чи іншим чином проблематичними, доки їх широко дотримуються⁸. По-третє, право на об'єднання для самовираження послаблюється, якщо вимога уряду «значною мірою впливає на здатність групи захищати суспільні або приватні точки зору»⁹. Наостанок, так само, як суди повинні покладатися на твердження об'єднання щодо їхньої точки зору, вони також повинні покладатися на «точку зору об'єднання щодо того, що послабить їхнє вираження»¹⁰. Зокрема, деякі юридичні особи, які мають право на захист права на об'єднання

¹ У федеральному контексті розділ VII виключає «релігійну корпорацію, об'єднання, навчальний заклад або спільноту по відношенню до прийняття на роботу фізичних осіб певної релігії для виконання роботи, пов'язаної з її здійсненням подібною корпорацією, об'єднанням, навчальним закладом або спільнотою своєї діяльності». Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. § 2000e-1(a) (1994). Також «не представлятиме собою незаконного прийняття на роботу для школи, коледжу чи іншого навчального закладу... наймання та прийом на роботу осіб, що сповідують певну релігію, якщо... навчальний план подібної школи, коледжу, університету або іншого навчального закладу... спрямований на пропагування певної релігії». Там само, § 2000e-2(e)(2). Розділ VII також виключає прийняття на роботу, звільнення або розмежування на основі релігії, коли «релігія... виступає в ролі професійних обмежень, що висуваються обґрунтованим чином для природної роботи цього певного бізнесу або підприємства». Там само, § 2000e-2(e)(1).

² Див. *Battaglia J. M. Religion, Sexual Orientation, and Self-Realization: First Amendment Principles and Anti-Discrimination Laws* // *University of Detroit Mercy Law Review*. — 1999. — Vol. 76. — P. 189, 376–377 (стверджується, що «[є] сумнівним», чи витримає конституційна вимога щодо адміністративного виключення перевірку справою про кактус пейот); див. також *Smith*, 494 U.S. at 872.

³ *Boy Scouts of Am. v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000).

⁴ Див. *New York State Club Ass'n, Inc. v. City of New York*, 487 U.S. 1 (1988); *Bd. of Directors of Rotary Int'l v. Rotary Club of Duarte*, 481 U.S. 537 (1987); *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984).

⁵ *Dale*, 530 U.S. 648.

⁶ Там само. — С. 650.

⁷ *Dale*, 530 U.S. 653.

⁸ Там само. — С. 651.

⁹ *Dale*, 530 U.S. 648.

¹⁰ Там само. — С. 653. Відповідні твердження здаються недостатніми, якщо брати їх поодиночі; очевидно, суди повинні задовольнятися тим, що твердження асоціації щодо заподіяння шкоди щонайменш обґрунтоване в якомусь мінімальному сенсі.

для самовираження, захищені від «[]примусового включення небажаної особи», оскільки подібне включення «змусить об'єднання надіслати повідомлення... світові», яке є несумісним з власним повідомленням об'єднання¹.

Точний обсяг права на об'єднання для самовираження ще потребує визначення. Як мінімум, від надає конституційну основу, відмінну від клаузули про вільне волевиявлення, для виключення співробітників церкви від дії законів про боротьбу з дискримінацією. Церкви чітко залучаються до суспільного та приватного вираження та шукають засобів передачі низки цінностей. Церква, яка стверджує, що її повідомлення буде послаблене через відповідність закону про боротьбу з дискримінацією, стверджує, що, наприклад, включення жінок у ряди священників надсилатиме світові повідомлення, яке є несумісним з власними цінностями церкви.

Виняток для священників легко підтримати згідно з правом на об'єднання для самовираження. Таким є дещо ширше застосування церковних винятків щодо прийняття на роботу. Майкл МакКоннелл висловлює думку, що обмежене інтерпретування права на об'єднання для самовираження може не забезпечити повного захисту церковним рішенням щодо прийняття на роботу: «Церква або синагога [не повинні] доводити, що прийняття на роботу будь-якої певної особи буде несумісним з їхньою експресивною метою; закон поважає фундаментальну автономію релігії по відношенню до будь-якого прийняття на роботу в релігійній якості»². Акцент справи *Dale* на юридичній повазі до характеристики інституцією своїх експресивних дій означає, що церквам не доведеться демонструвати несумісність, а просто заявити про неї для отримання захисту, який, на думку МакКоннелла, є бажаним. Більш цікаві та складні справи виникають унаслідок двох компонентів доктрини Верховного Суду. Одним з них є тест на визначення того, чи має суб'єкт право на експресивне об'єднання; іншим — тест на визначення того, коли подібний суб'єкт повинен надсилати повідомлення, яке є несумісним з його власним.

