

# KANON

KIRCHE UND STAAT  
IM CHRISTLICHEN OSTEN

X

JAHRBUCH DER GESELLSCHAFT FÜR  
DAS RECHT DER OSTKIRCHEN – WIEN

KANON

# KANON

CHURCH AND STATE  
IN THE CHRISTIAN EAST

L'EGLISE ET L'ETAT  
DANS L'ORIENT CHRETIEN

X

YEARBOOK OF THE SOCIETY FOR THE LAW  
OF THE ORIENTAL CHURCHES

ANNUAIRE DE LA SOCIETE DU DROIT DES  
EGLISES ORIENTALES

# KANON

## KIRCHE UND STAAT IM CHRISTLICHEN OSTEN

X

JAHRBUCH DER GESELLSCHAFT FÜR DAS  
RECHT DER OSTKIRCHEN

Verlag des Verbandes der wissenschaftlichen  
Gesellschaften Österreichs

WIEN 1991

HERAUSGEBER  
FÜR DIE GESELLSCHAFT FÜR DAS RECHT DER OSTKIRCHEN  
CARL G. FURST, RICHARD POTZ

REDAKTION  
RICHARD POTZ  
BRIGITTE SCHINKELE  
MARIA RAVAS

Gefördert durch das Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung,  
das Kulturamt der Stadt Wien  
und aus Mitteln des Verbandes der wissenschaftlichen Gesellschaften Österreichs  
auf Antrag der Gesellschaft für das Recht der Ostkirchen

ISBN 3-85369-834-4

© VERBAND DER WISSENSCHAFTLICHEN GESELLSCHAFTEN ÖSTERREICH  
A-1070 WIEN, LINDENGASSE 37  
ALLE RECHTE VORBEHALTEN  
PRINTED IN AUSTRIA  
DRUCK: PLÜCHL, FREISTADT 1991

**Church and State in the Christian East**

*IX<sup>th</sup> Congress of the Society for the Law of the Oriental Churches  
Kavala, September 17<sup>th</sup>-24<sup>th</sup>, 1989*

Report on the 8 <sup>th</sup> Congress of the Society for the Law of the Oriental Churches	7
<i>† Panteleimon Rodopoulos, Thessaloniki</i>	
Sacred Canons and Laws	9
<i>Constantin G. Pitsakis, Athènes</i>	
La „ΣΥΝΑΔΔΗΛΙΑ“ principe fondamental des rapports entre l’Église et l’État (Idéologie et pratique byzantines et transformations contemporaines)	17
<i>Spyridon N. Troianos, Athen</i>	
Nomos und Kanon in Byzanz	37
<i>† Metropolit Prokopios von Philippi, Kavala</i>	
Das Verhältnis von Kirche und Staat in Griechenland	53
<i>Anastase N. Marinos, Athènes</i>	
Les relations entre l’Église et l’État en Grèce pendant le 19ème et le 20ème siècles	61
<i>Vittorio Parlato, Urbino</i>	
Intérêts religieux et loi civile dans l’orient chrétien	67
<i>Carlos Corral, Madrid</i>	
The concordat and other conventions between the Roman Catholic Church and various states "in vigore" at the present	77
<i>Raffaele Coppola, Bari</i>	
Le concordat Italien comme modèle de concordats modernes	89
<i>Martin Forstner, Mainz/Germersheim</i>	
Das Menschenrecht der Religionsfreiheit und des Religionswechsels als Problem der islamischen Staaten	105 5

<i>Joseph Habbi, Mosul</i>		
Minorites chrétiennes dans les pays arabes musulmans		187
<i>Josef Prader, Brixen</i>		
Das Personalstatutsrecht der christlichen Religionsgemeinschaften in den Ländern des Vorderen Orients		195
<i>George Nedungatt, Rome</i>		
Christian Churches and the Secular State in India		223

## REPORT ON THE NINTH INTERNATIONAL CONGRESS OF THE SOCIETY FOR THE LAW OF THE ORIENTAL CHURCHES

The ninth International Congress of the Society for the Law of the Oriental Churches took place in Kavala, Greece, from September 17th to 24th, 1989. Its general topic was "Church and State in the Christian East". The Congress stood under the Patronage of Msgr. Prokopios, Metropolitan of Philippi, Neapolis and Thasos. The working sessions took place in the hotel "Lucy", near the center of Kavala. More than sixty canonists of different confessions from Europe, the Middle East and Australia cooperated.

The Congress was opened in the evening of September 17th by a divine liturgy in St.Paul's Cathedral in Kavala, afterwards the opening session took place in the Lecture Hall of the Holy Metropolis of Philippi. The President of the Society, Metropolitan Panteleimon Rodopoulos and the President of the organizing committee Metropolitan Prokopios gave the inaugural speeches.

During the working sessions the following lectures were given:

Panteleimon Rodopoulos, Thessaloniki: "Holy Canons and Civil Laws", Spyridon Trojanos, Athens: "Nomos and Kanon in Byzanz", Constantin Pitsakis, Athens: "The 'Synallilia' as Fundamental Principle of Church and State Relations", Vittorio Parlato, Urbino: "Religious Necessities and Civil Law in the Christian East", Joseph Habbi, Iraq: "The Situation of Christian Minorities in Moslem Countries", Metropolitan Prokopios, Kavala: "Church and State in Greece", Anastasios Marinos, Athens: "Church and State in Greece during the 19th and 20th Century", Joseph Prader, Brixen: " 'Personal Statutes' of Christian Communities in the Near East", Stefan Dymka, Leningrad and Vladislav Tsigipin, Sagorsk: "Church and State Relations in Russia until 1917", George Nedungatt, Rom: "The Oriental Churches in India before the Secular State", Raffaele Coppolo, Bari: "The Italian Concordat as Prototype of Modern Concordats" and Carlos Corral, Madrid: "The Concordats and other Conventions between the Roman Catholic Church and Various States".

In the General Assembly a short report on the financial situation of the Society was presented and the accounts of the board were approved by the assembly. Furthermore the assembly decided that the next Congress should take place in Bari in 1991 in cooperation with the 'Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo' and the 'Community of Mediterranean Universities' with the topic: " The Meeting of Eastern and Western Canons".

On the 20th of September an excursion to the island of Thasos had been organized, where the Holy Monasteries and the archeological sites were visited. The Congress ended on the 23rd of September with an interorthodox archieratical concelebration of the Divine Liturgy in the Baptistry of St.Lydia in Philippi, a visit to the christian archeological sites of Philippi and with a Divine Liturgy in the Metropolitan Church of St.John on the 24th in the morning.

**Empty Page**

Panteleimon Rodoopoulos, Thessaloniki

The Christian Church was instituted at the will of its founder Jesus Christ, who has been operative in it from the beginning and will continue to be so until the end of time: "... And so, I am with you always, even unto the end of the world" (Matthew 28.20). It is this will which gives life to the Church, in faith and order.

Jesus Christ, who founded the Church on earth, did not prescribe its legal canons governing its external life, but rather defined its purpose, which is the salvation of Mankind. He authorized the Church to use certain means for the achievement of its purpose, promised unfailing support, and indicated the path it should follow in its work and activity. The commandments of Christ form the principles on which the Church has built up its organisation and has developed its life. These commandments constitute a prime source, on which is based Church Law, which also serves the Church's purpose, that is the salvation of Mankind.

The fundamental canons of the Church, then, are contained in Holy Scripture. These canons certainly do not include detailed regulations on all aspects of Church life. Specialist work had to be carried out before these regulations could be derived from Holy Scripture, and legally-recognised institutions were set up to determine exactly how the system of Church government was to be shaped, so that it would be in accord with the fundamental law contained in Holy Scripture. This task was performed by the Church, exercising the authority granted it by Jesus Christ and on the basis of the instructions expressed in Holy Scripture. This authority is concentrated in the assembly of Church elders (Matthew 18,18-20), in the Apostles and in their successors.

This synodical authority, then, had to formulate the necessary canons concerning the general organisation of order and life within the Church. From this arose Church legislation, the institutions of which, after Holy Scripture and Apostolic Tradition, constitute the main source of Canon Law. The highest legislative authority, therefore, is vested in the ecumenical Synods, and with them, locally and within carefully defined canonical limits, the Provincial Synods, which convene in the local Churches either periodically or under special circumstances. Finally the bishops, within the limits set by their office and jurisdiction, legislate for their sees.

The right to legislate within the Church, then, is held in the first place by the Synods. It was for this reason that arrangements were made for regular meetings, once or twice a year, of bishops in assembly, so that they could deliberate in synod and reach common decisions on all matters concerning the life of the Church, and could publish canons, so that the affairs of the Church would be in step with the will of its Founder. The institution of calling a synod once or twice a year in order to resolve Ecclesiastical questions and to promulgate regulations, was approved and often renewed by Ecumenical and Local Synods and was always considered by the Church as part of the Divine Law: "... it has been well de-

cided, that each year, in each province, twice a year, synods should be called; so that such questions may be examined by all the bishops of the province in common, having been called together in that place"<sup>1</sup>.

The work of the Synods, then, especially of the ecumenical ones, was and is the "scrutiny ... of the dogmas of Godliness", and the "resolution of Church contradictions which have erupted", that is matters of faith and order. It should be noted at this point that the canons are not simple regulations concerning any ordinary organisation, but the laws in which, in a legal form, is expressed the teaching about the institution of the Church and its organs, that is a particular ecclesiology.

Jesus Christ, then, the Divine Founder of the Church, transferred legislative authority to the Apostles, and through them to their successors, the bishops, who exercise it synodically. And these organs of legislative authority in the Church, who formulate regulations, do not act in their own name, nor do they exercise personal rights belonging to them. They act as bishops of the Church, in the name of the Holy Spirit Who lives in the Church according to the promise of Jesus Christ, that He will be with the Apostles and their successors "alway, even unto the end of the world" (Matthew 28,20). "For it seemed good to the Holy Spirit and to us" (Acts 15,28) say the Apostles when they formulate the regulation that the religious practices laid down in the Old Testament are no longer obligatory for Christians. The same is said by the Fathers, when they formulate canons in synod: ... "gladly do we adopt the divine canons ... promulgated by the holy trumpets of the Spirit, the all-praised Apostles and by the six ecumenical synods and by those locally assembled to publish such decrees and by our Holy Fathers. For all, enlightened by one and the same spirit, defined the benefits ..." (Canon 1 of the Seventh Ecumenical Synod.).

In order for the volition and the power of the Holy Spirit to express themselves in the legislative work of the Church, two main conditions must be met. The first is that the legislative organs of the Church should act in its name, that is in the name of the body which is given life by the Holy Spirit. Secondly, the organs of legislative authority within the Church must be canonically consecrated bishops, since the sacrament of the priesthood is linked with God's special Grace, and during consecration the right to legislate is granted through the Grace of the Holy Spirit, and this duty is undertaken together with all the other priestly duties and rights. The bishop consecrated to a particular see takes on the fulness of the priesthood in all its manifestations: the sanctifying, the instructive and the administrative. Included in this last is also the legislative.

In the collections of sacred canons were also included, as is wellknown, laws of the Christian Roman emperors on Church matters. In this way, these civil laws also comprised a source for ecclesiastical law, if not fundamental, then certainly auxiliary and supplementary. Ioannes Scholastikos, in the 6<sup>th</sup> century, compiled a collection of sacred canons, to which was later added the appendix of the epitome of the Novellae of Justinian which referred to Church matters. In the introduction to this collection, the importance of the laws of the Christian emperors is defined in general terms. It is stressed that these laws have been formulated in accordance with the spirit of the canons of the Church, that they gave the canons civil authority and validity and that they contribute towards everything being carried out in the interests of "human creation"<sup>2</sup>. The Church accor-

ded this importance to the laws of the Christian emperors both in its internal and external life, from the day when Constantine the Great declared the Church to be legally in existence within the empire.

After three centuries of persecution, the Church on the one hand needed tranquillity, while on the other the rights of its members had to be guaranteed the necessary protection of the state. For these reasons, after it had been recognised, the Church accepted all the laws of the state, even those older ones of the pagan Roman emperors, as long, of course, as they were not contrary to its faith. When, later, Christianity was recognised as the official religion of the state, the Church was proclaimed the basis of legal order. Membership or non-membership of the Church was what each person's political, and in certain cases their legal standing in general, depended on. Then the Church willingly ceded to the civil authority the right to legislate on matters of an ecclesiastical nature. To these laws, which, as Ioannes Scholastikos remarks, are imbued with the spirit of the canons of the Church, were lent ecclesiastical weight and validity, and the Church accepted them as an auxiliary and supplementary source of its law. These laws were therefore included in the collections of canons, which, indeed, for this reason were known as Nomocanons. Moreover, on matters where there was no canonical regulation, the Church did not hesitate to use civil laws, which were appropriate to these cases: "... and here ... where the canons do not prescribe, we ought to follow the laws"<sup>3</sup>.

The Church was able to do so as long as the Roman emperors, from the civil point of view, accorded the ecclesiastical canons the authority and validity of laws of the state. Justinian, in a law dating from 530, declared that what was forbidden in the canons was also forbidden by the civil laws<sup>4</sup>. He also declares, in his sixth Novella, that the sacred canons should be in force in the state, in the same way as the civil laws were: "... for both by those who ruled before Us and by Us Ourselves it has rightly been affirmed that the sacred canons should have the force of laws<sup>5</sup>, especially given that the civil laws, in their arrangement of Church affairs, followed the sacred canons: "And the rest, from the laws set out here, concerning bishops ... is valid and effective because it conforms to the canons"<sup>6</sup>. Justinian calls on the civil leaders to use all means at their disposal, "to put into effect" the contents of the "Divine Canons", which civil law followed<sup>7</sup>. More particularly, Justinian, in his Novella CXXXI, laid down that all the canons which had been published or ratified by the four Ecumenical Synods, as many, that is, as had been called before his day, had universal authority and validity. Dogmas of the faith are as valid as the Holy Scriptures, and canons are as civil laws<sup>8</sup>. This Novella was supplemented and included in the Basilica, and stressed that: "... the order of law is preserved by the holy ecclesiastical canons". It also includes the canons of all the Ecumenical Synods which had been called after the Fourth and repeats that: "we accept the dogmas of the ... aforementioned holy synods as Holy Writ and we observe the canons as laws"<sup>9</sup>. This position on the particular matter of the relationship between sacred canons and laws is in accordance with the general ideology of the Christian Roman Empire. The Roman State, having declared Christianity its official religion and faith, made it its spiritual and cultural power, which ensured unity and moral authority within the empire. It believed that its major institutions were twofold: the priesthood and the monarchy, the Church and the State.

"The greatest of the gifts of God among men, which have been given through love for mankind from above, are the priesthood and the monarchy, the one serving the things of God, the other responsible for and concerned with the things of man, each the product of one and the same authority and embellishing the life of mankind ..."<sup>10</sup> The sacred canons, having as their legislative source one of the two chief divine institutions of the empire, the priesthood, based on the Apostolic tradition preserved in the Church and formulated by the Fathers, shaped the law of the Church, which was then entirely respected by the Christian Roman state, being accorded the weight and validity of legislation, which had as its source the other chief institution of the empire, the monarchy: "... the formulation of the sacred canons is to be kept, which was transmitted by the justly-praised and venerated eye-witnesses and servants of the Word of God, the Apostles, and which the holy Fathers both kept and taught"<sup>11</sup>.

The laws of the state, then, conform to the sacred canons on matters concerning the Church. Moreover, in cases where the laws clashed with the sacred canons or where they were contrary to the spirit of the canons, the laws were declared invalid. "Regulation 3 of title 2 of the Novellae desires that the canons of the seven synods be observed, and that their dogmas be as Holy Writ. And in book I of the Codex title 3 in regulation 44 and in regulations I and IV of title I of the Novellae, (it is stated that) on the one hand, the canons are to be kept as laws, while on the other, laws are to follow the canons. And book I, title 2, regulation 12 (states) that enacted laws which conflict with the canons are invalid"<sup>12</sup>.

It was for this reason that there was no opposition on the part of the Church to the Roman state, regarding the recognition of the laws of the civil power, as a source of Church law. The Church accepted that these laws, supplementary to its own law, regulated matters of Church administration. It was possible for doubts to arise and for difficulties to be created only in cases of a clash between the civil laws and the sacred canons.

The text of the Nomocanon in 14 titles referred to above is quite clear that "... enacted laws which are contrary to the canons are invalid". In the 12<sup>th</sup> century, the outstanding canonist, Theodoros Balsamon, when this subject was being discussed, in a comment of his on the Nomocanon, was explicit and categorical. Two laws of the emperor Alexios Komnenos had been published which seemed to clash with the regulations of the sacred canons. The question was then posed whether, in matters of Church administration, greater weight should be given to the sacred canons or to civil laws. Without hesitation, Balsamon arrives at the conclusion that "... the canons overrule the laws. For the former, that is the canons, promulgated and supported by the emperors and the holy Fathers, are accepted as Holy Writ, while the laws were accepted or composed only by the emperors, and therefore have no power over Holy Writ, nor over the canons".

This interpretation of Balsamon's became the general principle in the East. Indeed, it was formulated more positively in the Syntagma of Matthaios Vlastaris, that is, in the well-known collection of sacred canons of the 14<sup>th</sup> century, which enjoyed wide circulation among all the local Churches of the East, in which it constituted ecclesiastical legislation, regulating their life and administration<sup>13</sup>.

This relationship and assessment of sacred canons and civil laws on Church matters formed the tradition, faith and practice of the Orthodox Church in the centuries which followed, too. This is confirmed by the position and practice of the Ecumenical Patriarchate on this subject. For example, after the liberation of Greece and the creation of the modern Greek state, under the influence of Western European ideas of the intrusive state, there was interference by the civil power in the administration of the Church. Despite the constitutional safeguards for the canons in all the Constitutions of modern Greece, civil laws have been passed which come into direct conflict with the sacred canons. The Ecumenical Patriarchate, which declared the Church of Greece autocephalous (in 1850), draws attention, in a letter to the Greek government (24/12/1850), to the proper relationship between sacred canons and the laws. This position was the well-established canonical and legal tradition in the Orthodox East, as well as being Orthodox ecclesiological teaching. This letter states that "... for a God-fearing government it is its glory and boast to preserve pure and unspotted the divine ark, in which is deposited the most precious treasure of the faith and the spiritual care of souls through the sacred canons ... for which reason even the very thought of ... intrusion aimed at undermining these most sacred customs and decrees, whether written or handed down, or any other political or secular involvement in spiritual affairs is to be avoided ... therefore let all occasions, in any political or secular guise whatsoever, be withdrawn, and let them be subsidiary to all that is held by the Orthodox, which God-inspired definitions and canons of the Ecumenical Synods fittingly declared beneficial for every kind of state and asserted to be founded, and raised, above all earthly authority and to be for the common salvation and benefit of the Christian realm and deemed them more powerful than all human laws; and moreover the ever-memorable emperors accepted them out of respect and strengthened them through legislation, so that any civil law which conflicted with the divine canons should be invalid and null and void ..." This was, and has been throughout the centuries, the faith and tradition of the Orthodox East as regards the relationship between the sacred canons and the laws of the state on Church affairs. To sum up, then: 1. The Church is a self-generating source of law, of its own law. It passes sacred canons and ecclesiastical regulations for itself through the bishops in synod, by the inspiration of the Holy Spirit. The bishops derive this legislative authority, as consecrated hierarchs, through uninterrupted succession from the Apostles and the Great High Priest, Jesus Christ. The sacred canons are obligatory for the members of the Church. On the part of the state, in the Christian Roman empire the sacred canons had the authority and validity of laws of the state.

2. The Church, for mainly practical reasons, agreed that the Christian Roman state could publish laws, supplementary to the canons, to regulate Church affairs. These laws, however, were "to follow" the sacred canons and to be formulated in accordance with their spirit. Otherwise, "a civil law which is in opposition to the canons" is invalid and "null and void". This position was not only that of the Church, but of the Roman State, too. Islam, which conquered the Christian Roman East did not intervene in the internal legislation of the Church; it respected it.

This faith and practice concerning the relationship between the sacred canons and civil laws was born, developed and applied within the Christian Roman

empire, the Christian Oecumene. In this there were two chief divine institutions, the priesthood and the monarchy, Church and State. Both were sources of law, of their own laws. The emperor was defender of the faith and of the Church, and decisions of the synods became laws of the state. By law, the dogmas were preserved as "Holy Scripture" and the sacred canons as laws of the state.

This canonical and legal tradition was inherited up to a point by the Christian states which were created in the lands which had once made up the Roman empire. Today, at all events, there is neither in theory nor practice a Christian state to claim for itself the role or even the mere title of the Christian Oecumene. In modern times, under the influence of the Enlightenment and the notion of the increasingly all-embracing state, an attempt has been made to turn the Church in the East into a department of state - despite the fact that the historical and sociological presuppositions, such as those of the Western Enlightenment, do not exist in this area.

Especially insofar as the relationship between the sacred canons and the civil laws concerning Church affairs is concerned, there is a disjunction in modern Greek civil legislation. In general terms, the constitutions of the modern Greek state respect and provide constitutional safeguards for the sacred canons and the traditions of the Orthodox Church, in accordance with the institutions and tradition of centuries in the East. Some civil laws on Church affairs, however, from the reign of King Otto onwards, which were framed under the influence of Western models, conflict with the sacred canons and have no Orthodox ecclesiastical justification. In this way, a forcible interference by the state in the internal affairs of the Church has been attempted. Interference of this kind, wherever it is attempted, clashes with Orthodox ecclesiology and Orthodox canonical teaching and constitutes a violation of religious conscience and freedom, that is of basic human rights. The Church, the Body of Christ, ought to be left free, with its own means, among which is its own legislation, the sacred canons, without any secular "intrusions", to work for the success of its final goal, that is the salvation of mankind and the spiritual rebirth of the world, of the "new creation".

## Notes

1 5<sup>th</sup> Canon of I Ecumenical Synod; cf. 37<sup>th</sup> Apostolic Canon, 19<sup>th</sup> of IV Ecumenical Synod; 8<sup>th</sup> of Quinisext, 6<sup>th</sup> of VII Ecumenical Synod, 20<sup>th</sup> of the Synod of Antioch, 18<sup>th</sup> and 73<sup>rd</sup> of Carthage.

2 "Which (Novellae) do not only follow the canons of our Orthodox Fathers, but have also been granted authority from the royal power, a lawful and God-pleasing adjunct, which, in imitation of God, embraces the interests of the whole of human creation". Synagogue of the 87 chapters. *J.B. Pitra, Juris graecorum historia et monumenta*, vol.2, Rome 1868, II, p. 390.

3 Comment by *Theodoros Balsamon* on chap. 28 of the Nomocanon, on titles 14, tit. 1 (*Rallis* and *Potlis*, *Syntagma of Sacred Canons etc.* A, p. 68).

4 "Sacros canones non minus, quam leges valere, etiam, nostrae volunt leges: sancimus obtinere in illis, quae sacris visa sunt canonibus, perinde ac si civibus inscriptum esse legibus ... quem admonendum enim sacri canones prohibita sunt talia, sic et secundum nostras leges rem ipsum prohiberi... Quod enim sacri canones prohibent, id etiam et nos per nostras abolemus leges". *Cod. lib. I. tit. III, Const. 45.*

5 Chap. 1

6 Comment by *Th. Balsamon* on Nomoc. on 14 tit., tit. 4, chap. 28 (Syn. A, p. 68). Cf. Epilogue VI Novellae of Justinian: "Wherefore, that which has been

made law by Us, and which preserves the sacred order and condition, through the power and formulation of the divine canons, shall be fully observed in perpetuity".

7 Novella V, chap. IX. Cf. Novella CXXXI, chap. I, which follows the 3<sup>rd</sup> Canon of the Second Ecumenical Synod and the 28<sup>th</sup> of the Fourth, on the precedence of the Pope of Rome and the Patriarch of Constantinople.

8 "We therefore declare the order of law to be upheld by the holy ecclesiastical canons, which were set out and ratified by the four holy synods, i.e. of the 318 in Nicea, of the 150 holy fathers in Constantinople, the first in Ephesus, at which Nestorios was condemned and that of Chalcedon, at which Eutyches was anathematized along with Nestorios, for of the aforementioned four holy synods we both accept the dogmas as Holy Writ and observe the canons as laws".

9 Basilica, book V, tit. 3, chap. 2.

10 Introduction to Novella VI of Justinian.

11 Ibid.

12 Keimenon in the Nomoc. of Photius, tit. I, chap. 2. *Rallis* and *Potlis*, Syntagma of the Sacred canons etc., A, p. 36.

13 "Mark that although under the present 177<sup>th</sup> Novella of Justinian, i.e. of chap. 7 of title I of the 3<sup>rd</sup> book of the Basilica it is forbidden for a man to be elected bishop if he have a legal wife, you should pay no heed to this, but should rather look to canon 48 of the synod in Trullo, which is to be read out, and you are to order that, on account of this, the canons are to be preferred to the laws". Nomoc. title I, chap. 23, in *Rallis* and *Potlis*, Syntagma A, p. 60. Cf. title I, chaps. 11, 23, 28, 32. Title 13, chap. 18 in *Rallis* and *Potlis*, Syntagma A, pp. 52, 68, 73, 315.

Empty Page

LA „ΣΥΝΑΛΛΗΛΙΑ“ PRINCIPE FONDAMENTAL DES RAPPORTS  
ENTRE L’ÉGLISE ET L’ÉTAT  
(Idéologie et pratique byzantines et transformations contemporaines)

Constantin G. Pitsakis, Athen

Qu'il me soit permis de regarder le rôle de cette communication comme celui d'une introduction historique faisant en quelque sorte suite à la communication du Prof. Troianos au sujet des rapports entre le droit séculier et le droit canonique à Byzance. Le présent rapporteur se bornera donc à l'histoire, le seul domaine d'ailleurs où il ait une compétence quelconque: présenter le cadre dans lequel s'est été établi et a fonctionné ce principe essentiel de rapports entre l'État et l'Église dans la tradition orientale, qu'on appelle couramment la συναλληλία et que le programme de nos travaux qualifie, en généralisant quelque peu, de „Fundamental Principle of Church and State Relations“ – l'expression n'appartient pas au rapporteur, sans que celui-ci y soit nécessairement opposé. Comme un aperçu, même bref voire schématique, des rapports entre l'État et l'Église dans la tradition byzantine est impossible dans les limites d'une communication, je me contenterai de quelques considérations de caractère plutôt général, qui pourraient cependant, à mon avis, contribuer à former une conception passable de la συναλληλία historique; en même temps j'essaierai de proposer des éclaircissements possibles sur quelques points, de fond ou de terminologie, qui se présentent parfois comme équivoques.

Αρχὴ παιδεύσεως ή τῶν ὄνομάτων ἐπίσκεψις<sup>1</sup>. Commençons donc par le mot même de συναλληλία. (Je me permets, pour des raisons de commodité, d'utiliser couramment, dans la suite, une forme francisée factice: „la synallélie“, à l'exemple du P. Andreas Wittig qui vient d'introduire le terme germanisé de „Synallilie“ dans son livre récent sur l'Église orthodoxe en Grèce moderne<sup>2</sup>). Or, le mot συναλληλία n'existe pas dans le fonds historique du grec (ancien, médiéval ou moderne). Calqué par la littérature savante du XIXe siècle pour exprimer en grec moderne *coordinatio*, coordination, en tant que terme de logique, il fait son apparition, selon les informations fournies par la *Synagogè* d'Étienne Koumanoudès (1900)<sup>3</sup>, dans les années 1879–1891. Il est entré pour la première fois, paraît-il, dans un dictionnaire en 1897: c'est le dictionnaire grec moderne-français, d'Angélos Vlachos; le mot ne figure pas dans une version précédente du dictionnaire, par le même auteur, datée de 1871<sup>4</sup>. C'est toujours dans cette acception philosophique que le mot continue à figurer dans les dictionnaires grecs jusqu'à présent<sup>5</sup>.

L'emploi du mot en tant que terme de droit ecclésiastique doit être beaucoup plus récent, bien que je n'aie pu identifier avec certitude les premières mentions; par ailleurs, je ne connais pas de lexique ou dictionnaire grec où ce mot, d'emploi de plus en plus fréquent, ait trouvé place dans son acception canonique<sup>6</sup>. Le Prof. C. Vavouskos, en se référant à „certains qui se sont portés à parler d'un système de *synallélie*“

renvoie à un article qui ne date que de 1966<sup>7</sup>. Le P. Wittig ouvre son livre en citant une sorte de définition de „synallélie“ donnée dans un article par H. M. Alivisatos où le mot même des synallélie ne se rencontre pas<sup>8</sup>. Or, aujourd’hui le mot se trouve sous chaque plume écrivant sur ce sujet: dans le livre même du P. Wittig, cinquante ans après, le terme ne se rencontre dans moins de vingt et une pages, si j’ai bien calculé d’après l’index, et fait l’object de chapitres entiers.

Quoi qu’il en soit, il semble que l’emploi té du terme, en droit canonique, s’il n’a pas introduit, s’est au moins établi depuis la parution de la brochure de Christos Androutsos sur les rapports entre l’Église et l’État du point de vue orthodoxe (1920): le paragraphe 3 de cette brochure est en effet intitulé „Η Βυζαντιακή συναλληλία“<sup>9</sup>. Androutsos, professeur de philosophie aussi bien que de théologie dogmatique, aurait introduit dans le domaine du droit ecclésiastique un terme familier de logique; l’autorité dont jouissait, pour longtemps, l’auteur (et l’importance aussi, à dire vrai, de son travail) aurait fait sactionner l’emploi de ce terme en *vrai terminus technicus* de droit ecclésiastique.

Beaucoup plus obscure que la provenance historique du terme est sa sémantique. Créé initialement pour traduire en grec la *co-ordinatio* latine, le mot συναλληλία s'est trouvé confronté à un autre terme moderne, calqué aussi, de droit ecclésiastique, qui correspond exactement à *coordinatio* et à ses deux composants: ὁμοταξία (όμοῦ cum, τάξις *ordo*). Les deux termes sont employés par les auteurs, presque indifféremment, comme synonymes, comme contraires, ou l'un à la place de l'autre, pour désigner des notions identiques, semblables ou approchantes, différentes voire opposées.

Un survol, aucunement exhaustif, de la littérature grecque moderne concernant les rapports entre l’Église et l’État, après Androutsos, peut en fournir quelques exemples. Naturellement je ne vais pas reprendre ici l’excellente analyse systématique du P. Wittig quant à la notion elle-même, à sa fonction et à ses fondements bibliques, patristiques, canoniques, théologiques et historiques, d’après les auteurs.

Pour le manuel de P. Panagiotakos (1939), la synallélie byzantine ne serait en fait qu’un système de souveraineté d’État<sup>10</sup> par excellence, qui serait à l’origine du système moderne dit de la νόμῳ κρατοῦσα πολιτεία; ce dernier serait, à l’avis de l’auteur (écrivant avec son style verbeux caractéristique et aussi sous l’influence de l’esprit de la dictature alors au pouvoir en Grèce, dont il fut l’admirateur), „le système idéal de cooperation des deux pouvoirs“, „système parfait“ par lequel „la société humaine, désormais idéale, amène et est amenée vers la perfection infinie“<sup>11</sup>: La „coordination“, ὁμοταξία, serait donc que fortement opposée<sup>12</sup>. Tout au contraire, pour le manuel de C. Mouratidès (1965) la synallélie, système de cooperation des deux pouvoirs en termes d’égalité, exclurait toute „souveraineté de l’un pouvoir sur l’autre“ et se distinguerait donc nettement de tout système de souveraineté d’État<sup>13</sup>; le système de la νόμῳ κρατοῦσα πολιτεία au contraire risquerait toujours de conduire à une domination totale de l’État. L’ὁμοταξία, (système de „séparation“, serait, entre tous les systèmes de rapports entre l’Église et l’État, celui qui est le

plus proche à la synallélie et à la doctrine chrétienne<sup>14</sup>. Pour P. Pouletsas (1946) les deux termes ne sont que des synonymes: „Le système dit de συναλληλία ou d’όμοταξία<sup>15</sup>; le système serait, pour Pouletsas aussi, un système de coopération en termes d’égalité entre les deux pouvoirs, mais ce qui est vivement contesté c’est qu’un système pareil ait jamais été appliqué (particulièrement à Byzance, dont il est question)<sup>16</sup>. Nous venons de voir que le Prof. Vavouskos s’est aussi référé à „certains qui se sont portés à parler d’un système de synallélie“, ce qu’il conteste, en principe: le système prévalant à Byzance serait celui de la suprématie d’État, dans sa forme la plus rigide qu’il qualifie même de „césaropapisme“<sup>17</sup>; mais Vavouskos à l’encontre de Pouletsas distingue la synallélie de l’όμοταξία: cette dernière serait vraiment un système de coopération entre les deux pouvoirs en termes d’égalité; à l’encontre aussi des auteurs précédents Vavouskos ne regarde pas l’όμοταξία comme l’un des systèmes dits de „séparation“<sup>18</sup>. C’est le cas aussi de Mgr. le Professeur Pantelimon Rhodopoulos: l’όμοταξία est simplement rangée, comme la „séparation“, parmi les systèmes dits de „coordination“ (συστήματα παραλληλίας), s’opposant aux systèmes dits de „subordination“ (συστήματα ύπαλληλίας): ici le système de la νόμων κρατοῦσα πολιτεία trouve aussi place entre les systèmes de „coordination“, bien que le „danger“ d’une subordination à l’État y soit aussi souligné<sup>19</sup>; un système distinct de synallélie n’y apparaît pas. A. Marinos avait déjà distingué lui aussi, dans la pratique contemporaine, deux systèmes de base: un système de dépendance (ou d’interdépendance) et un système de séparation<sup>20</sup>. On peut citer, en dernier lieu, les distinctions acceptées dans le livre récent de notre hôte Mgr. Procope de Philippes: le terme de synallélie est réservé à la pratique byzantine; l’όμοταξία, à l’exemple de Mouratidès, est considérée comme l’un des systèmes de „séparation“ à côté de la séparation dite „complète“ – celui qui, à l’exception de la synallélie elle-même, serait le plus conforme à la doctrine et à la tradition orthodoxes<sup>21</sup>.

Quant aux équivalents latins de la terminologie grecque, on pourrait bien s’entendre sur quelques solutions conventionnelles. J’avoue ne pas aimer tellement à rendre le terme συναλληλία par „symphonie“, *symphony*, comme on le fait couramment et comme le fait aussi notre programme de travaux<sup>22</sup>. Cependant ce terme a sa justification: il veut sans doute faire allusion à un texte qui est considéré comme l’un des fondements de la notion de la synallélie byzantine, la préface de la novelle 6 de Justinien: Μέγιστα ἐν ἀνθρώποις ἔστι δῶρα θεοῦ παρὰ τῆς ἄνωθεν δεδομένα φιλανθρωπίας ιερωσύνη τε καὶ βασιλεία … Ei γὰρ ή μὲν ἀμεμπτος εἴη πανταχόθεν καὶ τῆς πρὸς θεὸν μετέχοι παρρησίας, ή δὲ ὅρθῶς τε καὶ προσηκόντως κατακοσμοίη τὴν παραδοθεῖσαν αὐτῇ πολιτείαν, ἔσται συμφωνία τις ἀγαθή, πᾶν εἴ τι χρηστὸν τῷ ἀνθρωπίνῳ χαριζομένη γένει<sup>23</sup>. C’est le cas aussi de la célèbre disposition de l’Eisagogè („Epanagogè“) 3.8: Τῆς πολιτείας ἐκ μερῶν καὶ μορίων ἀναλόγως τῷ ἀνθρώπῳ συνισταμένης, τὰ μέγιστα καὶ ἀναγκαῖστα μέρη βασιλεύς ἔστι καὶ πατριάρχης· διὸ καὶ ή κατὰ ψυχὴν καὶ σῶμα τῶν ὑπηκόων εἰρήνη καὶ εὐδαιμονία βασιλείας ἔστι καὶ ἀρχιερωσύνης ἐν πᾶσιν ὁμοφροσύνῃ καὶ συμφωνίᾳ<sup>24</sup>. En tout cas, je préfère le terme latin *consonantia*, *consonance*, utilisé par la traduction latine de la novelle 6 dans l’Authenticum<sup>25</sup>, et proposé déjà par

Mouratidès et Mgr. Procope de Philippe<sup>26</sup>. Quant au terme *coordinatio*, coordination, celui-ci pourrait bien être retenu pour ὁμοταξία<sup>27</sup>.

A travers cette fluctuation de terminologie, de systématique et de sémantique quant à l'emploi du terme „synallélie“, il est clair, tout de même, que l'unanimité des auteurs sont d'accord pour désigner par *synallélie* cette forme de rapports entre l'État et l'Église qui a prévalu dans l'empire byzantin (la „Βυζαντιακή συναλληλία“ d'Androutsos) et qui, à ce titre, serait par principe le modèle de cette sorte de rapports pour tout l'Orient chrétien orthodoxe.

Or, on a bien souligné à plusieurs reprises qu' à proprement parler dans la théorie et l'idéologie byzantines, tant politiques que religieuses, une question de rapports entre l'État et l'Église ne se posait même pas: pour un Byzantin une distinction de deux „pouvoirs“ qui demanderait un „système“ de rapports entre eux serait de toute probabilité simplement inconcevable. En effet, dans cet empire à prétention universelle qui se regardait comme l'image terrestre du Royaume de Dieu, il n'y avait pas lieu de formuler une théorie de rapports entre l'État et l'Église (comme, malgré quelques constructions modernes, il n'y avait vraiment pas de théorie „théologique“ ou „canonique“ de la violence ou de la nonviolence, de la guerre et de la paix: „L'orthodoxie se refuse à élaborer un statut théologique de la violence, qu'elle soit de guerre ou de révolution“)<sup>28</sup>. C'en va de même au niveau proprement juridique: l'existence de différents „ordres juridiques“ dans l'empire ne pouvait même pas être envisagée (ce qui est, évidemment, fondamentalement distinct du phénomène du „pluralisme juridique“ byzantin assez bien décrit)<sup>29</sup>. Pas de question donc, à juridiquement parler, de „rapports“ entre deux ordres juridiques. Dans cet état des choses une *synallélie*, une „consonance“ politique, idéologique, culturelle, une „consonance“ surtout de buts s'impose par elle-même; mais il ne s'agit pas d'une forme ou d'un „système“ de rapports entre l'État et l'Église, pas plus que d'une notion juridique; c'est plutôt là un principe idéologique ou bien une catégorie philosophique ou morale. C'est avec raison que le programme de nos travaux s'est abstenu de qualifier la synallélie de „système“ de rapports, et qu'il a préféré de parler de „principe“; c'est avec raison aussi que, comme nous avons vu, notre président Mgr. Panteléimon Rhodopoulos, dans son manuel, n'a pas rangé la synallélie parmi les „systèmes“ de rapports entre l'Église et l'État<sup>30</sup>.

Pour le Byzantin le problème ne se posait donc pas, par principe, comme une question de rapports entre deux „pouvoirs“ ou deux „ordres juridiques“. Le problème ne se posait qu'au conçue: rapports entre les personnes, prédominance, chaque fois, de la personnalité la plus forte, compte tenu de ses prétentions politiques, de la puissance de sa position dans les circonstances, de la conjoncture historique. Comme on l'a bien remarqué, il ne s'agit pas de deux institutions distinctes, mais des deux aspects de la notion, une et indivisible, de l'empire chrétien, Royaume de Dieu sur la Terre, deux aspects qui dans la pensée politique et théologique des Byzantins étaient inséparables. „Le facteur humain, l'élément personnel, faisait que le point de rencontre ne fût que très rarement

placé au centre, mais qu'il se déplaçait tantôt vers l'un côté tantôt vers l'autre"<sup>31</sup>.

Même les titres, justement célèbres, 2 et 3 de l'Eisagogè („Epanagogè”), considérés comme les textes qui auraient introduit la notion des „deux pouvoirs“ dans le droit et l'idéologie politique byzantins<sup>32</sup>, ne visent pas aux institutions mais aux personnes: „De l'empereur“, „Du patriarche“. Même si l'empereur était bien l'incarnation du pouvoir étatique, un énoncé analogue ne serait jamais valable pour le patriarche qui n'incarnait décidément pas l'Église: si l'empereur était la loi vivante, νόμος ἐμψυχος, le patriarche ne fut jamais considéré comme un „canon“ vivant, bien que l'Eisagogè le regarde comme l'image vivante de Christ (εικὼν ζῶσα Χριστοῦ καὶ ἐμψυχος 3.1) – ce qui est autre chose. La fameuse analogie de l'empire et du sacerdoce avec le corps et l'âme, qui figure dans le passage 3.8 de l'Eisagogè déjà cité, ne renforce pas nécessairement la thèse des „deux pouvoirs“: vu l'attitude classique de la théologie byzantine qui en principe tend à rejeter le dualisme âme et corps et à mettre en relief leur unité en l'homme „entier“, cette analogie pourrait bien insinuer, même dans l'Eisagogè, l'unité du pouvoir, dont l'État et l'Église seraient seulement deux aspects distincts. Le chiasme rhétorique du texte (κατὰ ψυχὴν καὶ σῶμα των ὑπηκόων . . . βασιλείας ἐστὶ καὶ ἀρχιερωσύνης)<sup>33</sup>, en abîmant la symétrie entre les deux groupes de l'analogie, semble fournir un indice de plus en cette direction.

A un autre niveau idéologique, cette unité, d'origine divine, du spirituel et du temporel, ce dernier exprimé par l'Empire, est soulignée par un autre *topos* de la théorie politique et religieuse byzantine: la concorde, dans le projet de la Divine Économie, de la fondation de l'Empire Romain et de l'incarnation du Fils de Dieu, sous „César Auguste“ (Luc 2.1): „Venez, chers enfants, écoutez: *En même temps qu'il s'est présenté Lui-même sur terre, Dieu nous a donné la royauté, un bien monarchique, une image de Son Administration*, éliminant le désordre de la polyarchie“<sup>34</sup>. C'est le thème aussi du doxastikon par Cassia, chanté aux vêpres de Noël: „Αύγούστου μοναρχήσαντος ἐπὶ τῆς γῆς ἡ πολυαρχία τῶν ἀνθρώπων ἐπαύσατο, σοῦ δὲ ἐνανθρωπήσαντος ἐκ τῆς Αγνῆς, ἡ πολυυθεῖα τῶν εἰδώλων κατήργηται· Υπὸ μίᾳν βασιλείαν ἐγκόσμιον αἱ πόλεις γεγένηται καὶ εἰς μίᾳν δεσποτείαν θεότητος τὰ ἔνην ἐπίστευσαν“<sup>35</sup>.

Le domaine où la séparation du sacré et du profane est certaine est, sans aucun doute, le ministère sacerdotal. Il est vrai que des dispositions canoniques ont accordé à l'empereur quelques priviléges liturgiques, étendus plus tard par la coutume; c'est particulièrement le cas du canon 69 du concile *in Trullo*: „Que personne de ceux qui sont dans les rangs des laïcs ne s'autorise à pénétrer à l'intérieur du sanctuaire. Cependant l'autorité et la puissance impériale n'en sera point empêchée de le faire, lorsqu' elle voudra offrir les dons au Créateur, selon une très ancienne tradition“<sup>36</sup>. Il est vrai aussi que des exagérations rhétoriques ou des formules de propagande concernant le „sacerdoce“, même la qualité quasi „pontificale“ des empereurs, successeurs du *pontifex maximus* romain<sup>37</sup>, sont fréquentes: „οἱ γὰρ πατριάρχας προβαλλόμενοι ὄρθοδοξοι βασιλεῖς δι' ἐπικλησεως τῆς ἀγίας Τριάδος καὶ χριστοὶ

οντες Κυρίου ἀκωλύτως, ὅτε καὶ βούλονται εἰς τὸ ἄγιον θυσιαστήριον εἰσέρχονται καὶ θυμιῶσι καὶ σφραγίζουσι μετὰ τρικηρίου, καθὼς καὶ οἱ ἀρχιερεῖς ἀλλὰ καὶ κατηχητικῶς διδάσκουσι τὸν λαόν ὅπερ μόνοις ἐδόθη τοῖς ἑγχωρίοις ἀρχιερεῦσιν ... „Οτι δὲ καὶ χριστὸς Κυρίου ὁ κατὰ καιροὺς βασιλεύς ἔστι διὰ τὸ χρίσμα τῆς βασιλείας ... εὐλόγως καὶ αὐτὸς ἀρχιερατικοῖς κατακοσμεῖται χαρίσμασι“ (Balsamon, commentaire au canon 69 *in Trullo*)<sup>38</sup>, „ώς γὰρ οἱ βασιλεῖς χριστοὶ Κυρίου κέκληνται καὶ εἰσὶν, οὕτω καὶ οἱ ἀρχιερεῖς εἰσὶ τε καὶ ὄνομαζονται. Κατασκευάζουσι δὲ τὸν οἰκεῖον λόγον καὶ ἀπὸ τοῦ εἶναι τῆς αὐτῆς δυνάμεως τὰς ἀναγινωσκομένας εὐχάς, ὅτε στέφονται οἱ βασιλεῖς καὶ ὅτε χειροτονοῦνται οἱ ἀρχιερεῖς“ – „πλὴν μόνου τοῦ ιερουργεῖν, τὰ λοιπὰ ἀρχιερατικὰ προνόμια σαφῶς εἰκονίζει ὁ βασιλεὺς, ἐφ' οὓς πράττει νομίμως τε καὶ κανονικῶς“ (Démétrios Chōmatianos)<sup>40</sup>. Malgré ces priviléges et ces exagérations, la place des empereurs *dans le laïcat*, leur place même d'ouailles par rapport au sacerdoce, si elle n'est pas toujours bien soulignée, est très claire; d'après Zonaras, la nécessité même de la disposition du canon 69 *in Trullo* ne fait que confirmer cette place de l'empereur dans le laïcat: „Οσπερ δὲ ὑπεραπολογούμενοι ἐσαντῶν οἱ τοῦτο δόντες τῷ βασιλεῖ τὸ προνόμιον, τῆς ἔξουσίας καὶ τῆς αὐθεντίας ἐμνήσθησαν, μονονονχὶ τοῦτο λέγοντες, ὅτι οὐδὲ τοῦτον καθὸ λαϊκός ἔστιν, ἐχρῆν εἰσιέναι τοῦ θυσιαστηρίου<sup>41</sup>; Symeon de Thessalonique sera également explicite: les mains impériales sont des „manus vero ad benedicendum non consecratae, sed mundanae et bellicosae“ (μὴ καθιερωμένας εἰς τὸ εὐλογεῖν, ἀλλὰ κοσμικὰς καὶ στρατηγικὰς χεῖρας) et l'empereur est de ceux „qui non habent sacerdotii potestatem et virtutem“ (τῶν μὴ ἔχοντων τὴν τῆς ιερωσύνης δύναμιν καὶ ἐνέργειαν)<sup>42</sup>. L'„humble“ charge ecclésiastique de *deputatus* assumée, selon certaines sources, par l'empereur lors de la cérémonie de sa proclamation<sup>43</sup>, loin de contredire ce fait, semble le confirmer: c'est un office minime qui justifierait seulement les priviléges liturgiques impériaux, en excluant tout malentendu quant à leur signification et en soulignant plutôt la place de l'empereur en dehors du sacerdoce<sup>44</sup>.

C'est dans ce concept d'unité de l'ordre politique et juridique byzantin qu'on peut voir où doit placer la production des soi-disant „nomocanons“, une grande partie de l'œuvre des commentateurs byzantins des canons, de Balsamon par excellence, et toute la problématique quant aux rapports entre les lois et les canons, étudiée par les rapporteurs qui m'ont précédé. Il est vrai qu'il y a des exemples intéressants de la co-existance de la loi et du canon, des cas de juridiction mixte, confuse ou indifférente des autorités civiles ou ecclésiastiques; des cas surtout où un désaccord voire un conflit entre la loi et le canon, conflit réel ou apparent doit être „poli“, „expliqué“ ou excusé par la doctrine ou la jurisprudence dans l'esprit de cette unité. Mais à mon sens cette unité devient beaucoup plus évidente dans les cas contraires, où des faits comme la modification d'une disposition canonique conciliaire par la loi impériale sont regardés comme des faits parfaitement naturels, qui ne nécessitent pas d'explication ou de justification. En voilà quelques exemples, nullement exhaustifs, tous tirés du commentaire de Balsamon: „il est permis à l'empereur de fonder un diocèse ou d'élever un évêché ou un archevêché au rang de métropole, ... et de procéder à toute sorte d'arrangement analogue à son gré (κατὰ τὸ αὐτῷ θελητόν), sans

*qu'il soit empêché par le canon* (sc. 12 de Chalcédoine)<sup>45</sup>; canon 18 de Nicée I („... sed nec sedere in medio presbiterorum diaconis liceat“); „... mais le chartophylax de la très-sainte Grande Église (de Constantinople) a, en dehors du synode, la préséance à l'égard non seulement des prêtres, mais aussi des évêques en vertu d'une prostaxis de feu l'empereur kyr Alexis Comnène<sup>46</sup>; canon 58 de Laodicée („quod non oporteat in domibus oblationes celebrari ab episcopis vel a presbiteris“); „mais cela a été permis par la nouvelle (4) de l'empereur kyr Léon le Sage“<sup>47</sup>; et plus explicitement: „... mais *tu dois prêter attention aux nouvelles* de l'empereur (Léon) le Sage *plutôt qu'au présent canon* (sc. 59 in Trullo)<sup>48</sup>. Ce fut à l'époque de Balsamon qu'un patriarche orthodoxe d'Alexandrie, Marc (il faut se rappeler que le patriarcat d'Alexandrie ne faisait plus partie de l'Empire) a adressé cette question au synode constantinopolitan: „Nous ne disposons pas des textes législatifs, et notamment des Basiliques; nous agissons donc seulement d'après les canons. Nous trouvons-nous, pour cela, dans le péché? (ἀρα χριματίζομεθα;). La réponse ne nous intéresse pas beaucoup. Mais on peut signaler que dans une première rédaction, attribuée au métropolite Jean de Chalcédoine, la réponse est presque explicitement négative: mais dans la rédaction définitive, attribuée à Théodore Balsamon lui-même, la réponse est beaucoup plus nuancée: les chrétiens orthodoxes, qu'ils se trouvent en territoire „romain“ ou non, sont des Romains et ils doivent suivre le droit romain. Si cela devenait complètement impossible, ils seraient simplement *pardonnable*s! (συγγνώμης ἀξιωθήσονται)<sup>49</sup>. Le professeur Troianos a cité le cas de la nouvelle 17 de Léon le Sage sur un sujet „où il n'y avait ni loi ni canon“ (ὑπὲρ οὐ νόμος οὐκ ἦν οὐδὲ κανών): l'empereur agit à la requête du patriarche „bien que ce soit l'affaire du synode... car sur un sujet religieux il faudrait un décret de votre Sainteté“; la raison en serait „qu'il n'est pas opportun d'instituer une *delibération synodale*“ pour un seul sujet, tandis que l'empereur peut toujours légiférer tout seul, même sur des questions canoniques (καὶ δίχα συνόδου)<sup>50</sup>.

C'est aussi le cas de la production législative „parallèle“ des deux autorités en matière de compétence considérée comme commune ou cumulative; sur le droit matrimonial, pour citer un exemple très caractéristique: des empêchements de mariage sont introduits, presque indifféremment, par des canons conciliaires, par la voie de la législation impériale, par la voie de la législation ou même de la jurisprudence ecclésiastique, ou par un concours des deux autorités qui agissent en commun ou en confirmant mutuellement leurs decisions. Mais même en défaut de cette confirmation réciproque, les juridictions respectives n'ont pas de difficulté à suivre (à ne pas suivre, aussi! dans cet esprit typiquement byzantin à l'égard des textes législatifs)<sup>51</sup> les dispositions provenant de l'une ou l'autre côte, considérées toutes comme appartenant au même ordre juridique. Le tomos du patriarche Sisinnios II (997) qui a radicalement modifié le droit des empêchements de mariage à Byzance, „le document le plus célèbre assurément de toute la législation matrimoniale“<sup>52</sup>, n'a jamais été confirmé par l'autorité impériale: n'empêche qu'il fut toujours observé par les juridictions tant ecclésiastiques que civiles. Son

abrogation tentée en 1175 sous Manuel Ier Comnène dut être effectuée par la voie de la législation impériale<sup>53</sup>. Vingt cinq ans après son „abrogation“ (1199), les tribunaux *civils* suivent normalement le *tomos*<sup>54</sup>, qui gardera sa vigueur jusqu’ à la fin de la période byzantine et pendant toute la période post-byzantine. Or, nous sommes aujourd’hui en état de connaître que l’abrogation mangée du *tomos* de Sisinnios (sa promulgation probablement aussi, deux siècles auparavant) était le fruit d’une collaboration de l’empereur et du patriarche, pour satisfaire à des besoins concrets de circonstance<sup>55</sup>. Pour des raisons pareilles une collaboration des autorités impériales et ecclésiastiques avait amené à l’introduction d’un nouvel empêchement dirimant de mariage en 1166 (septième degré de parenté): cette fois l’empêchement fut introduit par la voie d’un acte synodal, mais confirmé par une nouvelle impériale<sup>56</sup>.

Vu cette conception dominante d’idéologie politique et religieuse basée sur l’unité de l’Empire et de l’Église, on peut comprendre comment l’empereur (présupposé orthodoxe), responsable par la volonté de Dieu, de cette seule image terrestre possible de Son Royaume, est considéré aussi comme responsable pour l’orthodoxie et l’unité du dogme (élément fondamental de l’unité de l’Empire), responsable de l’Église, de son bien-être et de son administration: c’est cette qualité à la fois célèbre et mystérieuse, d’„... ἐπιστημονάρχης de l’Église“ attribuée à l’empereur par les textes – un terme intraduisible, de construction et de signification également bizarres. (Un des pionniers les plus éminents des études byzantines en Occident Charles du Cange, se trouvant dans l’impossibilité d’en donner une définition dans son Glossaire (1688), a eu recours à une analogie ingénieuse et en même temps perplexe: „titulus quem sibi adscribent imperatores Constantinopolitani tanquam essent Doctrinae ac Disciplinae ecclesiasticae praesides, quemadmodum hodie Angliae res Caput Ecclesiae sese indigitat“<sup>57</sup> ce qui est, cependant, autre chose). C’est en cette qualité aussi que l’empereur désigne le nouveau patriarche, par la fameuse formule: „la Sainte Trinité qui nous a donné l’empire te promeut archevêque de Constantinople, la Nouvelle Rome, et patriarche œcuménique“<sup>58</sup>, scandale permanent aux oreilles des Occidentaux.

Il est bien connu que l’Église assume à son tour un rôle important dans le rituel de l’accession de l’empereur au trône: le couronnement et aussi, assez tardivement, l’onction. Théodore Ier Laskaris, le premier empereur byzantin „en exil“ à Nicée, proclamé probablement en 1206 a dû attendre jusqu’au mois de mars 1208, lorsqu’un nouveau patriarche, „en exil“ aussi, fut élu par le synode, pour administrer son couronnement (et aussi de toute évidence une onction, peut-être pour la première fois)<sup>59</sup>. On sait que le couronnement, qui ne fut jamais introduit comme élément constitutif pour l’accession au trône impérial d’Orient (seule la „proclamation“, *anagoreusis*, *anarrhesis* était l’élément constitutionnellement nécessaire), tendait, au cours des derniers siècles byzantins, à prendre une importance de plus en plus croissant; c’était une évolution qui renforçait la position institutionnelle de l’Église qui avait le rôle principal dans ce rituel<sup>60</sup>. Le patriarche constantinopolitain en a tou-

jours revendiqué l'exclusivité: le couronnement impérial serait un droit et un privilège réservé au patriarche oecuménique (au pape aussi, théoriquement, mais hors de question pour les orthodoxes après le schisme). On connaît des cas où des souverains prétendant à l'empire se sont faits couronner par d'autres prélates: ils ont toujours essayé de se procurer les services d'un prélat qui serait le pair du patriarche, donc d'un autre patriarche ou d'un archevêque autocéphale. On peut citer ici les exemples du prince Théodore d'Épire qui s'est fait couronner empereur à Thessalonique (1227) par l'archevêque autocéphale d'Achrida Démétrios Chōmatianos, un fameux canoniste d'ailleurs; du roi serbe Stefan IV Dusan qui a arbitrairement élevé l'archevêché de Serbie en patriarcat pour s'assurer un couronnement en tant qu'empereur „des Serbes et des Romains“ (1346); de l'empereur Jean VI Cantacuzène couronné à Andrinople par le patriarche Lazare de Jérusalem, en cette même année (1346). Dans tous les cas le patriarcat de Constantinople a vivement contesté la légalité et la canonnicité de ces faits: pour laisser à part les implications politiques, le couronnement de Théodore à Thessalonique a conduit à une fameuse querelle entre Chōmatianos et le patriarche Germain II (siègeant, souvenons-nous, à Nicée) et à une rupture de fait entre les deux Églises; la proclamation du patriarcat serbe a même entraîné un schisme temporaire; le couronnement de Jean VI dut être répété lorsque celui-ci s'empara de Constantinople. Même l'usurpateur Isaac Comnène (1185), à Chypre, aurait créé un „patriarcat“ chypriote éphémère pour s'assurer un „couronnement“ impérial. Après la chute de l'empire, en 1561, c'est au patriarche de Constantinople qu'Ivan IV a dû s'adresser pour obtenir la reconnaissance de son couronnement en tsar et pour la proclamation de l'empire en Russie: le patriarche Joasaph II dans son acte (mis à part les problèmes diplomatique que cet acte présente) insiste sur le caractère unique et irremplaçable de son intervention<sup>61</sup>.

Que l'Église fasse aussi partie du mécanisme politique et idéologique de l'État, cela ne peut pas être mis en doute; que l'Église et ses représentants jouent aussi le rôle d'agent non seulement de l'idéologie et de la culture byzantines, mais aussi de la politique concrète, particulièrement la politique extérieure, de l'Empire, c'en est la suite logique. Ce qui nous intéresse ici est le fait que, dans le cadre de l'unité fondamentale de l'Église, cette attitude est considérée par les Byzantins comme tout à fait régulière et naturelle. Le métropolite Léon de Synades, agent byzantin en Italie au Xe siècle, croit ne faire que son devoir lorsqu'il prépare l'avènement au pontificat romain de l'antipape Jean XVI Philagathe: „Je viens de faire nommer pape ce Philagathe que je devrais plutôt étrangler, et j'ai prononcé l'acclamatio axios sur celui qui n'était *axios* que pour tre battu par dix mille tonnerres“, écrit-il<sup>62</sup>. Il est clair, par sa correspondance, que notre métropolite, qui n'est pas d'ailleurs un cynique, n'y voit rien d'inconvénient; il ne veut pas s'excuser, pas même vis-à-vis sa propre conscience. Il est sûr d'avoir fait son devoir envers cette unité indivisible qui est l'Empire et l'Église.

Lors d'un congrès à Francfort, il y a quelques semaines, un des intervenants a remarqué qu'à son avis cette unité de l'ordre politique et juri-

dique en Orient, à l'encontre de la conception occidentale des deux pouvoirs, pourrait être à l'origine de la distinction terminologique et sémantique entre les notions de la *dispensatio* latine et de l'*oikonomia* byzantine. Au premier cas, l'Église, *societas perfecta*, n'accepte que sa propre normalité; dans le cas donc où elle doit s'incliner devant des exigences externes (e.g. la volonté du prince à propos d'un mariage dynastique) ne peut que renoncer à l'application de son droit, à savoir du seul ordre juridique concevable à ses yeux, en faire donc dispense. Au second cas l'Église se trouve en commun avec l'État dans un ordre juridique, où l'existence de deux normalités également concevables pour l'Église est possible: la normalité temporelle, serait la normalité humaine que l'Église devait traiter avec la „philanthropie“ nécessaire: si donc l'Église a affaire avec un cas pareil, il n'est pas question de renoncer à quelque chose, mais de régler, arranger, accomoder (*οικονομεῖν*) les choses pour le mieux<sup>63</sup>. Je ne suis pas à même d'accepter cette thèse telle quelle, mais on peut y voir une fonction intéressante du concept de l'unité de l'ordre juridique byzantin.

Vers la fin de l'histoire de l'Empire byzantin, déjà en plein déclin, un patriarche constantinopolitain, Antoine IV. adresse une fameuse lettre au grandprince Vasilij Ier de Moscovie, une lettre qui est peut-être le manifeste le plus explicite d'idéologie politique byzantine. Le concept d'unité inséparable de l'Église et l'Empire y est énoncé de la manière la plus expresse: „Et il n'est pas juste, mon fils, de dire que nous avons une Église mais nous n'avons pas d'empereur. Il n'est pas possible pour les chrétiens qu'ils possèdent une Église et qu'ils n'aient pas d'empereur. Car l'Empire et l'Église se trouvent dans un état d'unité et de communion étroites et il n'est pas possible qu'ils se séparent“<sup>64</sup>.

Dans le domaine du droit proprement dit l'unité de l'ordre politique et juridique byzantin a permis, pendant cette dernière période de déclin, à l'Église d'assumer parfois l'initiative législative, même en questions de droit civil (novelle 26 d'Andronic Paleologue, dite „novelle du patriarche Athanase“), ou des responsabilités judiciaires civiles (institution des „juges généraux“ avec une participation importante du clergé, soumission de plus en plus des parties à l'arbitrage des tribunaux ecclésiastiques en matière de droit privé – derniers reflets de l'ancienne *audientia episcopalis*)<sup>65</sup>.

C'est ainsi que les derniers siècles byzantins avaient préparé l'Église pour le rôle de pouvoir à la fois spirituel et séculier qu'elle devrait exercer sous l'occupation ottomane. Mis à part les rapports avec l'occupant „infidèle“ – ce qui est autre chose –, c'est là le comble de la pratique de la synallélie et en même temps la suppression de sa raison d'être: dans la mesure où l'Église (par excellence: le patriarcat constantinopolitain) est le quasi-successeur, le *locum tenens*, ou le dépositaire de la dignité impériale vacante et qu'elle exerce sur ses fidèles assujettis l'autorité civile, on n'a plus affaire à deux autorités dans un ordre juridique, mais d'une seule autorité, à la fois civile et ecclésiastique. Les prières liturgiques et les pièces d'hymnographie en faveur des *basileis* et de l'empire, le „politeuma“ chrétien, qui dans l'esprit de la synallélie „classi-

que", abondent dans la liturgie byzantine, continuent à être chantées pendant toute l'époque ottomane, en faveur de cet empire vacant.

C'est ainsi que le concept de la „synallélie“ s'est établi, avant le nom, pour presque un millénaire et demi, comme le principe fondamental voire comme le seul principe de rapports entre l'Église et l'État concevable en Orient.

Nous avons vu que les auteurs contemporains s'accordent de plus en plus sur l'emploi du terme de synallélie à propos de la forme de „rapports“ entre l'État et l'Église qui a prévalu dans l'empire byzantin. On peut donc réservier ce terme à cette forme de rapports, ou, en sens inverse, chercher dans ce concept unique de rapports entre l'État et l'Église la définition du terme obscur de synallélie. Notre hôte Mgr. Procope de Philippes en récapitulant dans son livre récent propose une sorte de définition: „Les deux organismes, très étroitement liés sous le pouvoir suprême du Seigneur, Dieu et Homme, fondent leurs rapports mutuels sur le principe de la coopération et de l'assistance réciproque, pour atteindre, chacun par les moyens qui lui sont propres, *le but commun suprême, le Royaume de Dieu sur la Terre* leur autonomie et indépendance étant sauvegardées“.

Or ce schéma fondamental dans l'histoire du christianisme oriental (post-)constantinien, dont les bases ecclésiologiques pourraient bien être contestées (le présent rapporteur n'y a aucune prétention de compétence), mais qui est très bien fondé sur l'idéologie politique et religieuse byzantine, présuppose: 1) un État „croyant“, à population de religion uniforme sinon obligatoire, donc une seule juridiction ecclésiastique officielle qui soit aussi la seule communauté religieuse reconnue voire permise 2) une Église qui regarde l'État comme le véhicule de la volonté divine, ses buts étant les mêmes que les siens et visant au Royaume de Dieu sur la Terre. A un pas de là se trouve aussi la conception byzantine de l'empire romain, le seul empire conceivable, dont le territoire théorique serait *l'oikoumenè*.

Un concept pareil semble si bien établi dans la conscience de l'orthodoxie orientale que même devant la nouvelle situation créée depuis le XIX<sup>e</sup> siècle dans l'environnement des Églises Orthodoxes et dans leur propre structure, on a continué d'édifier sur ce principe. L'établissement des états nationaux la notion de l'état laïque, la liberté religieuse et culturelle, l'indifférence religieuse, l'anticléricalisme, même la lutte anti-religieuse établie n'ont pu modifier cette attitude: la „synallélie“ est toujours considérée, semble-t-il, de la part de la doctrine orthodoxe comme le régime idéal de rapports entre l'Église et l'État du point de vue ecclésiologique. Un auteur a récemment plaidé pour „la théorie byzantine – grecque de synallélie qui n'a jamais cessé de constituer une coordonnée fondamentale de la vie politique grecque – byzantine“<sup>66</sup> face aux idées occidentales implantées en Grèce au XIX<sup>e</sup> siècle. C'est là cette „nostalgie“ de la synallélie, dont parle O. Clément: „La nostalgie de la symphonie de l'Église et de l'Empire rend difficile aujourd'hui à l'épiscopat orthodoxe de repenser sa relation avec l'État dans un contexte de post-chrétienneté“<sup>67</sup>.

Que cette conception soit la seule connue dans l'Église orthodoxe d'Odriant, est, en effet, à l'origine du drame de l'Église dans l'État grec moderne, des autres Églises autocéphales orthodoxes aussi dans les États modernes (comme il le fut aussi pour l'Église synodale russe, dans des circonstances quelque peu différentes). Il s'agissait d'accepter, au nom d'une „synallélie“ fantômatique, au nom de l'unité de l'État et de l'Église (qui était pour cette dernière une notion non seulement familière et acceptable, mais aussi la seule concevable), la souveraineté d'un État – la νόμῳ κρατοῦσα πολιτείᾳ la – qui n'était plus l'Empire, l'image théorique du Royaume de Dieu, mais un état moderne, de caractère inévitablement „laïque“, même s'il ne le déclarait pas toujours. Appliquer donc l'idéal de la „synallélie“ dans un contexte historique radicalement différent, avoir à étudier et trouver des solutions dans cette situation nouvelle, d'après des données historiques qui remontaient à une autre époque et d'apréraient à une pratique qui venait de Byzance, c'était une véritable épreuve pour l'Église, et pour la doctrine théologique, canonique et juridique en Grèce moderne, comme ailleurs. Constantin Oikonomos, le chef de la tendance conservatrice dans l'Église grecque des premières décennies après l'indépendance, le grand adversaire de la proclamation de l'autocéphalie de l'Église de Grèce aussi, avait déjà essayé, presque en vain, de faire la distinction. Dans un article contestant à l'État le droit de légiférer l'Église, il écrivait: „Les lois byzantines sur les affaires de l'Église son valables, non pas en tant que *lois civiles d'État*, mais en tant que *constitutions des empereurs orthodoxes*<sup>68</sup>. Exemple amusant, à un niveau beaucoup plus léger: personne ne comprenait plus (et ne comprend non plus aujourd'hui après l'abolition de la royauté en Grèce) que les pièces hymnographiques en faveur des *basileis*, chantées encore aujourd'hui dans la liturgie, comme elles l'étaient aussi pendant l'occupation ottomane se réfèrent aux empereurs de la „synallélie“ byzantine et non pas au petit roi de ce petit royaume.

Il est important de noter que personne, ou presque, ne s'est préoccupé d'examiner la place qui pourrait être réservée dans cette théorie, appliquée dans un État pluraliste moderne à pleine liberté religieuse, aux autres Églises ou religions. Participeraient-elles à la „synallélie“? Seraient-elles considérées toutes comme cooperant avec l'État, par la volonté de Dieu, dans la poursuite des mêmes but „suprêmes“ communs l'établissement du Royaume de Dieu sur la Terre? Il est bien connu que le statut de l'Église catholique romaine en Grèce a toujours été un problème à résoudre<sup>69</sup>, celui d'autres communautés chrétiennes à plus forte raison. Pour des raisons historiques les choses ont été beaucoup plus claires dans le cas des autres religions majeures (l'islam, le judaïsme). Mais du point de vue théorique on a toujours traité en Grèce des rapports entre l'État et l'Église, jamais des rapports „entre l'État et les Églises“ – la grande homogénéité religieuse et le rôle national historique de l'Église orthodoxe aidant sans doute. Or, seule la possibilité d'existence de problèmes de rapports de ce genre aussi semble exclure, par elle-même, l'application dans un État moderne d'un principe de „synallélie“ à la byzantine. En revanche, le cas des rapports des Églises ou des commu-

nautés chrétiennes dites „hétérodoxes“ de l’Église catholique romaine, par excellence, avec l’État fut pour longtemps en Grèce l’exemple de fait le plus proche d’une sorte de système de „coordination“ (*όμοταξία*), comme celui-ci est défini dans les manuels: des „ordres juridiques“ distincts (chaque Église étant de fait reconnue libre à régler ses affaires, les *interna corporis*, selon son propre droit), mais qui peuvent coopérer, non pas pour un but „suprême“ commun, qui n’existe pas (ou:qui n’existe plus), mais dans les domaines variés où vraiment des buts communs puissent bien exister.

C'est seulement sous la force de la réalité des faits que la doctrine courante de la littérature grecque orthodoxe, théologique et canonique, a essayé de s'éloigner de l'idée de la „synallélie“ irréalisable et d'opter pour la „coordination“, l'*όμοταξία*, – mais toujours considéré comme le système le plus approchant de la synallélie idéale. Il est évident que dans les complexités contemporaines d'ordre politique, social, culturel, économique, vu aussi l'importance, déjà soulignée de la position de l'Église orthodoxe en Grèce, on ne peut pas songer à une législation, d'*όμοταξία* idéale, celle qui ne comporterait qu'un seul article: „L'Église Orthodoxe de Grèce est régie par son propre droit canonique“ – une législation utopique qui malheureusement serait sans doute inacceptable pour l'Église elle-même. Mais l'éventualité, les avantages même, d'une séparation „positive“ ou „bienveillante“ dans le sens d'*όμοταξία*, ont depuis quelque temps commencé être envisagés sérieusement au sein de l'Église aussi. Le devoir de la doctrine serait d'élaborer un système acceptable de rapports, dans ce sens, dans l'esprit de la tradition orientale aussi, ce qui est encore loin d'être abordé: pour l'instant les manuels usuels grecs regardent comme le seul exemple disponible et même comme le modèle d'*όμοταξία*, le système concordataire occidental.

Dans la pratique nous disposons dès maintenant en Grèce d'un bon exemple de transition de conditions de „synallélie“ à une sorte d'*όμοταξία*: c'est le cas de la législation concernant la forme du mariage. En respectant la pratique introduite à Byzance par la novelle 89 de Léon VI, la seule pratique matrimoniale appliquée aussi pendant toute la période de l'occupation ottomane et dans l'État grec moderne, le Code Civil grec (art. 1367) reconnaissait comme seule forme possible, et même comme élément constitutif, du mariage la bénédiction nuptiale (ou, pour les non-chrétiens, un rite religieux analogue). Cela impliquait aussi, inévitablement, un droit de conditions et d'empêchements de mariage parfaitement conforme au droit canonique orthodoxe; pas exactement à cause d'une disposition célèbre de toutes les Constitutions helléniques, laquelle, selon quelques-uns, sanctionnerait constitutionnellement le corpus entier du droit canonique orthodoxe, mais pour des raisons évidentes de bon sens élémentaire puisque l'Église orthodoxe était en fait reconnue et même appelée par le droit civil comme la seule autorité à administrer le mariage pour la quasitotalité des cas. La modification de l'art. 1367 du code civil, par la loi 1250/1982, en introduisant la possibilité du mariage civil en Grèce, a tout simplement rendu possible un droit de conditions et d'empêchements matrimoniaux s'écartant du droit cano-

nique: les modifications ont été introduites par la loi 1329/1983, pratiquement sans aucune contestation sérieuse de leur constitutionnalité. Or, la loi 1250/1982 en introduisant le mariage civil a aussi explicitement renvoyé, quant aux conditions du mariage religieux, au droit propre de chaque Église et communauté religieuse, qui est par là autorisée à le faire appliquer à ses propres fidèles (avec une réserve générale d'ordre public et pourvu, évidemment, que les dispositions minimales du droit civil soient sauvegardées)<sup>70</sup>. C'est ainsi que, dans un domaine concret, on a passé de la législation civile la plus „synallélique“, *peut-être, dans le monde entier à l'introduction d'une sorte d'όμοταξία*, sans que cela ait créé de problèmes ou de vraies frictions.

Je m'excuse d'avoir dépassé les limites purement théoriques et historiques que je me suis imposées, en raison de l'importance, à mon avis, du cas unique, à présent, de l'État grec dans le monde orthodoxe. Je suis vraiment très heureux que les peripéties et les vicissitudes des rapports entre l'Église et l'État en Grèce n'entrent pas dans le cadre de la présente communication et qu'elles seront traitées par des rapporteurs éminents, d'une compétence certaine en la matière, Mgr. Procope de Philipps et M. le Conseiller d'État, le Dr. A. Marinos.

### Petite Bibliographie grecque moderne

- Chr. Androutsos*, Έκκλησία καὶ Πολιτεία ἐξ ἐπόψεως ὄρθοδοξού, Athènes 1920.
- H. M. Alivisatos*, „Kirche, Staat und Volk vom orthodoxen Standpunkt“, Procès verbaux du premier congrès de théologie orthodoxe, Athènes 1939, pp. 370–389.
- id.*, „Έκκλησία καὶ Πολιτεία ἐξ ἐπόψεως ὄρθοδοξού“, *Ekklēsia*, 15 (1937), passim (pp. 34–100); voir aussi la discussion entre *P. Bratsiotis*, *H. M. Alivisatos* et *D. Balanos*, *ibid.*, 14 (1936), passim (pp. 73s.).
- C. Rhallès*, „Σχέσις Έκκλησίας καὶ Πολιτείας“, *Praktika Akadēmias Athēnōn*, 4 (1929), pp. 227–232.
- C. Dyobouniotès*, Σχέσις Έκκλησίας καὶ Πολιτείας ἐν τῇ ἑλευθέρᾳ Ἑλλάδι, Athènes 1916.
- D. Balanos*, Πολιτεία καὶ Έκκλησία, Athènes 1920.
- P. J. Panagiotakos*, Έκκλησία καὶ Πολιτεία ἀνὰ τοὺς αἰῶνας (33–1939 μ.Χ.), Athènes 1939.
- P. E. Poulietas*, Σχέσις Πολιτείας καὶ Έκκλησίας ιδίᾳ ἐπὶ ἐκλογῆς ἐπισκόπων, Athènes 1946.
- Mélétios métropolite de Cythère*, Συνάλληλος ἡ συμπόρευσις Πολιτείας καὶ Έκκλησίας, Athènes 1965.
- J. Karmirés*, Συμβολὴ εἰς τὸ πρόβλημα τῆς σχέσεως Έκκλησίας καὶ Πολιτείας ἐξ ἐπόψεως ὄρθοδοξού, Athènes 1972 (tiré-à-part de la *Epistemonikē Epetēris de la Faculté de Théologie d'Athènes t. XVIII*).
- Procope métropolite de Philipps*, Συστήματα σχέσεων Έκκλησίας καὶ Πολιτείας. Μορφαὶ τοῦ χωρισμοῦ, Kavala 1987.

Σχέσεις Κράτους καὶ Ἐκκλησίας = numéro spécial de la revue Dikaios et Politikè, 15, Thessalonique 1988.

Sp. *Troianos*, „Θεσπίζομεν τούν τάξιν νόμων ἐπέχειν τοὺς ἀγίους ... κανόνας“, Byzantina 13 (1985 = Festschrift J. Karayannopoulos), 1193–1200.

id., „Kirche und Staat: Die Berührungspunkte der beiden Rechtsordnungen in Byzanz“, Ostkirchliche Studien, 37 (1988), pp. 291–296.

C. A. Vavouskos, „Ai σχέσεις Πολιτείας καὶ Ἐκκλησίας εἰς τὴν Ἐπαναγωγὴν ...“, Armenopoulos: Epistemonikè Epetèrida, 9 (1988), pp. 9–15.

A. Marinou, Σχέσεις Ἐκκλησίας καὶ Πολιτείας, Athènes 1984.

## Notes

1 Selon le mot célèbre d' Antisthène.

2 A. M. Wittig, Die orthodoxe Kirche in Griechenland: Ihre Beziehung zum Staat gemäß der Theorie und der Entwicklung von 1821–1977 (= Das östliche Christentum, Neue Folge, Bd. 37), Würzburg 1987.

3 Συναγωγὴ νέων λέξεων ὑπὸ τῶν λογίων πλασθεισῶν ἀπὸ τῆς Ἀλώσεως..., Athènes 1900,<sup>2</sup> 1980, p. 951. Premières mentions répertoriées: Stavros Lelekès 1879, Christos D. Papadopoulos 1890, Théagène Libadas 1891. L'adverbe συναλλήλως se rencontre déjà au XVII<sup>e</sup> siècle dans l'œuvre du prédicateur catholique grec François Skouphos (1644–1697); autres mentions: C. Phréarités 1854 et le poète Jean Karasoutsas (1822–1873).

4 Respectivement: „Λεξικὸν ἔλληνογαλλικόν, Athènes 1897, p. 835: „συναλλήλια, φιλοσοφ.: coordination“; même titre, Athènes 1871. Dans le dictionnaire renommé français – grec moderne d'A. Hépîtès, Athènes 1912, le mot συναλλήλια ne se trouve pas parmi les équivalents grecs du mot „coordination“ (I, 540).

5 Dictionnaire Démétrakos, 6867; Dictionnaire „Papyros“, 8581; Th. Bostanoglou, Αντιλεξικόν, Athènes<sup>2</sup> 1962, 6 (§ 12); Chr. Androutsos, Λεξικὸν τῆς Φιλοσοφίας, Athènes 1929, Thessalonique<sup>3</sup> 1984, p. 327: lat. coordinatio.

6 Le mot ne se trouve pas dans la Thrèskeutikè kai Ἐθικὴ Egkyklopaedia (ThEE); des termes comme „consonantia“, „Symphonie“, „Koordination“ ne se trouvent pas non plus dans ses soeurs occidentales, p. ex. le LThK.

7 C. A. Vavouskos, Ἔγχειριδιον ἐκκλησιαστικοῦ δικαίου, Thessalonique<sup>4</sup> 1986, p. 245; la référence est faite à un article par P. Panagiotakos, „Ἡ Ἐκκλησία ἐν τῇ Πολιτείᾳ“ dans la Festschrift E. G. Kyriakopoulos, Thessalonique 1966, p. 332s.

8 „Vom richtigen Standpunkt der orthodoxen Kirche aus ist die aufrichtige, treue Zusammenarbeit der Kirche mit dem Staat das einzige richtige System der Beziehungen zwischen diesen beiden von Gott gestifteten Organisationen“ (*Alivisatos*, „Kirche ...“, p. 382).

9 Androutsos, op. cit. (5), pp. 9–21; cf. pp. 30–31, 59. Dans ce dernier passage, l'auteur propose le synonyme, „parallélie“ (παραλληλία) pour désigner le système de rapports en Grèce moderne. Comme nous venons de dire (n. 5), Androutsos a répertorié le terme philosophique de συναλλήλια dans son Dictionnaire de philosophie.

10 Panagiotakos, op. cit. (7), pp. 89–92, cf. pp. 245–246.

11 Ibid., pp. 256, 306–307 et passim.

12 Ibid., pp. 202–210 cf. pp. 135, 63: elle est rangée parmi les systèmes dits de „séparation“.

13 *Mouratidès*, p. 80.

14 *Ibid.*, pp. 81–83.

15 *Poulitsas*, pp. 23–24. L'auteur cite *W. Kahl*, *Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik*, I, Freiburg i.B. – Leipzig 1894, pp. 304–309; un système de "synallélie" ne conduirait qu'à un état de guerre, continuelle entre l'État et l'Église; en plus, l'Église par définition ne peut pas être l'égale à l'État, puisqu'elle ne peut pas avoir pour but le pouvoir; le verset Mat. 22.21 = Marc 12.17 = Luc 20.25 ne serait que la condamnation authentique du système!

16 *Poulitsas*, p. 25s.

17 *Vavouskos* (n. 7), pp. 242–245.

18 *Ibid.*, p. 259.

19 *P. Rhodopoulos*, métropolite de Tyroloé-et-Serention, Μαθήματα κανονικοῦ δικαίου, Thessalonique 1986, pp. 234 ε–ζ.

20 *Marinos*, p. 11s.

21 *Procopé de Philippe*, pp. 23–27, 49, 63–64, 75.

22 Voir par exemple: *O. Clément*, *L'Église Orthodoxe* (collection "Que sais-je?"),<sup>3</sup> Paris 1985, pp. 11–12 (§ V. Problèmes de la "symphonie"); *E. Chr. Suttner*, "Staat. X. Der Staat aus orthodoxer Sicht", *Staatslexikon hrsg. von der Görres-Gesellschaft*, Bd. 5/1989, 166, 167 ("Symphonie").

23 Ed. *Schoell-Kroll*, pp. 35–36. Même notion reprise dans d'autres textes législatifs des empereurs byzantins; voir, par exemple, la nouvelle coll. IV, 86 d'*Isaac II Ange* (1186) = *Dölger*, *Regesten No. 1573*: ἡ βασιλεία μου μέγιστα τὰ ἐν τοῖς ἀνθρώποις δῶρα Θεοῦ παρὰ τῆς ἀνωμέν φιλανθρωπίας γινώσκουσα καὶ τὸ τῆς βασιλείας καὶ τὸ τῆς ιερωσύνης θεόσδοτον χρίσμα καὶ ἀξιώμα, ἐκ μιᾶς τῆς αὐτῆς ἀενάου πηγῆς ἐκάτερα προϊόντα καὶ τὸν ἀνθρώπινον βίον κατακομοῦντά τε καὶ πιαίνοντα (éd. *Zachariae von Lingenthal = Zepos*, *Jus Graecoromanum*, I, p. 436; *Rhallès-Potlès*, V, p. 322).

24 Ed. *Zachariae von Lingenthal = Zepos*, *Jus Graecoromanum*, II, p. 242.

25 Ed. *Heimbach*, p. 49 = *Schoell-Kroll*, p. 36: "Nam si hoc quidem inculpabile sit undique et apud deum fiducia plenum, imperium autem recte et competenter exornet traditam sibi rempublicam, erit consonantia quaedam bona, omne, quidquid utile est, humano conferens generi". Cf. *E. Roussos*, Λεξιλόγιον Ἐκκλησιαστικοῦ Δικαίου. I. Βυζαντινὸν δίκαιον, Athènes 1948, p. 413 (συμφωνία); II. Λατινικὸν δίκαιον, Athènes 1949, p. 60 (consonare).