Б. Ідентифікація юридичних осіб, що підпадають під дію права на об'єднання для самовираження

Як постановив Суд у справі *Dale*, для того щоб потрапити під дію права на об'єднання для самовираження, юридична особа «повинна бути залучена до якоїсь форми вираження, незалежно від того, чи є вона публічною, чи приватною»³. Давайте розглянемо звичайне комерційне підприємство, яким володіє група глибоко релігійних друзів, які розміщують об'єкти втілення своїх релігійних вірувань у місці виконання своєї робочої діяльності⁴. Можна негайно уявити

¹ *Dale*, 530 U.S. 648, 653.

² *McConnell*, прим. 4, с. 207 вище.

³ *Dale*, 530 U.S. 648 (виділено автором).

⁴ Ми використовуємо приклад бізнесу, яким володіє група осіб задля показової мети, — щоб уникнути питань, які можуть виникнути, якщо бізнесом володітиме одна особа, чие право на об'єднання може вважатися як таке, що не охоплюється регулюваннями, які обмежують показ релігійних матеріалів в місці розміщення компанії. Ми вважаємо, що індивідуальний власник все-таки має право на об'єднання для самовираження з причин, які обговорюються нижче, але вважаємо за краще обговорити комерційні підприємства, перш ніж дискутувати щодо приватних.

собі обвинувачення в тому, що розповсюдження цих об'єктів являє собою утиск співробітників на основі релігії¹ або що демонстрація дискримінує потенційних покупців, які є прихильниками інших релігій або взагалі не притримуються жодної релігії. Чи будуть власники захищені правом на об'єднання для самовираження проти подібних звинувачень?

Привабливою є думка про те, що право на об'єднання для самовираження поширюється лише на тих юридичних осіб, які організовано лише з метою вираження, або, можливо, у більш широкому розумінні на тих юридичних осіб, які займаються переважно вираженням. Цього було б достатньо, щоб вважати такими інституціями церкви², але це б залишило релігійних віруючих, які діють через інші типи організацій, незахищеними. Однак справа *Dale* показує, що юридичні особи, які мають право на захист прав на об'єднання для самовираження, не повинні присвячувати себе лише вираженню або навіть передачі цінностей. Бойскаути займаються багатьма видами діяльності, окрім вираження або передавання цінностей, включаючи певні види комерційної діяльності. За заявою Суду «об'єднання не повинні створюватися задля “мети” розповсюдження певного повідомлення» для того, щоб бути захищеними правом на об'єднання для самовираження³. Річард Епштейн вказав на те, що ледь не кожне комерційне підприємство має «корпоративну культуру», що слугує для вираження основних переконань підприємства⁴. За Р. Епштейном «кожна організація залучається до експресивної діяльності, коли захищає себе від своїх власних членів та решти світу»⁵. Згідно з цим аналізом справа *Dale* може надати конституційного захисту всім об'єднанням.

Поширення права на об'єднання для самовираження на звичайні комерційні підприємства, якими володіють та в яких працюють люди з глибокими релігійними або політичними віруваннями, може бути досить проблематичним. Власник ресторану *Ollie's Barbecue* міг мати політичні або моральні протести щодо обслуговування у своєму ресторані афро-американців⁶. Лестер Меддокс, який

¹ За прикладами зверніться до *Volokh E. What Speech Does «Hostile Work Environment» Harassment Law Restrict? // Georgetown Law Journal. — 1997. — Vol. 85. — P. 627, 630–633.* Подібні приклади домагання включають розміщення роботодавцем релігійних статей в інформаційному бюлетені для співробітників та вірші на християнську тематику на платіжних чеках; інший роботодавець дозволив транслювати молитви через систему гучного зв'язку. Там само.

² *Bernstein D. E. Antidiscrimination Laws and the First Amendment // Missouri Law Review. — 2001. — Vol. 66. — P. 83.* Стаття наводить на висновок, що *Dale* захистить релігійні школи, які звільняють «співробітниць, які завагітніли поза шлюбом, якщо секс поза шлюбом критикується церквою-спонсором» та що «[Ш]церкви, які навчають, що мати повинна лишатися вдома з малими дітьми можуть... відмовитись від прийняття на роботу жінок з малими дітьми». Там само. — С. 130–131. Цікаво, чи релігійна школа, яка стверджує, що діє через стурбованість навколо «сексу поза шлюбом» може таким чином виправдати звільнення лише незаміжніх вагітних жінок, а не чоловіків, які вступають у статеві відносини поза шлюбом. Звісно, школа могла б переформулювати свою стурбованість, оснований на релігії, щоб мати справи лише з «сексом поза шлюбом з боку жінок» тоді згідно зі справою *Dale* ця зміна формулювання отримала б повагу.

³ *Dale*, 530 U.S. 655.

⁴ *Epstein R. A. The Constitutional Perils of Moderation: The Case of the Boy Scouts // Southern California Law Review. — 2000. — Vol. 74. — P. 119, 139–140.*

⁵ Там само. — С. 140.

⁶ Див. *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964) (відхилення претензії на основі клаузули про регулювання торгівлі, що Закон про громадянські права 1964 р. не можна було застосовувати до *Ollie's Barbecue*).

став губернатором штату Джорджія, привернув увагу громадськості, коли завзято протестував проти «об'єднання» з афро-американцями шляхом надання їм послуг у своєму ресторані¹. Тому право на об'єднання для самовираження може загрожувати примусовому застосуванню законів про боротьбу з дискримінацією, якщо суто комерційні підприємства, якими володіють люди з сильними переконаннями, отримують право на подібний захист.

Формулювання Суду у справі *Dale* — «повинен бути залученим до іншої форми вираження» — має тенденцію підтримувати широке застосування права на об'єднання для самовираження. Сама дискримінаційна дія, як хтось може зауважити, є вираженням, якого достатньо для того, щоб ввести до гри право на об'єднання для самовираження². У якості альтернативи можна навести аналогію з об'єднанням, що примушується законом про боротьбу з дискримінацією до примусового вираження в контексті свободи слова. Можливо, найкращим було б зазначити, що десь треба провести межу, відмітивши тільки, що розмір, обсяг вираження по відношенню до обсягу комерційної діяльності, та ступінь, у межах якого юридична особа перебуває під приватним наглядом фізичних осіб, які дотримуються певних точок зору, впливатиме на проведення межі. Тобто, чим більшим та більш комерціалізованим є підприємство, тим менш вірогідно, що претензія щодо вдалого права на об'єднання для самовираження буде вдалою³.

Якщо великі комерційні підприємства становлять одну проблему із визначення сфери дії права на об'єднання для самовираження, занадто малі підприємства висувають іншу. Тут є модель, в якій окремих домовласник здає орендарам кімнату або половину двоквартирного будинку, в якій він або вона не проживає, в оренду. Домовласник може заперечувати з релігійних міркувань проти сумісного проживання пари, яка не перебуває в шлюбі, та відмовитись здавати кімнату парі в громадянському шлюбі. Примусове застосування закону, який забороняє дискримінацію на основі перебування або не перебування в шлюбі може спричинити те, що об'єктивно називається об'єднанням з домовласником проти його бажання. Хоча, як із жалем зазначив Герберт Вехслер, уряд повсякчас змушує до об'єднання з осо-

¹ *Ayres I.* Alternative Grounds: Epstein's Discrimination Analysis in Other Market Settings // *San Diego Law Review*. — 1994. — Vol. 31. — P. 67, 72 (цитуючи некролог Меддокса на підтримку твердження, що «Лестер Меддокс отримав національну відомість незабаром після прийняття Закону про громадянські права 1964 р., коли він роздавав обухи прихильникам для того, щоб запобігти протекції чорношкірих над його рестораном у Атланті, *Pickrick*»).