26 *Mouratidès*, pp. 95, 99; *Procopé de Philippe*, p. 12. Les deux auteurs se réfèrent au "système (byzantin) de συναλληλίᾳ ἡ συμφωνία (consonantia)". *J. Karmirès*, Συμβολὴ εἰς τὸ πρόβλημα ..., passim, parle presque toujours, cumulativement d'un système de "συμφωνίᾳ καὶ συναλληλίᾳ"; *B. Pheidas*, Ιστορικονομικὰ προβλήματα περὶ τὴν λειτουργίαν τοῦ θεομοῦ τῆς πενταρχίας τῶν πατριαρχῶν, Athènes 1970<sup>2</sup>1977, p. 179 se réfère au "principe théorique de συμφωνίᾳ (Consonantia)".

27 "Koordinationstheorie": *Panagiotakos*, p. 209; *Mouratidès*, p. 156.

28 *G. Khodre*, métropolite du Mont-Liban (partiarcat d'Antioche), cité par *P. Evdokimov - O. Clément*, "Vers le Concile: appel à l'Église", *Contacts*, 23 (1971), numéro 73–74 (mémorial Paul Evdokimov), p. 207; cf. *C. G. Pitsakis*, "Eirènè et koinonia", Da Roma alla Terza Roma, VIII seminario internazionale di studi storici: Concezioni della Pace. Relazioni e Comunicazioni, Rome 1988, p. 245.

29 *G. Michaëlidès-Nouaros*, "Quelques remarques sur le pluralisme juridique en Byzance", *Byzantina*, 9 (1977), pp. 421–446.

30 *Rhodopoulos*, op. cit (19), p. 234 α–ζ.

31 Sur ce sujet: *H.-G. Beck*, Kirche und theologische Literatur im byzantinischen Reich, Munich 1959<sup>2</sup>1977, p. 36. Cf. *Sp. Troianos*, Παραδόσεις ἐκκλησιαστικοῦ δικαίου, <sup>2</sup>Athènes-Komotene 1984, pp. 59–61; id., Οἱ πηγὲς τοῦ βυζαντινοῦ δικαίου, Athènes-Komotene 1986, p. 102.

32 *Troianos*, Oi πηγὲς ... op. cit. (31), pp. 102–103 cf. pp. 105–106. Voir aussi le texte de son rapport pour ce congrès.

33 Cf. A. Schminck, „Rota tu volabilis“: Kaisermacht und Patriarchenmacht in Mosaiken, Cupido Legum, Francfort 1985, p. 214.

34 Συνετε δῆ, τέκνα ἀγαπητά, καὶ ἀκούσατε· ('Ο) Θεὸς τὴν βασιλείαν ἡμῖν ὡς μοναρχικὸν ἀγαθὸν ἐδωρήσατο, εἰκόνα τῆς ἑαυτοῦ διοικήσεως, πάντως τὸ τῆς πολυτελείας ἄπακτον ἀναιρόν, (καὶ) συντλικιῶν τῆς ἑαυτοῦ μετὰ σώματος ἐπὶ γῆς παρουσίας ἀνέδειξεν ... N. Oikonomidès, „Cinq actes inédits du patriarche Michel Autoreianos“, REB, 25 (1967 = Mélanges V. Grumel II), p. 118 = Documents et études sur les institutions de Byzance, Variorum Reprints, Londres 1976, XV; je cite ici d'après la traduction d' Oikonomidès, ibid., p. 116.

35 Texte dans les éditions usuelles des Ménées (Décembre); aussi: W. Christ - M. Paranikas, Anthologia graeca carminum christianorum, Leipzig 1871, p. 103. Je donne la traduction anglaise de Mother Mary et de l'Archimandrite Kallistos Ware (maintenant: évêque de Dioclée), The Festal Menaion, Londres 1969 <sup>2</sup>1977, p. 254: "When Augustus reigned alone upon earth, the many kingdoms of men came to end: and when Thou wast made man of the pure Virgin, the many gods of idolatry were destroyed. The cities of the world passed under one single rule; and the nations came to believe in one sovereign Godhead."

36 Μή ἔξεστω τινὶ τῶν ἀπάντων, ἐν λαϊκοῖς τελοῦντι, ἔνδον ἱεροῦ εἰσέναι θυσιαστηρίου· μηδαμῶς ἐπὶ τοῦτο τῆς βασιλικῆς εἰργομένης ἔξουσίας καὶ αὐθεντίας, ἡνίκα ἀν βουληθείη προσάζαι δῶρα τῷ πλάνσαντι, κατά τινα ἀρχαιοτάτην παράδοσιν. Je cite d'après la traduction française de P.-P. Joannou, Discipline générale antique (= Pontificia Commissione per la redazione del Codice di Diritto Canonico Orientale. Fonti, fasc. IX), t. I,1, Grottaferrata-Rome 1962, p. 207.

37 A ce propos, en dernier lieu: G. Dagon, „Le caractère sacerdotal de la royauté d'après les commentaires canoniques“, à publier dans les Actes du colloque: „Byzance au XIIe siècle I. Les canonistes byzantins et les pouvoirs“ (Athènes 1989).

38 Rhallès-Potlès, II, pp. 466–467.

39 Ibid., III, pp. 44–46; mais ici le raisonnement va en sens inverse: Balsamon veut étendre au cas de la consécration épiscopale la décision fantaisiste du synode constantinopolitain, émise en faveur de Jean Tzimiscès meurtrier de Nicéphore Phocas, déclarant que le sacre impérial efface, tout comme le baptême, les péchés qui le précédent (Grumel-Darruzès, Regestes No 794). Thème reproduit par Démétrios Chōmatianos: éd. Pitra, Analecta sacra et classica Spicilegio Solesmensi parata, VI, Paris-Rome 1891, 645–646.

40 Rhallès-Potlès, V, p. 429 = Pitra, 632.

41 Rhallès-Potlès, II, p. 466.

42 Migne, PG, 155, 431–434.

43 Cantacuzène (éd. Bonn), I, p. 41; I, p. 200 = Pseudo-Kodinos, Traité des offices (éd. J. Verpeaux), p. 264. Voir J. Darrouzès, Recherches sur les ὥρφικα de l'Église byzantine (= Archives de l'Orient Chrétien 11), Paris 1970, pp. 215–216. Même mention chez Syméon de Thessalonique (PG, 155, 351 et 356) où la leçon δεσποτάτου de l'édition, au lieu de δεποτάτου (cf. ibid., 361), a produit un gros malentendu („tanquam maximi dominatoris ecclesiae sanctae locum adeptus“, „quod est magni dominatoris“!).

44 Voir sur ce sujet et sur les pratiques analogues en Occident: M. Bloch, Les rois thaumaturges, Strasbourg 1924 <sup>3</sup>Paris 1983, pp. 185–215 (la question du deputatus: pp. 202–203).

45 Théodore Balsamon, commentaire au canon 38 du concile in Trullo: Rhallès-Potlès, II, p. 393.

46 Id., Rhallès-Potlès, II, p. 156; cf. id., Rhallès-Potlès, IV, p. 537.

47 Id., Rhallès-Potlès, III, p. 224.

48 Id., *Rhallès-Potlès*, II, p. 439.

49 Rédaction de Jean de Chalcédoine: éd. M. Gédéon dans „Ekklēsiastikē Alētheia“, 35 (1915), p. 178; rédaction de Balsamon: *Rhallès-Potlès*, IV, p. 451. La question, ici, est composée d'après les deux versions. Sur ces textes voir: Grumel-Darrouzès, Regestes No 1184; V. Grumel, „Les réponses à Marc d'Alexandrie, leur caractère officiel, leur double rédaction“, Échos d'Orient, 38 (1939), pp. 321–333; G. P. Stevens, De Theodoro Balsamone (=Corona Lateranensis 16), Rome 1969, pp. 112–121; B. Katsaros, Ιωάννης Κασταμονίτης, Thessalonique 1988, pp. 307–326.

50 Éd. Noailles-Dain, pp. 63–65; je cite d'après la traduction des éditeurs, pp. 62–64.

51 *Troianos*, Οι πηγές... op. cit (31), pp. 34–36. L'étude de base est celle de D. Simon, *Rechtsfindung am byzantinischen Reichsgericht*, Francfort 1973.

52 V. Laurent, „Réponses canoniques inédites du patriarcat byzantin“, Échos d'Orient, 33 (1934), p. 305. Je me permets de renvoyer à mon étude Τὸ κώλυμα γάμου λόγῳ συγγενείας ἐβδόμου βαθμοῦ ἐξ αἵματος στὸ βυζαντινὸ δίκαιο, Athènes-Komotene 1985, pp. 25–43 (et passim, en ce qui concerne la législation byzantine sur les empêchements de mariage depuis le XIe siècle).

53 Novelle coll. IV, 76 = Dölger, Regesten No 1341, citée par Balsamon: *Rhallès-Potlès*, I, p. 283; Zepos, I, pp. 424–425.

54 *Rhallès-Potlès*, V, pp. 395–396. Cf. Pitsakis op. cit. (52), pp. 42, 321.

55 Pitsakis, pp. 41–42, 303, 307–312. Une hypothèse sur les circonstances de promulgation du tomos de Sisinnios: id., „Παιζόντες εἰς ἀλλοτρίους βίους“. Δίκαιο καὶ πρακτικὴ τῶν γαμικῶν κώλυμάτων στὸ Βυζάντιο: ἡ τομή, dans les Actes du Ier Colloque International „La vie quotidienne à Byzance“, Athènes 1989, pp. 217–236.

56 Acte du patriarche Luc Chrysobergès = Grumel, Regestes No 1068: *Rhallès-Potlès*, V, pp. 95–98; nouvelle coll. IV, 69 de Manuel Ier = Dölger, Regesten No 1468: Zepos, I, pp. 408–410 = *Rhallès-Potlès*, V, pp. 311–313. Cf. Pitsakis, pp. 296–307.

57 *Du Cange*, Glossarium ad scriptores mediae et infimae Graecitatis, Lyon 1688, p. 427.

58 Pseudo-Kodinos (n. 43), 280; Syméon de Thessalonique: PG, p. 155, 441; Pseudo-Phrantzès, III. 11 (Bonn), p. 306 = III. 13. 4 (éd. Grecu), p. 448. Voir aussi un argument de Balsamon fondé sur ce fait, dans une citation précédente (n. 38).

59 M. Angold, A Byzantine Government in exile, Oxford 1975, pp. 37–45. Au sujet de l'onction, voir aussi: G. Ostrogorsky, „Zur Kaiseralbung und Schilderhebung im spätbyzantinischen Krönungszeremoniell“, Historia, 4 (1955 = Festschrift W. Ensslin), pp. 246–256 = id., Zur byzantinischen Geschichte: Ausgewählte kleine Schriften, Darmstadt 1973, pp. 142–152 = Das byzantinische Herrscherbild, hrsg. von H. Hunger, Darmstadt 1975, pp. 94–108; D. M. Nicol, „Kaisersalbung: The Unction of Emperors in Late Byzantine Coronation Ritual“, Byzantine and Modern Greek, Studies, 2 (1976), pp. 37–52; cf. Chr. Walter, „The Significance of Unction in Byzantine Iconography“, ibid., pp. 53–73; Mgr. Pavlos Menevissoglou, Τὸ Ἅγιον Μύρον, Thessalonique 1972, pp. 223–226.

60 Cath. Christophilopoulou, Εκλογή, ἀναγόρευοντος καὶ στέψις τοῦ βυζαντινοῦ αὐτοκράτορος, Athènes 1956, particulièrement pp. 223–226; J. Karayannopoulos, Η πολιτική ψεωρία τῶν Βυζαντινῶν, Thessalonique 1988, pp. 19–24; mais voir aussi: P. Charanis, „Coronation and its Constitutional Significance in the Later Roman Empire“, Byzantium, 15 (1940), pp. 49–66.

61 C. Pitsakis, „A propos des actes du patriarcat de Constantinople concernant la proclamation de l'Empire en Russie (XVIIe siècle)“, Da Roma alla Terza Roma, IX seminario internazionale di studi storici: L'i-

dea di Roma a Mosca. Relazioni e Comunicazioni, Rome 1989, pp. 88–111.

62 Ὅτι πάπαν τὸν Φιλάγαθον προεχειρισάμην, ὃν ἔδει με καὶ ἀπονήξαι, καὶ προσεπειπεῖν τὸ ἄξιος, τὸν μυρίων σκηπτῶν ἄξιον. Lettre 6: M. P. Vinson, The Correspondence of Leo metropolitan of Synada and Syncellus (Dumbarton Oaks Texts 8 = CFHB 23), Washington 1985, p. 8. Ma traduction n'est pas tout à fait conforme à la traduction proposée par l'éditrice.

63 Intervention de M. J. Durliat au 3. Symposium „Die Reaktion der Normalen“ (Francfort-Bad Homburg, juin 1989), si j'en transmets bien l'essentiel.

64 Οὐδὲν οὐν̄ ἔνι καλόν, υἱέ μου, ἵνα λέγης ὅτι ἐκκλησίαν ἔχομεν, οὐχὶ βασιλέα, οὐκ ἔνι δυνατὸν εἰς τοὺς χριστιανὸν ἐκκλησίαν ἔχειν καὶ βασιλέα οὐκ ἔχειν· ἡ γὰρ βασιλεία καὶ ἡ ἐκκλησία πολλὴν ἔνωσιν καὶ κοινωνίαν ἔχει, καὶ οὐκ ἔνι δυνατὸν ἀπ' ἀλλήλων διαιρεθῆναι: Miklosich-Müller, II, p. 191. Darrouzès, Regestes No. 2931.

65 Cf. *Troianos*, Oi πηγὲς ... op. cit. (31), pp. 154–155, 156–157.

66 G. D. Metallénos, Ἐλλαδικοῦ αύτοκεφάλου παραλειπόμενα, Athènes 1983<sup>2</sup> 1989, p. 25: „ἡ βυζαντινὴ-ρωμαίικη θεωρία τῆς συναλληλίας... ποὺ δὲν ἔπαυσε ποτὲ νὰ συνιστᾶ βασικὴ συντεταγμένη τῆς ρωμαϊκῆς-βυζαντινῆς πολιτικῆς ζωῆς ...”.

67 O. Clement op. cit. (22), p. 12.

68 Cité par Metallénos, pp. 133–134.

69 Cf. D. Salachas, Ἡ νομικὴ θέσις τῆς Καθολικῆς Ἐκκλησίας ἐν τῇ ἑλληνικῇ ἐπικρατείᾳ, Athènes 1978; sur ce sujet: *Troianos*, Ὁργάνωση τῶν ἐκκλησῶν καὶ διεύνεται σχέσεις, Athènes-Komotene 1983, p. 188.

70 Voir, à ce propos, l'étude *ad hoc* de S. *Troianos* publiée lors de la promulgation de la loi 1250/1982: Τὸ ἐκκλησιαστικὸ δίκαιο τοῦ γάμου, Athènes 1982.

**Empty Page**

Spyridon N. T r o i a n o s , Athen

Das Problem der Beziehungen zwischen den Kaisergesetzen, den Nomoi, und den heiligen Kanones ist sehr alt, denn seine Entstehung geht auf die Zeit zurück, in der die Kirche aus politischen und ideologischen Gründen eine "staatliche" Institution wurde. So lange von Beziehungen -im eigentlichen Sinne des Wortes- zwischen der *Respublica romana* und der Kirche keine Rede sein konnte, besaß jede der beiden Körperschaften, der Staat und die Kirche, eine eigene Rechtsordnung. Dies bedeutet, daß beide -zumal auch die Kirche in ihrem sichtbaren Teil eine weltliche Institution bildete- durch eigene Mechanismen Verhaltensregeln sanktionierte, die für einen bestimmten Personenkreis jeweils bindend waren: Beim Staat für seine "Bürger", d.h. diejenigen, die auf seinem Territorium lebten, bei der Kirche für ihre Gläubigen<sup>1</sup>.

Nach der Einstellung der Christenverfolgungen und dem Umschwenken in der Haltung des Staates der Kirche gegenüber entwickelten die Kaiser ein starkes Interesse an der Organisation der Kirche und ihrem Rechtsleben, mit dem Ergebnis, daß es zu einem deutlichen Zuwachs der Gesetzesmasse kam<sup>2</sup>. Die Produktion von Rechtssätzen in bezug auf ein und dasselbe Gebiet, nämlich die innere Gliederung und die Verwaltung der Kirche, durch zwei verschiedene und voneinander unabhängige Verfahren, d.h. entweder durch normative Akte des staatlichen Gesetzgebers oder durch Beschlüsse der "Verwaltungs"organe der Kirche, rief jedoch Probleme allerlei Natur hervor. Zum einen stellte die Frage, welche Normgruppe im Divergenz- bzw. Konfliktsfall den Vorzug habe, ein sachliches Problem dar. Zum zweiten war das Zustandekommen eines Rechtssatzes ohne die unmittelbare Mitwirkung des Kaisers mit der absolutistischen Form der Staatsverwaltung und den Merkmalen der Kaisergewalt auf ideologischer Ebene unvereinbar. Zwar war Gott die Urquelle des Rechts, Rechtschöpfer in concreto war aber nach der Kaiserideologie immer der Kaiser aufgrund seiner Gottesverbindung<sup>3</sup>.

Um diese Schwierigkeiten zu überwinden und um die Normen weltlicher und kirchlicher Provenienz miteinander zu harmonisieren griff der (staatliche) Gesetzgeber ein. Im Codex Iustinianus sind zwei einschlägige Konstitutionen überliefert, die möglicherweise -in Anbetracht der Tatsache, daß die von Konstantin dem Großen bis Justinian erlassenen Kaisergesetze uns nur zum Teil, durch die Kodifikationen des 5. und des 6. Jahrhunderts, bekannt sind- auch nicht die einzigen gewesen sind. Im ersten Fall handelt es sich um eine Konstitution der Kaiser Valentinian und Marcian vom 12. November 451, durch welche alle den heiligen Kanones widersprechenden und auf Gunst bzw. Fürsprache zurückgehenden pragmatischen Sanktionen für nichtig erklärt wurden<sup>4</sup>. Die zweite Konstitution wurde von Justinian im Oktober 530 promulgiert und ordnete unter anderem an, daß die heiligen Kanones nicht weniger als die Kaisergesetze gelten sollten<sup>5</sup>. Es liegt auf der Hand, daß letztere Konstitution einen nur deklaratorischen Charakter hatte, da sie kein Verfahren zur Aufhebung eventueller Konflikte vorsah.

Soweit zu den materiellrechtlichen Problemen. Die Beseitigung der ideologischen Probleme war allerdings weniger leicht; hier war der Eingriff des Gesetzgebers um so notwendiger. So ordnete Justinian durch eine im März 545 erlassene Novelle an, daß die Kanones der bis dahin einberufenen vier ökumenischen Synoden, nämlich von Nikaia, von Konstantinopel, von Ephesos und von Chalkedon, die Kraft von Gesetzen haben sollten<sup>6</sup>. Durch die auf diese Weise erfolgte Aufnahme der normativen Beschlüsse der Synoden in die staatliche Rechtsordnung wurden die heiligen Kanones formell den Kaisergesetzen, den Nomoi, gleichgestellt. Wegen der ausdrücklichen Erwähnung im Text der Novelle der vier ökumenischen Synoden, auf die sich diese Regelung bezog, steht außer Zweifel, daß zur Ausstattung der Beschlüsse künftig einzuberufender Konzilien mit Gesetzeskraft eine (neue) besondere Bestimmung erforderlich sein würde. Durch die gesetzliche Sanktionierung der kirchlichen Kanones erschien also der Kaiser in seiner Funktion als Universalgesetzgeber bestätigt<sup>7</sup>.

Diese Lösung wies Vorteile auch in materiellrechtlicher Hinsicht auf. Da nun Nomoi und Kanones sich im Hinblick auf ihre formelle Geltung nach der Promulgation der Novelle 131 auf derselben Ebene befanden, durften sie von jedem praxisbezogenen Juristen, ob weltlichem Richter oder Kleriker, gleich behandelt werden. Das Ergebnis mußte sein, daß ein Konflikt zwischen Nomoi und Kanones durch die Heranziehung der beim weltlichen Recht üblichen Interpretationsmethoden und vornehmlich durch die Anwendung des Prinzips "lex posterior derogat priori"<sup>8</sup> zu lösen gewesen wäre. Daraus ergab sich ferner, daß die Modifizierung oder gar die Aufhebung der kirchlichen Kanones in Zukunft einfach durch Kaisergesetze erfolgen konnte, was völlig im Einklang mit der Kaiserideologie stand<sup>9</sup>.

Letzteres läßt sich durch die Religionspolitik Justiniens feststellen. Im Jahre 535 versuchte der Kaiser die Kirchenprovinz Justiniana Prima durch die Novelle 11 zu einem autokephalen Erzbistum zu erheben. Da aber die kanonischen Voraussetzungen nicht vorhanden waren, hat Justinian zehn Jahre später (545) den Versuch erneut unternommen. Die Proklamation erfolgte diesmal durch die Novelle 131, eben jene Novelle, durch welche die Kanones den Kaisergesetzen gleichgestellt wurden.

Aufschlußreich ist auch folgendes Beispiel. Nach den kanonischen Vorschriften der ersten Jahrhunderte, nämlich dem 37. Apostelkanon und den Kanones 5 des I. Nicaenum und 19 des Chalcedonense, sollten die Provinzialsynoden zweimal im Jahr abgehalten werden. Unter Kaiser Justinian wurde zunächst durch die Novelle 123 Kap. 10 (vom Jahre 546) die Möglichkeit eingeräumt, daß diese Synoden ein- oder zweimal im Jahr einberufen werden. Nach ungefähr zwei Jahrzehnten wurde jedoch diese Verpflichtung -unter Abänderung der oben erwähnten Kanones- auf eine einzige Versammlung pro Jahr reduziert (Nov. 137 Kap. 4, vom Jahr 565). Überdies geht der Umstand, daß das Constantinopolitanum II vom Jahre 553 keine Kanones erließ, auf die Tatsache zurück, daß alle Verwaltungsfragen der Kirche mittlerweile durch Kaisergesetze geregelt worden waren<sup>10</sup>.

Die Taktik Justiniens diente auch seinen Nachfolgern als Vorbild. Das Beispiel des Kaisers Herakleios (610-641) ist in dieser Beziehung sehr charakteristisch: alle seine vier überlieferten und an den Patriarchen Sergios adressierten Novellen sind der kirchlichen Organisation gewidmet<sup>11</sup>.

Da das sechste ökumenische Konzil, das in Konstantinopel unter Konstantin IV. im Jahre 680/681 zusammentrat, ebenfalls keine Kanones erließ, wurde eine Synode einige Jahre später (691/692) im Kappelsaal des Kaiserpalastes in Konstantinopel (im Trullos, daher auch "Trullanische Synode") einberufen, welche der Ergänzung beider letzten Synoden, nämlich der fünften und der sechsten (deswegen auch "Quinisextum"), diente. Das gesetzgeberische Werk dieses Konzils ist eindrucksvoll, denn es erließ 102 Kanones, die einen wichtigen Bestandteil des byzantinischen Kirchenrechts darstellen<sup>12</sup>. Unter ihnen ist Kanon 2 besonders zu erwähnen. Durch ihn wurden alle Kanones der Lokalsynoden und der Kirchenväter, sowie die sog. apostolischen Kanones bestätigt und erreichten auf diese Weise den Rang der Kanones ökumenischer Synoden.

Unter den legislatorischen Produkten der isaurischen Zeit nimmt die Ecloga die erste Stelle ein. In ihrem Prooimion wird zwar die Existenz vorgängiger Novellen der isaurischen Kaiser angedeutet, die Tatsache jedoch, daß solche Gesetze separat nicht überliefert sind, spricht dafür, daß es sich dabei eher um durch die Ecloga selbst einzuführende Neuregelungen handelt<sup>13</sup>. Wie dem auch sei, enthält die Ecloga Vorschriften, die sich auf die Kirche bzw. auf den Klerus beziehen, in sehr beschränktem Ausmaß. Die wenigen einschlägigen Bestimmungen betreffen fast ausschließlich das Kirchenvermögensrecht<sup>14</sup>. Aus dem Titel 17, dem "Strafbuch der Kriminaldelikte", ergibt sich, daß die isaurische Gesetzgebung durch die christliche Lehre beeinflußt wurde<sup>15</sup>. Gleichzeitig aber läßt sich die Tendenz feststellen, eine mehr oder weniger scharfe Trennung zwischen dem Tätigkeitsbereich der staatlichen Organe und demjenigen der Organe der Kirche zu sanktionieren<sup>16</sup>.

Im letzten Regierungsjahr des ersten makedonischen Kaisers Basileios I., vermutlich kurz vor seinem Tod im August 886, wurde ein Gesetzbuch verfaßt, das für die Gestaltung der Beziehungen zwischen Staat und Kirche von großem Interesse war. Es handelt sich um die sog. "Epanagoge", die aber nach den neuesten Forschungsergebnissen "Eisagoge" heißen sollte<sup>17</sup>.

Durch dieses Rechtsbuch, an dessen Redaktion der berühmte Patriarch Photios beteiligt war<sup>18</sup>, ist eine erhebliche Neuerung hinsichtlich der oben erwähnten Beziehungen eingeführt worden. Nach der seit Konstantin dem Großen herrschenden Ansicht, waren Staat und Kirche keine getrennten oder auch nur trennbaren Institutionen, sondern Erscheinungsweisen einer und derselben Christenheit, Erscheinungsweisen, die nicht ohne einander denkbar sind<sup>19</sup>. Demzufolge konnte zwar die Rede von zwei Rechtsordnungen sein, jedoch nur von einer Gewalt<sup>20</sup>. Durch die Eisagoge dagegen ist der Versuch unternommen worden, die Unterscheidung von zwei Gewalten und deren funktionelle Trennung einzuführen ("Zweigewaltentheorie").

In den ersten, dem öffentlichen Recht gewidmeten Titeln des Rechtsbuches legte der Redaktor die Richtlinien der (einheitlichen) staatlich-kirchlichen Organisation mit zwei Oberhäuptern an der Spitze dar, wobei er in den einschlägigen Titeln 2 und 3 (Titel 2: "Über den Kaiser"; Titel 3: "Über den Patriarchen")<sup>21</sup> den Wirkungs- und Aufgabenkreis der beiden Machthaber bei absoluter Gleichstellung genau vorschrieb. Im Kap.8 des Titels 3 werden die Grenzen beider Gewalten konkret bestimmt: "Da der Staat entsprechend dem Menschen aus Gliedern und Teilen besteht, sind seine größten und wichtigsten Glieder der Kaiser und der Patriarch. Daher bedeutet auch die völlige Einmütigkeit und

Übereinstimmung zwischen Kaisertum und Patriarchat (d.h. zwischen dem Kaiser und dem Patriarchen) den seelischen und leiblichen Frieden und das Glück der Untertanen"<sup>22</sup>.

Aufgabe des Kaisers war also die Sorge um das körperliche Wohl des Volkes, Aufgabe des Patriarchen die Sorge um das seelische und geistige. Ähnliche Gedanken werden auch im Prooimion der justinianischen Novelle 6 zum Ausdruck gebracht<sup>23</sup>. Dort aber bezieht sich der Vergleich auf "Priestertum" und "Kaisertum" und nicht konkret, wie hier, auf Kaiser und Patriarch. Darüber hinaus tritt die funktionelle Trennung bei Justinian nicht so deutlich in den Vordergrund wie in der Eisagoge durch die Unterscheidung von Körper und Seele.

Um die gemäß der oben zitierten Vorschrift erforderliche "Einmütigkeit und Übereinstimmung" sicherzustellen, hielt ihr Initiator - wohl kein anderer als Photios - es für angebracht, auch gewisse Richtlinien in bezug auf die Einführung neuer Rechtssätze im kirchlichen Raum festzulegen. Demgemäß hat er durch Kap.4 des Titels 2 dem Kaiser die Aufgabe auferlegt, die Heilige Schrift und die Beschlüsse der sieben heiligen (ökumenischen) Synoden, sowie die genehmigten römischen Gesetze zu schützen und zu bewahren<sup>24</sup>.

Über die Auslegung der einschlägigen Bestimmungen der Eisagoge herrscht unter den Rechtshistorikern keine Einigkeit. Nach einer vor wenigen Jahren geäußerten Meinung lässt die Formulierung der diesbezüglichen Eisagoge-Vorschriften und insbesondere die Gegenüberstellung von Seele und Körper (angesichts der unbestreitbaren Überlegenheit der ersteren), welche dem Paar Kaiser-Patriarch - allerdings durch Chiasmus vertuscht - entspricht, auf die Tendenz schließen, die Überlegenheit der Patriarchenwürde dem Kaisertum gegenüber hervorzuheben. Die Gleichstellung der beiden Oberhäupter sei also nur scheinbar gewesen, da Photios in Wirklichkeit auf die Unterordnung des Kaisers unter den Patriarchen abgezielt habe<sup>25</sup>.

Diese Auffassung vermag mich nicht zu überzeugen. Die historischen Daten der in Frage kommenden Zeit erlauben nicht, Photios, der die schmerzlichen Folgen der Kirchenpolitik Basileios' I. in seinen ersten Regierungsjahren noch frisch in Erinnerung gehabt haben dürfte, solche Absichten zu unterstellen. Meiner Ansicht nach bezweckte der Patriarch durch die Gegenüberstellung von Seele und Körper nicht die Sanktionierung irgendwelcher Prioritäten, sondern lediglich die Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche der beiden Gewaltträger. Ferner hatte er, wie sich aus der gründlichen Untersuchung der Eisagoge-Titel 2 und 3 ergibt, noch auf andere Ziele das Auge gerichtet, die meistens auf seine persönlichen Interessen zurückgingen.

Im einzelnen: Im Kap.4 des Titels 2 (vgl. oben) wird die Zahl der ökumenischen Synoden auf sieben festgesetzt. Durch die Verrechtlichung dieser Zahl sollte das Constantinopolitanum IV - nach abendländischer Auffassung VIII. ökumenisches Konzil<sup>26</sup>-, das im Jahre 869/870 Photios verurteilt hatte, ausgeklammert werden. Ferner wurde in den Kapp.9 und 10 des Titels 3 angeordnet, daß unter den anderen Patriarchenstühlen entstehende Streitfragen dem entscheidenden Urteil des Patriarchen von Konstantinopel vorgelegt werden sollten und daß er in den Verwaltungsbezirken der anderen Patriarchate Stauropegrechte verleihen durfte<sup>27</sup>. Durch diese Bestimmungen sollte einerseits die Konzeption der "Pentarchie" (die übrigens während der verworfenen Synode von 869/870 mehrfach hervorgehoben worden war<sup>28</sup>) praktisch aufgehoben werden

und andererseits der Primatsanspruch von Konstantinopel gesetzlich bestätigt werden. Schließlich wurde bei der Aufzählung der Aufgaben des Patriarchen und in Anknüpfung an seine Pflicht, die Häretiker auf den rechten Weg der Orthodoxie und der Einheit der Kirche zu bringen, die Häretiker-Definition so extensiv formuliert, daß sie auch die den Photios persönlich ablehnenden Anhänger des Ignatios umfaßte<sup>29</sup>.

Aus diesen Gründen glaube ich nicht, daß Photios' Streben über die Einführung eines Systems der absoluten Gleichstellung von Staat und Kirche innerhalb der staatlichen Organisation hinausging. Es gibt jedenfalls keine Anhaltpunkte für die Annahme, daß er den Kaiser im Rahmen des von ihm angestrebten Systems als Legislator in kirchlichen Angelegenheiten schlechthin ablehnte. Was er mit Sicherheit erreichen wollte war, die Interpretation der heiligen Kanones und die Beilegung von entsprechenden Streitigkeiten sich selbst und seinen Nachfolgern, d.h. dem jeweiligen Patriarchen von Konstantinopel, vorzubehalten. Dies wird in den Kap. 5 und 6 des Titels 3 deutlich zum Ausdruck gebracht: "Die Kanones der Alten, die Bestimmungen der heiligen Väter und die Beschlüsse der heiligen Synoden auszulegen, steht nur dem Patriarchen zu. Über das, was die alten Väter auf Synoden oder in Diözesen einzeln oder allgemein verhandelt und geregelt haben, hat der Patriarch das entscheidende Urteil zu fällen"<sup>30</sup>.

Die entsprechende Zuständigkeit auf dem Gebiet des weltlichen Rechts wird im Kap. 6 des Titels 2 vorgeschrieben: "Die Gesetze der Alten soll der Kaiser interpretieren und Streitfragen, über die kein Gesetz vorliegt, auf der Grundlage der Analogie entscheiden"<sup>31</sup>. In den folgenden Kapiteln 7-9 desselben Titels werden einige Prinzipien niedergelegt, die der Kaiser bei der Ausübung dieser Befugnis zu befolgen hat, wie z.B., daß er bei der Auslegung der Gesetze auch die Gewohnheiten der Stadt berücksichtigen muß und daß eine contra-legem-Interpretation keinen Präzedenzfall darstellen soll (2.7)<sup>32</sup>.

Durch diese allgemeinen Regeln, die in Wirklichkeit eine Einschränkung der Kaisergewalt bedeuten, wird derselben Tendenz Ausdruck verliehen, die sich auch im oben zitierten Kap. 2.4 manifestiert. Auch dort wird dem Kaiser die Aufgabe auferlegt, "die gebilligten römischen Gesetze" zu respektieren, was zweifelsohne auf die rechtliche Bindung des Kaisers abzielte. Dieser wird nämlich dadurch für verpflichtet erklärt, der bewährten römischen Überlieferung - sicherlich in ihrer inhaltlichen Gestaltung nach der unter Basileios I. vorgenommenen "Reinigung" der alten Gesetze<sup>33</sup> - zu folgen<sup>34</sup>. Diese Bindung betraf an sich die Rechtssätze weltlicher Herkunft, die Nomoi. Nichtsdestoweniger werden aber auch die Normen der Heiligen Schrift und die Beschlüsse der sieben ökumenischen Konzilien in derselben Bestimmung (Kap. 2.4) angesprochen. Aus der Tatsache, daß im Eisagoge-Text von den δογματισθέντα ὑπὸ τῶν ἐπτά ἀγίων οὐνόδων die Rede ist, darf man nicht die Schlußfolgerung ziehen, hier seien nur die bekanntschaftsbezogenen Synodalbeschlüsse gemeint, da der Terminus δόγμα in der byzantinischen Rechtssprache die Norm im allgemeinen bedeutete<sup>35</sup>.

Diese Ausführungen lassen den Schluß zu, daß Photios - wie bereits oben bemerkt - nicht auf den völligen Ausschluß der normsetzenden Tätigkeit des Kaisers in kirchlichen Fragen abzielte. Vielmehr wollte er dem weltlichen Oberhaupt die Respektierung der bestehenden kanonischen Ordnung "aufzwingen".

Dieser Weg schien ihm offensichtlich der beste zu sein, um den Einklang der in Zukunft zu erlassenden Kaisergesetze mit den kirchlichen Kanones effektiv sicherzustellen.

Da sich ähnliche Einschränkungen der Kaisergewalt auch in bezug auf das weltliche Rechtssystem im Text des Eisagoge-Titels 2 (Kapp. 7-10) feststellen lassen, ist die Annahme naheliegend, daß der Autor dieses Rechtsbuches den institutionellen Rahmen der Legislative im allgemeinen (d.h. nicht nur in Hinblick auf die Beziehungen von Staat und Kirche) festlegen wollte. Es ist dabei bezeichnend, daß die Merkmale der Kaisergewalt durch ganz generelle Ausdrücke angegeben werden, während ihre Einschränkungen in sehr genauer Form, insbesondere hinsichtlich der Normsetzung vorgeschrieben werden. Es ist bereits darauf hingewiesen worden<sup>36</sup>, daß der Eisagoge-Verfasser in der Nomos-Definition (Kap.1.1) keinen Bezug auf den Kaiser als Rechtsschöpfer nahm, obwohl diese Funktion einen wesentlichen Bestandteil der Kaiserideologie darstellte<sup>37</sup>. Dieser Bemerkung wurde entgegengehalten, daß die in Rede stehende Definition die Kontamination zweier Digestenfragmente, eines von Papinianus und eines von Marcianus, wiedergibt, die auf eine Demosthenesrede zurückgehen<sup>38</sup>. Trotz der unbestreitbaren Richtigkeit dieser Einrede, sollte man vielleicht die Möglichkeit, die Herkunft dieses Passus habe Photios lediglich als Alibi gedient, nicht für ausgeschlossen halten.

Gegen die oben angeführten Überlegungen kann eingewandt werden, daß der offizielle Charakter der Eisagoge bezweifelt wird. Denn nach der immer noch (jedoch nicht ohne Widerspruch<sup>39</sup>) herrschenden Meinung wurde die Eisagoge nie promulgiert<sup>40</sup>. Für eine offizielle Geltung dieses Rechtsbuches sprechen nun aber mehrere Erwägungen hinsichtlich seines Inhalts und seiner Überlieferungsgeschichte und nicht zuletzt auch die in dessen Vorrede enthaltene Inkraftsetzungsanordnung<sup>41</sup>. Selbst die Anhänger der herrschenden Meinung, die Eisagoge sei im Entwurfsstadium verblieben, gestehen zu, daß sie in der Praxis verwendet wurde<sup>42</sup>. Wie dem auch sei, die Tatsache, daß die Neigung zur Einschränkung der Kaisergewalt in einem legislatorischen Text -wenn auch nur eventuell offiziösen Charakters - Eingang fand, liefert ein Indiz dafür, daß die sozialpolitischen Voraussetzungen, um der Kaisermacht "verfassungsmäßige" Schranken zu ziehen, - zumindest nach Ansicht des Initiators - vorhanden waren.

Ungefähr zwei Jahrzehnte nach der Eisagoge, im Jahre 907, ließ Leon VI., der Sohn und Nachfolger Basileios' I., ein neues Rechtsbuch, den Procheiros Nomos, abfassen. Durch ihn wurde die Eisagoge "revidiert" und (nach Ansicht derjenigen, die zu Recht ihrem offiziellen Charakter beipflichten) außer Kraft gesetzt. Diesbezüglich sei noch bemerkt, daß die neueste Forschung die allgemein vertretene Auffassung hinsichtlich der zeitlichen Reihenfolge der beiden Rechtsbücher richtigstellte, indem sie für die Priorität der Eisagoge gegenüber dem Procheiros Nomos eine Reihe von Nachweisen erbrachte<sup>43</sup>. Bei der neuen Bearbeitung wurden die öffentlich-rechtlichen Titel im revidierten Text (Prochiron) ausgelassen.

Es ist naheliegend, daß neben anderen Gründen, die Leon VI. zu dieser Reform veranlaßt haben mögen, der Gedanke, das unter der Federführung seines ungeliebten Lehrers Photios entstandene Rechtsbuch zu verdrängen, eine entscheidende Rolle gespielt haben mag, zumal die in diesem dargelegte Kon-

zeption des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche und die dadurch der Kirchenführung gewährte "Unabhängigkeit" der allgemein bekannten absolutistischen Einstellung des Kaisers widersprachen<sup>44</sup>. Die "sündhaften" Titel werden allerdings in zahlreichen Handschriften separat überliefert<sup>45</sup>. Allein der Umstand, daß sie sich zu einer Werkindividualität entwickelt haben, vermag jedoch nicht die Annahme zu rechtfertigen, das durch die Eisagoge eingeführte Schema bezüglich des Kaiser-Patriarch-Verhältnisses sei in der spätbyzantinischen Rechtspraxis berücksichtigt worden.

Kaiser Leon der Weise begegnete der Frage nach den Beziehungen zwischen Nomoi und Kanones auch in seiner Novellengesetzgebung. Ein beträchtlicher Teil (mehr als ein Drittel) der in der "Sammlung der 113 Novellen" enthaltenen Gesetze sind kirchlichen Angelegenheiten gewidmet. Es handelt sich um die Novellen 2-17, 24, 33, 54, 55, 58, 65, 68, 73-76, 79, 86-91, 96, 97 und 109. In den meisten Fällen versucht der Kaiser die Bestimmungen des weltlichen Rechts (vornehmlich die unter Justinian ergangenen Gesetze) den heiligen Kanones bzw. den Vorschriften des kanonischen Rechts im allgemeinen anzupassen<sup>46</sup>. Bei der Modifizierung der Kanones selbst ging Leon aber sehr vorsichtig vor. Im Prooimion der Novelle 2 äußerte er zwar seine Mißbilligung einem früheren Gesetzgeber gegenüber, der es wagte, den heiligen Kanones widersprechende Gesetze zu erlassen<sup>47</sup>. Diese Stellungnahme, deren ungewöhnlich scharfer Ton wohl durch persönliche Gründe motiviert war, hat ihn jedoch nicht daran gehindert, den Kanon 59 des Trullanum durch die Novelle 15 abzuändern<sup>48</sup>.

In einem anderen Fall stellte der Kaiser die Dissonanz zweier Kanones fest. Kanon 18 des Basileios schreibt nämlich für die Mönchstonsur die Vollendung des 16. bzw. 17. Lebensjahres vor; Kanon 40 des Trullanum dagegen erlaubt den Klosterereintritt schon den zehnjährigen Kindern. Nachdem Leon - dem Prooimion der Novelle 6 zufolge - die diesbezüglichen sachlichen und juristischen Probleme "zusammen mit dem heiligsten Patriarchen und den gottgeliebtesten Metropoliten", d.h. mit der Patriarchalsynode, untersucht hatte<sup>49</sup>, verzichtete er auf die gesetzliche Sanktionierung einer der beiden kanonischen Vorschriften und beschränkte sich auf die Regelung der erbrechtlichen Seite des Falles: Wer bei der Tonsur das 16. bzw. das 17. Lebensjahr vollendet hat, darf über sein Vermögen testamentarisch verfügen. Wer dagegen beim Klosterereintritt jünger ist, muß mit seiner Testamenterrichtung warten, bis er das gesetzliche Alter erreicht hat. Sollte er aber vor diesem Zeitpunkt sterben, so sollen zwei Drittel seines Vermögens an das Kloster und ein Drittel an seine Verwandten fallen. Wenn keine Verwandten vorhanden sind, wird er nur vom Kloster beerbt.

Sehr charakteristisch war die Haltung des Kaisers in einem dritten Fall, in dem es um rein liturgisch-dogmatische Probleme ging, nämlich um die Taufzeit der neugeborenen Kinder und um die Zulassung der Wöchnerinnen zur Kommunion. Da die heiligen Kanones keine einschlägigen Vorschriften enthielten, geschweige denn die Nomoi, wandte sich der Patriarch an den Kaiser und bat um die Schließung der Lücke durch ein Gesetz. Zunächst meinte Leon, daß die erforderliche Regelung durch Synodalbeschuß erfolgen sollte; schließlich aber ließ er sich durch die Argumente des Patriarchen - der Kaiser könne allein entscheiden und Normen geben, wohingegen die Synode als Kollegialorgan zusammenetreten müsse - überreden und gab dem Ersuchen nach<sup>50</sup>, indem er die Novelle 17 promulgierte<sup>51</sup>. Daraus läßt sich die grundsätzliche Einstellung des Kai-

sers ersehen: Der Patriarch bzw. die Synode haben im Prinzip das Recht, solche Fragen durch eigene Beschlüsse zu regeln; dies stellt jedoch keine Einschränkung der kaiserlichen Gesetzgebungsgewalt dar.

Es ist bereits erwähnt worden, daß Leon durch seine das Kirchenrecht betreffenden Novellen die Beseitigung von Widersprüchen zwischen der älteren Kaisergesetzgebung und den kirchlichen Kanones bezweckte. Diese Anpassung verfolgte er entweder durch die Modifizierung der alten, den Kanones widersprechenden Gesetze oder durch die Einführung völlig neuer Regelungen. Vergleicht man aber die Kanones, die Leon zur Begründung seiner Novellen heranzog, so stellt man fest, daß sie ein gemeinsames Merkmal aufweisen: Es waren entweder Kanones des Trullanum, des II. Nicaenum und der Prima-Secunda oder Kanones, welche durch Kanon 2 des Trullanum bestätigt wurden, nämlich der Lokalsynoden, der Kirchenväter und der "Apostel". Es handelte sich also um Kanones, die außerhalb der von Justinian durch die Novelle 131 Kap.1 eingeführte Gleichstellung von Nomoi und Kanones lagen, weil diese Novelle nur denjenigen Kanones Gesetzeskraft verliehen hat, die von den vier ersten, im Novellentext ausdrücklich genannten ökumenischen Synoden erlassen wurden.

Die Promulgation der einzelnen Novellen mag auf die Initiative des Kaisers zurückzuführen sein. Es ist aber wahrscheinlicher, daß sie -zumindest in den meisten Fällen<sup>52</sup>- von der Kirchenführung veranlaßt wurde. Das oben erwähnte gemeinsame Merkmal der kirchenrechtlichen Novellen Leons legt hinsichtlich der Beweggründe für ihre Promulgation die Vermutung nahe, daß die Kanones aller nach Chalkedon einberufenen ökumenischen bzw. allgemeinen Synoden sowie die vom Trullanum bestätigten Apostel- bzw. Kirchenväterkanones und Kanones der Lokalsynoden nicht vermochten, ein (wenn auch vor ihrer Entstehungszeit erlassenes) Kaisergesetz zu modifizieren oder gar aufzuheben, weil sie über die *formelle* Kraft eines Nomos nicht verfügten. Der einzige Weg, um den Kanones derogative Wirkung den Gesetzen gegenüber zu verleihen, war die Wiederholung ihres Inhalts durch einen legislativen Akt des Kaisers.

Hinsichtlich der Haltung Leons zu dieser Frage macht der im Prooimion der Novelle 17 geschilderte Vorgang (vgl. oben) sehr wahrscheinlich, daß er das justinianische Prinzip, die normsetzende Tätigkeit der Synoden könne durch die rechtsschöpfende Aktivität des Kaisers ersetzt werden, einerseits nicht völlig teilte, andererseits aber auch nicht entschieden ablehnte. Vielmehr dürfte er der Ansicht gewesen sein, daß bei kaiserlichen Eingriffen in innerkirchliche Angelegenheiten die Staatsraison zu berücksichtigen sei<sup>53</sup>, wobei er darunter auch die Pflicht zur weiteren Christianisierung des ihm anvertrauten Staates verstand<sup>54</sup>.

Trifft unsere Vermutung zu, so sind wir zu der Annahme berechtigt, daß Leon durch seine kirchlichen Angelegenheiten gewidmeten Novellen eine faktische Erweiterung der justinianischen Regelung über die Gleichstellung von Gesetz und Kanon auf die Kanones der Synoden des 7.-9. Jahrhunderts (einschließlich der durch Kanon 2 des Trullanum bestätigten Kanones) anstrehte.

Um dieser Maßnahme allgemeine und zugleich dauerhafte Geltung zu verschaffen, nahmen die Redaktoren der 60 Bücher Leons -später "Basiliken" genannt- die einschlägige Bestimmung der justinianischen Novelle 131 in die Kodifikation (B. 5.3.2) auf, wobei sie den Text durch eine Interpolation, nämlich durch Hinzufügung der fünften, der sechsten und der siebten (ökumenischen) Synode, ergänzten<sup>55</sup>.

Im 12. Jahrhundert beschäftigte sich Theodoros Balsamon, der Chartophylax des Patriarchats von Konstantinopel und spätere Patriarch von Antiocheia<sup>56</sup>, eingehend mit dem Verhältnis zwischen den Nomoi und den Kanones und insbesondere mit der Frage, welcher Rechtssatz im Konfliktsfall den Vorzug hat. Die diesbezüglichen Aussagen des bekannten Kanonisten sind in seinem Kommentar zum Nomokanon in 14 Titeln und zu den Kanones der ökumenischen und der Lokalsynoden sowie der Kirchenväter und der "Apostel" erhalten. Leider lassen die einzelnen Stellungnahmen keine Gesamtdarstellung zu, weil sie in bezug auf den Kern des Problems undeutlich, manchmal sogar widersprüchlich sind.<sup>57</sup>

Diese Schwankungen gehen auf mehrere Faktoren zurück; in erster Linie auf die Tatsache, daß das gesamte interpretatorische Werk Balsamons opportunistische Züge aufweist. Es ist bereits darauf hingewiesen worden,<sup>58</sup> daß die Annahme, die Kanonisten des Patriarchats hätten die Interessen des jeweiligen Patriarchen nachdrücklich vertreten, nicht gerechtfertigt sei. Da die weitere Karriere dieser Würdenträger nicht selten von der kaiserlichen Gunst abhängig war, haben sie in gleichem Maße auch die Interessen des Kaisers berücksichtigt. Demgemäß sind die Widersprüche in Balsamons Kommentar bis zu einem gewissen Grad den durch dessen persönliche Standesinteressen motivierten Erwägungen zuzuschreiben.

Ein weiterer Faktor besteht darin, daß die in Byzanz herrschende generelle Rechtsunsicherheit im Raum zwischen kanonischem und weltlichem Recht dem Kanonisten einen großen Spielraum bei der Interpretation der einschlägigen Bestimmungen bot.<sup>59</sup> Darüber hinaus muß auch der Umstand, daß keine kritische Edition des Kommentars von Balsamon vorliegt, in Erwägung gezogen werden. Die Anfertigung dieses Kommentars wurde im Auftrag des Kaisers Manuel I. und des Patriarchen von Konstantinopel Michael III. durchgeführt. Balsamon erfüllte zwar seine Aufgabe in kurzer Zeit (vermutlich innerhalb von zwei Jahren), aber bis zu Ende seines Lebens hörte er nicht auf, an seinem Kommentarwerk zu arbeiten, um es zu verbessern und ständig mit neuem Quellenmaterial zu ergänzen<sup>60</sup>. So lange wir also keine die gesamte (übrigens sehr reiche) handschriftliche Überlieferung bewertende Ausgabe besitzen, die einen Einblick in die sukzessiven Bearbeitungsphasen des Werkes erlaubt, sind wir nicht imstande zu erkennen, ob die differierenden Aussagen Balsamons nicht auf eine durch erneute Überprüfung des Sachverhalts bedingte Meinungsänderung des Autors deuten<sup>61</sup>.

Diese Vermutung läßt sich womöglich durch die Ratlosigkeit verifizieren, die Balsamon nicht einmal zu verbergen versucht. Er schreibt nämlich in seinen Scholien zum Kanon 16 der Prima-Secunda: "Es ist also beschlossen worden, daß die Kanones eher den Vorzug haben sollen; aber ich bin immerhin im Zweifel. Sofern es sich um eine kirchliche Frage handelt, pflichte ich denjenigen bei, die behaupten, die Kanones hätten den Vorzug; in Betracht dessen aber, daß die Basiliken nach der Anfertigung des Nomokanon und dem Erlaß des vorliegenden Kanons bereinigt wurden, schließe ich mich der anderen Meinung an"<sup>62</sup>. In seinem Kommentar zum Kap. 8.2 des Nomokanon in 14 Titeln schreibt er dagegen in bezug auf denselben Kanon: "Du aber achte vielmehr auf Kanon 16 der in der Kirche der heiligen Apostel zusammengetretene Prima-Secunda-Synode, welche die erlaubte Abwesenheitszeit auf sechs Monate eingeschränkt hat"<sup>63</sup>.

Aus dem Vergleich der beiden Stellen ergibt sich deutlich die Vielgestaltigkeit und zugleich die Unbeständigkeit der Kriterien, die bei der Beseitigung von Konflikten zwischen den Nomoi und den Kanones angewandt werden konnten<sup>64</sup>.

Noch zu Lebzeiten des Theodoros Balsamon nahm ein anderer, vermutlich jüngerer Kanonist eine neue Bearbeitung von dessen Kommentar zum Nomokanon in Angriff, wobei er oft darin, sich von Balsamon distanzierend, eine durchaus eigenständige Meinung vertritt. Dieser Text in dem der genuine Balsamon-kommentar durch allerlei Zusätze auf über das Fünffache amplifiziert wird, ist in dem bekannten Codex Sinaiticus 1117 ff. 2r-210v<sup>65</sup> enthalten, und war bis vor kurzem unbeachtet geblieben, da er in der Handschrift unter dem Namen Balsamons tradiert wird<sup>66</sup>.

Im Anschluß an ein einschlägiges Scholion des Balsamon zum Kap. 1.2 des Nomokanon<sup>67</sup> bemerkt dieser anonyme Kanonist: "Balsamon schrieb in seinem Kommentar zu diesem Nomokanon sowie in seinen Randscholien, daß den Kanones der Vorrang gegeben werden sollte, wenn sie den Gesetzen widersprechen. Da es aber angeordnet wurde, daß die heiligen Kanones die Kraft von Gesetzen haben sollen, glaube ich hingegen, daß die jüngeren Rechtssätze, sowohl Gesetze als auch Kanones, mit den älteren verglichen werden sollten und umgekehrt; ist dann ihr Widerspruch offensichtlich und sind sie nicht miteinander vereinbar, so erhält der neuere Rechtssatz den Vorrang"<sup>68</sup>.

Dieser Ansicht ist besondere Beachtung zu schenken, erstens weil sie ein Zeugnis darstellt, daß sich die Kanonisten des 12. Jahrhunderts (des "großen Jahrhunderts der kirchlichen Jurisprudenz in Konstantinopel"<sup>69</sup>) im klaren waren über die Konsequenzen der Gleichstellung von Nomoi und Kanones; zweitens weil sie den Beweis liefert, daß diese Konsequenzen in beiden Richtungen spürbar waren: Nicht nur ein Gesetz könnte einen früher erlassenen Kanon verdrängen, sondern auch ein jüngerer Kanon könnte eine ältere Kaiserkonstitution als "lex posterior" aufheben bzw. modifizieren. Dies sollte ein sicheres Kriterium zur Harmonisierung der beiden Normgruppen sein. Hier aber soll darauf hingewiesen werden, daß diese Lösung de facto zu einer Begünstigung des weltlichen Rechts führen würde. In der 2. Hälfte des 12. Jahrhunderts herrschte bereits die Ansicht, die Basiliken hätten offiziellen Charakter und ausschließliche Geltung. Demgemäß seien die justinianischen Gesetze durch ihre Aufnahme in diese Kodifikation bestätigt worden und zu "neuer" Gesetzeskraft gelangt<sup>70</sup>. Infolgedessen sollten sie gegenüber den Kanones aller in Basiliken 5.3.2 erwähnten Synoden als "leges posteriores" angesehen werden.

## Anmerkungen

1 Vgl. Sp. *Troianos*, Kirche und Staat. Die Berührungspunkte der beiden Rechtsordnungen, in: OstkSt 37 (1988), S. 291–296 (hier 291 f.).

2 Vgl. dazu P.-P. *Joannou*, La législation impériale et la christianisation de l'empire romain (311–476). OrChrA 192, Rom 1972.

3 Vgl. W. E. *Voss*, Recht und Rhetorik in den Kaisergesetzen der Spätantike. Forschungen zur byzant. Rechtsgeschichte 9, Frankfurt a. M. 1982, S. 94 f. (m. Lit.).

4 C. 1.2.12.1.

5 C. 1.3.44(45).1. Vgl. auch Nov. 6.1.8 (a. 535).

6 Nov. 131 Kap. 1: «Θεοπίζομεν τοῖνυν, τάξιν νόμων ἐπέχειν τοὺς ἀγίους ἐκκλησιαστικοὺς κανόνας τοὺς ὑπὸ τῶν ἀγίων τεσσάρων συνόδων ἔκτεθέντας ἡ βεβαιωθέντας, τούτεστι τῆς ἐν Νικαίᾳ τῶν τιν̄ καὶ τῆς ἐν Κωνσταντινουπόλει τῶν ἀγίων ρῡ πατέρων καὶ τῆς ἐν Ἐφέσῳ πρώτης, ἐν ἡ Νεστόριος καθεκπίθη, καὶ τῆς ἐν Καλχηδόνι, καθ' ἣν Εύτυχης μετὰ Νεστορίου ἀνενεματισθή. Τῶν γάρ προειρημένων ἀγίων δ̄ συνόδων καὶ τὰ δόγματα καθάπερ τὰς θείας γραφὰς δεχόμεθα καὶ τοὺς κανόνας ᾧ νόμους φυλάττομεν».

7 Vgl. H. *Hunger*, Prooimion. Elemente der Kaiseridee in den Arengen der Urkunden. Wiener byzantinistische Studien 1, Wien 1964, S. 103 ff.

8 D. 1.4.4 (vgl. auch 1.3.26 und 28).

9 Vgl. Sp. *Troianos*, «Θεοπίζομεν τοῖνυν τάξιν νόμων ἐπέχειν τοὺς ἀγίους ἐκκλησιαστικοὺς κανόνας ...», in: Βυζαντινά 13.2 (1985) (= Δώρημα στὸν I. Καραγιανόπουλο) 1191–1200 (hier 1198).

10 Hinsichtlich der gesetzgeberischen Tätigkeit Justinians meint H.-G. Beck, Nomos, Kanon und Staatsraison in Byzanz. Österreich. Akademie der Wissenschaften, Phil.-hist. Kl., Sitzungsberichte, 384, Wien 1981, S. 12 Anm. 17a, daß „es ungerecht wäre, in Justinian nur den ‚Alles-Besser-Wisser‘ des kanonischen Rechts zu sehen, der es einfach nicht lassen konnte, überall neue Regeln aufzustellen“. Die umfassenden Bestimmungen, die er in bezug auf manche Institutionen (so z. B. beim Mönchtum) erließ, gingen nämlich darauf zurück, daß sich die einschlägigen, durch kirchliche Kanones erfolgten Regelungen in der Praxis als unzureichend erwiesen hatten.

11 Vgl. jetzt die kritische Edition von J. Konidaris, Die Novellen des Kaisers Herakleios, in: Fontes Minores V. [Forschungen zur byzant. Rechtsgeschichte 8, Frankfurt a. M. 1982, S. 33–106].

12 H.-G. Beck, Die frühbyzantinische Kirche, in: HKG, II/2, Freiburg i. Br. 1975/1985, S. 81 f.

13 L. Burgmann, Ecloga. Das Gesetzbuch Leons III. und Konstantinos' V. Forschungen zur byzant. Rechtsgeschichte 10, Frankfurt a. M. 1983, S. 5 f.

14 Vgl. die Kapitel E. 12.3–6 und 16.3 bei Burgmann, a.a.O. S. 210 f., 222.

15 Sp. *Troianos*, Bemerkungen zum Strafrecht der Ecloga, in: Αφιέρωμα στὸν Νίκο Σβορῶνο, Bd. I, Rethymno 1986, S. 97–112 (hier 104, 105, 110).

16 Vgl. z. B. E. 17.6: «Οἱ ὑπὸ τῶν πολεμίων χειρωθέντες καὶ τὴν ἀμώμητον ἡμῶν τῶν χριστιανῶν πίστιν ἀπαρηγόρημενοι ὑποστρέφοντες ἐν τῇ πολιτείᾳ τῇ ἐκκλησίᾳ παραπεμ- πέσθωσαν» (Burgmann, a.a.O. S. 228).

17 A. Schminck, Studien zu mittelbyzantinischen Rechtsbüchern. Forschungen zur byzant. Rechtsgeschichte 13, Frankfurt a. M. 1986, S. 12 f.

18 J. Scharf, Photios und die Epanagoge, in: Byz. Zeitschr. 49 (1956), S. 385–400 und ders., Quellenstudien zum Prooimion der Epanagoge, in: Byz. Zeitschr. 52 (1959), S. 68–81 (insbes. 81).

19 H.-G. Beck, Kirche und theologische Literatur im byzantinischen Reich. HAW XII.2.1, München 1959 (2. unveränderte Aufl. München 1977), S. 36.

20 *Troianos*, a.a.O. (1), S. 291 f.

21 Den Text dieser Titels. bei I. und P. Zepos, Jus graecoromanum, Bd. II, Athen 1931 (Ndr. Aalen 1962), S. 240–243.

22 «Τῆς πολιτείας ἐκ μερῶν καὶ μορίων ἀναλόγως τῷ ἀνθρώπῳ συνισταμένης, τὰ μέγιστα καὶ ἀναγκαῖστα μέρη βασιλεύς ἔστι καὶ πατριάρχης. Διὸ καὶ ἡ κατὰ ψυχὴν καὶ

σῶμα τῶν ὑπηρκόων εἰρήνη καὶ εὐδαιμονία βασιλείας ἐστὶ καὶ ἀρχιερωσύνης ἐν πᾶσιν ὁμοφροσύνῃ καὶ συμφωνίᾳ» (*Zepos*, a.a.O. (21), S. 242). Der deutsche Text wird nach *H. Hunger, Byzantinische Geisteswelt von Konstantin dem Großen bis zum Fall Konstantinopels*, Baden-Baden 1958, S. 99, zitiert.

23 «Μέγιστα ἐν ἀνθρώποις ἐστὶ δῶρα θεοῦ παρὰ τῆς ἀνθρωπίας ἱερωσύνης τε καὶ βασιλεία, ἡ μὲν τοῖς θείοις ὑπηρετουμένη, ἡ δὲ τῶν ἀνθρωπίνων ἔξαρχουσα τε καὶ ἐπικλομένη, καὶ ἐκ μᾶς τε καὶ τῆς αὐτῆς ἀρχῆς ἐκατέρα προϊοῦσσα καὶ τὸν ἀνθρώπινον κατακοσμοῦσα βίον. "Ωστε οὐδὲν οὐτως ἂν εἴη περισπούδαστον βασιλεῦσιν ὡς ἡ τῶν ἱερέων σεμνότης, εἴ γε καὶ ὑπὲρ αὐτῶν ἐκείνων ἀεὶ τὸν θεόν ικετεύουσιν. Εἰ γάρ η μὲν ἄμεμπτος εἴη πανταχόθεν καὶ τῆς πρὸς θεόν μετέχοι παρρησίας, ἡ δὲ ὄρθδως τε καὶ προσηκόντως κατακοσμοῖ τὴν παραδοθεῖσαν αὐτῇ πολιτείαν, ἐσται συμφωνία τις ἀγαθή, πᾶν εἰ τι χρηστὸν τῷ ἀνθρωπίνῳ χαριζομένη γένει".

24 «Ὕποκειται ἐκδικεῖν καὶ διατηρεῖν ὁ βασιλεὺς πρῶτον μὲν πάντα τὰ ἐν τῇ θείᾳ γραφῇ γεγραμμένα, ἔπειτα δὲ καὶ τὰ παρὰ τῶν ἐπτά ἀγίων συνόδων δογματισθέντα, ἐτι δὲ καὶ τοὺς ἐγκεχριμένους ρωμαϊκοὺς νόμους» (*Zepos*, a.a.O. (21), S. 241).

25 A. Schminck, „Rota tu volubilis“. Kaiser- und Patriarchenmacht in Mosaiken, in: *Cupido legum* (hrsg. von L. Burgmann, M. Th. Fögen, A. Schminck), Frankfurt a. M. 1985, S. 211–234 (hier 214).

26 Vgl. P.-P. Joannou, Discipline générale antique (II<sup>e</sup>–IX<sup>e</sup> s.). Pontificia Commissione per la redazione del Codice di diritto canonico orientale. Fonti, fasc. IX., Rom 1962, S. 289 ff.

27 3.9: «Οἱ Κωνσταντινουπόλεως ὑδρόνος βασιλείᾳ ἐπικοινηθεὶς ταῖς συνοδικαῖς ψῆφοις πρῶτος ἀνερρήθη, αἷς οἱ θεῖοι κατακολουθοῦντες νόμοι καὶ τὰς ὑπὸ τοὺς ἑτέρους ὑδρόνους γινομένας ἀμφισβῆτησεις ὑπὸ τὴν ἐκείνου προστάτουσιν ἀναφέρεσθαι διάγνωσιν καὶ κρίσιν». – 3.10: «(...) Τῷ δὲ Κωνσταντινουπόλεως προέδρῳ ἔξεστι καὶ ἐν ταῖς τῶν ἄλλων ὑδρόνων ἐνόριαις, ἐν οἷς οὐκ ἐστὶ προκαθήρωσις ναοῦ, σταυροπήγια διδόναι, οὐ μὴν ἄλλα καὶ τὰς ἐν τοῖς ἄλλοις ὑδρόνοις γινομένας ἀμφισβῆτησεις ἐπιτηρεῖν καὶ διορθοῦσθαι καὶ πέρας ἐπιτιθέναι ταῖς κρίσεσιν» (*Zepos*, a.a.O. (21), S. 242 f.). Vgl. dazu H.-G. Beck, *Res Publica Romana. Vom Staatsdenken der Byzantiner*. Bayerische Akademie der Wissenschaften, Phil.-hist. Kl., Sitzungsberichte Jg. 1970, Heft 2, München 1970, S. 30 Anm. 68, Ndr. in: *H. Hunger* (Hrsg.), *Das byzantinische Herrscherbild. (Wege der Forschung, 341.)* Darmstadt 1975, S. 379–414 (hier 403 Anm. 68).

28 Vgl. D. Stiermon, Konstantinopel IV. Geschichte der Ökumenischen Konzilien 5, Mainz 1975, S. 115, 137, 139, 146, 151, 169 f.

29 Eis. 3.2: «Σκοπὸς τῷ πατριάρχῃ, πρῶτον μὲν, οὓς ἐκ θεοῦ παρέλαβεν εὐσεβείᾳ καὶ σεμνότητι βίου διαφυλάξαι, ἔπειτα δέ, καὶ πάντας τοὺς αἱρετικοὺς κατὰ τὸ δυνατὸν αὐτῷ πρὸς τὴν ὄρθοδοξίαν καὶ τὴν ἔνωσιν τῆς ἐκκλησίας ἐπιστρέψαι (αἱρετικοὶ δὲ τοῖς νόμοις καὶ τοῖς κανόνισι καλοῦνται καὶ οἱ τῇ καθολικῇ μὴ κοινωνοῦντες ἐκκλησίᾳ), ἔτι δὲ καὶ τοὺς ἀπίστους διὰ τῆς λαμπρᾶς καὶ περιφανεστάτης καὶ θαυμασίας αὐτοῦ πράξεως ἐκπλήττων μητράς ποιῆσαι τῆς πίστεως» (*Zepos*, (21), a.a.O. S. 242). Vgl. dazu Schminck, a.a.O. (25), S. 213 Anm. 17.

30 3.5: «Τὰ παρὰ τῶν παλαιῶν κανονισθέντα καὶ παρὰ τῶν ἀγίων πατέρων ὄρισθέντα καὶ παρὰ τῶν ἀγίων συνόδων ἐκτεθέντα τὸν πατριάρχην μόνον δεῖ ἐρμηνεύειν». – 3.6: «Τὰ παρὰ τῶν ἀρχαίων πατέρων ἐν συνόδοις ἡ ἐπαρχίαις ίδικῶς καὶ καθολικῶς πραχθέντα καὶ οικονομηθέντα τὸν πατριάρχην δεῖ διαιτᾶν καὶ διακρίνειν» (*Zepos*, a.a.O. (21), S. 242). Zum deutschen Text vgl. *Hunger, Byz. Geisteswelt* (oben Anm. 22) S. 98.

31 «Τὰ τοῖς παλαιοῖς νομοθετηθέντα τὸν βασιλέα δεῖ ἐρμηνεύειν, καὶ ἐκ τῶν ὁμοίων τέμνειν τὰ περὶ ὧν οὐ κείται νόμος» (*Zepos*, a.a.O. (21), S. 241).

32 «Ἐν τῇ τῶν νόμων ἐρμηνείᾳ δεῖ καὶ τῇ συνηθείᾳ προσέχειν τῆς πόλεως. Τὸ δὲ παρὰ κανόνας εἰσαγόμενον οὐκ ἔσται πρὸς ὑπόδειγμα» (*Zepos*, a.a.O. (21), S. 241). Den Satz „τὸ παρὰ κανόνας εἰσαγόμενον“ übersetzte N. Thon, Quellenbuch zur Geschichte der orthodoxen Kirche. Sophia. Quellen östlicher Theologie, 23, Trier 1983, S. 137, mit „was dem Kirchenrecht widerspricht“, was m. E. ein Irrtum ist.

33 Vgl. A. Schminck, „Frömmigkeit ziere das Werk“. Zur Datierung der 60 Bücher Leons VI, in: Subseciva Groningana 3 (1989), 79–114 (hier 105 Anm. 99). Anderer Meinung hinsichtlich der Deutung der „έγκεκριμενοί ρωμαϊκοί νόμοι“ ist N. Pantazopoulos, Ρωμαϊκὸν δίκαιον ἐν διαλεκτικῇ συναρτήσει πρὸς τὸ Ἑλληνικόν, Bd. I, Thessaloniki 1974, S. 271, der darunter das „ius antiquum“ versteht.

34 D. Simon, Princeps legibus solutus. Die Stellung des byzantinischen Kaisers zum Gesetz, in: Gedächtnisschrift für W. Kunkel (hrsg. von D. Nörr, D. Simon), Frankfurt a. M. 1984, S. 449–492 (hier 471). Dadurch versuchte Photios „Herrscherehos durch Rechtsform erzwingbar zu machen“ (Simon, a.a.O.). Vgl. auch Beck, a.a.O. (27), S. 30 f. (= 403 f.), der eine ähnliche These vertreten hat.

35 Vgl. im Prooimion des Novellencorpus Leons VI. „δόγμα ἑγγραφον“ (P. Noailles - A. Dain, Les nouvelles de Léon VI le Sage, Paris 1944, S. 7 Z. 14). Vgl. ferner Eis. 1.1.

36 Beck, a.a.O. (27), S. 28 f. (= 401 f.).

37 Vgl. Hunger, a.a.O. (7), S. 103.

38 Simon, a.a.O. (34), S. 467 f.

39 Vgl. z. B. D. Borres, Περὶ προγαμαῖας δωρεᾶς κατὰ τὸν ρωμαϊκὸν καὶ ιδίως κατὰ τὸν βυζαντινὸν νόμον, Athen 1884, S. 58; V. Sokolskij, O charaktere i značenii Epanagogi, in: Viz. Vrem. 1 (1894), S. 17–54. Derselben Ansicht scheint auch H. J. Scheitema, Über die Natur der Basiliken, in: Tijdschr. v. Rechtsgesch. 23 (1955), S. 287–310 (hier 291) zu sein.

40 A. Michel, Die Kaiser macht in der Ostkirche (843–1204), Darmstadt 1959, S. 164 Anm. 59 (mit weiterer Literatur).

41 «Καὶ τοῦτον τὸν νόμον αὐτοκρατορικῶς τε καὶ παντοκρατορικῶς πάντων τῶν ὑπὸ τὴν ἔξουσίαν ἡμῶν πιστῶν ἀνδρῶν κρατεῖν κελεύομεν. (...) Δέξασθε οὖν τοῦτον τὸν νόμον ὅρθιοφρόνως καὶ θεοπρεπῶς ὡς παρὰ θεοῦ γεγονότα, ὡς ἄνωθεν ὑπαγορευεῖντα, ὡς διακτύλῳ θεοῦ οὐ πλακὶ λιθίναις γραφόμενον, ἀλλ᾽ ἐν ταῖς ὑμετέραις ψυχαῖς πυρίναις γλώτταις ἐντυπούμενον» (Schminck, a.a.O. (17), S. 6 Z. 41–42, S. 10, Z. 84–86).

42 P. E. Pieler, Byzantinische Rechtsliteratur, in: H. Hunger, Die hochsprachliche profane Literatur der Byzantiner, Bd. II. HAW XII. 5.2, München 1978, S. 457.

43 Schminck, a.a.O. (17), S. 62–107; a. M. Aikaterine Christophilopulu, Βυζαντινὴ Ἰστορία, Bd. II/2, Athen 1988, S. 38 f.

44 Vgl. Beck, a.a.O. (27), S. 30 f. (= 403 f.).

45 Pieler, a.a.O. (42), S. 460.

46 Vgl. H. Monnier, Les nouvelles de Léon le Sage. [Bibliothèque des Universités du Midi, 17.] Bordeaux und Paris 1923, S. 23–30.

47 «Τῶν ιερῶν καὶ θείων κανόνων τῶν τε ἀλλῶν καὶ ὅσοι περὶ τε ιερωσύνης καὶ χειροτονίας ἐπισκόπων ἐθέσπισαν εἰς τὸ ἄριστόν τε καὶ ἀκριβέστατον ἐκπεφωνημένων (...) θαυμάζειν ἐπεισὶ μοὶ πῶς οὐκ εὐλαβῆθησάν τινες, ὥσπερ ἐνδεῶς ἔκεινων ἐχόντων, τολμᾶν ἐτέρων ἐκένεσει νόμων τοὺς ιεροὺς καὶ θείους ἀθετεῖν νόμους» (Noailles-Dain, a.a.O. (35), S. 17 Z. 8–14).

48 Vgl. auch Beck, a.a.O. (10), S. 14 Anm. 25.

49 «Τοιγαροῦν σύν τε τῷ ἀγιωτάτῳ πατριάρχῃ καὶ τοῖς θεοφιλεστάτοις μητροπολίταις (...) ταῦτα διασκοπήσαντες ...» (Noailles-Dain, a.a.O. (35), S. 33 f., Z. 19 ff.).

50 «Ἡ μὲν ἀξίωσις τῆς ὑμετέρας μακαριότητος ὑψύμων μᾶλλον δικαία προέρχεσθαι ἢν ἡ παρὴν μῆμῶν τὴν γένεσιν λαβεῖν ἔδει γάρ τῆς ὑμῶν ιερότητος θέσπισμα εἶναι ὑπόθεσιν ιεράν. Ἐπεὶ δέ φατε ὡς οὐ δέον ἐφ ἐνὶ κεφαλαίῳ συνοδικῆν γενέσθαι διάσκεψιν, συνόδου δὲ ἀν εἴη ἔργον προάγειν Ψήφους, ἡμέτερον δὲ καὶ δίχα συνόδου ἐκτίθεσθαι δόγμα, δεχόμενοι τὴν προτροπὴν ὃν ἀξιοῦτε διάταξιν ἐκφέρομεν» (Noailles-Dain, a.a.O. (35), S. 63 f., Z. 17 f.).

51 Zu dieser Novelle vgl. Eleutheria Papagianne, Sp. Troianos, Ή νεαρὰ 17 Λέοντος τοῦ Σοφοῦ καὶ μία ἐπιτομή της, in: Βυζαντινὴ Μελέται 1 (1988), S. 32–51.

52 Vgl. z. B. Noailles-Dain, a.a.O. (35), S. 29, Z. 20–21 (Nov. 5), und S. 63, Z. 17–18 (Nov. 17).

53 Vgl. Beck, a.a.O. (10), passim.

54 H. Hunger, Reich der Neuen Mitte. Der christliche Geist der byzantinischen Kultur, Graz-Wien-Köln 1965, S. 152 f. Vgl. auch C. A. Spulber, Les Nouvelles de Léon le Sage. Études de droit byzantin, 3. Cernáuti 1934, S. 78.

55 «Θεοπίζομεν τοῖνυν τάξιν νόμων ἐπέχειν τοὺς ἀγίους ἐκκλησιαστικοὺς κανόνας τοὺς ὑπὸ τῶν ἀγίων ἐπὶ τὰ συνόδων ἐκτεθέντας η̄ βεβαιωθέντας, τούτεστι τῆς ἐν Νικαίᾳ τῶν τριακοσίων δέκα καὶ ὅκτω πατέρων, (...) καὶ τῆς ἐν Κωνσταντινουπόλει τῶν ἀγίων ἐκατὸν πεντήκοντα πατέρων, (...) καὶ τῆς ἐν Ἐφέσῳ πρώτης, (...) καὶ τῆς ἐν Χαλκηδόνι, (...) πρὸς δὲ ταῦτας τῆς ἐν Κωνσταντινουπόλει τὸ δεύτερον, (...) καὶ ἔτι τῆς ἐν Κωνσταντινουπόλει τὸ τρίτον, (...) καὶ ἐπὶ πάσαις τῆς ἐν Νικαίᾳ τὸ δεύτερον, (...) τῶν γὰρ προειρημένων ἀγίων συνόδων τὰ δόγματα καθάπερ τὰς θείας γραφὰς δεχόμεθα καὶ τοὺς κανόνας ὡς νόμους φυλάττομεν, (...)» (H. J. Scheltema, N. van der Wal, Basilicorum libri LX, ser. A. vol. I [Groningen etc. 1955], S. 141).

56 Zu diesem Kanonisten vgl. N. van der Wal - J. H. A. Lokin, Historiae iuris graecoromani delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453, Groningen 1985, S. 109 f.; Sp. Troianos, Oi πηγὲς τοῦ βυζαντινοῦ δικαίου, Athen-Komotene 1986, S. 148-151.

57 Die Differenzierung der jeweiligen Stellungnahmen Balsamons wird von Beck, a.a.O. (10), S. 17 f. hervorgehoben. Bei M. Petrović, Ὁ Νομοκάνων εἰς τὸ τίτλους καὶ οἱ βυζαντινοὶ σχολιασταί, Athen 1970, obwohl er auf S. 119 ff. und 154 ff. das Verhältnis zwischen Gesetz und Kanon eingehend behandelt, vermißt man einen Hinweis auf die Inkonsistenz Balsamons.

58 Beck, a.a.O. (10), S. 16.

59 Beck, a.a.O. (10), S. 20.

60 Troianos, a.a.O. (56), S. 108 f., 149.

61 Beck, a.a.O. (10), S. 29.

62 «(...) ἔδοξε γοῦν τὰ τοῦ κανόνος μᾶλλον ὄφειλεν κρατεῖν· ἐγὼ δὲ καὶ ἔτι ἀμφιβάλλω. Καθὸ μὲν γάρ ἐστι τὸ ζῆτημα ἐκκλησιαστικόν, πρόσκειμαι τοῖς λέγουσιν ὄφειλεν μᾶλλον τὰ τοῦ κανόνος κρατεῖν· καθὸ δὲ τὰ βασιλικὰ ἀνεκαθάρθησαν μετὰ τὴν τοῦ νομοκάνων ποίησιν καὶ τὴν τοῦ κανόνος τούτου ἀπόλυσιν, πρόσκειμαι τῇ ἐτέρᾳ γνώμῃ». Vgl. G. Rhalles - M. Potles, Σύνταγμα τῶν θείων καὶ ιερῶν κανόνων, Bd. II, Athen 1852 (Ndr. 1966) (im folg.: Rh.-P.) S. 699. Vgl. auch Balsamons Kommentar zum Kap. 1.2 des Nomokanon (Rh.-P. Bd. I, S. 37-38) und dazu A. Christophilopoulos, Ἡ σχέσις τῶν κανόνων πρὸς τοὺς νόμους καὶ ὁ θεόδωρος Βαλσαμών, in: Ἐπετ. Ετ. Βυζ. Σπουδῶν 21 (1951), 69-73 = ders., Δίκαιον καὶ Ἰστορία, Athen 1973, S. 201-205.

63 «(...) σὺ δὲ πρόσχες μᾶλλον τῷ ις κανόνι τῆς ἐν τῷ ναῷ τῶν ἀγίων Αποστόλων α-καὶ β' συνόδου εἰς ἔξαμηνον στενοχορήσαντι τὸν τῆς ἀποδημίας χρόνον (Rh.-P. Bd. I, S. 152, Z. 15-17; vgl. auch ebd. S. 60, Z. 13-16).

64 Nicht gerade unproblematisch ist die Aussage Balsamons in seinem Scholion zum Kap. 1.2 des Nomokanon, die heiligen Kanones seien im Vergleich zu den Gesetzen stärker, da sie von den Kaisern und den Kirchenvätern erlassen wurden, während die Gesetze nur von den Kaisern promulgiert wurden. Diese Stelle setzten die Herausgeber (Rh.-P. Bd. I, S. 38) in eckige Klammern, wobei sie in der Einleitung der Edition auf die Erklärung dieses Kennzeichens verzichteten. Folglich läßt sich nicht erkennen, ob es sich bei der konkreten Stelle um eine Randnotiz oder umein bei vereinzelten Handschriften vorkommendes Textfragment handelt. Da ich über die Herkunft der in Rede stehenden Stelle im Zweifel war, habe ich vor einigen Jahren (vgl. Troianos, a.a.O. (9), S. 119 Anm. 16) vermieden, sie in direkte Verbindung mit Balsamon zu bringen. Dennoch stellt die Wiederholung derselben Argumentation bei Matthaios Blastaress im Kap. K 5 des «Σύνταγμα κατὰ στοιχείον» (Rh.-P. Bd. VI, S. 371; vgl. dazu Christophilopoulos, a.a.O. (62), S. 70 Anm. 3 [= S. 202 Anm. 5]) und zwar in unmittelbarem Anschluß an Stellen, die mit Sicherheit auf Balsamon zurückgehen (vgl. Sp. Troianos, Περὶ τὰς νομικὰς πηγὰς τοῦ Ματθαίου Βλάσταρη, in: Ἐπετ. Ετ. Βυζ. Σπουδῶν 54 [1979/80], S. 317), ein Indiz dar, daß auch diese Stelle von einer den Kommentar des Balsamon enthaltenden Handschrift herrührt. Allerdings hilft dies zur Lösung des Pro-

blems nicht, da man nicht ausschließen kann, daß spätere Zusätze in die konkrete(n) Handschrift(en) bzw. deren Vorfahren Eingang fanden.

65 Vgl. die Beschreibung dieser wichtigen Handschrift bei V. Beneševič, Catalogus codicum manuscriptorum graecorum qui in monasterio Sanctae Catharinae in Monte Sina asservantur, Bd. I, St. Petersburg 1911. (Ndr. Hildesheim 1965), S. 266–293 sowie die Ergänzungen von B. Katsaros, Ἰωάννης Κασταμονίτης. Συμβολὴ στὴ μελέτη τοῦ βίου, τοῦ ἔργου καὶ τῆς ἐποχῆς του. [Βυζαντινὰ κείμενα καὶ μελέται, 22.] Thessaloniki 1988, S. 393 f.

66 Die Eigenart dieses Textes ist von V. Tiftixoglu (Frankfurt) festgestellt worden, der auch dessen Bearbeitung und Ausschöpfung in Angriff genommen hat. Ihm verdanke ich den Hinweis auf den in Anm. 68 zitierten Passus.

67 Es ist bemerkenswert, daß der Kanonist des Cod. Sinaiticus dabei die dubiose Stelle «Ἐπισημείωσαι - οὐδὲ τῶν κανόνων» (vgl. oben Anm. 64) ausläßt.