² Аналогічні аргументи були висунені у зв'язку з претензіями, що ці вирази знаходяться під прямим захистом Пункту про свободу слова. Література доволі обширна. Див., наприклад, *Epstein D.* Can a «Dumb Ass Woman» Achieve Equality in the Workplace? Running the Gauntlet of Hostile Environment Harassing Speech // *Georgetown Law Journal*. — 1996. — Vol. 84. — P. 399; *Volokh E.* Comment, Freedom of Speech and Workplace Harassment // *UCLA Law Review* 1992. — Vol. 39. — P. 1791. Вважаємо, що доповнення аргументів щодо свободи слова аргументом, який притягує право на об'єднання для самовираження, не змінить нічию позицію щодо того, де слід провести лінію.

³ *Bernstein D. E.* Antidiscrimination Laws and the First Amendment // *Missouri Law Review*. — 2001. — Vol. 66. — P. 215–217. Бернштейн опирається на той факт, що суддя Сандра Дей О'Коннор проголосувала з більшістю у справі *Dale* та попередньо зазначила, що право на об'єднання для самовираження поширювалося лише на ті об'єднання, які з самого початку були створені з цією метою, щоб підтримати свій висновок, що право поширюється лише на некомерційні організації. Там само. — С. 127. Згідно з Д. Бернштейном, «[]важко уявити, як комерційна організація буде успішно аргументувати, що вона існує переважно для мети самовираження». Там само. Хотілося б зазначити, що це обмеження здається трохи натягнутим порівняно з вочевидь більш широким формулюванням справи *Dale*.

бами проти їх бажання¹. Справа домовласника може відрізнятись від звичного випадку примусового об'єднання з двох причин. По-перше, обставини видаються більш інтимними, більш напряду пов'язаними з визначенням домовласником своєї особистості, ніж у загальному випадку примусового об'єднання за допомогою закону про боротьбу з дискримінацією². Тобто домовласник може мати змогу вимагати права на інтимне об'єднання в якості підстави визнання неконституційним цього певного типу «примусового об'єднання». По-друге, суспільство може бути більш схильним прийняти ці претензії в якості щирих на основі ідеї про те, що об'єднання у відносно невеликих за масштабом взаємодіях надсилатиме світові повідомлення, яке є несумісним з повідомленнями, які бажає надсилати особа, що висуває заперечення. Таким чином, справа з примусовим об'єднанням отримує специфічний експресивний компонент. Інтуїція підказує, що домовласник, який фізично присутній поблизу житла, що здається в оренду, матиме змогу запросити захисту згідно з правом на об'єднання для самовираження.

В. Ідентифікація недопустимо примусових висловлювань

Другою проблемою з правом на об'єднання для самовираження, яка заслуговує на увагу, є висновок Суду у справі *Dale*, що право порушується, коли законодавчий акт вимагає від юридичної особи, на яку поширюється право на об'єднання для самовираження «відправляти повідомлення світові», які є несумісними з власними віруваннями юридичної особи³. У справі *Dale*, примусове застосування законів штату із боротьби з дискримінацією не потребувало б від бойскаутів фактичного відсилання буквального повідомлення. Скоріш, згідно зі словами Суду, «присутність Дейла» відправляє повідомлення⁴. Дія, а не слова, посиляє повідомлення, яке вступає у протиріччя з власним повідомленням бойскаутів.

Різноманітні дії можуть відсилати повідомлення, яке порушує право на об'єднання для самовираження. Розгляньте ідею ганебного вчинку, що розвинулася у моральному ученні римсько-католицької церкви. За одним визначенням дія може представляти собою ганебний вчинок, коли вона призводить до того, що хтось грішить або перестає поважати учення церкви⁵. Ідея ганебного вчинку

¹ *Wechsler H. Toward Neutral Principles of Constitutional Law // Harvard Law Review. — 1959. — Vol. 1. — P. 73* (стверджуючи, що «свобода об'єднань заперечується розподілом» та аргументуючи, що та ж сама свобода заперечується також десеграцією).