68 «Εἰ δὲ καὶ ὁ Βαλσαμὸν ἐντός τε καὶ ἐκτὸς τοῦ παρόντος κανόνου (leg.: νομοκανόνου) παρεγράψατο, ἔνδια νόμοις ἐναντιοῦνται οἱ κανόνες, τοὺς κανόνας ὄφείλειν κρατεῖν, ἀλλ᾽ ἐμοὶ δοκεῖ ὡς ἐπεὶ ὡς νόμους κρατεῖν ὠρίσθη καὶ τοὺς κανόνας ὄφείλουσιν οἱ μεταγενέστεροι εἴτε νόμοι εἴτε κανόνες πρὸς τοὺς προγενεστέρους ἔλκεσθαι, καὶ οἱ προγενέστεροι πρὸς τοὺς μεταγενεστέρους· εἰ δὲ προδῆλως ἐναντιοῦνται καὶ ἀσυμβίβαστοί εἰσιν, τὸν μεταγενέστερον ὄφείλεις [...] κρατεῖν» (Cod. Sinait. f. 2v).

69 Beck, a.a.O. (56), S. 655.

70 Vgl. van der Wal-Lokin, a.a.O. (56) S. 84; Troianos, a.a.O. (56), S. 113 f.; Schminck, a.a.O. (17), S. 53 f.

**Empty Page**

DAS VERHÄLTNIS VON KIRCHE UND STAAT  
IN GRIECHENLAND\*

Metropolit Prokopios von Philippi, Kavala

I. Bevor ich mit dem Thema meines Vortrags beginne, halte ich es für notwendig, seinen Rahmen festzusetzen. Über das Verhältnis von Kirche und Staat in Griechenland wird gemäß des Programmes unseres Kongresses, ein Bischof und ein hervorragendes Mitglied des Staatsrates, Dr. A. Marinos, einen Vortrag halten. Letzterer wird sicherlich mit der Kenntnis eines Fachmannes über das bestehende Verhältnis von Kirche und Staat in Griechenland sprechen; er wird nämlich den staatlichen Gesichtspunkt zu den Vorschriften der Staatsverfassung und der kirchlichen Gesetze schildern, und wie diese von den kompetenten Organen der konstitutionellen Gewalt und besonders von der Judikative in der Praxis interpretiert werden.

Mir bleibt nichts anderes übrig, als eine kritische Betrachtung dieser institutionellen Beziehungen vom Gesichtspunkt der Ekklesiologie, der kirchlichen Tradition und der Praxis der orthodoxen Kirche des Ostens aus vorzunehmen. Trotz des vorhandenen guten Willens war es jedoch unmöglich, gewisse Überschneidungen zu vermeiden. Aber es ist interessant zu verfolgen, wie dieses Verhältnis bewertet wird und wie die kirchlichen Positionen und Perspektiven in Griechenland vorgezeichnet werden.

II. Das Verhältnis von Kirche und Staat in Griechenland wird durch die Vorschriften über die Religion der heute geltenden Staatsverfassung von 1975 geregelt. Diese Vorschriften sind im Art. 1, Abs. 1 über die herrschende Religion sowie im Art. 13 enthalten. Durch den Art. 13 wird das Prinzip der Religionsfreiheit allgemein und theoretisch eingeführt und angewendet. Dieses Prinzip beeinflusst sogar den Geist sowohl der konkreten Vorschriften des erwähnten Art. 13, der sich im zweiten Teil der Staatsverfassung, der die individuellen und sozialen Rechte betrifft, befindet, als auch aller Verfassungsvorschriften über die Religion, die sich direkt oder indirekt auf dieses Prinzip beziehen.

Außerdem regelt das institutionelle Gesetz 590 vom 26.5.1977 über die Grundordnung der Kirche Griechenlands, das ausdrücklich im Art. 3 der Verfassung vorgesehen ist, alle speziellen Fragen der kirchlichen Verwaltung. Diese Regelungen finden im Rahmen der Beziehungen zwischen Kirche und Staat Platz, sowie sie von den Verfassungsartikeln über die Religion vorgesehen sind, ohne Verletzung der von der Verfassung geschützten Aufrechterhaltung der heiligen Kanones.

\*Ins Deutsche übertragen von Mag. Sokrates Kaplaneris.

Vor jeglichem Versuch, diese Vorschriften der Staatsverfassung und der kirchlichen Grundordnung ausführlich zu behandeln und zu bewerten, halte ich es jetzt für sinnvoll, die speziellen Umstände und Tendenzen näher zu betrachten, die während deren Abfassungs- und Verabschiedungsverfahren vorlagen.

1974, nach dem Sturz der Diktatur, erleben Staatsherrschaftsauffassungen einen charakteristischen Aufschwung und fördern vom Staat einseitig getroffene Regelungen der Rechtslage und der Wirkung der orthodoxen Kirche innerhalb des griechischen Staates und der griechischen Gesellschaft, die für die Kirche ungünstig ausfielen. Es handelt sich um dieselben Auffassungen, die, aus der Aufklärung und der Französischen Revolution stammend, die westeuropäische Intelligenz und Staatstheorie geprägt haben und von dort in den orthodoxen Bereich eingeführt wurden. Natürlich haben zunächst die orthodoxen Staaten diesen intensiven Einflüssen der westlichen Problematik die orthodoxe kirchliche Tradition entgegengestellt. Aber schließlich haben sie sich unter dem starken Druck der hyperthrophen Staatsmacht und der dynamischen Durchsetzung der absolutistischen Staatsideologie zurückziehen müssen.

Dasselbe geschah auch im neugegründeten griechischen Staat, den die römisch-katholische Königsherrschaft Ottos und die protestantische Regentschaft Maurers auch im Bezug auf die Rechtslage der Kirche oder der Religion den westeuropäischen Normen anpassen wollten. So sehr auch die ausgelöste starke Reaktion (K.Oikonomos) die neuerschienenen Auffassungen von Staatsmacht in die Beziehungen zwischen Kirche und Staat eingeschränkt haben mag, waren jedoch die konstitutionellen Grundlagen des neuen Staates von der neuen Staatstheorie durchdränkt. Statt dem westlichen Cäsaropapismus wurde in Griechenland das System "des durch das Gesetz herrschenden Staates" geschaffen, das eine mildere Version des ersteren ist.

Seitdem werden die Vorschriften über die Kirche in allen vor 1975 inkraftgesetzten Staatsverfassungen fast mit demselben Wortlaut wiederholt. Dadurch bewahren sie, theoretisch zumindest, wichtige Elemente der orthodoxen Tradition über die Synallelia von Kirche und Staat. Da aber der Staat das Recht auf Gesetzgebung und Regelung kirchlicher Verwaltungsfragen für sich behielt, hielt er die Tür offen, durch die zeitgenössische Staatsautorität und der Kirche abträgliche Herrschaftsauffassungen des Staates Einlaß finden konnten.

Die seit 1821 traditionell gewordene Mentalität von Staatseinmischung bzw. Staatsherrschaftstendenz blieb immerhin stark und machte jegliche autonome und unabhängige kirchliche Tätigkeit unmöglich. Diese Mentalität diktierte vielmehr die Beschränkung der griechischen Kirche innerhalb des engen Rahmens des Staatsmechanismus und die Verdrängung ihrer Tätigkeit aus dem öffentlichen Leben.

Andererseits half die Notwendigkeit einer vollständigen Befestigung des Prinzips der Religionsfreiheit nur wenig dem Umsturz des bestehenden Systems von Staatsherrschaft über die orthodoxe Kirche. Im Gegenteil, es wurde öfters für die Entmachtung und Schwächung der "in Griechenland herrschenden" orthodoxen Kirche verwendet.

Schließlich wurde die zum ersten Mal aufgetauchte Auffassung einer Trennung von Kirche und Staat, die zwischen einer günstigen Neutralität und einer völligen religiösen Indifferenz des Staates schwankte, unter dem Einfluß der Prinzipien gewisser ideologischer Systeme und dem Druck der entsprechenden

politischen Gebilde als notwendig präsentiert. Aber auf die Frage der Trennung werden wir zurückkommen.

III. Diese Tendenzen gestalteten ungünstige Voraussetzungen für die Festsetzung des konstitutionellen Rahmens der Beziehungen und der Zusammenarbeit zwischen Kirche und Staat. Der zeitgenössische Gesetzgeber (1974-1975) wurde eher von der seit 150 Jahren geschaffenen Gewohnheit des staatlichen Eingreifens und der Einmischung in die inneren Angelegenheiten der Kirche beeinflußt, als von der Jahrhunderte alten Tradition der gesamten Orthodoxie, die der Kirche das Recht einräumt, ihre innere Selbstständigkeit zu bewahren und ihr die Möglichkeit gab, sich "gemäß den heiligen Kanones frei und ungehindert von allen weltlichen Eingriffen" selbst zu verwalten.

Demnach strebte man in den Diskussionen während der Arbeiten an dem Verfassungsentwurf der heute geltenden Staatsverfassung sowohl in den Subkommissionen als auch in der Plenarsitzung folgendes an: 1.) die Entfernung der trinitarischen Anrufung von der Einleitung der Staatsverfassung, 2.) die Verschiebung der Vorschriften über die Religion vom Art. 1 zum Art. 3 und 3.) die Anwendung der Religionsfreiheit ohne Unterschied für alle bekannten Religionen.

Eine kritische Annäherung der wesentlicheren Vorschriften über die Religion der heute geltenden Staatsverfassung von 1975 führt uns zu folgenden Bemerkungen:

1.) Trotz der Versuche zur Entfernung der trinitarischen Anrufung, ist sie dank dem Protest der Hierarchie und einer Reaktion des Klerus und des Kirchenvolkes in der Einleitung erhalten geblieben. Deren Erhaltung bekundet die religiöse Identität des Staates und bezeugt die engen und untrennbar Bande zwischen Kirche und Staat, Griechentum und Orthodoxie, die den griechischen Staat von dem heutigen Vorbild eines säkularisierten Staates differenzieren. Deinen Erhaltung kann wohl als ein Ausweg ersten Ranges für die richtige Auslegung des Willens des Verfassungsgebers in Bezug auf alle die Religion betreffenden Teilverordnungen der Staatsverfassung betrachtet werden.

2.) Der Artikel über die Religion wurde in der geltenden Staatsverfassung an die dritte Stelle verschoben, während er in den früheren Staatsverfassungen an der ersten Stelle war. Dieser Verschiebung kommt besondere Bedeutung zu, wenn man berücksichtigt, daß sie von den Staatsherrschaftsauffassungen diktiert wurde. Gemäß dieser sollten zwei Artikel über den griechischen Staat vorangestellt werden. Erst dann konnte die Festsetzung der Stellung der orthodoxen Kirche innerhalb des griechischen Staates erfolgen.

Eine solche Auffassung setzt den überstaatlichen Charakter der Kirche herab. Sie übersieht sogar die Tatsache, daß die orthodoxe Kirche, verbunden mit dem Griechentum, vor der Gründung des griechischen Staates existierte, jetzt mit ihm existiert und theoretisch auch ohne ihn weiterexistieren kann. Das Selbstbewußtsein des Griechentums empfindet die Kirche als eine überstaatliche Institution und nicht als eine einfache Institution des Staates.

Trotzdem erscheinen die Teilverordnungen des Art. 3 der Staatsverfassung, sowie sie dargestellt sind, als von der eigenartigen griechischen religiösen Wirklichkeit beeinflußte.

a) Die orthodoxe Kirche wird als "herrschende Religion in Griechenland" anerkannt. Dadurch wird ihre einzigartige und privilegierte Stellung bekundet. Auch wegen ihrer zahlenmäßigen Überlegenheit gegenüber den anderen bekannten Religionen, wird sie zur Staatsreligion.

Jedoch bleibt die Vorschrift über die vorherrschende Religion leeres Wort und stellt keine Privilegien mehr sicher. Die Gleichstellung aller "bekannter Religionen" ist eine Tatsache und die Träger der Staatsgewalt fördern keineswegs die Staatsreligion. Die traditionellen Bande werden immer lockerer, sodaß die "vorherrschende" Religion nicht nur keinen Platz als "prima inter pares" einhalten kann, sondern auch in schlechterer Position als jede Körperschaft oder Gesellschaft, die als Religion oder mit einem religiösen Deckmantel erscheint liegt. Daher bleibt die Relativierung des Prinzips über die Religionsfreiheit gerade wegen dieser Vorschrift über die "vorherrschende Religion" reine Theorie.

b) Weiterhin stellt derselbe Art. 3 der Staatsverfassung die "Selbstverwaltung" der Kirche Griechenlands sicher und erweitert deutlich deren administrative Unabhängigkeit gegenüber der Staatsgewalt. Nach der Erwähnung der unerschütterlichen Bewahrung der heiligen Kanones und der heiligen Überlieferungen durch die Kirche, bestimmt Art. 3: "Sie (die Kirche) ist autokephal und wird geleitet von der heiligen Synode der amtierenden Hierarchien und der aus deren Mitte hervorgehenden Ständigen Heiligen Synode, die sich nach den Bestimmungen der Grundordnung der Kirche unter Beachtung der Vorschriften des Patriarchaltomos vom 29. Juni 1850 und des Synodalaktes vom 4. September 1928 zusammensetzt".

Man hätte erwartet, daß durch diese, wenn auch allgemeine Formulierung, die Frage nach der Geltung der heiligen Kanones und der Überlieferungen besiegelt wäre. Dies würde der Kirche genügen, um selbst Fragen interner Verwaltung und auswärtiger Beziehungen mit Erfolg regeln zu können. Jedoch hat die Gesetzgebung theologisch und ekklesiologisch unhaltbare Unterscheidungen der heiligen Kanones vorgenommen. Zunächst unterschied sie zwischen Kanones dogmatischen Inhalts und Kanones administrativer Natur, nicht zuletzt aus Ignoranz, daß es keine dogmatischen Kanones gibt, zumal die das Dogma betreffenden Anordnungen "Horoi" heißen. Demnach unterschied sie zwischen einfachen und grundsätzlichen administrativen Kanones und behauptete schließlich, daß die Verfassung nur den grundsätzlichen administrativen Kanones Schutz gewährt.

Andererseits erwartete man durch die zum ersten Mal im Verfassungstext eingeführte ausdrückliche Erwähnung des Patriarchaltomos von 1850 keine A Zweiflung seines Gesamtinhalts und vor allem der grundsätzlichen Anordnung, daß die orthodoxe Kirche Griechenlands "von nun an gemäß den Kanones autokephal ist mit einer aus Bischöfen bestehenden Ständigen Synode als oberste kirchliche Behörde, die die kirchlichen Angelegenheiten gemäß den heiligen Kanones frei und ungehindert von allen weltlichen Eingriffen verwaltet". Jedoch entschied der Staatsrat in Plenarsitzung, daß durch die Erwähnung des Patriarchaltomos und des Synodalaktes (von 1928) im Art. 3, Abs. 1 der Staatsverfassung "nicht alle Vorschriften des Patriarchaltomos und des besagten Synodalaktes anwendbar seien, sondern nur jene Bestimmungen dieser Dokumente, die sich auf die Zusammensetzung der Ständigen Heiligen Synode beziehen von Bischöfen in gleicher Anzahl aus dem alten Griechenland und aus den Neuen Län-

dern und nach dem Weihealter, sodaß eine künftige Einberufung einer Synode der Würdigsten unmöglich wird" (Beschuß 3178/1976).

c) Relevant zu diesen Verfassungsbestimmungen des Art. 3, wodurch der Kirche ein Selbstverwaltungsrecht eingeräumt wird, ist auch die Bestimmung der Grundordnung der Kirche Griechenlands (Gesetz 590/1977, Art. 3, Abs. 1), derzufolge die Ständige Heilige Synode: "sich über jeden die Kirche betreffenden Gesetzesentwurf äußern kann". Das bedeutet, daß durch die Begutachtungsmöglichkeit des ständigen administrativen Organs der Kirche zu jedem Vorschlag oder Entwurf eines kirchlichen Gesetzes, das zur Verabschiedung ins Parlament gebracht wird, die Aufrechterhaltung und die Anwendung der kanonischen Rechtsnormen in den kirchlichen Gesetzen gesichert, und die Selbstverwaltung der Kirche sowie deren Zusammenarbeit mit dem Staat gefestigt wird. Dies könnte zu einer Vermeidung der willkürlichen Einnischungen in die internen Angelegenheiten der Kirche führen. Aber auch zu dieser Frage vertreten die Juristen die Auffassung, daß diese Bestimmung den Gesetzgeber nicht bindet, weil sie nicht in einem gesetzlichen Text mit erhöhter Rechtskraft beinhaltet ist. Ihre Verletzung beeinflußt nicht die Kraft eines bereits verabschiedeten kirchlichen Gesetzes, zu dem die Ständige Heilige Synode kein Gutachten abgegeben hat.

3.) Art. 13 der geltenden Staatsverfassung führt das Prinzip der Religionsfreiheit ein. Der Verfassungsgeber erklärt die Freiheit und die Gleichstellung aller bekannten Religionen, die in Griechenland präsent und tätig sind. Er sichert auch die individuelle Religionsfreiheit in der Form der religiösen Gewissensfreiheit oder der Freiheit des Kultus. Nicht aber deren Einführung, sondern deren Umsetzung in die Tat hat herabsetzende Regelungen für die orthodoxe Kirche zur Folge, weil deren Anwendung die orthodoxe Kirche ohne Unterschied unter den allen bekannten Religionen einreicht und ihr einerseits dieselben oder weniger Rechte zuerkennt, andererseits aber dieselben oder mehr Verpflichtungen auferlegt. Eine solche Regelung übersieht die eigenartige religiöse Wirklichkeit und setzt die Bedeutung der Rolle der Orthodoxie in der Geschichte und im Leben des Griechentums bis heute herab. Aufgrund des Prinzips der Religionsfreiheit:

a) Die bisher inkraftgesetzten Staatsverfassungen verbieten den Proselytismus sowie jegliche Einmischung zu Ungunsten der herrschenden Religion. Nun stellt die Bestimmung über Proselytismus, die ein allgemeines Verbot einführt (Art. 16, Abs. 2) alle Religionen gleich. So wird der Proselytismus von verschiedenen Religionen und Häresien, die meistens vom Ausland gesteuert werden, zum Schaden der Mitglieder der orthodoxen Kirche ausgeübt.

b) Gemäß Abs. 3 desselben Artikels "unterliegen alle Träger kirchlicher Dienste derselben Staatsaufsicht und sie haben dieselben Verpflichtungen gegenüber dem Staat sowie jene der herrschenden Religion". Dadurch werden die Geistlichen der herrschenden Religion mit jenen der anderen Religionen gleichgestellt, unabhängig davon, ob diese Religionen eine klare und systematische Glaubenslehre haben, ob sie Anhänger haben und wie viele, ob sie über eine religiöse Organisationsstruktur verfügen, ob sie Geistliche haben, oder diese als solche benennen und präsentieren.

c) Schließlich, wird im Art. 16, Abs. 2 der geltenden Staatsverfassung bloß erwähnt, daß das Schulwesen "die Ausbildung des nationalen und religiösen Bewußtseins" als Ziel hat, während die Verfassung von 1959 vorsah, daß der Schul-

unterricht "die Ausbildung des nationalen Bewußtseins der Jungen auf Grund der ideologischen Richtlinien der griechisch-christlichen Kultur (Art. 16, Abs. 2) gewährleisten soll".

Zusammenfassend können wir bemerken, daß diese Grundelemente der Verfassung und die verfassungsmäßige Umrahmung der Stellung der orthodoxen Kirche innerhalb des griechischen Staates eine für die Kirche akzeptable Basis darstellen. Obwohl diese weit entfernt ist von der aus der Geschichte her abgeleiteten und bedingten Stellung, begrenzt sie ältere Eingriffe und Willkürmaßnahmen des durch das Gesetz über die Kirche herrschenden griechischen Staates, schafft sie jedoch nicht total ab.

Es besteht auch die Gefahr, daß diese Bestimmungen, durch eine, je nach Fall, zusammenziehende oder erweiterte Auslegung durch die Träger der Verfassungsgewalten, zu Ungunsten der Stellung und der Tätigkeit der orthodoxen Kirche angewendet werden. Es gibt bereits Fälle, wo die Legislative, die Exekutive oder die Judikative durch Gesetze, administrative Akte und Gerichtsurteile von der Verfassung garantierte Rechte oder sogar die Selbstständigkeit der Kirche verletzt haben. Schließlich kann wohl Art. 13, der die Religionsfreiheit und demzufolge die Gleichstellung der Religionsgemeinschaften garantiert, die Be seitigung der Versuche zur Einschränkung der administrativen Unabhängigkeit, der inneren Selbstständigkeit und der Freiheit der orthodoxen Kirche stützen.

IV. Die Versuche der Organe des heutigen Staates, die Auffassungen von Verrechtlichung und überzogener Staatsherrschaft vertreten, führten die Entwicklungen im Verhältnis von Kirche und Staat in eine neue Form. Das Bewußtsein und die Gesinnung des Volkes werden durch die verbreiteten Positionen und Ansichten der neuen Staatsideologie vergiftet und die traditionelle griechische Gesellschaft wird negativ gegen die Kirche eingestellt.

Die ständigen Eingriffe in die inneren Angelegenheiten der Kirche beschäftigen gewisse kirchliche oder allgemein religiöse Träger, die eine Trennung wollen in der Hoffnung, daß durch diese die Rechte und die Freiheit der Kirche gesichert werden.

Aber der orthodoxen Tradition ist jeglicher Trennungsbegriff von Kirche und Staat, zumindest auf Initiative der Kirche, fremd. Die durch die Jahrhunder te herauskristallisierte politische Theologie der Kirche, die akzeptiert, daß Kirche und Staat göttlichen Ursprungs sind - jedoch mit unterschiedlicher Kompetenz und Zielsetzung - und für die Erreichung ihres Ziels zusammenarbeiten, setzte eigene Regeln für die Erreichung ihres Ziels fest. Dieser Komplex der Rechtsnormen war und ist noch immer fähig, das Leben und die Verwaltung der Kirche zu organisieren. Deswegen hat die Kirche den Staatsbestrebungen für eine Durchsetzung der anthropozentrischen Weltanschauung die theozentrische Lehre über das Verhältnis von Gott, Menschen und Welt gegenübergestellt, ohne jemals dem Staat ihre harmonische Zusammenarbeit und Unterstützung zum Wohl des Volkes zu verweigern.

Aufgrund der orthodoxen Ekklesiologie und der Kirchenvätertradition wurde immer im orthodoxen Osten statt der Trennung die Einigung oder die harmonische Koexistenz von kirchlicher und staatlicher Gewalt hervorgehoben. Deswegen wird die heutige Forderung nach Trennung seitens der orthodoxen Kirche Griechenlands weder hervorgehoben noch artikuliert sie diese. Die Kir-

che wartet auf die Initiative des Staates und sie wird jede Einladung annehmen, um eventuelle ungünstige Absichten des Staates abzuwehren.

V. Diese Umstände auf eventuelle Zusammenarbeit und die neue Perspektive in der Art der Beziehungen zwischen Kirche und Staat in Griechenland läßt der "Entwurf des Abkommens zwischen Kirche und Staat" (1988) erkennen, der von einer gemischten achtköpfigen Kommission (4 Bischöfe und 4 Laien) erarbeitet wurde.

Die Kommission wurde erst nach der Krise eingerichtet, die 1987 das Gesetz 1700/1987 hervorrief. Dessen auf einseitige Initiative des Staates stattgefundene Verabschiedung im Parlament wurde von der Kirche als ein direkter Eingriff in sacra interna betrachtet und löste eine starke Reaktion aus. Zur Überwindung dieser Krise und zur Entspannung der Situation beschlossen beide Seiten die Einrichtung einer Gemischten Kommission zum Studium des ganzen Spektrums der Beziehungen zwischen Kirche und Staat.

Frucht langer Zusammenarbeit war der "Grundriß eines Abkommens", in dessen Text die Tendenzen beider beteiligten Teile klar niedergeschrieben sind. Im folgenden werden die ersten drei interessanten Artikel dieses Abkommens angeführt:

#### Artikel 1

Der griechische Staat, dem die Bedeutung der orthodoxen Kirche für das Volk und vor allem mit Rücksicht auf ihren de facto großen geschichtlichen Beitrag zu dessen Überleben durch die Jahrhunderte bewußt ist und die orthodoxe Kirche Griechenlands, die anerkennt, daß der griechische Staat sich für die Ausübung ihres Auftrages für das Volk interessiert, geben ihren Willen kund:

1. Ihre Beziehungen sollen künftig ausgerichtet sein auf das Prinzip des gegenseitigen Respekts und der Anerkennung ihrer Eigenständigkeit zur Vermeidung von Streitigkeiten in der Zukunft.

2. Sie sollen über Fragen gemeinsamen Interesses entsprechend der Aufgabe jedes Partners und immer im Rahmen der langjährigen und bewährten griechisch-orthodoxen Tradition zusammenarbeiten.

#### Artikel 2

Aufgrund der Prinzipien des Art. 1 wird die Kirche selbstverwaltet; sie erfüllt in Freiheit ihre Aufgabe unter Beachtung der Staatsverfassung, der Heiligen Kanones und der Staatsgesetze.

#### Artikel 3

Der Staat gewährt der Kirche seinen Schutz zur ungehinderten Entfaltung ihrer missionarischen, sozialen und karitativen Aufgaben.

Es ist offensichtlich, daß diese Willensäußerung der beiden Partner das allgemeine Bewußtsein der Kirche ausdrückt und mit der orthodoxen kirchlichen Tradition, unter Berücksichtigung der Eigenart der religiösen Wirklichkeit in Griechenland, übereinstimmt.

Es ist ebenfalls offenkundig, daß der Inhalt des Abkommens das Verhältnis von Kirche und Staat nach dem Gleichheits-System (Homotaxia) ausrichtet, demgemäß beide rechtlich gleichgestellte Organismen sich mit ihren eigenen

Angelegenheiten beschäftigen und zur Lösung der Fragen, die sie beschäftigen, paritätisch zusammenarbeiten.

Die gemischte Kommission ging weiter auf die Abfassung eines Gesetzesentwurfs über die Grundordnung der Kirche Griechenlands ein, dessen Ausarbeitung die Partner beschlossen haben. Da sein Inhalt nur geringe Unterschiede zur geltenden Grundordnung aufweist, ist dessen Kommentierung überflüssig.

Zu beachten ist aber, daß auch die neue Grundordnung nur dann Geltung bekommen wird, wenn sie durch das von der Verfassung vorgesehene Verfahren erlassen wird (Art. 3, Abs. 1 und Art. 72, Abs. 1 der geltenden Staatsverfassung). Das bedeutet wieder, daß die Legislative gemäß dem von der Verfassung vorgesehenen Verfahren jeden Gesetzesentwurf verabschieden oder abändern kann.

Zum Schluß möchte ich darauf hinweisen, daß im Rahmen der Religionsvorschriften der geltenden Staatsverfassung der griechische Staat in seinen Beziehungen zur Kirche fort dauernd "ein durch das Gesetz über die Kirche herrschender Staat" bleiben wird; dadurch wird die Legislative die Möglichkeit haben, in die Verwaltung und die Organisation der Kirche einzutreten. Jedenfalls ist das Problem der Trennung oder der Gleichstellung allen Beteiligten bewußt und eine Lösung wird vom griechischen Staat angestrebt.

# LES RELATIONS ENTRE L'EGLISE ET L'ETAT EN GRECE PENDANT

## LE 19ème ET LE 20ème SIECLES

Anastase N. M a r i n o s , Athènes

La période historique de la Grèce dite "période de la Grèce Nouvelle" commence avec la Révolution pour l'indépendance de 1821 contre les Turcs, qui a abouti à la création de l'Etat grec libre. Au cours de cette révolution il n'y avait pas d'Eglise Orthodoxe Hellenique autocéphale et indépendante. Le clergé grec appartenait au Patriarcat de Constantinople qui était la suprême autorité ecclésiastique et que décidait sur toutes les questions concernant la vie de l'Eglise en Grèce.

Lorsque la Grèce est devenue un royaume, ayant comme roi le jeune prince bavarois Othon et une régence aussi bavaroise, la situation ecclésiastique changea rapidement. La régence bavaroise a décidé arbitrairement et contre tous les Canons de l'Eglise Orthodoxe que l'Eglise hellénique devait être séparée du Patriarcat de Constantinople et indépendante. Un texte réglementaire intitulé "Déclaration pour l'indépendance de l'Eglise hellénique" a été publié au Journal Officiel du Gouvernement au mois d'août 1833. Ce texte prévoyait une "Eglise de la Grèce" qui soit considérée à partir de ce moment comme "autocéphale". Cette Eglise reconnaît comme chef Jésus Christ et, en ce qui concerne les questions de son administration, le Roi de la Grèce est reconnu comme l'autorité souveraine. Le pouvoir suprême ecclésiastique appartenait au "Saint Synode du royaume de Grèce" soumis pourtant, selon l'article 2 de la Déclaraton, à la "souveraineté" du Roi. Le Saint Synode était composé de cinq membres nommés par le Gouvernement dont les trois devaient être Métropolites, Archevêques ou évêques et les deux autres pouvaient être prêtre ou prêtres-moines. Les membres du Synode prenaient serment de fidélité au Roi. Le Synode fonctionnait "indépendamment de tout pouvoir temporel" en ce qui concernait les questions internes de l'Eglise (*interna coporis*). Cependant il devait avertir le Gouvernement et demander d'avance son approbation sur toutes ses décisions. Au préambule de tout arrêt du Saint Synode on devait se référer à l'approbation gouvernementale. Voilà la situation ecclésiastique en Grèce aux débuts du règne du Roi Othon.

La communauté ecclésiastique hellénique a été séparée du Patriarcat de Constantinople pour se soumettre au pouvoir du Roi. Le constitutionnaliste grecs sont de l'opinion que la création de l'Eglises autocéphale de la Grèce était la conséquence nécessaire de l'indépendance nationale. A l'exemple de la Grèce qui réussit à secouer le joug ottoman et devenir indépendante, l'Eglise devait de même obtenir son autocéphalité. On avait besoin d'une Eglise qui ne dépendrait pas du Patriarcat dont la siège était à Constantinople, c'est-à-dire dans le territoire ennemi.

Je vous demande la permission d'avoir une opinion tout à fait différente. Permettez-moi de croire que la motivation de l'indépendance nationale que la régence bavaroise avait invoquée était un simple prétexte. La vérité était diffé-

rente. Je m'explique. Les grandes puissances de cette époque là n'aspiraient pas à la création d'un état grec, libre et grand. Elles voulaient simplement le morcellement de l'Empire Ottoman. La création d'un état grec était un moyen qui facilitait le succès de leur but fondamental à condiction que le nouvel état reste petit et ne remplace pas l'Empire Ottoman. Pour que l'état grec reste petit il devait être séparé de son chef ecclésiastique naturel. On a donc décidé de créer un Eglise orthodoxe "autocéphale" mais soumise à la souveraineté du Roi qui n'était pas chrétien orthodoxe.

Voilà la vérité sur la question ecclésiastique de mon pays pendant cette époque et c'est une vérité que des études toutes récentes viennent de révéler.

Au mois de septembre 1844 le Roi accorde au peuple grec une Constitution, dont l'article 2 stipulait: "L'Eglise Orthodoxe de Grèce, reconnaissant pour chef, notre Seigneur Jésus Christ, est indissolublement unie, quant au dogme, à la grande Eglise de Constantinople et à toute autre Eglise Chrétienne homodoxe, observant immuablement, comme les autres églises les saints canons apostoliques et synodiques ainsi que les saintes traditions. Elle est autocéphale et administrée par un Synode d'évêques". C'est cette disposition nouvelle qui décrète pour la première fois le système synodal dans l'administration de l'Eglise. Parallèlement la Déclaration de 1833 était encore valable. Ce régime constitutionnel s'est maintenu jusqu'en 1850. C'est l'année pendant laquelle le Patriarcat édite le Tome pour l'autocéphalité de l'Eglise de Grèce. Le Patriarcat n'a pas reconnu un église hellénique autocéphale mais il a simplement accordé pour la première fois à la communauté ecclésiastique des hellènes le droit de se réunir en communauté ecclésiastique autocéphale. Jusqu'à ce moment le régime juridique créé par la Déclaration de 1833 était arbitraire et contre tous les Canons de l'orthodoxie: le Patriarcat n'a jamais accepté ce régime non canonique.

Quelques années plus tard le Roi Othon est détrôné et l'Assemblé Nationale vote la Constitution de 1863. L'article 2 de cette Constitution est parallèle à l'article 2 de la Constitution de 1844. Il y a cependant une différence fondamentale entre les deux régimes juridiques, la suivante: après le Tome de 1850 la Déclaration de 1833 est considérée comme abolie. L'Eglise devient, selon la Constitution, absolument libre et l'Etat n'a plus le droit d'intervenir à l'administration de l'Eglise orthodoxe, comme d'ailleurs il n'avait pas le droit d'intervention dans l'administration des autres églises chrétiennes et des autres communautés religieuses.

Les gouvernements helléniques n'avaient pas bien compris la différence essentielle entre la nouvelle Constitution et le régime constitutionnel antérieur et le Parlement continuait à voter le Statut de l'Eglise qui est considéré comme une loi de l'Etat. Personne n'a pensé que cette pratique était anticonstitutionnelle et la Cour Suprême n'a pas eu l'occasion de s'occuper de cette question. L'Eglise se plaça de nouveau sous l'influence de l'Etat. En plus une nouvelle pratique a commencé à apparaître. C'était la pratique des Synodes dits "Synode ad hoc". Il s'agissait des Synodes de certains évêques à l'exclusion de tous les autres évêques de l'Eglise Orthodoxe grecque. Cette pratique était complètement contraire à la Constitution et aux Canons synodiques et apostoliques; elle était tout à fait contraire à l'ecclésiologie orthodoxe selon laquelle tous les évêques doivent participer au Saint Synode puisque chaque évêque est le centre de l'Eglise catholique, le centre de l'unité de l'Eglise. On a tenté de motiver cette pratique par

le fait que la Constitution se référât au "Synode d'évêques" et non au "Synode des évêques". C'était une interprétation de la Constitution tout à fait bizarre, mais cette interprétation a survécu également sous les Constitutions qui suivirent jusqu'à la dernière Constitution de 1975 qui est encore valable et dont l'article 3 stipule: "L'Eglise Orthodoxe de Grèce, reconnaissant pour chef notre Seigneur Jésus Christ, est indissolublement unie, quant au dogme, à la grande Eglise de Constantinople et à tout autre Eglise chrétienne homodoxe, observant immuablement, comme les autres églises, les saints canons apostoliques et synodiques ainsi que les saintes traditons. Elle est autocéphale et administrée par le Saint Synode, composé de tous les évêques en fonction, et par le Saint Synode Permanent qui, dérivant de celui-ci, est constitué comme il est prescrit par la Charte Statutaire de l'Eglise et conformément aux dispositions du Tome Patriarcal du 29 juin 1850 et l'Acte Synodique du 4 septembre 1928. Le régime ecclésiastique établi dans certains régions de l'Etat n'est pas contraire aux dispositions du paragraphe précédente".

Cet article modifie essentiellement les dispositions correspondantes des Constitutions antérieures parce qu'il stipule que l'Eglise Orthodoxe "est administrée par le Synode composé de tous les métropolites en fonction". Le pouvoir législatif de l'Etat n'a plus la possibilité de créer un Synode "ad hoc" voire composé de certains métropolites à l'exclusion de tous les autres. Tous les métropolites de l'Eglise Orthodoxe de Grèce doivent participer au Saint Synode qui s'appelle "Synode de la hiérarchie". Parallèlement il y a le Saint Synode Permanent. Ce Synode est composé de 13 membres, c'est-à-dire 6 métropolites dont les trônes se trouvent à la Grèce dite "vieille", 6 métropolites dont les trônes se trouvent dans les nouveaux départements du pays et l'Archevêque d'Athènes comme Président. Les métropolites de ce Synode participent chacun à son tour voire selon son ancienneté et pour une période d'une année. La composition du Saint Synode Permanent est prévue par le Tome de 1850 et l'acte Patriarcal et Synodal de 1928 auxquels se réfère explicitement l'article 3 de la Constitution. Il y a donc une garantie constitutionnelle en ce qui concerne les articles correspondants du Tome.

Le Synode Permanent est un organe qui fonctionne toute l'année tandis que le Synode de la hiérarchie se réunit en séances extraordinaires (une fois par an) et en séances extraordinaires p.e. quand il y a des circonstances spéciales. Le Synode de la hiérarchie est compétent pour l'élection des métropolites. Il a aussi, d'après une habilitation législative, le droit d'éditer des actes réglementaires concernant l'administration de l'Eglise.

Malheureusement la nouvelle Constitution exige (article 72) que le Statut de l'Eglise soit voté par le Parlement c'est-à-dire l'Eglise est déjà officiellement soumise à la puissance législative de l'Etat qui a la possibilité juridique d'influencer par la loi l'indépendance de l'Eglise. La pratique conservée sous les Constitutions antérieures est déjà devenue un régime constitutionnel. C'est donc l'article 72 de la nouvelle Constitution qui provoque de problèmes dans le domaine des relations entre l'Etat et l'Eglise.

Il y a quand même dans la nouvelle Constitution d'autres dispositions relatives à la question religieuse en général. En tête de la Constitution il y a, comme dans les Constitutions antérieures, une invocation à la Sainte Trinité. D'ailleurs l'article 3 de la Constitution stipule aussi que: la religion dominante en Grèce est

celle de l'Eglise Orthodoxe Orientale du Christ". Le terme "religion dominante" signifie que la religion orthodoxe est pratiquée par la grande majorité des grecs, mais il n'en résulte pas que les autres religions ou les autres confessions chrétiennes sont interdites en Grèce. Au contraire la Constitution assure à toute personne habitant la Grèce (aux Grecs comme aux étrangers) une grande marge de liberté religieuse. Les Constitutions précédentes stipulaient: "Le prosélytisme ainsi que toute autre intervention contre la religion dominante sont interdits". Cette disposition se trouve déjà modifiée dans la nouvelle Constitution qui déclare dans l'article 13 (paragraphe 2, alinéa c): "Le prosélytisme est interdit". Ainsi, la défense est généralisée au profit de toute religion connue et ne concerne pas uniquement la religion dominante. Le ministre de la Justice, désirant éclaircir la signification profond de cette disposition à déclaré au cours des discussions devant le Parlement que "prosélytisme" signifie exclusivement "violation de la conscience d'autrui par des moyens illégaux, malhonnêtes et immoraux". Ainsi la prohibition ne concerne que "le prosélytisme de mauvais aloi" et non le "témoignage chrétien", lequel est un devoir incombant à chaque chrétien et à chaque Eglise.

Je voudrais à l'occasion souligner l'importance de la disposition concernant le prosélytisme. A mon avis cette disposition est une des garanties constitutionnelles décrétées au profit de la liberté de conscience à condition qu'on fasse une distinction entre le prosélytisme défendu dit "prosélytisme de mauvais aloi" et le prosélytisme legitimate dit témoignage chrétien.

*Témoignage chrétien* signifie ici l'action permanente par laquelle un chrétien ou une communauté chrétienne, proclament les actes de Dieu dans l'histoire et cherchent à montrer dans le Christ la véritable lumière qui éclaire tout homme. La vie entière : culte, service responsable, proclamation de la Bonne Nouvelle, tout ce qui fait sous l'inspiration du Saint-Esprit pour le Salut des hommes et leur rassemblement dans le seul et unique corps du Christ pour qu'ils obiennent la vie éternelle qui consiste à connaître le véritable Dieu et son envoyé Jésus-Christ. Pour les adeptes des autres religions "*témoignage*" signifie, de ce point de vue, le simple enseignement religieux qui peut s'adresser à toute personne.

*Prosélytisme de mauvais aloi* signifie ici une attitude et un comportement déplacés dans l'exercice du témoignage chrétien. Il implique la violation du droit que possède chaque personne humaine, chrétienne au non, de ne subir aucune contrainte extérieure en ce qui concerne la religion ou la manière de proclamer l'Evangile selon des méthodes qui ne sont pas conformes aux voies de Dieu qui invite l'homme à repondre librement à son appel et à le servir en esprit et vérité. Dans certains contextes linguistiques, culturels au confessionnels "*prosélytisme*" sans qualificatif a pris ce sens péjoratif. Dans les langues ou contextes qui ont conservé au terme "*prosélytisme*" son sens premier de zèle pour la propagation de la foi il faudra toujours préciser: "*Prosélytisme de mauvais aloi*" ou quelque autre expression qui désigne des attitudes et des comportements répréhensibles. Ayant en vue cette distinction essentielle le Conseil d'Etat hellénique à déjà reconnu que le pur enseignement spirituel n'est pas du prosélytisme (v. CE 756/52) mais qu'il y a prosélytisme quand on emploie des moyens immoraux pour s'immiscer dans la conscience d'autrui. Par exemple, lorsqu'on exploite les difficultés économiques d'une personne pour le faire changer de foi (v. CE 2276/1953).

Le résultat des pensées ci-dessus mentionnées est le suivant: La disposition de la Constitution hellénique relative au prosélytisme est aussi juste que nécessaire, car elle protège la conscience, cet asile où Dieu seul a le droit de pénétrer et de ce point de vue la Constitution hellénique protège toutes les religions et non seulement la religion dominante.

Il faut d'autre part être attentif aux dispositions de la nouvelle Constitution concernant le Président de la République. Aucune de ces dispositions n'exige que le Président soit orthodoxe, tandis que les Constitutions précédentes déclaraient que le Roi devait appartenir à l'Eglise Orthodoxe Orientale du Christ et qu'il devait protéger sa religion. Sans doute il est vrai que la Constitution exige (article 33 paragraphe 2) que le Président prête serment à la Sainte Trinité, mais je crois que cette disposition se rapporte uniquement à un président de religion orthodoxe au tout autre chrétien qui accepte la Sainte Trinité, mais on ne peut pas en déduire qu'elle serait également applicable dans le cas où le président appartiendrait à une autre confession ou une autre religion. D'ailleurs l'article 16 paragraphe 2 de la Constitution déclare, entre autres, que l'enseignement vise à l'évolution de la conscience "nationale et religieuse" des enfants. La combinaison de cet article avec l'article de la Constitution qui stipule que l'Orthodoxie est la religion "dominante" en Grèce nous conduit nécessairement aux conclusions suivantes: L'enseignement religieux:

a) est obligatoire et

b) doit être fondé sur les principes de l'Orthodoxie. Il va de soi, malgré tout, que les élèves non orthodoxes ou non chrétiens ont le droit de s'abstenir de l'enseignement religieux.

Je crois qu'il est aussi utile et nécessaire de faire quelques remarques relatives au contrôle judiciaire des actes des autorités ecclésiastiques par le Conseil d'Etat. Il faut d'abord souligner que l'article 4 du Statut de l'Eglise de la Grèce (Loi 570/1977) stipule que: L'église, les métropoles, les paroisses et les monastères sont des personnes morales de droit public en ce qui concerne ses affaires juridiques. Alors les actes des autorités ecclésiastiques sont sujets à être soumis au contrôle judiciaire du Conseil d'Etat se classent en deux catégories:

1.) Tous les actes concernant l'administration de l'Eglise. Dans son arrêt 317/1937 le Conseil d'Etat a déclaré qu'étaient soumis à son contrôle: "Tous les actes des autorités ecclésiastiques auxquelles l'Etat grec a concédé la compétence de l'administration de l'Eglise à condition qu'ils soient émis en application de la loi de l'Etat et ne concernent en rien les questions purement religieuses". Il faut donc chercher:

a) une autorité à laquelle l'Etat a concédé l'administration de l'Eglise notamment les évêques ou le Saint Synode,

b) un acte émis selon une loi et par voie de conséquence tous les actes émis d'après les Canons sont soustraits au contrôle judiciaire,

c) un acte qui concerne l'administration de l'Eglise exercée selon la loi,

d) un acte non relatif à la mission religieuse et spirituelle de l'Eglise.

Sont conformes:

aa) Tous les actes concernant les statuts des organes de l'Eglise et de ses employés: l'acte d'élection d'Archevêque par le Synode de l'Hierarchie, l'acte par lequel un évêque déplace ou destitue le curé d'une paroisse suivant une loi

(mais pas les Canons), l'acte du Saint Synode concernant la nomination d'un professeur à une école ecclésiastique etc.

bb) Tous les actes ayant trait à la division territoriale de l'Elise p.e. l'acte que le Saint Synode émet pour fixer les frontières de la métropole.

cc) Tous les actes que la personne morale de l'Eglise émet en exerçant son droit de surveillance sur les autres organismes ecclésiastiques qui sont également des établissements publics comme les monastères. On peut citer les actes selon lesquels l'évêque rejette un recours contre l'élection du conseil des Supérieurs d'un monastère ou la nomination de ce conseil par l'évêque.

2.) Les actes traitant les droits des citoyen comme p.e. l'acte de l'évêque déterminant la fermeture d'un temple destiné au culte privé ou l'acte par lequel l'évêque refuse la permission exigée par la loi pour le mariage à l'époque où le mariage civil n'était pas valable en Grèce.

Une autre catégorie d'actes des autorités ecclésiastiques sont les actes des "juridictions" ecclésiastiques: Ce sont les arrêts des "tribunaux" ecclésiastiques qui sont compétents pour punir le clergé et les moines lorsqu'ils violent les Canons et transgressent leurs devoirs religieux. Les tribunaux ecclésiastiques ne sont pas des tribunaux étatiques ni des autorités administratives. Ce sont des "juridictions" ecclésiastiques qui appartiennent à l'ordre interne de l'Eglise. Les châtiments qu'ils imposent sont de caractère spirituel, c'est un moyen de corriger les transgresseurs des Canons.

D'après une jurisprudence stable et ferme les arrêts des tribunaux ecclésiastique restaient soustraits au contrôle du Conseil d'Etat. Cependant il ya un an maintenant que le Conseil d' Etat a changé sa jurisprudence. Je ne suis pas d'accord avec cette recente jurisprudence.

La question religieuse en Grèce est quelque peu complexe en raison du caractère mixte de l'Eglise Orthodoxe qui est d'une part un établissement public, et d'autre part un organisme essentiellement religieux. En tant que juriste je pourrais dire que ce régime qui se justifie dans une certaine mesure pour des raisons historiques, est à l'opposé de l'idée moderne de l'Etat laïque qui donne à l'Eglise le droit de demeurer un organisme purement spirituel, métaphysique, étranger aux choses de ce monde, complètement séparé de l'Etat et poursuivant la réalisation du but suprême: Le perfectionnement spirituel de l'Homme et l'accomplissement de son "union" avec Dieu. En tant qu'un simple étudiant à la Faculté de Théologie d'Athènes je me demande si on peut concilier cette conception de la séparation avec la vraie théologie.

Vittorio Parlatto, Urbino

I. Le thème se présente particulièrement intéressant et sérieux car il ajoute des éléments nouveaux et divers à la thématique de la doctrine juridique occidentale relative au droit de l'état en matière de liberté et égalité religieuse.

Aujourd'hui la doctrine juridique est plus attentive à mettre en évidence les éléments de fait liés aux relations Etat-confessions religieuses plutôt que les énonciations formelles de la législation, même constitutionnelle, et ne met pas l'accent sur l'autoqualification que l'état se donne (état séparatiste, état confessionnel), mais privilège l'évaluation que l'on peut tirer par les diverses lois, par la pratique administrative et par l'interprétation de la jurisprudence, pour individualiser l'orientation politique que l'état prend envers le phénomène religieux individuel ou collectif.

On ne peut pas déterminer la qualification d'un état en matière religieuse avec des formules abstraites - régime concordataire, régime de séparation, mais au contraire, on doit considérer l'orientation (*Richtung/Tendenz*) politique de l'organisation générale de l'Etat. La loi spéciale, unilatérale ou concordataire, ou le droit commun sont des instruments techniques (liés à des traditions singulières et à des nécessités juridiques et politiques) utiles à réaliser l'orientation politique qui peut être laïque (*Laienstaat*), laïciste (*laizistische*), confessionnelle (*Konfessionsstaat*)<sup>1</sup>.

On peut considérer un état comme confessionnel, ou à tendance confessionnelle, quand à cause de l'évaluation positive qu'il donne à une religion et aux préceptes moraux dont elle se fait fautrice, cet état imprime sa législation à ces principes éthiques-religieux.

Dans l'état confessionnel romain-catholique, par exemple, il y aura la punibilité du délit de mépris de la religion, l'évaluation religieuse du serment, une loi contraire au divorce, à l'avortement, et par contre favorable à l'évaluation civile du mariage religieux, il y aura aussi une loi qui garantit l'enseignement de la religion dans les écoles publiques, qui reconnaît la jurisdiction ecclésiastique en matière de nullité matrimoniale, et en général l'organisation de l'église même source qui se rapporte à la création des personnes juridiques. Dans un état confessionnel orthodoxe, comme par exemple, la Grèce, on trouve la tutelle de l'orthodoxie de la foi, de la religiosité de la nation et des institutions nationales, de la sacralité du serment, de l'éducation religieuse des étudiants, et jusqu'en 1982, de la compétence confessionnelle en matière de mariage<sup>2</sup>.

Nous sommes au contraire en présence d'un état laïciste quand cet état considère la religion comme un fait privé et négatif pour la réalisation de son but, ou pour le progrès moral des citoyens, se faisant porteur d'une propre éthique, soit matérialiste soit idéaliste, mais en tout cas antireligieuse ou irréligieuse, et pour cela il exclut toute influence de la religion sur la vie publique et il ignore les principes éthiques-religieux (par exemple on n'admettra pas l'objection de conscience aux lois de l'état pour des motivations religieuses, ni la tutelle du secret pour les confidences faites par les fidèles aux ministres de culte, ou encore

le baptême des mineurs) tout cela parce qu'on ne fait pas compte d'une loi et d'une morale diverses de celle de l'état<sup>3</sup>.

Il y a une troisième orientation politique et juridique, qualifiée par la doctrine comme propre de l'état laïque, celui-ci ne se fait pas porteur et maître d'une propre conception métaphysique, ni il implique aucune affirmation négatrice d'une vérité révélée, ni aucune opposition aux valeurs et aux confessions religieuses. Cette orientation détermine l'autonomie de l'état de n'importe quel système objectif et absolu de lois religieuses et éthiques de dérivation externe au domaine de l'état même. Dans ce cas la loi civile acceptera ces valeurs religieuses dont les citoyens se feront porteurs dans la mesure où elles seront reçues par la nation. Mais il faut souligner que l'orientation laïque ne peut pas empêcher l'existence de valeurs religieuses dans la loi civile en défense et garantie d'une partie (souvent majoritaire) de ses composants<sup>4</sup>.

Aujourd'hui l'activité de l'état n'est plus limitée à garantir les conditions normales de l'ordre public, nécessaires au développement spontané des autonomies et des libertés des particuliers, mais elle s'adresse à chaque domaine de la vie civile et elle détermine une nécessaire combinaison de deux réalités, d'une partie la laïcité ou aconfessionnalité de l'état, de l'autre la tutelle que l'état même doit donner aux institutions et aux valeurs sociales informées aux principes religieux.

L'état laïque n'imposera aux citoyens l'observance des lois qui se rattachent aux principes éthiques-religieux que dans la mesure où ils sont acceptés et posés comme principes de l'éthique civile, comme libre choix de celui qui exerce la fonction législative; mais cet état laïque ne devra pas même au nom d'un principe abstrait d'acconfessionnalité ou laïcité, qui, dans ce cas, serait vraiment du laïcisme, modifier les lois qui ont eu fondement dans la morale religieuse plus que dans un principe civil, comme s'il s'agit d'un progrès objectif, je ne veux pas dire la libération de l'ordre civil des conditions religieuses, mais l'éloignement de la loi de l'état des préceptes éthiques-religieux.

Cette distinction entre confessionnalité, laïcisme et laïcité, déterminée par la réalité juridique-politique de l'Europe occidentale et de l'Amérique du nord, doit être revue et précisée en présence d'éléments typiques de la culture, des traditions et des caractéristiques présentes dans l'Orient chrétien.

Parmi ces éléments il faut sûrement considérer:

1. L'intime connexion entre les confessions traditionnelles et les groupes ethniques.
2. La possible tutelle juridique reconnue aux groupes confessionnels, surtout de minorité, par des traités internationaux dans lesquels les confessions ont été l'objet de tutelle, mais non les sujets qui ont stipulé l'accord.
3. L'aversion envers le prosélytisme religieux, qui se présente comme perturbateur de l'ordre traditionnel et ethnique pré-constitué.
4. Une mineure sécolarisation de la société, et une rare diffusion de l'athéisme, même s'il est proposé par des gouvernements civils.
5. L'absence, en général, dans les églises chrétiennes orientales et dans l'islamisme du problème social et de la promotion humaine liée aux besoins contingents.
6. La fonction historique des hiérarchies chrétiennes dans les territoires de l'Empire Ottoman, liée à l'attribution de fonctions jurisdictionnelles en matière

de droit de famille, dont, même aujourd'hui, il existe, en quelque cas, des pouvoirs résidus.

7. Présence dans quelques états de plusieurs confessions religieuses considérées comme des institutions étrangères qui peuvent parfois conditionner la vie politique et juridique des états mêmes.

8. La conception, typiquement orientale, que le catholicisme latin et la foi chrétienne réformée sont, et doivent être, professés par des fidèles non orientaux, par les étrangers, étant des expressions religieuses et culturelles d'une autre civilisation, d'une autre communauté politique.

9. A ces éléments on doit ajouter aujourd'hui une réalité politique différenciée dans les différents pays, quelques uns sont des démocraties libérales pluralistes, d'autres sont des démocraties socialistes, d'autres, encore, sont des états caractérisés par un monoconfessionnalisme (Israël) ou par un pluriconfessionnalisme (Liban)<sup>5</sup> à cause de la présence dominante d'un ou de plusieurs groupes ethniques et religieux qui exercent les pouvoirs de gouvernement.

Alors les confessions religieuses, ou mieux les églises rituelles ou les groupes confessionnels, composés par une base sociale particulière, souvent représentent un propre groupe ethnique et culturel, et essayent de poursuivre dans le domaine des finalités civiles et temporelles la tutelle des valeurs particulières non seulement religieuses, qui sont utiles ou nécessaires au maintien des singulières identités civiles, mais comme telles, ces confessions, se présentent et sont considérées aptes à rendre effectivement agissantes et concrètes les libertés et les garanties religieuses et culturelles établies dans le respect de l'autonomie des buts généraux de l'état et des confessions.

Les confessions, à côté et en subordination au but spirituel, revendiquent et obtiennent la poursuite d'une finalité temporelle; c'est à dire la sauvegarde de la tradition culturelle du groupe ethnique-religieux qui se confond en elle; en même temps elles se présentent comme des *formations sociales* avec une finalité spirituelle au déhors des buts de l'état et en même temps comme des *sociétés intermédiaires* entre le citoyen et l'état avec des buts temporels compréhensifs de ceux de l'état.

II. A la lumière de ces considérations la qualification confessionnelle d'un état s'enrichit d'autres éléments souvent semblables à ceux qui existaient dans les états absous de l'Europe occidentale au XVII et XVIII siècles, avec une religion d'état, ou "dominante"<sup>6</sup>, dont le pouvoir civil protège l'orthodoxie de la doctrine contre les mouvements érétiques, les dissidents et tous ceux qui font action de prosélytisme éthérodoxe<sup>7</sup>; avec une condition civile différenciée par un propre statut personnel lié à la religion professée par le groupe ethnique d'appartenance; on peut noter une valeur constitutionnelle des groupes ethniques-religieux chargés (comme au Liban) du gouvernement de l'état selon des évaluations rigides de représentation institutionnelle; on trouve, enfin, dans quelques états, la valeur des lois confessionnelles pour ce qui concerne le droit de famille, même si ce fait est en train de se modifier<sup>8</sup>.

III. Mais l'état laïciste lui aussi se présente à nous avec des caractéristiques propres. Lorsqu'on parle d'état laïciste on pense tout de suite à l'état marxiste classique qui considère le phénomène religieux comme aliénant et la recherche

d'un bien spirituel comme un fait qui détourne l'homme des nécessités de ce monde et du devoir de réaliser dans cette vie les situations d'égalité, de solidarité, et de justice que la religion fait rechercher dans le paradis.

Mais la théorie n'est pas appliquée dans toute sa rigueur. En Bulgarie, bien que l'ordre juridique et politique soit empreint d'une morale matérialiste et athéiste, l'art.3 de la Loi du 24 Février 1949 affirme que l'église orthodoxe bulgare est le culte traditionnel du peuple bulgare; liée à son histoire, elle peut être par sa forme, par son contenu et son esprit une église populaire et démocratique. Cette affirmation n'empêche pas que le gouvernement exerce un contrôle rigoureux sur la vie et l'organisation ecclésiastique de cette église et que la liberté religieuse individuelle soit limitée, il suffit de rappeler que l'enseignement religieux aux jeunes mineurs de dix huit ans est défendu, et qu'au contraire la philosophie marxiste-leniniste fait partie intégrante du programme de l'école<sup>9</sup>.

Bien qu'on reconnaissse la valeur traditionnelle et nationale de l'église orthodoxe bulgare, l'idéologie marxiste tient bonnes ses positions critiques envers le phénomène religieux, à cause de la finalité ultramondaine et aliénante de la foi religieuse. Une évaluation positive pourra être donnée aux confessions qui ont comme but secondaire la promotion sociale, l'émancipation des pauvres, particulièrement soulignée, car dans la période de transition vers la création d'une société communiste, ces religions peuvent être des collaborateurs utiles pour l'élimination des situations qui déterminent l'exploitation de l'homme sur l'homme.

Mais il y a un autre type d'état laïciste, celui qui est héritier de la pensée illuministe et rationaliste, représentée au proche orient par la Turquie qui sous le nom d'état laïque pose plusieurs priviléges haineux envers toutes les formes religieuses institutionalisées.

Dans les dernières années ce laïcisme s'est mitigué envers l'islamisme, religion à laquelle la nation turque est liée par son histoire, sa culture et sa tradition, mais qui au contraire maintient toute sa rigueur envers les autres confessions religieuses qui sont en grande minorité.

On trouve une modération de la loi à cette orientation politique dans le traité de Lausanne et dans l'activité diplomatique liée à cet acte international qui sont devenus des principes et des règles du droit de l'Etat.

L'art. 39 de ce traité garantit que: "il ne sera édicté aucune restriction contre le libre usage par tout ressortissant turc d'une langue quelconque en matière de religion", et l'art. 40 dit que:"Ils [les ressortissants turcs] auront notamment un droit égal à créer, diriger et contrôler à leur frais toutes les institutions charitables religieuses ou sociales avec le droit d'y faire librement usage de leur propre langue et d'y exercer librement leur religion".

Ces garanties légales n'empêchent pas une différente considération dans la réalité entre les diverses fois professées dans l'Etat. La république de Turquie est un Etat où la grande majorité de citoyens sont de religion islamique; les chrétiens, turcs ou étrangers, sont environs le 0,66%, ils sont considérés, même ceux de nationalité turque, comme des hommes de race non turque. On ne trouve pas un groupe chrétien de race, langue ou culture turques; le christianisme se présente aux turcs musulmans comme une religion étrangère; à cause d'une très ancienne tradition il est difficile de perdre le caractère grec lorsqu'un citoyen se présente comme membre de l'église orthodoxe, ou le caractère arménien

lorsqu'il se présente comme membre de l'église grégorienne. L'église latine reste en Turquie comme l'église étrangère par excellence<sup>10</sup>.

Il s'ensuit qu'en présence d'un réveil de l'islam on cherche, avec tous les moyens d'islamiser les institutions publiques et d'unifier dans la foi islamique même les groupes de minorité, afin de créer un état unitaire, sous tous les aspects.

Dans les vingt dernières années les communautés chrétiennes de la Turquie ont perdu la moitié de leur fidèles. Dans les écoles les élèves chrétiens sont tenus à suivre les leçons de religion islamique et, en particulier, on n'autorise pas les étudiants arméniens à étudier dans un'école confessionnelle s'il y a une école publique dans leur quartier<sup>11</sup>.

IV. Je pense qu'il ne faut pas traiter le problème de la légitimité d'une normative spéciale pour le phénomène religieux certainement pas en relation aux lois constitutionnelles de chaque état, mais en relation à un principe abstrait de liberté et d'égalité religieuses. Je veux seulement souligner que deux institutions occidentales (France et Etats-Unis) qui se qualifient et se professent fauteurs et réalisateurs d'un système de séparation juridique entre l'état et les confessions religieuses en réalité, dans la pratique administrative et judiciaire, ils considèrent les nécessités de l'organisation confessionnelle.

Aux Etats-Unis il y a une organisation juridique de *common law* bien plus habile dans la sauvegarde des nécessités individuelles; la liberté religieuse, personnelle et collective, est garantie soit par une normative articulée, qui même dans le domaine du droit commun, assure la tutelle des singularités confessionnelles<sup>12</sup>, soit par l'oeuvre de la jurisprudence qui a justement considéré la clause séparatiste du Amendement comme garantie d'égal traitement des nécessités religieuses des individus et des groupes.

Les Etats-Unis reconnaissent la valeur de la religion comme instrument de progrès moral pour le citoyens et plusieurs sentences affirment que les citoyens de cet Etat sont un peuple religieux<sup>13</sup>.

Le système séparatiste se pose comme un instrument valable pour garantir la liberté religieuse considérée comme droit fondamental du citoyen-fidèle, soit pour ce qui se réfère à la culture publique, au prosélytisme, aux comportements permis ou défendus qui sont motivés par des obligations religieuses, contrastant avec la loi générale à laquelle tous les citoyens sont tenus<sup>14</sup> à obéir.

On peut presque parler de séparation pluriconfessionnelle si on veut qualifier l'institution qui sans une formelle législation singulière pour le phénomène religieux, ni unilatéral, ni concordataire, garantit le plein exercice de la liberté religieuse liée à toute option fideïste quand en concret elle ne porte pas atteinte aux droits d'autrui et à l'ordre juridique de l'état même, ou elle ne détermine pas un aide économique direct aux confessions religieuses<sup>15</sup>. Dans l'institution française d'aujourd'hui on trouve, aussi, une croissante réconsidération pour quelques exigences confessionnelles, en relation aux services d'assistance spirituelle, d'éducation religieuse des jeunes gens, de l'aide économique aux institutions scolastiques confessionnelles<sup>16</sup>.

Il y a encore à reléver que l'état moderne, démocratique et pluraliste, adopte toujours une législation la plus variée et articulée en relation aux différentes nécessités des différentes groupes et phénomènes sociaux, introduisant des exceptions et des prévisions particulières en considération de leur singularité.

V. Soit dans l'état laïciste que dans celui confessionnel on ne peut pas parler de liberté et d'égalité religieuses pour tous les citoyens-fidèles et pour toutes les confessions religieuses car dans le premier cas (état confessionnel) on priviliera la religion ou les religions considérées comme religions d'état ou liées institutionnellement à la nation; dans l'état laïciste on voit la religion comme un fait négatif, et donc, quoique de manière diverse, il y aurait un comportement défavorable envers toutes les fois religieuses et la liberté religieuse individuelle et collective seront comprimées.

On pourra parler aujourd'hui à légard des institutions laïques plus ouvertes aux besoins spirituels de tous les citoyens-fidèles non plus de seule tolérance religieuse, mais aussi de liberté religieuse dans des bornes bien précises, au de là des quelles les présupposés typiques de cet ordre seraient alterés; en somme l'ouverture envers un pluralisme religieux modéré est conditionnée par le choix confessionnel ou laïciste de base, si bien que la tutelle de la liberté religieuse ne peut pas se traduire et se concrétiser dans un renversement de sa même typicité idéologique.

C'est l'état avec une orientation politique laïque, démocratique et pluraliste qui garantira mieux l'égalité et la liberté religieuses, cet état qui n'étant pas conditionné par des choix prefixés empreint et égale son institution juridique aux valeurs morales acceptées par la majorité des citoyens et évidemment dans un libre débat et comparaison de idées, et qui garantira à tout le monde l'exercice de la liberté religieuse individuelle ou collective. Celui-ci est voulu par les documents internationaux à tutelle de la dignité de la personne humaine, des droits fondamentaux de l'homme, ces documents ont été acceptés presque par tous les états, et ils soulignent les droits de liberté individuelle et collective et l'égalité en matière religieuse.

On aura une législation plus ou moins correspondante à l'éthique religieuse, la tutelle des comportements religieusement motivés, non comme des requêtes d'une confession religieuse ou comme des obligations concordataires, mais comme choix politique, déterminées à travers une libre conviction et un libre débat d'idées.

Aujourd'hui, comme j'ai déjà dit, l'activité de l'état n'est plus limitée à garantir les conditions normales de l'ordre public, nécessaires au développement spontané des autonomies et des libertés des sujets privés, mais elle s'adresse à chaque domaine de la vie civile et elle détermine une nécessaire combinaison de deux réalités, c'est la laïcité ou mieux l'acconfessionnalité de l'état et la défense que l'état même doit assurer aux institutions et aux valeurs sociales, informées aux principes religieux.

Quelq'un, peut-être, préfère une majeure ou mineure sensibilité des lois civiles aux valeurs spirituelles; ce sont des opinions personnelles, objet d'un débat civil et de l'évaluation de l'orientation politique de cet état laïque et pluraliste.

On doit rappeler aussi qu'il existe un aspect négatif de ce état laïque, qui consiste dans la nécessité de faire coexister dans un même ordre juridique des conceptions et des idéologies diverses, sans choisir un système particulier d'évaluation.

Toute idéologie est en elle même mesure de sa propre vérité; toutes les idéologies s'équivalent, c'est à dire, elles sont également vraies ou également fausses, selon l'évaluation subjective de chacun. Ceci détermine un pluralisme nécessairement empêtant de relativisme, de scepticisme, de l'indifférence, de laquelle dérive, comme dernière conséquence, dans le domaine du droit, la légitimité de toutes les conceptions éthiques professées par chacun et l'impossibilité logique de faire valoir, dans les lois, une notion de morale et de justice quelconques. Les valeurs et les postulats de chaque idéologie religieuse, ou non religieuse, viennent réduites à objet de simple liberté ou faculté propre de l'individu ou du privé et ne sont pas considérés comme des buts que l'état-institution doit poursuivre, car il doit se représenter comme neutral, aconfessionnel, agnostique, et en même temps il doit se configurer comme garant de la liberté de choix, reconnue comme droit fondamental de tous les hommes.

Cette conception laïque-pluraliste maintient un certain rapport avec les exigences de la morale puisqu'il suppose une confiance fondamentale dans la conscience et dans le sens commun de la responsabilité individuelle et dans les sentiments du devoir civil.

Elles ne se présentent pas comme des affirmations nouvelles les thèses selon lesquelles, afin de ne pas s'opposer aux diverses, souvent contrastantes opinions, on ne doit réaliser qu'une législation informée à l'utile, à la convenance politique, à la technique, et empêchée, au contraire, de réaliser des contenus éthiques même quand elle devrait renoncer *au minimum* éthique du droit pénal.

Sans doute une loi de l'état complètement déraciné des évaluations éthiques est le produit d'une société édoniste contingente qui prive l'état de toute fonction morale et qui s'oppose à l'idée que l'état doit toujours opérer pour créer une société meilleure, non seulement dans le domaine matériel, mais aussi dans le domaine moral.

C'est à cause de ces considérations que le jugement positif sur l'état qui a un'orientation laïque et pluraliste presuppose un pluralisme idéologique qui se base sur des valeurs éthiques et politiques communes, fait celui-ci rendu plus possible, aujourd'hui au proche orient qu'en occident, à cause d'une inférieure sécolarisation de la société civile et d'une indifférence moins nette envers les valeurs religieuses.

Les trois grandes religions monotheistes, à lesquelles se réfèrent les confessions et les citoyens de ces territoires, même si porteurs de fois différentes et souvent contrastantes, elles sont d'accord sur l'évaluation positive de l'éthique religieuse, sur la sacralité de certaines valeurs, c'est à dire le respect envers la divinité et ses lois, la tutelle de la vie humaine comme un don de Dieu, et d'autres encore qui peuvent permettre, même avec un contenu pluraliste, la sauvegarde des valeurs éthiques qui est rendue plus difficile dans l'Occident européen à cause de la présence d'idéologies idéalistes ou matérialistes a-religieuses, également vraies ou également fausses, selon l'évaluation subjective de chacun. Ceci détermine un pluralisme nécessairement empêtant de relativisme, de scepticisme, de l'indifférentisme, duquel dérive, comme dernière conséquence, dans le

domaine du droit, la légitimité de toutes les conceptions éthiques professées par chacun et l'impossibilité logique de faire valoir, dans les lois, une notion quelconque de morale et de justice<sup>17</sup>.

Les valeurs et les postulats de chaque idéologie religieuse ou non religieuse, viennent réduites à objet de simple liberté ou faculté propre de l'individu ou du privé et ne sont pas considérées comme des buts que l'état, comme institution, doit poursuivre, car il doit se représenter comme neutral, aconfessionnel, agnostique, et en même temps il doit se configurer comme garant de la liberté de choix, reconnue comme un des droits fondamentaux de tous les hommes.

Cette conception laïque et pluraliste maintient un certain rapport avec les exigences de morale puisqu'elle suppose une confiance fondamentale dans la conscience et dans le sens commun de la responsabilité individuelle et dans les sentiments du devoir civil.

Mais la création d'un état laïque dans l'Orient chrétien présente des difficultés; il présuppose en effet dans les citoyens l'avoir rejoint la plus haute considération envers la dignité de la personne humaine indépendamment de la religion professée, ou au contraire un indifferentisme religieux généralisé, tel que l'on peut considérer la foi comme un fait privé, manquant de toute répercussion dans le domaine social et politique; un indifférentisme déterminé par un diffus scepticisme religieux ou par un théisme syncretiste et abstrait.

A ces conditions, positives ou négatives suffisamment réalisées dans les états laïques et pluralistes de l'occident, on doit ajouter, surtout dans les pays de l'Orient chrétien, une autre qualité, c'est à dire l'existence dans chaque état d'une valeur d'agrégation nationale, d'un élément d'identification qui fasse abstraction de l'appartenance confessionnelle conçue comme communauté ethnique-culturelle-religieuse, ou au contraire, que l'identification ethnique-culturelle-religieuse finisse et qu'elle ne soit plus une valeur d'agrégation et de qualification pour le citoyen-fidèle.

En concret les droits de liberté religieuse individuelle et collective se réalisent, avant tout, avec la garantie de la pleine liberté religieuse, soit comme manifestation de la pensée, soit comme liberté de culte public, de prosélytisme, soit, même, comme faculté des citoyens de réaliser des comportements religieusement motivés, mais qui sont défendus par les lois générales, soit enfin, celles qui obligent à faire, ou à ne pas faire, quelque chose.

Dans ce cas les sujets directement garantis sont les citoyens dans leur besoins spirituels individuels; l'organisation confessionnelle est garantie en manière indirecte. Ce que l'on tutèle ce n'est pas l'intérêt de l'institution confessionnelle, mais le besoin spirituel des citoyens-fidèles. Et encore on garantit la libre et autonome organisation des confessions religieuses; et pour cela on donne importance, dans le droit de l'état, à des intérêts et à des situations juridiques en rapport à des lois confessionnelles. Tout cela signifie, avant tout, reconnaître le droit qui règle l'organisation religieuse et le considérer comme droit qui ne procède pas du pouvoir de l'état; on doit encore ajouter, qu'un des principes informateurs des relations entre l'institution-Etat et l'institution-Confession religieuse est la reconnaissance de l'exclusivité compétence des organismes confessionnels à régler la vie et les rapports ecclésiaux, sans qu'ils rendre compte à l'état de leur activité, si elle ne touche pas le domaine propre de l'état.

De tout cela dérive le principe de la dépendance organique des institutions morales de l'organisation confessionnelle et de sa structure hiérarchique et celui même de la tutelle, devant le droit civil, du rapport du droit intérieur relatif à l'ordre institutionnel de la confession. On doit donc assurer que les dispositions confessionnelles ne seront pas contrôlées et qu'il y aura la renonciation de l'état aux instituts juridictionnels, appliqués dans les siècles précédents: c'est à dire, par ex., l'appel comme d'abus<sup>18</sup>, et pour les églises la renonciation à recourir au bras séculier pour l'exécution de leur arrêts judiciaires ou administratifs.

Dans ce contexte, de droits et de devoirs constitutifs à ces deux institutions: état et confessions religieuses, l'état devra sauvegarder, comme un des contenus de sa souveraineté, la tutelle des droits garantis par la constitution aux citoyens, quelle que soit la religion professée, quelle que soit le groupe d'appartenance, comme actuation du principe d'égalité; encore l'état devra aussi se garantir la liberté de choix en matière politique sans les interférences confessionnelles.

La tutelle des droits individuels et collectifs de liberté religieuse devra constituer une normative générale dans laquelle, et seulement en elle, on pourra considérer les exigences des confessions ou des groupes avec une loi unilatérale ou concordataire, une loi, qui soit l'application de principes communs et généraux, valables pour tout le monde, liée à des situations singulières et concrètes afin de garantir l'exercice effectif de la liberté religieuse dans les formes prévues et nécessaires pour les diverses fois.

## Notes

1 *L. Guerzoni*, Note preliminari per lo studio della laicità dello stato sotto il profilo giuridico, in: Archivio Giuridico, 1967, p. 79; *V. Parlato*, Legislazione statale in materia religiosa e normazione pattizia, in: Il diritto ecclesiastico, 1983, I, p.591.

2 *V. Parlato*, Confessionismo e giurisdizionalismo nella Grecia degli anni '80, in: Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, 1988, p. 199 ss et bibl. cit.

3 *Parlato*, op.cit.(1), p. 592.

4 *Parlato*, op.cit.(1), pp. 592 - 593.

5 Cfr. *S. Ferrari*, Libertà religiosa e stato pluriconfessionale: il caso di Israele, in: I diritti fondamentali della persona umana e la libertà religiosa, a cura di *F. Biffi*, Città del Vaticano 1985, p. 539 s.

6 L'art. 3.1 de la Constitution Ellenique de 1975 affirme que la religion dominante ( ἡ πατριωτική ) en Grèce est l'Eglise orientale orthodoxe du Christ; cfr. *Parlato*, op.cit.(2), p.187 et bibl. cit.

7 *K. Vavouskos*, Le prosélitisme, in: Kanon VIII, 1987, p.157 s.; *S. Troianos*, Παραδόσεις Εκκλησιαστικού δικαίου, 'Αθήνα-Κομοτηνή 1985, pp.98-102

8 *Aldeeb Abu-Sahlieh*, L' impact de la religion sur l'ordre juridique. Cas de l'Egypte non-mosulmans en pays d'islam, Fribourg 1979, p. 140 s. e 248 s.

9 Notizie ortodosse, n° 85 du 1.1.1987, p.7 et 8.

10 *L.A. Missir*, Présence chrétienne en Turquie. Aperçu et perspectives, in: Proche Orient, 1970, p.9.

11 Notizie Ortodosse, n°88 du 1.4.1987, p.6.

12 *Parlato*, op.cit.(1), p. 620 s. Le droit de l'état non seulement se borne à reconnaître les corps moraux confessionnaux comme personnes juridiques, quand ils présentent les qualités exigées par le droit commun, mais il a aussi apporté des instruments juridiques aptes à consentir leur reconnaissance dans les formes organisées les plus conformes à leur idéal religieux.

13 Dans la sentence du cas *Zorak v. Clauson*, 34 U.S. 306 (1952) on affirme que le peuple des États-Unis est un peuple religieux dont les institutions présument l'existence d'un Étre suprême.

14 *F. Onida*, *Uguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense*, Milano 1970, p. 159 s. et 190 s.

15 *Onida*, op.cit.(14), p. 308 s.; *F. Onida*, *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti*, Milano 1984, p. 22 s., 83 s.

16 *C. Cardia*, *Stato e confessione. Il regime pattizio*, Bologna 1988, pp.70-71.

17 *P.G. Grasso*, La questione del divorzio nell'evoluzione del diritto costituzionale, in: *Il Politico*, 1990, pp. 612-613

18 A propos de la possibilité, qui même haujourd'hui, est admise en Grèce de s'adresser au Conseil d'état contre des actes ecclésiastiques déterminés cfr. *Troianos*, op.cit.(7), p. 97 et en particulier *A. Marionos*, Le contrôle des actes des autorités ecclésiastiques par le Conseil d'Etat en Grèce, in *Conscience et liberté*, 7, 1947, p. 38 s.

THE CONCORDAT AND OTHER CONVENTIONS BETWEEN  
THE ROMAN CATHOLIC CHURCH AND VARIOUS STATES  
"IN VIGORE" AT THE PRESENT

Carlos Corral, Madrid

*Its universal application in 32 States*

In order to fix the limits of the subject, we are first going to make precise definitions of some terminology; we will then put forward some presuppositions as a starting point. In this way, we will be able to set ourselves limits and in fact we will limit ourselves to unfolding and analyzing a concrete reality, the Concordat (=C) in force in the world.

Here are some definitions which we are taking the liberty to make in order to avoid misunderstanding and to simplify the varied and changing nomenclature of the C.

We call C. in the proper but wide sense, those conventions signed at the highest level, that is, between the State, (represented by Heads of States, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs) and the Church (represented by the Holy See or the Roman Pontiff) independently of the solemnity of their forms or the scope of their contents.

However, this term, in its proper but strict sense, is often limited to those conventions appearing in ordinary diplomatic channels, and containing a complete general regulation of the Church's position in a particular country, (like those in Germany, Austria, Colombia, etc.). Although the name lacks importance, however, the term C. is usually reserved for solemn general conventions; the term Modus Vivendi for conventions which could be temporary or for use in an emergency situation; Protocol for minor concrete matters and for stressing the fact that the convention is not a major one; the term Exchange of Diplomatic Notes for explaining or interpreting clauses already agreed upon. Nowadays the terms convention and agreement are used indistinctly as a general all-embracing term; at most, it could be said that the word agreement has a more modest shade of meaning. In present-day diplomatic language the word C. is avoided in all but exceptional cases.

Normally if the opposite is not specified, we will use the term C. in its proper but wide sense to save having to use the circumlocution "Convention between the Roman Catholic Church and State."

We are taking the following presuppositions as given, and set out from there. We will not enter into a study of them, however interesting and complex they may seem.

1) Especially from the Second World War on, the universal trend has been to try to guarantee man's fundamental rights and liberties in the international order.

2) The Church, in as much as the new City of God formed by men linked in Christ and organically structured, is moving along the same lines in its search for

guarantees of freedom for its mission of salvation, which should not lie only in the hands of the State and its laws.

3) One of those guarantees has been obtained and shaped in international conventions between the Holy See and the most varied States all over the world (that is, through Concordats).

4) The Diplomatic conventions between the Holy See and States (that is, C.) are no more than a small part of the huge field of international courts and the common doctrine of internationalists.

Today's reality proves that years after the end of the Second Vatican Council, the C. and the very institution of C., far from fading out, are still being ap- plaid and show three remarkable characteristics survival, openness and trans- nationality. These characteristics can be formulated into three statements which will form the three parts of our study, and say the following:

I. New C. have multiplied since Vatican II and the older C. have been brought up to date.

II. C. are equally open to confessional and separationist States.

III. C. have spread to States both in Europe and in other continents.

*I. Survival: New Concordats have multiplied since Vatican II, and older Concordats have been brought up to date*

By the idea of survival we mean in the first place that C. not only did not lose their value with the coming of Vatican II, but their value even increased.

Thus, from the papacies of John XXIII, Paul VI and John Paul I to that of John Paul II, that is, from 1960 (when two Conventions with Austria and one with Paraguay were concluded) to the end of 1985, 52 quite major C. have been concluded. Of these, 17 are general, regulating the legal position of the Church in 10 states: Tunisia and Venezuela in 1964; Lower Saxony in 1965; Yugoslavia and Argentina in 1966; Colombia in 1973; Spain in 1976 (1) and 1979 (4); Peru in 1980; Monaco in 1981; Italy and Morocco in 1984.

The other C. (37) are partial, regulating specific matters, above all the so-called mixed matters.

In the second place, when we say survival, we mean that an important series of C. belonging to different periods survived the great socio-political crises and continue in force today. In this way:

*1.1 The C. from the time of the French Revolution and the subsequent Restoration*

The following are still in force: the Napolionic C. of 1801 (in Alsace Lorraine) and the conventions with Switzerland of 1828 (for Argovia and Turgovia) and 1845 (for St. Gaul).

*1.2 The C. from the time of the establishment of constitutionalism*

a) Those concluded by Pius IX with eight Latin-American republics (1852-1862) and six European States (1851-1862), the ones that remain in force are the conventions with Haiti of 1860, 1861 and 1862. The Bull agreed upon with Peru

in 1875 was replaced with the Convention of 1980. The Conventions with Switzerland of 1869 for Kur and 1864 for Berne are still in force.

b) Those concluded by Leo XIII, the C. that remain in force are the Conventions with Switzerland of 1884 and 1888 (for Ticino) and 1884 (for Berns). The C. with Colombia of 1887 was replaced by another in 1973, but the Apostolic Letters of 1887 for Monaco, although substantially repealed by the Convention of 1981, are still in force, and likewise the Convention of 1902 for Alsace-Lorraine. The Conventions for the island of Malta of 1889-1890 stayed in force until 1967.

### 1.3 *The "New Concordat Period"*

*Established by Pius XI*, six great C. remain in force - the one with Bavaria in 1924, Italy and Prussia in 1929, Baden in 1932, the German Reich and Austria in 1933, as well as the Modus Vivendi with Ecuador in 1937 and the conventions with Switzerland in 1924 (for Friburg) and 1926 (for Lucern).

### 1.4 *The C. concluded by Pius XII*

The ones that remain in force are those with Portugal in 1940 and San Domingo in 1954 (the C. with Spain of 1953 with the concomitant conventions was repealed by the Conventions of 1976 and 1979), as well as the Conventions with Portugal in 1950, Italy in 1951, Germany in 1956, North Rhine Westphalia in 1956, Argentinia in 1957, Bolivia in 1957 and 1958, and Santo Domingo in 1956.

Thirdly, by survival we mean that the C. always aimed, now as before, at guaranteeing freedom for the Church in each nation according to differing circumstances. So it is that of a total of 221 C. (quite major ones), 95 are still to be found in force.

## *II. Openness of Concordats: Concordats are equally open to confessional and separationist States*

Whereas in past times, C. were generally concluded with Catholic states, or those with a Catholic majority, nowadays exactly the opposite happens. In fact, of the 31 states that have made a C.

Seven are confessional: five Catholic (Colombia, Haiti, Monaco, Paraguay and Santo Domingo); and two Muslim (Tunisia and Morocco).