² Здається, юрисдикційне обмеження у федеральному законі із боротьби з дискримінацією, яке поширює діапазон дії тільки на неprivатні обставини, підтверджує наше розуміння, що суспільство визнає різницю між приватними та неprivатними обставинами. Закон про громадянські права 1964, 42 U.S.C. § 2000e(b) (1994) (визначаючи роботодавця, як того «хто має п'ятнадцять або більше співробітників»); Закон про заборону расової і релігійної дискримінації при продажі будинку, 42 U.S.C. § 3603(b)(2) (1994) (за виключенням із Закону про заборону расової і релігійної дискримінації при продажі будинку 1968 року багатоквартирних будинків з менш ніж чотирьох блоків, якщо в одному з них живе власник). Звісно, це юрисдикційне обмеження є лише офіційним і ми стверджуємо, що Конституція вимагає деякого юрисдикційного обмеження, щонайменш, коли претензії проти примусового об'єднання ґрунтуються на стурбованості щодо вираження, незалежно від того, чи є воно релігійним, чи політичним.

³ *Boy Scouts of Am. v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000).

⁴ Там само. — С. 653.

⁵ *Ashley B. M., Blois J. De, O'Rour K. D. Health Care Ethics: A Theological Analysis. — Washington : Georgetown University Press, 1997. — P. 195.*

проста: не католики перестають поважати церкву, коли бачать, як католик або інституція, яка має відношення до церкви, залучаються до дій, що видаються несумісними з тим, що віруючі вважають католицькою доктриною, оскільки споглядачі вважатимуть дії лицемірними. Прикладом проблеми може бути питання, чи слід надавати лікарю, який виконує вибірково стерилізацію у своїй приватній медичній практиці, лікарські привілеї у лікарні, яка діє під контролем католицької церкви.

Концепція ганебного вчинку відіграє велику роль у складному моральному ученні католицької церкви, що має справу із співробітництвом зі злом. У цьому ученні можливість ганебного вчинку є одним елементом, який треба брати до уваги, коли католик або інституція, яка має відношення до церкви, розглядає певну дію; він зрідка є регуляторним. Однак це є лише характеристикою специфічного учення католицької церкви. Фізичні або юридичні особи, захищені правом на об'єднання для самовираження, можуть прийняти більш широкую інтерпретацію ганебного вчинку, ніж моральне учення католиків¹. Наприклад, домовласник, який обговорювався раніше, міг мати особисті переконання, за якими це було б ганебним вчинком, якби люди знали, що він чи вона здає в оренду двоквартирний будинок для пари у громадянському шлюбі. Фізична або юридична особа, на яких поширюється право на об'єднання для самовираження, можуть стверджувати, що відповідність деяким урядовим директивам була б ганебною у відповідному сенсі; це б призвело до того, що інші перестали б поважати відданість цієї фізичної або юридичної особи своїм релігійним віруванням. Зверніть увагу на те, що сутністю ганебного вчинку полягає в тому, що ганебні дії втручаються у повідомлення, яке намагається передати фізична або юридична особа. На додаток справа *Dale* вказує на те, що суди повинні покладатися на власну характеристику позивача його релігійних вірувань, що, на нашу думку, повинно включати вірування щодо того, що є ганебним. За допомогою цього фізична або юридична особа можуть мати змогу обґрунтувати претензію щодо того, що відповідність урядовим регулюванням порушує право на об'єднання для самовираження².

Г. Висновок

У справі *Dale* уперше Верховний Суд виявив, що закон штату порушив право на об'єднання для самовираження. З точки зору більшості, справа могла бути особливо сильною через примусове виконання цього права. Однак важливо зазначити, що четверо суддів розійшлися у думках. Тому слід бути обережним при розвитку надійних та масштабних доктрин на основі справи *Dale* та її аналітичної структури. Хоча, можливо, слід повірити Суду на слово. Справа *Dale* в якості доктрини могла б підтримати розвиток конституційних заборон суттєвого ді-

¹ Див. *Frazee v. Ill. Dep't of Employment Sec.*, 489 U.S. 829 (1989) (постановивши, що клаузула про вільне волевиявлення захищає особу з ширими релігійними віруваннями, навіть якщо особа не є членом визнаної релігійної секти або церкви).

² Думка Суду у справі *Dale* пропонує судам переглянути претензію щодо ганебного вчинку, щоб побачити, чи позивач щиро вірить, що відповідність нормам призведе до ганебного вчинку. Див. *Dale*, 530 U.S. 646–647. Історично суди неохоче визнавали, що віра, яку нібито сповідував позивач, була неширою, і ми підозрюємо, що те саме стосується права на об'єднання для самовираження.

пазону регулятивних зусиль штату, які можуть прямим чином не підпадати під захист клаузули про свободу слова. У цьому випадку незалежний вклад клаузули про вільне волевиявлення у релігійну свободу був би ще зменшеним.

IV. ЗАЛИШКОВІ ВПЛИВИ ПУНКТУ ПРО ВІЛЬНЕ ВОЛЕВИЯВЛЕННЯ

Клаузула про вільне волевиявлення має деякий залишковий зміст після справи *Smith*, справи про кактус пейот. По-перше, закони штату захищені імунітетом від критики вільного волевиявлення тільки у випадку, якщо вони є нейтральними законами загального застосування. Як показує справа *Santeria*, закони, які піддають релігійну практику несприятливому ставленню, підлягають уважному конституційному вивченню¹. Хоча практично кожен подібний закон підлягатиме тому самому ступеню уважного вивчення згідно з клаузулою про свободу слова. Як ми побачили, значна частина релігійної діяльності — це або висловлювання в чистому вигляді, або діяльність, яка може об'єктивно характеризуватися, як експресивна поведінка. Коли штат виділяє подібні висловлювання або експресивну поведінку з метою регулювання, він стає учасником дискримінації точки зору. Урешті-решт, диференційоване ставлення до якоїсь діяльності є просто ще одним способом дискримінації цієї діяльності з боку уряду. Клаузула про вільне волевиявлення у залишковому вигляді може захистити від законів, які виділяють релігійну діяльність, яка не може об'єктивно характеризуватися, як експресивна поведінка, але ми впевнені у тому, що кількість випадків, в яких буде необхідність у подібному захисті, досить невелика. Діяльність, яка настільки дратує людей, що вони тиснуть на своїх представників, щоб ті регулювали лише цю діяльність, а не іншу подібну діяльність, має велику вірогідність бути релігійними висловлюваннями або експресивною поведінкою.

Більш цікавим залишковим компонентом клаузули про вільне волевиявлення є той захист, який надається так званим гібридним претензіям, де претензії щодо вільного волевиявлення було б недостатньо для спричинення уважного вивчення складної урядової поведінки, якби вона не поєднувалася з іншою претензією на конституційній основі, яка б також була недостатньою сама по собі². Ніколи не було пояснення, як ми маємо розуміти захист, який надається гібридам. Рада

¹ *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993).

² Ми не обговорюємо іншу кваліфікацію справи *Smith*, яку Суд розмістив при своєму формулюванні доктрини вільного волевиявлення, що все ще можна висувати дійсні претензії щодо вільного волевиявлення у контексті, де у штаті вже є існуючий механізм для індивідуалізованих визначень, які відносяться до претензій щодо вільного волевиявлення. Див. *Employment Div., Dep't of Human Res. v. Smith*, 494 U.S. 872, 880–881 (1990). Ми знаємо, що не було прийнято жодного рішення на основі цієї кваліфікації, яке б у будь-якому разі виглядало досить невиправданим фактами справи *Smith*, та, наскільки нам відомо, жодної іншої справи щодо вільного волевиявлення, яку вирішував Суд. Коли Суд аналізував справу *Smith*, питання у рішенні було в тому, чи повинен був штат пристосувати своє кримінальне законодавство проти вживання наркотиків в інтересах тих, хто вживав кактус пейот у релігійних церемоніях. Там само. — С. 874. Однак контроль за виконанням кримінального законодавства містить багато можливостей для індивідуальних визначень, як неформальних, коли робітники прокуратури виносять рішення, які справи передавати до суду, так і формальних, коли журі можуть запитати, чи заявив відповідач претензію для пристосування, яку треба поважати. Якщо можна було б застосувати кваліфікацію до справи *Smith*, було б важко побачити, який би зміст вона мала. Див. також *McConnell M. W. The Problem of Singling Out Religion // DePaul Law Review. — 2000. — Vol. 50. — P. 3* (зауваживши, що «декілька законодавчих норм є загальнозастосовними у всіх аспектах без винятків та без взяття до уваги одиничних випадків»).