Twenty-one are separationist: fourteen national states (Argentinia, Austria, Bolivia, Ecuador, El Salvador, Spain, The Philippines, France, Italy, Peru, Portugal, Switzerland, Venezuela and Federal Germany); seven German Länder (Bad Würtemberg, Lower Saxony, Bavaria, Rhineland-Palatinate, North Rhine Westphalia and Saarland).

Four have state Atheism: Czechoslovakia, Hungary, Poland and Yugoslavia.

### *III. Transnationality of Concordats: Concordats have spread to States both in Europe and in other continents*

One of the consequences of their characteristics both of survival and openness is their expansion with no distinction of frontiers. Originally made with European nations, C. began to be made with America in the last century and then, although to a limited extend, with Africa and Asia. If on the one hand we take into account culture and language, and on the other the links of geographical proximity, we can put the C. still in force into five groups: the German States, European Latin States, the Socialist States, the Latin-American States and the Afro-Asian States.

#### *3.1 Concordats with German States: Germany, Austria and Switzerland*

These have some common characteristics. On the one hand, language and culture (with the exception of some Swiss cantons); on the other, federal structures which allows a double level of conventions: the federal or national, and the regional (land or canton).

Furthermore, the German and Austria C. had similar fates because of the World War. First there was the rise of nationalsocialism to power, then the World War, military occupation and the disappearance of former régimes and constitutions. The problem of the identity of the new states brought into question the permanence of the Concordats. Finally the sense of identity prevailed in both states, and along with it in the international order the applicability of the C. Thus, Austria and Germany were not only able to keep their different conventions and C., but also confirm them democratically, apply, adapt and develop them.

In Germany, its great C. (Imperial, Baden, Bavarian and Prussian) survived the dismemberment of the Reich and the Länder, as well as the disappearance of some and the reorganization of others. A solemn C. was even reached with Lower Saxony in 1965.

The Reich C., signed by the then Cardinal Pacelli on the 29.7.1933, was recognized as effective in domestic law by the Federal Constitutional Court in its sentence of 26.3.1957 after a long trial. The C. was completed with a secret Annex (1933) about the military service of clerics, monks and Philosophy and Theology students about to take Holy Orders. There was also an Exchange of Diplomatic Notes (1956) to interpret Article 26 on marriage, and a Verbal Note from the Nunciature to interpret Article 15.1. on the term "superior clerics".

The three remaining C. (Baden, Bavaria and Prussia) were recognized by the corresponding for the territories where they were in force before the War.

The Baden C. (1932) was completed by an Additional Protocol (1932), while the Prussian C. (1929) was completed by a Final Protocol (1929) and three Exchanges of Notes (1929 - 1933). The said C. is still in force in the ex-territories of the Federal Prussian State, which disappeared after the Second World War. For this reason the new Länder such as Lower Saxony, Rhineland-Palatinate, North Rhine Westphalia and Saarland make express reference to it when they make new conventions with the Holy See.

Among all these, the C. with Lower Saxony (1965) stands out for various reasons: it was expressly called C., the first of the two signed after Vatican II; it was concluded with a Socialdemocratic government; it showed the other regions a way to solve educational problems which, because of the Reich C. trial already mentioned, could not be settled peacefully.

Although it was far-reaching, the C. was completed by quite an extensive Supplement, and later in 1973 by a Convention in order to adapt it to the reform of the school system and the remodelling of teacher training.

Rhineland-Palatinate recognized in its Constitution of 18.5.1947 (Articles 26 - 48) the application of the Prussian and Imperial Concordats and adapted its provisions concerning teacher-training with the convention of 1969 and those concerning Primary, Principle and schools with the Convention of 1973.

North Rhine Westphalia similarly recognized as valid law the provisions of the Prussian and Imperial Concordats and applied them in order to form the diocese of Essen through the Convention of 1956. It also formed the Department of Theology at Bochum the Exchange of Diplomatic Notes of 1967, and adopted teacher-training to school reform through the Exchange of Notes of 1969. It recently concluded a new Convention in 1984, in which the departments of Theology in the universities of Bochum, Bonn and Münster are to be kept up at the same time as giving guarantees for theological training for the Aptitude qualification, thus repealing the Notes of 1969.

Similarly, Saarland solved the educational and teaching questions by modifying and adapting the provisions in the Prussian and Imperial Concordats. Thus, the Chair of Theology was established in the University of Saarland in the convention of 1968, a guarantee for the training of Catholic teachers was given in the convention of 1969, and the status of private Catholic schools was strengthened. Recently, in the 1985 convention, training for teachers of the Catholic religion in Saarland's schools has been re-organised, repealing the conventions of 1965 and 1969.

In Austria the general problem about the applicability of the 1933 C. was finally surmounted by the Note of 25.12.1957, which was unanimously passed by the members of the Coalition Government. However, because of new social, political and economic circumstances, there were still four important questions left to be solved: financial resources, territorial divisions, education and marriage.

The question of financial resources was settled in the principal convention of 1960, in which the amount of State contribution was fixed. This was complemented and brought into line with new budgetary periods in successive additional Conventions (1969, 1976 and 1981).

The question of the limits of the old territorial divisions, which meant that a part of Austrian territory depended on Italian ecclesiastical jurisdiction, was settled in three conventions, in which the diocese of Burgenland was founded in 1960, Innsbruck in 1964 and Feldkirch in 1968

The problem of education was solved in three conventions: the main one in 1962 and additional ones in 1971 and 1972. On the other hand, the marriage question was left unsolved, following a similar practice to that which has supervened in Portugal, Spain and Italy.

In Switzerland, the stability of the country guaranteed the survival of the numerous conventions, both with the Confederation and the Cantons. Only two partial conventions were concluded in 1968 and 1978 in order to found the diocese of Lugano and remodel the diocese of Basel. With these later conventions the old conventions of 1884 were repealed (8. and 16.3., but the convention of 24.9.1884 was still considered to be in force).

### *3.2 Concordats with European Latin States*

These should be divided into France and Monaco on the one hand, and Spain, Italy and Portugal on the other.

France, which calls itself lay in the Constitution of the Fifth Republic, keeps in force the oldest of the surviving C., the Napoleonic C. of 1801. The same is true of Alsace Lorraine, now divided into three departments, which underwent successive contrasting annexations, following the ups and downs of victories and defeats, sometimes to the German Empire, sometimes to the French Empire or Republic. For the same territories, the convention of 1902 is still effective. This dealt with the foundation of a faculty of theology in the Kaiser Wilhelm University. It was signed at the time by the delegate of the Imperial German Government and was confirmed by the French government with an Exchange of Notes in 1923. The convention of 1974 is also in force there, founding the Autonomous Centre for the training of Teachers of Religion in the University of Metz.

In the rest of France, above all after the end of the First World War, French governments solved some of the serious problems that arose after the repeal of the Napoleonic Code and after the coming into force in 1905 of the law that separated Church and State. So partial conventions once again regulated such questions as the right of pre-notification of bishops in 1921, the legitimacy of diocesan associations as subjects of ecclesiastical property in 1923, the recognition of the religious protectorate in the Near East in 1926. Other matters, such as education and the social question for clerics were solved after dialogue in accordance with ecclesiastical authorities by law formally passed only by civil authorities.

The principality of Monaco adapted and largely abolished the 1887 Bull, giving up the right to bishops' presentation, while at the same time giving the Monacan diocese the rank of archbishopric, through the convention of 1981.

Of the three great Latin C., the Italian one represented the culmination of the "new Concordat period"; the Portuguese C. in its continuation inaugurated the period of Pius XII and the Spanish C. of 1953 (reassuming the previous conventions of 1941, 1946, 1947, and 1950) implied a partial movement away from the C. law common at the time. Of these, the Portuguese C. survives de jure and de facto, the Italian only de facto, and the Spanish neither de jure nor de facto.

The Italian C. was substantially modified by two Conventions in 1884; one of a general nature, the other more specific, regulating Church property and its subjects. It can be said of the C. that its provisions were modified to the extend that "those that are not reproduced in the text of the Convention can be considered repealed". (no 13.2.) The truth is that this is done so as to avoid the problem of a possible infringement of the Italian Constitution.

After the "revolução do cravo" the only modification that the Portuguese C. underwent was in Article 24, allowing civil courts to rule with civil effects the suppression of indissoluble sacramental marriage, through the convention of 1975, as well as the convention of 1950, which regulates religious relations in the overseas colonies.

The Spanish Concordat system was completely substituted by five specific conventions: in 1976 the privilege of the presentation of bishops and the privilege of charter were given up; education and culture, the state contribution and the taxation of ecclesiastical property, army chaplains, the legal entity of religious bodies and the regulation of marriage were totally rearranged in the other four conventions of 1979. However, one exception still exists: the applicability even if transitorily of the 1962 convention which created and still governs the four Church universities: Comillas (Madrid), Salamanca, Navarra and Deusto (Bilbao).

An agreement is still being negotiated with Malta because when it became independent, the preceding conventions of 1889-90 were suspended. The Maltese government declared them suspended, whereas there was no official public pronouncement on the part of the Holy See. A provisional agreement was reached in 1986 regarding the legal situation of schools and Church property in the islands, but this has yet to be consolidated.

### *3.3 Concordate with European Socialist States*

The C. with the Eastern European States had a completely different fate: the three Baltic States (Poland, Lithuania and Latvia) and the three states on the Danube: (Czechoslovakia, Romania and Yugoslavia).

Whereas in the rest of Europe the C. have been consolidated, revised and have even increased in number, in those states, on the other hand, the previous C. have been broken off, and a legal order imposed, both national and international in character, based on the principles of Marxism-Leninism.

They have shared a similar fate, if not exactly the same. Latvia and Lithuania were first invaded by the Russian army and then annexed to the Soviet Union. When Latvia lost its independence, the Concordat between the Holy See and the government of Latvia (30.5.1922) ceased to have effect, as did a Declaration of the same date and an additional convention (25.1.1938). the Convention between the Holy See and the government of Lithuania (27.9.1927) ceased to have effect in the loss of independence of this country.

In Czechoslovakia, Poland and Romania, which lost large tracts of their territory but kept their independence, the Communist governments, on their rise to power, naturally suspended the C. in force at the time.

In this process of suspension, three periods can be distinguished. The first, from 1945 to 1950, is one of struggle against religion, leading to the denunciation of the C.

Thus, the C. between the Holy See and the Republic of Poland (10.2.1925) was denounced on 21.9.1945; the Reich C. was not and is not applied in practice by the Democratic Republic of Germany; the C. between the Holy See and the Kingdom of Rumania (10.5.1927), together with an Exchange of Notes (20-21.7.1928) and an Agreement, (30.5.1932) was denounced on 19.7.1949; the Modus

Vivendi between the Holy See and the Czechoslovak Republic (17.12.1927), without actually being denounced, was not considered to possess prescriptive force.

The second period, which begins in 1950, is characterized by the attempt to force bishops to make conventions with the different governments by excluding all intervention and communication on the Holy See's part. In this way, bishops and a Polish government commission signed a Convention on 14.4.1950 and a similar one was signed on 30.8. between the Hungarian bishops and Government. In Romania a Convention between the Government and the Catholic Church was mentioned on 15.3.1951. Of these, only the Polish Convention obtained real force.

The third period, which seems to begin in 1964, tries to dialogue with Rome. The reason for this is that all attempts to create national Churches - so-called patriotic churches, independent of Rome and for this reason schismatic - failed because the bishops kept up their communion with the Roman Pontiff.

As the way of tying down particular Churches by means of conventions with bishops had been rejected, the states had to have recourse to making convention with the Supreme Centre of these churches outside the national frontiers, that is, with the Holy See.

So some minimal partial Conventions were signed: in 1964 with Hungary, in 1966 with Yugoslavia, in 1969 and 1973 again with Hungary, in 1973 with Czechoslovakia and in 1974 with Poland.

As far as it can be seen, these six C. are still in force. The Czechoslovakian convention and the three Hungarian ones have as their principal object the nomination of bishops and Apostolic Administrators; the Polish convention (1974) permitted a working party to be formed; and with the Yugoslavian convention, diplomatic relations were restored and the activities of Church and State were mutually recognized.

However, none of the nine conventions acquired a general and complete character or was accorded solemn status in its complete form, and none of them was even reciprocally published in an official way. The Yugoslavian C. is just one exception - although not complete - because somehow it goes beyond its partial character, even when it was only given the status of Modus Vivendi and was only officially published in its entirely by the Government (not by the Holy See in A.A.S.)

### *3.4 C. With Latin American States*

The Central and South American Subcontinent is where at the present time the institution of C. is genuinely expanding, following the lines laid down in Vatican II. Besides the old C. still in force, new ones have been made, some of a general nature, others more specific. In all, there are sixteen.

Of the five old C. in force, some have been adapted to modern times, some have been repealed or substituted with other new ones. Thus the Haitian C.. of 1860 was the object of successive modernizations with respect to diocesan and parochial boundaries (1861), state contributions (1862), Church factories (1940), bishops' and priests' nominations (1966), the introduction of prenotification and a reduced formula of the oath (1984).

In a similar way, the Modus Vivendi with Ecuador (1937) has been completed with a convention about military chaplains (1978), which came into force five years later.

Lately Peru and Colombia have bridged the gap between old and new C. by substituting the old with the new. In fact, in the general agreement of 1980, Peru gave up the practice of patronage, which had been conceded by Pius IX in the Bull of 1875, and rearranged ex integrō the legal status of the Catholic Church in that country.

Similarly, Colombia signed the 1973 C., which was completed with two Declarations in 1975 and 1985, and repealed the 1887 C. (which had been the object of numerous partial conventions: 20.7.1892, 27.2.1924 and 19.1.1953). The only clause which was not repealed was that referring to the financial obligations stemming from the old C. and from the 1953 Convention on Missions (by virtue of Art. 30 in the C.).

These states were joined by Argentina and Venezuela by means of general conventions and by Bolivia, El Salvador and Paraguay by means of partial conventions. The conventions of Argentina (1966) and Venezuela (1964) stand out for their breadth and importance. They ended a long period of the rule of Patronage, imposed and applied by the Republics, despite the Holy See's diplomatic protests. This practice was given up and a new regulation was established following Conciliar principles. The 1957 Convention on army chaplains paved the way for the 1966 convention with Argentina.

Three countries started regulating Church - State relations with pacts of a partial character: Bolivia, regulating the legal status of mission territories (1957) and army chaplains (1958); Paraguay (1960) and El Salvador (1968) establishing army chaplaincies.

If we analyse and compare the clauses, reciprocal influences between the C. come to light. The clearest influences are those of the Napoleonic C. on the Haitian; the 1953 Spanish C. on the Dominican; the 1851 Spanish C. on the 1887 Colombian C.; the Venezuelan on the Argentinian; both of these on the new Colombian C.; all of them on the Peruvian C. and the 1976 - 1979 Spanish C. When it comes to a specific matter, such as army chaplains, the clauses are perfected and even become stereotyped.

### *3.5 Concordat with Afro-Asian States*

Although to a very small extent, the institution of C. has reached two new continents through the Philippines, Tunisia and Morocco. Even though the Philippines is a country linked by religion and culture to Latin American nations, only one convention has been signed with the Holy See in the form of an Exchange of Notes to set up army chaplaincies. A peculiarity of this is that it was registered in the U.N. Secretariat.

In order to regulate in a general way the position of the Catholic Church in Tunisia after its independence and change of government, and after the exodus of Catholic immigrants who had gone there from France, Italy and Spain, the government signed a wide-reaching Modus Vivendi. It is worth noting that this is the first with an Islamic African State and former colony.

Even though a brotherly understanding has existed for time immemorial between Muslims and Christians in the Kingdom of Morocco, it has been necessary to see those laws of custom put into a form which better suits the requirements of the present age. This is the aim of the Exchange of Diplomatic Notes of 1983/84, between his Holiness as Head of the Catholic Church, and Hassan II, as Leader of the Believers. In this exchange, the Catholic Church is guaranteed free public practice of its own activities, in particular those concerning worship, teaching, internal jurisdiction, charity towards its faithful and religious teaching. Various activities have been recognized: the representation of the Church by its superiors, the exemption from tax of holy places, the right to association with a confessional, charitable and educational aim, as well as visits to Catholic prisoners. These Notes culminate the aspirations of the Moroccan bishops, which were made known to Hassan II by John Paul II in his speech on the occasion of the audience granted to the Supreme Pontiff by the Sovereign on 2.4.1980.

### *Concluding Assessments*

Now that we have reviewed the C. still in force, the first and definitive conclusion to be reached is that the regulation through agreements of the Catholic Church's sphere of liberty as well as its normative instrument, the C. or Church - State convention, enjoys universal applicability today; one hundred and fifty main C. of greater or lesser rank are still in force in thirty-two states.

But what is this due to, if we take into account the doubts and even great opposition the C. institution ran into in Vatican II? As far as we can see, it is due to two series of causes, one coming from the nature itself of the C. institution - *ab intra* - and the other *ab extra* from the present-day attitude of the political community and the ecclesiastical community.

Among the *ab intra* causes - the first cause - the strength of the guarantees of freedom laid down in the conventions of the Holy See with States (=C.), allowing this guarantee to extend beyond changes of régime.

The normative system of making conventions in religious matters is the second reason for the universal applicability of C. and is a formal expression of autonomy (not the only one naturally). This is as important as the mutual collaboration between Church and State in the social and individual spheres of the religious phenomenon.

The third reason is that in all C. the essential aim has never been lost sight of; that is, to guarantee at least and as far as possible, the freedom of the church as it really exists in a particular country.

However, the next reason now *ab extra* for the universal applicability of C. stems from the change of attitude of the Church and State towards the institution of C. and the C. themselves. In fact we have moved away from the idea of a "C. system" understood as a political system of Church-State relations - halfway between the system of union and the system of separation - towards the idea of a C. régime, understood as a way of legislating through conventions about matters pertaining to the Churches, independently of the political label of their States.

This seems to be suggested by doctrine and praxis in this field; both the

From the ecclesiastical point of view, the position of Pius XII (Vous avez voulu, 7.9.1955) could not be clearer.

"C. are an expression of collaboration between Church and State. The Church on principle or rather *tesis* cannot approve complete separation between the two powers. For this reason, C. must ensure that the Church secures a stable position *de jure* and *de facto* in the State in which they are signed, and must guarantee the Church full independence in the fulfilment of its divine mission. It is possible for Church and State to proclaim their religious conviction in a C; but it can also be possible that a C. has the aim among others of preventing disputes about questions of principle and of removing right from the beginning any possible matters of conflict. When the church has put its signature to a C., this is valid in all its contents. However, its inner meaning can be graded with the mutual knowledge of the two high contracting parties; it can be an express approval but it can also be a sign of simple toleration in accordance with those two principles, which are the norm for the co-existence of the Church and its faithful with the powers and men of other beliefs".

And this led him to carry out an uninterrupted series of concordats.

In the sphere of private doctrine, it became clear that a new important significance was going to be given to the C., to respond to the situation of a transformed Europe. Now in C., it will no longer be a question of the State obtaining privileges in order to hinder or control the Church. Their meaning and significance will be to establish "a normal system of harmony and collaboration based on a distinction and objective delimitation of domains". (Perez Mier)

From the state point of view, it is constitutional law itself in new or transformed states which recognizes the value of religion and the great reality of its institutions, and limits its own sovereignty over the general social sphere by giving up exclusively unilateral control.

As the Church aims at all possible co-operation with States for the common good of faithful and citizens, it is the state which brings about a rectification of the system and a system of separation of church and State. Now a system of harmony and co-operation is being renewed on a completely new basis, which, on one hand, universalizes it to the extend we have talked about, and on the other, transforms it to two different levels: the level of relationship between two High Contracting Parties, which it assists to expand on the wider and more varied plane desired by the Second Vatican Council, and it also transforms it to the material level of the contents of the C. from the broadest scope to the minute division of the matters.

It should not surprise us, then, that rulers and Church leaders alike favour those normative forms which harmoniously join the independence and laicism of the State with the freedom and sacredness of the Church: in other words, the regulation reached by mutual accord and formally expressed in a convention. It is this, in as much as law agreed upon, which constitutes authentic law in common, real law common to Church and State.

## Bibliography

### I. Collections of Concordats

#### 1. after Vatican II

*C.Corràl y J. Giménez Martínez de Carvajal*, Concordatos vigentes. Textos originales, traducciones e introducciones, 2 vols., Madrid 1981.

*L.Schöppé*, Konkordate seit 1800 - Originaltexte und deutsche Übersetzung der geltenden Konkordate, Frankfurt a.M. 1964.

*Schöppé*, Neue Konkordate und Konkordatäre Vereinbarungen. Abschlüsse in den Jahren 1964 bis 1969, Hamburg 1970.

#### 2. before Vatican II

*A.Mercati*, Raccolta di Concordati su materie ecclesiastiche tra la Santa Sede e le autorità civil, 2 vols., Vaticano 1954.

*A.Perugini*, Concordata vigentia notis histericis et juridicis declarata, Roma reimp. 1950.

#### 3. specialized

*P.Ciprotti y A. Talamanca*, I Concordati di Pio XII (1939-1958), Milano 1976.

*P.Ciprotti y E. Zampetti*, Concordati di Giovanni XXIII e dei primi anni di Paolo VI, Milano 1976.

*A.Giannini*, I Concordati postbellici, Milano 1929-1936.

*J.Listl*, Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland, 2 vols., Berlin-München 1987.

*J.M.Restrepo*, Concordats conclus durant le Pontificat de Sa Sainteté le Pape Pie XI, traduit en latin et en français, Roma 1934.

### II. Treatises

#### 1. after Vatican II

AA.VV.: Individui, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico. Atti del Convegno nazionale di Diritto Ecclesiastico, Siena 30.11./2.12.1972, Milano 1973.

AA.VV.: La Institución Concordataria, Trabajos de XIII Sema. DC Salamanca 1972.

AA.VV.: *Ius Populi Dei*, Miscellanea in honorem Raymundi Bigador, 2 vols., Roma 1972 (especially *P. Ciprotti*, 1, pp. 167-195; *J. Rezac*, 1, pp. 253-279; *J.L. Santos* 1, pp. 221-251; *L. Saraceni*, 1, pp. 385-413; *Spinelli*, 1, pp. 199-210).

AA.VV.: La Chiesa doppo il Concilio, Milano 1972, especially *B. Gangoiti*, vol. 2, pp. 689-701.

*J.Calvo*, Concordato y acuerdos parciales: Política y Derecho, Pamplona 1977.

*G.Casuscelli*, Concordati, intese e pluralismo confessionale. Milano 1974.

*C.Corràl*, Del sistema concordatario al régimen convencional de regulación en materia religiosa, Estudios Eclesiásticos 191 (1974), pp. 387-424.

*G.Lajolo*, I Concordati moderni. La natura giuridica internazionale dei concordati alla luce di recente prassi diplomatica. Brescia 1968.

*R.Minnerath*, L'Eglise et les Etats concordataires (1846-1980). La souveraineté spirituelle, Paris 1983.

*C.Mirabelli*, Le intese tra Stato e Confessioni religiose, Milano 1978.

#### 2. before Vatican II

*G.Catalano*, Problematica giuridica dei concordati, Milano 1963.

*L.Pérez Mier*, Iglesia y Estado nuevo. Los Concordatos ante el moderno derecho público, Madrid 1933.

*E.F.Regatillo*, Concordatos, Santander 1933.

*H.Wagnon*, Concordats et Droit international, Gembloux 1935.

LE CONCORDAT ITALIEN COMME MODELE DE  
CONCORDATS MODERNES

Raffaele Cappola, Bari

Sommaire: 1. La confirmation du choix concordataire. Le nouvel accord dans le cadre du renouvellement de la discipline législative du phénomène religieux.- 2. La méthode adoptée (accord- "cadre" et ententes concordataires). -3. Laïcité de l'Etat et profils de liberté. En particulier: liberté de l'Eglise pour nommer les titulaires des charges ecclésiastiques et engagement de la République et du Saint-Siège à une collaboration réciproque pour la promotion de l'homme et le bien du Pays. -4. L'abrogation du principe de la religion d'Etat, la signification particulière de Rome pour la catholicité, les ecclésiastiques et l'exemption du service militaire, l'Université du Sacré-Coeur; rôle de la Conférence Episcopale et des organismes de décentralisation et de l'Etat des autonomies. -5. Mariage, enseignement de la religion, personnes morales et biens ecclésiastiques, subsistance du clergé. -6. Considérations sur les propriétés de la méthode comparative et brèves conclusions.

1. L'objet de cette relation suppose une évaluation des modifications consensuelles du concordat du Latran et des développements progressifs dans le contexte de la dynamique concordataire, non sans tenir compte des expériences étrangères les plus évoluées, concernant les organisations non concordataires, afin de fournir une démonstration complète de la congruité des innovations adoptées et de leur signification emblématique dans le panorama de la législation ecclésiastique des Pays occidentaux, en dépit de la permanence d'une série de positions défavorables qui, entre 1968 et le début des années 80, allèrent jusqu'à préconiser le déclin du système de relations entre l'Etat et l'Eglise catholique en vigueur (1). Il aurait dû être remplacé par un système non concordataire, comme il y en eut en Italie avec la fondation de l'Etat unitaire, après les années fatales du *Risorgimento*, alors que naquit le conflit avec l'Eglise. En somme, le retour au *système de séparation*, selon une conception plus modernisée et plus adéquate à la société de notre temps (2).

Comme on le sait, la pression des voix discordantes, quoique nombreuses et influentes, n'a pas empêché la consolidation d'une ligne largement majoritaire, dans le cadre des forces politiques, de l'intellectualité et du Pays réel, qui a conduit à la signature de l'accord de révision du concordat du Latran le 18 février 1984, pendant la période dite du "délibérationnisme" du premier gouvernement à direction socialiste, allant au-devant d'une exigence qui avait été mise en évidence, déjà dans le cadre de l'Assemblée Constituante, par des représentants qualifiés de différents courants politiques, y compris par des démocrates-chrétiens (3).

Contrairement à certaines thèses récurrentes, à large emprise sur le public ou à la mode, il faut mettre en évidence que le concordat, dont on parle maintenant, est exclusivement un *instrument juridique*, ouvert à différents contenus (4), qui ont effectivement existé au cours des différentes périodes historiques, du

concordat de Worms (1122) jusqu'aux accords stipulés pendant l'époque conciliaire et post-conciliaire de Vatican II, caractérisée par le respect des principes de liberté et de collaboration, avec un changement de vue à propos du traitement que le pouvoir politique doit réservier aux autres cultes (5).

L'abandon de l'optique "privilégiatrice", le fait que la liberté de religion est aujourd'hui de plus en plus demandée par tous les êtres humains, indépendamment de leur appartenance confessionnelle (D.H., n. 6), sont particulièrement évidents dans le nouvel accord entre l'Italie et le Saint-Siège, vu qu'il se place au centre du processus de renouvellement, encore en cours, de la discipline législative du phénomène religieux. Dans un congrès, qui constitue une occasion unique pour un spécialiste occidental en études ecclésiastiques, le bilan actuel inclut donc quelques données concernant les rapports entre Etat et confessions religieuses différentes de celle catholique, comme parties intégrantes du cheminement global et complexe de la réforme de la législation ecclésiastique, dont les racines s'étendent jusqu'à l'Assemblée Constituante et, plus en profondeur, jusqu'à l'époque de l'Etat libéral (6).

L'accord de révision déjà évoqué (complété par les déclarations du protocole additionnel), fruit des principes de la Constitution de 1947 et du processus de transformation politico-social des dernières décennies, ainsi que de la vague de renouvellement du Concile Vatican II, apporte en effet, en premier lieu, une contribution au dialogue avec les chrétiens et tous les croyants. Cette entente prototype, rejoints le 21 février 1984 avec les vaudois et les méthodistes (7), même si elle avait été traduite auparavant en loi d'Etat, n'aurait pas été possible sans un changement de route important par rapport au concordat du Latran et à la législation contemporaine: des contenus plus respectueux de la coexistence et de la dignité des différents cultes, la prise en considération de la liberté de conscience des noncroyants, et enfin, l'absence de reconnaissances spécifiques dépourvues de justification rationnelle à l'Eglise catholique.

L'attitude ne change pas pour ce qui concerne les autres ententes, stipulées par la suite et transformées en loi conformément à la disposition (non respectée pendant longtemps) de l'art. 8,3<sup>o</sup> alinéa, de la Constitution: ententes avec l'Union italienne des Eglises chrétiennes adventistes du 7<sup>e</sup> jour et avec les Assemblées de Dieu en Italie (29 décembre 1986), entente avec l'Union des Communautés Israelites, Italiennes, signée le 27 février 1987, dont l'élaboration a été plus longue et plus difficile à cause de la consistance plus importante des demandes de la partie confessionnelle, orientées par la "clause de la religion la plus favorisée" (8). Le modèle est toujours fourni, d'un côté, par les nouveaux accords avec le Saint-Siège, de l'autre, par l'entente avec les Eglises représentées par la Table vaudoise, tandis que, pour le reste des confessions, on continue à appliquer la législation de 1929-30 sur les cultes admis, pour laquelle s'impose une réforme décisive à l'instar des critères retenus par les ententes sus-mentionnées, d'autant plus qu'il est impossible d'envisager un régime conventionnel généralisé (avec une fragmentation insoutenable du système juridique) pour toutes les confessions religieuses connues en Italie.

Naturellement, ceci ne signifie pas qu'il faille rechercher, à tout prix, des analogies de contenus et des perspectives communes. Il existe des situations objectivement différentes, auxquelles doit correspondre - et correspond - un comportement normatif différent de la part du système, en application de l'orienta-

tion qui, à côté du droit à une liberté égale de toutes les confessions religieuses (art. 8, 1<sup>o</sup> alinéa, Const.), veut que soit reconnu le principe de *l'égalité proportionnelle*, rejetant l'égalité comme parité, parce qu' "il est aussi injuste de traiter de manière inégale des rapports juridiques égaux qu'il l'est de traiter de manière égale des rapports juridiques inégaux" (9). C'est dans cette même direction, adoptée par la jurisprudence de la Haute Cour (10), que marchent les expériences constitutionnelles d'un bon nombre de Pays, comme les Etats-Unis, l'Allemagne de l'Ouest, la Confédération helvétique et, dernièrement, l'Espagne post-franquiste.

A part quelques motifs polémiques, traduits dans l'entente avec la table vaudoise, tendant à apporter des limitations aux instances de la confession catholique, seulement parce que d'autres (ou *une autre*) n'ont pas des exigences identiques, il me semble que l'on peut reconnaître un saut de qualité non négligeable dans l'évolution de cette entente et de celle avec l'Union des Communautés Israelites italiennes: en ce sens que l'on passe de la revendication du droit à l'égalité de traitement juridique (impossible à admettre puisque ces mêmes disciples des différentes confessions refusent un jugement d'égalité avec les diverses fois) à la revendication du droit à ne pas se renier soi-même, à être distinct de l'autre tout en demeurant son égal.

Ceci est particulièrement évident dans l'entente entre l'Italie et le judaïsme, avec le rapprochement progressif au standard normatif que l'on peut déduire des acquisitions mûries pendant la réforme du concordat du Latran, dans le rejet simultané de contenus "privilégiateurs", et de concert avec la conscience du poids que le judaïsme peut avoir dans la société italienne à travers l'entente rejointe. Mais une telle affirmation du droit à la propre identité, mis à part l'égalité fondamentale qui revient à ceux qui appartiennent aux religions différentes, émerge tout autant sur des tons décidés de l'entente avec la Table vaudoise et de celles avec l'Union adventiste et les Assemblés de Dieu (pentécostaires).

2. Abstraction faite du profil mis en évidence, "qui répond si pleinement à un principe de respect et de promotion de l'esprit religieux, dans toutes ses manifestations" (11), il faut souligner les aspects significatifs ultérieurs de l'accord récent entre l'Eglise et l'Etat, dans les limites compatibles avec une étude à but informatif de caractère général, visant à établir dans quelle mesure le concordat italien joue une fonction exemplaire par rapport aux concordats modernes.

Afin de consentir une plus grande élasticité des accords, dans un ordre d'idées qui n'est pas trop éloigné des critères, en vérité, moins perfectionnés, qui ont guidé l'élaboration des accords de 1976 et de 1979 entre le Saint-Siège et l'Espagne, le modèle formel adopté a été celui laïque du *concordat-cadre* (ou encore *directive*). C'est bien ce que signifie le repérage et la règlementation des secteurs fondamentaux d'intérêt commun pour l'Etat et pour l'Eglise dans un accord unitaire de modifications, qui réalise une médiation réfléchie entre le vieux et le nouveau, abrogeant les dispositions du concordat du Latran qui ne sont pas reproduites dans le nouveau texte. Il implique encore et principalement le renvoi à des accords postérieurs (ententes concordataires) concernant des problèmes particuliers: en matière d'art, d'archives et de bibliothèques ainsi que dans d'autres secteurs comme l'enseignement de la religion, l'assistance spirituelle, les

fêtes religieuses, les titres académiques ecclésiastiques, jusqu'au principe de collaboration continue sanctionné par le 2<sup>e</sup> paragraphe de l'art. 13.

Dans le cadre des sources du droit ecclésiastique, la position des ententes concordataires se différencie, non seulement du nouvel accord et du protocole additionnel, mais des disciplines bilatérales sur les personnes morales et les biens ecclésiastiques et pour ce qui est de la subsistance du clergé catholique en service dans les diocèses (loi du 20 mai 1985, n. 222), vu la nature des normes (concordat dit *bis*), qui renouvellent profondément le secteur du droit administratif ecclésiastique, suivies par le règlement d'exécution de la loi (décret du Président de la République du 13 février 1987, n. 33).

Pour ces ententes, qu'il ne faut pas confondre avec les ententes stipulées avec les confessions minoritaires, l'ex-Président du Conseil, M. Bettino Craxi, a affirmé le caractère opératif de formes de liaisons diversifiées entre les deux Parties, *de solutions que l'on peut reconduire aux schémas conventionnels dans l'activité administrative*, tout au moins quand il y a la participation de l'Episcopat national, qui, avec le nouvel accord, conquiert le rôle d'interlocuteur des autorités et des institutions civiques (12). Dans l'interprétation de l'auteur (ou mieux de ses experts), l'élaboré donne le dernier mot à l'Etat, le niveau appartient à l'ordre de l'Etat, la physionomie juridique est, constamment et dans tous les cas, sub-constitutionnelle (13).

En conclusion, si le problème des ententes concordataires constitue un faux problème (ou un non-problème) du point de vue constitutionnel, qui concerne par contre les protocoles de 1984 et en second lieu les normes sur les personnes morales et les biens ecclésiastiques (14), il engendre, sous différentes perspectives, une question épingleuse qui implique une relecture du système des sources du droit ecclésiastique, ainsi que l'étude de l'instrument de la négociation législative, des conventions et des accords de droit public. Le schéma probable de référence est fourni par *l'entente de procédure (procedimentale)*, qui débouche sur un acte administratif, considéré, positivement autant que différemment, par des normes de l'Etat (cfr., par exemple, l'art. 10 décret du Président de la République 24 juillet 1977, n. 616), avec, comme conséquence, que, si l'accord avec l'autorité ecclésiastique est entamé mais non atteint, l'acte éventuellement adopté par l'Etat n'est pas vicié d'illégitimité, même s'il est unilatéral.

Si ce que nous venons d'exposer est exact d'un point de vue théorétique ou doctrinal, avec des perspectives analogues concernant la possibilité de modification du décret d'exécution de l'entente (15), de fait l'autorité de l'Etat semble avoir l'intention de parcourir jusqu'au bout la voie de la bilatéralité. Preuve en est l'histoire de l'entente entre le Ministre de l'Education et la Conférence Episcopale Italienne, entente rendue exécutive par décret du Président de la République du 16 décembre 1985, n. 751, suivi, à son tour, d'autres ententes et de nombreuses circulaires ministérielles, qui ont scandé l'aggravation des polémiques sur l'enseignement de la religion, jusqu'à impliquer la Cour Constitutionnelle (sentence du 12 avril 1989, n. 203).

Dans toute cette question, des négociations entre Gouvernement et Saint-Siège au débat parlementaire, sur le fond des vicissitudes judiciaires parallèles (Tribunal Administratif Régional du Latium - Conseil d'Etat), les organes de la République n'ont pas oublié qu'ils se trouvaient en face de pactes de *liberté* et de *coopération*, non en face de la loi des garanties ou des pactes d'*union* du

passé (16); pactes, les premiers, qui agissent dans un contexte global de renforcement effectif du principe concordataire (qui ne laisse pas d'espace aux tentations crypto-séparatistes), conclus par l'Eglise dans le respect des directives de Vatican II pour ce qui concerne les rapports avec la communauté politique. "Rapports qui, dans ce système, assument, dans leur genèse et dans leur capacité dynamique d'adaptation, des marges d'oscillations proportionnelles aux exigences de chaque communauté et comblées par l'intervention responsable des autorités de l'Etat et des organes préposés, à différents niveaux, aux Eglises nationales et locales" (17).

3. La fonction exemplaire des nouveaux accords entre l'Italie et le Saint-Siège, comme modèle pour les conventions concordataires futures, selon des objectifs législatifs parfois même supérieurs à ceux atteints par les Pays non concordataires dans les limites du secteur occidental, apparaît à travers un ensemble de choix normatifs exemplaires qui expriment, indépendamment des défauts toujours trouvables dans toute chose humaine, les caractéristiques essentielles de la réforme du concordat de 1929.

Avant tout, l'attention se porte sur la pleine affirmation de la laïcité de l'Etat. Pour l'intelligibilité de l'expression, il faut se référer aux devoirs de l'Etat contemporain, défini comme Etat social ou de justice, ou encore (dans une vision négative par rapport à l'idée de départ) Etat-providence (18). Malgré la crise et l'utopie du critère-pivot de *l'assistance sociale du berceau à la tombe*, cette façon de voir ne semble pas modifiable aujourd'hui, même dans un lointain futur.

Certes, il faut redimensionner les tâches assumées peu à peu par l'Etat (on ne saurait exclure de celles-ci, les devoirs envers les intérêts religieux des citoyens), mais l'idée de l'Etat social apparaît liée au concept même de démocratie, dans sa signification éthico-politico-juridique authentique, et (pour ce qui concerne la matière ecclésiastique) au déclin de la conception séparatiste (19), qui ne s'identifie toutefois pas aujourd'hui au séparatisme libéral (20). Les accords de Villa Madama réalisent un perfectionnement possible du concept de laïcité de l'Etat, une véritable hypothèse de *concordat laïque*, qui confirme la validité de l'instrument juridique adopté pour discipliner le cadre des rapports entre l'Etat et l'Eglise catholique en Italie (21).

De plus, il n'est pas possible d'omettre de remarquer l'ampleur de la dimension de liberté que la République italienne garantit à l'Eglise et aux catholiques, parfois en rapport avec des normes spécifiques de la Constitution, dans de nombreux domaines, qui vont de la mission pastorale et éducative, de celle d'évangélisation, de charité et de sanctification à la nomination des titulaires des charges ecclésiastiques, en passant par la liberté réciproque de communication et de correspondance entre le Saint-Siège, la Conférence Episcopale Italienne, les Conférences Episcopales régionales, les Evêques, le clergé et les fidèles, la liberté de publication et de diffusion des actes et des documents concernant la mission de l'Eglise, la liberté de réunion et d'expression des idées par la parole, par l'écriture et par tout autre moyen de diffusion, la liberté, enfin, de déterminer la circonscription des diocèses et des paroisses soumise aux autorités ecclésiastiques (22).

Alors que l'Etat totalitaire limitait cette dimension et, en contradiction avec ses dogmes, reconnaissait largement la juridiction en matière ecclésiastique, l'Etat démocratique limite la reconnaissance de la juridiction, malgré la réinterprétation du principe de souveraineté, et favorise l'amplification des contenus, ainsi que la spécification ponctuelle des profils de liberté jusqu'à en faire une caractéristique du nouvel accord entre l'Italie et le Saint-Siège, qui dérive tant de l'objet des trois articles initiaux que (et non de manière secondaire) du poids attribué à la liberté et au caractère volontaire des comportements individuels dans tout le nouvel accord (23), par respect pour un critère qui prend de plus en plus d'importance dans le domaine juridique.

L'observation vaut, notamment, pour l'article 3, paragraphe 2: en établissant l'abolition de toute espèce de serment aux autorités de l'Etat et de contrôle de l'Etat lui-même sur les nominations des Archevêques, des Evêques diocésains, des coadjuteurs, des abbés et des prélats avec juridiction territoriale, des curés, etc., le nouvel accord se présente comme le porte-drapeau des organisations en matière ecclésiastique, et pas seulement de celles de l'Europe communautaire. Comme on l'a justement relevé, à ce sujet "l'accord de Villa Madama a fourni un excellent exemple de respect de la liberté de l'Eglise: en effet, bien que les interventions de l'Etat dans les nominations ecclésiastiques, prévues dans le texte de 1929, ne soient pas de celles que condamnera le Concile, l'Etat italien y a renoncé (sauf l'exigence de la nationalité), en les remplacant par la simple communication de la nomination aux autorités civiles compétentes" (24).

La référence à l'Europe communautaire justifie une allusion à la situation qui existe en Grèce, à ce propos, vu que c'est la nation qui reçoit le congrès de la Société du droit des Eglises orientales. Sans vouloir établir de comparaison ni oublier les pouvoirs qui reviennent, encore à ce jour, à l'Etat dans différents Pays européens, il est utile de rappeler la participation du Ministre de l'Education nationale et des Cultes aux séances de la hiérarchie consacrées à l'élection de l'Evêque, participation qui rend manifeste, avec d'autres facteurs, l'image de l'interdépendance effective entre l'Eglise orthodoxe orientale de Grèce et l'Etat hellénique (25). Cette image doit sans doute être redimensionnée à l'instar du principe de laïcité de l'Etat dans le courant de pensée qui anime l'expérience orthodoxe et à la lumière du concept de *distinction et reciprocité* (comme fondement des rapports Eglise-Etat eu égard à la nation hellénique), tous deux en contraste avec le renvoi à la tradition qui se rapporte au césaropapisme, opéré par l'historiographie et par les interprétations occidentales.

Le refus d'un tel encadrement n'élimine certes pas les diversités fondamentales en relation également avec une disposition absolument fondamentale du nouvel accord italien qui, tandis qu'il se rapproche des impératifs de la théologie politique orthodoxe pour les aspects qui remontent à la collaboration entre les deux pouvoirs, le pouvoir temporel et celui spirituel, s'en éloigne dans la mesure où il se rattache au dualisme de liens et de fonctions, à l'idée d'une confrontation entre les pouvoirs eux-mêmes, qui, avec des hauts et des bas, a dominé toute l'histoire de la pensée européenne occidentale.

La disposition en question est l'art. 1 du nouvel accord (norme concernant les profils de liberté), qui, après avoir réaffirmé le principe de l'art.7, 1<sup>o</sup> alinéa, de la Constitution, selon lequel l'Etat et l'Eglise catholique sont, chacun dans son propre ordre, indépendants et souverains, souligne l'engagement de la Ré-

publique et du Saint-Siège au plein respect d'un tel principe dans leurs rapports et à la *collaboration réciproque pour la promotion de l'homme et pour le bien du Pays* (26).

Il s'agit d'une norme, dans la partie où elle énonce la proposition de collaboration entre les deux pouvoirs, reprise dans d'autres Conventions d'Etats signataires d'accords avec l'Eglise (27), mais qui a été immédiatement remplie de contenus déterminés et originaux pour ce qui concerne l'Italie, selon une formulation qui valorise le sens personnaliste de toute la législation ecclésiastique.

Dans la déclaration C.E.I. du 19 février 1984, on a reconnu comme secteurs modernes de collaboration, qui restent en-dehors des thématiques concordataires classiques, la promotion de la vie et de la famille, l'éducation sanitaire et les services socio-sanitaires ainsi que les services d'assistance, la lutte contre les nouvelles formes de marginalisation, les initiatives pour la jeunesse, la qualification des moyens de communication sociale, la promotion du volontariat intérieur et international, l'engagement pour le tiersmonde et pour la paix, la mise en valeur du territoire et de sa culture (28).

Un domaine de collaboration, qui va au-delà et se qualifie aussi en relation à ce que prévoit l'art. 2 de la Charte constitutionnelle de l'Eglise de Grèce (dans le contexte d'une série de dispositions qui dénotent le caractère effectif et le degré de coopération et de collaboration entre Eglise et Etat), mais qui demeure, pour l'instant, une déclaration d'intentions de l'Eglise italienne, une source d'inquiétudes et de réactions dans le monde laïque. Les réactions à l'art. 1 de l'accord se sont tout spécialement manifestées à l'occasion de l'instruction *Donum vitae* (22 février 1987) de la Congrégation pour la doctrine de la foi, pour les aspects de l'instruction elle-même qui concernent les rapports entre morale et loi civile, où, en référence aux problèmes de la procréation humaine artificielle, est confirmé l'enseignement traditionnel de L'Eglise catholique à propos des valeurs et des obligations que la législation de l'Etat doit respecter et sanctionner même dans la matière traitée (29).

Je me limiterai à redire, à propos de la déclaration des Evêques italiens, qu'il s'agit de secteurs de collaboration spécialisés et non négligeables, dans lesquels on attend vraiment un saut de qualité et où est en cause le destin du Pays. Plus qu'agiter le spectre de la *potestas indirecta in temporalibus*, celui des ingérences indues dans l'ordre de l'Etat, plus qu'y voir une énième tentative de pénétration de l'Eglise dans la composition des institutions démocratiques (ou encore quelque chose d'irréalisable ou de déjà réalisé dans le contexte de l'engagement chrétien quotidien des croyants), il me semble juste de reconnaître, dans les secteurs d'intervention cités, le véritable *canal de passage* des pactes d'union (concordat du Latran) aux pactes de liberté et de coopération, selon la définition communément admise des accords de Villa Madama (30).

4. Les points de vue développés jusqu'à maintenant n'ont pas manqué d'intéresser la presse étrangère dès les tout premiers moments qui ont suivi la signature du nouveau concordat. Ceci est d'autant plus significatif, parce que la valeur de l'acte a été mise en relief même par les journaux de Pays de l'Est européen et bon nombre des observations attentives résultent formulées par des organes d'information des Etats-Unis, un pays qui vit une expérience séparatiste mûre (31), célébrée par Jean-Paul II en personne.

Mais le nouveau concordat italien est le modèle pour les concordats modernes, tout comme le concordat du Latran "fut le modèle, dans ses aspects négatifs, de ceux qui suivirent" (32), sous d'importants points de vue ultérieurs qu'il est opportun de souligner, en cette circonstance.

Dans le protocole additionnel, sans toucher à l'intangibilité du traité du Latran, exclu du processus de révision, l'art. 1 est de fait aboli. En effet, avec le nouveau texte, on considère comme déchu le principe de la religion catholique comme unique religion d'Etat. A l'occasion de la signature des modifications consensuelles du concordat du Latran, la déclaration de la Présidence de la C.E.I. précisa, à juste titre, que le changement n'enlève rien aux valeurs de la religion catholique (enracinement de l'Eglise dans l'histoire et la société italiennes) ainsi que la conformité de l'innovation aux délibérations conciliaires sur la liberté religieuse. D'autre part, selon la Cour constitutionnelle, le renvoi à la religion d'Etat, indirectement opéré même par l'art. 1 du concordat du Latran, n'attribuait pas d'importance à une qualification formelle de l'Eglise catholique, mais bien au fait que celle-ci est professée, dans l'Etat italien, par la quasi totalité des citoyens (33). L'assertion doit être corrigée en ce sens qu'actuellement l'Eglise se présente (et elle en est consciente) comme *une minorité parmi les minorités*: il n'existe pas de majorités ou de groupes de pression effectivement dominants à l'époque de la sécularisation.

Dans l'art. 2 de l'accord, la République reconnaît la signification particulière que Rome, siège épiscopal du Souverain Pontife, revêt pour la catholicité, sans aucun engagement, même limité, de l'Etat, à la suite de la reconnaissance d'une telle signification. Au contraire, ce même article 1 du vieux concordat prescrivait l'engagement du Gouvernement à empêcher, dans Rome, tout ce qui pouvait être en contraste avec le caractère sacré de la Ville Eternelle (34). Certes, les villes sacrées ne manquent pas dans le monde, mais on a voulu éviter que se répètent des comparaisons entre Rome et La Mecque, ville sainte de l'Islam, par exemple, en conflit avec le pluralisme religieux et idéologique et avec le degré actuel de culture et de sensibilité des nations occidentales.

Pour les prêtres, les diacres et les religieux, qui ont prononcé leurs voeux, a été établie la possibilité d'obtention, *sur demande*, de l'exemption du service militaire ou encore de l'affectation au service civil de remplacement (*l'exemption généralisée* du concordat du Latran déchoit donc).

Ont été confirmés les noeuds essentiels de l'organisation fonctionnelle de l'Université catholique du Sacré-Coeur et des Instituts dépendants, à l'instar de la sentence n. 195/1972 de la Cour Constitutionnelle: les nominations des enseignants sont subordonnées expressément à l'approbation, sous le profil religieux, des autorités ecclésiastiques compétentes, conformément au principe de la liberté de l'école, que prévant sur celui de la liberté d'enseignement dans les structures scolaires caractérisées idéologiquement. La Cour déclara *conforme à la Constitution* l'art. 38 du concordat abrogé, en tant que spécification d'un principe immanent à la liberté de l'école et à la liberté religieuse, valable pour n'importe quelle école et pour n'importe quelle religion ou idéologie (35).

Nous apparaît fort significative la prévision, rapidement mentionnée auparavant (art. 13, 2<sup>e</sup> paragraphe), d'une présentation possible d'arguments ultérieurs, non régis par le texte, pour lesquels on reconnaît la nécessité d'une collaboration entre l'Eglise et l'Etat, tant à travers des accords entre Gouvernement et

Saint-Siège qu'à travers des ententes entre les autorités de l'Etat compétentes et la Conférence Episcopale Italienne (C.E.I). Outre le nouveau rôle de la Conférence Episcopale, dans les domaines spécifiques de ses compétences en matière d'enseignement de la religion, d'administration des biens ecclésiastiques, de tutelle des biens culturels (36), il faut aussi remarquer le rôle des organismes de décentralisation et de l'Etat des autonomies. Cette articulation flexible de la liaison entre Eglise et communauté politique, qui dépasse le rapport vertical (autrefois exclusif) entre Etat et Saint-Siège, est ainsi complètement réalisée.

5. Dans l'art. 8 de l'accord de révision, conformément à des modèles européens, la reconnaissance des effets civils pour le mariage religieux est exemte de toute contestation, sans mentionner sa nature sacramentale disciplinée par le droit canonique. Le lien entre Etat et Eglise est fondé sur la volonté des contractants (37) tant en matière de transcription immédiate (là où cette volonté est impliquée) qu'en matière de transcription tardive (là où elle est explicitement prévue); en outre, en matière d'exécution des jugements ecclésiastiques de nullité par les soins des Cours d'appel (pour ce qui est de l'obligation de la requête par les parties ou l'une d'elles). Le schéma de référence est fourni par les normes du code de procédure civile qui règlementent *l'exequatur* des jugements étrangers (avec, pour les citoyens, la pleine garantie du respect des principes fondamentaux du système italien). Malgré les contrôles exercés de façon pénétrante, l'expérience de ces années révèle une tenue extraordinaire de la juridiction matrimoniale ecclésiastique en face de magistrats relevant des idéologies les plus différentes ainsi que le haut niveau de civilisation et de cohérence rejoint par le système canonique (38).

Pour l'enseignement de la religion dans l'école publique, on enregistre l'abandon du droit discriminant à l'exemption, qui donnait naissance à un régime *paraobligatoire* de l'enseignement de la religion, substitué par le critère qui exige que ce soient les catholiques - et tous ceux qui le désirent - qui demandent l'enseignement en question (il peut en résulter un régime de *facultativité protégée*, qui exalte la valeur de la responsabilisation des sujets). Après le très récent jugement de la Cour Constitutionnelle (par. 2), il faut encore résoudre, avec un instrument normatif adéquat, les questions de l'heure alternative (qui n'est plus obligatoire) à l'heure de religion, celle du statut juridique des enseignants, lié à leur qualification professionnelle *réelle* (39). On ne saurait oublier qu'à l'intérieur de l'Europe occidentale, l'enseignement de la religion se fait sous contrôle ecclésiastique; la rétribution par l'Etat des enseignants (instituteurs et professeurs) de religion est également conforme aux orientations européennes.

C'est un mérite de la nouvelle discipline que d'avoir ponctuellement revu toute la matière des personnes morales et des biens ecclésiastiques, des engagements financiers de l'Etat et des interventions de ce dernier dans la gestion du patrimoine des personnes ecclésiastiques: questions qui font apparaître l'énorme travail de la Commission technique paritaire (tant par rapport à la réforme réglementaire de 1987 que par rapport au concordat lui-même) qui s'est traduit dans la loi sus-mentionnée n. 222 du 20 mai 1985.

Je rappellerai, de façon synthétique, qu'est respectée la connotation unitaire des personnes morales ecclésiastiques reconnues, qui ont une finalité de religion ou de culte, finalité qui n'en exclut pas d'autres en rapport avec elle. Dans

tous les cas, et quel que soit l'objectif, y compris celui fiscal, les activités différentes des activités de religion ou de culte restent sujettes au droit commun (40). Il faut observer, sous un angle positif, que, d'une part, est établi le respect de la structure et de la finalité des personnes morales ecclésiastiques au niveau concordataire le plus élevé (art. 7 du nouvel accord), de l'autre, sont précisées, pour la première fois, dans l'ensemble des articles de loi de la Commission paritaire (art. 16), les activités de religion ou de culte (celles qui visent l'exercice du culte et le soin des âmes, la formation du clergé et des religieux, la fonction missionnaire, la catéchèse, l'éducation chrétienne) et les activités différentes (celles d'assistance et de bienfaisance, d'instruction, d'éducation et de culture, et, dans tous les cas, les activités commerciales ou à but lucratif) (41).

Pour ce qui est de la position juridico-administrative, que les personnes morales ecclésiastiques conservent dans le droit italien après les nouveaux accords concordataires, bien que l'inscription dans le registre des personnes juridiques selon le code civil soit obligatoire, on peut déduire, de l'ensemble des normes, une confirmation de l'orientation qui met en évidence le caractère typique des personnes morales ecclésiastiques (42), en tant qu'organismes qui constituent une *catégorie particulière*, distincte tant des personnes morales publiques que privées.

Les normes évoquées sanctionnent également la fin du système bénéficial en Italie, dans la foulée des délibérations de Vatican II et du code de droit canonique en vigueur. Le système suivi (improprement dit de la *taxe ecclésiastique*) s'uniformise dans les principes - mais est original pour bon nombre de statuts - sur les systèmes adoptés dans des Pays européens proches de nous: l'Autriche, l'Allemagne, la majeure partie de la Suisse et l'Espagne, tandis qu'émergent plus manifestement, à propos des personnes morales aussi, les différences objectives avec la configuration actuelle du droit ecclésiastique hellénique.

Le système italien, qui se trouve actuellement dans la période transitoire, prévoit la cessation de toute contribution financière de l'Etat à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1990, mais envisage un dégrèvement fiscal - jusqu'à deux millions de lires - pour le citoyen qui effectue des versements à l'Institut Central pour la subsistance du Clergé (*autofinancement de l'Eglise favorisé par l'Etat à travers l'instrument fiscal*). Il faut ajouter, à compter de l'année financière 1990, l'engagement de la République à réserver 8 pour mille du total IRPEF, déclaré chaque année, pour des opérations d'intérêt social et/ou humanitaire à caractère religieux, à gestion directe par l'Eglise catholique (*financement colatéral programmé*). Le choix en revient aux citoyens lors de la déclaration des revenus.

Avec des modalités plus ou moins analogues, le système est pris en considération également par les ententes avec l'Union adventiste, les Assemblées de Dieu et les Israélites (les Vaudois ont refusé toute intervention de l'Etat). Bien que les prévisions ne soient pas favorables à l'Eglise catholique (43) - mais on prévoit et on souhaite des modifications de tendances avec l'amplification de l'information, au fur et à mesure que s'intensifiera le débat tant au niveau civil qu'ecclésiastique -, il faut mettre en évidence la reconnaissance du rôle social de l'Eglise, nettement distinct de celui religieux, l'abandon de positions anachroniques (l'allocation supplémentaire de portion congrue, liée au régime bénéfical), de toute trace de soumission de l'Eglise à la juridiction de l'Etat et l'inverse,

la glasnost (*transparence*) de la solution de la question financière, la valeur de l'option en faveur de la liberté tout court des citoyens (44).

L'innovation doit être saluée positivement, malgré quelques malaises du clergé, d'autant plus qu'elle correspond au changement de la situation socio-politique du Pays et à cause de son inspiration évangélico-conciliaire. C'est précisément dans ce domaine que se vérifient, en effet, la crédibilité et l'image externe de l'Eglise (*une Eglise peut-être plus pauvre et plus libre*) ainsi que l'ampleur du principe de communion, qui ne doit pas rester sur le versant des idées abstraites, mais signifier une communication effective des biens entre les personnes et les entités ecclésiastiques (45).

6. Les données concernant le système envisagé comme objet primaire de contrôle, dans ce cas précis le nouveau système concordataire italien, peuvent suffire pour formuler un jugement global serein, indépendamment de l'importance d'autres thèmes comme le patrimoine historico-artistique de caractère sacré (46) ou l'assistance spirituelle dans les structures ségrégatives (47), dans la ligne des attentes et des objecifs de cette étude.

Les considérations finales concernent essentiellement les propriétés de la méthode comparative, qui n'est pas une simple approche du droit étranger, mais une démythification des lieux communs, des instruments de connaissance non valables, des généralisations insuffisamment méditées; en synthèse un exercice d'antiformalisme, entrouvert aux leçons de l'histoire.

De telles qualités valent aussi pour le droit ecclésiastique, où les recherches de droit comparé ont finalement acquis le rôle qui leur revient et ont contribué à la formation d'une conscience plus mûre de la spécificité et des éléments de constance de la discipline, ainsi que des nouvelles méthodes d'enquête et d'élaboration des données.

A propos de la matière concordataire, ou mieux des normes bilatérales en vigueur dans le monde, les problèmes les plus importants restent la documentation attentive et la sélection des données recueillies au regard d'un vaste panorama, tel qu'il se présente aujourd'hui, qui permette d'intégrer la figure classique du concordat à l'intérieur de celle, plus ample, du régime conventionnel Eglise-Etat et démontre l'existence de la tendance au dépassement du système dit de droit commun, qui mythise le concept de souveraineté de l'Etat, pur droit unilatéral, qui, pratiquement, finit par être imposé aux Eglises et à toutes les associations (48).

Si la comparaison avec les Pays concordataires apparaît plus linéaire du point de vue méthodologique et permet d'affirmer ce que nous avons exposé à propos du concordat italien, il n'en reste pas moins que le jugement doit intégrer tous les éléments qui conduisent à ne pas emphatiser son rôle dans un si vaste scénario, vu la trame des institutions et des formes organisatrices de la société avec lesquelles l'Eglise entre en contact.

La démonstration de la fonction paradigmatische du concordat italien inclut également les Pays non concordataires, dans l'acception admise dans la relation. Bien évidemment, la comparaison a un sens, si l'on évalue la force de propulsion des nouveaux principes dans le contexte de la législation intérieure en vigueur: en effet serait destituée de fondement logique, une comparaison entre un acte isolé (ou des actes isolés) d'ordre externe et le comportement global (résultant

de lois, règlements, statuts, actes administratifs, jurisprudence et pratiques) tenu par les Etats en question.

Il est utile de constater que ne peuvent être considérés comme obstacles effectifs à la comparaison, ni la particularité de la tradition (expérience anglaise ou continentale, dont la différence insurmontable est, du reste, le fruit de lointaines équivoques), ni le système spécifique de rapports entre Etat et Eglises adopté chaque fois. Ce dernier constitue plutôt un truchement pour atteindre les valeurs constitutionnelles émergeantes de *liberté, laïcité et égalité* (49), qu'un bien en lui-même. Au niveau de la mise en acte normative des principes constitutionnels rappelés, on remarque partout une évolution sensible; le niveau *de quo*, en outre, ne correspond absolument pas au type différent de relations de l'Etat avec les Eglises (50).

Une donnée ultérieure consiste dans l'opportunité qu'il y a à élargir l'enquête comparatiste, des normes traditionnellement retenues de droit ecclésiastique à celles qui, dans tous les cas, sont révélatrices du comportement de l'Etat à l'égard du facteur religieux. A travers une telle enquête, il est possible d'établir que des aides ou des facilités données (perçues comme discriminatoires) à l'égard d'une confession unique sont à mettre en relation avec des choix et des évaluations d'ordre socio-politique, effectués tant dans des systèmes de longue tradition séparatiste que dans des systèmes appartenant à la souche juridictionnelle ou au courant néo-concordataire, dont le nouveau concordat italien est le chef de file.

Certes, un discours sur les dits priviléges concordataires, ou encore concernant des attentats possibles à la liberté religieuse, ou une façon particulière de percevoir le principe de la laïcité de l'Etat est toujours envisageable si l'on procède avec un scrupule juridique subtil, qui frôle les "bigotismes du laïcisme", dont parlait le prince des spécialistes italiens de droit ecclésiastique (51), appelant même en cause, précisément pour ce qui concerne l'Italie, les ententes avec les confessions minoritaires et spécialement avec la Table vaudoise.

Plus que les objections formulables dans chaque cas, il est important de préciser que les expériences des Etats séparatistes, qui appartiennent au secteur des démocraties occidentales, ne se détachent pas substantiellement (*mis à part le domaine matrimonial*) des lignes tracées par les nouveaux accords avec le Saint-Siège. Il existe des modalités différentes, qui correspondent aux diverses situations nationales, mais les niveaux de législation ne changent pas. Ceci signifie ou bien que tout est à refaire ou, plus raisonnablement, que les buts à atteindre à travers la forme concordataire, si bien représentée par le concordat italien, ne doivent pas être considérés avec des préjugés, comme cela arrive encore aujourd'hui par une partie de la doctrine et de l'intellectualité (52).

On a évidemment exclu de la comparaison avec le système concordataire italien les Pays socialistes au sujet desquels, jusqu'à récemment, il fallait rappeler les remarques pertinentes de Gorla sur l'inadéquation des renseignements concernant le droit *effectivement en vigueur* (réalité, solution substantielle) dans ces Pays (53); en ce sens, l'apport spécifique qui peut dériver de notre congrès international est vraiment fondamental. Malgré ceci, il faut calculer qu'il s'agit de systèmes profondément différents de ceux des démocraties occidentales, systèmes inspirés par des choix politiques opposés, avec lesquels il n'est pas de confrontation possible.

Il existe, sans aucun doute, des différences au sein des Pays socialistes: le cas de la Pologne est emblématique, tandis que l'opinion publique mondiale suit, avec un extrême intérêt, les signes de détente, dans le domaine religieux également, qui viennent de l'Union Soviétique à la suite de la *perestroika* de M. Gorbaciov (54). Le climat positif ne concerne pas seulement la Russie: directement ou indirectement, les choses sont en train de changer dans toute l'Europe de l'Est, à l'exception de l'Albanie, où l'on remarque pourtant une forte volonté d'ouverture, qui pourrait avoir ses effets, dans le temps, dans la matière qui nous concerne.

Si ceci est vrai, et bien plus, nous incite à corriger certaines opinions précédemment avancées (55), la comparaison ne semble pas possible tant qu'il y aura dissemblance entre les valeurs constitutionnelles (le point crucial est la licéité de la propagande non athéistique) et que resteront les résistances actuelles à l'application intégrale des nouveaux principes et à la reconnaissance de la liberté de conscience, de religion et de conviction comme base du progrès des peuples et des autres libertés démocratiques.

Mon souhait personnel est que l'on parvienne, avec conviction, à s'engager au maximum pour contribuer à tracer un futur, qui sache stimuler et renforcer les valeurs de la paix et d'un pluralisme authentique, en dépassant les barrières idéologiques et historiques, par rapport auxquelles acquiert une valeur, que l'on ne saurait ignorer, le poids moral des Eglises catholique et orthodoxe ainsi que des autres confessions et communautés religieuses. De ce côté, toutes sont appelées à assumer une fonction d'importance fondamentale, *non aseptique*, parce que l'avenir de l'homme dans un monde sans blocs, en particulier entre l'Orient et l'Occident, n'est pas étranger à la dimension religieuse et constitue une *pensée très élevée*, qui dépasse indubitablement la crainte d'interférences entre pouvoir temporel et pouvoir spirituel.

## Notes

1 Pour une synthèse de ces positions, dans une confrontation stricte avec la thèse dominante de la conservation du régime conventionnel, cfr. AA. VV., *Concordato e società italiana*, par R. Coppola, Padova 1984.

2 P. Bellini, *Verso un nuovo laicismo: per una legge comune sul "fatto religioso"*, in AA. VV., *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica. Atti del II convegno nazionale di diritto ecclesiastico*, Milano 1981, p. 167 ss.

3 Je me réfère à un aspect du débat concernant l'art. 7, deuxième alinéa, de la Constitution républicaine (art. 5 du projet), qui accueille les pactes du Latran de 1929 (traité et concordat), stipulés entre le Saint-Siège et le régime fasciste, en opérant une transformation radicale. Soulignons le brillant discours de Dossetti, la médiation d'Aldo Moro, l'opposition féconde de Calamandrei, et enfin l'adhésion réaliste et déterminante de Palmiro Togliatti (les socialistes votèrent contre). Sur le contenu de l'art. 7 et sur sa signification juridique et politique à l'heure actuelle, cfr., principalement, R. Pascali, *Patti lateranensi e custodia costituzionale*, Napoli 1984.

4 R. Baccari, *Gli strumenti giuridici previsti dalla Costituzione per l'esercizio concreto della libertà religiosa (concordato per la Chiesa cattolica e intese per le confessioni acattoliche)*, in AA. VV., *Gli strumenti costituzionali per l'esercizio della libertà religiosa*, par R. Coppola, Milano 1982, p. 8.

5 Cfr. A. Nicora, *Il concordato nella coscienza e nella prassi attuali della Chiesa, in Le due sponde. Morte e resurrezione dei concordati*, Milano 1984, p. 143 ss.; L. Spinelli, *Il diritto pubblico ecclesiastico dopo il Concilio Vaticano II*.

Lezioni di diritto canonico (en collaboration avec G.Dalla Torre), Milano 1985, p. 102.

6 Cfr. *G.Dalla Torre*, La riforma della legislazione ecclesiastica. Testi e documenti per una ricostruzione storica, Bologna 1985, p. 13.

7 Cfr. *S.Lariccia*, L'attuazione dell'art. 8, 3<sup>o</sup> comma, della Costituzione: l'intesa tra lo Stato italiano e le Chiese rappresentate dalla Tavola valdese, in AA. VV., Il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede. Atti del convegno nazionale di studio, par *R.Coppola*, Milano 1987, p. 527 ss.

8 A propos de ces ententes, cfr. dans l'ordre, *G.Long*, Le intese con l'Unione avventista e con le Assemblee di Dio in Italia, in Quaderni dir. e pol. eccl., 1987, p. 119 ss.; *R.Botta*, L'intesa con gli israeliti, *ibid.*, p. 95 ss; *R.Bertolino*, Ebraismo italiano e l'intesa con lo Stato, in AA. VV., Il nuovo accordo, cit., p. 555 ss; *D.Tedeschi*, Intesa con lo Stato: presentazione al congresso straordinario dell'Unione delle Comunità israelitiche italiane, in *Foro it.*, 1988, V, p. 100 ss.

9 *F.Ruffini*, Diritti di libertà, 2<sup>o</sup> éd., réimpression anastatique, Firenze, 1975, p. 84 (texte original en italien).

10 *R.Coppola*, I principi della Corte costituzionale in materia ecclesiastica (venticinque anni di attività), in AA. VV., Gli strumenti costituzionali op.cit.(4), pp. 197-99.

11 *G.Acquaviva*, Vecchio e nuovo concordato nella luce della politica nazionale, in La revisione del concordato. Un accordo di libertà, publié par la Présidence du Conseil des Ministres, Roma 1986, p. 13 (texte original en italien).

12 Dans une dimension plus vaste, qui souligne l'engagement des Coférences Episcopales dans le dialogue entre l'Eglise et les Communautés politiques, *F.Petroncelli Hübner*, Chiesa cattolica e comunità internazionale. Riflessione sulle forme di presenza, Napoli 1989, p. 207.

13 *B.Craxi*, Una nuova dimensione nei rapporti tra lo Stato e la Chiesa, in La revisione del concordato, op.cit. (11), p. 302. Id., Replica al Senato, *ibid.*, p. 314.

14 *G.Caputo*, La cornice e il quadro, in Il tetto, janvier- février 1985, p. 17 ss.

15 Sur ce thème, de manière diffuse, *N.Colaianni*, Delegificazione concordataria e sistema delle fonti, in AA. VV., Il nuovo accordo, op.cit.(7), p. 655 ss; *P.Consorti* Le intese concordatarie (en cours de publication). Pour ce qui est de la concertation législative dans les rapports entre Etat et confessions religieuses, cfr. aussi *G.Cimbalo*, I rapporti finanziari tra Stato e confessioni religiose nei Paesi Bassi, Milano 1989, passim.

16 Cfr. *R.Coppola*, Bilancio della revisione concordataria (1984-1987), in RivSR, 1988, pp. 280-83; AA. VV., Studi di diritto ecclesiastico in tema di insegnamento, par *S.Gherro*, Padova, 1987. Sur la sentence de la Cour constitutionnelle, *N.Colaianni*, Laicità dello Stato e insegnamento della religione cattolica, in Il Foro it., 1989 (en cours de publication).

17 *F.Margiotta Broglia*, Dalla questione romana al superamento dei patti lateranensi. Profili dei rapporti tra Stato e Chiesa in Italia, in La revisione del concordato, op.cit.(11), p. 50 (texte original en italien).

18 *P.Moneta*, Stato sociale e fenomeno religioso, Milano 1984, p. 24.

19 *Moneta*, op. cit.(18), p. 35 ss.

20 *S.Ferrari*, Función actual de la tradición separatista, in Anuario der. ecles. del Estado, 1987, vol. III, p. 69 ss.

21 *C.Cardia*, Laicità dello Stato e nuova legislazione ecclesiastica, in AA. VV., Il nuovo accordo, op.cit.(7), p. 135 ss.

22 Sur les thèmes de la liberté religieuse et de la libertas Ecclesiae dans l'optique de la liberté du civis-fidelis, en référence au nouveau cadre normatif et aux problèmes pratiques qui en découlent, cfr. *O.Fumagalli Carulli*, Il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede: profili di libertà, in AA.VV., Il nuovo accordo, op.cit. (7), f. 113 ss.

23 *F.Margiotta Broglia*, I rapporti fra Stato e Chiese nell'Europa dei dieci. Separazione nella libertà, in Com. europee, avril 1984, p. 18; *Cardia*, op.cit.(21), p. 140 ss.

24 *P.Ciprotti*, Appunti per lo studio comparativo del concordato, in AA.

VV., Il nuovo accordo, op.cit.(7), p. 492 (texte original en italien). De même *Margiotta Broglio*, op.cit.(17), p. 53 ss.

25 *G.Vlachos*, Chiesa e Stato in Grecia, in *Coscienza e libertà*, second semestre 1987 - premier semestre 1988 (dossier: Chiese e Stati nell'Europa dei dodici), p. 101 ss.

26 Cfr. à ce sujet, *G.Lo Castro*, Ordine temporale, ordine spirituale e promozione umana. Premesse per l'interpretazione dell'art.1 dell'accordo di Villa Madama, in *Dir. eccl.*, 1984, I, p. 507 ss.

27 *Ciprotti*, op. cit.(24), p. 486 ss.

28 Cfr. le texte de la déclaration in *P.Gismondi*, Appendice alle lezioni di diritto ecclesiastico. Le modificazioni del concordato lateranense, Milano 1984, p. 61.

29 Pour l'examen des observations critiques de l'art. 1 de l'accord par rapport à l'instruction *Donum vitae*, cfr. *Coppola*, op. cit.(16), p. 278 ss.

30 *A.Liodice*, Chiusura dei lavori, in AA. VV., Il nuovo accordo, op.cit.(7), p. 599.

31 Cfr. *A.Badini*, Il nuovo concordato fra Stato e Chiesa: i commenti della stampa estera, in *La revisione del concordato*, op.cit.(11), p. 15 ss.

32 *Margiotta Broglio*, op.cit.(17), p. 55 (texte original en italien).

33 Cour Const., 17-30 décembre 1958, n. 79, in *Racc. C.Cost.*, 1958, vol. VI, p. 271.

34 Cfr. *E.Graziani*, Il carattere sacro di Roma. Contributo all'interpretazione dell'art. 1 epv., conc., Milano 1961.

35 Cour Const., 14-29 décembre 1972, n. 195, in *Giur. cost.*, 1972, p. 2198 ss.

36 Cfr. *T.Bertone*, La Conferenza Episcopale italiana e le sue competenze in materia concordataria, in AA. VV., Il nuovo accordo, op.cit.(7), p. 461 ss.

37 Cfr. les intuitions de *F.Finocchiaro*, Il sistema matrimoniale italiano, in AA. VV., Los acuerdos concordatarios españoles y la revisión del concordato italiano, Barcelona, 1980, p. 290 ss..

38 Cfr. AA. VV., Matrimonio concordatario e giurisdizione dello Stato. Studi sulle recenti evoluzioni della giurisprudenza, par *L.Spinelli - G.Dalla Torre*, Bologna, 1987. Dans ce même sens, la jurisprudence postérieure à la publication du livre: cfr. en particulier, Cass., Sect. un., 20 juillet 1988, n. 4701 (et 4700, 4702, 4703), in *Giust. civ.*, 1988, I, pp. 1935-44.

39 Cfr. *G.Dammacco*, Tutte le ragioni per un ruolo speciale, in Religione e scuola, janvier 1988, p. 193 ss.; Id., Il profilo dell'insegnante tra codice e professionalità, ibid., avril 1988, p. 361 ss.

40 Pour le développement du concept *A.Gomez de Ayala*, Esenzioni e agevolazioni tributarie e principio costituzionale di uguale imposizione ad ugualanza di capacità contributiva, in AA. VV., Concordato e costituzione. Gli accordi del 1984 tra Italia e Santa Sede, par *S.Ferrari*, Bologna, 1985, pp. 158-60.

41 Cfr. ex professio, *T.Mauro*, La disciplina giuridica dell'attività degli enti ecclesiastici nel nuovo sistema di rapporti tra Stato e Chiesa, in AA. VV., Il nuovo accordo, op.cit.(7), p. 183 ss.

42 *F.Finocchiaro*, Gli enti ecclesiastici e l'accordo del 18 febbraio 1984 fra Stato e Chiesa, in AA. VV., Il nuovo accordo, op.cit.(7), p. 182.

43 Cfr. *G.Vegas*, Nuovo concordato e finanziamento della Chiesa cattolica: un'indagine sulle opinioni degli italiani, in *Dir. eccl.*, 1985, I, pp. 676-78.

44 Sur la réalisation de la réforme, en prêtant attention au rôle déterminant de la Conférence Episcopale Italienne, *G.Feliciani*, Gli istituti per il sostentamento del clero nella nuova normativa della CEI, in *Aggi. sociali*, 1985, p. 687 ss.

45 *E.Colagiovanni - A.Di Felice*, Presentazione, in AA. VV., I beni temporali della Chiesa in Italia: nuova normativa canonica e concordataria, Atti del XVII congresso canonistico, in *Mon.eccl.*, 1986, p. 3.

46 Cfr. *R.Coppola*, Tutela del patrimonio storico e artistico, in: *Apollinaris*, 1987, p. 163 ss. (où est reproduite la relation tenue au congrès "Le nouveau concordat entre le Saint-Siège et l'Italie", Laterano, 14-16 mai 1985).

47 *A.Vitale*, Assistenza spirituale ed esigenze religiose, in AA. VV., Il nuovo accordo, op.cit.(7), p. 377 ss.; *G.Dalla Torre*, Evoluzione della disciplina

sull'assistenza spirituale tra continuità e innovazione, ibid., p. 401 ss. Je renvoie en outre à la contribution monographique de *V.Tozzi*, *Assistenza religiosa e diritto ecclesiastico*, Napoli 1985.

48 Pour ces concepts, résumés et adaptés dans le texte, cfr. *J.Gimenez y Martinez de Carvayal*, *Los concordatos o acuerdos entre la Iglesia católica y los Estados*, in *Concordatos vigentes*, Madrid 1981, I, p. 17 ss; *C.Coral Salvador*, *Introducción histórica y panorama actual de los concordatos*, ibid., p. 41 ss Cfr. également mon compte rendu à toute l'oeuvre in *Dir. fam.*, 1983, p. 419 ss.

49 Cfr. *F.Onida*, Una valutazione critica del nuovo concordato comparato con i sistemi degli ordinamenti non-concordatari, in AA. VV., Il nuovo accordo, op.cit.(7), p. 512.

50 *F.Onida*, L'influenza dei valori costituzionali sulla problematica ecclesiastistica, in AA. VV., L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei, Milano 1985, p. 426.

51 *A.C.Jemolo*, Lezioni di diritto ecclesiastico, Milano 1979, p. 143.

52 Cfr. dans cette direction, le contenu d'un appel de la "Charte 89", promu par quelques intellectuels et signé par quatre cents personnalités d'origine laïque et catholique, in *Adista* 2-4 mars 1989, p. 7.

53 *G.Gorla*, Diritto comparato e diritto comune europeo, Milano 1981, p. 85.

54 Cfr. *G.Rossi*, La liberté religieuse en Union Soviétique - un tournant historique, in *Conscience et liberté*, deuxième semestre 1988, (éditorial), p. 3 ss.

55 *R.Coppola*, Profili comparativi della tutela del sentimento religioso dopo i nuovi accordi tra Italia e Santa Sede, in *Dir.eccl.*, 1987, I (Raccolta di scritti in onore di Luigi De Luca), p. 303 ss.

DAS MENSCHENRECHT DER RELIGIONSFREIHEIT UND DES  
RELIGIONSWECHSELS ALS PROBLEM DER  
ISLAMISCHEN STAATEN

Martin Forstner, Mainz/Germersheim

*0. Fragestellung*

Religionsfreiheit als Grund- und Menschenrecht umfaßt zum einen die Glaubens- und Gewissensfreiheit, welche es dem Menschen ermöglicht, sich eine eigene, höchstpersönliche Überzeugung von Gott und von sittlichen Wertvorstellungen, nach denen er sein Verhalten ausrichten kann, zu bilden, zum anderen die Freiheit des Bekenntnisses als Möglichkeit der Kundgabe dieser Überzeugung nach außen, und schließlich die Freiheit, privat oder öffentlich Kulthandlungen auszuüben. Im Folgenden soll untersucht werden, was im islamischen Bereich unter Religionsfreiheit verstanden wird, insbesondere ob ein Religionswechsel möglich ist; auch soll überprüft werden, ob das islamische Konzept mit dem Verständnis der Religionsfreiheit, wie es den Erklärungen der Vereinten Nationen und dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland zugrundeliegt, vereinbar ist.

*1. Verfassungsbestimmungen islamischer Staaten*

In den Verfassungen<sup>1</sup> der islamischen Staaten findet man einerseits im Rahmen einer Aufzählung<sup>2</sup> von Freiheiten und Pflichten des Bürgers das Recht auf Glaubensfreiheit und auf freie Ausübung religiöser Zeremonien, andererseits aber auch, daß der Islam die Religion des Staates sei<sup>3</sup>; mitunter wird auch festgestellt, daß das islamische Recht (Scharia) eine oder sogar die Quelle der Gesetze oder der Gesetzgebung sei<sup>4</sup>.

Gewährleisten solche Verfassungsbestimmungen tatsächlich die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und des religiösen Bekenntnisses? Garantieren sie auch das Recht auf einen Religionswechsel? Vorgänge im Iran und in Ägypten trugen in jüngster Zeit dazu bei, hier Zweifel aufkommen zu lassen.

*2. Fälle aus jüngster Zeit*

2.1 Im Jahre 1986 sah sich die ägyptische Regierung der Forderung konfrontiert, sie solle unverzüglich einen seit 1977 vorliegenden Gesetzesentwurf<sup>5</sup> über die Unterstrafestellung des Abfalls vom Islam dem Parlament zur Entscheidung vorlegen<sup>6</sup>. Der Abgeordnete Hasan al-Gamal, Mitglied der Muslimbruderschaft, verkündete<sup>7</sup> im Juli 1986, er werde nunmehr, da die Regierung untätig geblieben sei, einen eigenen Gesetzesentwurf im Parlament einbringen; dieser werde als Strafe für die Apostasie (ridda) vom Islam die Todesstrafe durch Hängen vorsehen. In diesem Zusammenhang muß man noch in Betracht ziehen, daß damals, im Sommer 1986, ein Gericht sechs ägyptische Bürger, die der Apo-

stasie angeklagt worden waren, freigesprochen hatte, da das ägyptische Strafgesetzbuch den Religionswechsel nicht unter Strafe stelle! Dieser Freispruch und der Umstand, über keine anwendbare strafrechtliche Gesetzesbestimmung zu verfügen, löste bei den muslimischen Gelehrten und Würdenträgern Empörung aus; sie argumentierten, den Richtern müßten endlich Paragraphen, mit deren Hilfe dieser unerträgliche Zustand beseitigt werden könnte, zur Hand gegeben werden<sup>8</sup>.

Ende November 1987 wurde publik<sup>9</sup>, daß der Generalstaatsanwalt gegen eine 28 Mitglieder zählende Gruppe, deren Anführer ein ehemaliger Scheich der islamischen Hochschule al-Azhar sei, Ermittlungen führe. Dieser Scheich lehre, die Grundlage des Islams solle allein der Koran sein; alles andere sei nicht anzuerkennen, insbesondere nicht die Sunna des Gesandten Gottes (also das Verhalten Mohammeds, das als Richtschnur für die Muslime dient und das in Form der anerkannten Überlieferungen und Traditionen gleichberechtigt neben der koranischen Offenbarung steht). Als besonders schwerwiegend wurde herausgestellt, daß dieser Gelehrte auch noch behauptet habe, der Koran verlange nicht, daß derjenige, der vom Glauben abfällt, getötet werden müsse. Im Rahmen der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen legten dann einige Scheiche der Azhar gutachterlich dar, der Tatbestand der Aufforderung zum Abfall vom Islam sei erfüllt! Denn diese Lehre, nur den Koran anerkennen zu wollen und die Sunna des Propheten nicht, verstöße gegen die alle Muslime verpflichtenden Glaubenswahrheiten.

Es sei noch darauf hingewiesen, daß in der seit einigen Jahren stattfindenden Diskussion<sup>10</sup> über das Verhältnis zwischen Staat und Religion in Ägypten der kleinen, aber mutigen Gruppe von Säkularisten, die verkünden, Religion sollte Privatsache sein und Religion habe in der Politik, in der Rechtsprechung und Organisation des Staates nichts zu suchen, nicht nur seitens der fundamentalistischen Eiferer, sondern auch des offiziellen religiösen Establishments, eben der Azhar, mangels anderer Argumente stets der Vorwurf gemacht wird, sie seien, da sie die Trennung von Staat und Islam forderten, keine Muslime mehr, und die entsprechenden Strafen müßten über sie verhängt werden!

2.2 Diese Vorgänge verdienen deshalb Aufmerksamkeit, da nicht nur derjenige, der tatsächlich zu einer anderen Religion überwechselt, ein Apostat ist, sondern auch derjenige, der, obwohl sich selbst weiterhin als Muslim betrachtend, bestimmte Glaubenswahrheiten in Frage stellt oder gar leugnet.

Im Frühjahr 1989 sorgte der Streit um den indisch-britischen Schriftsteller Salman Rushdie und seinen Roman "The Satanic Verses"<sup>11</sup> im Westen für Aufsehen, als sich der iranische Theologe und Würdenträger Khomeini<sup>12</sup> dazu verstieß, gegen Rushdie ein Todesurteil zu verhängen. In der westlichen Presse wurde der Fall so dargestellt, als ob es sich um den Angriff eines fanatischen schiitischen Theologen auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit handele, die durch den Vorwurf der Beleidigung des Islams und seines Begründers durch Androhung einer in ihrer Härte überzogenen Strafe eingeschränkt werden sollte; in Wirklichkeit geht es aber um die Anklage der Apostasie<sup>13</sup> gegen den Muslim Salman Rushdie, dessen den Islam, den Gesandten Gottes und dessen Ehefrauen betreffende Passagen des Romans den Tatbestand des Abfalls vom Islam verwirklichen könnten, was entsprechend zu bestrafen wäre (s. unten 5.2.2).

Von allen Muslimen und ihren Würdenträgern wird bereit und im Brustton der Überzeugung vorgetragen, der Islam sei die einzige Religion, die wahre Toleranz übe, die das Menschenrecht auf Religionsfreiheit schon immer und schon lange vor der Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen von 1948 gekannt, verkündet und praktiziert habe<sup>14</sup>. Muslime verweisen stets auf Koran 2/256: "Es gibt keine Gewalt in der Religion" (lā ikrâh fi d-dîn)", und sie betonen insbesondere dann, wenn sie in nichtislamischen Ländern im Namen ihrer Religion auftreten, immer wieder, daß der Übertritt zum Islam mit keinerlei Zwang verbunden sein dürfe<sup>15</sup>; auch unterstreichen sie, daß der Islam den Juden und Christen stets die Ausübung ihrer Religion gestattet habe. Es ist nicht Thema vorliegender Abhandlung, die Lage der Christen und Juden im Islam zu beschreiben, doch kann darauf verwiesen werden, daß diesen genannten Religionen ein gewisses Maß an Existenzberechtigung zugestanden ist, da ihre Begründer - Moses und Jesus - nach islamischer Lehre ebenfalls die Offenbarung erhalten haben, weshalb sie denn auch "Leute des Buches" (ahl al-kitâb) genannt werden. Sie haben diese Offenbarungen zwar verfälscht, aber sie sind zumindest zum Teil im Besitz des wahren Glaubens, weshalb sie den Schutz der islamischen Gemeinschaft (umma) genießen<sup>16</sup>, solange sie ihrerseits die ihnen obliegenden Pflichten erfüllen und dem islamischen Staat loyal dienen, wozu insbesondere gehört, daß sie die Muslime nicht vom wahren Glauben abzutrennen versuchen oder deren religiöse Gefühle verletzen.

*4. Religionsfreiheit für alle Religionen?*

4.1 Die Generalversammlung der Vereinten Nationen verkündete am 10.12.1948 in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte das Prinzip der Religionsfreiheit (Art. 18); dieses erfuhr im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966, dem sogenannten "Bürgerrechtspakt", eine allgemein verbindliche Fassung in Artikel 18, Ziffer 1, wo es heißt: "Jeder Mensch hat das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit. Dieses Recht umfaßt die Freiheit, eine Religion oder eine Weltanschauung eigener Wahl zu haben oder anzunehmen, und die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung allein oder in Gemeinschaft mit anderen, öffentlich oder privat, durch Gottesdienst, Beachtung religiöser Bräuche, Ausübung oder Unterricht zu bekunden." Ergänzt wurde dies schließlich durch die Erklärung über die Beseitigung aller Formen von Intoleranz und Diskriminierung aufgrund der Religion oder der Überzeugung vom 25.11.1981, die in Art. 1 feststellt, daß jedermann das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit hat. Es ist nicht ersichtlich, daß diese angeführten Erklärungen<sup>17</sup> irgendwelche Religionen ausschließen oder vorziehen wollten.

4.2 Auch in der Rechtsordnung der Bundesrepublik impliziert Art. 4 I GG ("Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich") nach herrschender Lehre, daß die vorausgesetzte religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates die Freiheit der Religionsausübung für alle Religionen und Religionsgemeinschaf-

ten, ohne Rücksicht auf ihre Größe, ihre Bedeutung, ihre Geschichte und ihre Lehren, nach sich zieht, daß also sowohl christliche als auch nichtchristliche Religionen gemeint sind<sup>18</sup>. Auch ist es angesichts der Tatsache, daß es in der Gesellschaft die unterschiedlichsten religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen gibt<sup>19</sup>, dem Staat nicht gestattet, zwischen schutzwürdigen und nichtschutzwürdigen Religionen zu differenzieren; weder darf er "den Glauben oder Unglauben seiner Bürger bewerten" (BVerfGE 12,4), noch besitzt er die Befugnis, ein bestimmtes Denken in religiösen und weltanschaulichen Fragen zu fordern<sup>20</sup>.

4.3 Nach islamischer Rechtslehre (fiqh), wie sie sich in Jahrhunderten entwickelt hat<sup>21</sup> und wie sie bis heute in den Kompendien der Rechtsschulen vorliegt, sind als Religionen nur die sogenannten Offenbarungsreligionen (al-adyān as-samāwīya), d.h. Judentum, Christentum und Islam, anerkannt<sup>22</sup>. Im Prinzip können weder die Anhänger sogenannter Naturreligionen, die des Polytheismus bezichtigt werden<sup>23</sup>, noch die anderer Hochreligionen, z.B. des Buddhismus, noch die Vertreter von Weltanschauungen<sup>24</sup>, also z.B. die Kommunisten<sup>25</sup> oder Atheisten<sup>26</sup> oder Nihilisten, ein derartiges Recht auf Freiheit der Religion oder der Weltanschauung für sich in Anspruch nehmen<sup>27</sup> (abgesehen davon, daß der Begriff "Weltanschauung" im islamischen Recht nicht vorkommt).

Auch eine monotheistische Religion, die nach dem Islam entstand, wie etwa die sich im 19. Jahrhundert vom Islam abgespalten habende Religion der Bahai, ist nicht anerkannt<sup>28</sup> und ihre Anhänger gelten als Ungläubige. Es gibt also einen numerus clausus der Religionen<sup>29</sup>: die Offenbarungs- oder Buchreligionen, wie die Muslime sie nennen.

Die islamische Lehre hat noch im 20. Jahrhundert Auswirkungen<sup>30</sup>. Man erkennt dies an Formulierungen, die Eingang in Verfassungen fanden; so hieß es beispielsweise in den syrischen Verfassungen von 1950 und 1953 jeweils in Artikel 3, Absatz 3, nur den "Offenbarungsreligionen" stehe die Freiheit der Religionsausübung zu<sup>31</sup>. In der Verfassung<sup>32</sup> der Islamischen Republik Iran von 1979 werden in Artikel 14 nur die Zoroastrier, Juden und Christen genannt, die nach ihrem Recht und ihren religiösen Geboten leben dürfen; sie sind als einzige anerkannt<sup>33</sup>.

4.4 In der ägyptischen verfassungsrechtlichen Literatur<sup>34</sup> und der einschlägigen Rechtsprechung läßt sich dieser numerus clausus der Religionen ebenfalls feststellen. Gestützt auf Koran 2/285, wo es heißt: "Der Gesandte Gottes glaubt an das, was von seinem Herrn als Offenbarung zu ihm herabgesandt worden ist, und mit ihm die Gläubigen. Alle glauben an Gott, seine Engel, seine Schriften und seine Gesandten - wobei wir bei keinem von seinen Gesandten anderen gegenüber einen Unterschied machen", und entsprechend dem diesbezüglichen Konsens (igmā') der Theologen, daß dadurch die vorangegangenen Offenbarungsreligionen, also Juden- und Christentum, anerkannt seien, postuliert die Staatsrechtslehre unter Verweis auf Art. 2 der Verfassung, der da lautet: "Der Islam ist die Religion des Staates", daß das Recht auf Glaubensfreiheit<sup>35</sup> und auf freie Ausübung der religiösen Zeremonien nur für den Islam, das Judentum und das Christentum gelte, und daß alle anderen Religionen nicht darunter fielen<sup>36</sup>. So ist es denn auch nur folgerichtig, wenn der ägyptische Oberste Verwaltungsgerichtshof am 25.04.1959 zu dem Ergebnis kam: "Die nichtislamischen Gruppen

der 'Leute des Buches', also die Juden und Christen, genießen in Ägypten seit altersher die Freiheit, ihre Zeremonien durchzuführen, was den islamischen Vorschriften und Lehren entspricht."

Andererseits existieren ägyptische Verwaltungsgerichtsurteile, die feststellen, daß die Religionsfreiheit auch das Recht umfasse, an keine Religion zu glauben<sup>37</sup>. Der Umstand, daß der Staat eine ganz bestimmte Religion habe - eben den Islam - sei aber kein Verstoß gegen die Religionsfreiheit, da die Gläubigen der anderen Religionen bei der Ausübung ihrer religiösen Zeremonien nicht behindert würden, solange sie sich in dem vom ordre public und den guten Sitten vorgegebenen Rahmen hielten<sup>38</sup>. Grundsätzlich gilt aber in Ägypten, daß der Verfassungsartikel, der die Freiheit des Glaubens garantiert (heute Art. 46; in der Verfassung von 1923 Art. 12) nicht erlaube, daß ein Muslim vom Islam abfällt<sup>39</sup>.

4.5 Am 19.09.1981 veröffentlichte der Islamrat für Europa eine "Allgemeine Islamische Menschenrechtserklärung", deren Originalfassung arabisch<sup>40</sup> ist, während gleichzeitig eine französische und eine englische Fassung - beide sehr stark gerafft - publiziert wurden. In der Präambel wurde betont, daß der Islam bereits vor 14 Jahrhunderten die Menschenrechte begründet und mit ausreichenden Garantien versehen habe. Art. 13 garantiert die Freiheit des Glaubens und der Religionsausübung<sup>41</sup>, doch besagt Art. 12 a, daß jeder glauben könne, was er wolle, solange er im Rahmen der Scharia bleibe! Man sucht vergeblich nach einer Garantie etwa der Art, wie sie Art. 18 der Allgemeinen Menschenrechtserklärung enthält, nämlich des Wechsels der Religion, also auch des Abfalls vom Islam, vielmehr wird darauf an keiner Stelle eingegangen<sup>42</sup>.

Eindeutiger<sup>43</sup> in dieser Hinsicht ist der "Entwurf einer islamischen Erklärung der Menschenrechte" der Organisation der Islamischen Konferenz (Sitz in Dschidda) von 1979, dessen Art. 29 jeden Muslim verpflichtet, den Islam, wenn er ihn einmal freiwillig angenommen hat, zu behalten; noch deutlicher formuliert es ein ebensolcher Entwurf von 1981 in Art. 11: Der Muslim, der zum Islam geführt wurde, darf keine andere Religion annehmen.

Die genannten Erklärungen lassen sich gerade im Hinblick auf das Menschenrecht der Religionsfreiheit nicht mit der Allgemeinen Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen in Einklang bringen, was die islamische Seite auch durchaus erkennt und damit erklärt, daß die 1948 garantierten Menschenrechte das Produkt des westlichen Liberalismus und Säkularismus gewesen seien. Der Inhalt der Menschenrechte müsse neu (- wohl doch islamisch?) definiert werden und von westlichen kulturchauvinistischen Einflüssen befreit werden<sup>44</sup>.

#### 4.6 Zwischenergebnis:

Das durch die Erklärungen der Vereinten Nationen garantierte Recht auf Religions- und Weltanschauungsfreiheit gilt sowohl im klassisch-islamischen Recht als auch in einem Staat wie Ägypten (und in den anderen arabischen Staaten ist es ähnlich) oder der Islamischen Republik Iran nur für die sogenannten Offenbarungsreligionen. Das hat zur Folge, daß in einem solchen, sich laut Verfassung islamisch nennenden Staat die Anhänger einer Religion außerhalb dieses numerus clausus keine Möglichkeit haben, sich zu entfalten und ihre Religion auszuüben.

Der von den Muslimen stets angeführte Grundsatz: "Kein Zwang in der Religion" gilt also nur für diese anerkannten Offenbarungsreligionen. Die Gläubigen oder Anhänger anderer Religionen oder gar Weltanschauungen können sich nicht darauf berufen. Daß auch Muslime dies nicht können, wenn sie den Islam verlassen wollen, wird unten in 5.2.3 dargelegt werden.

### *5. Religionswechsel*

5.1. Die Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen vom 10.12.1948 war bezüglich der Frage des Religionswechsels eindeutig; in Art. 18 heißt es: "... dieses Recht umfaßt die Freiheit, seine Religion oder seine Weltanschauung zu wechseln<sup>45</sup> ...", eine Formulierung, die damals schon von Afghanistan, Irak, Pakistan, Saudi-Arabien und Syrien abgelehnt wurde<sup>46</sup>. Diese Ablehnungsfront setzte sich später durch und erreichte, daß im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966 eine abgeschwächte Formulierung Eingang fand, denn in Art. 18 Absatz 1 heißt es dort nunmehr, das Recht der Religionsfreiheit umfasse "die Freiheit, eine Religion oder Weltanschauung eigener Wahl zu haben oder anzunehmen". Es ist dann Aufgabe spitzfindiger Auslegung, nachzuweisen, ob dies auch beinhaltet, man könne eine einmal angenommene und gewählte Religion auch wieder aufgeben. Gerade letzteres ist aber der kritische Punkt; hier sind nämlich alle Religionen - Weltanschauungen und Ideologien natürlich auch - sehr empfindlich. Wie nicht anders zu erwarten, erreichte die islamische Staatengruppe<sup>47</sup> auch bei der Erklärung der Vereinten Nationen über die Beseitigung aller Formen von Intoleranz und Diskriminierung aufgrund der Religion oder der Überzeugung vom 25.11.1981, daß in Art. 1 Absatz 1 der Begriff Religionswechsel nicht vorkommt<sup>48</sup> (s. auch u. 8.1).

5.2. Der deutsche Grundgesetzartikel 4 I und II umfaßt nicht nur die sogenannte negative Glaubensfreiheit<sup>49</sup> in dem Sinne, daß kein Bürger sich veranlaßt sehen muß, seine Zugehörigkeit zu einer Religion ständig und überall unter Beweis zu stellen und sich an den kultischen Zeremonien seiner Religion regelmäßig zu beteiligen, vielmehr steht es ihm frei, dies überhaupt nicht zu tun, was in einigen islamischen Staaten völlig undenkbar wäre (wo etwa das öffentliche Nichteinhalten des Fastens im Monat Ramadan strafrechtlich geahndet wird<sup>50</sup>). Art. 4 impliziert auch die negative Bekenntnisfreiheit, d.h. das Recht des Bürgers, seine Religion nicht bekunden zu müssen, sie also zu verschweigen<sup>51</sup> - ein Recht, das islamische Staaten ihren Bürgern zumeist nicht zuerkennen, sie vielmehr deren Religionszugehörigkeit<sup>52</sup> in den Pässen vermerken. Letztendlich gesteht dieser Grundgesetzartikel auch das Recht zu, nicht an Gott zu glauben<sup>53</sup>, also keine Religion zu haben, und dies auch zu verkünden, aber auch das Recht, die Religion zu wechseln<sup>54</sup> oder aus einer Religionsgemeinschaft auszutreten.

In diesem Bereich kann es seitens des Staates keine Strafandrohung geben, vielmehr erweist sich hier Art. 4 I und II als unmittelbarer Ausfluß des in Art. 1 I für unantastbar erklärt Prinzips der Menschenwürde. Eine Apostasie des Bürgers von seiner Religion hat den Staat nicht zu interessieren; sie berührt ihn nicht.

5.3. Exkurs: Eine rigoros ablehnende Haltung Andersgläubigen und Apostaten gegenüber war im Christentum lange Zeit üblich. Zwar war man auf christlicher Seite der Meinung, daß der Glaube nicht durch Gewalt erzwungen werden könne<sup>55</sup>, und die Kirchenväter behielten den Grundsatz der Gewissensfreiheit auch bei, weshalb sie Zwangsbekehrungen ablehnten, aber wenn der Unglaube oder die Häresie selbst verbreitet würden und eine Gefahr für das Bestehen der christlichen Gemeinschaft darstellten, dann sollte der Staat eingreifen, denn die Verbreitung des Irrtums verursache oft Unruhe, gefährde die Einheit des Volkes und damit die Autorität des Staates. Es gehörte zum Selbstverständnis der mittelalterlichen Christenheit (und genau dieses Selbstverständnis findet man bis heute in der islamischen Welt), daß sie ein politisch-religiöses Gebilde sei und eine ebensolche Einheit darstelle<sup>56</sup>. Wer diese Einheit antastete oder gar gefährdete, war gleichzeitig ein Feind der Glaubengemeinschaft und des Staates<sup>57</sup>. Was die Apostaten anlangt, so formulierte später Thomas von Aquin (1225-1274): "Die Annahme des Glaubens ist Sache des freien Willens. Man hat aber die Pflicht, am einmal angenommenen Glauben festzuhalten"<sup>58</sup>. Auch hier die Auffassung, wie sie im Islam herrscht, daß die Untreue gegenüber dem Glauben eine Infragestellung und eine Gefährdung der gesamten religiösen und politischen Gesellschaftsordnung darstelle.

Die Wurzeln dieses Denkens liegen in der Zeit, als das Christentum innerhalb weniger Jahrzehnte zur staatlich begünstigten Religion aufstieg. Im Edikt von Mailand (313) war sie neben den anderen Religionen nur als religio licita geduldet gewesen, doch wurde sie im 4. Jahrhundert alsbald die ecclesia triumphans, als sie sich der Förderung durch Kaiser Konstantin d. Gr. (306-337) erfreute<sup>59</sup>, dessen christlicher Berater Eusebios von Caesarea in seiner politischen Theologie die Einheit von Reich, Kaiser und Gott und somit den untrennbarer Zusammenhang von Christentum und römischem Imperium vertrat<sup>60</sup>.

Dies und der Wahrheits- und Absolutheitsanspruch des christlichen Glaubens<sup>61</sup> führte dazu, daß für Toleranz gegenüber den anderen Religionen kein Raum blieb, denn bald schon stimmten Kirche und Kaiser darin überein, die Einheit des Bekenntnisses sei ein Hauptziel der Innenpolitik. Ein Abweichen von der Glaubenslehre der Kirche war ein staatliches, oft mit Todesstrafe geahndetes Verbrechen, das Bekenntnis zum Heidentum stand unter Strafe<sup>62</sup>.

Dieser Einheitsgedanke<sup>63</sup> war jedoch gefährdet durch drei Personenkreise: die Ketzer, die Juden und die Heiden. Die Häretiker mußten wieder orthodox, die Heiden christlich werden - eine Aufgabe, die nicht ganz leicht zu erfüllen war, denn selbst die Androhung der Todesstrafe schreckte nicht ab. Heiden und Ketzern wurde keine Existenzberechtigung eingeräumt, den Juden dagegen schon, waren sie doch ein lebendes Zeugnis für Christus und den Alten Bund, der nunmehr aber abgelöst worden war vom Neuen Bund zwischen Gott und den Christen als dem wahren Gottesvolk, dem wahren Israel (verus Israel)<sup>64</sup>. Man beachte die Parallele: Auch im Islam verdanken die Leute des Buches, also die Juden und Christen, ihre Daseinsberechtigung dem Umstand, daß sie lebende Zeugen der vorausgegangenen Offenbarungen Gottes an die Menschheit sind!

Ein Übertritt vom wahren, also dem christlichen Glauben, zum Judentum wurde aber bereits unter Konstantin hart bestraft<sup>65</sup>; auch die Apostatengesetze<sup>66</sup> (381-383) des Kaisers Theodosius (379-395) und dann, im 6. Jhd., die Regelun-

gen<sup>67</sup> Kaiser Justinian's (527- 565) hatten das erklärte Ziel, den Abfall vom Christentum zum Judentum oder gar zum Heidentum<sup>68</sup> unmöglich zu machen<sup>69</sup>. Dagegen war die Konversion eines Juden zum Christentum kein Problem; er erwarb sofort alle Rechte und wurde voll in die christliche Gemeinschaft eingegliedert<sup>70</sup>. Er durfte jedoch auf keinen Fall gezwungen werden - es mußte "von Herzen kommen"<sup>71</sup>.

Ohne auf die Einzelheiten weiter eingehen zu wollen, sei noch erwähnt, daß in der Zeit nach den islamischen Eroberungen auf Seiten des Byzantinischen Reiches der Abfall vom Christentum hart bestraft wurde<sup>72</sup>.

Die lateinische Kirche des Westens behandelte die Apostasie, die im übrigen sehr selten war, wie die Häresie. Die Folgen<sup>73</sup> waren Exkommunikation und Vermögenskonfiskation, unter Umständen auch die durch die weltliche Obrigkeit vollzogene Todesstrafe.

Noch im 19. Jahrhundert vertrat die katholische Kirche, daß die Religionsfreiheit nicht die Freiheit der Individuen sei, sondern die Freiheit der katholischen Kirche als Institution; diese Freiheit komme allein ihr und nicht den anderen Religionen zu<sup>74</sup>. Der Codex Iuris Canonici von 1918 bezeichnete in canon 1325 § 2 die Apostasie als Aufgabe des christlichen Glaubens insgesamt oder als Ablehnung einer der für den Glauben wesentlichen, fundamentalen und zentralen Glaubenswahrheiten<sup>75</sup>, wodurch der Glaube und die Einheit der Kirche gestört würden und weshalb der Selbsteintritt des Kirchenbanns erfolge<sup>76</sup>. Das heute geltende Kirchenrecht in der Neufassung vom 25. Januar 1983 sieht zwar nur noch die ipso iure eintretende Exkommunikation vor (canon 1364 § 1), doch wird der Glaubensabfall als das schwerste Verbrechen gegen Gottesverehrung und Einheit der Kirche angesehen<sup>77</sup>.

Immerhin postulierte die "Erklärung über die Religionsfreiheit" des II. Vatikanischen Konzils 1965 diese als ein allen Menschen zukommendes Recht<sup>78</sup>, was aber natürlich nicht ausschließt, daß bei aller Wahlfreiheit, die dem Menschen zugestanden wird, der Abfall vom wahren, eben dem christlichen Glauben eine schwere Sünde darstellt und mißbilligt wird. Bei allem Wohlwollen, das die katholische Kirche für die Muslime unter Berufung auf gewisse Gemeinsamkeiten heute aufbringt, mißbilligt sie doch den Übertritt zum Islam<sup>79</sup>.

5.4. Die Muslime begrüßen es, wenn Nichtmuslime, seien sie bisher Heiden oder Christen oder Juden oder was auch immer gewesen, zum Islam übertreten. Ohne jede Einschränkung und ohne Vorbehalte werden sie in die neue Religionsgemeinschaft aufgenommen; zumindest von der Lehre her gibt es keinerlei Vorbehalte, weshalb die Muslime auch sehr stolz darauf sind, daß ihre Religion keine sozialen oder rassischen Diskriminierungen kenne. Handelt es sich aber um den Wechsel vom Islam zu einer anderen Religion, so sind die Regelungen eindeutig<sup>80</sup>: das ist verboten und unter Strafe gestellt!

5.4.1 Im Koran selbst werden dem Apostaten Strafen im Jenseits angedroht; der Zorn Gottes und das Höllenfeuer erwarten ihn (Koran 16/106-107; 2/217; 3/86-91; 5/15). Dereinst wird ihn schmerzhafte Strafe treffen (3/91); Gott kann ihm unmöglich vergeben (vgl. 4/137). Dem Koran ist nicht zu entnehmen<sup>81</sup>, daß dem Apostaten bereits auf Erden, also im Diesseits, eine Strafe auferlegt werden solle.

Einschlägige Bestimmungen fanden die Rechtsgelehrten aber in der Sunna<sup>82</sup>. Stets zitiert wird der Ausspruch des Propheten: "Wer seine Religion wechselt, den tötet"<sup>83</sup>, oder: "Das Blut eines Muslims (zu vergießen) ist nicht erlaubt, außer in einem dieser drei (Fälle): der verheiratete Ehebrecher, Leben um Leben, und der seinen Glauben Verlassende und von der Gemeinschaft sich Trennende"<sup>84</sup>.

Die Rechtsgelehrten wurden sich schon frühzeitig einig, und so ist auch die heute herrschende Lehre<sup>85</sup>, daß der Apostat (murtadd)<sup>86</sup> mit dem Tod bestraft werden müsse, wurde doch durch den Abfall vom Islam ein Recht Gottes verletzt. Das Vermögen des Apostaten verfällt dem Staat<sup>87</sup>. Gewöhnlich erfolgte die Hinrichtung durch das Schwert. Es war lange Zeit umstritten<sup>88</sup>, ob man dem Abtrünnigen nicht doch noch die Chance einräumen müßte, zu bereuen und wieder zum wahren Glauben zurückzukehren - eine Auffassung, die dann allgemein anerkannte Lehrmeinung wurde<sup>89</sup>.

In einem islamischen Staat wie dem Königreich Saudi-Arabien, das kein Strafgesetzbuch besitzt, vielmehr der Scharia folgt, wird deshalb der Muslim, der vom Islam abfällt, als Apostat (murtadd) mit dem Tode bestraft, doch muß - hier zeigt sich der Einfluß des modernen Rechtsdenkens - ein gerichtliches Urteil zugrundeliegen<sup>90</sup>. In den in Ägypten vorgelegten islamischen Strafrechtsentwürfen<sup>91</sup> und in dem von Saudi-Arabien in Auftrag gegebenen Entwurf<sup>92</sup> wird nicht nur die Bestrafung des Apostaten selbst<sup>93</sup>, sondern auch die des dazu Anstiftenden<sup>94</sup> vorgesehen.

Daß Apostaten angeklagt und hingerichtet wurden, scheint ausgesprochen selten gewesen zu sein<sup>95</sup>; erst im Gefolge des islamischen Fundamentalismus der letzten Jahre sind Fälle bekannt, so etwa die Verfolgung der iranischen Bahai in der Islamischen Republik Iran. Weltweiten Protest, aber auch Zustimmung in muslimischen Kreisen<sup>96</sup>, rief die Hinrichtung des sudanesischen Gelehrten Mahmûd Muhammad Taha (geb. 1911) hervor, der und dessen Anhänger, die "Republikanischen Brüder" (al-ihwân al-gumhûrîyûn) für eine Modernisierung der Lehre und der Scharia eintraten und die Bestrafung der Apostasie verwarfen. Nachdem das Gericht in Khartum ihn der Volksverhetzung nach § 105 des sudanesischen Staatssicherheitsgesetzes und der Apostasie<sup>97</sup> vom Islam für schuldig befunden hatte, er sich aber weigerte zu widerrufen und zu bereuen, wurde er am 18.01.1985 durch den Strang hingerichtet.

5.4.2 Der Tatbestand der Apostasie ist nicht etwa nur dann gegeben, wenn ein Muslim offen und vor mindestens zwei männlichen Zeugen dem Islam abschwört, sondern auch andere Handlungen gelten als Nachweis des Abfalls vom Islam<sup>98</sup>: Lästerung Gottes, Beschimpfen und Beleidigen des Propheten<sup>99</sup>, das Leugnen unstrittiger und von allen Muslimen durch Konsens als notwendig anerkannter Glaubenswahrheiten; das Anbeten von Götzenbildern; die verächtliche Behandlung des Korans; das Unterlassen der pflichtgemäßen Gebete, des Fastens, der Almosengabe; die offene Ablehnung der Scharia.

Bei den eingangs genannten Fällen (s. 2.1.1), die sich jüngst in Ägypten zutragen, handelt es sich demnach ganz eindeutig um Apostasie! Auch der Fall des Schriftstellers Salman Rushdie (s.o. 2.1.2) ist unter diesem Aspekt zu sehen, denn seine Anspielungen - wenn auch im Roman<sup>100</sup> als "Traum" dargestellt - auf den Propheten<sup>101</sup>, auf dessen Frauen<sup>102</sup>, auf den Erzengel Gabriel<sup>103</sup> und schließlich auf die Koranverse<sup>104</sup> selbst, stellen eine Beleidigung und Verächt-

lichmachung des Islams und des Korans als des unerschaffenen Wortes Gottes dar und sind ausreichender Beweis dafür, daß er kein Muslim mehr, sondern ein Abtrünniger, eben ein murtadd, ist, der entsprechend bestraft werden muß<sup>105</sup>. Abtrünnige sind aber auch solche Muslime, die dem Kommunismus anhängen<sup>106</sup>, oder diejenigen, die vertreten, das islamische religiöse Recht, die Scharia, müsse in moderner Zeit nicht mehr angewandt werden<sup>107</sup>, vielmehr könne man darauf verzichten - wie es etwa die ägyptischen Säkularisten tun, und die deshalb dann mit dem Vorwurf, Apostaten zu sein, konfrontiert werden.

5.4.3 Bemerkenswert ist, daß der Abfall vom Islam niemals mit Verweis auf den bereits erwähnten Koranvers "kein Zwang in der Religion" gerechtfertigt werden kann; man zieht ihn, neben anderen, nur heran, um ein Toleranzgebot den "Leuten des Buches" gegenüber zu begründen<sup>108</sup>, niemals aber, um den Religionswechsel vom Islam weg zu gestatten. Ein prominenter Propagandist der Muslimbruderschaft, Muhammad Qub, schrieb denn auch<sup>109</sup>, daß dieser Vers nicht für denjenigen gelten könne, der vom Islam abfalle, denn wer einmal die wahre Religion angenommen habe, könne sie nicht wieder aufgeben.

5.4.4 In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, daß es nach islamischem Recht den Nichtmuslizen nicht erlaubt ist, unter Muslimen für ihre Religion zu werben und Mission zu treiben. Versucht ein Jude oder Christ dies, so verletzt er die ihm auferlegte Loyalitätspflicht gegenüber der islamischen Gemeinschaft (umma) und verliert deshalb seinerseits den Anspruch auf Schutz und Toleranz<sup>110</sup>. Dieses grundsätzliche Verbot hat Eingang gefunden in das marokkanische Strafgesetzbuch: Nach § 220 II wird derjenige mit Gefängnis von 6 Monaten bis 3 Jahren und Geldstrafe von 200 bis 500 Dirham bestraft, der einen Muslim durch irgendwelche Mittel dazu bringt, den Islam aufzugeben<sup>111</sup>.

Während nach bundesrepublikanischem Rechtsverständnis Art. 4 I und II nicht nur die Werbung für den Glauben, sondern auch die Abwerbung vom fremden Glauben einschließt<sup>112</sup>, gar ein Missionsrecht garantiert<sup>113</sup> - wobei aber gewisse Formen einzuhalten und Grenzen zu beachten sind<sup>114</sup> -, gestattet dies das islamische Recht nur den Muslimen, denen die Islamisierung von Ungläubigen Pflicht, von Andersgläubigen - also Juden und Christen - immerhin erlaubt ist, während letztere auf keinen Fall versuchen dürfen, Muslime ihrem Glauben abspenstig zu machen.

Anders als das Menschenbild des Grundgesetzes, dem die Vorstellung zu grunde liegt, daß der einzelne Bürger in einer pluralistischen Gesellschaft unterschiedlichster religiöser und weltanschaulicher Überzeugungen, die miteinander konkurrieren und deshalb auch um Anhänger werben<sup>115</sup>, lebt, folgt die islamische Lehre dem Grundsatz, daß die Muslime nicht in ihrem Glauben durch andere Religionen - selbst wenn diese das Christentum oder das Judentum sein sollten - verunsichert werden dürfen<sup>116</sup>. Das Recht des Muslims auf Glaubenssicherheit und auf Schutz vor nichtislamischen Aktivitäten wird also sehr hoch eingeordnet<sup>117</sup>, während das Recht der Nichtmuslime auf Ausübung ihrer Zeremonien und auf öffentliche und private Propagierung ihres Glaubens beschränkt ist. Es wird dem muslimischen Bürger nicht zugemutet, einer Glaubensabwerbung ausgesetzt zu werden und sich ihrer erwehren zu müssen, was gerade im liberal verfaßten Staat den Preis der religiösen Neutralität und "das Risiko der Glaubensfreiheit als einer öffentlichen und privaten Freiheit" ausmacht<sup>118</sup>.

## 5.5 Zwischenergebnis:

Es läßt sich konstatieren: Das Recht, die Religion zu wechseln, betrifft nur den Übertritt zum Islam<sup>119</sup>. Der immer wieder zitierte Koranvers: "Es gibt keinen Zwang in der Religion" kann durch einen Muslim nicht so ausgelegt werden, als ob es ihm gestattet sei, den Islam aufzugeben und eine andere Religion oder irgendeine andere Weltanschauung anzunehmen.

## 6. Paradigmenwechsel in der heutigen islamischen Lehre

6.1 Den heutigen muslimischen Rechtsgelahrten ist bewußt, daß diese Beschränkung der Religionsfreiheit in einer pluralistischen, multikulturellen und multireligiösen Weltgesellschaft auf Unverständnis stößt, fällt es doch schwer, die für die Apostasie vom Islam vorgesehene Todesstrafe als gerecht und angemessen zu akzeptieren, da sie evident dem Wortlaut des Art. 18 der Menschenrechtserklärung von 1948 widerspricht, wo es ausdrücklich heißt: "Dieses Recht umfaßt die Freiheit, seine Religion oder seine Überzeugung zu wechseln". Selbst wenn heute muslimische Theologen recht selbstbewußt jegliche westlichen und östlichen Kultur- und Rechtsvorstellungen ablehnen und geneigt sind, sich auf ihr eigenes System selbstgenügsam, gleichsam selbstreferentiell, zurückzuziehen, so ist ihnen doch klar, daß es zumindest dem Rechtsempfinden der Bürger der westlichen Welt nicht einzuleuchten vermag, daß das kollektive Rechtsgut "Religion" ausgerechnet durch eine Verletzung des individuellen Rechtsgutes "Leben und körperliche Unversehrtheit" des einzelnen Bürgers geschützt werden soll.

Nach all dem Blutvergießen im Namen von Religionen, die ihren Wahrheits- und Verbindlichkeitsanspruch nicht anders durchzusetzen in der Lage waren - oder glaubten, dies mit anderen Mitteln nicht durchsetzen zu können -, erscheint es heute als absurd, jemanden wegen seiner Religion oder gar wegen des Wechsels der Religion bestrafen, im Namen eines göttlichen Rechts und unter Berufung auf eine Religion sogar hinrichten zu wollen.

Eingedenk der Opfer und Verwüstungen durch Religionskriege war es gerade eines der Ziele der Menschenrechtserklärung von 1948, durch Festschreibung des Grundrechts auf Religionsfreiheit und des Rechts auf ungehinderten Religionswechsel Glaubenskriege verhindern zu helfen, zumindest aber derartigen Versuchen allgemein als verbindlich anerkannte Normen entgegenzusetzen.

6.2 Heute wissen muslimische Theologen, daß die nach islamischem Recht vorgesehene Strafe nicht einfach damit gerechtfertigt werden kann, daß ein Recht Gottes verletzt worden sei und daß der Prophet selbst entsprechendes befohlen habe. Eine derartige Rechtfertigung würde zwar systemimmanent ausreichen, da der Gläubige selbst dies, ohne zu hinterfragen, hinnehmen würde, aber im weltweiten und säkularisierten Bereich genügt dies doch wohl schwerlich! Aus diesem Grunde begaben sie sich nunmehr auf eine andere Argumentationsebene. Sie gestehen zu, daß das Recht auf Religionsfreiheit auch ein Individualrecht, das aber nicht schrankenlos ausgeübt werden dürfe, sei, vielmehr stehe ihm das Kollektivrecht der jeweiligen Gesellschaft auf Integrität gegenüber<sup>120</sup>. Selbstverständlich akzeptiere der Islam auch das individuelle Menschenrecht auf Religionsfreiheit. Niemand dürfe zu einem bestimmten Glaubens gezwungen werden, und der Islam habe dies ja gegenüber Juden und Christen immer wieder

unter Beweis gestellt. Aber wenn ein Mensch seinen Glauben einmal gewählt habe, dann dürfe er ihn nicht wieder aufgeben, ansonsten dies die Stabilität der Gesellschaft, der er angehört, erschüttern würde.

Es zeigt sich hier nun zum einen ein ausgesprochen statisches Denken der Theologen, denen an einer Veränderung nicht gelegen ist; doch wird dieses immer durchbrochen dann, wenn der Islam ins Spiel kommt, denn der Wechsel zum Islam darf nicht untersagt werden. Dieses statische Denken bringt es andererseits aber auch mit sich, daß dem, wie gesagt, zielgerichteten Individualrecht auf Religionswechsel - so es denn überhaupt eingeräumt wird - das kollektive Recht der Gemeinschaft der Rechtsgenossen gegenübersteht, nämlich das Recht auf Integrität ihrer islamischen Gemeinschaft.

Es sei hier Dr. Muhammad Hamidullah zitiert, dessen Buch "Einführung in den Islam"<sup>121</sup> insbesondere bei deutschen Konvertiten und deren Stützpunkten, den islamischen Zentren, weite Verbreitung fand. Dort heißt es in schöner Offenheit: "So sehr das islamische Gesetz ausdrücklich die Religionsfreiheit der Andersgläubigen anerkennt, und obgleich es entschieden jeden Versuch zur zwangsweisen Bekehrung zum Islam untersagt, so hält es doch die ihm Unterworfenen in einer strengen Zucht. Die Grundlage der islamischen Staatsangehörigkeit ist religiös und wird nicht ethnisch, sprachlich und gebietsmäßig verstanden; daher wird Apostasie begreiflicherweise wie ein politischer Verrat betrachtet. Dieses Verbrechen zieht Zwangsmaßnahmen nach sich"<sup>122</sup>!

## *7. Apostasie als Angriff auf den Bestand des Staates*

7.1 Wenn fast jede arabische Verfassung<sup>123</sup> die Bestimmung enthält, daß der Islam die Religion des Staates sei, so entspricht dies zwar der Tatsache, daß die Staatsbürger (bis auf Minderheiten) sich zu dieser Religion bekennen, aber dies zur hochrangigen Verfassungsnorm mit allen sich daraus ergebenden islamrechtlichen Folgen und Wirkungen zu erheben, ist ein Charakteristikum eben dieser Staaten dieses Kulturkreises. Da dem aber so ist und der Islam als wesentlicher Bestandteil der Grundordnung des Staates angesehen wird, stellt der Abfall vom Islam, sei es nun der eines einzelnen oder sei es gar der einer ganzen Gruppe von Personen, einen Angriff auf eben diese Grundordnung, auf die innere Sicherheit und auf die Integrität der Gesellschaft dar<sup>124</sup>. Mit anderen Worten: Apostasie ist Hochverrat (*hiyâna əuzmâ*), stellt eine Bedrohung der Existenz des Staates dar, tastet seinen Bestand an<sup>125</sup>. Selbst die Apostasie einer einzigen Person vom Islam tangiert das islamische Staatswesen und die ihm zugrunde liegenden Ordnungs- und Wertvorstellungen, die, wie aus der Verfassung abgeleitet wird, islamisch zu sein haben. Die Beibehaltung des Islams wird in den Rang eines Verfassungsgrundatzes, hinter dem jegliches Individualinteresse zurückzustehen hat, erhoben.

7.2 Dies sei illustriert anhand der Ausführungen von *‘Abd al-Qâdir ‘Auda*<sup>126</sup>, dessen zweibändiges opus magnum "Das islamische Strafrecht im Vergleich mit dem positiven Recht"<sup>127</sup> ein anerkanntes Handbuch für das Studium des islamischen Rechts darstellt. *‘Auda* schreibt<sup>128</sup> bezüglich des Abfalls vom Islam, der Apostat sei vogelfrei, und es sei die Aufgabe der Obrigkeit, ihn zu töten; komme sie ihrer Pflicht nicht nach, so obliege die Vollstreckung jedem einzelnen Muslim!

Zur Begründung greift <sup>c</sup>Auda<sup>129</sup> zurück auf Bestimmungen, wie er sie in anderen Rechtskreisen zu finden glaubt, denn auch dort gebe es jeweils eine Ordnung (nizâm), auf der die jeweilige Gesellschaft beruhe, und jeder, der diese Ordnung in Frage stelle, werde mit der härtesten Strafe belegt. So bestrafte der kommunistische Staat die Untertanen, die die kommunistische Lehre aufgaben und für die Demokratie Propaganda machten<sup>130</sup>; der faschistische Staat bestrafte diejenigen, die zum Kommunismus oder zur Demokratie aufriefen; die demokratischen Staaten<sup>131</sup> bekämpften den Kommunismus und den Faschismus und stellten Handlungen, die einen Aufruf dazu darstellten, unter Strafe. Aber diese Staaten, die von Menschen stammende Doktrinen, nicht aber die Religion, zur Grundlage ihrer Gesellschaftsordnungen gemacht hätten, könnten es sich leisten, meint <sup>c</sup>Auda, den Religionswechsel nicht zu verbieten, da dies keine Auswirkungen auf die Ordnung selbst habe, wohingegen sie den Abfall von der eigenen Doktrin - Kommunismus, Faschismus oder Demokratie - sehr wohl hart bestrafen, unter Umständen mit dem Tode, sähen sie doch ihre eigene Grundordnung gefährdet. Wenn aber schon die auf weltlichen Doktrinen beruhenden Staatswesen eine derartige Strafe als gerechtfertigt ansähen, um wieviel mehr komme es dann doch einer Gesellschaftsordnung, die auf dem Recht Gottes beruhe, zu, die Todesstrafe für den Abfall vom Isam zu verhängen! Hier sei es doch zum Schutze dieser von Gott gewollten Ordnung noch mehr gerechtfertigt<sup>132</sup>!

Ergo: Das islamische Staatsinteresse und das Wohl der Gesellschaft haben Vorrang vor dem Recht des einzelnen, den Islam aufzugeben. Der islamische Staat kann um seiner selbst willen die Apostasie nicht gestatten; es geht nicht mehr um das traditionelle Recht der Religionsfreiheit, vielmehr um das Delikt des Hochverrats.

7.3 Der in der heutigen islamischen Rechtsliteratur in Nachahmung westlichen Vorbilds verwendete Terminus Hochverrat (*hiyâna cuzmâ*) wird in den Strafgesetzbüchern der arabischen Staaten nicht gebraucht, vielmehr ist von Straftaten gegen das Allgemeinwohl (maslaha *cumûmîya*) oder gegen die innere Sicherheit (amn dâhil) des Staates die Rede, eine Einteilung, die dem französischen code pénal mit seinen crimes et délits contre la chose publique bzw. contre la sûreté de l'Etat entspricht (s. u. 7.3). Dabei handelt es sich um Delikte, die wir als Verrat, Spionage und dergleichen bezeichnen würden, aber es wird auch der Tatbestand aufgeführt, der dem des Hochverrats in etwa entspricht. So wird nach § 97 ägypt. StGB mit lebenslanger oder zeitiger Zwangsarbeit derjenige bestraft, der versucht, mit Gewalt die Verfassung des Staates, das republikanische System oder die Regierungsform zu stürzen oder zu ändern<sup>134</sup>. Geschieht dies durch eine bewaffnete Bande, dann ist die Todesstrafe vorgesehen. Das materielle Element (d.h. der Tatbestand) besteht darin<sup>135</sup>, durch Gewalt, Terror oder sonstige rechtswidrige Mittel, sei es als Einzelperson, sei es als Vereinigung oder Organisation, die politische, wirtschaftliche oder gesellschaftliche Ordnung des Staates, seine Verfassung oder seine Regierungsform umzustürzen. Im Zusammenhang mit den Tatbestandsmerkmalen wird auch der Fall dargelegt, daß sich der Versuch gegen die Verfassung des Staates richtet; was darunter im einzelnen zu verstehen ist, wird nicht ausgeführt.

Die Strafgesetzbücher der anderen arabischen Staaten enthalten ähnliche Formulierungen wie das StGB Ägyptens. Unter Strafe steht der Versuch, die Regierungsform (nizâm al-hukm) zu ändern (§ 77 alger. StGB: lebenslange Freiheitsstrafe; § 72 tunes. StGB: Todesstrafe; § 24 Abs. 2 des kuwaitischen Gesetzes Nr. 16/1960: Todesstrafe), oder bestraft wird, wer rechtswidrig die Verfassung zu ändern sucht (§ 136 jord. StGB: Todesstrafe; § 291 syr. StGB: lebenslange Freiheitsstrafe), oder wer die Ordnung und die Monarchie stürzen will (§ 147 i. Verb. m. § 169 marokk. StGB: 10 bis 30 Jahre Freiheitsstrafe).

Da die Verfassungen dieser Staaten aber jeweils bestimmen, daß der Islam die Staatsreligion ist, wäre es durchaus möglich, in der Apostasie eines Staatsbürgers vom Islam einen Angriff auf die Verfassung zu sehen; dennoch wäre der Tatbestand aber nicht erfüllt, da es an der Gewaltanwendung fehlt, die hinzukommen muß. Soweit ersichtlich, ist in der Lehre im Zusammenhang mit Straftaten gegen die innere Sicherheit des Staates bisher noch nicht auf die Apostasie abgestellt worden. Bezeichnenderweise findet sich in den modernen Strafgesetzbüchern der arabischen (und der islamischen) Staaten<sup>136</sup> keine, die die Apostasie unter Strafe stellen würde, weshalb ja, wie eingangs erwähnt, die Fundamentalisten ihre Einführung fordern und entsprechende Gesetzesentwürfe vorlegen.

Die Argumentation der muslimischen Fundamentalisten, aus der Apostasie einen Angriff auf die Staatsordnung und damit aus ihr ein Hochverratsdelikt zu machen, findet in den positiven Strafgesetzen der arabischen Staaten also (noch) keine Stütze.

7.4 Wenn im algerischen (§ 77) und tunesischen (§ 72) StGB die Formulierung "wer die Regierungsform zu ändern versucht" zu finden ist, so entspricht dies der alten Fassung des art 87 code pénal (détruire ou changer le gouvernement) Frankreichs, womit aber nach einhelliger Meinung die in der Verfassung festgelegte Ordnung gemeint war<sup>137</sup>. Angesichts der innenpolitischen Wirren während des Algerienkrieges erhielt im Rahmen einer gesamten Neufassung der crimes et délits contre la sûreté de l'Etat am 4. Juni 1960 der geltende art 86 seine heutige Fassung, in der nunmehr von Anschlag (attentat) die Rede ist, dessen Ziel es sei, die verfassungsmäßige Ordnung zu zerstören oder zu ändern (de detruire ou de changer le régime constitutionnel)<sup>138</sup>, was, sei die Tat nun vollendet oder nur Versuch geblieben, mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft wird (- es ist also keine Todesstrafe vorgesehen<sup>139</sup>).

Im derzeit geltenden code pénal ist also expressis verbis vom Angriff auf das Verfassungssystem die Rede, wie auch in § 87 ägypt. StGB oder in § 136 jord. StGB oder § 291 syr. StGB.

Da die verfassungsmäßige Ordnung Frankreichs die strikte Trennung von Staat und Religion vorsieht und Frankreich als république laique bezeichnet, wäre die Errichtung einer islamischen Regierung, wie sie die Fundamentalisten den Muslimen als Pflicht auferlegen, ein eindeutiger Verstoß gegen art 86 cp, während es umgekehrt natürlich absurd wäre, im Religionswechsel eine Gefahr für das Bestehen des Staates sehen zu wollen.

Der von den islamischen Fundamentalisten genannte und auf Systemveränderung abstellende Hochverrat wäre vergleichbar dem im deutschen StGB in § 81 Abs. 1 Nr. 2 aufgeführten Verfassungshochverrat, bei dem das Angriffsobjekt die verfassungsmäßige Ordnung ist<sup>140</sup>; ein solches Unternehmen, das auf ei-

nen gewaltsamen Umsturz im Innern zur Beseitigung eben dieser Ordnung abzielt, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter 10 Jahren bestraft.

Da die verfassungsmäßige Ordnung des Grundgesetzes keine Staatsreligion gestattet, ist es völlig undenkbar, die Apostasie - die ja durch die verfassungsmäßige Grundordnung durchaus geschützt wird - als Hochverrat unter dem Tatbestand des § 81 subsumieren zu wollen. Umgekehrt wäre es aber so, daß das gewaltsame Unternehmen (möglicherweise durchgeführt durch deutsche Muslime unter Berufung auf die Grundforderung ihrer Religion und unter Verweis auf das Grundrecht der Glaubensfreiheit), einen Religionsstaat in der Bundesrepublik zu errichten, dann den Tatbestand des § 81 erfüllt.

7.5 Zwischenergebnis: Apostasie als Hochverrat, wie sie die islamische Seite postuliert und was nach deutschem und französischem Grundrechtsverständnis als absurd erschiene, wird bis jetzt im Strafrecht der arabischen Staaten nicht als Angriff auf die innere Sicherheit des Staates angesehen.

Stellten die islamischen Staaten tatsächlich, wie in den oben erwähnten Strafrechtsentwürfen vorgesehen, die Apostasie unter Strafe (Todesstrafe!), so wäre dies zweifellos eine Verhinderung des in Art. 18 der Menschenrechtserklärung von 1948 im Zusammenhang mit der Religionsfreiheit genannten Rechts auf Religionswechsel - eine Verhinderung, die Art. 30 der Menschenrechtserklärung ausdrücklich untersagt<sup>141</sup> (vgl. auch Art. 5 des Bürgerrechtspakts von 1966).

### *8. Einheit von Staat und Religion*

8.1 Religionsfreiheit als Grund- und Menschenrecht verlangt die Unterscheidung zwischen Staat und Religion, was aber im islamischen System, das die Einheit von Staat und Religion vorsieht und zu verwirklichen strebt, nicht möglich ist. Unter diesem Aspekt sind die Einwände, die die Vertreter Saudiarabiens, des Iraks und Syriens, aber auch Ägyptens, gegen die Formulierungen "Recht auf Religionswechsel" des Art. 18 der Menschenrechtserklärung von 1948 erhoben, zu sehen. Damals konnten sie sich nicht durchsetzen<sup>142</sup>; aber bei der Diskussion um den internationalen Pakt über die bürgerlichen und politischen Rechte von 1966, als abzusehen war, daß Saudiarabiens und Ägyptens Vorschlag, die Freiheit des Religionswechsels überhaupt zu streichen, kein Erfolg beschieden sein würde, erreichten sie, daß als Kompromiß die Formulierung "die Freiheit, eine Religion ... eigener Wahl zu haben oder anzunehmen..." in Art. 18 aufgenommen wurde. Auch später fanden Erklärungen der Vereinten Nationen, die die Beseitigung aller Formen von Intoleranz und Diskriminierung aufgrund von Religionen oder Weltanschauungen forderten (so 1981) oder die eine Sonderkommission zur Überprüfung von Menschenrechtsverletzungen einsetzen wollten (so 1986), nicht die Unterstützung der islamischen (und osteuropäischen!) Staaten.

8.2 Die Ordnung, wie sie dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vorschwebt, setzt einen in Dingen der Religion neutralen Staat voraus, denn nur durch einen neutralen Staat kann Religionsfreiheit garantiert wer-

den<sup>143</sup>. Es gehört zum Selbstverständnis eines modernen Staates, in Religionsfragen nicht mehr Partei zu sein, sondern sich in der Verfassung zur Neutralität verpflichtet zu haben<sup>144</sup>. Der Staat verbürgt - wie Art. 4 I des Grundgesetzes ausgelegt wird - nicht nur die Freiheit, für den eigenen Glauben zu werben, sondern auch, von einem fremden Glauben abzuwerben. Das bedeutet, daß jedem Bürger das Recht garantiert ist, seine Religion, welche auch immer es sei, zugunsten einer anderen zu wechseln.

8.3 Zu beachten ist auch, daß ein entscheidender Unterschied zwischen der islamischen Auffassung und dem Begriff der Toleranz, wie er dem Grundgesetz zugrundeliegt, besteht. Heutige Muslime bezeichnen ihren islamischen Staat als tolerant, da er bereit ist, Nichtmuslime als Bürger zu ertragen, ihnen Rechte zuzugestehen und besondere Pflichten aufzuerlegen, während der Staat des Grundgesetzes Toleranz bei seinen Bürgern gegenüber ihren Mitbürgern verlangt. Das ist eine wichtige Differenzierung, wie sie auch K. Schlaich<sup>145</sup> herausgearbeitet hat: Der Staat gewährt nicht mehr Toleranz, sondern er ist zum Hüter der Toleranz, die er bei den Bürgern voraussetzt, geworden. Wäre es anders und gebärdete sich lediglich der Staat tolerant, so wäre dies ein höchst unsicherer und fragiler Zustand, da die Tolerierten niemals wüßten, wann die vom Staat gewährte Toleranz wieder rückgängig gemacht würde<sup>146</sup>. Im islamischen Staat kann die von Bedingungen abhängig gemachte religiöse Toleranz wieder aufgehoben werden, während dies der Staat des Grundgesetzes nicht kann, da er selbst die Toleranz nicht gewährt, sondern sie bei allen Bürgern und Gruppierungen von vornherein voraussetzt und fordert. Er verlangt von ihnen eine Toleranz des "Miteinander"<sup>147</sup>; diese betrifft die Freiheit und die Überzeugung des anderen, und nicht den eigenen Anspruch, im Besitz des alleinseligmachenden Glaubens und der absoluten Wahrheit zu sein. Das Grundgesetz verlangt einen Pluralismus von miteinander konkurrierenden Ideen und Interessen, um ein Höchstmaß an öffentlicher und privater Freiheit des Bürgers verwirklichen zu können; das setzt tolerante Bürger voraus, ein toleranter Staat wäre nicht genug.

Im islamischen Staat dagegen ist die Toleranz eine Toleranz "gegen jemanden", d.h. er erträgt die anderen - so die Juden und die Christen als die "Leute des Buches"; er respektiert sie sogar, aber sie sind niemals gleichberechtigt<sup>148</sup>. Im islamischen System wird Toleranz deshalb im Sinne dezidierter Parteilichkeit<sup>149</sup> verstanden - auf den Islam hin! Und ein Gebot der Nichtidentifikation des Staates mit einer Religion oder ein Neutralitätsprinzip haben keinen Platz, sind nicht vorgesehen. So etwas zu fordern, wäre gleichbedeutend mit Abschaffung des Systems; eine solche Forderung steht deshalb unter Strafe. Deshalb verbietet dieser Staat keine Religionsfreiheit, sondern er gewährt nur religiöse Toleranz, worauf die Muslime so stolz sind, an gewisse Gruppen.

Folglich besteht im islamischen Staat die wahre Glaubens- und Religionsfreiheit in der Propagierung der richtigen Religion; die Religionsfreiheit ist ein Recht zugunsten der als wahr nicht nur erkannten, sondern der "wahr segenden" Religion, niemals gegen dieselbe, da eine Weltanschauung, die religiös neutral<sup>150</sup> oder gegen die Religion gerichtet ist, in einen Ausschließlichkeitsanspruch erhebenden Staat gar nicht integrierbar wäre.

Der islamische Staat erfüllt das religiöse Gleichheitsgebot der Menschenrechtserklärung in keiner Weise; er ist dazu auch nicht in der Lage, will er nicht

seine eigene Grundlage völlig aufgeben. Vielmehr kommt dem islamischen Staat eine Religionshoheit zu. Faktisch äußert sie sich darin, daß der Staat festlegt, welche Religionen neben dem Islam noch zugelassen sind, wie sie sich zu organisieren haben, wieweit die Kompetenzen ihrer geistigen Führer, Würdenträger, Priester usw. gehen. Die zugelassenen Religionen unterstehen einem ständigen Erlaubnisvorbehalt durch den islamischen Staat, was vor allem die Zustimmung der Behörden zu Prozessionen, zum Bau von Kultstätten oder Unterrichtsstätten, zum Tragen äußerer Kennzeichen der Konfessionen usw. betrifft. Diese Religionshoheit zeigt sich auch darin, daß der Staat jede Weltanschauung oder religiöse Sekte (wie z. B. die Zeugen Jehovas oder die Bahai) verbieten oder verfolgen lassen kann, indem er sie als antistaatlich einordnet.

8.3.1 Der ägyptische Präsident Anwar as-Sâdât (ermordet 1981) gab ein Beispiel dafür, wie ein Staat eine derartige Religionshoheit ausübt. Nicht nur, daß der islamische Charakter des Landes betont wurde durch eine Verfassungsänderung, die die Scharia zur Hauptquelle der Gesetzgebung machte<sup>151</sup>, sondern darüber hinaus wurde mit Hilfe mehrerer Gesetze<sup>152</sup> dafür gesorgt, daß alle nichtreligiösen Strömungen keinerlei Chancen auf politische Mitwirkung erhielten.

8.3.2 In der ägyptischen Rechtslehre wird diese Beschränkung akzeptiert<sup>153</sup>; sie widerspreche nicht dem Prinzip der Glaubensfreiheit<sup>154</sup>. Diese Freiheit habe sich in den Grenzen des *ordre public* (*nizâm eâmm*) zu bewegen, der nach Art. 2 der Verfassung der Islam sei. Das Gesetz Nr. 33 (1978) zum Schutz der Nationalen Front bewahre die Jugend vor gegen die Religion gerichteten Denkrichtungen und Weltanschauungen. Die Jugend müsse insbesondere vor Marxisten, Anarchisten und Kommunisten, aber auch vor westlichen Materialisten, Existenzialisten, Nihilisten und Säkularisten geschützt werden, denn diese alle zerbrächen das gesunde soziale Gefüge, zerstörten das Familienleben, erlaubten die Promiskuität und förderten die Permissivität.

Es sei noch das Gesetz Nr. 40 (1977; in der Fassung des Gesetzes Nr. 36/1979) über die politischen Parteien genannt. Auch hier findet man die Grundforderung, daß das Programm keiner Partei gegen die Prinzipien der *sâri'a* verstößen dürfe (§ 4). Extrem linke oder extrem liberale Parteien, etwa die Säkularisten, die die nach islamischer Anschauung absurde Idee vertreten, die Religion solle Privatsache sein, werden als gegen die Grundordnung gerichtet ausgegrenzt. Sie würden die innere Sicherheit des Staates (*amn ad-daula ad-dâhilî*) bedrohen, was strafrechtlich geahndet werden müsse.

#### 8.4 Der *ordre public* als Maßstab

8.4.1 Konsultiert man die arabische Rechtsliteratur, so stößt man immer auf den Verweis auf den *ordre public* (*nizâm eâmm*). Da die Verfassung den Islam als Religion des Staates nenne und außerdem feststelle, daß die Scharia die Hauptquelle der Gesetzgebung sei, verstoße alles, was nicht mit den Lehren und Regelungen des Islams übereinstimme, gegen den *ordre public*. In der ägyptischen Rechtsprechung finden sich zahlreiche Urteile, die diese Rolle des islamisch geprägten *ordre public* anerkennen und unterstreichen - etwa, daß der Abfall vom Islam nicht erlaubt sei, denn Apostasie sei Unglaube<sup>155</sup> und Religionslosigkeit.

8.4.2 Ordre public<sup>158</sup> bedeutet in der französischen Lehre<sup>157</sup>, die die arabischen Juristen noch immer beeinflußt, die tatsächliche Ordnung in der Gesellschaft; dies setzt voraus, daß bestimmte Wertungen vorhanden sind, die in ihrer Gesamtheit vom Staat in den positiven Gesetzen garantiert, geschützt und verdeutlicht werden<sup>158</sup>. Eine solche Ordnung erfordert aber auch die Abwehr der das gesellschaftliche Gleichgewicht störenden Kräfte, und zwar auf allen Rechtsgebieten, nicht etwa nur im Zivilrecht, sondern auch im Staats-, Verwaltungs- und Strafrecht.

Der ordre public ist demnach zuvörderst eine Klausel zum Schutz der bestehenden Gesellschaftsordnung. Andererseits ist er aber auch Veränderungen ausgesetzt, denn die in einer Gesellschaft herrschenden Werte und Auffassungen ändern sich stets, und somit auch der Inhalt des ordre public. Ordre public ist ein funktioneller Begriff: seine Funktion besteht darin, die Gesellschaft zu schützen - über den Inhalt der zu schützenden Werte ist aber noch nichts ausgesagt!

Da sich die Werte und Auffassungen, die in der Gesellschaft herrschen, stets ändern können, und zwar je nach politischer Lage und gesellschaftlicher Befindlichkeit mitunter recht schnell, ist der Inhalt des ordre public an keine festen oder gar ewigen Werte gebunden<sup>159</sup>, läßt er der Justiz vielmehr beträchtlichen Ermessens- und Auslegespielraum, was durchaus je nach den Umständen der Zeit und des Ortes, aber auch des Einzelfalls, zu unterschiedlichen Entscheidungen führen kann<sup>160</sup>.

8.4.3 Was die Rechtslehre der arabischen Staaten im 20. Jahrhundert anlangt, so wurde der große ägyptische Jurist ʻAbd ar-Razzāq as-Sanhūrī<sup>161</sup> (gest. 1971); dessen voluminöses Werk über das Privatrecht<sup>162</sup> in keiner Anwaltskanzlei zwischen Atlantik und Indischem Ozean fehlen darf, maßgeblich. Seine Feststellungen über den ordre public wirken noch heute fort in den Lehrbüchern und Kommentaren aller arabischen Staaten. Nach Sanhūrī<sup>163</sup> werden diejenigen Rechtsnormen als ordre public angesehen, die politisch, gesellschaftlich und wirtschaftlich auf das Gemeinwohl (*maslaha ʻāmma*) der Gesellschaft abzielen, weshalb sie über den Interessen der Einzelpersonen stehen und von diesen durch vertragliche Abmachungen nicht ausgeschlossen oder beseitigt werden können. Sanhūrī führt dazu aus, daß der ordre public einen dehbaren Maßstab darstelle<sup>164</sup>, der stets veränderbar sei, da das Gemeinwohl je nach Kultur, Ort und Zeit unterschiedlichen Inhalts sein könne. Auch verweist er darauf, daß der Wirkungsbereich des ordre public auf das Privatrecht beschränkt sein könne, wenn der Rechtsordnung eine individuelle Ideologie zugrunde liegt (gemeint ist ein System, daß der Privatautonomie der am Rechtsverkehr Beteiligten große Freiheit bezüglich der Vertragsgestaltung läßt), was aber dazu führe, daß die sozial Schwachen benachteiligt würden. In Systemen mit überwiegend sozialistischer Tendenz oder mit die soziale Solidarität betonenden Ideologien hingegen diene die Berufung auf den ordre public dazu, dem Staat weitgehende Eingriffsmöglichkeiten zum Schutze der Schwachen vor den Starken zu bieten.

Sanhūrī stellt dann fest<sup>165</sup>, daß der ordre public das Tor sei, durch das gesellschaftliche, wirtschaftliche und politische Faktoren Eingang in die jeweilige Rechtsordnung fänden und sie erweitern oder verengen könnten. Der Inhalt des ordre public sei jeweils unter Berücksichtigung der Zeitumstände innerhalb der jeweiligen Nation festzulegen. Dabei erstrecke er sich auf alle Rechtsgebiete, so

auch auf die Grundfreiheiten (*hurrîyât câmma*) des Verfassungsrechts<sup>166</sup>, wozu auch die Freiheit der Religion und des Glaubens (*hurrîyât ad-dîn wal-i'tiqâd*) gehörten<sup>167</sup>. Wichtig wäre jedes Rechtsgeschäft, das es einer Person untersage, eine bestimmte Religion zu wählen, oder sie verpflichte, einem bestimmten Glauben oder einer bestimmten Konfession zu folgen<sup>168</sup>. Besonders im Bereich des Personenstandes - also im Familien- und Erbrecht (das ja in allen arabischen Staaten islamisch ist) - würden die islamischen Regelungen das Gemeinwohl verkörpern und seien sie deshalb verbindlicher Teil des herrschenden ordre public<sup>169</sup>.

Sanhûrî, dessen Werk nach 1952 erschien, vertritt zwar auch, daß der Islam und das islamische Recht en ordre public Ägyptens prägen, aber er schreibt nicht, daß dies deshalb der Fall sei, weil der Islam die Staatsreligion sei<sup>170</sup>.

Sanhûris Ausführungen, der in seinem Werk stets auf die französische Rechtslehre zurückgreift, wurden von arabischen Juristen übernommen und prägen bis heute den Begriff ordre public, der insbesondere im Zivilrecht (dort im Vertragsrecht) von Bedeutung ist, da "ein Vertrag nichtig ist, der gegen den ordre public oder die guten Sitten verstößt" (§ 135 ägyptisches ZGB)<sup>171</sup>. Der ordre public bestehe aus den Grundinteressen der Gemeinschaft, ohne die keine Stabilität denkbar sei und bei deren Nichteinhaltung die Gesellschaft untergehen würde<sup>172</sup>. Die Relativität des ordre public wird aber immer betont<sup>173</sup>, obgleich er die Norm abgibt, auf der die Rechtsordnung zu ruhen habe<sup>174</sup>. Da inzwischen in allen arabischen Verfassungen der Islam als Staatsreligion genannt wird, ist die Tendenz unverkennbar<sup>175</sup>, den ordre public islamisch anzureichern<sup>176</sup>, ihn zu "islamisieren"<sup>177</sup>. Es wird deutlich gemacht, daß, anders als in den westlichen Staaten, die Religion (= Islam) offizielle Rechtsquelle sei<sup>178</sup>, weshalb denn auch der religiöse Status (*hâla dîniya*) des Bürgers über die Anwendung von Gesetzen entscheide. In den letzten Jahren vertritt die ägyptische Lehre, daß alles, was der *sarâ'a islâmîya* widerspreche, auch dem ordre public widerspreche<sup>179</sup>. Demgegenüber stehen aber auch moderate Aussagen, wie etwa die des marokkanischen Juristen Mîkû, der meint, hinsichtlich der politischen Rechte seien alle Marokkaner - Muslime, Juden oder Christen - gleich, lediglich im Familien- und Erbrecht gebe es Unterschiede<sup>180</sup>.

Die ägyptische Lehre<sup>181</sup> zieht, um die eigene Situation zu erklären, das französische Gesetz über die Trennung von Staat und Kirche vom 19. Dezember 1905 heran, in welchem in art 1 die Religionsfreiheit und die Ausübung der Kulte garantiert wird, solange dies nicht gegen den ordre public verstöße. Dies gelte, so wird vertreten, in gleicher Weise für Ägypten; Glaubensfreiheit und Ausübung des Kultes - in Art. 46 der Verfassung garantiert - dürften demnach nicht gegen den ordre public verstossen. Letzterer sei islamisch, weshalb alles, was dem Islam widerspreche, gegen den ordre public sei. Insoweit habe man, rechtlich gesehen, in Ägypten eine Situation wie in Frankreich!

Dazu ist zu bemerken: Wenn der französische Gesetzgeber auf den ordre public verweist, dann auf einen solchen, der dafür sorgen soll, daß keine Religion das Übergewicht erhält, und der davon ausgeht, daß alle Religionen anerkennenswert sind; gerade Frankreich gehört zu den Staaten, in denen die Trennung von Staat und Kirche recht radikal ist. Wenn dagegen Ägypten als islamischer Staat sich auf den ordre public beruft, dann deshalb, um eine Religion - den Islam - zu privilegieren, zwei - Judentum und Christentum - zu ertragen und

den Rest auszugrenzen. Auch in den anderen arabischen Staaten dient der Verweis auf den ordre public dazu, den Vorrang des Islams zu erhalten.

Es zeigt sich also, daß dem Inhalt des ordre public eminente Bedeutung zu kommt; von ihm hängt es ab, ob eine absolute oder eine beschränkte Religionsfreiheit gewährt wird<sup>182</sup>.

8.4.4 Im deutschen Recht wird der Begriff ordre public vor allem im Internationalen Privatrecht als Vorbehaltsklausel verwendet<sup>183</sup>, was hier nicht weiter ausgeführt zu werden braucht, doch spielt er auch im Zusammenhang mit dem Verfassungsrecht<sup>184</sup> eine Rolle insofern, als die Grundrechtsbestimmungen geltende Rechtsnormen für alle Rechtsgebiete darstellen. Die durch die Ordnung des Grundgesetzes aufgerichteten Wertentscheidungen - nämlich die Neutralität des Staates in Angelegenheiten der Religion und die Garantie der Religionsfreiheit für alle Religionen - sind Bestandteil des deutschen ordre public<sup>185</sup>, wie nunmehr (1986) durch Art. 6 Satz 2 EGBGB ausdrücklich festgestellt ist<sup>186</sup>. Trotz aller Hochachtung vor fremden Wertesystemen und der gebotenen Behutsamkeit in der praktischen Anwendung<sup>187</sup>, ist dieser grundrechtliche ordre public, zu dem die absolute Religionsfreiheit, wie sie auch in der Europäischen Menschenrechtskonvention (die durch erfolgte Radikalisierung durch die Bundesrepublik dem einzelnen Bürger subjektive Rechte verlieh<sup>188</sup>) niedergelegt ist, zu beachten.

Die Rechtsnorm eines anderen Staates - so etwa das Verbot des Abfalls vom Islam im ägyptischen Recht und in den anderen arabischen Staaten - ist nicht anzuwenden, wenn dies mit den deutschen Grundrechten unvereinbar ist. Die Toleranz gegenüber den Wertgehalten der fremden Rechtsordnung gilt nur bezüglich der Rechtsnormen, "die nicht den menschenrechtlichen Mindeststandard oder den Wesensgehalt unserer Grundrechte berühren" (Klaus Stern).

Für die in Art. 4 I GG garantierte Religionsfreiheit gibt es keinerlei Gesetzesvorbehalt, ebensowenig für die in Absatz II garantierte freie Religionsausübung. Es ist aber letztendlich die verfassungsmäßige Gesamtordnung<sup>189</sup>, nach der kein Grundrecht schrankenlose Freiheit ermöglicht, zu beachten. Die sogenannten "immanenten Schranken" der Grundrechte<sup>190</sup>, die einem Verstoß gegen wichtige Interessen der Gemeinschaft vorbeugen, kommen gerade bei Art. 4 II, der eine allgemeine, nicht nur eine wie immer geartete religiöse Handlungsfreiheit garantiert, zum Tragen, wenn grundlegende Güter<sup>191</sup> wie Leben, Gesundheit und Freiheit Dritter verletzt würden, weshalb der allgemeine Ordnungsvorbehalt<sup>192</sup> zur Abwehr von Angriffen auf das Grundsystem des Staates und der Gesellschaft greift. Selbst eine pluralistische Gesellschaft besitzt trotz ständigen Wertewandels ein Minimum an sittlichen Grundverhaltensweisen und Vorstellungen<sup>193</sup>, die einheitlich anerkannt sind, denn gerade der Umstand, daß eine Verfassung wie das Grundgesetz ein Minimum an Inhalten und ein Optimum an verfassungsmäßigen Kommunikationsregeln vorschreibt, ermöglicht einen verfaßten "normativen Pluralismus" (Häberle) und hält "das Volk als pluralistische Größe zusammen", setzt aber gleichzeitig eine Vielfalt der Interessen, Meinungen, Überzeugungen frei, und zwar nicht nur als Privatsache des Bürgers, sondern in "pluralistischer Offenheit". Dem sind nur dann Grenzen gesetzt, wenn dieser Pluralismus dazu genutzt wird, antipluralistische Theorien durchzusetzen<sup>194</sup>.

Ist also auch die deutsche Verfassungsordnung eine Art höherer ordre public, wie die Verfechter des islamischen Rechts meinen? Ein höchstrangiges Wertesystem sicherlich; sie ist auch nicht wertneutral! Doch es handelt sich um ein Wertesystem, in dessen Mittelpunkt die freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Würde des Menschen stehen, eine Grundentscheidung, die für alle Bereiche des Rechts zu gelten hat und in dessen Rahmen sich dann auch alle Religionen zu bewegen haben, wenn sie das Freiheitsrecht des Art. 4 I und II genießen wollen. Das ist sehr wohl zu unterscheiden vom ordre public eines islamischen Staates, der auf die Scharia Bezug nimmt, die absoluten Vorrang vor allen anderen Religionen beansprucht.

8.4.5 Die verfassungsmäßige Wertordnung des Grundgesetzes deckt sich, da einen grundrechtsbezogenen und somit über- und vorstaatlichen ordre public darstellend, nicht mit dem ordre public des französischen Rechts oder dem ordre public der Rechtslehre der arabischen Staaten, wo ordre public bzw. nizâm «âmm lediglich das Gemeinwohl (maslaha «âmma) umfaßt, also die gesellschaftlichen, politischen und wirtschaftlichen Zustände betrifft, wie sie nun einmal sind.

Wenn im 20. Jahrhundert die muslimischen Gelehrten mit diesem, im islamischen Recht ursprünglich nicht vorhandenen Begriff ordre public arbeiten, so ist dies eine Übernahme aus der französischen Doktrin, welche sie, bei aller Ablehnung des stets vermuteten abendländischen Kulturimperialismus, als die weltweit vorherrschende betrachten; in letzterer Doktrin wird der ordre public als ausgesprochen flexibel und dehnbar dargestellt, dabei eine Affinität zu etatistischem Denken nicht verleugnend, was wiederum der islamischen Vorstellung der Einheit von Staat und Religion entgegenkommt.

Doch ist zu beachten: Während die Juristen der weltlichen Universitäten der arabischen Staaten zumeist noch immer den ordre public als veränderlich und flexibel beschreiben, wobei allerdings in Ägypten die Tendenz zur Islamisierung bemerkbar ist, gehen die Juristen des islamischen Rechts heute einen Schritt weiter und stellen fest, der ordre public sei islamisch geprägt. Dadurch erhält er aber eine neue, nämlich eine "göttliche" Qualität, was eine wichtige Folge hat: Der nach französischer Lehre prinzipiell offene ordre public - insoweit als nicht feststeht, in welche Richtung er sich je nach den gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Verhältnissen entwickeln wird - wird nun durch die Rechtsgelehrten in einen islamischen Rahmen, der nicht überschritten werden darf, gepreßt. So kann immer dann, wenn die Ausübung eines Grundrechts wie das des Religionswechsels eingefordert wird, dieses unter Verweis auf den ordre public verweigert werden (beispielsweise der Abfall vom Islam), da dies dem islamischen ordre public widersprechen würde.

Der ordre-public-Vorbehalt, der von islamischer Seite als Argumentation gegen die Apostasie vorgebracht wird, ist ein Instrument, das der Durchsetzung der als unantastbar angesehenen Grundlagen der islamischen Staats- und Gesellschaftsordnung dient. Er wird, aufgefaßt als Inbegriff des Selbstbestimmungsrechts<sup>195</sup> des islamischen Staates, vor den durch die Vereinten Nationen anerkannten Menschenrechten zurückzustehen haben. Hier endet der Wille der islamischen Staaten zur Einordnung in die internationale Völkergemeinschaft.

8.5 Auch an den Texten der Vereinten Nationen selbst ist eine Entwicklung feststellbar, die der islamischen Denkart entgegenkommt. Während Art. 18 (Religionsfreiheit) der Menschenrechtserklärung von 1948 keinerlei Einschränkungen unterliegt, ist das bei Art. 18 des Internationalen Pacts über bürgerliche und politische Rechte von 1966 schon anders. Dort wird in Abs. 3 die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu bekunden, den gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen unterworfen, die zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, Ordnung, Gesundheit, Sittlichkeit oder der Grundrechte und Grundfreiheiten anderer erforderlich sind (ebenso in Art. 1 Abs. 3 der Erklärung über die Beseitigung aller Formen von Intoleranz und Diskriminierung aufgrund der Religion oder der Überzeugung von 1981). Mit Hilfe dieser Einschränkung kann auf den ordre public des jeweiligen islamischen Staates verwiesen werden, was folglich den Religionswechsel, wie dargestellt, vom Islam weg unmöglich macht<sup>196</sup>.

#### *9. Strafrechtlicher Schutz der Religion*

9.1 Die Strafgesetzbücher fast aller<sup>197</sup> arabischen Staaten kennen Straftaten gegen die Religion; die Apostasie wird aber nicht genannt.

9.1.1 Einerseits werden Handlungen unter Strafe gestellt<sup>198</sup>, durch die die Ausübung rechtmäßiger Zeremonien einer Religionsgemeinschaft verhindert werden sollen; andererseits werden auch unter Strafe gestellt<sup>199</sup> die Zerstörung, Beschädigung, Vernichtung oder Entweihung von Gebäuden oder Sachen, die einer Religionsgemeinschaft heilig sind.

In der strafrechtlichen Fachliteratur werden diese Strafbestimmungen nur am Rande behandelt. Man muß auf das ägyptische Standardwerk<sup>200</sup> von Gindī «Abd al-Malik zurückgreifen, der sich aber, wie in Ägypten übrigens noch heute üblich, vor allem auf die französische Lehre und Rechtsprechung bezieht<sup>201</sup>, die er für die Erläuterung der ägyptischen Straftatbestände des § 138 Abs. I und II a.F. (= § 160 Ziff. 1 und 2 n.F.) nutzbar macht<sup>202</sup>.

9.1.2 Die arabischen Strafgesetzbücher stellen auch den öffentlich erfolgenden Angriff auf die Religion unter Strafe, wobei folgender Fall besondere Beachtung verdient: Druck und Verbreitung eines Buches, das die Anhänger einer Religion, die ihre Zeremonien öffentlich ausüben, als heilig betrachten, wenn der Text dieses Buches so verfälscht wird, daß der Sinn verändert wird (so § 161 Ziff. 1 Ägyptisches StGB = § 139 a.F.)<sup>203</sup>.

Erläuterungen dazu findet man wieder bei «Abd al-Malik, der ausführt<sup>204</sup>, der Staat könne zwar die Bürger nicht dazu zwingen, an etwas zu glauben, aber doch dazu, eine (- erlaubte! -) Religion nicht zu verspotten, anzugreifen oder zu beleidigen. «Abd al-Malik zitiert aus der französischen Literatur<sup>205</sup> und Rechtsprechung seiner Zeit und führt aus, daß das Gesetz nur die Beleidigung (ihâna; outrage) unter Strafe stelle, es lasse aber weiten Raum für die religiöse Diskussion, insbesondere für den Atheismus (ilhâd) und die Leugnung (inkâr) der Religion. Nicht jede Diskussion religiöser Fragen sei also eine Beleidigung der Religion<sup>206</sup>. Er schreibt<sup>207</sup> auch, öffentlich seine Meinung zu äußern über einen religiösen Glauben, umfasse auch das Recht, diesen Glauben nicht zu haben, solange diese Äußerung nicht beleidigend sei.

Wendet er sich dann aber den ägyptischen Verhältnissen zu, so muß er eine Anzahl von Urteilen erwähnen<sup>208</sup>, nach deren Inhalt bereits dann ein Über-

griff (*ta'addī*) gegen die Religion vorliege, wenn den Gefühlen der Gläubigen dieser Religion ein "Schmerz (!)" zugefügt werde. Dies falle nämlich auch unter den Tatbestand dieses Paragraphen, wenn der Täter vorsätzlich und öffentlich gehandelt habe; so etwa, wenn er unter dem Vorwand einer religiösen Diskussion verletzende Ausdrücke über den Propheten gebrauche<sup>209</sup>. Ohne es expressis verbis auszudrücken, wird dem das Werk aufmerksam konsultierenden Juristen sofort der Unterschied zwischen französischer Lehre und Rechtsprechung und der ägyptischen Rechtsprechung deutlich; weiter konnte sich *'Abd al-Malik* wohl kaum exponieren. Andererseits verweist<sup>210</sup> er aber darauf, daß auf keinen Fall die bona fide durchgeführte Religionsforschung, deren Zweck die Feststellung der Wahrheit sei, unter dem Tatbestand des § 139 a.F. (= § 161 Ziff. 1 n.F.) falle, solange diese Forschung nicht die Erniedrigung der Stellung der Religion zum Ziele habe oder sie dem Spott auszusetzen beabsichtigte.

Während *'Abd al-Malik* noch eine ziemlich liberale Haltung einnehmen konnte, hat sich mittlerweile die Atmosphäre gewandelt; der Maßstab, wann ein wissenschaftliches Werk als die Religion herabsetzend anzusuchen sei und wann nicht, ist nicht exakt bestimmbar, vielmehr ist je nach religiösem Klima in einem islamischen Land einer restriktiven Handhabe Tür und Tor geöffnet<sup>211</sup>. Es sei hier noch auf das Urteil vom 27.01.47 verwiesen, wo es heißt<sup>212</sup>: "Zwar ist die Glaubensfreiheit garantiert, aber das erlaubt es keinem, der über die Grundlagen einer Religion diskutiert, daß er deren Heiligkeit schmäht, oder daß er sie herabsetzt oder sie vorsätzlich verächtlich macht. Steht eindeutig fest, daß er die Polemik, durch die die Heiligkeit der Religion berührt wurde oder durch die sie verspottet wurde, beabsichtigte, so ist das nicht geschützt durch die Glaubensfreiheit."

Zur Beurteilung, ob eine Beleidigung der Religion vorliegt, ist also kein objektiver Maßstab gegeben, vielmehr kann man sich aufgrund des zuletzt genannten Urteils nicht des Eindrucks erwehren, als ob das Verständnis und das religiöse Gefühl der überzeugten Anhänger der betreffenden Religion der Maßstab seien. Die beispielsweise in § 111 des kuwaitischen StGB gebrauchten Ausdrücke "verspotten, verächtlichmachen oder erniedrigen der Religion, des Glaubens, der Zeremonien und der Lehren" oder in § 113 "Herabsetzen der Religion" entziehen sich gerade dem objektiven Urteil eines auf religiöse Toleranz bedachten Beurteilers. Das öffentlich verletzte Selbstwertgefühl des Gläubigen und der ihm durch Beleidigung seiner Religion zugefügte Schmerz (der aber nur subjektiv zu messen ist, da nach unserer Auffassung eine Religion oder gar Gott nicht beleidigbar sind) steht im Mittelpunkt der Betrachtung und ist Anlaß, eine Bestrafung zu fordern<sup>213</sup>, nicht etwa die Frage, ob die beleidigende Äußerung eine so erhebliche Herabsetzung der Religion anderer ist, daß sich daraus eine Gefährdung des öffentlichen Friedens und des Zusammenlebens der Bürger ergibt (wie etwa im deutschen Strafrechtssystem).