Апеляційного суду Дев'ятого округу запропонувала обширний та, на нашу думку, занадто щедрий аналіз питання гібридів у рішенні, що наразі є анульованим¹. Справа стосувалася примусового введення в дію місцевого закону, який забороняв дискримінацію потенційних орендарів з боку домовласників на основі відсутності офіційного шлюбу. Домовласник мав релігійні заперечення щодо проживання разом неодружених та відмовлявся здавати квартиру неодруженій парі, які, на думку домовласника, були більш ніж сусідами по кімнаті.

Суд вважав, що уважне вивчення було виправданим, коли заявник надав серйозні аргументи щодо того, що діяльність, яка підлягала регулюванню, перебувала під захистом іншого конституційного положення, окрім клаузули про вільне волевиявлення, разом із суттєвим аргументом, що регулювання мало нерівноправний негативний вплив на окремих особистостей з певними релігійними віруваннями². Це формулювання приблизно означатиме відновлення клаузули про вільне волевиявлення у її вигляді до справи *Smith*, у світлі готовності серйозних аргументів на підтримку величезного діапазону пред'явлених конституційних претензій. Що є більш важливим — це те, що здається досить вірогідним, що згідно з сучасним законодавством домовласник має не просто серйозну конституційну претензію, а ще й хорошу претензію, наполягаючи на тому, що його утримання від дискримінації неодружених пар порушить його право на експресивне вираження³.

Клаузула про вільне волевиявлення може мати фінальний та, можливо, неочікуваний залишковий вплив. Подумайте про дозволене пристосування релігії, тобто законодавчі положення, в яких саме законодавство регулює діапазон своїх нормативних програм шляхом виключення деяких потенційних суб'єктів регулювання за допомогою прямого посилання на якусь релігійну рису їхньої діяльності або складової. Це пристосування піддавалось оскарженню каузулою про заборону Конгресу видавати закони, що засновують державну релігію⁴. Які виправдання для подібного пристосування матимуть законний вплив за відсутності каузули про вільне волевиявлення? Без каузули про вільне волевиявлення дія законодавства повинна буде виправдовуватися якимось аспектом загальних поліцейських повноважень. Тобто пояснення відмови розширити регуляторні повноваження до повної міри, що пропонується законодавчою інтерпретацією за відсутності пристосування, повинно буде робити посилання на загальні повноваження законотворчості у суспільних інтересах, включаючи суспільний інтерес щодо терпимого поведіння із релігійними віруючими⁵. Але загальні

¹ *Thomas v. Anchorage Equal Rights Comm'n*, 165 F.3d 692 (9th Cir. 1999), знята для повторного слухання, 192 F.3d 1208 (9th Cir. 1999), звільнено у повному складі, 220 F.3d 1134 (9th Cir. 2000).

² Там само.

³ Див. Частина III.B вище (що обговорює масштаб права на об'єднання для самовираження).

⁴ *Corp. of Presiding Bishop of the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos*, 483 U.S. 327 (1987) (постановивши, що застосування вилучення стимулюючого характеру до нерелігійної діяльності релігійної організації не порушувало клаузулу про заборону конгресу видавати закони, що засновують державну релігію; зауваживши, що у клаузулі існує достатньо місця для позитивного нейтралітету, що дозволяє існування релігійного вираження без спонсорства та без втручання).

⁵ У нерелігійному контексті уряд може регулювати масштаб своїх програм без серйозного конституційного обмеження. Наприклад, програма, яка регулює сільськогосподарське виробництво може не включати вироб-

поліцейські повноваження не можуть бути суттєвим виправданням безперечно-го оскарження заборони заснування, оскільки *кожен* закон виправдовується загальними поліцейськими повноваженнями. Якщо дозволити поліцейським повноваженням виправдати те, що інакше було б порушенням принципу заборони заснування, це означатиме позбавити цей принцип будь-якого змісту. Однак клазула про вільне волевиявлення може працювати в якості вузького виправдання законодавчого пристосування релігії¹.

Тоді залишкова клазула про вільне волевиявлення все ще може бути невід'ємно пов'язана з клаузолою про заборону конгресу видавати закони, що засновують державну релігію, не через те, що за традиційним поглядом обидві клазули захищають релігійну свободу, а тому що клазула про вільне волевиявлення є необхідною для протистояння клазулі про заборону конгресу видавати закони, що заснують державну релігію, певному класу законодавчих норм.