9.2 Das französische Strafrecht kennt seit dem Trennungsgesetz von 1905 keine besonderen Straftaten der Beleidigung von oder des Angriffs auf Priester oder gegen Kultgegenstände mehr<sup>214</sup>, genauso wenig auf die religiöse Moral oder auf die durch den Staat anerkannten Religionen<sup>215</sup>. Andererseits wird aber durch art. 1 Abs. 2 dieses Gesetzes die freie Ausübung der religiösen Zeremonien, Prozessionen und kultischen Veranstaltungen im Rahmen des *ordre public*

gewährleistet<sup>216</sup>, weshalb denn eine Be- oder Verhinderung oder Unterbrechung derselben nach art. 31 und 32 unter Strafe steht<sup>217</sup>, wobei unter Ausübung des Kultes jeder religiöse Akt, der den Interessen der Gläubigen dient, zu verstehen ist.

Einen besonderen strafrechtlichen Schutz der Religion oder gar den Straftatbestand der Blasphemie gibt es nicht.

9.3 Das deutsche Strafgesetzbuch kennt Straftaten, die sich auf die Religion und auf die Weltanschauung beziehen, doch sind weder die Religion, noch die Weltanschauung, noch das religiöse Gefühl das geschützte Rechtsgut, vielmehr der eventuell gestörte öffentliche Friede<sup>218</sup>.

9.3.1 Wie in den arabischen Strafgesetzbüchern steht im deutschen Recht nach § 167 StGB die Störung der Religionsausübung (Gottesdienst, gottesdienstliche Handlungen) unter Strafe, doch ist zu beachten, daß dem Gottesdienst die entsprechenden Feiern einer im Inland bestehenden Weltanschauungsvereinigung gleichstehen. Im Bereich der arabischen Staaten gibt es dazu keine Parallelen; oft ist es gerade so, daß Anthroposophie und Freimaurertum, deren Zeremonien im deutschen Recht hierunter fallen<sup>219</sup>, durch islamische Repräsentanten als antiislamisch bezeichnet werden<sup>220</sup>.

Was den in den arabischen Strafgesetzbüchern genannten Schutz der religiösen Gebäude vor Zerstörung, Beschädigung und Profanierung anlangt, so wäre auf deutscher Seite nicht § 167 Abs. 1 Nr. 2, der Orte, die dem Gottesdienst oder entsprechenden Feiern einer Weltanschauungsvereinigung gewidmet sind, vor beschimpfendem Unfug (d.h. ein Verhalten, das die Mißachtung der Heiligkeit in besonders roher Weise zum Ausdruck bringt) schützt, heranzuziehen, vielmehr fallen derartige Handlungen wohl unter den Tatbestand der Zerstörung von Bauwerken (§ 305, ohne daß die Kirchen, Synagogen usw. besonders hervorgehoben wären), der Sachbeschädigung (§ 303) oder gar der gemeinschädlichen Sachbeschädigung (§ 304), worunter auch Gegenstände der Verehrung einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft zu verstehen sind<sup>221</sup>.

9.3.2 Was den in den arabischen Strafgesetzbüchern aufgeführten Tatbestand der Beleidigung der Religion<sup>222</sup> angeht, so ist hier § 166 StGB zu vergleichen, der den Inhalt des religiösen und weltanschaulichen Bekennnisses, d.h. deren formulierte Grundregeln und Glaubensinhalte, vor Beschimpfungen, worunter auch die Verbreitung in Schriftform fällt, schützen soll<sup>223</sup>. Dabei ist aber zu beachten, daß die Verneinung dessen, was von anderen als heilig verehrt wird, oder eine ablehnende und scharfe Kritik der Lehren einer Religion oder Weltanschauung noch keine Beschimpfung ist. Vielmehr muß diese Handlung eine verletzende Kundgabe der Mißachtung sein, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören oder zu gefährden<sup>224</sup>, so daß der objektive Beobachter nicht umhin kann, zu befürchten, das friedliche Nebeneinander der verschiedene Religionen habenden Bevölkerung werde empfindlich gestört oder das Vertrauen der Betroffenen in die Respektierung ihrer religiösen Überzeugung und deren grundrechtlicher Schutz werde erschüttert<sup>225</sup>. Der Schutzzweck dieses Paragraphen besteht darin, dafür zu sorgen, daß durch solche Angriffe die Angegriffenen hinsichtlich ihres Rechts auf ungestörte Religionsausübung nicht beunruhigt werden. Letztendlich wird hier auch die Religionsfreiheit geschützt, insoffern nämlich, als jeder gläubige Bürger in seiner Überzeugung gestützt wird, die

Rechtsgemeinschaft werde es nicht zulassen, daß sein Grundrecht auf Religion und ihre Ausübung durch Verächtlichmachung verletzt werde.

Erfolgt die Beleidigung in einer Form, die eine künstlerische Schöpfung (etwa einen Roman wie im Falle Rushdie) darstellt, die aber gleichwohl geeignet ist, das religiöse Bekenntnis oder die religiösen Gefühle Dritter zu berühren, kann die Frage auftauchen, ob hier nicht Glaubens- und Religionsfreiheit des Art. 4 I GG, die auch dem Künstler zusteht und die er im Namen der Freiheit der Kunst (Art. 5 Abs. III GG) geltend macht, ihre Grenze dann findet, wenn die künstlerische Äußerung den Tatbestand des § 166 StGB verwirklicht. Bei dieser Kollision ist bei einer "verhältnismäßigen"<sup>226</sup> Lösung nicht allein das religiöse Gefühl der überzeugten Anhänger der betroffenen Religion und auch nicht allein das schlichte Gefühl des einfachen, religiös gesinnten Menschen maßgeblich<sup>227</sup>, vielmehr fordert Art. 5 Abs. III, daß "bei der strafrechtlichen Beurteilung eines Kunstwerkes das Wesen der zeitgenössischen Kunst mitberücksichtigt werde, auch wenn es nicht ganz leicht verständlich sei", was wiederum den in unserem Kulturraum lebenden Muslimen eine ganz besondere Anstrengung abverlangen kann. Im islamischen Bereich - und somit in den arabischen Staaten - kann man dagegen von einem Primat der Religion sprechen, und die künstlerische Darstellung religiöser Themen, sowohl in der Musik als auch im Theater oder in der Malerei oder Bildhauerei, ist höchst tabuisiert. Den Gesandten Gottes oder die Prophetengenossen, und sei es auch in verschlüsselter Form, darstellen zu wollen, wäre eine absolute Blaspemie und ein Abfall vom Islam. Während in unserer Gesellschaft, um ein Beispiel zu geben, die vehemente Ablehnung der Gottessohnschaft Jesu und der Trinität, wie es durch die klassisch-islamische Theologie und die heutigen Fundamentalisten, die von einer Verfälschung der Offenbarung durch Paulus und seine Anhänger sprechen, getan wird, nicht einmal in frömmsten Kreisen ein Beleidigtsein hervorrufe, eher vielleicht ein amüsiertes Lächeln, sähe man sich doch in eigenen Zweifeln bestätigt, würde umgekehrt bei Muslimen, und seien sie schon 20 Jahre als Mitbürger bei uns, die Behauptung, Muhammad sei nicht der Gesandte Gottes und er habe eine falsche Offenbarung gebracht, höchste Emotionen freilegen und sie von Blaspemie, die von Staats wegen bestraft werden müßte, sprechen lassen<sup>228</sup>.

9.4 Während also das deutsche Strafrecht bei den mit der Religion zusammenhängenden Straftaten voraussetzt, daß alle Religionen und Weltanschauungen und ihre Lehren, Inhalte und Bekenntnisse deshalb geschützt sind, um den öffentlichen Frieden zu wahren, das tolerante Zusammenleben zu ermöglichen und den Grundsatz der Glaubensfreiheit zu verteidigen, und deshalb bei der Beurteilung ein weiter objektiver Rahmen zu beachten ist, ruht im islamischen Bereich das Gewicht der Argumentation auf der Religion als solcher und dem verletzten Gefühl des Gläubigen selbst, der subjektiv glaubt, seine Religion und seinen Gott gegen einen Angriff verteidigen zu müssen. Der Gedanke der Blaspemie, und die Überzeugung von der Verwerflichkeit der Leugnung Gottes und damit des Abfalls von der Religion gehen hier eine Synthese ein, wie sich gerade im Zusammenhang mit der Affaire Rushdie gezeigt hat.

10.1 Nach der heute sowohl vom islamischen religiösen Establishment (z.B. der Theologischen Hochschule der Azhar in Kairo, aber auch den Professoren für islamisches Recht der Juristischen Fakultäten aller arabischen Staaten), als auch von den Repräsentanten der fundamentalistischen Bewegungen (z.B. der Muslimbruderschaft) vertretenen Lehre stellen Staat und Religion eine Einheit dar, was seinen Ausdruck findet in der verbreiteten Formel "Der Islam ist Staat und Religion" (al-islâm din wa-daula)<sup>229</sup>. Wer dies leugne<sup>230</sup>, verstößt gegen eine als verbindlich anerkannte Glaubenslehre und sei ein Ungläubiger.

10.1.1 Unter Rückgriff auf die Frühzeit des Islams zu Lebzeiten des Gesandten Gottes selbst und der ersten vier rechtgeleiteten Kalifen wird eine angeblich damals existiert habende ideale und gerechte Gesellschaft beschworen, die es heute wieder herzustellen gilt. Diese frühislamische Gemeinschaft (umma), die in rückwärtsgewandten Utopien heute gefeiert wird, gibt das Vorbild ab für die islamische Gesellschaft des 20. Jahrhunderts. Wenn die Verfassungen den Islam zur Staatsreligion bestimmen, so ist dies im positiv-rechtlichen Bereich die Konsequenz dieser Forderung der Theologen ('ulamâ') nach der Scharia, die in der Praxis zum Bedauern der Frommen noch immer nicht voll realisierbar ist.

10.1.2 Nach islamischer Lehre<sup>231</sup> finden der Staat als Institution und die Regierung als ausführendes Organ ihre letzte Legitimation in der Religion, sind sie beide Instrumente der Durchsetzung des göttlichen Willens, darauf gerichtet, die vollkommene und gerechte Gesellschaft (al-mugtama' al-fâdil wal-'âdil) zu schaffen. Da der Mensch Geschöpf Gottes ist, dem er in völliger Abhängigkeit und bedingungslosen Gehorsam gegenübersteht, wäre es ein Frevel, "Ihm" gegenüber irgendwelche Rechte - und seien es die "Menschenrechte" - geltend machen zu wollen<sup>232</sup>. Wenn der Staat als Ausdruck der Herrschaft Gottes auf Erden gesehen wird, kann der Mensch nicht ein eigenständiges Rechtssubjekt sein, vor dem die staatliche Macht endet, gewinnt doch der Mensch seine ganze Bedeutung überhaupt erst durch sein Eingefügtsein in diesen islamischen Staat und durch sein Aufgehen im Mitwirken an dessen Aufgaben. Deshalb steht das Individualrecht auf Religionsfreiheit immer zurück; das Staatsinteresse an einer religiös homogenen Bürgerschaft geht vor.

Auch der moderne Staat hat der Verwirklichung des Islams zu dienen. Zur Erreichung dieses Zwecks sind die Muslime einem besonderen Gewaltverhältnis unterworfen. Sie genießen die in der Verfassung niedergelegten freiheitlichen Grundrechte und die Menschenrechte - also auch die Religionsfreiheit - nur insoweit, als ihre Ausübung und Inanspruchnahme diesem Zweck dient. Jeder Versuch, den Islam aufzugeben, widerspricht ihm, bedroht die innere Sicherheit, wird durch die bestehende Disziplin und unter Berufung auf Gottes und seines Gesandten Anweisungen unterdrückt. Die Religion schützt den Staat; dieser wiederum beschützt die Religion und verfolgt die Abweichler. Staat und Religion sind aufeinander angewiesen, werden eins. Die Religion stabilisiert die staatliche Ordnung und bewahrt sie vor Umsturz und Revolution; sie stellt sich in den Dienst des Staates, solange dieser die Glaubenswahrheiten schützt und verteidigt und sofern seine Normen, seine Akte und seine Politik sich im Rahmen des göttlichen Rechts (Scharia) bewegen, was zu beurteilen Aufgabe der

„ulamā“ ist. Der Gehorsam der staatlichen Autorität gegenüber endet aber, wenn diese offensichtlich zum Schaden der umma und des Islams der göttlichen Richtschnur nicht mehr folgt. Auch der Staat ist eine pflichtgebundene Gewalt, gebunden an die Scharia und somit an den Willen Gottes, nicht etwa nur an eine Verfassung, die als Menschenwerk fehlerhaft und veränderbar ist. Die „ulamā“ fordern<sup>233</sup> also auch im 20. Jahrhundert den islamischen Charakter des Staates. Die staatliche Gewalt hat sich zur wahren Religion zu bekennen, was zum Beispiel auch dadurch zum Ausdruck kommt, daß laut Verfassung das Staatsoberhaupt Muslim sein muß; umgekehrt muß die islamische Religion Staatsreligion sein.

10.1.3 Aus dem Dogma der Einheit von Staat und Religion ergibt sich für die muslimischen „ulamā“ zwingend, daß es die Aufgabe des Staates sei, der als wahr erkannten und der wahr seiendoen Religion zu dienen und die Vorschriften der Scharia mit Hilfe der staatlichen Gewalt durchzusetzen<sup>234</sup>. Dies bringt mit sich, daß den muslimischen Fachleuten für religiöses Recht (den fuqahā‘) große Bedeutung zukommt, da nur sie mit der komplizierten Materie vertraut sind. Dank des methodischen Rüstzeugs, das ihnen die islamische Rechtslehre zur Verfügung stellt, sind sie in der Lage, grundsätzlich jedes menschliche Tun oder Unterlassen in einen Raster zwischen den Polen "erlaubt" und "verboden" einzurordnen<sup>235</sup>, seien es auch noch so profane Dinge wie Nahrungsaufnahme, Hygiene, Kleiderordnung oder gar die sexuellen Beziehungen zwischen Ehegatten. Eine Anwendung der Scharia in allen Lebenslagen, so wie sie niedergelegt ist in den umfangreichen Kompendien der anerkannten Rechtsschulen, gewährleistet eine religiöse Kontrolle des Sozialverhaltens des Bürgers, ja der gesamten Gesellschaft im islamischen Staat.

10.1.4 In diesem islamischen Staat kommt den "anerkannten Religionen", also dem Judentum und Christentum, nur eine bedingte Religionsfreiheit mit geringerer Rechtsstellung und mit eingeschränkter Entfaltungsmöglichkeit (so etwa das Verbot, für eine andere Religion als den Islam zu werben) zu, da aus dogmatischen Gründen eine absolute und allgemeine Religionsfreiheit nicht möglich ist.

Da im islamischen Staat die islamische Religion die privilegierte Religion ist und diese den Anspruch erhebt, die wahre Religion zu sein, können auch die anerkannten Religionen bestenfalls geltend machen, daß sie an der Wahrheit teilhaben. Sie haben sich mit einer beschränkten, durch den Staat gewährten Toleranz, die von ihnen Wohlverhalten als Gegenleistung verlangt, zu begnügen. In einem Staat, der in der Mehrheit von Muslimen bewohnt wird und der sich islamisch nennt, gibt es nur *ein* Recht auf Verbreitung der Wahrheit, und dieses Recht kommt dem Islam zu. In nichtislamischen Staaten, in denen Muslime eine Minderheit darstellen, und in denen wegen der herrschenden, historisch bedingten Verhältnisse in absehbarer Zeit nicht damit zu rechnen ist, daß ein islamischer Staat geschaffen werden kann - beispielsweise in Europa! -, beanspruchen die Muslime die Gewährleistung der allgemeinen Religionsfreiheit, fordern sie Neutralität des Staates, mit dem durchaus verfassungskonformen Ziel, unter Berufung auf diese Grundfreiheiten und Grundrechte ihre religiöse Eigenständigkeit zu wahren.

10.2 Diese heutige islamische Lehre der Einheit von Staat und Religion ähnelt in erstaunlichem Maße der Haltung der Katholischen Kirche des 19. und des 20. Jahrhunderts bis zum 2. Vatikanischen Konzil, wie sie zuletzt am treffendsten in der von Kardinal Alfredo Ottaviani (geb. 1890) dargestellten Lehre vom ius publicum ecclesiasticum verkörpert wurde.

10.2.1 Da der Staat verpflichtet sei<sup>236</sup>, die wahre Religion als seine Grundlage zu betrachten, könne nur die katholische Religion Staatsreligion sein, wobei den übrigen Religionsgemeinschaften nur eine geminderte Rechtsstellung und Entfaltungsmöglichkeit auf der Grundlage religiöser Toleranz zukomme. Die Kirche, sich im Besitz der Wahrheit wissend, forderte dieses Recht der Wahrheit auch ein und weigerte sich, dem Staat das Recht zuzuerkennen, die Wahrheitsfrage nicht eindeutig zu beantworten (nämlich im Sinne und zu Gunsten der katholischen Kirche) und sie zur Privatsache zu erklären. Leo XIII. verkündete<sup>237</sup>, daß der Staat seine eigentliche Legitimationsgrundlage vernichte, wenn er sich zum wahren Glauben indifferent verhielte und ohne Rücksicht auf die Wahrheit einer Religion jedermann die Religionsfreiheit zuerkenne; die weltliche Gewalt habe sich zur wahren Religion zu bekennen, während umgekehrt diese Staatsreligion sein müsse. Davon ausgehend trat die Katholische Kirche für den religiös geschlossenen Staat, den Konfessionsstaat, ein, denn nur so war es möglich, die *societas perfecta*, die die Kirche darstellt, zu verwirklichen, auch um den Preis, daß andere Religionen benachteiligt oder gar unterdrückt würden. Religionsfreiheit war für die Kirche im 19. Jahrhundert nicht die Freiheit der Individuen, sondern der Katholischen Kirche als Institution<sup>238</sup>, eine Freiheit, die eben anderen Religionen nicht zukam.

Schon im 19. Jahrhundert wurde deutlich, daß dieses Ideal nicht überall durchzusetzen war, doch kämpften Pius IX. (1846-1878) und Leo XIII. (1878-1903) dafür, daß, wenn schon der konfessionelle Staat nur in wenigen Ausnahmefällen realisierbar sei (so in Italien, Spanien oder Südamerika), zumindest geordnete Beziehungen zwischen der Katholischen Kirche und dem Staat herrschen müßten.

10.2.2 Das Ideal war der konfessionelle Staat mit der katholischen Religion als Staatsreligion und einer privilegierten katholischen Staatskirche, ein Staat, in dem die Religionsfreiheit aber nicht absolut garantiert war. In nichtkatholischen Staaten, also in solchen, in denen entweder die Bevölkerung überwiegend nichtkatholisch war oder in denen eine laizistische Verfassung, die die Trennung von Staat und Kirche auferlegte, vorhanden war, verlangte Leo XIII. dagegen für die katholische Religion staatliche Toleranz und paritätische Behandlung<sup>239</sup>, was möglichst durch Konkordate festgelegt werden sollte. Noch unter Pius XII. (1939-1958) wurde das ius publicum ecclesiasticum mit den hier eben geschilderten Grundzügen offiziell gelehrt. Geprägt war diese Haltung, wie Listl<sup>240</sup> ausführte, von einer dogmatischen Intoleranz insofern, als im katholischen Konfessionsstaat den übrigen Religionsgemeinschaften und Kulten nur eine geminderte Rechtsstellung und eingeschränkte Entfaltungsmöglichkeit zugestanden wurde, eine Art beschränkte religiöse Toleranz gewährt wurde. Andererseits verschloß sich diese Lehre aber nicht der Erkenntnis, daß staatsbürgerliche Toleranz in Staaten, die nicht völlig katholisch waren, z.B. Deutschland, es unter dem Druck bestimmter spezifischer historischer Verhältnisse erforderlich mache, den status quo aufrechtzuerhalten und sich zur Wahrung des inneren Friedens mit religiöser Freiheit abzufinden.

Kritiker dieser Lehre brachten vor, sie sei nicht konsequent und lege zweierlei Maß an, was Kardinal Ottaviani in einer Rede vom 02.03.1953 auch ohne weiteres eingestand: Man müsse zweierlei Maß und Gewicht nehmen, eins für die Wahrheit, eins für den Irrtum. "Als Menschen, die wir uns im sicheren Besitz der Wahrheit und Gerechtigkeit wissen, vergleichen wir uns nicht mit anderen"<sup>241</sup>.

10.2.3 Den protestantischen Reformatoren<sup>242</sup> ging es in erster Linie um die Wahrheit Gottes, der sich in Christus offenbart hatte, und dessen Wille reformatorisch ausschließlich in der Heiligen Schrift zu finden ist - nicht etwa um die Freiheit des Menschen, insbesondere dann nicht, wenn sich diese von der Wahrheit der Offenbarung lösen würde. So hatte denn auch für die reformatorische Theologie der Wahrheitsanspruch<sup>243</sup> des Evangeliums in Kirche und Welt Vorrang, sowohl vor anderen Konfessionen - insbesondere vor der Katholischen Kirche - als auch vor anderen Religionen, denn der Einheitsgedanke von Kirche und Welt lebte noch fort und schloß einen Staat, in dem verschiedene Konfessionskirchen ( - oder gar Religionen) nebeneinander existieren, aus. "Freiheit und Gleichheit des modernen Staats- und Rechtssystems stammen nicht aus der Reformatorischen Theologie", wie Martin Heckel<sup>244</sup> feststellte; noch im 19. Jahrhundert wurde die Idee des christlichen Staates vehement, und gegen die Aufklärung gerichtet, vertreten<sup>245</sup>. Man sah im Staat eine göttliche Institution, die Gott zu dienen habe, weshalb es keine Trennung von Staat und Kirche geben dürfe. Wenn sich erst die liberale Freiheitsbewegung durchsetze, befürchteten diese Kreise, so würde an die Stelle Gottes der Volkswille treten und alles in einer Diktatur des Volkes über die Religion münden!

Erst im 20. Jahrhundert, insbesondere nach dem 2. Weltkrieg und mit der Schaffung des Ökumenischen Rates (1947) in Amsterdam, änderte sich diese Haltung der evangelischen Theologie abrupt, doch erwies sich die theologische Aufarbeitung der von den Vereinten Nationen verkündeten Menschenrechte als schwierige Aufgabe und führte zu zahlreichen Kontroversen<sup>246</sup>.

10.2.4 Auf Seiten der Katholischen Kirche erfolgte der Bruch mit den Lehren des 19. Jahrhunderts erst während des 2. Vatikanischen Konzils<sup>247</sup>. Nunmehr wird vertreten, daß die Kirche zur Durchsetzung und Erfüllung ihres kirchlichen Auftrags nicht auf staatliche Zwangsmittel zurückgreifen dürfe, vielmehr der moderne demokratische Staat religiöse Neutralität zu üben habe, die aber nicht in Kirchenfeindschaft münden dürfe<sup>248</sup>. Vielmehr müsse der Staat das vorstaatliche Grundrecht der Religionsfreiheit schützen; er müsse aber die Religion seiner Bürger fördern und dafür sorgen, daß die Kirche, die sich weiterhin als *societas perfecta* verstehe, ihre eigene Rechtsordnung in Anspruch nehme, ihren Wahrheitsanspruch geltend mache und ihre Aufgaben erfüllen könne. Dies alles habe zu erfolgen im Rahmen der gerechten öffentlichen Ordnung (*iustus ordo publicus*<sup>249</sup>) des freiheitlichen Staates.

10.3 Die Übereinstimmung der heutigen islamischen Staatslehre im Hinblick auf das Problem der Staatsreligion mit der katholischen Lehre vor dem 2. Vatikanum ist auffallend. Beide wissen sich im Besitz der Wahrheit und verlangen deshalb vom Staat, dessen Existenz sie als unerlässlich für die Aufrechterhaltung der zwischenmenschlichen Ordnung anschen, daß er sich zur wahren Religion bekenne und der Glaubenswahrheit zum Sieg verhelfe. Beide Lehren gehen

idealiter von einer einheitlichen Konfession des Staatsvolkes aus, verlangen deshalb für die offizielle Religion eine privilegierte Stellung und gewähren den übrigen Religionsgemeinschaften - sofern sie sie überhaupt anerkennen - nur eine beschränkte Freiheit und Entfaltungsmöglichkeit.

Die katholische Lehre des 19. Jahrhunderts konnte und die islamische Lehre des 20. Jahrhunderts kann sich nicht abfinden mit der Tatsache, daß der "moderne" Staat der Neuzeit a priori jedem transzendenten Heilsauftrag entsagt und darauf verzichtet, sich eine bestimmte Religion zu eigen zu machen<sup>250</sup>, es vielmehr sein Kennzeichen ist, eine weltliche Friedensordnung, in der alle Religionen Platz finden, anzubieten<sup>251</sup>.

Den Verfassungen der islamischen Staaten, die den Islam zur Staatsreligion bestimmen, liegt dagegen noch immer die Vorstellung zugrunde, daß der Staat die Glaubenseinheit der Bevölkerung voraussetze. Die staatliche Identität gründet noch immer im wahren Glauben, dem Islam, welch letzterer durch Rechtszwang bewahrt und geschützt werden muß, etwa derart, daß der Abfall vom Islam untersagt wird, da er die Existenz des Staates bedrohen würde.

Sowohl der christliche Charakter des Staates, den die Päpste des 19. Jahrhunderts forderten, als auch der islamische, den die "ulamâ" des 20. Jahrhunderts verlangen, ist unvereinbar mit der Weltlichkeit, die den modernen Staat auszeichnet<sup>252</sup> und die sich in der Trennung von Staat und Kirche äußert<sup>253</sup>.

### *11. Das theonome Weltbild des Islams*

11.1 Die Kritik der sich dank der Offenbarung Gottes im sicheren Besitz der Wahrheit wissenden muslimischen Theologen an den Menschenrechten (und insbesondere am Prinzip der Religionsfreiheit, sofern dieses den Abfall vom Islam impliziert) gründet sich - hier vergleichbar den von den katholischen Päpsten des 19. Jahrhunderts vorgetragenen Argumenten<sup>254</sup> - auf Ausgangspositionen, die denen des aufgeklärten Liberalismus konträr gegenüberstehen.

In erster Linie ist hier der Gegensatz Theonomie : Autonomie zu nennen<sup>255</sup>. Das islamische Recht (Scharia) wird als von Gott gegeben und als von den das entsprechende Expertenwissen monopolisierenden Theologen ("ulamâ") bzw. deren Spezialisten, den Rechtsgelehrten (fuqahâ'), dem Staat und den Gläubigen vermittelt angesehen; es stellt eine theonome Welt- und Werteordnung dar, die zu erfüllen den Menschen als den Geschöpfen Gottes aufgegeben ist. Die Freiheit der letzteren besteht darin, den göttlichen Willen zu erkennen und Gott, seinem Gesandten und denjenigen, die zu befehlen haben (ülfü-l-amr), d.h. der islamischen Obrigkeit, zu gehorchen<sup>256</sup>. Die von der liberalen Aufklärung vertretene und beanspruchte Autonomie des Menschen, sich selbst kraft seiner subjektiven Vernunft erarbeitete Gesetze zu geben, wäre nach Meinung der muslimischen Theologen Auflehnung gegen Gott und seine Gesetze, widersprüche der Weltordnung. Wenn schon Menschenrechte, dann nicht durch autonome Verkündung seitens der Menschen selbst, sondern durch Gott und seine Offenbarung<sup>257</sup>!

11.2 Die Wahrheitsgewißheit verlangt, daß der Staat für alle sicht- und spürbar die Scharia befolgt und, um die "Heilsgewißheit"<sup>258</sup> der umma zu gewährleisten, als ihr Vollstrecker agiert, ist es doch seine vornehmste Aufgabe,

diese göttliche Wahrheit zu verkörpern, zu schützen und zu verbreiten. Ohne religiöse Homogenität und ohne Einheit von Staat und islamischer Religion wäre dies nicht möglich.

Wenn, wie Isensee<sup>259</sup> feststellte, im 19. Jahrhundert der Antagonismus zwischen Wahrheit und Freiheit in der päpstlichen Lehre deshalb derart schroff ausfiel, weil diese die seit der Aufklärung sich durchgesetzt habende Unterscheidung von Legalität und Moralität nur unzulänglich verstand, so gilt das in noch viel größerem Maße für die heutige islamische Lehre, die Legalität und Moralität ohne Bezug auf göttliche Werte als unvollständig betrachtet. Positive, nicht in der Scharia verankerte Gesetze sind, selbst wenn sie durch verfassungskonformes Verfahren einer gesetzgebenden Gewalt ergangen sind, für den Gläubigen deshalb nicht verbindlich, da es ihnen am Offenbarungsbezug fehlt. Die rechtliche Freiheit eines sich nur auf positive Verfassungsnormen berufenden Gesetzgebungsorgans muß nach islamischer Auffassung zwangsläufig zur moralischen Anarchie führen, zur Entbindung des Individuums von jeglicher sittlichen Verpflichtung, denn es liege in der Natur des säkularen Staates, die Religion, insbesondere den Islam, abschaffen, ja vernichten zu wollen. Die islamische Literatur<sup>260</sup>, die dies vertritt, beruht auf einem für uns evidenten Mißverständnis - nämlich, daß der religiös neutrale Staat ein Staat sei, der Religionslosigkeit (und damit Sittenverfall und Unmoral) und Atheismus notwendigerweise nach sich ziehe<sup>261</sup>. Die Autoren der einschlägigen islamischen fundamentalistischen Werke verweisen in diesem Zusammenhang immer auf Frankreich, wo ja in der Tat in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts antiklerikale und antireligiöse Strömungen aufraten<sup>262</sup>. Aber daß die französische Lehre der laïcité<sup>263</sup>, die seit dem Trennungsgesetz<sup>264</sup> von 1905 in der Neutralität des Staates die einzige effektive Garantie des religiösen Friedens<sup>265</sup> und der rechtlichen Gleichstellung von Gläubigen und Ungläubigen sah<sup>266</sup>, zum Atheismus und zur Verfolgung der Religion führe, ist allein dem Wirklichkeitsverlust dieser Autoren zuzuschreiben, denn die Religionen und Konfessionen sind dort genauso wenig untergegangen wie in den Vereinigten Staaten, die gerade in der Trennung von Staat und Religion die Chance sahen, daß sich letztere ungestört entfalten könne. Aufgrund ihrer vorgegebenen Meinung, daß staatliche Laizität und gesellschaftliche Säkularität mit Atheismus gleichzusetzen seien, ist es Muslimen nicht einsichtig, daß in einem durch eine weltliche Verfassung geordneten demokratischen Staat dieser durchaus die Pflicht habe, sich dem religiösen Glauben seiner Bürger gegenüber positiv zu verhalten (aber eben allen Religionen gegenüber und nicht nur einer Staatsreligion!) und es diesen zu erleichtern, ihre religiösen Obliegenheiten, so sie dies wünschen, zu erfüllen<sup>267</sup>. Säkularismus und Laizität verstehen die 'ulamā' stets als Vernichtung der Religion durch den Staat, als angestrebten Atheismus und als von oben verordnete Religionslosigkeit (lādinīya). Für sie impliziert die Forderung, Religion solle Privatsache des Bürgers sein, bereits eine Kampfansage an die Religion. Es ist ihnen nicht einsichtig, daß in einer demokratisch verfaßten Gesellschaft mit absoluter Glaubensfreiheit Religion zwar zuvörderst Privatsache ist, aber zugleich auch öffentliche Sache, denn in der pluralistischen Gesellschaft haben die Kirchen und organisierten Religionsgemeinschaften in Auseinandersetzung mit anderen religiösen und nichtreligiösen Gruppierungen zu treten und sich zu behaupten, was "der Preis der Offenheit der Gesellschaft" ist (Peter Häberle). Daß bedeutet eben, daß auch in ei-

nem säkularen Staat Religion nicht nur Privatsache ist, sondern auch "Staatssache" in dem Sinn, daß der neutrale Staat Möglichkeiten der religiösen Betätigung auch auf öffentlicher Ebene zu bieten hat<sup>268</sup>. Richard Pottz<sup>269</sup> spricht treffend von einer "Lebensformgarantie" seitens der Verfassung, die es den Religionen ermöglicht, dem Staat gegenüber in der pluralistischen Gesellschaft in korporativer Form aufzutreten.

Anders als die muslimischen Fundamentalisten glauben machen wollen, ist der moderne Staat bei aller Säkularität eben kein Staat, der die Religion beseitigen will, er ist auch, was die Bundesrepublik Deutschland betrifft (aber auch Frankreich<sup>270</sup>) kein laizistischer Staat<sup>271</sup> in dem Sinne, daß die staatlichen Organe nichts mit irgendeiner Religionsgemeinschaft zu tun haben wollen, vielmehr fördert er durchaus die religiöse Betätigung seiner Bürger, beschränkt sich also nicht darauf, sich nicht um die Religion zu kümmern. Es kann auch keine Rede davon sein, daß etwa die Religiosität der Bürger im säkularen Staat behindert würde, im Gegenteil, gerade die Neutralität des Staates in religiösen Dingen gestattet es den Religionen und weltanschaulichen Vereinigungen, besonders aktiv zu sein<sup>272</sup>.

Es geht aber nicht an, daß Religionsgemeinschaften für sich einen rechtlichen Sonderstatus beanspruchen, wie es etwa Muslime in Deutschland tun, die unter Berufung auf das verfassungsmäßig garantierte Recht der Glaubensfreiheit gegenüber den Mitgliedern der eigenen Religionsgemeinschaft eine dogmatische Intoleranz zum Ausdruck bringen, die durchaus den öffentlichen Frieden stören könnte, indem sie auf islamischen Gebetszeiten, Speisevorschriften und Kleiderordnungen beharren, den Religionswechsel verbieten oder für ihre Mitglieder im Bereich des Familienrechts besondere Gesetzesregelungen, wie sie es aus den islamischen Staaten kennen, fordern, dabei ignorierend, daß sie auf diese Weise gegen den fundamentalen Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz verstößen.

In der Tat liegt hier ein Problem vor, das in der bisherigen wissenschaftlichen Literatur kaum behandelt oder das umstritten ist. Was die christlichen Kirchen anlangt, so sind im Bereich von Glaube und Dogma kirchliche Lehre und kirchliches Recht nicht grundrechtsgebunden<sup>273</sup>; so vertritt denn auch A. v. Campenhausen<sup>274</sup>, daß es "innerhalb einer Religionsgemeinschaft kein Grundrecht der Glaubensfreiheit gibt, das dann gestatten würde, kirchliche Dogmen leugnen zu können, ohne den Maßnahmen der Kirchenzucht unterworfen zu werden". Es dürfte aber sicherlich zu weit gehen, wenn eine Religionsgemeinschaft das forum internum verläßt und Maßnahmen ergreift oder Strafen ausspricht, die im weltlichen Bereich zu vollziehen sind. Genausowenig, wie kirchliche Körperstrafen, falls es sie noch gäbe, vollstreckt werden dürfen, genausowenig darf es eine von Muslimen unter Berufung auf die Scharia ausgesprochene Todesstrafe.

11.3 Im liberalen aufgeklärten<sup>275</sup> Verfassungsstaat tritt Religiosität nunmehr weitgehend als "Religion des Bürgers"<sup>276</sup> auf, d.h. als Religion jenseits der dogmatischen Lehren der Amtskirchen, die keineswegs angetastet werden, vielmehr als Institutionen weiter bestehen. Angesichts der verschiedenen möglichen Religionen wird der bekannte Inhalt an Religiosität auf ein Minimum, das als maximal konsensfähig angesehen wird, reduziert, - etwa die

Aussage, daß man an etwas glaube, an einen Gott, an einen Schöpfer<sup>277</sup>. Diese Glaubensinhalte sind aber so weit gehalten, daß ihnen jeder Bürger, ohne auf seine persönliche Konfession verzichten zu müssen, zustimmen kann, was ihn an das Gemeinwesen, dessen Kultur aus historischen Gründen christlich geprägt ist, und an deren Werte und allgemeine Sittlichkeit bindet<sup>278</sup>, ohne aber zu sehr im täglichen Leben zu stören. Nach der von G. Schmidtchen<sup>279</sup> durchgeführten, auf empirischen Daten basierenden Studie tendiert ein pluralistisches Gesellschaftssystem ohnehin zu synkretistischen Vereinfachungen, so etwa in der Bundesrepublik zu einem christlichen Basiskonsens ohne Bindung an spezielle katholische oder protestantische Glaubensqualifikationen<sup>280</sup>. Die Lehren der etablierten Großkirchen, denen man zugehört, werden, was die Arbeitswelt, die Politik, das Schulwesen, die Sexualität, ja sogar die Frage nach der "Wahrheit" - hier trat die Wissenschaft in die Lücke! - anlangt, ohnehin irrelevant, vielmehr wird den Amtskirchen der humanitäre Bereich zugewiesen, wo sie die Restbestände der Innerlichkeit (Taufe, Eheschließung, Beerdigung) zu bedienen haben. Dennoch ermöglicht es dieser religiöse Kern dem Bürger, auf die vielfältigen Krisen und Wechselfälle seines Lebens zu reagieren und sie zu verarbeiten, befähigt er ihn zur Bewältigung von Widersprüchlichkeiten seiner Existenz und deren Kontingenz<sup>281</sup>, was ihn erst dazu in Stand versetzt, unter den Bedingungen einer hochkomplexen modernen Zivilisation zu leben<sup>282</sup>. Diese Art der Religion des aufgeklärten und staatsbejahenden Bürgers, die es ihm erlaubt, religiös zu sein, ihn aber einer dauernden Bekenntnispflicht, wie es etwa in einem Staat mit Staatsreligion der Fall wäre, enthebt, ist nur möglich, wenn - was viel mehr ist als bloße Toleranz - die erklärte Freiheit der Religion im Staatswesen institutionalisiert ist. Selbst wenn in der Präambel des Grundgesetzes<sup>283</sup> eine *invocatio dei* vorkommt, so ist daraus aber nicht zu schließen, daß der christliche Gott als "oberster Wert der Verfassung" anzusehen ist<sup>284</sup>, vielmehr ist diese "Wiederaufnahme" Gottes ( - nachdem er weder in der Paulskirchen-Verfassung von 1849, der Bismarck- Verfassung von 1871, noch der Weimarer Verfassung von 1919 vorkam-) zurückzuführen auf den Abgrenzungsversuch vom "gottlosen totalitären" nationalsozialistischen Staat<sup>285</sup>. Eine derartige Gottes-Klausel kann mit keinem bestimmten Inhalt im Sinne einer speziellen Glaubensqualifikation gefüllt werden, im Gegenteil hat der Verfassungsstaat gerade die offene Gesellschaft mit ihrem Toleranzangebot zum Ziel. Die Gottes-Klausel drückt lediglich aus, daß die Kulturgehalte und Kulturtraditionen der Bundesrepublik dank der Ein gebundenheit in die abendländische Geschichte christlich grundiert sind<sup>286</sup>, was aber die Entwicklung zum säkularen Verfassungsstaat nicht rückgängig machen soll. Gott in der Verfassung ist der Ausdruck dafür, daß "der Mensch als homo religiosus kulturell ernst genommen ist bis hin zur Garantie seiner Freiheit, sich areligiös oder gar antireligiös zu verhalten. Es ist dieser kulturelle Hintergrund, der Gottesextexte im Verfassungsstaat historisch und aktuell rechtfertigt, freilich auch begrenzt"<sup>287</sup>. Das bietet den Religionen die Chance, sich von Funktionen des politischen Lebens zu befreien, sich von den Niederungen der Tagespolitik zu lösen, sich den transzendenten Aufgaben und den Bedürfnissen der Bürger nach Kontingenzbewältigung zuzuwenden. Im Endergebnis wird die Religion in der Schwundstufenform einer bürgerlichen Religion dann gerade nicht ein Medium der Sakralisierung der Politik, vielmehr garantiert sie, in Konkurrenz oder Zusammenarbeit mit allen anderen Religionen, die Liberalität des Staates<sup>288</sup>.

Da die gegenseitige Abhängigkeit der Bürger und der Staaten zunahm, setzte sich im Abendland zwischen den Religionen und Konfessionen eine "Koexistenzpragmatik"<sup>289</sup> durch, die die Beteiligten dazu zwingt, sich gegenseitig anzuerkennen, ansonsten die Gefahr des alles zerstörenden Konfliktes ins Unermeßliche stiege. Die Dynamik der modernen Zivilisation hat im 20. Jahrhundert nunmehr dazu geführt, daß die reale Interdependenz in Wissenschaft, Technik, Wirtschaft, Verkehr und Medien global wurde, weshalb sich Wahrheitsansprüche von Religionen noch weniger als früher durchsetzen lassen, wenn die Friedensordnung erhalten bleiben soll. Die Tatsache der weltweiten Koexistenz von Religionen, die sich gegenseitig durchaus exklusiv sehen, setzt aber, wenn sie aufrecht erhalten sein und gedeihen will, voraus, daß sich die Beteiligten wechselseitig sicher sein können, daß der jeweils andere sich daran hält und daß von der jeweiligen Exklusivität keine friedensstörende Wirkung ausgeht.

Durch die fundamentalistische Bewegung, die am absoluten Wahrheitsanspruch des Islams festhält, wird diese Koexistenzpragmatik durchbrochen, mit der Folge, daß dies unter Umständen auf internationaler Ebene den Weltfrieden bedrohen, auf staatlicher Ebene das friedliche Zusammenleben der Bürger stören und ihre Toleranzfähigkeit übermäßig belasten könnte.

Bei alledem handelt es sich nicht um bloße Toleranz auf religiösem Gebiet. Tolerant zu sein reklamiert auch der islamische Staat für sich - so, wie ausgeführt, wenn er seine Toleranz gegenüber Christen und Juden betont. Nachdem diese insbesondere in den ersten Jahrhunderten der islamischen Ausbreitung faktisch nicht unterdrückbar waren, war die Gewährung dieser Toleranz nach Lage der Dinge das geringere Übel, war sie eine Übung rein pragmatischer Rücksichtnahme, doch in den Status eines subjektiv einklagbaren Rechts, eines Anspruchs auf Toleranz, wurde sie nicht erhoben. Freiheit des Glaubens und der Religion, wie sie in den Menschenrechten und im Grundgesetz verankert ist, bedeutet aber gerade dieses subjektive Recht<sup>290</sup>, denn "Freiheit, rechtlich konstituiert, macht Toleranz gegenstandslos"<sup>291</sup>.

Anders im Islam, der insoweit eine Religion vor der Aufklärung darstellt. Nur wer an Gott und an den geoffenbarten Koran glaubt und die Scharia befolgt, ist fähig, Bürgerkompetenz zu entwickeln, während der Gottlose als Feind der Gesellschaft gilt. Die immer wieder verlangte religiöse Bekenntnispflicht - durch die Erfüllung der täglichen fünf Gebete, des Fastens im Monat Ramadan, der Einhaltung der Speiseverbote - ist Mittel der Beförderung der staatsbürgерlichen Moral, weshalb denn im islamischen Staat die volle Bürgerrechtsfähigkeit an das Bekenntnis zum wahren Glauben gekoppelt ist. Nur der Muslim ist der wahre Bürger. Mit anderen Worten, in diesem sich islamische Regierung nennenden politischen System ist, anders als im säkularen System mit seinen religiösen Schwundstufenausformungen, das, was bezüglich der Glaubens- und Bekenntnisinhalte dem Bürger als Konsens noch abverlangt werden kann, sehr hoch. In der islamischen Gesellschaft stellt man immer eine Maximalisierung der bekenntnishaft ausformulierten Gehalte der Religion fest, was mit sich bringt, daß Formulierungen mit Religionsbezug in der Verfassung ("Islam ist Staatsreligion") und in den gesetzlichen Regelungen (insbesondere im Familienrecht), aber auch im politischen Handeln und tagtäglichen Verhalten gang und gäbe sind, so daß tatsächlich der ordre public religiös einheitlich, eben islamisch, erscheinen muß und so von den Bürgern auch akzeptiert wird. Und umgekehrt

streben die Theologen, die den Wahrheitsanspruch verwalten, hinsichtlich seiner Verbreitung in der Gemeinschaft und hinsichtlich seiner Befolgung durch den einzelnen Bürger im islamischen System seine Maximalisierung an, und stellen sie die Scharia als zur Erhaltung der öffentlichen Ordnung unabdingbar hin. Ein solches System kann aber nur stabil bleiben, wenn sich die Bürger im Bekenntnis zum Islam einig sind, was in den meisten arabischen bzw. islamischen Staaten noch immer der Fall zu sein scheint. Anders aber in einer Region wie dem Libanon, dessen mühevoll austariertes Verhältnis zwischen den Religionen aus Gründen, die darzulegen hier zu weit führen würde, zerstört wurde. Als die Libanesen - Drusen, Christen, Muslime - auf religiöser Ebene nicht mehr bezüglich der gegenseitig anerkannten Wahrheitsansprüche im Konsens waren, vielmehr ihre jeweilige Wahrheit durchsetzen wollten, kam es zum konfessionellen Bürgerkrieg.

Als Europa nach Jahrhunderten religiös begründeter kriegerischer Auseinandersetzungen erkannte, daß die religiöse Einheitlichkeit nicht zu erreichen war, verzichtete man auf dieses politische Ziel und rang man sich zu pragmatischer Koexistenz durch, da der Wille zum weltlichen Frieden stärker war als der Wille zum politischen Sieg der jeweiligen religiösen Wahrheit<sup>292</sup>, die, wenn auch widerwillig, zurückstehen mußte. Dagegen ist der Libanon ein Beispiel dafür, daß in einer Bevölkerung, in der die Religionen und Konfessionen etwa annähernd gleich stark verteilt sind, ein Universalkonsens bezüglich der Realität der Wahrheitsansprüche der Religionen und ihrer Gleichberechtigung nicht mehr erreichbar ist und somit den Frieden verhindert. Die Lösung ist eben nicht, daß eine Religion, z.B. der schiitische Islam, sich durchsetzt und den Christen dann Toleranz gewährt, die Lösung wäre vielmehr, daß die religiösen Wahrheitsansprüche politisch neutralisiert würden; anders gesagt, daß sie aufgegeben würden, wozu aber keine Seite bereit oder fähig ist. In den anderen islamischen Staaten tritt dieses libanesische Problem (noch) nicht auf, da die nicht-muslimischen Bürger zumeist zahlenmäßig geringe Minderheiten darstellen, so daß ein kriegerisches Aufbegehren sinnlos erscheint.

11.4 Die von den islamischen Gelehrten immer betonte Ganzheitlichkeit der Scharia, die in der Tat das gesamte menschliche Leben bei entsprechender Anwendung der von der islamischen Jurisprudenz in Jahrhunderten entwickelten Methoden zu regeln imstande ist, nimmt für sich in Anspruch, das Individuum in die Gemeinschaft (umma) voll zu integrieren, was als Vorteil gepriesen wird, diene es doch dem Ganzen, da die egoistischen persönlichen Interessen im Gemeininteresse aufgingen. Unter Berücksichtigung der Lehre<sup>293</sup> von der Unverletzlichkeit des islamischen Territoriums wird verständlich, weshalb die Integrität der umma im islamischen Wertesystem eine so hohe Stelle einnimmt<sup>294</sup>, und weshalb dann die Apostasie vom Islam als eines der schwersten Verbrechen eingeordnet wird. Angesichts des Rechts der Gemeinschaft auf Geschlossenheit im Bekenntnis zum Islam steht das Recht des Individuums auf Religionsfreiheit zurück, anders als im liberalen Staat des Westens, in dem das Recht des Individuums auf religiösen Dissens auf jeden Fall vorgeht. Diese in der Frage der Religionsfreiheit deutlich werdende Absonderung des Individuums ist gerade das Kennzeichen des modernen Staates; aber es zeitigt nun einmal Folgen nicht zu

letzt als Ausweitung der subjektiven, gegen den Staat und die Gesellschaft gerichteten und einklagbaren Rechte, wenn das Ideal der autonom entscheidende, dem Gesamtwohl aber durchaus sich verantwortlich fühlende Bürger ist, der in einer für die Zukunft offenen Gesellschaft lebt, der sich aber auch bewußt ist, daß es die ideelle harmonische, im dauernden Konsens lebende Gesellschaft nicht gibt, daß sie vielmehr lebt von der ständigen Spannung der unterschiedlichen Interessen der Individuen, deren friedvolles Zusammenleben nur durch Verfassungsschranken ermöglicht wird, ohne Wahrheitsanspruch einer bestimmten Religion oder Weltanschauung.

Anders das islamische System, in dem der Konsens nicht nur der Theologen und Rechtsgelehrten, sondern der gesamten Gemeinschaft das Ideal ist und sich die Individualinteressen dank Unterordnung unter die göttliche Offenbarung im Gemeinwillen realisieren. Dabei wissen die Theologen ganz genau, wie der ideale Mensch<sup>295</sup> und die vortreffliche Gesellschaft beschaffen sein sollten, denn das Vorbild ist ja bekannt: die Idealgestalt des Gesandten Gottes und dann die Gemeinschaft wie sie, so die Meinung der Fundamentalisten, unter seinen Nachfolgern, den ersten vier Kalifen (den sogenannten rechtgeleiteten Kalifen<sup>296</sup>) realisiert war. Während die Gegenwart im heutigen islamischen Schrifttum pessimistisch - was aufgrund der wirtschaftlichen und politischen Verhältnisse leicht nachvollzogen werden kann - gesehen wird<sup>297</sup>, die Zukunft dagegen optimistisch erscheint, ist sie doch in der glorreichen Vergangenheit dieser ersten Jahrzehnte des Islams schon idealiter angelegt: ziehe man nur die entsprechenden Lehren, befolge man die Vorschriften der Scharia und agiere jeder Bürger dementsprechend als überzeugter Gläubiger, so sei die Zukunft gesichert.

Der Bürger dieses Staates ist muslimisch, und jeder, der Muslim ist und dann abfällt vom Islam, bedeutet eine Gefahr, denn es besteht eine Interdependenz zwischen dem, was der einzelne Muslim tut, und dem Wohlergehen der Gemeinschaft und damit des gesamten Staates. Die Obrigkeit muß den Abfall unterbinden, sie muß einschreiten. Tut sie das nicht, kommt die Behörde dieser ihrer Pflicht, den Apostaten zu bestrafen, nicht nach, so hat zu erfolgen, was der Jurist ʿAbd al-Qādir ʿAuda, der hier für viele stehen soll, apodiktisch erklärte<sup>298</sup>: Wenn das ägyptische Strafgesetzbuch, das positive, also weltliche Gesetzesbestimmungen enthalte, keine Bestrafung der Apostaten vorsehe, obgleich doch die ägyptische Rechtsgemeinschaft auf dem Islam gegründet sei, so bedeutet dies noch lange nicht, daß die Apostasie erlaubt sei, denn die Scharia sehe dies nun einmal nicht vor; die Bestimmungen der Scharia, die die Apostasie bestrafen, könnten niemals abgeschafft werden. Wer also jetzt einen Apostaten töte, werde auf keinen Fall bestraft<sup>299</sup>, denn er tue etwas nach der Scharia Erlaubtes und erfülle eine ihm obliegende Pflicht, die zu erfüllen die Behörden unterlassen haben.

Man kann sich vorstellen, was derartige Aufforderungen zur Selbsthilfe bedeuten können, noch dazu in Ägypten, wo Fundamentalisten und einige Scheiche der Azhar bereits diejenigen als Apostaten und Ungläubige bezeichnen, die mit ihren eigenen islamischen Auffassungen nicht übereinstimmen<sup>300</sup>. Welche fanatischen Gefühle zutage treten können, zeigte sich im Zusammenhang mit der Rushdie-Affäre, wenn reife Männer, aber auch Kinder, Bilder dieses Autors verbrennen und bei Manifestationen in England, Frankreich oder den USA den

Tod der Apostaten (murtadd) als gerechte, angemessene und Gott wohlgefällige Strafe fordern - denn der Apostat ist vogelfrei. Flieht er in nichtislamisches Territorium, so kann ihn jeder töten und sein Vermögen nehmen<sup>301</sup>.

11.5 Es wird deutlich, daß nicht nur die islamische Gemeinschaft der Vergangenheit, sondern auch diejenigen Staaten, die in der Neuzeit für sich selbst die Zugehörigkeit zum Islam zum Verfassungsgrundsatz erhoben haben, die Apostasie nicht hinnehmen wollen und können. Klassisch-theologisch argumentierend können sie es deshalb nicht, weil der Abfall vom Islam sich gegen die Religion an sich richtet und damit gegen einen rein göttlichen Rechtsanspruch - ein Anspruch, der nicht Gegenstand der Disposition der Beteiligten, also der einzelnen Bürger, sein kann -, modern verfassungsrechtlich argumentierend, daß ein Grundrecht und anerkanntes Menschenrecht im islamischen Staat nicht nur beschränkt und inhaltlich relativiert, sondern sogar verwehrt werden darf, da das Individualrecht auf Religionsfreiheit hinter dem Kollektivrecht auf Einheitlichkeit der Religion der Gemeinschaft und auf Bestand der Staatsreligion zurückzustehen hat.

## *12. Verfassungsinhalte in Abhängigkeit von offener oder geschlossener Verfassungskultur*

12.1 Es bleibt noch zu klären, weshalb ein Recht, wie das der Freiheit des Glaubens, das sowohl in der Menschenrechtserklärung von 1948, als auch in Art. 4 des deutschen Grundgesetzes, als auch, wie oben ausgeführt, in den Verfassungen islamischer Staaten expressis verbis garantiert wird, in der praktischen Umsetzung für den Bürger so völlig unterschiedlich ausgelegt werden kann. Das hängt damit zusammen, daß dem Verfassungstext nicht zu entnehmen ist, wie das darin niedergelegte Recht in der Praxis zu verwirklichen und durchzusetzen ist, vielmehr ist die Umsetzung abhängig vom Verständnis und Vorverständnis dieses Rechts in der jeweiligen Kultur; anders ausgedrückt, die Verwirklichung eines Rechts wie der Freiheit des Glaubens, der Religion oder der Weltanschauung, ist abhängig von einer kulturellen "ambiance" (Häberle<sup>302</sup>), denn Verfassungstexte sind juristische positive Texte, die in eine Verfassungskultur eingebettet sind<sup>303</sup>, welch letztere wiederum Teil der Gesamtkultur eines Staatsvolkes ist. Diese kulturelle Wirklichkeit mit ihrer gewachsenen Gesamtheit von Werthaltungen und Denkformen, von vom historischen Kontext abhängigen politischen Institutionen, Erziehungszielen und Orientierungen ist geprägt von überkommenen Traditionen und zumeist religiös grundierten Anschauungen, die niemals starr, sondern - vielleicht nicht immer evident - dauernden Veränderungen und Weiterentwicklungen unterworfen sind<sup>304</sup>. Verfassung und Verfassungskultur stimmen zumeist nicht überein, sei es, daß eine Verfassung, deren Bestimmungen ganz oder teilweise angesichts der tatsächlichen gesellschaftlichen Verhältnisse obsolet geworden sind, beibehalten wird, sei es, was seltener ist, daß die Verfassung, vielleicht auch nur bei einigen wenigen Bestimmungen, der tatsächlichen Verfaßtheit der Gesellschaft vorausilt, weshalb es dann mehrerer Generationen bedarf, bis diese Differenz, wenn überhaupt, ausgeglichen wird. Eilen die Verfassungsbestimmungen den tatsächlichen gesellschaftlichen Verhältnissen so weit voraus, daß ihre Akzeptanz beim Bürger auf ernste Schwierigkeiten

stößt und ihr Wert sich seinem Verständnis entzieht oder diesem sogar zuwiderläuft<sup>305</sup>, so ist überhaupt nicht abzusehen, ob die erlassene Verfassung jemals tatsächliche Verfassungskultur und damit Teil der allgemeinen Kultur eines Staates werden wird, oder ob sie, oder Teile von ihr, nicht einfach Fremdkörper bleiben, ohne Bedeutung und ohne Wirkung.

Unter diesem Aspekt läßt sich sagen, daß in einer demokratisch verfaßten aufgeklärten Gesellschaft (wie etwa in der Bundesrepublik) sich das Grundrecht der Glaubensfreiheit und die der Verfassung zugrunde liegende pluralistische Verfassungskultur weitgehend entsprechen, da eine Vielzahl von Kulturträgern<sup>306</sup> (Staat, Schulen, Kirchen, Parteien, Gewerkschaften, Vereine usw.) für eine sich gegenseitig kontrollierende Konkurrenz sorgen und kulturelle Vielfalt und Freiheit einschließlich ihrer religiösen Komponenten zu einer nie endenden Gesellschaftsaufgabe machen, wobei keinem Träger, auch nicht bestimmten Religionen, ein wie immer geartetes Monopol zukommt.

Im islamischen Staat, wie er sich in den Lehrwerken darstellt, und in den existierenden Staaten des islamischen Kulturreiches sind dagegen die staatlichen Kulturkompetenzen und die individuell verwirklichbaren kulturellen Freiheiten so eng miteinander verknüpft, daß kein Raum mehr für einen derartigen kulturellen Trägerpluralismus bleibt, vielmehr wird (oder soll) alles unter islamischen Vorzeichen erfolgen, wird also stets ein islamisches Vorverständnis zugrundegelegt. Erziehungsziele<sup>307</sup> und Orientierungswerte<sup>308</sup> sind einseitig islamisch ausgerichtet<sup>309</sup>, was auch als ideal und als wünschenswert propagiert wird. Angesichts dieser Verfassungskultur, und unter diesem Vorverständnis von Orientierungen überhaupt, ist es dann normal, daß der Inhalt eines Grundrechts wie der Religions- oder Glaubensfreiheit nicht nur religiös grundiert, sondern völlig islamisch ausgefüllt ist. In einer solchen Gesellschaft, in der Pluralismus und offenes Kulturstaatsprinzip keine anerkannten Werte sind, ergeben sich normative Leitbilder, die einer solchen Verfassungsbestimmung, die in ihrer Formulierung einer westlichen Verfassung durchaus ähnlich ist, dann einen ganz anderen Inhalt geben. Da die juristische Garantie der Freiheit der Religion oder des Glaubens in einem ganz anderen kulturellen Kontext steht, wird es dann nicht als Widerspruch empfunden, daß die Freiheit des Religionswechsels einseitig ist, daß sie eine Einbahnstraße auf den Islam hin darstellt.

Im islamischen Kontext ist das Recht auf Religionsfreiheit kein "Möglichkeitsrecht"<sup>310</sup>, das dem Einzelnen die Wahl läßt, sich für die eine oder andere Religion zu entscheiden; der muslimische Bürger kann realiter gar nicht mehr wählen. Eine Pluralität von Orientierungen - Islam, Christentum und andere Religionen oder gar Atheismus nebeneinander - ist in dieser Verfassungskultur kein zugelassenes Leitbild (und zumeist für Muslime auch nicht denkbar). Die islamische Verfassungskultur ist vielmehr geprägt von der Vorstellung der "Geschlossenheit" - nicht umsonst wird der Islam häufig und gerne als allumfassendes System dargestellt - und der idealen Welt mit Transzendenzbezug durch die Scharia, während die Verfassungskultur des demokratisch verfaßten aufgeklärten Staates die Offenheit der Gesellschaft voraussetzt, in der die Menschen in einem dauernden öffentlichen Prozeß verantworten, gestalten und fortentwickeln, "in der die Zukunft nicht mehr durch vorgegebene wahre Zwecke verstopft ist", die eine Staatsreligion vorgibt, sondern "in der sie unendlich offen ist" und "mehr Möglichkeiten als aktualisiert werden können", enthält<sup>311</sup>. Anders die

muslimischen Theologen, die ständig auf das Heilige, das Sakrale und den Offenbarungsbezug ihres Systems abstellen, d.h. auf den unantastbaren Kern ihrer Religion. Bestimmte Glaubensdogmen<sup>312</sup> sind unverletzlich, sind gesetzlich zu schützen, sind sakrosankt und stellen unüberschreitbare Grenzen dar. Im demokratisch verfaßten Staat dagegen sind es nicht Glaubensdogmen, sind es nicht abstrakte Doktrinen, die geschützt werden, sondern Interessen der Individuen - wobei deren jeweilige Glaubensüberzeugungen aber durchaus vor Beleidigung und Rassenhetze bewahrt werden können, aber nicht Gott oder die Religion als solche oder eine Weltanschauung sind vor Beleidigung geschützt<sup>313</sup>. Wie sollte man etwa Gott<sup>314</sup> oder das Christentum oder den Sozialismus beleidigen können, sind es vielmehr doch immer die Menschen, die daran glauben, die beleidigbar sind. Insofern sind Gotteslästerungsparagraphen in Strafgesetzbüchern, so es denn solche in westlichen Rechtsordnungen noch gibt, Überreste einer theokratischen Vergangenheit, und widersprechen sie dem Geist des Rechts, das Individuen und nicht Doktrinen schützt. Muslime sehen dies ganz anders; für sie ist Gott, ist der Islam durchaus beleidigbar, weshalb denn die Strafwürdigkeit Salman Rushdie's, abgesehen vom Tatbestand der Apostasie, auch damit begründet wird, daß er den Glauben von Millionen von Muslimen beleidigt habe.

12.2 Im islamischen System ist der Staat Teil der göttlichen Weltordnung, werden politische Entscheidungen mit göttlicher Autorität unter Verweis auf Koran, Sunna und Scharia legitimiert, und ist der den Herrschenden geschuldeten Gehorsam zugleich Gott geschuldeter Gehorsam<sup>315</sup>. Der Staat als Instrument Gottes profitiert einerseits vom absoluten Wahrheitsanspruch der Religion, hält andererseits das religiöse Interpretationsmonopol der gelehrtene doctores ('ulamâ') aufrecht<sup>316</sup>. Die Unfehlbarkeitsansprüche der die Scharia auslegenden Rechtsglehrten (fujahâ') sorgen dafür, daß ein Verteidigungsnetzwerk gegen endogene oder exogene nichtsystemkonforme Informationen, die mit den bisherigen und herrschenden Anschauungen nicht vereinbar sind<sup>317</sup>, aufrechterhalten wird, um so die Bürger gegen kritische oder auch einfach andersartige Meinungen zu immunisieren<sup>318</sup>. Keineswegs Ideenpluralismus ist das Ideal, vielmehr Dissensvermeidung durch Abschirmung und Immunisierung und durch Aufbau eines geschlossenen und stabilen Glaubenssystems, das der Verwirklichung des islamischen Ideals dient und das in der religiösen Einheit des Staatsvolkes auengänglich wird.

Anders das demokratisch verfaßte aufgeklärte System, das grundsätzlich offen ist für alle Informationen, das den Ideenpluralismus voraussetzt und will, für das dauernde Konsens<sup>319</sup> kein höchster Wert ist, in dem Dissens und Divergenz willkommen sind<sup>320</sup>, da Idealität prinzipiell niemals verwirklicht werden kann. Die ständige Entwicklung von alternativen Lösungen, die durch Verfahrensformen die Chance ihrer Artikulation erhalten, sorgt für eine offene Gesellschaft, die sich eines kritischen Rationalismus bei der Abwägung und Beurteilung der jeweiligen Alternativen bedient, ohne daß es dabei eines Transzendenzbezugs bedarf, wie er auf islamischer Seite ständige Übung zur Absicherung von Entscheidungen ist.

Im offenen System muß in Kauf genommen werden, daß durch den zugrunde liegenden Pluralismus eine weitgehende Relativierung der Wahrheitsansprü-

che der Religionen und Weltanschauungen eintritt<sup>321</sup>; der einzelne Bürger muß es ertragen, daß seine eigene Weltanschauung oder Religion in Frage gestellt und bezweifelt, ja sogar gefährdet wird, und er sich der Diskussion zu stellen hat (wenn er das will, wozu er aber keineswegs verpflichtet ist). Dabei ist es die Funktion der Religionsgemeinschaften, durch Betonung ihres Transzendenzbezugs die religiösen Bedürfnisse des Bürgers zu befriedigen<sup>322</sup>, doch wenn sie sich dabei in der Öffentlichkeit bewegen, dann gilt für sie, was für alle gilt, daß sie, wenn sie innerhalb des Systems sich gesellschaftsrelevant äußern, für Kritik und Revision offen zu sein haben. Im islamischen System hingegen ist der Wahrheitsanspruch der einen richtigen Religion nicht kritikabel, während alle anderen sich eine dauernde islamische Kritik gefallen lassen müssen; hier bilden heilige Werte eine Barriere.

In einer offenen Gesellschaft stoßen Forderungen, Theorien und Alternativlösungen nicht dann auf ihre Grenze, wenn sie heiligste Werte berühren oder in Frage stellen, sondern erst dann, wenn sie antipluralistische Strategien entwickeln und praktizieren, die auf Abschaffung des Pluralismus abzielen, weshalb hier das Motto: "Keine Duldung der Unduldsamkeit!" gilt<sup>323</sup>.

So liegt der Unterschied letztendlich im Freiheitsbegriff, der im aufgeklärten System auf Wahrheitsansprüche einer Religion oder Weltanschauung keine Rücksicht nimmt; vielmehr hält das aufgeklärte System jeden einzelnen Bürger für kompetent, über die Richtigkeit einer Religion oder Weltanschauung allein zu entscheiden<sup>324</sup> (auch auf die Gefahr hin, daß er irrt). Im islamischen System wird die Forderung von Glaubensfreiheit und die Realisierung von diesbezüglichen Rechten am Wahrheitsanspruch des Islams gemessen, und dem einzelnen ist die Entscheidungskompetenz, ist er erst einmal Muslim, aberkannt.

### *13. Neutraler oder transzendenzbezogener Staat*

13.1 Die Wahrheitsgewißheit, die damit verbundene Absolutsetzung des eigenen Standpunktes und die Gleichsetzung von Staat und Religion, von Glauben und Politik verführen in den heutigen islamischen Staaten die religiösen Würdenträger und die Gelehrten dazu, unter Berufung auf die göttliche Offenbarung und die Regelungen der Scharia den politisch Handelnden bindende Vorschriften aufzuerlegen, wobei sie ihre Sicht der Dinge und ihre Vorschläge als Gottes Wille und deshalb islamisch und allein richtiginstellen<sup>325</sup>. Dies führt zu einer Entmündigung der Politiker und zu einem "islamischen Klerikalismus"<sup>326</sup>, dessen Existenz aber bestritten wird. Daß dann keine, sich vom Islam lösenden Alternativen vorgelegt werden, liegt auf der Hand<sup>327</sup>. Es realisiert sich hier eine Gefahr, die Christian von Krockow die "Versuchung des Absoluten" nannte<sup>328</sup>; was er vor allem als ein Problem der westlichen Gesellschaften betrachtete, gilt aber auch für die Staaten der islamischen Welt, denn diese Haltung kann dazu führen, daß die bescheidenen Ansätze einer parlamentarischen repräsentativen Demokratie, einer Säkularisierung und Liberalisierung der Verfassungskultur zu nichts gemacht werden. Werden politische zu absolut moralischen Entscheidungen hochstilisiert, so werden Terrorakte unter Berufung auf das moralisch einzig gute Ziel legitimiert und wird das Reich Gottes und die gerechte Gesellschaft als irdisches Idealreich verwirklichungsfähig gepriesen und versprochen<sup>329</sup>.

13.2 Die islamische Welt befindet sich in einem Dilemma. Die die offizielle Lehre vertretenden religiösen Würdenträger und die Fundamentalisten, wobei zwischen allen Beteiligten vielfache Querverbindungen vorhanden sind, halten am Prinzip der Glaubenskonformität der den Staat bildenden Gemeinschaft (umma) fest und untersagen deshalb den Abfall vom Islam. Anders als im Abendland, wo sich der Staat aus dem Kampf um die religiöse Wahrheit zurückzog und so die Wahrheitsfrage entpolitisierete, er die cura religionis aufgab und sich nicht mehr verpflichtet sah, für das Seelenheil seiner Bürger zu sorgen - alles Voraussetzungen für die subjektrechte Etablierung der Religionsfreiheit - hält die islamische Seite daran fest und riskiert dadurch, daß selbst das politische Tagesgeschäft sakralisiert wird und ohne "moralisierenden Dauerton<sup>330</sup>" und Rekurs auf höchste islamische Werte nicht erfüllt werden kann, wobei bei den andersgläubigen Minderheiten Spannungen, bei den weniger strengen Muslimen, die von der weltweiten Säkularität angesteckt sind<sup>331</sup>, Frustrationen erzeugt werden, die das friedliche Zusammenleben erschweren und bedrohen.

Während der westliche demokratisch verfaßte Staat den Transzendenzbezug aufgekündigt hat und sich mit dem irdischen Ziel der Friedensordnung seiner Bürger zufrieden gegeben hat<sup>332</sup> und sich deshalb um der Freiheit und des Rechtsfriedens willen in der Frage nach der Wahrheit offenhält<sup>333</sup>, hat dies der islamische Staat nicht getan, besteht er vielmehr darauf, daß die Religion für die staatliche Gemeinschaft konstitutiv ist, da erst die Zugehörigkeit zur richtigen Religion den vollberechtigten Bürger ausmacht. Der transzendenzbezogene, von den 'ulamā' kontrollierte Staat steht dabei unter dem Druck, die versprochene ideale islamische Gesellschaft auch zu verwirklichen; er muß Erfolge aufweisen, denn die täglich beschworenen, auf Gott bezogenen Grundbedürfnisse der Menschen wollen erfüllt sein. Gelingt dies nicht, und in den meisten islamischen Ländern ist aufgrund der angespannten Wirtschaftslage keine Besserung der materiellen Verhältnisse der Bürger zu erwarten, so muß für Ablenkung gesorgt werden, sei es durch permanente Propagierung des gottgewollten Kampfes gegen den Erzfeind Israel und den Zionismus, sei es gegen die "satanischen Mächte" des imperialistischen Amerika, der Sowjetunion oder auch Westeuropas. Der gläubigen Bürger vom Nachdenken befreende religiöse Fundamentalismus gibt sich bereits als Tatkraft, schafft Ruhe an der Innenfront und lenkt von den internen Mängeln und Unzulänglichkeiten ab, schafft Kampfbereitschaft nach außen, was als Stärke und Entschlossenheit empfunden wird und was das Gemeinschaftsgefühl gegen eine Welt von Ungläubigen verstärkt.

13.3 Die westliche Demokratie, die der Begründung durch die Transzendenz entsagt hat, lebt davon, wie Isensee<sup>334</sup> es einleuchtend dargelegt hat, daß die Transzendenzerfahrung ihrer Bürger von den Kirchen und Religionsgemeinschaften erklärt und absorbiert, kanalisiert und befriedigt wird, und daß diese Institutionen, sofern sie nur transzendent fest bleiben, ein wichtiger Stabilitätsfaktor sind. Die Religion schafft, um es mit Luckmann<sup>335</sup> zu sagen, mit Hilfe ihrer Transzendenzexperten, Riten, Dogmen und Institutionen, eine verbindliche Regelung des Umgangs mit dem Transzendenten, sichert den Alltag vor "zerstörenden Einbrüchen subjektiv erfahrener Außernaltäglichkeit", indem sie den einzelnen Bürger mit der kontingenten Vielfalt seiner Umwelt versöhnt; doch ist es das Kennzeichen der Moderne, daß eine Religion allein nicht mehr zuständig

ist, vielmehr mehrere, die deutlich abgegrenzte Bereiche der Gesellschaft abdecken. Die Sozialstruktur wird insgesamt zwar entsakralisiert, aber trotz Privatisierung der Religion selbst verbleiben den religiösen Institutionen (Kirchen, Glaubensgemeinschaften) durch Verwaltung und Beförderung des Transzendenten stabilisierende, vom Staat nicht übernommene Funktionen. Im islamischen Staat sind zwar auch Experten für das Transzendente tätig, aber der Staat selbst nimmt bezug auf dasselbe, ist die Sozialstruktur nicht entsakralisiert. Der dauernde Transzendenzbezug, die permanente theologische Rechtfertigung der politischen Entscheidungen führt zu innerer Destabilisierung, da "religiös aktivierte Politik ungeduldig, unnachsichtig, fanatisch, monomanisch" ist<sup>336</sup>. Das Ergebnis ist ein totalitärer Wahrheitsstaat<sup>337</sup>, der alles umfaßt und alles regelt, was durch die 'ulamā' gerade als der Vorzug der Scharia herausgestellt wird.

Die nach außen gezeigte Bereitschaft zum Kampf und zur Selbstaufopferung zum Zwecke des Exports der islamischen Revolution ändert nichts an der internen, latenten Instabilität, da die im Islam so häufigen und unterschiedlichen Lehrmeinungen sich in Aktivistengruppen verkörpern, die sich gegenseitig an Frömmigkeit und Hingabe an den wahren Islam überbieten und die die Konkurrenten als Abweichler zu denunzieren trachten, so daß in der Realität die vielgepriesene Einheit der umma sich als prekär erweist. Glaubensgegensätze - etwa zwischen Schiiten und Sunnitern, zwischen religiösem Establishment und Muslimbruderschaft, aber auch unterschiedliche Auffassungen bezüglich der Erfüllung der Glaubenspflichten, der Berechtigung der Mystik und der Bruderschaften, der Übernahme westlicher technischer Errungenschaften -, dies alles sind immer auch politische Gegensätze und tragen den Kern der offenen Gewaltanwendung in sich, da jede Gruppierung unter Berufung auf den Islam ein Widerstandsrecht für sich reklamiert und, in Ablehnung eines Gewaltmonopols des Staates, Terroraktionen unter Hinweis auf die angestrebte ideale islamische Gesellschaft rechtfertigt. In dieser Situation bleibt dem jeweiligen Staat, der sich ja kraft Verfassung und Verfassungskultur, aber auch Selbstverständnis und Eigen einschätzung des Großteils seiner Politiker und Beamten als islamisch darstellt, nicht verschont von den Heilserwartungen seiner Bürger, deren religiöse Hoffnungen in politische Ergebnisse hier und jetzt umgesetzt werden sollen, wobei Kompromißentscheidungen nicht akzeptabel sind, vielmehr, da es stets um "die Wahrheit" geht, nur endgültige Lösungen in absoluter Glaubensgewißheit angestrebt werden<sup>338</sup>.

13.4 Ein solcher stets unter Rechtfertigungs- und Erfolgszwang stehender Staat muß auf Geschlossenheit achten; er setzt sie voraus und lebt von ihr. Er kann es sich nicht leisten, die Anerkennung und die Zugehörigkeit zu der als wahr erkannten Religion der freien Entscheidung des Individuums zu überlassen, und die Religion zur Privatsache zu machen. Zu viele als "heilig" geltende und betrachtete Lehren und Vorschriften stehen auf dem Spiel, denn der Staat, der die Religion dazu gebraucht, sich der Loyalität der Massen zu versichern, wird von der Religion abhängig.

Die von der Lehre dem Muslim auferlegte Gehorsamspflicht gegen Gott, den Gesandten Gottes und die Obrigkeit setzt der Staat zwar ein als friedenssicherndes Element zur Neutralisierung des prinzipiell vorhandenen Unfriedenspotentials (was aber, wie gesagt, gar nicht gelingen kann, da ihm die radikalen

und frommen Aktivisten das Recht dazu absprechen), aber der Staat hat dafür zu bezahlen in Form eines dauernden Abwehrkampfes gegen Abweichler und in Form eines ständigen Nachweises der eigenen Rechtgläubigkeit<sup>339</sup>.

Während die Bürger Europas nach Religionskriegen es allmählich lernten, auf die politische Durchsetzung religiöser Überzeugungen zu verzichten und ihr weltanschaulich und religiös nunmehr neutraler Staat sich damit abfand, daß er von sich aus nicht für alle seine Bürger definieren kann und darf, was für sie die letzten sittlichen und religiösen Voraussetzungen und Werte ihres Lebens und ihres Handelns sein sollen<sup>340</sup> - ohne daß er aber auf gewisse, historisch gewachsene Grundwerte und gemeinsame Normen der Lebenspraxis, die auch einer pluralistischen Gesellschaft und Lebenswelt gemeinsam sind, verzichtet -, nimmt der transzendentenzbezogene islamische Staat immer und ständig in Anspruch, diese letzten Werte für seine Bürger bestimmen zu können, weshalb seine Kräfte und Energien, die besser in Bereichen wie Wirtschaft, Soziales, Technisierung eingesetzt würden, gebunden werden im Kampf gegen diese Neutralisierung, die weltweit um sich greift. Zweifellos wird es noch lange Zeit dauern, bis auch im islamischen Kulturbereich unserer Weltgesellschaft die Vorteile des konfessionsneutralen<sup>341</sup> Staates erkannt werden.

#### *14. Die Herausforderung durch die Modernität*

14.1 Wie dargelegt, kollidiert das im liberal verfaßten Staat garantierte Recht auf Glaubens- und Religionsfreiheit in den Staaten, deren Verfassungen den Islam zur Staatsreligion machen, mit dem religiösen Wahrheitsanspruch und zieht dabei den Kürzeren, da im islamisch geprägten Bereich unserer Weltgesellschaft hinsichtlich der durch die Vereinten Nationen 1948 verkündeten Menschenrechte ein anderes konzeptuelles Grundverständnis geltend gemacht wird. Zwar geht allein von der Tatsache der Existenz der Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen und von dem darin verbrieften Anspruch der universellen Geltung und Höchstrangigkeit der Menschenrechte in der menschlichen Normenhierarchie ein starker ethischer Imperativ aus, der auch Diktaturen und Zwangsregime soweit beeindruckt, daß sie wenigstens nicht offen und schamlos dagegen zu verstößen versuchen, sie sich vielmehr auch in ihren Verfassungen und ihren politischen Verlautbarungen auf die Menschenrechte berufen. Doch ob diese in einem Staat geachtet werden, hängt nicht in erster Linie davon ab, ob sie in der Verfassung genannt werden, sondern ob sie im gesamten System und in der Praxis durch den Bürger auch einklagbar sind, ob das jeweilige Menschenrecht juristische Geltung und soziale Wirksamkeit hat, "ob also die Rechtsverletzung mit öffentlicher Mißbilligung und staatlicher Sanktion bedroht ist"<sup>342</sup>.

Es ist nicht zu übersehen, daß das Grundverständnis bezüglich der Menschenrechte im Ansatz bereits unterschiedlich ist<sup>343</sup>. Während im westlichen Europa und in Nordamerika eine individual-personale Grundkonzeption vorliegt, also die Menschenrechte vor allem als stets notwendige Verteidigungs- und Abwehrrechte des Individuums gegen den Staat gesehen werden, betonen die kommunistischen und sozialistischen Staaten das kollektive Moment, hinter dem die Individualinteressen zurückzustehen haben<sup>344</sup>. Auch im Islam, der die Schaffung der gerechten Gesellschaft als vorrangig propagiert, ist dies der Fall,

insbesondere dann, wenn Individual- und Kollektivinteressen, wie im Falle der Apostasie, kollidieren. Die Forderung, dem einzelnen Bürger müßten gegenüber dem Staat, der ja der Gemeinschaft der Gläubigen gleichzusetzen ist, Abwehrrechte garantiert werden, läuft hier ins Leere<sup>345</sup>.

Nur wenn die Menschenrechte, wie im westlichen Verständnis und so auch im deutschen Grundgesetz, als vorstaatlich und "überpositiv" aufgefaßt werden, und sie deshalb als keiner theologischen, philosophischen, historischen oder anthropologischen Begründung bedürftig betrachtet werden, kann eine Geltung in einer multikulturellen Weltgesellschaft<sup>346</sup> erreicht werden. Es ist lediglich von der einfachsten, in ihrer Wirkung aber allumfassenden Feststellung auszugehen, daß die Menschenwürde jedem Menschen allein aufgrund seiner Existenz und seiner Zugehörigkeit zur Spezies "homo sapiens" zukommt. Hermann Lübbe<sup>347</sup> vertrat einleuchtend, daß das Kriterium der "Naturalisierung des Menschen" die entscheidende Voraussetzung der Sicherung der Menschenrechtssubjektivität sei (und nicht etwa der Verweis auf eine Religion, die sich auf die Schöpfung des Menschen durch Gott beruft, wie man hinzufügen sollte). Diese naturale Art-Zugehörigkeit genügt, wie Lübbe zuzustimmen ist, völlig; es bedarf keiner speziellen Moral, keiner "richtigen" Religion, keiner Zugehörigkeit zu einer Klasse oder Rasse, noch weniger bedarf es eines besonderen Entwicklungsstandes, um die Menschenrechte einzufordern. Mensch zu sein, ist ausreichend! Was wiederum bedeutet, daß das Bekenntnis zu einer oder zu der "wahren Religion" nicht menschenrechtsrelevant sein kann.

Würde man einem Relativismus huldigen und die Inhalte der Menschenrechtserklärung abhängig machen von den unterschiedlichen Wertkonzeptionen der einzelnen Kulturreiche (etwa des islamischen in Bezug auf die Religionsfreiheit), so wäre ein Chaos<sup>348</sup> die Folge. Die Aufgabe besteht vielmehr darin, bei allen unterschiedlichen Wertkonzeptionen und Denkart, einen Kernbestand von Werten, die in den Menschenrechten enthalten sind und wozu dann auch die absolute Religions- und Glaubensfreiheit gehört, herauszuarbeiten und als verbindlich zu erklären, in die jeweils eigene Wertkonzeption einzuarbeiten und durchzusetzen<sup>349</sup>.

Im islamischen Bereich ist man aber davon noch weit entfernt. Da das religiöse Recht für sich in Anspruch nimmt, auch die alltäglichsten Verrichtungen beurteilen zu können, ist letztendlich nicht unterscheidbar zwischen Tageswerten - die zur Regelung der täglichen Dinge politischer Abstimmung unterliegen können - und Grundwerten, die nichtmajorisierbar sind<sup>350</sup>. Beide Typen unterliegen der statischen islamischen Denkart<sup>351</sup>, die außerhalb des Islams kein Heil für möglich hält und die, wie sie versichert, eines weltweit anerkannten Prioritätenkatalogs von Werten und Menschenrechten auch nicht bedarf.

14.2 Angesichts der religiösen und konfessionellen Aufspaltung der Glau**benseinheit** in Europa konstituierte sich vor einigen Jahrhunderten die Religionsfreiheit als Menschenrecht mit dem rein pragmatischen Ziel, den Bürgerfrieden zu ermöglichen. In einer staatlichen Ordnung, die säkularisiert ist, schützt die Glaubens- und Religionsfreiheit als Grundrecht das religiöse Gewissen und die Überzeugung des Bürgers, ohne daß die Religion selbst zur garantierenden Institution würde<sup>352</sup>, vielmehr ist die Garantenstellung an den säkularen Staat übertragen und abgetreten worden, wobei alle - christliche wie außer-

christliche, religionsfreundliche wie religionsfeindliche - Bürger durch den Mantel der säkularen Religionsfreiheit geschützt sind.

Die Muslime sehen es allerdings anders. Wenn die Religionsfreiheit die notwendige pragmatische Antwort auf die Gefährdung des Bürgerfriedens durch die konfessionelle Aufspaltung der Glaubenseinheit Europas gewesen sei, so müsse das nicht auch im islamischen Bereich so sein; da dort, wie sie behaupten, die Glaubenseinheit stets vorhanden gewesen sei, habe man auch keine Religionsfreiheit im absoluten Sinn, die die Apostasie vom Islam erlaube, wie in Europa gebraucht und sei dies auch heute nicht notwendig. Der Kampf zwischen Religion und Säkularismus sei ein abendländisches Problem<sup>353</sup>, dem Islam fremd und, so er heute in islamischen Staaten auftreten sollte, vom Kulturimperialismus<sup>354</sup> des Westens aufgezwungen. Sobald die von diesem durch die christlichen Missionen<sup>355</sup> zerstörte Glaubenseinheit, die in der Zeit vor dem Eindringen der Kolonialmächte bestanden habe, wiederhergestellt sei, werde das Recht auf Religionsfreiheit für Muslime (!) obsolet.

In der Tat dürfte, historisch gesehen, die umfassende Säkularisierung im Sinne einer Abwendung von und einer Aufgabe der religiös begründeten Welt erkläration ein abendländisches Phänomen gewesen sein<sup>356</sup>, denn dort trat sie erstmals auf. Wenn sie anderswo, zum Beispiel in die islamische Welt, eindrang, dann durch den Zusammenstoß mit dem Westen. Aber das lässt sich genausowenig ungeschehen machen wie die Begegnung mit der modernen Wissenschaft, der Technik und den Kommunikationsmitteln, die ja auch alle abendländischen Ursprungs sind. Die religiöse Einheit wurde nicht durch die christlichen Missionen zerstört, wie die Muslime behaupten, sondern ihre Infragestellung ist eine weltweite, alle Kulturen betreffende Erscheinung und hat ihre Wurzeln in der "Modernisierung", die nicht wieder rückgängig gemacht werden kann.

14.3 Nicht nur hinsichtlich des äußeren Lebensstils<sup>357</sup> - Ausbildung, Berufswahl, Erwerb materieller Güter, Wahl des Ehepartners und eigene Bestimmung der Zahl der Kinder, Freizeitverhalten -, sondern auch der moralischen, ideologischen und religiösen Lebensgestaltung hat der moderne Mensch ungeheure Wahlmöglichkeiten<sup>358</sup>; so hat er auch bezüglich der Religion oder Weltanschauung, nach der er sein Verhalten einrichten und mit dessen Hilfe er seine Welterklärungsbedürfnisse befriedigen kann, die Möglichkeit, selbst Präferenzen zu setzen. Das war anders in der prämodernen Periode, die aber, wie ersichtlich, in der Dritten Welt noch partiell die sozialen Gegebenheiten bestimmt, und die die Wahlmöglichkeiten beschränkt, wenn nicht gar ausschließt. So ist denn das Festhalten an der religiösen Einheit im islamischen Staat und das daraus resultierende Apostasieverbot auch ein Indiz für mangelnde Modernität dieser Gesellschaften.

14.4 Diese, im Bereich der Menschenrechte feststellbare prämoderne Denkweise verlangt bei Muslimen unausweichlich eine islamische Rechtfertigung, um in Auseinandersetzungen mit nichtislamischen Denkweisen, insbesondere der westlichen, bestehen zu können.

Nach abendländischer Auffassung stehen die Menschenrechte dem Menschen in seiner Eigenschaft als Mensch zu, weshalb es nicht notwendig ist, und weshalb es nicht Aufgabe der Theologie sein kann, sie gewissermaßen im

Nachhinein für christlich zu erklären<sup>359</sup>, wenngleich dies beispielsweise durch die christlichen Kirchen durchaus geschehen ist<sup>360</sup>; in der Tat kann und mag es ja der Durchsetzung von Menschenrechten dienen, wenn sie auch religiös oder sonstwie weltanschaulich begründet werden. Das kann dazu beitragen, die Akzeptanzbereitschaft bei den Bürgern, Behörden, staatlichen Organen usw. zu erhöhen, wie es ja auch nicht schadet, wenn die durch ein verfassungsmäßig handelndes Rechtssetzungsorgan ausgesprochenen positiven Gesetze mit den Werten, die dem religiösen Minimalkonsens einer multireligiösen<sup>361</sup> Gesellschaft entsprechen, übereinstimmen<sup>362</sup>. Unter diesem Aspekt ist es einerseits zu begrüßen, wenn islamische Würdenträger durch die Verabschiedung einer islamischen Menschenrechtserklärung<sup>363</sup>, wie 1981 geschehen, dazu beitragen, bei ihren Völkern die Menschenrechte und deren Existenz bekannt zu machen; dies könnte auch die jeweiligen Regierungen darauf verpflichten, falls sie diese Menschenrechtserklärung akzeptieren, die Menschenrechte auch einzuhalten<sup>364</sup>. Andererseits wird dies aber zumindest relativiert, wenn nicht gar völlig aufgehoben, wenn man bei näherer Betrachtung des arabischen Textes feststellt, daß die Menschenrechte, die hier proklamiert wurden, nicht vollständig denen der Vereinten Nationen entsprechen, und daß gerade diejenigen, auf die es ankommt, nämlich z. B. das Recht auf Religionswechsel, gar nicht erwähnt werden. Außerdem wird durch diese islamische Menschenrechtserklärung nicht etwa verkündet, daß der Islam bzw. die islamischen Staatsorgane die Menschenrechte als für sie verbindlich anerkennen, vielmehr handelt es sich um eine Apologetik zugunsten des Islams als derjenigen Religion, die als erste die Menschenrechte verkündet und verwirklicht habe. Dadurch, daß die Menschenrechte - wie sie die muslimischen Verfasser verstehen! - islamisch gerechtfertigt und begründet werden, werden sie dem islamischen System der Scharia inkorporiert und ihr letztendlich unterstellt. Die Menschenrechte werden also nicht als allgemein menschliche, sondern als islamische Rechte dargestellt, was dann dazu führt, daß für sie der islamische Rahmen zu gelten hat<sup>365</sup>. So ist es denn auch nicht verwunderlich, daß zwar von Religionsfreiheit die Rede ist, daß aber der Punkt, auf den es ankommt, nicht behandelt wird, nämlich, daß das Menschenrecht der Religionsfreiheit die Garantie für alle Religionen zum Ausdruck bringt, einschließlich Werbung und Abwerbung, einschließlich des Religionswechsels. Häufig wird dies auch damit gerechtfertigt, daß letzteres gar nicht notwendig sei, da Muslime gar kein Bedürfnis hätten, ihre Religion aufzugeben<sup>366</sup>.

Die Verfasser dieser islamischen Menschenrechtserklärung, durchdrungen von der Vortrefflichkeit, der Unvergleichbarkeit und dem Wahrheitsanspruch der islamischen Religion und deren für alle Zeiten und alle Menschen geltenden religiösen Rechte, haben denn auch weniger die Garantie der von den Vereinten Nationen erklärten Menschenrechte zum Ziel, vielmehr die Schaffung einer weltweiten islamischen Ordnung, betont doch die Präambel<sup>367</sup> ausdrücklich, daß es die Pflicht der Muslime sei, die Nichtmuslime zur Annahme des Islams aufzufordern und die Menschheit durch den Islam zu retten<sup>368</sup>.

14.5 Die islamische Menschenrechtserklärung vom 19. September 1981 erweist sich letztlich als eine Einengung der ursprünglichen Menschenrechtserklärung von 1948 insofern, als sie die Menschenrechte in den Rahmen der Scharia preßt, und sie dabei mitunter entscheidend beschneidet oder einschränkt und

sie dadurch letztendlich religiös instrumentalisiert. Anders als die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (in Kraft getreten am 03.09.1953), die auf der Grundlage der Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen ausgearbeitet wurde und die in einem ganz bestimmten geographischen Bereich, eben in Westeuropa, die Menschenrechte zu tatsächlich subjektiv einklagbaren Rechten am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte machte, ist die islamische Menschenrechtserklärung ein theologisches Werk, das der Verteidigung des Islams dient<sup>369</sup>, das aber mangels Durchsetzungsvermögen keinerlei rechtliche Wirkung hat. Während im 20. Jahrhundert die Menschenrechte und Grundfreiheiten oft genug durch totalitäre Regime zynisch mißbraucht wurden und ihr Inhalt und Wert der Staatsräson geopfert wurde, erleben wir heute, daß die Menschenrechte in den Dienst einer Religion gestellt werden, daß sie einer "Religionsräson" zu dienen haben. Die islamische Menschenrechtserklärung von 1981 anerkennt nicht etwa alle die in der Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen aufgeführten Rechte, sondern nur einen Teil und setzt darüber hinaus an ihre Stelle weitere<sup>370</sup>, die nur für den Islam relevant sind und die nur in einer islamischen Weltordnung verwirklicht werden können<sup>371</sup>.

## Anmerkungen

1 Die Originaltexte der Verfassungen der arabischen Staaten findet man in al-Āḥkām ad-dustūriya lil-bilād al-‘arabiyya, Beirut o.D. (ca. 1983); außerdem A. P. Blaustein/G. H. Flanz, Constitutions of the countries of the world, Loseblattsammlung, New York 1971ff.; zur Verfassungsgeschichte M. Tworuschka, Die Rolle des Islams in den arabischen Staatsverfassungen, Walldorf 1976.

2 Es ist auffallend, daß die Verfassungen den Ausdruck Freiheit der „Religion“ (din) vermeiden, vielmehr verwenden sie Freiheit des „Glaubens“ (‘aqīda oder i‘tiqād), so etwa, wenn die Freiheit des Glaubens garantiert wird: Ägypten Art.46; Kuwait Art.35; Sudan Art.47; Syrien Art.35; Libanon Art.9, oder die Freiheit des Gewissens (dāmir), die nach art.22 Bahrain absolut ist. Tunesien (Art.5) garantiert die liberté de conscience (hurrīyat al-mu‘taqad). Eine Ausnahme stellt der Iraq dar, der in Art.25 die Freiheit der „Religion“ und der Glaubensinhalte garantiert (ebenso die Demokratische Volksrepublik Yemen Art.46).

Von Religion (din) ist jedoch immer dann die Rede, wenn es heißt, daß die Bürger vor dem Gesetz gleich sind und daß es wegen der Herkunft, der Rasse, der Sprache oder der Religion keine Diskriminierung geben dürfe: Bahrain Art.18; Ägypten Art.40; Jordanien Art.6; Kuwait Art.29; Sudan Art.38; Iraq Art.19; Qatar Art.9; Demokratische Volksrepublik Yemen Art.34; manchmal aber auch wegen des religiösen Glaubens (‘aqīda dīniyya) (so Vereinigte Arabische Emirate Art.25). - Zu erwähnen sind auch folgende Formulierungen: Hinsichtlich der Menschenrechte darf der Staat nach Religion, Farbe, Geschlecht, Sprache, Heimat oder Beruf nicht unterscheiden (Arab. Yemenitische Republik Art.43); die Grundfreiheiten und die Menschenrechte sind garantiert (Algerien Art.31).

Die Ausübung der religiösen Zeremonien (ṣa‘ā’ir dīniyya) wird gewöhnlich unter Verweis auf den ordre public und die guten Sitten garantiert (Vereinigte Arabische Emirate Art.25; Bahrain Art.22; Jordanien Art.14; Kuwait Art.35; Sudan Art.47; Syrien Art.35; Iraq Art.25; Tunesien Art.5); ohne Verweis auf den ordre public: Ägypten Art.46. - Abweichend Marokko Art.6: Der Staat garantiert jedem die Freiheit, seine religiösen Angelegenheiten zu betreiben.

Als weitere Formulierungen finden sich in diesem Zusammenhang in der Verfassung Syriens Art.35: Der Staat respektiert alle Religionen, und der des Libanon Art.9: Der Staat respektiert alle Religionen und Konfessionen.

Die Verfassung Malaysias garantiert zwar in Art.11, daß jeder das Recht habe, seine Religion zu bekennen und zu praktizieren, doch kann die Propagierung anderer Religionen unter Muslimen durch Gesetz eingeschränkt werden. Bangladesh (1971) stellt in Art.1 den Glauben an den allmächtigen Gott fest, zitiert in Art.11 die Menschenrechte und garantiert in Art.39 die Freiheit des Denkens und des Gewissens; auch hat nach Art.41 unter Beachtung der Gesetze, des ordre public und der guten Sitten jeder das Recht, jede Religion zu bekennen, zu praktizieren und zu propagieren.

Die Verfassung Afghanistans von 1980 spricht in Art.3 davon, daß die heilige und wahre Religion des Islams respektiert werde, doch haben auch die Anhänger anderer Religionen und Glaubensrichtungen völlige Freiheit der Ausübung der Zeremonien (vgl. auch Art.29).

3 Der Islam wird als Staatsreligion genannt in Tunesien Art.1; Algerien Art.2; Bahrain Art.1a, Art.2; Ägypten Art.2; Jordanien Art.2; Kuwait Art.2; Marokko Art.6; Qatar Art.1; Vereinigte Arabische Emirate Art.7; Sudan Art.16; Iraq Art.4; Arabische Yemenitische Republik Art.1 und 2 (Art.41: Die Verteidigung des Glaubens und der Heimat ist heilige Pflicht); Demokratische Volksrepublik Yemen Art.46; Marokko in der Präambel; Iran Art. 12; Malaysia Art.3; Mauretanien in der Präambel; Pakistan Art.2. Im Gegensatz zu Pakistan hat Indien keine Staatsreligion und nennt sich Socialist Secular Democratic Republic; Art.21 Abs.1 der indischen Verfassung anerkennt ausdrücklich das Recht, die Religion frei zu bekennen, zu praktizieren und zu propagieren, doch sind dabei public order und Moral zu beachten.

4 Die šari'a als eine der Hauptquellen der Gesetzgebung: Bahrein Art.2; Vereinigte Arabische Emirate Art.7; Kuwait Art.2; Syrien Art.3 Z.2; als die Hauptquelle: Ägypten Art.2; Qatar Art.1; Arabische Yemenitische Republik Art.3; Mauretanien in der Präambel. Sudan Art.9: Islamisches Recht und das Gewohnheitsrecht sind zwei Hauptquellen der Gesetzgebung; Libyen Art.1: Der Koran ist die šari'a der Gesellschaft; Pakistan Art.227: kein Gesetz darf im Widerspruch zur šari'a stehen. -

5 Über die Gründe, die dem Entwurf vom 6.8.77 zugrunde lagen, s. Sami Awad Aldeeb Abu-Sahlieh, Non-musulmans en pays d'islam. Cas de l'Egypte, Fribourg 1979, 259 f.; und ders.: La Définition internationale des droits de l'homme et l'islam, in: Revue générale de droit international public 1985, S.625-716.

6 So in der ägyptischen Zeitung an-Nür, 27.8.86, S.1.

7 Nür 30.7.86, S.1.

8 Da es bis jetzt keine gesetzliche Regelung bezüglich des Abfalls vom Islam gebe, gelte das islamische Recht, das die Todesstrafe vorsehe (‘Abd an-Nāṣir Taufiq al-‘Aṭṭār: Aḥkām al-usra ‘inda al-masīhiyin al-miṣrīyin wa-madā taṭbiqihā bil-mahākim, Kairo 1986, 57): „Wir brauchen ein Gesetz, das den Abfall vom Islam mit dem Tode bestraft“; das Strafgesetzbuch sollte eine diesbezügliche Bestimmung enthalten, damit sich jeder, der den Islam annehme, vorher informieren könne, denn wer den Islam freiwillig annehme, sei an dessen Bestimmungen dann auch gebunden (‘Aṭṭār 84).

9 In der ägyptischen Zeitung al-Ahrām, 30.11.87, S.6.

10 Dazu M. Forstner, Auf dem legalen Weg zur Macht? Zur politischen Entwicklung der Muslimbruderschaft Ägyptens, 401, in: Orient (Hamburg) 29 (1988), S.386-422; vgl. dazu auch A. Flores, Egypt: a New Secularism, in: Middle East Report 153 (July-August 1988), S.27-30.

11 1988 erschienen, 1989 deutsch als „Die satanischen Verse“.

12 Inzwischen am 3. Juni 1989 verstorben.

13 Auf den bei den Demonstrationen in Teheran gezeigten Plakaten wurde Rushdie als Apostat (murtadd) bezeichnet; es heißt dort: „Wir sind bereit, das Urteil des Imams <Khomeini> gegen den Apostaten Rushdie zu vollstrecken“ (vgl. Foto in Jéune Afrique Nr. 1471, 15.3.1988, S.26).

14 Muḥammad al-Gazālī: Ḥuqūq al-insān, Kairo 1965, S.6f.: der Islam habe als erster die Prinzipien der Religionsfreiheit niedergelegt; Husain al-Hājj

*Hasan*: *an-Nuzum al-islâmiya*, Beirut 1987, S.52 spricht von: religiöser Toleranz (*tasâmuh dîni*) gegen Christen und Juden bei allen Völkern, die der Islam erobert habe.

15 In der apologetischen islamischen Literatur des 20. Jahrhunderts wird immer wieder die islamische Rechtsordnung gepriesen als die erste, die das Prinzip der Glaubensfreiheit verwirklicht habe. In jedem islamischen Land können die Nichtmuslime ihren Glauben haben und ihre Zeremonien ausüben (so *‘Abd al-Qâdir Auda*, *at-Tašrîc al-ğinâ’i al-islâmi muqâranan bil-qânûn al-wadî’i*, 3. Aufl. Kairo 1977, I, Nr. 25, S.31ff.). Die *şari‘a* erweise sich also hinsichtlich des Minderheitenschutzes als beispiellos tolerant (so *‘Aṭṭâr* 21). Bez. der neueren Literatur sei verwiesen auf *Şubhî Mahmasâni*, *Arkân huqûq al-insân*, Beirut 1979, S.120; *‘Abd al-Wahhâb ‘Abd al-‘Azîz aš-Şîšâni*, *Huqûq al-insân wahurriyâtuhu al-asâsiya fi n-nizâm al-islâmi wan-nuzum al-muâṣira*, Kairo 1980, S.497ff.; *Kamâl Salâh Muhammâd ar-Râhîm*: *as-Sultâ fi l-fikrain al-islâmi walmârksî*, Kairo 1987, S.563; *Munîr Hamîd al-Bayâti*, *al-Daula al-qânûniya wan-nizâm al-islâmi*, Bagdad 1979, S.180; *Şubhî ‘Abduh Sa‘îd*, *as-Sultâ wal-hurriya fi n-nizâm al-islâmi*, Kairo 1982, S.137. – In dem von S. M. Haider herausgegebenen Sammelband „*Islamic Concept of Human Rights*“, Lahore 1978, wird zwar immer wieder darauf verwiesen, daß alle Menschenrechte im Islam enthalten seien, aber das Problem des Religionswechsels wird nicht behandelt.

16 Als Leute des Buches werden auch die Zoroastrier Persiens (über sie *R. N. Frye*, Zoroastrier in frühislamischer Zeit, in: *Der Islam* 40 (1965), S.198f.) und die Sabier in Mesopotamien (dazu *D. Chwolson*, *Die Ssabier und der Ssabismus*, St. Petersburg 1856) angesehen; vgl. auch *H. Busse*, *Die theologischen Beziehungen des Islams zu Judentum und Christentum*, Darmstadt 1988, bes. S.30ff. – Es besteht ein Schutzvertrag zwischen dem islamischen Staat und den in ihm lebenden Juden und Christen (deshalb auch die Bezeichnung *ahl ad-dimma* „Leute des Schutzvertrags“ oder *dimmîyûn*); über die historische Entwicklung s. *Encyclopaedia of Islam* (new edition), Leiden–London S.196ff., II, S.227ff.; *A. Khoury*, *Toleranz im Islam*, München–Mainz 1980, S.138ff.; *A. Fattal*, *Le Statut légal des non-musulmans en pays d’islam*, Beirut 1958. Da die Muslime in den ersten Jahrhunderten nach der Eroberung eine Minderheit darstellten, war es für die Erhaltung ihrer eigenen Identität notwendig, durch entsprechende Vorschriften, insbesondere die Kleiderordnungen, den Abstand zu den Nichtmuslimen deutlich zu machen (so *A. Noth*, *Abgrenzungsprobleme zwischen Muslimen und Nichtmuslimen*, in: *Jerusalem Studies in Arabic and Islam* 9 (1987), S.290–315); *K. Binswanger*, *Untersuchungen zum Status der Nichtmuslime im osmanischen Reich des 16. Jahrhunderts*, München 1977, konnte zeigen, daß die Praxis der dimma als Medium der Konversion diente (S.331) und temporären Charakter hatte, da das Endziel eine Integration der Nichtmuslime war, d.h. deren Übertritt zum Islam; *H. Motzki*, *Dimma und Egalité*. Die nichtmuslimischen Minderheiten Ägyptens in der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts und die Expedition Bonapartes 1789–1801, Bonn 1979; *H. Krüger*, *Fetwa und Siyar*, Wiesbaden 1978, S.112–115; *Bat Ye’or*: *Le dhimmi. Profil de l’opprimé en Orient et en Afrique du Nord depuis la conquête arabe*, Paris 1980, zeigte, wie diese Konzeption auch heute noch in den arabischen Staaten fortlebt, S.93f.; vgl. auch *Aldeeb Abu-Sahlîyeh*, a.a.O.(5), S.49; *B. Lewis*, *The Jews of Islam*, Princeton 1984, S.20–66.

In der heutigen islamischen wissenschaftlichen Literatur wird das dimma-Verhältnis als ideal hingestellt: vgl. *Muhammad al-Hâlî an-Nîmr*: *Ahl ad-dimma wal-wilâyat al-‘âmma fi l-fiqh al-islâmi*, Amman 1989; *Yûsuf al-Qarađâwî*: *Gair al-muslimîn fi l-muğtama‘ al-islâmi*, Kairo 1977; *Muhammad Quṭb*: *Şuhûhat haula al-islâm*, Beirut–Kairo 1973, S.210f., 213; *‘Alî Muhammad Ğarîşa*: *Şari‘at Allâh hâkima*, Kairo 1977, S.81–83; *Fu‘âd Muhammad an-Nâdi*, *Mausû‘at al-fiqh as-siyâsi wa-nizâm al-ḥukm fi l-islâm*, Kairo 1980, S.62ff.; *al-Hâjj Hasan* a.a.O.(14), S.336; *Said Ramadan*, *Das islamische Recht. Theorie und Praxis*, Wiesbaden 1980, S. 107, 109ff.; *S. Mahmassani*, *The Principles of International Law in the Light of Islamic Doctrine*, S.254–263, in: *Recueil des Cours (La Haye)* 117 (1966), S.201–328. – Gegen die Beibehaltung der dimma-Institution, da mit der modernen Auffassung der Menschenrechte nicht zu vereinbaren, sprach sich

*Abdullahi Ahmed an-Na'im* (Religious Freedom in Egypt: Under the Shadow of the Islamic Dhimma System, S. 59, in: Religious Liberty and Human Rights in Nations and Religions, Philadelphia 1986, S. 43–59, und ders.: Religious Minorities under Islamic Law and the Limits of Cultural Relativism, S. 17, in: Human Rights Quarterly 9 (1987), S. 1–18) aus.

17 Die Texte in deutscher Übersetzung sind zu finden in: Menschenrechte in der Welt. Konventionen, Erklärungen, Perspektiven, Bonn 1985.

18 Maunz – (Dürig-Herzog-Scholz): Grundgesetz, 26. Lieferung 1987, Art.4 Rndnr. 20; Bonner Kommentar, 55. Lieferung November 1988, Art.4 Rndnr. 28; I. von Münch, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 1985, Art.4 Rndnr. 20. = Das österreichische Staatsgrundgesetz garantiert einerseits in Art.14 die volle Glaubens- und Gewissensfreiheit, d.h. daß der einzelne Bürger sein Religionsbekenntnis frei wählen kann und daß keinerlei Zwang zu religiösen Handlungen besteht (L. K. Adamovich/B.-Chr. Funk, Österreichisches Verfassungsrecht, Wien-New York 1982, S.342; I. Gampl, Österreichisches Staatskirchenrecht, Wien 1971, S.65ff.; R. Walter/H. Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Wien 1980, S. 365), andererseits gesteht aber Art.15, zurückgehend auf das Anerkennungs-Gesetz vom 25.5.1874, nur den gesetzlich anerkannten Religionsgesellschaften die Ordnung und Verwaltung ihrer inneren Angelegenheiten zu. Das bedeutet, daß die anerkannten Religionsgesellschaften durch den Staat grundsätzlich gleich zu behandeln sind; den „Anhängern des Islams nach hanafitischem Ritus“ wurde bereits im Jahre 1912 die Anerkennung als Religionsgesellschaft gewährt (vgl. dazu Gampl, S.371). Alle Bürger können ihre Religion, anerkannt oder nicht, ausüben, solange sie nicht gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstößen (Adamovich/Funk, S.344; Gampl, S. 73, 76, 84). Was die Rechtsstellung von nicht anerkannten Religionsgesellschaften anlangt, so ist die Lage ungeklärt, da „nach herrschender Auffassung keine Rechtsvorschrift besteht, nach der diese Religionsgesellschaften Rechtspersönlichkeit erlangen könnten“ (so Adamovich/Funk, S.346; vgl. Walter/Mayer, S.366).

19 Maunz-Herzog, Art.4 Rndnr S.19f., 22; Bonner Kommentar Art.4 Rndnr. S.18ff.

20 Maunz-Herzog, Art.4 Rndnr. S.69; dazu auch U. Steiner, Der Grundrechts-schutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art.4 Abs.1,2 GG), S.160, in: Juristische Schulung 1982, S.157–166; M. Stempel, Zwischen Koran und Grundge-setz, Hamburg 1986, S.30ff.

21 Dazu als Überblick J. Schacht, Introduction to Islamic Law, Oxford 1964.

22 So stimmt Muhammad as-Šādiq Ḩafī: al-Muqtama<sup>c</sup> al-islāmī wal-<sup>c</sup>alāqāt ad-duwaliya, Kairo 1980, S.67, ein Loblied auf den Islam an, da die ſāfi'a die Glaubensfreiheit garantiere, denn jeder Mensch könne eine der <sup>c</sup>aqā'id samāwiya frei glauben (die anderen Religionen kommen gar nicht erst in Betracht). – Auch die Zeugen Jehovas sind verboten; in Ägypten waren es die Kopten, die sich durch deren aggressive Missionstätigkeit bedroht gefühlt hatten und die 1967 ein Verbot erwirkten (dazu Aldeeb Abu-Sahliyeh, Non-muslimans a.a.O.(5), S.266).

23 So etwa die Schwarzafrikaner, deren Religionen als Heidentum (*waṭaniya*) angesehen werden und die deshalb missioniert werden müssen (vgl. dazu M. Forstner, Der Islam in der westafrikanischen Sahel-Zone. Erscheinungsbild – Geschichte – Wirkung, bes. S.25f., in: Zeitschrift für Missionswissenschaft und Religionswissenschaft 1987, S.25–84, 97–120). In einem islamischen Staat sind die Polytheisten (*mušrikūn*) nach herrschender Lehre nicht geschützt; nur eine Mindermeinung ist anderer Ansicht (vgl. dazu Nādi, a.a.O.(16), S.63; Ahmad al-Huṣāri, ad-Daula was-siyāsat al-ḥukm fi l-fiqh al-islāmī, Kairo 1987, S.444f.; Šiṣāni, a.a.O.(15), S.523f.).

24 Rotarier und Lions gelten nach einem Rechtsgutachten der Azhar vom 15.5.1985 als Organisationen des Weltzionismus und der Freimaurer und werden als Feinde des Islams abgelehnt (dazu Ahmad Ṣabib Allāh, ar-Rūtārī fi qafās al-itthīhām, Kairo 1987, bes. S.239f.). Die Freimaurerei (*másūniya*) wurde in Ägypten 1964 verboten; die Arabische Liga folgte 1977 mit der Begründung, die Freimaurer hätten enge Beziehungen zu Israel (dazu Aldeeb Abu-Sahliyeh, a.a.O.(5),

S.266; aus dem ablehnenden Schrifttum z. B. *Muhammad Maḥmūd aṣ-Ṣauwāf*, al-Muhaṭṭaṭat al-isti'māriya li-mukāfahat al-islām, Kairo 1979, S.204ff.).

25 Nach einem Rechtsgutachten der Azhar gelten Kommunisten als Apostaten (veröffentlicht in *I'tiṣām* (Kairo) April 1947, S.31). Daß der Kommunismus zu bekämpfen sei, da gegen Gott und den Islam gerichtet, vgl. *Anwar al-Ǧundi*, *Hazimat aṣ-ṣuyū'iyā fi ḥāl al-islām*, Kairo 1983, S.83ff.; vgl. auch die Streitschrift von *Abd al-Ǧawād Rağab*, *al-Mārkiya fi l-mizān*, Kairo 1977, der die Unverträglichkeit des Marxismus mit dem Islam feststellt (S.235f.); *Muhammad Abd Allāh al-Hafiẓ*, *Fauqa atlāl al-mārkiya wal-ilhād*, Kairo 1989, meint, daß der mit dem Zionismus verbundene Kommunismus gegen den Islam verlieren werde (S.175); die Perestroika gebe dem Islam in der UdSSR neue Chancen (S.298).

26 Atheisten sind im islamischen System nicht zugelassen. Vgl. in der BRD die Behauptung *W. Hamel's*, (Glaubens- und Gewissensfreiheit, in: Grundrechte, Bd. 4, Berlin 1954, dort S.64), Art.4 GG umfasse nicht die Freiheit zur Leugnung jeden Glaubens und Bekenntnisses (gegen ihn *Erwin Fischer*, Trennung von Staat und Kirche. Die Gefährdung der Religions- und Weltanschauungsfreiheit in der BRD, 3. Aufl. Frankfurt 1984, S.35).

27 *ʻAlī ʻAlī Manṣūr*, *Nizām at-taqrīm wal-iqāb fi l-islām*, 2 Bde., Medina 1976, I, S.22: Zwar sei Glaubensfreiheit garantiert, aber auf Buddhisten und Atheisten müsse die šarī'a angewandt werden.

28 Sie ablehnend *Ṣauwāf*, a.a.O.(24), S.259–261. – Die Bahai sind in Ägypten seit 1960 verboten; am 1.3.1975 stellte der Kassationsgerichtshof fest, die Religionsfreiheit der Verfassung gelte nicht für die Bahai, da der ägyptische ordre public auf dem Islam beruhe (dazu *Aldeeb Abu-Sahlīyeh*, a.a.O.(5), S.266).

Da das marokkanische Strafgesetzbuch keinen Straftatbestand Apostasie enthält, wurden 1983/84 zehn Anhänger der Bahai-Religion zu 10 Monaten Haft wegen „ébranlement de la foi musulmane et de troubles de l'ordre public“ verurteilt (dazu *Annuaire de l'Afrique du Nord* 23 (1984), S.903f.).

29 Vgl. *Šiṣānī* a.a.O.(15), S.504; *Abū I-Yazīd ʻAlī al-Mattīf*, *an-Nużūm as-sīyāsiya wal-ḥurrīyat al-āmma*, 3. Aufl. Alexandrien 1982, S.283 (vgl. auch 300): der Islam anerkenne die monotheistischen Religionen (adyān samāwiya), die ihm vorangegangen sind: *Haḍīl Ahmad Ḥasan Qaddāda*, *Šarḥ an-nazariya al-āmma lil-qānūn fi l-qānūn al-ġazā'iri*, Algier 1988, S.25: Religion bedeute die Zeremonien der monotheistischen Religionen (šarā'i samāwiya).

30 Die Türkei bleibt in unserer Untersuchung ausgespart, da dort die Laizität des Staates zum Grundsatz erhoben wurde. Art.24 Abs.1 der türkischen Verfassung von 1982: „Jedermann genießt die Freiheit des Gewissens, der religiösen Anschauung und Überzeugung“ wurde in einer Entscheidung des türkischen Verfassungsgerichts vom 22.2.1987 so ausgelegt, daß jeder seine Religion frei wählen könne; jedermann sei frei, auch an keine Religion zu glauben: „Die Vorstellung, eine Religion könne von Staats wegen bevorzugt werden, verstößt gegen den Grundsatz der Gleichheit auch der Staatsbürger mit anderer Religionszugehörigkeit vor dem Gesetz“ (dazu *Chr. Rumpf*, Das Laizismus-Prinzip in der Rechtsordnung der Republik Türkei, 191, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 1987, S.179–217). 1986 wurde versucht, durch eine Änderung des § 175 StGB (Gotteslästerung), die „himmlischen Religionen“ (statt wie bisher nur „Religion“) – also den islamischen numerus clausus – einzuführen, doch wurde dies durch das Verfassungsgericht für nichtig erklärt (*Rumpf*, S.215).

31 *Tworuschka*, a.a.O.(1), S.45.

32 Dazu *S. Tellenbach*, Untersuchungen zur Verfassung der Islamischen Republik Iran vom 15. November 1979, Berlin 1985, S.27.

33 *Tellenbach*, S.143.

34 Z.B. *Mattīf*, a.a.O.(29), S.283.

35 Art.46 der ägyptischen Verfassung spricht von ḥurrīyat al-āqīda „Freiheit des Glaubens“.

36 Schon bei den Beratungen zur Verfassung von 1923 wurde im Zusammenhang mit dem Problem der Glaubensfreiheit festgestellt, daß nur die Offenbarungsreligionen gemeint seien. Bei den Vorbereitungsarbeiten zu einer

neuen Verfassung stellte 1954 der Jurist <sup>c</sup>Abd al-Qâdir <sup>c</sup>Auda klar, daß die Offenbarungsreligionen gemeint seien, andernfalls käme es in Ägypten womöglich noch so weit, „daß die Leute Kühe anbeteten“. (Wenn sich muslimische Fundamentalisten über Hinduisten pejorativ äußern wollen, so bezeichnen sie als „Rinderanbeter“.)

Auch der große ägyptische Schriftsteller *Tâhâ Husain* (gest. 1973) konnte sich vom islamischen Vorverständnis nicht frei machen und meinte, man dürfe keine neuen Religionen schaffen (vgl. *Aldeeb Abu-Sahlieh*, a.a.O.(5), S.266).

37 26.2.1952 (in Mağmû'at al-Qaḍâ' al-Idârî, Jg. 6, S.605; 16.6.1953 (ebenda Jg. 7, S.1084); dazu vgl. *Šîšânî*, a.a.O.(5), S.76.

38 16.12.1952 (in Mağmû'at al-Qaḍâ' al-Idârî Jg. 7, S.147); vgl. *Šîšânî* 76.

39 Vgl. R. Peters & G. J. J. de Vries, (Apostasy in Islam, in: Welt des Islams 17 (1976-77), S.1-25); Glaubensfreiheit beinhaltet nur die Freiheit des Muslims, seinen madhab (also die Rechtsschule) zu wechseln, oder die Freiheit, Schiit, Sunnit usw. zu werden, oder die Freiheit des Christen, Katholik bzw. Protestant zu werden.

40 Von mir ins Deutsche übersetzt in CIBEDO-DOKUMENTATION (Frankfurt) Nr. 15/16, Juni/September 1982. Zu dieser Erklärung auch P. Antes, Islam und Menschenrechte S.77ff., in: Die politische Meinung 220 (1985), S.74-82; M. Sabanegh, Les droits de l'homme et l'islam, bes. S.710f., in: I Diritti fondamentali della persona umana e la libertà religiosa, Città del Vaticano 1985, S.701-714.

41 „Jeder hat die Freiheit des Glaubens und der Religionsausübung entsprechend seinem Glauben: Ihr habt euere Religion und ich die Meine“ (Koran 109/6).

42 Dies bemängelte auch L. Pruvost, Déclaration universelle des droits de l'homme en Islam et Charte internationale des droits de l'homme, S.152, in: Islamochristiana 9 (1983), S.141-159. - F. Ermacora, Menschenrechte in der sich wandelnden Welt, Wien 1983, Bd. II, S.369, war wohl zu optimistisch, als er schrieb, die menschenrechtlichen Forderungen der arabischen Verfassungen und der islamischen Menschenrechtserklärung nach religiöser Toleranz dürften dem modernen Standard der Menschenrechte entsprechen.

43 Dazu R. Caspar, Les déclarations des droits de l'homme en Islam depuis dix ans, dort S.95 und 99, in: Islamochristiana 9 (1983), S.102.

44 So der iranische Vertreter im November 1982 vor den Vereinten Nationen. Er fügte hinzu, anstelle der „laizierten“ Dokumente müsse ein Instrument treten, das universell besser akzeptiert und deshalb leichter zu handhaben sei (*Aldeeb Abu-Sahlieh*, Définition a.a.O.(5), S.632). - Welche Folgen so eine Argumentation haben kann, zeigt sich an den Ausführungen *Sultanhussein Tabandeh's* (A Muslim Commentary on the Universal Declaration of Human Rights, London 1970, S.17-20): Da Muslime dank ihrer Zugehörigkeit zum Islam einen höheren Rang vor Menschen anderer Religionen (oder gar solchen ohne Religion) einnehmen, sind die Unterschiede, die die Šari'a zwischen Muslimen und Nichtmuslimen macht, gerechtfertigt; allein deshalb sei der Islam gegen Art.1 und Art.2 der Menschenrechtserklärung, nach denen alle Menschen frei und gleich an Würde und Rechten geboren sind und sie alle die in dieser Erklärung verkündeten Rechte ohne Unterschied der Rasse ... und der Religion genießen.

45 Auch Art. 9 I der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4.11.1950 enthält das Recht auf Wechsel der Religion oder Weltanschauung (vgl. H. Guradze, Die Europäische Menschenrechtskonvention, Berlin - Frankfurt 1968, S.135, Nr. 11).

46 Dazu die Darstellung bei *Aldeeb Abu-Sahlieh*, Non muslims a.a.O.(5), S.308; A. Verdoort, Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme, Louvain 1964, S.181f; vgl. auch D. E. Arzt: The Application of International Human Rights Law in Islamic States, S. 215ff., in: Human Rights Quarterly 12 (1990), S. 202-230.

Der Vertreter Saudiarabiens erhob Einwände gegen die Formulierung „Wechsel der Religion“, denn dies begünstige Missionare, die oft Vorläufer ausländischer politischer Interventionen seien. Außerdem würden durch diese Formulierung die Muslime in aller Welt vor den Kopf gestoßen. Er wurde von

Irak, Syrien, Afghanistan und Pakistan unterstützt; auch Ägypten meldete Bedenken an. Dennoch wurde der Artikel von der Vollversammlung mit 45 Ja-Stimmen bei 4 Enthaltungen angenommen.

47 Als 1974 im Zusammenhang mit der Diskussion über die Beseitigung alter Formen religiöser Intoleranz diskutiert wurde, machte der saudiarabische Vertreter al-Barūdī (Baroody) die ablehnende Haltung zur Apostasie deutlich (vgl. dazu P. Lanarès, *Les Etats arabes et la liberté religieuse dans le cadre des Nations Unies*, bes. S.52f., in: *Conscience et Liberté* 16 (1978), S.51–57). Als die Resolution dann verabschiedet werden sollte, wandten sich die islamischen Staaten gegen jede Regelung, die gegen die Scharia verstöße, dazu B. Kaufmann, *Das Problem der Glaubens- und Überzeugungsfreiheit im Völkerrecht*, Zürich 1989, S.178; Ägypten machte geltend, es handele sich um eine Einmischung in die inneren Angelegenheiten der islamischen Länder. Der Vertreter der Islamischen Republik Iran machte klar, daß ein Muslim kein Recht habe, eine andere Religion zu wählen (*Aldeeb Abu-Sahlieh, Définition a.a.O.(5)*, S.637).

48 Es heißt lediglich wieder: „Dieses Recht umfaßt die Freiheit, eine Religion oder jedwede Überzeugung eigener Wahl zu haben“. Die westlichen Staaten konnten lediglich Art.8 als Garantie durchsetzen, daß die Bestimmungen der Allgemeinen Menschenrechtserklärung von 1948 nicht beschränkt oder aufgehoben werden dürfen (vgl. zu dieser Kontroverse S. Liskofsky, *The UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination: Historical and Legal Perspectives*, bes. S.464f., 471, in: J. E. Wood, *Religion and the State*, Waco, Tex. 1985, S.441–483, und Th. van Boven, *Religious Freedom in International Perspective. Existing and Future Standards*, bes. S.108f., in: *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung*, Berlin 1989, S.102–113).

49 Dazu Maunz – Herzog, a.a.O.(18), Art.4 Rndnr. 77 und 116.

50 So etwa § 222 marokkanisches StGB: Ein Muslim, der im Ramadan in der Öffentlichkeit das Fasten bricht, wird mit 1–6 Monaten Gefängnis und 12–120 Dirham Geldstrafe bestraft; § 274 des jordanischen StGB sieht 1 Monat und Geldstrafe vor. In Syrien ist laut Gerichtsurteil vom 8.4.1950 das öffentliche Nichteinhalten des Fastens strafbar, da es einen Angriff auf die islamische Religion und die Gefühle der Gläubigen, gegen die islamischen und somit auch gegen die öffentlichen guten Sitten darstellt (*Yāsin ad-Darakzañ, al-Mağmū’ a al-ğazā’iya*, Damaskus 1981, Nr. 338).

51 Maunz-Herzog, a.a.O.(18), Art.4 Rndnr. 98; Bonner Kommentar a.a.O.(18), Art.4 Rndnr. 77; v. Münch, a.a.O.(18), Art.4 Rndnr. 39.

Das verhindert aber nicht, daß zu statistischen Zwecken der Staat durchaus nach der Religionszugehörigkeit fragen kann (z. B. bei der Volkszählung 1983; vgl. dazu J. Listl, *Die Religions- und Kirchenfreiheit in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, S.542, in: *Verantwortlichkeit und Freiheit. Festschrift für W. Geiger*, Tübingen 1989, S.539–579).

52 Es ist deshalb üblich, daß auch in Visaformularen der arabischen Staaten nach der Religionszugehörigkeit gefragt wird.

53 Maunz-Herzog, Art.4 Rndnr. 55; A. v. Campenhausen in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1989, VI, Rndnr. 44.

54 BVerfGE 17, S.305; vgl. E. Stein, *Zur staatskirchenrechtlichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* S.131, in: *Juristen-Jahrbuch* 8 (1967/68), S.120–136.

55 Credere non potest homo nisi volens – so Augustin (gest. 430), der sich gegen Zwangsbekehrungen aussprach (vgl. J. Lecler, *Die Geschichte der Religionsfreiheit*, Stuttgart 1965, I, S.139).

56 Zur *res publica christiana* als der vollkommenen Gesellschaft s. R. Schwarz, *Die eigenberechtigte Kirche*, Rom 1974, 41f.; J. Listl, *Kirche und Staat in der neueren katholischen Kirchrechtswissenschaft*, Berlin 1978, S.109.

57 Vgl. Lecler, I, S.130, 137f. – Auch als sich im 13. Jahrhundert dann die Nationalstaaten bildeten, wurde an dieser Einheit von Glauben und Staat festgehalten.

58 Accipere fidem est voluntatis, sed tenere iam acceptatam est necessitatis (vgl. Lecler, I, S.157); er forderte die Todesstrafe für diese Apostaten, da sie die Einheit des Staates gefährdeten (I, S.160).

59 Dazu vor allem K.-L. Noethlichs, Die gesetzgeberischen Maßnahmen der christlichen Kaiser des vierten Jahrhunderts gegen Häretiker, Heiden und Juden, Köln 1971. Es war aber klar, daß niemand zum Glauben gezwungen werden dürfe, denn credere voluntatis est. Die bloße politische Unterwerfung der Ungläubigen dürfe nicht zur Zwangsbekehrung führen, allerdings sei es diesen nicht gestattet, den christlichen Glauben zu beleidigen oder zu behindern (*Lecler I*, S.144). – Man vergleiche die islamische Lehre, daß der Islam politisch zu herrschen habe, daß aber die Bevölkerung der eroberten Gebiete, sofern sie ahl al-kitâb seien, ihren Glauben behalten dürfen.

60 Noch in der christlichen Frühzeit war vertreten worden, daß der Staat ein Faktum sei, das man zur Kenntnis nehmen müsse und dessen Forderungen zu erfüllen seien; auch habe er eine von Gott gewollte Ordnungsfunktion; aber das Denken der frühen Christen war auf das kommende Endgericht ausgerichtet. Erst als dieses dann nicht kam, wandelte sich das Verhältnis zum Staat, der dann schließlich Instrument der christlichen Religion wurde, grundlegend (vgl. dazu K. Aland, Das Verhältnis von Kirche und Staat in der Frühzeit, bes. S.245f., in: Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt II 23.1 (Berlin - New York 1979), S.61–246).

61 Nur die bevollmächtigten Verkünder der Kirche, die in der Sukzession der Apostel steht, können die Wahrheit überhaupt erkennen (so schon Ireneaus, gest. ca. 190), richtig interpretieren und feststellen, wer Häretiker ist (so Cyprian, gest. 258); Häretiker und Apostaten wurden nunmehr als Staatsfeinde betrachtet (vgl. dazu ausführlich P. Koslowski, Gesellschaft und Staat. Ein unvermeidlicher Dualismus, Stuttgart 1982, S.55–57).

62 Dazu P. Hinschius, Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten in Deutschland, Graz 1959, IV, S.791f.

63 Für das gesamte Mittelalter war, wie *Listl*, a.a.O.(56), S.109 schrieb, die Vorstellung, Kirche und Staat wie zwei einander gegenüberstehende „vollkommene Gesellschaften“ betrachten zu wollen, schlechthin unvollziehbar; auch das Ringen zwischen Papsttum und Kaisertum vollzog sich innerhalb der einen *res publica christiana*. Erst ab dem 13. Jh. wird diese Einheit von Kirche und Staat in Frage gestellt. In der Aufklärungszeit wird die Kirche dann dem Staat untergeordnet (so Samuel Pufendorf, S.1632–1694), was die katholische Kirche entschieden ablehnte (vgl. dazu ausführlich Listl, Kirche a.a.O.(56), S.110–117).

64 Über das Verhältnis von fruhem Christentum zum Judentum s. vor allem M. Simon, *Verus Israel: A Study of the Relations between Christians and Jews in the Roman Empire* (S.135–425), Oxford 1986. Der Umstand, daß das Judentum seit dem 1./2. Jahrhundert die Missionstätigkeit aufzugeben begann und sich nicht mehr als universaler Monotheismus, dessen Botschaft an alle Welt und nicht nur an Israel gerichtet sei, verstand, erleichterte es den Christen, die Rolle des *verus Israel* zu übernehmen. – Dennoch darf aber nicht vergessen werden, daß im östlichen Mittelmeerraum noch im 4. Jh. das Judentum bei Sklaven und Frauen erfolgreich Proselyten machte (dazu B. Blumenkranz, Christlich-jüdische Missionskonkurrenz, in *Klio* 33 (1961), S.227–333).

65 Im Jahre 315 verbot Konstantin den Übertritt vom Christen- zum Judentum und jegliches Proselytinnenmachen seitens der Juden (H. Schreckenberg, Die christlichen *Adversus-Judaeos*-Texte und ihr literarisches und historisches Umfeld (1.–11. Jahrhundert), Frankfurt – Bern 1982, S.259); vgl. dazu auch Noethlichs, a.a.O.(59), S.34; DDC, Paris 1935, I, S.645.

66 Noethlichs, a.a.O.(59), S.166, 181.

67 Das Judentum hörte formell auf, *religio licita* zu sein. Die Juden durften weder in der Armee noch in der Verwaltung, noch an den staatlichen Hochschulen tätig sein; sie hatten die Lasten der Stadtverwaltungen zu tragen, ohne deren Ehren genießen zu dürfen. Die Zerstörung von Synagogen oder deren Weihung zu Kirchen war seit 535 nicht mehr verboten, neue Synagogen durften nicht gebaut werden. Das Zeugnis eines Juden war vor Gericht ungültig, wenn es gegen, und gültig, wenn es für einen Christen sprach (dazu A. Sharf, *Byzantine Jewry, from Justinian to the Fourth Crusade*, New York 1971, S.22, 26; Der Kleine Pauly II, 1502). – Man findet auf islamischer Seite, unter Berufung auf

Koran 2/28 und 118,4/115 und 144,60/1, 5/51 und 57, die den Muslimen verbieten, sich Nichtmuslime zu Freunden zu nehmen, ähnliche Regelungen für Juden und Christen: Ausschluß vom Dienst in der Armee; Verbot, neue Kirchen zu bauen, ja sogar Renovierungsverbot; Zeugnisbeschränkung (vgl. dazu *Khoury*, a.a.O.(16), S.147f., 161, 165f.).

68 Während der Staat im 4. Jahrhundert mangels geeigneter christlicher Anwärter bei hohen Beamtenstellen nicht auf heidnische Funktionäre verzichten konnte, wurden 415 unter Theodosius II Heiden durch Gesetz von Hof-, Territorial- und Heeresdienst ausgeschlossen (vgl. dazu R. v. *Haehling*, Die Religionszugehörigkeit der hohen Amtsträger des Römischen Reiches seit Constantins I. Alleinherrschaft bis zum Ende der Theodosianischen Dynastie (324-450 bzw. 455 n.Chr.), Bonn 1978, S.614 und 616). Die glaubensmäßige Reinerhaltung des Beamtentums konnte aber in der Praxis nicht durchgesetzt werden, dennoch galt der Grundsatz, daß Juden und Heiden nicht in den Staatsdienst durften (K.-L. *Noethlichs*, Beamtentum und Dienstvergehen. Zur Staatsverwaltung in der Spätantike, Wiesbaden 1981, S.64).

69 *Sharf*, a.a.O.(67), S.22. - Von der Todesstrafe ist aber nicht die Rede, doch die Strafe des Einzugs des Vermögens dürfte äußerst wirksam gewesen sein, da die Familie des Apostaten alles daran setzen würde, ihn zur Rettung des Vermögens vom Abfall vom Christentum abzuhalten.

70 *Sharf* a.a.O.(67), S.25.

71 Ebd. - Dies ging später in die Beschlüsse des Konzils von Nicäa (787) ein.

72 Vgl. *Sharf*, a.a.O.(67), S.92. - Im Jahre 726 nahm Leon III (717-741) in den Anhang zur Ekloge die Bestimmung auf, daß Juden bei Androhung der Todesstrafe und des Entzugs des Vermögens keine Proselyten machen dürfen (*Sharf*, a.a.O.(67), S.67; es sei erinnert an die islamische Bestimmung, Juden und Christen dürfen keinen Muslim bekehren!). Unter Leon VI (886-912) wurden Juden, die Christen geworden waren und dann wieder abfielen, mit dem Tode bestraft (*Sharf*, a.a.O.(67), S.92f.). Juden, die Christen zum Übertritt brachten, wurden mit dem Einzug des Vermögens und dem Tode bestraft (vgl. *Schreckenberg* a.a.O.(65), S.523, 524).

73 Dazu *Hinschius*, a.a.O.(62) V, S.157f., S.682, 686. - Am Rande sei hier an die Leges Visigothorum von 693, die auf der Iberischen Halbinsel nicht ohne Einfluß waren, erinnert, die für den Abfall vom Christentum zum Judentum für die Christen die Todesstrafe vorsahen; diese Strafe war auch vorgesehen für Juden, die unter den Christen abwarben (*Schreckenberg*, a.a.O.(65), S.452-454).

74 Dazu *J. Isensee*, Keine Freiheit für den Irrtum. Die Kritik der katholischen Kirche des 19. Jahrhunderts an den Menschenrechten als staatsphilosophisches Paradigma, bes. 318 (mit weiterführender Literatur), in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Kanonistische Abteilung 104 (1987), S.296-336.

75 Vgl. dazu *J. Listl*, u.a.: Grundriß des nachkonziliaren Kirchenrechts, Regensburg 1980, S.440 und 765. - „Das Bekenntnis zum Kommunismus mit Verbreitung und Verteidigung seiner Lehre wird dem Glaubensabfall gleichgeachtet“ (Sacra Congregatio S. Officii vom 1.7.1949 und vom 28.7.1950). Eine schöne Parallele zur islamischen Auffassung (vgl. a.a.O.(25)).

76 *Listl*, Grundriß 765 (cc 2314-2319).

77 Wer nach dem Empfang der Taufe den christlichen Glauben im ganzen ablehnt, ist ein Apostat. Die Exkommunikation ist Tatstrafe, d.h. sie tritt mit der Begehung der Tat von selbst ein; der Exkommunizierte ist von den Sakramenten und von kirchlichen Ämtern ausgeschlossen (dazu Handbuch des Katholischen Kirchenrechts, Regensburg 1983, S.934 und 941; vgl. auch *H. Schwendenwein*, Das neue Kirchenrecht. Gesamtdarstellung, Graz 1983, S.464; *R. Puza*, Katholisches Ehorecht, Heidelberg 1986, S.392f., 400). Der CIC von 1983 hat auf eine Definition der Exkommunikation verzichtet. In der Lehre wird vertreten, daß die Kirche den Wunsch habe, den Sünder in die communio wieder aufzunehmen (dazu *St. Kotzula*: Zur Exkommunikation im CIC 1983. Eine Definitions möglichkeit vom Communiozbegriff her, bes. 459, in: AKR 1987, S.432-459).

78 Bei der „Declaratio de libertate religiosa“ geht es aber vor allem darum, daß der Staat grundsätzlich Religionsfreiheit und Unabhängigkeit der religiösen Vereinigungen zu garantieren habe. Wesentlich ist, daß durch diese Erklä-

rung die katholische Kirche Abschied genommen hat vom Ideal des konfessionellen Staates (vgl. J. Listl, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1971, S.49ff.).

79 Das Vaticanum stellte fest, daß die Muslime den Christen sehr nahe stünden, da sie wie diese Gott als Schöpfer anerkannten, Abraham als Religionsstifter, Jesus als Propheten und Maria als seine Mutter verehrten (vgl. dazu J. Farrugia, Vatican II and the Muslims: The Church's Consideration of Islam in Vatican II and its Resonance in Subsequent Christian-Muslim Relations, Rom 1987, bes. S.33ff., 41ff., 44ff.).

80 Dazu mit den Nachweisen aus der klassischen Rechtsliteratur *Adel El Baradie*, Gottes-Recht und Menschen-Recht. Grundlagenprobleme der islamischen Strafrechtslehre, Baden-Baden 1983, S.123f.; dazu auch S. M. Zwemer, The Law of Apostasy in Islam, London 1924. – Aus der neueren islamischen Rechtsliteratur: *Muhammad al-Husain Muṣailīḥī*, Ḥuqūq al-insān, Kairo 1988, 225 und 365; *Maḥmaṣānī*, Arkān a.a.O.(15), S.122: Denn wer den Islam bekannt hat, muß dessen Regeln einhalten (vgl. auch *Mahmassani*, Cours a.a.O.(16), S.287). *Siṣānī*, a.a.O.(15), S.557: Wer sich ohne Zwang zum Islam bekehrt, muß wissen, daß er diese Religion nicht mehr aufgeben kann, daß es sich beim Islam um ein das ganze Leben umfassendes System handelt!; so auch *Munīr Ḥamīd al-Bayātī*, a.a.O.(15), S.183; <sup>c</sup>*Abd al-Wāḥhāb* <sup>c</sup>*Abd al-*<sup>c</sup>*Azīz aš-Šābiānī*: Ḥuqūq al-insān wa-hurriyatuhu al-asāsiya fi n-nizām al-islāmi wan-nuzūm al-muṭāṣira, Amman 1980, S.558: Apostasie vom Islam ist nicht erlaubt. Vgl. auch *Aldeeb Abu-Sahlīeh*, Non muslims a.a.O.(15), S.644.

81 Herangezogen wird allerdings manchmal Koran 4/89: „Und wenn sie sich abwenden, dann greift sie und tötet sie, wo ihr sie findet, und nehmt euch niemand von ihnen zum Freund oder Helfer.“ Insbesondere die Schiiten vertreten, daß Koran 2/256 abrogiert worden sei durch Koran 9/5: „Und wenn nun die heiligen Monate abgelaufen sind, dann tötet die Heiden, wo (immer) ihr sie findet, greift sie, umzingelt sie und lauert ihnen überall auf.“ (vgl. dazu H. Löschner, Die dogmatischen Grundlagen des ši'itischen Rechts, Köln 1971, S.82).

82 Im islamischen Rechtssystem stellt die sunna, d.h. das Verhalten des Propheten in Wort und Tat, niedergelegt in sechs großen anerkannten Sammlungen, nach dem Koran die wichtigste Rechtsquelle dar.

83 Überliefert von al-Buhārī, Abū Da'ūd, at-Tirmidī und an-Nasā'ī (vgl. A. J. Wensinck, Concordance et indices de la tradition musulmane, Leiden 1936, II, S.167). *Mohamed Talbi* (Religious Liberty: A Muslim Perspective, in: Religious Liberty and Human Rights in Nations and Religions, Philadelphia 1986, S. 175-187) meint (S. 184), dieser ḥadīt sei nicht echt.

84 Überliefert von al-Buhārī, Abū Da'ūd, at-Tirmidī und an-Nasā'ī (vgl. A. J. Wensinck, I, S.493). – Nach einer anderen Tradition, die auf Ibn <sup>c</sup>Abbās, einen Gelehrten des 1. Jahrhunderts der islamischen Zeitrechnung, und auf <sup>c</sup>Ā'iša, die Lieblingsfrau des Propheten, zurückgeht und deshalb höchste Glaubwürdigkeit bei den Gelehrten genießt, hat der Prophet erlaubt, das Blut dessen zu vergießen, „der seine Religion verläßt und sich von der Gemeinde trennt“ (nach al-Buhārī).

85 Dazu *Baradie*, a.a.O.(80), S.123f.; *Peters/de Vries*, a.a.O.(39), S.5f.; *J. L. Kraemer*, Apostates, rebels and brigands, 36–48, in: Israel Oriental Studies 10 (1980), 34–73; aus der neueren islamischen Fachliteratur *Nu'mān* <sup>c</sup>*Abd ar-Razzāq as-Sāmarrāī*, Ahkām al-murtadd fi š-ṣari'a al-islāmiya, Beirut 1969, S.213; <sup>c</sup>*Auda* a.a.O.(15), II, S.720f.; *Mansūr*, a.a.O.(27), I, 384; <sup>c</sup>*Abd Allāh b. Ahmad Qādirī*: ar-Ridda <sup>c</sup>an al-islām wa-haṭaruhā <sup>c</sup>ala l-<sup>c</sup>ālam al-islāmi, Ġudda 1982 (Magisterarbeit an der Azhar 1974), S.104; *Tabandeh*, a.a.O.(44), S.72; <sup>c</sup>*Abd al-*<sup>c</sup>*Azīm Saraf ad-Dīn*; <sup>c</sup>*Uqūba* al-muqaddara li-maṣlahat al-mugtama<sup>c</sup> al-islāmi, Kairo 1973, S.734f.; *Hāzim* <sup>c</sup>*Abd al-Muta'*ālī aš-Šā'īdī, an-Naẓariya al-islāmiya fi d-daula, Kairo 1986, S.121 Anm. 45; *Muhammad Abū Hassān*, Ahkām al-ğarima wal-<sup>c</sup>uqūba fi š-ṣari'a al-islāmiya, az-Zarqā' (Jordanien) 1987, S.413; *Muhammad Hasan Abū Yahyā*, Ahdāf at-taṣrī<sup>c</sup> al-islāmi, Amman 1985, S.600; *Bayātī* a.a.O.(15), S.183; *Aḥmad Fathī Bahnāsī*, Taṭbiq al-ḥudūd fi t-taṣrī<sup>c</sup> at al-ğinā'iya al-hadīta, Kairo 1988, S.259–266; *Yūsuf al-Qaraḍāwī*: al-Aqalliyāt wa-taṭbiq aš-ṣari'a al-islāmiya, S.1045–1047, in: Mağallat al-Azhar (Kairo) 1978, S.1039–1049, 1221–1231.

86 Zur Zeit der Apostasie muß der Apostat geschlechtsreif und im Besitz seiner Geisteskräfte gewesen sein, auch darf er nicht unter Zwang gestanden haben. Handelt es sich um einen Mann, so ist als Strafe der Tod vorgesehen; eine Frau wird bei Malikiten, Schafitien und Hanbaliten ebenfalls mit dem Tode bestraft, nicht dagegen bei den Hanafiten und Schiiten, die sie vielmehr einsperren, bis die den Islam wieder annimmt.

87 Nach überwiegender Lehrmeinung wird das Vermögen des Apostaten konfisziert (vgl. Peters/de Vries, a.a.O.(39), S.8; J. Brugman, De betekenis van het Mohammedaanse recht in het hedendaagse Egypte, Den Haag 1960, S.185; sehr ausführlich bei Sāmarrā'ī a.a.O.(85), S.220ff.; <sup>c</sup>Auda a.a.O.(15) II, S.728f.; Qādīn a.a.O.(85), S.107f.; Šaraf ad-Dīn a.a.O.(85), S.383f.; Mansūr a.a.O.(27), I, S.393 (aber in seinem Gesetzesentwurf folgt er in § 6 Abs. c einer Mindermeinung und sieht vor, daß die muslimischen Erben den Apostaten beerben können).

88 Noch im 2. Jahrhundert der islamischen Herrschaft hatte sich diesbezüglich keine bestimmte Praxis herausgebildet, vgl. I. Goldziher, Muhammedanische Studien, Bd. II, Halle 1890 (Nachdruck Hildesheim 1961), S.215f.

89 Baradie, a.a.O.(80), S.124; vgl. Peters/de Vries 6; aus der heutigen Rechtsliteratur: Sāmarrā'ī, S.194ff.; <sup>c</sup>Auda, II, S.722f.; Šaraf ad-Dīn, S.375ff.; Mansūr I, S.386, 395, dort §§ 3 und 11; Šišānī, a.a.O.(15), S.553; Abū Hassān, a.a.O.(85), S.414; Muhammād Fathī <sup>c</sup>Utmān, Huqūq al-insān baina š-šari'ā al-islāmiya wal-fikr al-qānūni al-ğarbi, Beirut - Kairo 1982, S.104ff.; <sup>c</sup>Abd ar-Rahīm Šidqī, al-Ğarima wal-uqūba al-islāmiya, Kairo 1987, S.254; Muhammād <sup>c</sup>Afiyya Hamīs, Mašrū'āt qawānīn al-qīṣāṣ wad-diyāt wal-ḥudūd aš-šar'iyya, al-Laġna al-<sup>c</sup>Ulyā litaṭwir al-qawānīn wifqa aħkām aš-šari'ā al-islāmiya, Kairo 1979, dort § 7. - Von der Reue kann jederzeit, auch kurz vor der Strafvollstreckung, Gebrauch gemacht werden.

90 Dazu <sup>c</sup>Abd al-Fattāh Hidr: an-Niżām al-ğinā'ī, Bd. 1, Riyad 1982, S.245; Mansūr I, S.389, § 4, und S.394, § 10, Hamīs, dort § 5.

91 Hamīs, dort § 11.

92 Mansūr, a.a.O.(27).

93 Hamīs, dort § 1 Abs 1: Todesstrafe; Mansūr, I, 390, dort § 5 Abs a. - Ist der Tatbestand erfüllt, das Urteil gefällt und keinerlei Reue festgestellt, so ist der Staat verpflichtet, das Urteil zu vollstrecken; es ist kein Gnaderweis und keine Strafminderung erlaubt (Mansūr, I, 394, dort § 8).

94 Hamīs, dort § 11: Wer erfolgreich zur Apostasie anstiftet, wird ebenfalls mit der dafür vorgesehenen Strafe bestraft.

95 Vgl. dazu Peters/de Vries, a.a.O.(39), S.13.

96 Der damalige sudanesische Staatschef Numairī erhielt seitens des Generalsekretärs der Liga der islamischen Welt ein Glückwunschtelegramm anlässlich der Hinrichtung des Apostaten. - Prof. Wähler (Berlin) meinte im Rahmen einer Diskussion über den islamischen Staat (in: Essener Gespräche 20 (1986), S.68), daß man aus diesem Fall - gemeint war die Hinrichtung - „nicht unbedingt die Horrorvision herleiten soll, als würde demnächst vielleicht Todeskommandos auch in europäische Staaten geschickt, um abtrünnige Moslems mit dem Tode zu bestrafen“, das würde die Strafe für die Apostasie zu sehr dramatisieren! - Salman Rushdie wird darüber wohl anders denken.

97 Schon 1972 war er von der ägyptischen Azhar, dann 1975 von der Islamischen Weltliga als Apostat bezeichnet worden (dazu Reinhard Schulze: Islamischer Internationalismus im 20. Jahrhundert, Leiden 1990, S.379ff. mit einer ausführlichen Darstellung des Falls; außerdem Abdullahi Ahmed an-Na'im: Muhammad Muhammad Taha and the Crisis in Islamic Law Reform: Implications for Interreligious Relations, in: Journal of Ecumenical Studies 25 (1988), 1-21).

98 Dazu äußerst ausführlich das Standardwerk von Sāmarrā'ī, a.a.O.(85), S.78ff.; vgl. Mansūr, I, S.384; <sup>c</sup>Auda, II, S.707-711; Šaraf ad-Dīn, S.367f.; Šišānī, S.556; Abū Hassān, S.410; auch Peters/de Vries, S.3f., 10. - Nichtmuslime (dimmīyūn), die im islamischen Staat leben (vgl. Fn 16), verlieren ihren Schutzstatus, wenn sie Gott lästern, den Gesandten Gottes kritisieren oder beleidigen, den Koran oder die islamische Religion im allgemeinen herabsetzen (vgl. Fattal, a.a.O.(16), S.81f.; Nādī, a.a.O.(16), I, S.73). Der dimmī wird dann zum Kriegsgegner (ħarbi) und mit dem Tode bestraft, seine Frau und seine Kinder werden ver-

sklavit (dazu *Khoury*, Toleranz a.a.O.(16), S.140f.). Um ein Beispiel aus einer Religion, die heute im Rahmen des Dialogs immer wieder als Vorbild des friedlichen Zusammenlebens der Religionen in der Vergangenheit gepriesen wird, nämlich das islamische Andalusien, zu geben: in Cordoba wurden zwischen 850 und 859 48 Christen wegen Angriffs auf den Islam – sie hatten Muhammad als falschen Propheten bezeichnet – entthauptet (vgl. dazu *K.B. Wolf*, Christian Martyrs in Muslim Spain, Cambridge 1988, S.12, 24, 29).

99 Wird der Prophet beschimpft, so wird die Reue nicht akzeptiert (Malikititen, Hanbaliten, teilweise auch Hanafiten; vgl. <sup>c</sup>Auda, II, S.724-27). Herangezogen wird Koran 9/61: „Diejenigen, die dem Gesandten Gottes Ungemach zufügen, haben eine schmerzhafte Strafe zu erwarten“. – Den Propheten einen Lügner zu nennen, gilt bei Muslimen als große Beleidigung, denn mit seiner Glaubwürdigkeit wird die des Korans verbunden (dazu *P. Antes*, Das Verhältnis zu den Ungläubigen in der islamischen Theologie, S.121 und 123, in: *A. Falaturi* und *W. Strolz*, Glauben an den einen Gott, Freiburg-Basel 1975, S.117-129).

100 Dazu die informative Rezension von *Fr. Steppat* in: Der Tagesspiegel (Berlin) 26.11.89, S. L 1.

101 Etwa in der deutschen Fassung des Romans auf den S.111-113, 119f., 125-127, 365-377, 391-394.

102 Ebda. S.380-388.

103 Ebda. S.127-129.

104 Ebda. S.368ff., 387.

105 *Sâmarrâ*, S.95f.; <sup>c</sup>Auda, II, S. 710; vgl. *Manṣûr*, I, S.384.

106 *Ibrâhîm Aḥmad al-Wâṣfi*, Tilka ḥudûd Allâh, Kairo 1979, S.271, 274f.; vgl. *Sâmarrâ*, S.83.

107 <sup>c</sup>Auda, II, S.708.

108 Die Regel „kein Zwang in der Religion“ wendet sich, wie *Mahmassani*, Cours a.a.O.(16), S.283 es ausdrückt, an die Muslime bezüglich der Behandlung der Nichtmuslime (- gilt also nicht für die Muslime selbst). *Ǧamâl al-Bannâ*, *Hurriyat al-iṭiqâd fi l-islâm*, Kairo 1978, führt aus (S.32), „kein Zwang“ bedeute lediglich, daß bei der Bekehrung zum Islam keine Gewalt angewendet werden dürfe; andererseits dürfe man die Nichtmuslime geduldig und immer wieder mit Argumenten zur Annahme des Islams einladen, bis die die Wahrheit erkennen. Glaubensfreiheit (*ḥurriyat al-<sup>c</sup>aqîda*) bedeute lediglich, daß die Eingeladenen annehmen oder ablehnen könnten. – Trotz dieser Tatsache, daß der Koranvers „lâ ikrâh fi d-dîn“ diese spezielle Auslegung erfährt, ziehen ihn Muslimen im Dialog mit Nichtmuslizen, die mit der islamischen Lehre nicht vertraut sind, heran, um die Toleranz des Islams unter Beweis zu stellen (so etwa, um ein Beispiel aus jüngerer Zeit zu nennen, *Mohammed Allal Sinaceur*, Islamic Tradition and Human Rights, S.215f., in: Philosophical Foundations of Human Rights, Paris (UNESCO) 1986, S.193-225).

109 Die Gesellschaft könnte es dem einzelnen nicht erlauben, sich von Gott abzuwenden; hier sei die Grenze der persönlichen Freiheit (*Muhammad Qutb*, *al-Insân bain al-mâddiya wal-islâm*, Kairo 1955, S.191). Da jeder, der sich mit dem Islam näher befaßt, erkennen wird, daß er allen anderen Religionen überlegen ist, wäre es, so die Meinung der Muslime, absurd, das Gute (den Islam) für etwas Schlechtes (eine andere Religion) einzutauschen (so die Ausführungen von *Ta-bandeh*, a.a.O.(44), S.71).

110 Dazu *Khoury*, a.a.O.(16), S.140; vgl. *Ramadan*, a.a.O.(16), S.151. <sup>c</sup>*Utmân*, a.a.O.(89), in seinem Buch über die Menschenrechte, drückte es so aus: „Die Glaubensfreiheit für Nichtmuslime ist zuerkannt, solange sie die Muslime nicht angreifen“ (S.91). Die Nichtmuslime dürfen den Islam nicht angreifen, und es ist ihnen untersagt, unter Muslimen zu missionieren (*Ǧamâl al-Bannâ*, a.a.O.(108), S.32).

111 In der marokkanischen Lehre wird dies damit begründet, daß der Islam als offizielle Religion des Staates (Art. 6 der Verf.) vor den Missionspraktiken gewisser christlicher Missionsgesellschaften während der Protektoratszeit habe geschützt werden müssen (vgl. *Taufiq Muhammad aš-Šâwi*, *Ta<sup>c</sup>liqât waš-ṣu-rûh muqârina* <sup>c</sup>ala maġmû<sup>c</sup>at al-qânûn al-ġinâ'i al-mâgrîbi al-ġadid, Casablanca 1968, S.198).

112 BVG 12, 1 (S.3f.); vgl. v. Münch, a.a.O.(18), Art.4, Rndnr. 57; Maunz-Herzog, a.a.O.(18), Art.4, Rndnr. 83; Listl, Grundrecht, a.a.O.(78), S.11.

113 Maunz-Herzog, Art.4, Rndnr. 74.

114 Gewaltakte sind untersagt, ebenso aufdringliche oder aggressive Werbung; der Schutz der Jugend ist zu beachten. Dazu A. v. Campenhausen, Neue Religionen im Abendland. Staatskirchenrechtliche Probleme der Muslime, der Jugendsektoren und der sogenannten destruktiven religiösen Gruppen, bes. S.157–163, in: ZevKR 25 (1980), S.135–172; Erwin Fischer, a.a.O.(26), S.100.

115 Maunz-Herzog, Art.4, Rndnr. S.72; dazu vor allem P. Häberle, Grenzen ak-tiver Glaubensfreiheit, in: Die Öffentliche Verwaltung 1969, S.385–389; A. v. Campenhausen, Staatskirchenrecht, München 1989, S.62: „Es besteht kein An-spruch gegen den Staat, vor missionierenden Beeinflussungen geschützt zu werden“; es sei eine Sache der persönlichen Zivilcourage, lästige Missionare abzuweisen! (Ders., in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1989, VI, Rndnr 94f.).

116 So vertritt das Bundesscheriatsgericht Pakistans, Nichtmuslime dürf-ten Muslime nicht zum Abfall vom Islam bewegen; auch gebe es kein Men-schenrecht, das garantiere, man dürfe die eigene Religion bei Andersgläubi-gen propagieren (vgl. W. Wengler, Staatlicher ordre public gegenüber kirchli-chem Recht und Prüfung staatlicher Gesetze unter religiösem Recht, S.83, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1987, S.67–89). – Anders nach deutschem Verfassungsverständnis. Der Bürger hat sich damit abzufinden, daß „die Frei-heit der geistigen Auseinandersetzung, in die das Grundgesetz jedermann stellt“, für seine Glaubenssicherheit durchaus eine Bedrohung sein kann (Maunz-Herzog, Art.4, Rndnr. 73; vgl. Bonner Kommentar Art.4, Rndnr. 39). – In der Bundesrepublik lebende Muslime empfinden es als Verstoß gegen ihr Grundrecht auf Religionsfreiheit, wenn Christen versuchen, sie zum Christen-tum zu bekehren, und fordern den Staat auf, dies zu verbieten, während sie ih-rerseits für sich das Recht in Anspruch nehmen, da<sup>c</sup>wa („Einladung zur Annah-me des Islams“) zu betreiben.

117 Die islamische Gesellschaft leidet noch immer am „ridda-Trauma“. Nach dem Tode des Propheten (632) fielen arabische Stämme wieder vom Islam ab und mußten mit Waffengewalt unterworfen werden. Nur dem harten Durch-greifen des ersten Kalifen, Abū Bakr (632–634), war es zu verdanken, daß der junge islamische Staat überlebte (dazu vgl. R. Paret, Toleranz und Intoleranz im Islam, S.353, in: Saeculum 21 (1970), S.344–365). Seitdem wird es für den Bestand der umma als äußerst gefährlich angesehen, wenn Zweifel an der Religion geäußert werden, da dies Bürgerkrieg (fitna) hervorrufen würde, weshalb man gegen Apostaten eine feste Haltung einnehmen müsse. Vgl. aus der heutigen Literatur Sa<sup>c</sup>dī Abū Ġaib, Dirāsa fi minhāj al-islām as-siyāsi, Beirut 1985, S.708, 710; Šišānī, a.a.O.(15), S.555; Huṣārī, a.a.O.(23), S.319f.; Ṣubḥī Ḩabdūl Sa<sup>c</sup>id, as-Sulta wal-hurriya fi n-nizām al-islāmi, Kairo 1982, S.141.

118 Es gilt auch hier, wie Häberle, Grenzen, a.a.O.(115), S.388 ausführte, daß es den Staat des Grundgesetzes nichts angehe, wenn die eine Religionsgemein-schaft der anderen einen in ihren Augen „unsittlichen“ Proselytismus vorwirft; vgl. ders.: Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, Königstein 1979, S.134 und 136. – Daß es aber in einem europäischen Staat auch anders aufgefaßt wer-den kann, sei am griechischen Beispiel illustriert. Die griechische Verfassung, die in Art.3 Abs.1 die orthodoxe Kirche als die herrschende bestimmt, unter-sagt in Art.13 Abs.1 jeden Proselytismus. In der Lehre wird darüber gestritten, wie das auszulegen sei – entweder als Verbot jeglicher Abwerbung (was zu seltsamen Ergebnissen führt, etwa derart, daß der Proselytismus unter Ehegatten oder Eltern und Kindern untersagt wäre) oder als Abwerbung durch unerlaub-te Mittel; dazu K. Vavouskos, Le prosélytisme, bes. S.158, in: Kanon 8 (1987), S.157–161.

119 Der Islam als letzte der adyān samāwiyya hat die vorangegangenen abro-giert (so z.B. Muḥammad Ḩabd ar-Raḥīm Ḩanbar, al-Mausū'a aš-ṣāmila lil-mabā-di' al-qānūniyya fi Miṣr wad-duwal al-Ḥarabiyya, Kairo 1973, II, S.21, Anm.3).

In der Rechtsliteratur wird mitunter argumentiert, man dürfe den Religions-wechsel nicht zu einfach machen, da er sonst zur Gesetzesumgehung miß-

braucht werde. Beispiel: Christen, deren religiöses Recht die Eheschließung untersage, würden Muslime und könnten dann ihre Ehefrau verstoßen. Wenn man ihnen gestattete, vom Islam wieder abzufallen, so sei dies ein Rechtsmißbrauch (vgl. <sup>c</sup>Anbar, II, S.219); dazu ein Urteil des ägyptischen Obersten Verwaltungsgerichts vom 21.6.1956: das wäre ein Spiel mit den Religionen, um weltliche Ziele zu erreichen, was, gleich, um welche Religion es sich handele, unmoralisch sei.

120 Mit Recht schrieb Ralf Dahrendorf (Die Zeit, 28.4.89, S.43) – wenn auch im Zusammenhang mit dem Selbstbestimmungsrecht der Völker –, daß kollektive Rechte in aller Regel der Unterwerfung von Menschen, nicht ihrer Befreiung dienten, weshalb sie einer der großen Irrtümer des 20. Jhdts. seien. Solche Kollektivrechte würden immer mit dem Wunsche nach Homogenität gerechtfertigt, doch letztere bedeute immer die Ausweisung oder Unterdrückung von Minderheiten. – Was Dahrendorf für das Selbstbestimmungsrecht feststellte, gilt noch mehr für ein Kollektivrecht auf Integrität im Glauben!

121 Madhal ila l-islâm, deutsch: Der Islam, 1980.

122 Dort unter § 440.

123 Vgl. oben Fn 3.

124 Qâdirî, a.a.O.(85), S.32f.; vgl. Šidqî, a.a.O.(89), S.253; Mahmašânî, a.a.O.(15), S.124f.; Šaraf ad-Dîn, a.a.O.(85), S.381; Abû Gaib, a.a.O.(117), S.707, 709f., <sup>c</sup>Utmân, a.a.O.(89), S.103; Abû Hassân, a.a.O.(85), S.405; Mansûr, a.a.O.(27), I, S.381: Die Religion sei der höchste Wert; die Unterstrafe feststellung der Apostasie solle deshalb generalpräventiv wirken.

125 Sâmarrâî, a.a.O.(85), S.212; Mansûr, I, S.382; <sup>c</sup>Adî Zaid al-Kilânî, Mafâhim al-haqqa wal-hurriya, Amman 1988, S.183f.; Muhammad Abû Zahra, al-Ğarima wal-<sup>c</sup>uquba fi l-fiqh al-islâmi, Kairo (um 1964), I, S.162f.: Da der Staat auf der Religion beruhe, dürfe diese und die Glaubensüberzeugung der Muslime nicht erschüttert werden. – Qâdirî, S.33: Apostasie sei Revolution gegen den Islam und somit gegen die Staatsordnung (nizâm ad-daula). Dies führe zur Schwächung der Gemeinschaft und stärke die Feinde der Muslime. Der Islam sei logisch konsequent, denn die Strafe für Hochverrat sei nun einmal der Tod. – Vgl. auch Abû Hassân, S.404; Bayâti, a.a.O.(15), S.182 und 183.

126 Jurist und führendes Mitglied der Muslimbruderschaft Ägyptens. Er wurde 1954, zur Regierungszeit <sup>c</sup>Abd an-Nâsîr's, nach einem Schauprozeß wegen Hochverrats gehängt.

127 Titel vgl. Fn 15.

128 <sup>c</sup>Auda, I, S.335f., vgl. Šaraf ad-Dîn, S.385.

129 <sup>c</sup>Auda, I, S.536, so auch Šaraf ad-Dîn, S.386; <sup>c</sup>Utmân, S.103; vgl. Mansûr, I, S.382; Qâdirî, S.32: Apostasie ist vergleichbar der Straftat der Veränderung und Zerstörung des gesellschaftlichen Systems in einem westlichen Staat, ist also Hochverrat.

130 Über die damaligen Staatsschutzbestimmungen der UdSSR vgl. H. H. Je-scheck, Der strafrechtliche Staatsschutz im Ausland, S.346f., 352, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 74 (1962), S.339–359, die eine Änderung des Regimes nicht erlauben. Unter Umständen werden Untergrabung und Schwächung der Staatsmacht mit dem Tode bestraft.

131 <sup>c</sup>Auda dürfte sich orientiert haben an den antikommunistischen Bestimmungen der USA (International Security Act 1950, Communist Control Act 1954), und der Denunzierung der un-American activities. Verfolgt wurden als staatsgefährdend eingeordnete nationalsozialistische, faschistische und kommunistische Vereinigungen oder dementsprechende Propaganda (dazu Je-scheck, S.344f.; H. Weyhenmeyer, Die Staatsschutzbestimmungen im ausländischen Strafrecht, Freiburg 1956, S.130f., 134f.).