V. ВИСНОВОК

Рішення Верховного Суду щодо кактусу пейот широко засуджувалося як таке, що суттєво зменшує конституційний захист релігійних вірувань та діяльності². Подібна критика ігнорує можливість того, що діяльність, яку раніше захищала клазула про вільне волевиявлення, все ще може захищатися іншими конституційними доктринами³. Доктрина свободи слова та перевизначене право на об'єднання для самовираження пройшли довгий шлях, щоб забезпечити адекватну заміну клазулі про вільне волевиявлення. Однак, що може загубитися — це розуміння того, що релігійна мова тим чи іншим чином значно відрізняється від нерелігійної мови про політику, мораль чи решту людської діяльності. Звісно, чи потрібно нам жалкувати про звуження цього розуміння в конституційних законах, або ні — це вже інше питання.

ників арахісу. Виняток буде дозволено, якщо буде раціонально підтримуватися логічним обґрунтуванням охорони державного правопорядку. Якщо виняток називається пристосуванням для виробників арахісу, це проводить паралелі з релігійним пристосуванням та демонструє велику міру, в якій охорона державного правопорядку може підтримувати пристосування.

¹ Пристосування релігійних вірувань може бути більш проблематичним, ніж інші винятки з нормативних програм. Релігійне пристосування дискримінує на користь певного типу вірування, а тому виступає проти інших типів. Як правило, подібна дискримінація повинна була б пережити високий рівень перегляду. Див., наприклад, *Police Dep't of Chi. v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972) (постановивши, що міський указ порушив Принцип рівного захисту, зробивши недопустиме розрізнення, дозволивши мирне трудове пікетування та заборонивши інші мирні пікетування). Принцип рівного захисту може понизити стандарт виправдання пристосування на основі релігії, зважаючи на протест на основі компонента рівності доктрини свободи слова (ми визнаємо, що почуваємося трохи некомфортно, зробивши це твердження, оскільки маю розуміння, що воно намагається надати Принципу рівного захисту занадто багато роботи з нерівноправними конституційними положеннями).

² Див. *Battaglia J. M. Religion, Sexual Orientation, and Self-Realization: First Amendment Principles and Anti-Discrimination Laws* // *University of Detroit Mercy Law Review*. — 1999. — Vol. 76. — P. 376; *Laycock D. The Remnants of Free Exercise* Supreme Court Review. — 1990. — Vol. 1; *McConnell M.W. Free Exercise and the Smith Decision* // *University of Chicago Law Review*. — 1990. — Vol. 57. — P. 1109.

³ Також слід зазначити, що фактичний захист, який чітко надається клаузолою про вільне волевиявлення, завжди був меншим, ніж стверджують найбільш рішучі поборники клазули. За більшим обговоренням зверніться до *Tushnet M. The Rhetoric of Free Exercise Discourse* // *BYU Law Review*. — 1993. — P. 117.

Тушнет М. Чи потрібно право на свободу віросповідання?

Анотація. Що додає принцип вільного релігійного вираження до конституційного захисту свободи вираження та об'єднання для самовираження? Ця стаття визначає доволі великий обсяг того, що пропонують положення останнього, та визначає доволі обмежені обставини, за яких принцип свободи релігійного вираження є важливим сам по собі.

Ключові слова: свобода відправлення релігійних обрядів, Перша Поправка, право на об'єднання.

Тушнет М. Нужно ли право на свободу вероисповедания?

Аннотация. Что придает принцип свободного религиозного выражения конституционной защите свободы выражения и объединения для самовыражения? Данная статья определяет достаточно большой объем того, что предлагают положения последнего, и определяет довольно ограниченные обстоятельства, при которых принцип свободы религиозного выражения является важным сам по себе.

Ключевые слова: свобода отправления религиозных обрядов, Первая Поправка, право на объединение.

Tushnet M. The Redundant Free Exercise Clause?

Annotation. What does a principle of free exercise of religion add to constitutional protections of freedom of expression and of expressive association? This Article identifies the rather large coverage the latter provisions offer, and identifies the rather limited circumstances in which a principle of free exercise of religion is independently important.

Key words: free exercise of religion, First Amendment, right of association.