132 <sup>c</sup>Auda, I, S.536; Qâdirî, S.33 führte aus, Hochverrat werde sowohl in kapitalistischen als auch in kommunistischen Staaten mit dem Tode bestraft. Waṣfi, a.a.O.(106), S.312: Apostasie sei keine Privatangelegenheit, sondern eine direkte Gefährdung der Existenz der Gemeinschaft, was mit dem Tode bestraft werden müsse. Gegen die Todesstrafe für die Apostasie gibt es kaum Stimmen; eine Ausnahme war <sup>c</sup>Abd al-Muta<sup>c</sup>âl as-Šâ'idi, al-Hurriya ad-dîniya fi l-islâm, Kairo o.D., bes. S.72 und 156. Er berief sich auf die abweichende Meinung eines

Gelehrten aus dem 1. Jhd. der Hiğra, auf *Ibrâhim an-Nahâî* (dazu Einzelheiten bei Peters/de Vries, a.a.O.(39), S.15f.); gegen eine weltliche Bestrafung auch *Gāmāl al-Bannâ*, a.a.O.(108), bes. S.37, 45ff. – Majid Khadduri, The Islamic Conception of Justice, Baltimore 1984, S.238, distanzierte sich ebenfalls; aber seine Ausführung, die meisten islamischen Staaten außer Saudiarabien hätten die Menschenrechtserklärung akzeptiert, bedeutet leider noch nicht, daß Apostasie erlaubt sei. Der sudanesische Modernist *Abdullahi Ahmed an-Nâ'im* (Koran, Schari'a und Menschenrechte: Grundlagen, Defizite und zukünftige Perspektiven, in: Concilium 26 (1990), 129–134) betrachtet die Existenz der Strafbarkeit der Apostasie als Verletzung der Glaubens- und Meinungsfreiheit der Muslime und der Nichtmuslime (S.132). Auch *Mohamed Charli*, Islam et droits de l'homme, in: Islamochristiana 9 (1983), S.13–24, distanzierte sich und schrieb, die Apostasieverfolgung sei eine Einführung des 1. Kalifen Abû Bakr gewesen (S.15); im übrigen müsse man das islamische Recht, das ein Werk der *‘ulamâ* sei, „dé-sacraliser“ (S.23), da es nicht mehr den heutigen Anforderungen entspreche. Auch der schiitische Gelehrte *Abdulaziz Sachedina*, Freedom of Conscience and Religion in the Qur'an, in: D. Little: Human Rights and the Conflict of Cultures. Western and Islamic Perspectives on Religious Liberty, Columbia, S.C. 1988, S.53–90, sieht Abû Bakr's Vorgehen in der speziellen historischen Situation begründet und bezweifelt, ob deshalb die Todesstrafe allgemein vertreten werden könne (S.76–83). – Bei der Ablehnung beruft man sich auch auf die Tatsache, daß im Koran über eine Bestrafung im Diesseits nichts zu finden ist; die einschlägigen Überlieferungen aus der Sunna des Propheten schiebt man dann als nicht beweiskräftig beiseite (so etwa M. Talbi, Religious Liberty, a Muslim Perspective, S.108f., und 113, in: Islamochristiana 11 (1985), S.99–113).

Außerdem unterscheidet man auch zwischen der Apostasie eines Individuums, das vom Recht auf Glaubensfreiheit Gebrauch macht, was, wenn es beim Einzelfall bleibt, keine Gefahr für die Gesellschaft darstelle und deshalb straflos bleiben solle, und der Apostasie von Gruppen, die ein Angriff (*muhârabâ*) auf die Muslime sei; diese müßten dann ihren Glauben verteidigen und es sei ihnen erlaubt, die Apostasie zu bestrafen (so *Râhim*, a.a.O.(15), S.574–577). Vgl. auch den pakistanischen Gelehrten *Muhammad Zafrullah*, Islam and Human Rights, Islamabad 1988, der meint, Apostasie werde von Gott bestraft und nicht im Diesseits (S.116); ist aber eine Straftat damit verbunden, dann werde diese auf Erden bestraft. So auch der ehemalige Präsident der Islamischen Republik Iran, *Abul-Hassan Bani-Sadr* (Le Coran et les droits de l'homme, Paris 1989, S.68f., 76f., 78).

133 Die Delikte gegen die Sicherheit des Staates (*ğarâ'im amn ad-daula*) richten sich gegen die Existenz, die Organisation und die Einheit des Staates (vgl. *Muhammad Salâma*, Qânûn al-*‘uqûbât.al-Qism al-hâşş*, Kairo 1982–83, S.33).

134 Die offizielle französische Übersetzung des arabischen Textes lautet „... quiconque tente par la violence de renverser ou de changer la constitution de l'Etat, ou le régime de la République, ou la forme du gouvernement“.

135 *Ramsis Bahnâm*, al-Qism al-hâşş fi qânûn al-*‘uqûbât.al-‘Udwân* *‘ala amn ad-daula ad-dâhilî*, al-*‘udwân* *‘ala n-nâs fi ašhâshihim wa-amwâlihim*, 3. Aufl. Alexandrien 1982, S.44f.; *Ahmad Fâtihi Surûr*, al-Wâsiṭ fi qânûn al-*‘uqûbât.al-Qism al-hâşş*, al-ğarâ'im al-muđirra bil-mâşlahâ al-‘âmma, Kairo 1972. Nr.38 und 39/S.72ff., 75f.

136 In der Islamischen Republik Iran, die 1982 islamische Strafgesetze verabschiedete, findet sich auch keine Vorschrift, die die Apostasie ausdrücklich unter Strafe stellt. Doch Humainî selbst, und die Praxis der Hinrichtung zahlreicher Anhänger der Bahai-Religion, lassen erkennen, daß der Abfall auch heute nicht straflos bleibt (dazu S. Tellenbach, Zur Re-Islamisierung des Strafrechts im Iran, S.197f., in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 101 (1989), S.188–205). Auch in Pakistan existiert keine solche Bestimmung, die die Apostasie unter Strafe stellte (vgl. Wengler, Staatlicher ordre public, a.a.O.(116), S.83, Anm.63).

137 Kommentar zur alten Fassung vgl. E. Garçon, Code pénal annoté, Paris 1952, Art.87, No 26ff; vgl. Weyhenmeyer, a.a.O.(131), S.52.

138 Dazu *Dalloz*, s.v. atteintes à la sureté de l'Etat, no 190ff.

139 Der Art. 13 cp, der bei Verbrechen gegen die Sicherheit des Staates die Todesstrafe durch Erschießen vorsah, wurde durch Gesetz Nr. 81-908 vom 9. Oktober 1987 abgeschafft (s. Encyclopédie Dalloz, droit pénal, mise à jour 1988, p. 73, No 249).

140 Zu der durch § 81 StGB geschützten verfassungsmäßigen Ordnung vgl. *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch Kommentar, München 1988, § 81 Rndnr. 8.

141 Art.30 lautet: „Nichts in dieser Erklärung darf dahin ausgelegt werden, daß es für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person das Recht begründet, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung zu begehen, die auf die Abschaffung der in dieser Erklärung ausgesprochenen Rechte und Freiheiten abzielt.“

142 Vgl. oben Fn.46.

143 Von muslimischer Seite wird gern darauf verwiesen, daß das Kruzifix im Gerichtssaal und das Schulgesetz zeigten, daß auch in der Bundesrepublik von einer Trennung von Religion und Staat nicht die Rede sein könne. In der Tat ist sehr umstritten, wie zuletzt *L. Renck* (Staatliche Religionsneutralität und Toleranz – BVG 35, 366 und 52, 233, in: Juristische Schulung 1989, S.451–455) darlegte, ob der Staat im Bereich der öffentlichen Augabenerfüllung seine Verrichtungen mit religiös-weltanschaulichen Gehalten verbinden soll und darf. – Bei solchen Fällen wird deutlich, daß die staatliche Neutralität in vielen Bereichen in der Praxis noch nicht voll verwirklicht ist.

144 *Maunz-Herzog*, a.a.O.(18), Art.4, Rndnr. 19f., dazu ausführlich *Listl*, Grundrecht, a.a.O.(78), S.5f., 15; *G. Scheffler*, Staat und Kirche. Die Stellung der Kirche im Staat nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., Hamburg 1973, S.139; *E. Fischer*, a.a.O.(26), S.49 und bes. 153ff.

In Österreich vertritt man ebenfalls eine Trennung von Staat und Kirche; doch einerseits wird gelehrt, es handele sich um eine „Koordination“ (*F. Erracora*, Österreichische Verfassungslehre, I, S.403ff.), während *I. Gampl*, (Österreichisches Staatskirchenrecht, a.a.O.(18), S.55) von einer demokratisch-paritätischen „Konkordanz“ spricht. *H. R. Klecatsky* (Die Kirchenfreiheit in Österreich, in: Kirche und Staat. Fritz Eckert zum 65. Geburtstag, Berlin 1976, S.147–168) argumentierte gegen beide, da er darin Überreste eines Staatskirchentums sah, das der pluralistischen Gesellschaft nicht mehr angemessen sei (vgl. S.167).

145 *K. Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht, Tübingen 1972, S.254.

146 Das BVG 12,1 (3) erklärte, daß die Glaubensfreiheit, die Art.4 GG gewährleistet, mehr sei als „religiöse Toleranz“, welch letztere nur die bloße Duldung religiöser Bekenntnisse oder irreligiöser Überzeugungen sei, vielmehr sei es eine völlige „Freiheit“, unabhängig von der Toleranz-„Gewährung“ irgendeiner anderen Religion! Das bedeutet dann aber auch die Pflicht zur Anerkennung des gleichen Existenzrechts aller miteinander konkurrierenden Gemeinschaften und Gruppen (vgl. dazu *Listl*, Grundrecht, a.a.O.(78), S.12).

147 So *J. Neumann*, Toleranz als grundlegendes Verfassungsprinzip, S.73 und 75, in: Toleranz und Repression, Frankfurt 1987, S.71–98.

148 *Khoury*, Toleranz, a.a.O.(16), S.177.

149 Vergleichbar der Unterscheidung, die *H. Marcuse* (Repressive Toleranz, bes. S.116 und 122, in: *R. P. Wolff, B. Moore, H. Marcuse*, Kritik der reinen Toleranz, Frankfurt 1968, S.93–128) zwischen wahrer und falscher Toleranz getroffen hat, nämlich Toleranz zugunsten fortschrittlicher Tendenzen und Entzug derselben gegenüber regressiver Bewegungen. – Da als rückschrittlich alles verstanden wird, was den Vorstellungen seiner Anhänger nicht behagt, läßt sich Intoleranz dann einfach rechtfertigen. Nach islamischer Betrachtungsweise ist der Abfall vom Islam zum Christentum hin regressiv, der Übertritt vom Christentum zum Islam progressiv.

150 *Ulmān*, a.a.O.(89), S.103 bringt dies deutlich zum Ausdruck, wenn er schreibt, daß es im Islam keine Neutralität (*ḥiyād*) des Staates oder der Scharia geben könne.

151 Art.2 der Verfassung wurde 1980 dementsprechend geändert.

152 Dazu ausführlich *Wahid Ra'fat*, Dirāsāt fi ba'd al-qawāñin al-munazzima lil-hurriyāt, Alexandrien 1981. – Das Gesetz 33/1978 zum Schutz der Nationalen

Front sieht in den §§ 2 und 3 vor, daß niemand einer Richtung angehören oder für sie Propaganda machen dürfe, die gegen die Vorschriften der „Offenbarungsreligionen“ gerichtet sei. Auch dürfe eine solche Person kein Amt ausüben, in keinem repräsentativen Organ, in keiner Gewerkschaft oder Standesorganisation, in der Presse oder der staatlichen Industrie irgendwelche Führungspositionen innehaben. – Diese Bestimmungen sind insbesondere gegen Kommunisten und Atheisten gerichtet; ähnlich auch Gesetz 95 (1980) über den Schutz der Werte (dort § 2).

153 *Mattit*, a.a.O.(29), S.300f.; vgl. *Bahnâm*, a.a.O.(135), S.24.

154 *Şams Mirğâni cAli*, al-Qânûn ad-dustûri, Kairo 1978 – ein Standardwerk des Verfassungsrechts – schreibt S.682, entsprechend dem Grundgesetz der Glaubensfreiheit (*hurrîyat al-<sup>c</sup>aqîda*) könne jeder glauben, was er wolle; hinsichtlich der Freiheit der Glaubensausübung (*hurrîyat al-<sup>c</sup>ibâda*) müsse der Staat aber Regelungen im Rahmen des ordre public und der guten Sitten schaffen. – Es ist auffallend, daß die Verfassungsrechtler der Universitäten das Problem der Apostasie im Zusammenhang mit der Glaubensfreiheit nicht behandeln!

155 *Ahmad Naşr al-Ğundî*, *Mabâdi' al-qâdâ' fi l-ahwâl aš-ṣâḥîya*, Kairo 1986, S.648 (Urteil vom 2.3.1920); vgl. S.657: Da er keine Religion hat, ist der Apostat schlimmer als der Nichtmuslim; er ist rechtlich tot (Urteil vom 20.5.1950); S.650: Der muslimische Vater, der seine muslimische Tochter zum Christentum (d.h. hier: zum Glauben ihrer christlichen Mutter) zu bekehren versucht, ist ein Apostat und muß getötet werden; seine Kinder müssen ihm weggenommen werden (Urteil vom 20.4.1948).

156 Der Begriff geht zurück auf art.6 code civil.

157 Vgl. dazu *Ph. Malaurie*, L'ordre public et le contrat, Reims 1953, S.7; *H. Capitant*, Introduction à l'étude du droit civil, Paris 1925, S.65f.; ausführliche Darstellung bei *K. Simitis*, Gute Sitten und ordre public. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs.1 BGB, Marburg 1960, S.79ff.

158 Vgl. *Simitis*, S.93 und 95; Verweis auf *W. Lienhard*, Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit privé interne et en droit privé international, Paris 1935, 23; *M. Courtier*, De la notion de l'ordre public dans le code (quant aux personnes) et des modifications qu'elle a recues depuis, Paris 1904, S.51f.

159 Vgl. *Simitis*, S.99; *Ph. Pascanu*, La notion de l'ordre public par rapport aux transformations du droit civil, Paris 1937, S.219; *G. Marty* und *P. Raynaud*, Droit civil, Paris 1956, I. Nr. 99; *M. Courtier*, De la notion d'ordre public, Paris 1904, S.62ff.

160 Im französischen Polizeirecht wurde der ordre public als materielle und äußere Ordnung gesehen zur Aufrechterhaltung von Ruhe, Sicherheit und Sauberkeit, im Gegensatz zum ordre public der Sitten und Gedanken, die nicht von der Polizei abhängig sind (*J. Rivero*, Droit administrative, Paris 1965, Nr.435/ S.371; vgl. *M. Hauriou*, Précis de droit administratif et de droit public, Paris 1927, S.445). Grundsätzlich ist aber ein Ausgleich herbeizuführen zwischen den Freiheitsrechten und der Verpflichtung, den ordre public aufrechtzuerhalten (vgl. *K. Stahl*, Die Sicherung der Grundfreiheiten im öffentlichen Recht der fünften französischen Republik, Hamburg 1970, S.92 mit Nachweisen).

161 Über ihn *Enid Hill*, al-Sanhuri and Islamic Law. The Place and Significance of Islamic Law in the Life and Work of <sup>c</sup>Abd ar-Razzaq Ahmad al-Sanhuri, New York 1987.

162 *al-Wâsit* fi šârh al-qânûn al-madanî, 10 Teile in 12 Bden., Kairo 1952–1970.

163 *Wasit*, II, Nr. 228, S.399.

164 *Sanhûrî*, *Wasit* II, S.399, Anm. 1 merkt an, daß bei der Schaffung des deutschen BGB der Begriff ordre public in § 138 vorgesehen, daß er dann aber als zu offen und dehnbar abgelehnt worden sei. – In der Tat enthielt der erste Entwurf die Begriffe „gute Sitten“ und „öffentliche Ordnung“ und wurde, da eine sichere Umgrenzung fehle, beseitigt. Die Sozialdemokraten wollten ihn belassen, doch Reichstagskommission und Mehrheit des Reichstags wandten sich dagegen, denn „öffentliche Ordnung“ sei unbestimmt, wohingegen „gute Sitten“ genau bestimmbar sei (vgl. *Simitis* 75f.).

165 *Wasit*, II, S.401.

166 Daß der ordre public das gesamte öffentliche Recht betreffe, vertreten z.B. *Ǧamil aš-Šarqāwī*, *Durūs fi uṣūl al-qānūn*, Kairo 1972, S.73; *Muhammad Ḥasanain, al-Waġīz fi naṣariyat al-qānūn fi l-qānūn al-ğazā’irī*, Algier 1986, S.39; *Qaddāda*, a.a.O.(29), S.72.

167 So auch *Abbās aš-Šarrāf* und *Ǧūrğ Hazbūn*, *al-Madḥal ilā ̄ilm al-qānūn*, Amman 1985, S.37.

168 *Wasiṭ*, II, Nr. 231, S.403f.; so auch *Sulaimān Murqus*, *al-Madḥal lil-̄ulūm al-qānūniya*, Kairo 1976, I, Nr. 57, S.105. Das Problem der Apostasie wird bei ihnen aber nicht berührt.

169 *Wasiṭ*, II, Nr. 236, S.409f.; vgl. *Murqus*, I, Nr. 57, S.105; *Ḥasan Kīra*, *al-Madḥal ilā l-qānūn*, Kairo-Alexandrien 1974, S.545; *Ḥasanain*, S.39; *Qaddāda*, S.72; *Šarrāf/Hazbūn*, S.38f.; *Šarqāwī*, S.152, 155.

Der Umstand, daß durch den Religionswechsel ein jeweils anderes Familienrecht Anwendung findet, führte z. B. in Ägypten zu erheblichen Problemen, insbesondere dann, wenn der Wechsel während eines laufenden Gerichtsverfahrens erfolgte. Die Tatsache, daß der Wechsel zum Islam einen rechtlichen Vorteil insofern bringt, als nun eine Eheauflösung durch Verstoßung (*talāq*) möglich wird, die vorher für einen dem koptischen Familienrecht unterworfenen Kopten untersagt war, rief eine breite Diskussion darüber hervor, ob der Religionswechsel nicht bloß dazu diene, das Gesetz zu Lasten der Ehefrau zu umgehen (sog. *fraude à la loi*; *al-ğiss naḥw al-qānūn*). Der Streit wurde durch das Urteil des Kassationsgerichtshofes vom 24.1.1935 insofern entschieden, als die Wirkungen der neuen Religion auf jeden Fall eintreten, ohne Rücksicht auf die möglicherweise vorhandenen anderen Absichten desjenigen, der die Religion wechselt. Wenn er zum Islam übertrete, so müsse man ihn behandeln wie jeden Muslim, weshalb er das Recht habe auf die Verstoßung; das erfordere auch der islamisch geprägte ordre public Ägyptens (dazu *Ḩāmid Zākī*, *Masā'il fi l-qānūn ad-duwalī al-hāss al-misri*, bes. S.308, 310 und 319, in: *Mağallat al-Qānūn wal-Iqtisād*, Kairo, 5 (1935), S.301-320). (Über diese inzwischen aufgegebene Theorie des *fraude à la loi* s. *Aldeeb Abu-Sahlīh*, *Dispositions relatives au droit international privé dans le projet de code arabe unifié des transactions préparé par la Ligue des Etats arabes*, S.390f., in: *Revue critique de droit international privé* 1984, S.386-400). - In den 30er Jahren wurde das Problem der je nach christlicher Konfession unterschiedlichen Personenstandsgesetze ebenfalls diskutiert. Die Vertreter der Meinung, man solle wenigstens für alle christlichen Ägypter ein einheitliches Recht schaffen, konnten sich nicht durchsetzen (vgl. *H. Zākī*, *al-Mahākim al-ahliya wal-ahwāl aš-ṣāḥiyya*, bes. S.820ff., in: *Mağallat al-Qānūn wal-Iqtisād* 4 (1934), S.787-832). So gibt es heute in Ägypten für die Kopten, Armenier und Protestanten jeweils eigene Familien gesetze. Es ist zur Zeit kaum denkbar, für alle Ägypter gleichermaßen auf nicht-religiöser Basis ein Familienrecht schaffen zu wollen.

170 Man fragt sich, weshalb Sanhūrī nicht auf dieses Argument zurückgriff, denn schon die Verfassung von 1923 sah in Art. 149 vor, daß der Islam die Religion des Staates sei (vgl. dazu *Muhammad Šārif*, *Alā hāmiṣ ad-dustūr*, Kairo 1938, S.58). Diese Bestimmung findet man dann auch in Art. 3 der republikanischen Verfassung von 1956. Die Verfassung der Vereinigten Arabischen Republik von 1958 (nach der Vereinigung von Ägypten und Syrien) enthält eine solche Bestimmung aber nicht; nach dem Scheitern dieser Union erscheint eine solche Bestimmung in der ägyptischen Verfassung von 1964 wieder, desgleichen dann in der Verfassung von 1971.

171 Diese Formulierung wurde in die anderen arabischen Zivilgesetzbücher aufgenommen, z.B. § 95 alger. ZGB, §§ 136 und 137 syr. ZGB.

172 *Kīra*, a.a.O.(169), S.48; *Murqus*, a.a.O.(168), Nr. 56, S.105; *Muhammad Ḥusain Mansūr, an-Nizām al-qānūni fi l-usra fi š-ṣarā’i* <sup>c</sup> ġair al-islāmiya, Alexandrien 1983, S.43f.; *Ahmad Ḍalāl*, *Hurrīyat ar-ray fi l-maidān as-siyāsi fi l-islām*, al-Mansūra 1987, S.291, 294, 321; *Muhammad Mahmūd* <sup>c</sup> *Abd Allāh*, *al-Madḥal ilā ̄ilm al-qānūn*, Damaskus o. D. (ca. 1987), S.33: Der ordre public dient der Verteidigung der Gesellschaft und dem Schutz der Freiheit.

173 *Kīra*, S.47, 49; *Murqus*, Nr. 56, S.101f.; *Šarqāwī*, a.a.O.(166), S.72; *Taufiq Hasan Farāqī*, *al-Madḥal lil-̄ulūm al-qānūniya*, Beirut 1975, Nr. 44, S.79; *Hasa-*

*nain*, a.a.O.(166), S.38; *Qaddâda*, a.a.O.(29), S.70f.; *Şarrâf/Hazbûn*, a.a.O.(167), S.36; <sup>c</sup>*Abd Allâh*, S.30ff.

174 *Hasanain*, a.a.O.(166), S.38.

175 Vgl. *Aldeeb Abu-Sahlieh*, Non-musulmans, a.a.O.(5), S.175f.

176 In Ägypten war die *shari'a* neben dem Gewohnheitsrecht (*'urf*) nur eine Quelle der Gesetzgebung; 1980 wurde sie durch Verfassungsänderung die Hauptquelle.

177 Die *shari'a* wird nunmehr als wichtiges Element des *ordre public* betrachtet; insbesondere hinsichtlich der sozialen Ordnung (*Mansûr*, a.a.O.(172), S.44). Ein Beispiel aus dem Familienrecht: Wenn in einer koptischen Ehe der Mann zum Islam übertritt, die Frau aber nicht, so darf die Frau die Eheauflösung nicht verlangen, da dies dem islamisch geprägten *ordre public* widerspricht, denn nach islamischem Recht besteht die Ehe weiter. Tritt die Frau zum Islam über, ihr Mann dagegen nicht, so muß die Ehe aufgelöst werden, da dies die Vorschrift der *shari'a* ist und somit *ordre public*.

178 *Farağ*, a.a.O.(173), Nr. 116, S.183.

179 <sup>c</sup>*Atfâr*, a.a.O.(8), S.48.

180 <sup>c</sup>*Abd an-Nabi Mîkû*, al-Madhal li-dirâsat al-qânûn, Rabat 1974, II. S.157.

181 Vgl. *Mattît*, a.a.O.(29), S.285. – Ein Beispiel islamischer Aufgeklärtheit bietet *Mohamed Charfi*, tunesischer Rechtsprofessor. In seinem Buch *Introduction à l'étude du droit*, Tunis 1983, gibt er eine breite Darstellung der Diskussion über die Bedeutung der Scharia (S.62-87), doch vertritt er, die Formulierungen der Scharia hätten nur „symbolischen“ Wert (S.85). In einem Kurs, den er an der Hague Academy of International Law hielt, lehrte er, die Formulierung „état islamique“ in den Verfassungen beinhalte, daß die Gesetze mit der Scharia in Übereinstimmung sein müßten; der Ausdruck „islam religion de l'Etat“ bedeute nur, daß der Islam eine der Quellen des weltlichen Gesetzgebers sei (so in: *L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans*, S.346, in: *Recueil des cours* 203 (1987), S.321-454). – Es bleibt nur zu hoffen, daß die Kursteilnehmer durch bohrende Fragen weitere Aufklärung erhalten.

182 Im französischen Rechtssystem sind die Grundfreiheiten, zu denen auch die Religionsfreiheit gehört, nicht als subjektive öffentliche Rechte des einzelnen (wie in der Bundesrepublik) anerkannt, sondern sie sind lediglich objektive allgemeine Rechtsgrundsätze, die durch den einfachen Gesetzgeber inhaltlich ausgestattet werden (dazu *Stahl*, a.a.O.(160), S.53 und 58), woraus die Verwaltungsrechtsprechung die sog. „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ entwickelte. Die Religionsfreiheit läßt sich nur ableiten aus art 10 der *Déclaration des droits de l'homme* von 1789, aus dem Trennungsgesetz vom 9.12.1905 und aus Art. 2-1 der Verfassung von 1958; sie unterliegt aber einer rechtlich unbegrenzten Relativierung wie alle libertés publiques, wobei es dem Gesetzgeber weitgehend überlassen bleibt, Grundrechte zu gewährleisten (dazu *E. Savoie*, Frankreich, bes. S.206, 218 und 223, in: *E. Grabitz* (Hrsg.), *Grundrechte in Europa und USA*, Kehl 1986, Bd. I, S.203-257). – Da die Juristen der arabischen Staaten dieser Lehre folgen, ist eine Relativierung des Grundrechts auf Religionsfreiheit und ein islamisch ausgefüllter *ordre public* möglich, denn ähnlich wie in Frankreich kennt die Verfassungslehre kein kohärentes System des Grundrechtsschutzes wie das deutsche Grundgesetz. Das zeigt sich auch daran, daß kein allgemein anerkannter Terminus vorliegt; es gibt lediglich Ausdrücke wie *ħurriyat āmma* (libertés publiques) und *ħuqquq al-insân* (droits de l'homme) (vgl. als Beispiel *Aḥmad Ḥafīyat Allâh*, al-Qâmuṣ as-siyâsi, Kairo 1980, S.564); bei einer Übersetzung des deutschen Begriffs „Grundrecht“ müßte man auf eine Neubildung, etwa *haqq asâsi*, zurückgreifen.

183 Vgl. dazu *G. Kegel*, Internationales Privatrecht, München 1985, S.82, 302.

184 Vgl. *Simitis*, a.a.O.(157), S.171; o.p. und Grundrechte vgl. *Kegel*, S.310.

185 Dazu vor allem *Simitis*, S.181, 206-207; vgl. *Kegel*, S.310; auch *M. Ferid*, Internationales Privatrecht, Frankfurt 1986, Rndnr. 2-49.

186 Dazu *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, München 1988, S.1241.

187 Insbesondere die Voraussetzung der „engen Inlandbeziehung“ muß geben sein.

188 Weder die Menschenrechtserklärung von 1948 noch der Internationale Pakt über die bürgerlichen und politischen Rechte von 1966 verleihen dem einzelnen Bürger der Unterzeichnerstaaten ein subjektives Recht, das er einzuklagen könnte (zu dieser Diskussion s. *Stern*, II/1, S.263 mit weiterführender Literatur); anders aber die Europäische Menschenrechtskonvention, die in den Vertragsstaaten geltendes Recht darstellt.

189 *Maunz-Herzog*, a.a.O.(18), Art.4, Rndnr. 147.

190 Dazu v. *Münch*, a.a.O.(18), Art.4, Rndnr. 54; *Scheffler*, Staat und Kirche a.a.O.(144), S.128f.

191 Religionsfreiheit rechtfertigt nicht den Zugriff auf das Leben (z. B. einen Aufruf zur Ermordung eines Apostaten!), genausowenig Menschenopfer oder die Amputation von Gliedmaßen im Namen eines Rechts.

192 *Maunz-Herzog*, Art. 4, Rndnr. 149.

193 *Maunz-Herzog*, Art. 4, Rndnr. 114.

194 Dazu *P. Häberle*, Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, Königstein 1980, S.57f., 62.

195 Auf diese Verknüpfung von ordre public und Selbstbestimmungsrecht und den damit zusammenhängenden Problemen im Bereich der Geltung der Europäischen Menschenrechtskonvention aufmerksam gemacht zu haben, ist das Verdienst von *Stöcker*, Europäische Menschenrechtskonvention, Ordre-public-Vorbehalt und nationales Selbstbestimmungsrecht, bes. S.473, 477f., in: Europäische Grundrechte Zeitschrift 1987, S.473-480.

196 Diese Einschränkung findet sich auch in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1950, dort in Art. 9 Abs. 2 – doch liegt der Unterschied eben darin, daß sich dort der ordre public nicht nach Maßgabe einer Religion beschreibt.

197 Nicht das tunesische und das algerische StGB.

198 So § 160, Z.1, ägypt. StGB; § 463, Abs. a syr. StGB; § 276 jordan. StGB; § 220 Abs. 1 marokkan. StGB.

199 So § 160 Z.2, ägypt. StGB; § 463 Abs. b syr. StGB; § 278 jordan. StGB; § 109 kuwait. StGB; § 223 marokkan. StGB.

200 *Al-Mausū'a al-ġinā'iya*, 5 Bde. Kairo 1931-1936 (Nachdruck Beirut o.D.).

201 Die ägyptischen Straftatbestände des § 138 a.F. (§ 160 n.F.) gehen zurück auf die 1905 abrogierten Art. 260-264 franz. code pénal von 1819 bzw. 1822. *Ǧundi Ḥabd al-Malik* (III, S.740-49) verweist immer auf *Dalloz*, Répertoire s.v. cultes (gemeint ist dort Nr. 2, wo ausgeführt wird, daß das Gesetz vom 9.12.1905 die délits d'outrage envers les ministres du culte ou envers les objets du culte abgeschafft habe, weshalb es denn auch keine outrage à la morale publique et religieuse et aux religions reconnues par l'Etat gebe. An ihre Stelle traten entrave à la liberté de conscience ou à la liberté des cultes, wobei art 31 und art 32 die Störung oder Verhinderung der Ausübung eines Kultes bestraft (*Dalloz*, cultes No 23).

202 So führt *Ḥabd al-Malik*, (III, S.738) aus, laut Art. 19 der Verfassung von 1923 (heute: Art. 2 der Verfassung von 1971) zwar der Islam die Staatsreligion sei, daß andererseits Art. 12 der Verfassung (von 1923) die „absolute“ Glaubensfreiheit vorsehe (das Wort muṭlaq „absolut“ fehlt heute in der Verfassung von 1971). Der Staat habe nach Art. 18 Verf. 1923 (heute Art. 46 Verf. 1971) die Durchführung der religiösen Zeremonien entsprechend den Gebräuchen in Ägypten zu schützen, solange diese nicht dem ordre public widersprüchen und so lange dies nicht unvereinbar sei mit den guten Sitten. *Ḥabd al-Malik* gelangt schließlich zu dem Ergebnis, daß der Staat niemanden mit Strafandrohung zu irgendeiner Religion zwingen könne, denn jeder könne glauben, was er wolle. – Soweit damals *Ḥabd al-Malik* in ziemlich liberaler Weise; doch auf das Problem der Apostasie geht auch er nicht ein.

203 Ähnlich § 462 syr. StGB; § 278 jordan. StGB; § 119 kuwait. StGB; nicht im marokkanischen, algerischen und tunesischen StGB.

Obwohl die Türkei am Laizismus als Staatsprinzip festhält, wird die Religion strafrechtlich geschützt; ergiebig für unseren Vergleich ist § 175 Abs. 3: „Wer Allah oder eine der Religionen oder einen Propheten, eines der heiligen Bü-

cher oder eine Konfession einer der Religionen beleidigt oder einen anderen wegen seiner religiösen Überzeugung oder, weil er Befehle oder Verbote der Religion, der er angehört, befolgt, kritisiert, verhöhnt, verspottet oder sich darüber lustig macht", wird mit Gefängnis von 6 Monaten bis zu einem Jahr und Geldstrafe zwischen 5000 und 25000 türkischen Pfund bestraft (Übersetzung von *Rumpf*, a.a.O.(30), S.214). –

Salman Rushdie hätte auch hier große Schwierigkeiten, nicht wegen Beleidigung des Propheten verurteilt zu werden.

204 III, S.751.

205 III, S.753 unter Verweis auf *Dalloz*, s.v. *cultes*.

206 III, S.754.

207 Unter Verweis auf die französische Rechtsprechung führt er dann aus, daß die Leugnung anerkannter Glaubenswahrheiten einer Religion noch keine Beleidigung derselben sei (S. 753). – Vgl. aber die Ausführungen von *Saïd*, a.a.O.(117), S.138, der schreibt, der wissenschaftliche Dialog über Religion sei nur solange erlaubt, als er nicht Unruhe (*fitna*) und Spaltung (*šiqâq*) hervorrufe und gegen den ordre public verstöße.

208 III, S.755.

209 Urteil vom 21.2.1924, zitiert bei <sup>c</sup>*Abd al-Malik*.

210 III, S.759.

211 So daß sich Salman Rushdie zweifellos in den meisten islamischen Ländern strafbar gemacht hätte.

212 Angeführt als Kommentar zu § 161 ägypt. StGB bei *Murtađâ Mansûr*, al-Mausû'a al-ġinâ'iya, 5. Aufl., Kairo 1984, S.350.

213 Dies wird deutlich in den zahlreichen Leserbriefen des Inhalts, daß Salman Rushdie 1 Milliarde (sic!) Muslime in ihren religiösen Gefühlen beleidigt habe und deshalb getötet werden müsse. – *Abu Hussain* (Meinungsfreiheit oder Massenbeleidigung. „Die Satanischen Verse“, Symbol der westlichen Literatur?, Innsbruck 1989) rechtfertigte das Todesurteil zum einen wegen der Apostasie Rushdie's (S.82), zum anderen, weil dieser sich schuldig gemacht habe, „Millionen von Menschen tödlich verletzt und an zahlreichen Heiligkeiten des Islam Rufmord begangen zu haben“ (S.85). Dieses Buch ist ein Beispiel dafür, wie sich die westliche Welt aus radikal-schiitischer Perspektive ausnimmt. Jeder Angriff auf den Islam oder gar die Würde des Propheten wird als der Todesstrafe würdiges Verbrechen angesehen.

214 Angriffe auf Kultstätten sind natürlich strafbar nach Art. 434ff. code pénal (Zerstörung, Verwüstung, Beschädigung von Gebäuden).

215 Über die Lage vor 1905 vgl. *Dalloz*, s. v. *cultes*, No 2.

216 Vgl. dazu M. Bachmann, Das System der Grundrechte im französischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Religionsfreiheit, Mainz 1956, S.110, 126f.

217 *Dalloz*, *cultes* No 5 und No 20.

218 Schönke-Schröder, a.a.O.(140), Vorbem. zu §§ 166ff., Rndnr. 2.

219 Schönke-Schröder, § 167, Rndnr. 6.

220 Vgl. oben Fn 247.

221 Schönke-Schröder, § 304 Rndnr. 3, auch Kirchen und Kapellen.

222 Und nicht der Gotteslästerung. – Über die Geschichte der Strafbarkeit der Blasphemie, die bis ins 20. Jahrhundert überlebte als § 166 a.F. des StGB und die 1969 abgeschafft wurde, s. M. J. Worms, Die Bekenntnisbeschimpfung i.S. des § 166 Abs 1 StGB und die Lehre vom Rechtsgut, Frankfurt 1984, S.90–94.

223 Schönke-Schröder, § 166 Rndnr. 3, 8 und 9.

224 Schönke-Schröder, § 166 Rndnr. 9; vgl. dazu kritisch Worms, S.144.

225 Schönke-Schröder, § 166 Rndnr. 12.

226 So Maunz-Herzog, a.a.O.(18), Art. 5, Rndnr. 69.

227 Abgesehen davon, daß eine offene Gesellschaft auch ein offenes Kulturkonzept zu haben hat mit einer kulturell-pluralistischen Vielzahl von verschiedenen Kunstformen und Richtungen (vgl. dazu P. Häberle, Die Freiheit der Kunst im Verfassungsstaat, bes. S.591ff, in: Archiv des öffentlichen Rechts 110 (1985), S.577–619, mit der Verarbeitung der einschlägigen wissenschaftlichen Literatur).

228 Vgl. in CIBEDO (Frankfurt) 1989 Nr. 3, S. 95, die Erklärung des „Arbeitskreises Islamischer Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland und West-Berlin“ zum Fall Salman Rushdie, in der verlangt wird, die Blasphemie müsse nach § 166 StGB bestraft werden. Es wird gefordert, daß Künstler, Autoren, Verleger, Buchhändler, Film-, Funk- und Fernsehproduzenten und deren Vereinigungen eine freiwillige Selbstkontrolle üben sollten, um schon im Vorfeld friedensgefährdende Angriffe auf Religionen zu vermeiden. Die Arbeitsgemeinschaft distanziert sich aber eindeutig: „Aufrufe zum Mord oder ähnliche Drohungen erfolgten und erfolgen nicht in unserem Namen.“

229 Diese heutige Lehre, die, wie sie ausführt, unmittelbar auf die Frühzeit des Islams zurückgreift und die danach folgenden Entwicklungen (auch die Rechtsschulen), als Fehlentwicklungen abtut, ist ausgesprochen systemverändernd. *B. Johansen*, (Staat, Recht und Religion im sunnitischen Islam. Können Muslime einen religionsneutralen Staat akzeptieren?, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 20 (1986), S.12–60), machte darauf aufmerksam (S.40), daß der Slogan *dīn wa-daula* heute dazu eingesetzt wird, die bestehende gesellschaftliche Ordnung zu verändern, ja umzustürzen, da sie als nicht mehr genuin islamisch angesehen wird. In den vergangenen Jahrhunderten hingegen diente die islamische Staatslehre dazu, die bestehende Ordnung jeweils zu verteidigen und zu bewahren, was, bedingt durch die Zeitschritte, Wandlungen und Anpassungen der Doktrin erforderte und zu komplizierten Differenzierungen zwischen Recht, Religion und Staat führte, wobei den Steuerungs- und Lenkungskompetenzen der Regierenden weiter Raum gelassen wurde (dazu *Johansen*, S.27f.; vgl. die Darstellung der Entwicklung bei *T. Nagel*, Staat und Glaubensgemeinschaft im Islam, 2 Bde., Zürich–München 1981 mit weiterführender Literatur; *R. Reiners*, Die klassisch islamische Staatsidee, München 1968). Im sunnitischen Bereich endete dies darin, daß dem Muslim grundsätzlich Gehorsam gegenüber der Obrigkeit auferlegt wurde, solange diese Anarchie verhinderte. Welche Form der Staat hatte, war gleichgültig, sofern nur die überkommene soziale Ordnung und die Religion geschützt waren. *Fr. Steppat*, Der Muslim und die Obrigkeit, 325, in: Zeitschrift für Politik 12(1965), S.319–332, spricht von theologisch gerechtfertigtem Quietismus, der sich unter anderem auf den hadit: „ein schlechter tyrannischer Herrscher ist besser als dauernder Bürgerkrieg“ stützte.

230 Als Außenseiter sei genannt *‘Alī ‘Abd ar-Rāziq* (gest. 1966), der in seinem Werk *al-Islām wa-uṣūl al-hukm*, Kairo 1925, vertrat, daß die Religion des Islams nicht einen islamischen Staat verlange; deshalb sei ein Kalifat auch nicht notwendig, weshalb er eine Trennung von Staat und Religion forderte. 1925 wurde ihm an der Azhar der Prozeß gemacht; aus dem Kreis der *‘ulamā’* wurde er verstoßen (dazu *D. Pohl*, Islam und Friedensvölkerrechtsordnung, Wien–New York 1988, S.128–133; über die gesamte Diskussion *Mohamed Nawar*, Wandel der islamischen Staatsidee von Mitte des 19. Jahrhunderts bis heute, Köln 1983). Mit guten Gründen vertritt aber *Mahmoud Nabli* (Renaissance, Säkularisierungstendenzen und Tradition im arabischen Orient des 19. und 20. Jhdts, Heidelberg 1987, S.102 und 103) gegen *R. Wielandt* (Offenbarung und Geschichte im Denken moderner Muslime, Wiesbaden 1971, S.98), daß *‘Abd ar-Rāziq* keineswegs die Religion zur Privatsache machen wollte, er also nicht als Vertreter des Säkularismus anzusehen sei, sondern er lediglich zeigen wollte, daß der Islam nicht auf das Kalifat als Regierungsform festgelegt sei.

231 Hervorragender Überblick über die verschiedenen islamischen Lehrmeinungen bei *‘Abd al-Muta‘alī as-Ṣā‘idī*, *an-Nazariya al-islāmiya fi d-daula*, Kairo 1986; außerdem aus der Flut der diesbezüglichen Literatur *‘Abd al-Hamīd al-Mutawalli*, *Mabādi’ nizām al-hukm fi l-islām*, Alexandrien 1970; *Muhammad ‘Imāra*, *al-‘Almāniya wa-nahdatunā*, Kairo 1986, S.33ff.; *Hālid Muḥammad Hālid*, *ad-Daula fi l-islām*, Kairo 1981; *‘Umar at-Tilmisānī*, *al-Hukūma ad-diniyya*, Kairo 1985; *Fahmī as-Šinnāwī*, *Nahwa islām siyāsi*, Kairo 1985; *Hasan as-Sayyid Basyūnī*, *ad-Daula wa-nizām al-hukm fi l-islām*, Kairo 1985.

232 Das islamische Recht hat besonders die Pflichten (*furūd*) ausgearbeitet, die der Mensch Gott gegenüber zu erfüllen hat; von Rechten, die ihm aufgrund seines Menschseins zustehen, ist keine Rede, vielmehr wird er immer als Ge-

schöpf Gottes gesehen (dazu *J. Piscatori*, Human Rights in Islamic Political Culture, 142, 144, in: *K. W. Thompson*, The Moral Imperatives of Human Rights: a World Survey, Washington 1980, S.139–167; vgl. auch die entsprechenden Ausführungen von *Abdul Aziz Said*, Precept and Practice of Human Rights in Islam, S.73, in: Universal Human Rights 1 (1979), S.63–79).

233 Es sei hier nur auf die 1972 als Dissertation an der Universität von Kairo vorgelegte Arbeit von *an-Nâdi*, a.a.O.(16), verwiesen, der betont, daß die religiöse Einheit (wahda dîniya) das Staatsprinzip sei (I, S.132).

234 In der saudiarabischen Magisterarbeit von <sup>c</sup>*Abd Allâh b. Umar b. Sulai-mân ad-Dumaiîgi*, al-Imâma al-<sup>c</sup>uzmâ <sup>c</sup>inda ahl as-sunna wal-ğamâ'a, Riyad 1987, wird festgestellt, daß es die Aufgabe des Staates sei, die šari'â islâmîya mit allen Mitteln zu verbreiten und durchzusetzen (S.83).

235 So ein verbreitetes Buch mit dem Titel *al-Halâl wal-harâm fi l-islâm*, engl. The Lawful and the Prohibited in Islam, London 1985, von *Yûsuf al-Qarađâwî*.

236 Zum Folgenden vor allem *Listl*, Kirche a.a.O.(56), S.139ff.

237 Vgl. *Isensee*, Keine Freiheit für den Irrtum, a.a.O.(74), S.323; dazu auch *E.-W. Böckenförde*, Zum Verhältnis von Kirche und moderner Welt. Aufriß eines Problems, bes. S.169, in: Studien zum Beginn der modernen Welt, Stuttgart 1977, S.154–177.

238 Vgl. *Isensee*, a.a.O.(74), S.318.

239 Vgl. dazu *Listl*, a.a.O.(56), S.183ff.

240 *Listl*, a.a.O.(56), S.204f.

241 *Isensee*, a.a.O.(74), S.318 mit weiteren Nachweisen.

242 Dazu vor allem die Arbeiten von *M. Heckel*, Staat und Kirche nach den Lehren der evangelischen Juristen in der ersten Hälfte des siebzehnten Jahrhunderts, München 1968, JusEccl. 6; und *ders.*: Die Menschenrechte im Spiegel der reformatorischen Theologie, Heidelberg 1987.

243 *Heckel*, Menschenrechte a.a.O.(242), S.15f.

244 Ebda. S.26.

245 Diese Lehre fand ihren Verteidiger vor allem in *F. J. Stahl*, Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung, 3. Aufl., Heidelberg 1856. Das Amt der Obrigkeit bestehe darin, Gottes Gebote aufrecht zu erhalten. Das „Gemeinchristliche“ – gemeint waren die alle großen Konfessionen verbindenden Lehren – sei Staatsreligion; Nichtchristen, die keine öffentlichen Ämter bekleiden dürften, genössen eine beschränkte Toleranz. – Über ihn *A. Nabnings*, Friedrich Julius Stahl, Rechtsphilosophie und Kirchenpolitik, Bielefeld 1983, bes. S.167–179 über das Verhältnis von Staat und Kirche; außerdem *M. Heckel*, Säkularisierung. Staatskirchenrechtliche Aspekte einer umstrittenen Kategorie, S.40–46, in: ZRG Kan.Abt. 66 (1980), S.1–163; *Scheffler*, Staat und Kirche a.a.O.(144), S.31.

246 Dazu im Überblick *Heckel*, Menschenrechte S.74f.

247 Dazu *Listl*, Kirche a.a.O.(56), S.216ff.; *J. Bopp*, Die Erklärung über die Religionsfreiheit vom II. Vatikanischen Konzil, bes. S.207ff., in: *Zev. Ethik* 11 (1967), S.193–217. – Einen guten Überblick über die Auseinandersetzungen während des Konzils und über die Ergebnisse findet man bei *Ph. I. André-Vincent*, La liberté religieuse, Paris 1976.

248 Vgl. dazu die Darstellung der konziliaren Auffassung bei *W. Kasper*, Wahrheit und Freiheit. Die „Erklärung über die Religionsfreiheit“ des II. Vatikanischen Konzils, Heidelberg 1988, bes. S.24f.

249 Das Konzil war sich aber bewußt, daß der *ordo publicus* ein äußerst dehnbarer Begriff ist, der in autoritären oder totalitären Staaten leicht mißbraucht werden kann (vgl. *Kasper*, a.a.O.(248), S.24); zugrunde gelegt werden muß vielmehr der freiheitliche Rechtsstaat.

250 Vgl. *Isensee*, a.a.O.(74), S.324; *Schlach*, Neutralität a.a.O.(145), S.213.

251 Der Staat als Heimstätte aller Bürger (so *Schlach*, a.a.O.(145), S.215) hat mit Hilfe von für alle geltenden Gesetzen sowohl religiöse als auch nichtreligiöse Bürger zu schützen (*P. Häberle*, „Staatskirchenrecht“ als Religionsrecht der verfaßten Gesellschaft (1976) mit Nachtrag (1978), S.343, in: *ders.*: Verfassung als öffentlicher Prozeß, Berlin 1978, S.329–347).

252 Dazu *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1966, S.35ff.; *H. Simon*

(Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen in: Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst. Konrad Hesse zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1990, S.87–96) drückt es folgendermaßen aus: „Nicht ein christliches Verhalten wird vom Staat als der Heimstatt aller Bürger erwartet, sondern ein solches, das die ungehinderte öffentliche Verkündigung des Evangeliums in Wort und Tat nicht ausschließt“ (S.94).

253 Krüger, S.48. – Über Säkularität und Laizismus und die islamische Haltung dazu S. unten 11.2.

254 Vgl. Isensee, a.a.O.(74), S.309 mit Nachweisen.

255 Was Isensee, a.a.O.(74), S.149 für die katholische Lehre des 19. Jhdts. ausführte, läßt sich grosso modo auch über die heutige islamische Rechtsdogmatik sagen!

256 „Ihr Gläubigen! Gehorchet Gott und dem Gesandten und denen unter euch, die zu befehlen haben!“ (Koran 4/59).

257 Also nicht anders als in der katholischen Theologie vor dem 2. Vatikanum, die ebenfalls aufzeigte, daß die Menschenrechte „christlich“ seien und auf die göttliche Ordnung zurückgingen (vgl. A. Wimmers, Die Menschenrechte in christlicher Sicht, Freiburg 1953; dazu kritisch J. Neumann, Menschenrechte auch in der Kirche?, Zürich-Einsiedeln-Köln 1976, S.192); anders nach dem 2. Vatikanum – dazu M. Pitters und K. Wolf, Menschenrechte in der Kirche, Düsseldorf 1980, bes. S.107.

Eine erstaunlich freie Aussage, die ihm im islamischen Bereich wohl Schwierigkeiten bereiten dürfte, machte Ali Mazrui (Human Rights and the Moving Frontier of World Culture, in: Philosophical Foundations of Human Rights, Paris (UNESCO) 1986, S.243–265): „In the beginning was the Word, and the Word was of God, and the Word was God“. But perhaps the word was of man, and the word was man. And the beginning were the rights of man“ (S.264).

258 So G. Höver, Grundwerte und Menschenrechte im Islam, in: Grundwerte und Menschenrechte in verschiedenen Kulturen, Nettetal 1988, S.37–59, der von kollektiver Heilssicherung der muslimischen Gemeinschaft durch die zeitlos gültige *shari'a*, der dann eben auch die Menschenrechte zu inkorporieren sind, sprach (S.45ff.).

259 Isensee, a.a.O.(74), S.321.

260 Der Säkularismus (*'almâniyya*) sei ein Problem des Abendlandes und von den Imperialisten im Orient eingeführt worden, um die Muslime von ihrem Glauben abzubringen. Vgl. dazu *'Ali Muhammād Ğarîşa*, al-Mâsrû'iya al-islâmîya al-'ulyâ, Kairo 1976; ders. und *Muhammād az-Zaibaq*, Asâlib al-ğazw al-fîkîrî lil-'âlam al-islâmî, Kairo 1978; *Anwar al-Ğundî*, at-Tafsîr al-islâmî lil-fîkîr al-bâşrî, Kairo 1981.

Besonders abschreckend für die islamische Theologie ist das Beispiel des durch Mustafa Kemal Paşa Ataturk nach 1919 durchgesetzten Laizismus des türkischen Staates, der eine Trennung von Religion und Staat und eine nichtreligiöse Legitimierung der Herrschaftsgewalt in einem Land mit muslimischer Bevölkerung zur Folge hatte (dazu mit weiterführender Literatur Rumpf, a.a.O.(30), S.182ff.). Nicht nur in der extrem fundamentalistischen, sondern auch in der gemäßigten islamischen Literatur wird Ataturk als „Ungläubiger“, der bestraft hätte werden müssen, hingestellt.

261 Wie manche christlichen Theologen setzen auch die muslimischen stillschweigend voraus, daß eine auf Religion basierende Moral jeder anderen vorzuziehen sei, so, als ob Atheisten und Nihilisten nicht auch Moral und Sittlichkeit haben könnten. Andererseits haben historische Ereignisse durchaus gezeigt, daß gerade Gottgläubige keine Moral haben können. H. Albert's Hinweis (in: Das Elend der Theologie, Hamburg 1979, S.69) soll hier, trotz aller Schärfe, nicht verschwiegen werden, kann er doch auch der islamischen Seite vorgehalten werden: „Bekanntlich sind in der Weltgeschichte so viele Grausamkeiten größten Ausmaßes im Namen der Götter oder des einzigen wahren Gottes begangen worden, und zwar von Leuten, denen man einen echten Glauben kaum absprechen kann.“

262 Über die Durchsetzung der Neutralität im Unterrichtswesen gegen den Widerstand katholischer Kreise im 19. Jhd. s. Trotabas, S.167–184.

263 Dazu maßgeblich die Studie von *J. B. Trotabas*, *La notion de laïcité dans le Droit de l'Eglise catholique et de l'Etat républicain*, Paris 1961, bes. S.132ff.; *G. Burdeau*, *Les libertés publiques*, Paris 1972, S.352; *J. Rivero*, *Les libertés publiques*, Paris 1977, II, S.157ff.; *Cl. A. Colliard*, *Libertés publiques*, Paris 1982, S.430.

264 Über das Trennungsgesetz ausführlich *K. Weber*, *Der moderne Staat und die katholische Kirche*, Essen 1967, S.74ff. – Pius X. lehnte in der Enzyklika „*Vehementer nos*“ vom 11.2.1906 dieses Gesetz ab und verdamte es als eine Beleidigung Gottes; indem es keinen Kult anerkenne, verleugne es offiziell Gott (dazu *Weber*, S.80).

265 Vgl. *Stahl*, a.a.O.(160), S.234; *J. Robert*, *La Liberté religieuse et le régime des cultes*, Paris 1977: Daß der Staat die Religionen nicht mehr anerkenne, bedeutet nicht, daß er sie nicht kennt; sie bleiben durchaus eine soziale Tatsache, aber sie sind nicht privilegiert (S.51).

266 Vgl. *Colliard*, a.a.O.(263), Nr. 327; *Rivero*, a.a.O.(263), II, S.158.

267 So sieht es auch heute die katholische Lehre nach dem 2. Vatikanum, vgl. *P. Pavan*, *Die wesentlichen Elemente des Rechts auf Religionsfreiheit*, S.208, in: *J. Hamer* und *Y. Congar*, *Die Konzilserklärung über die Religionsfreiheit*, Paderborn 1967, S.167–226.

268 Dazu maßgeblich die Arbeiten von *P. Häberle*, insbesondere: Staatskirchenrecht als Religionsrecht der verfaßten Gesellschaft (1976) mit Nachtrag (1978), bes. S.340ff., in ders.: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Berlin 1978, S.329–347.

269 *R. Potz*, *Die inneren Angelegenheiten der anerkannten Kirchen und Religionsgemeinschaften als Problem der Grundrechtsinterpretation*, S.420, in: *Ex aequo et bono*. W. M. Plöchl zum 70. Geb., Innsbruck 1977, S.409–422.

270 Der Staat garantiere, daß die Kulte ausgeübt werden können (*Rivero*, a.a.O.(263), II, S.159); über die französische Entwicklung, wo das Klima trotz laïcité immer religionsfreundlicher wurde, vgl. *Schlaich*, a.a.O.(145), S.153; *Scheffler*, a.a.O.(144), S.45; *A. v. Campenhausen*, *Staat und Kirche in Frankreich*, Göttingen 1962, S.158f. (die katholische Kirche hat sich damit abgefunden).

271 Dazu *Listl*, *Grundrecht a.a.O.(78)*, S.17. – Auch in der deutschen Rechtsliteratur findet sich noch die Verwendung des Wortes Laizismus (laïcisme), das dann negativ befrachtet wird und als staatlich verordneter Agnostizismus gilt, und Laizität (laïcité), das die staatliche Neutralität gegen jede irgendwie geartete Religion oder Weltanschauung ist (dazu *Fischer*, a.a.O.(26), S.38).

272 Die Religion stirbt ja gerade im Westen, selbst wenn die Amtskirchen über abnehmenden Kirchenbesuch klagen, nicht aus, geschweige denn im Osten. *H. Lübbe* hat dieser Frage mehrere wichtige Beiträge gewidmet (*Religion nach der Aufklärung*, Graz 1986): „der Rückgang der Kirchlichkeit (= organisierte Religion im gesamtgesellschaftlichen Rahmen) korrespondiert nicht notwendig mit der Reduktion von Religion überhaupt“; vielmehr ist ein Erstarken der „freischwebenden“ Religiosität festzustellen (G. Kehler, *Einführung in die Religionssoziologie*, Darmstadt 1988, S.180).

273 *Stern*, *Staatsrecht*, a.a.O.(186), Bd. III/1, S.1221.

274 *Campenhausen*, *Staatskirchenrecht*, a.a.O.(115), S.91.

275 Im Sinne *M. Kriele's* (*Befreiung und Politische Aufklärung*, Freiburg 1989, S.187 und 190) ist hier ein aufklärerischer Liberalismus gemeint, dem die Idee der Menschenwürde, die sich in den Menschenrechten konkretisiert, zugrunde liegt, und nicht etwa ein relativistischer Liberalismus, für den alle politischen Ideen, ohne Rücksicht darauf, ob sie die Menschenwürde achten, gleich sind.

276 Noch *J. J. Rousseau* (gest. 1778) verlangte, die Religion solle dazu beitragen, daß der Bürger seine Pflichten dem Staat gegenüber erfülle; aber die Dogmen dieser Religion interessierten den Staat nur insoweit, als sie die Pflichten und die moralische Einstellung der Gemeinschaft gegenüber stärkten und die sentiments de sociabilité förderten, weshalb die Dogmen von geringer Zahl und einfach sein sollten (Gott, Freiheit, Unsterblichkeit der Seele); alle Religionen seien zu tolerieren, solange ihre Dogmen nicht die Pflichten des Bürgers bekämpften. Wie *P. Koslowski* (*Gesellschaft und Staat*, Stuttgart 1982) ausführte, näherte sich Rousseau dem religiösen Minimalismus und Deismus des libe-

ralen Staates, wobei Religion nicht mehr durch Wahrheit, sondern durch ihre Funktionalität und gesellschaftlichen Nutzen definiert wird (S.160); bei ihm „verdünnen sich die Inhalte der Religion, weil sich die Gesellschaft nicht mehr als religiös-politische, sondern bereits als ökonomisch-moralische begreift“ (S.161). – Zur Unterscheidung von Zivilreligion, wie etwa in den USA, wo politische Reden und öffentlich-repräsentative Handlungen einen deutlichen Bezug auf Gott haben (dazu zuerst *R. N. Bellah*, Civil Religion in Amerika, 1967, S.1-21) und Religion des Bürgers s. *H. Kleger* und *A. Müller*, Religion des Bürgers. Zivilreligion in Amerika und Europa, München 1986, bes. S.13; dazu auch *St. Smid*, Pluralismus und Zivilreligion, in: Der Staat 24 (1985), S.3-30.

277 Vgl. *G. Schmidtschen*, Was den Deutschen heilig ist. Religiöse und politische Strömungen in der Bundesrepublik Deutschland, München 1979, bes. S.67ff.

278 Daß nicht nur die in den Amtskirchen institutionalisierte, sondern auch die privatisierte oder gar nonkonformistische Religiosität des einzelnen Bürgers in der modernen Gesellschaft integrierend wirkt, zeigte *Fr. Fürstenberg*, Soziale Integrationsformen moderner Religiosität, in: Schweizerische Zeitschrift für Soziologie 3 (1983), S.495-508.

279 *Schmidtschen*, a.a.O.(277), bes. S.80, 190f., 193; ders., Triumphe der Aufklärung und Katastrophen der Seele, S.144, in: Kirche und Gesellschaft, Stuttgart 1989, 143-151.

280 Schon *J. Matthes* (Religionszugehörigkeit und Gesellschaftspolitik. Über Konfessionalisierungstendenzen in der Bundesrepublik Deutschland, in: Internationales Jahrbuch für Religionssoziologie 1 (1965), S.43-68) vermutete, daß die „neutrale“ Bevölkerungsgruppe, die nominell einer der Amtskirchen zugehört, nicht (mehr) bereit sei, sich den Kirchlichkeitskriterien unterzuordnen, die ihnen von den Kirchen angesonnen werden (S.66).

281 Zur spezifischen Funktion der Religion in der modernen Gesellschaft, letzte grundlegende Reduktionen bereitzustellen, „die die Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit des Welthorizonts in Bestimmtheit oder doch Bestimmbarkeit“ überführen, s. *N. Luhmann*, Religion als System. Religiöse Dogmatik und gesellschaftliche Evolution, S.11f., in: *K. W. Dahm, N. Luhmann, D. Strodt*, Religion, System und Sozialisation, Darmstadt-Neuwied 1972, S.11-132. Vgl. dazu auch *G. Dux*, Zum historischen Stand der Religion, bes. S.108 und 127f., in: Religion als Aufklärung, Göttingen 1980, S.107-129, der zeigte, daß die Religion zwar für die individuelle Befindlichkeit unverzichtbar, daß sie aber hinsichtlich einer Erklärung der Strukturen der Welt funktionslos geworden sei.

282 Vgl. dazu die Ausführungen von *Kleger/Müller* in: Religion des Bürgers a.a.O.(276), S.246, 251f; auch *W. Oelmüller* (in: Wahrheitsansprüche der Religionen heute, Paderborn 1986, S.93-107), der darauf hinweist, daß die Menschen entweder die Wahrheitsansprüche ihrer Religion den Kriterien der Modernität anpassen (sie z. B. „entmythologisieren“, wie es in der modernen christlichen Theologie geschehen ist) oder daß sie die Modernität radikal ablehnen (z. B. christliche Fundamentalisten in den USA) (S.96f.). Im islamischen Bereich weigern sich die „ulama“, wissenschaftliche Methoden der Textkritik auf die heiligen Texte anzuwenden. Modernität begründen sie nur insoweit, als technische Errungenschaften übernehmbar werden; damit verbundene Veränderungen der Denkweise werden aber abgelehnt.

283 „Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen...“. Auch in den Verfassungen von Nordrhein-Westfalen (1950), Baden-Württemberg (1953) und Rheinland-Pfalz (1947) wird auf Gott Bezug genommen.

284 Wie es *E. L. Behrendt* (Gott im Grundgesetz. Der vergessene Grundwert „Verantwortung vor Gott“, München 1980) tut, wenn sie vertritt (S.286), die „Wertgrundlage des christlichen Gottes“ sei von der Präambel her auf das gesamte Verfassungswerk zu übermitteln, oder wenn sie gar schreibt (S.159), „der christliche Gott ist der integrierende Pol unseres pluralistisch verfaßten Staates“; ihre Thesen verkündete sie erneut in: Rechtsstaat und Christenbekenntnis. Gott im Grundgesetz, bes. S.183-185, in: Rechtsstaat und Christentum, München 1982, I, S.163-186. In diese Richtung gehend auch *P. Saladin*, Verantwortung als Staatsprinzip, Bern-Stuttgart 1984, S.199; indem er (so auch in: Grund-

rechte im Wandel, Bern 1982) versucht, die Grundrechte zu begründen, gelangt er zu der Aussage, daß der Mensch wegen seiner verderbten Natur (Erbsünde!) Gott oder den Menschen gegenüber keinerlei Grundrechte geltend machen könne, vielmehr habe er allein durch die Erlösungstat Christi erst die göttliche Menschenwürde erhalten (vgl. S.434 und 453), von der aus alle anderen Grundrechte ausgehen. Dies ist eine einseitige Festlegung auf eine bestimmte Religion, wohingegen das BVerfGE 19, S.206 (216) feststellte: Das Grundgesetz verwehrt die Einführung staatskirchlicher Rechtsformen und untersagt auch die Privilegierung bestimmter Bekenntnisse! *Behrendt's* Auffassung nähert sich der islamischen Sichtweise, die von einer Neutralität des Staates in Religionsdingen nichts wissen will und eine Trennung von Staat und Religion nicht anerkennt. Welche Folgen der von *Behrendt* postulierte Leitwert der christlichen Botschaft, den sie für das gesamte Verfassungssystem einfordert, haben kann, zeigt sie selbst im Zusammenhang mit den Atheisten: Im erzieherischen Bereich seien „atheistisch verfaßte Schulen sowie atheistisch unterrichtende Lehrer nicht verfassungsgemäß“ (Gott im Grundgesetz, S.292). In weiten Teilen, insbesondere in ihren Leitsätzen S.279–303, liest sich ihre Arbeit, ersetzt man christlich durch islamisch, wie ein oeuvre muslimischer Fundamentalisten! – Noch Jahrzehntelang war es den deutschen Staatsrechtler schwer gefallen, sich mit der durch die Verfassung auferlegten Trennung von Staat und Religion abzufinden; vgl. dazu den fulminanten Beitrag von *E. Fischer*, Trennung von Staat und Kirche, in: Club Voltaire. Jahrbuch für kritische Aufklärung, München 4 (1970), S.230–249; ders.: Trennung von Staat und Kirche, a.a.O.(26), S.46. Erst die eindeutigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts haben hier Klarheit geschaffen.

285 P. Häberle, „Gott im Verfassungsstaat?, 7 und 11, in: FS für W. Zeidler, 1987, S.3–17.

286 So Häberle, 10.BVerfGE 52, S.223 (237): „Die Bejahung des Christentums in den profanen Fächern bezieht sich in erster Linie auf die Anerkennung des prägenden Kultur- und Bildungsfaktors, wie er sich in der abendländischen Geschichte herausgebildet hat, nicht auf die Glaubenswahrheit und ist damit auch gegenüber dem Nichtchristen durch das Fortwirken geschichtlicher Gegebenheiten legitimiert. Zu diesem Faktor gehört nicht zuletzt der Gedanke der Toleranz für Andersdenkende.“

287 Häberle, Gott, a.a.O.(285), S.16, Daß die Anrufung Gottes in der Präambel in einem Spannungsverhältnis steht zum Grundrecht der Religionsfreiheit und deshalb begrenzend zu interpretieren ist, stellte Häberle schon früher fest (Präambeln in Text und Kontext von Verfassungen, S.242, in: Demokratie in Anfechtung und Bewährung. FS für J. Broermann, Berlin 1981, S.145–171); vgl. dazu auch Fischer, a.a.O.(26), S.45f.

Über diese Probleme vgl. auch die heutige griechische verfassungsrechtliche Diskussion. Nach orthodoxer theologischer Auffassung ist der Staat gottgewolltes Mittel gegen die Sünde, hat er die Religion als Fundament. Das Verhältnis zwischen Staat und Kirche wird als das der „Zusammenarbeit“ (Synallalie) bezeichnet, doch ist unklar, ob beide gleichgestellt sind, oder ob die Kirche dem Staat untergeordnet ist (dazu A. M. Wittig, Die orthodoxe Kirche in Griechenland. Ihre Beziehung zum Staat gemäß der Theorie und der Entwicklung von 1821–1977, Würzburg 1987, bes. S.66 und 113ff.).

1975 war eine Trennung von Staat und Kirche in der Verfassung nicht durchsetzbar, doch vertritt A. M. Pantélis, Les grands problèmes de la nouvelle constitution hellénique, Paris 1979, S.189, daß Ansätze dazu vorhanden seien (z. B. ist nicht mehr gefordert, daß der Staatspräsident orthodoxer Religion sein müsse).

Art 3 der Verfassung weist der orthodoxen orientalischen Kirche eine führende Stellung zu, sie ist „die herrschende Religion“. Auch ist sie geschützt gegen den „Proselytismus“ (Art.13 Abs.2), worunter ein solcher mit unlauteren Mitteln zu verstehen ist. Andererseits ist „jede bekannte Religion frei“ und ist die Ausübung ihres Kultes erlaubt (ebenfalls Art.13 Abs.2), solange dies nicht gegen den ordre public und die guten Sitten verstößt (dazu auch P. Rodopoulos, Church and State in Greece according to the Constitution of the Greek Repu-

blic (1975), in: Ex aequo et bono. W. M. Plöchl zum 70. Geb., Innsbruck 1977, S.559–565.

288 So *H. Lübbe* erstmals in: Staat und Zivilreligion. Ein Aspekt politischer Legitimität, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 15 (1981), 40–46.

289 So *H. Lübbe*, Historizismus oder die Erfahrung der Kontingenz religiöser Kultur, 77, in: Wahrheitsanspruch der Religionen heute, Paderborn 1986, S.65–83.

290 Vgl. dazu *H. Lübbe*, Religion nach der Aufklärung a.a.O.(272), S.206.

291 *Lübbe*, a.a.O.(272), S.78; vgl. *U. Scheuner*, Das System der Beziehungen von Staat und Kirchen im Grundgesetz, in: Handbuch des Staatskirchenrechts I, S.53ff. Toleranz ist mehr als Duldung, sie ist die Bewährung eines offenen und auf gegenseitiger Achtung bestehenden Zusammenlebens".

Auf islamischer Seite hat der tunesische Historiker und Philosoph *Mohamed Talbi* – eine seltene Ausnahme! – dies erkannt; für ihn ist Religionsfreiheit nicht mehr eine Sache der Toleranz, sondern ein Recht: eine Lösung sieht er nur darin, daß sich der Staat in religiösen Dingen für neutral und nicht zuständig erklärt (Religionsfreiheit – Menschenrecht oder menschliche Berufung, 28, in: Gewissen und Freiheit 31 (1988), S.21–35). Doch befürchtet auch er, daß dies von den Bürgern der heutigen islamischen Staaten als Verrat an der islamischen Gemeinschaft betrachtet werden wird.

292 Die Friedensschlüsse von 1555 und 1648 brachten nur den weltlich-politischen Frieden, denn der theologische und kirchliche Kampf ging weiter, wobei sich bis ins 20. Jahrhundert hinein der corpus evangelicorum und der corpus catholicorum gegenüber standen. Die Säkularisierung des Rechts hatte letztendlich neben der Friedenssicherung auch die Funktion, die Einheit des Reiches zu retten, wie *Heckel*, Säkularisierung a.a.O.(245), S.151f. und 158 zeigte; zwar ließ das Reich die Frage nach der Wahrheit offen, doch diese war nunmehr dem konträren Selbstverständnis der beiden Konfessionen anvertraut, die sich unversöhnlich gegenüber standen. Erst durch die Verfassungsbewegungen des 19. und 20. Jahrhunderts wurde hier dann eine Veränderung erzwungen.

293 Vgl. dazu *H. Kruse*, Islamische Völkerrechtslehre, Bochum 1979, S.57f. In seinem Beitrag „Human Rights and the Moving Frontier of World Culture“ (in: Philosophical Foundations of Human Rights, Paris (UNESCO) 1986, S.243–265) verwies *Ali Mazrui* darauf, daß heute der streng monotheistische Islam mit seiner Aufteilung der Welt in das „Gebiet des Islams“ dár al-islâm und das „Gebiet des Krieges“ dár al-ḥarb mehr als das Christentum dazu beitrage, Gott wieder in die internationalen Beziehungen einzubringen und zu einer „heiligen Weltordnung“ zurückzukehren (S.247, 262).

294 Vgl. die Organismustheorie Leo's XIII, die, von der staatlichen Ganzheit ausgehend, ein Eigenrecht des Individuums gegenüber dem Staat und umgekehrt die rechtliche Absonderung des Staats als juristischer Person gegenüber den natürlichen Personen, den Bürgern, nicht zuließ und somit eine Unterscheidung von Staat und Gesellschaft nicht kannte, so daß der Integrität der Gemeinschaft hohe Bedeutung zukam (vgl. dazu *Isensee*, a.a.O.(74), S.329 mit weiterführender Literatur).

295 Auch heute spielt in der islamischen „Pädagogik“ der „vollkommene Mensch“ eine wichtige Rolle; er sei nicht behaftet von der krankhaften westlichen Spaltung in Geist und Körper, vielmehr bilde er eine Einheit. Aus der Fülle der Literatur sei genannt *Syed Muhammad Naquib al-Attas*, Islam, Secularism and the Philosophy of the Future, London–New York 1985, S.199ff.; Islamiierung bedeute heute Befreiung des Menschen von der säkularen Kontrolle über seinen Geist und seine Sprache (S.206)!

296 Die Regierungszeit der Kalifen Abû Bakr (632–634), <sup>c</sup>Umar (634–644), <sup>c</sup>Utmân (644–656) und <sup>c</sup>Ali (656–661), die von den Muslimen heute als beispielhaft verklärt wird, war auch die Periode der arabisch-islamischen Expansion (dazu der Beitrag von *A. Noth*, Früher Islam, in: *U. Haarmann*, Geschichte der arabischen Welt, München 1987, S.100).

297 Es liegt hier auf Seiten der Muslime ein „ideologischer Denkstil“ vor,

der im Streben nach umfassender sinnhafter Deutung des historischen Geschehens in einen Alternativ-Radikalismus mündet, der nur negative oder positive Wertakzente setzen kann (zu diesem Denkstil *H. Albert*, Politische Theologie im Gewande der Wissenschaft, bes. S.22ff., in: Club Voltaire 4 (1970), S.17–27). Im vorliegenden Fall wird der gegenwärtige Zustand der islamischen Gesellschaft als von Grund auf schlecht und verdammenswürdig dargestellt, was ihre Zerstörung rechtfertigt.

298 <sup>c</sup>Auda, a.a.O.(15), I, S.537.

299 Vgl. aus dem Jahr 1982 *Hıdrı*, Nızâm, a.a.O.(90), S.246: Wenn die šarī'a die Tötung des Apostaten auferlegt, so ist das ein Recht, das vollzogen werden muß, und der Täter (der dieses Recht vollstreckt), darf nicht zur Verantwortung gezogen werden.

300 Vgl. *Forstner* a.a.O.(10), S.415. – Die Islamisierung Ägyptens müsse vorangetrieben, die Kommunisten und Säkularisten, die die Religion vernichten wollten, müßten abgewehrt werden. Der muslimische Staat (daula muslima) mit der vollkommenen Gesellschaft (muqtama<sup>c</sup> muslim kāmil) sei das Ziel.

301 Vgl. die Ausführungen bei *Sāmarrā'i*, a.a.O.(85), S.164 und 177.

302 *P. Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art.19 Abs.2 GG, 3. Aufl., Freiburg 1983, S.401; dazu auch seine Ausführungen in: Das Menschenbild im Verfassungsstaat, Berlin 1988, bes. 12; hilfreich seine Metapher einer offenen Bilder-Trias „Mensch – Welt – Gott“ (S.66), die das Individuum je nach eigenen Orientierungswerten ausgestalten kann.

303 Dazu grundlegend *P. Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, Berlin 1982, bes. 9, S.20–22.

304 Wenn *Häberle*, Menschenbild a.a.O.(302), S.64, feststellt, daß „das Bild, das der Mensch sich von sich selbst macht, in der geltenden Rechtsordnung nur begrenzt eingefangen“ sei und daß die Wirklichkeit und die Möglichkeiten der Menschen zu vielfältig seien, als daß sie von Juristen „definiert“ werden könnten, man vielmehr Sittlichkeit, Brauchtum und Sitte als komplementäre Ordnungen heranziehen müsse, so sieht das die islamische Seite anders, da sie meint, die Scharia erfasse den ganzen Menschen idealiter.

305 Verfassungen wie die Algeriens, Tunesiens oder Ägyptens enthalten ja, wie ausgeführt a.a.O.(2), Freiheitsrechte, die eine freiheitliche Ordnung ermöglichen könnten, aber die muslimischen Staatsbürger sind von ihrer Einstellung, ihrer Erziehung und Sozialisation und von ihren Orientierungswerten her gar nicht in der Lage, diese zu gebrauchen oder zu schätzen. Es gilt hier, was *H. Albert* (Traktat über rationale Praxis, Tübingen 1978, S.178) geschrieben hat: „Wenn eine freiheitliche Sozialordnung von den meisten heute, die ihr unterworfen sind, nicht faktisch anerkannt wird, weil sie die Freiheitsidee nicht akzeptieren oder weil sie andere Wertgesichtspunkte für wichtiger halten“ – (islamische Einheitlichkeit etwa!) – „dann ist diese Ordnung gefährdet auch dann, wenn einige daran festhalten“.

306 Über kulturellen Trägerpluralismus s. *P. Häberle*, Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsstaat, bes. 47, in: ders. (Hrsg.): Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, Darmstadt 1982, S.1–159.

307 Welche Bedeutung diesen für die Beförderung der Akzeptanz der Verfassungswerte durch die Bürger zukommt, zeigte *P. Häberle*, Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat, Freiburg–München 1981: In einem Erziehungssystem, das jedem Pluralismus feindlich gegenüber steht, oder das religiös oder weltanschaulich einseitig festgelegt ist, erhalten Grundwerte wie Menschenwürde, Toleranz und Glaubensfreiheit andere Inhalte!

308 Im freiheitlichen Verfassungsstaat ist entscheidend, daß dem Bürger die „Wertwahl“ bleibt, wie *Schlach*, Neutralität a.a.O.(145), S.264, darlegte; die Art der Begründung dieser Werte – etwa religiös –, die Werthöhe oder die Ranghöhe zwischen den verschiedenen Werten, ist ihm überlassen. Mit Recht unterstreicht *Schlach*, daß es nicht die Existenz von unterschiedlichen Werten ist, die der Freiheit und der Neutralität des Staates gefährlich sind, sondern es ist dies vielmehr die durch eine Religionsgemeinschaft allgemein verbindlich gemachte Werthierarchie. –

In diesem Zusammenhang ist auch der Streit darum zu nennen, ob das Bil-

dungsziel Ehrfurcht vor Gott, wie es die Bayerische Verfassung in Art.131 II proklamiert, verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sei, wie es der BayVerfGH (2.5.1988) getan hat, oder nicht (vgl. zu letzterer Haltung die überzeugende Argumentation von L. Renck, Religionsfreiheit und das Bildungsziel der Ehrfurcht vor Gott, in: Neue Juristische Wochenschrift 1989, S.2442-2445).

309 Zwar ist an Ägyptens öffentlichen Schulen der Religionsunterricht für islamische und christliche Schüler getrennt, doch ist der Islam in den Fächern arabische Sprache, Geschichte, Geographie und Gemeinschaftskunde immer Bezugspunkt, so daß der christliche Schüler, wenn er das Klassenziel erreichen will, stets islamische Stoffe verinnerlicht (dazu P. Antes, Die Darstellung des Christentums in ägyptischen Schulbüchern von 1981/82, bes. S.3, in: Zeitschrift für Missionswissenschaft und Religionswissenschaft 67 (1983), S.1-18).

310 Im Rahmen eines kulturellen Trägerpluralismus muß es folglich auch einen Pluralismus der Leitbilder geben, so daß der einzelne die Möglichkeit hat, die Ausübung seiner Grundrechte entsprechend seinen eigenen Orientierungspräferenzen auszuüben. Das geht aber nur, wie Häberle (Wesensgehaltsgarantie a.a.O.(302), S.404) gezeigt hat, wenn die Institutionen und Persönlichkeiten, die die für Freiheit unverzichtbaren Orientierungsleistungen erbringen, zueinander in Konkurrenz stehen. Durch diese Freiheit können und sollen immer wieder neue Leitbilder entstehen – aber nicht die Leitbilder als solche sind garantiert, sondern die Freiheit, daß sie entstehen. – Das islamische System dagegen will die Leitbilder festlegen.

311 So N. Luhmann, Zweckbegriff und Systemrationalität, 2. Aufl., Frankfurt 1977, S.20.

312 So gehören zu den zentralen Glaubensartikeln der Glauben an die Einheit Gottes, an die Engel, die Propheten, die heiligen Bücher und das Jüngste Gericht. Aus ihnen wird eine geschlossene Glaubenslehre entwickelt, die auch die Grenzlinie zwischen Glauben und Unglauben festlegt (vgl. dazu El Baradie a.a.O.(80), S.27ff. mit den Nachweisen aus der klassischen islamischen Literatur; außerdem H. Stiegler, Die Glaubenslehren des Islam, Paderborn 1962).

313 Vgl. zu Gotteslästerung oben a.a.O.(222).

314 Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl., Gießen 1832, S.197; „Daß die Gottheit injuriert werde, ist unmöglich; daß sie wegen Ehrenbeleidigungen sich an Menschen räche, undenkbar; daß sie durch Strafe ihrer Beleidiger versöhnt werden müsse, Thorheit.“

315 H. Albert, Traktat über kritische Vernunft, 4. Aufl., Tübingen 1980, S.93, bezeichnet dies als eine soziomorphe Kosmologie, also als eine Welterklärung, die gleichzeitig dafür sorgt, daß die sozialen Verhältnisse so, wie sie sind, bewahrt bleiben; vgl. auch ders., Traktat über rationale Praxis, Tübingen 1978, S.93, 177.

316 Die „ulamā“ betonen, daß im Bereich der ūrūf<sup>a</sup> und insbesondere der selbständigen Rechtsfortbildung (iqtihād) nur die offiziell an den islamischen Hochschulen ausgebildeten Rechtsgelehrten (fuqahā') zuständig seien, denn Voraussetzung seien die Beherrschung des Korans, der Sunna und der islamischen Wissenschaften. Demgegenüber vertreten die muslimischen Fundamentalisten, unter Beachtung von Koran und Sunna könne dies jeder Muslim!

317 Es ist Aufgabe des islamischen Staates, daß nichts, was gegen die Religion gerichtet ist, eindringt und verbreitet wird (Dumaiğī, a.a.O.(234), S.85f.); der muslimische Bürger ist nicht nur militärisch, sondern auch „kulturell“ zu sichern (S.87).

318 Im Islam wie in allen organisierten Religionen (vgl. dazu Albert, Vernunft a.a.O.(315), S.97 und 99, ders.: Plädoyer für kritischen Rationalismus, München 1971, S.23) hat die Dogmatisierung Abschirmungsfunktion, dienen offizielle Orthodoxien der Ausschaltung von Häretikern und Apostaten.

319 In einer sich dauernd wandelnden Gesellschaft muß auch ihr jeweiliger Konsens, sofern er überhaupt angestrebt wird, dynamisch sein und sich weiterentwickeln (dazu K. Kremendahl, Pluralismustheorie in Deutschland, Leverkusen 1977, S.456ff.).

320 So unterstrichen von P. Häberle, Verfassungstheorie ohne Naturrecht

(1974) mit Nachtrag (1978), S.109, in ders.: Verfassung als öffentlicher Prozeß, Berlin 1978, S.93–120.

321 Dies muß ertragen werden, wie U. Matz (Zur Dialektik von totalitärer Ideologie und pluralistischer Gesellschaft, S.564, in: Demokratie und Diktatur. Festschrift für K. D. Bracher, Düsseldorf 1987, S.554–566) ausführt. Der Gefahr, daß die pluralistische Offenheit zur geistigen Leere wird oder daß fundamentalistische Gruppierungen die Freiheit für ihre Ziele ausnutzen, kann aber begegnet werden, indem die Religionen und Weltanschauungen deutlich und konkurrierend hervortreten. Die Kirchen, oder die Religionen überhaupt, können sich im Pluralismus dann behaupten, wenn sie ihren Transzendenzbezug betonen und so die religiösen Bedürfnisse des Menschen befriedigen.

322 J. Isensee, (Die Säkularisierung der Kirche als Gefährdung der Säkularität des Staats, in: G. W. Hunold und W. Korff, Die Welt für morgen, München 1986, S.164–178) hat es überspitzt, aber treffend formuliert: „Der Staat ohne Transzendenz lebt vom Transzendenzglauben seiner Bürger.“ Die Religion absorbiert das Grundbedürfnis des Menschen, das der Staat nicht erfüllen kann (S.175).

323 Denn wird der Intoleranz der Rechtsanspruch zugestanden, toleriert zu werden, dann zerstört man die Toleranz und den Rechtsstaat (K. Popper, Duldungskultur und intellektuelle Verantwortlichkeit, S.105 und 107, in: Offene Gesellschaft – offenes Universum. Franz Kreuzer im Gespräch mit Karl R. Popper, Wien 1982, S.103–116; vgl. auch P. Häberle, Verfassungstheorie ohne Naturrecht, S.116, in: ders.: Verfassung als öffentlicher Prozeß a.a.O.(251)).

324 So K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl., Heidelberg 1988, S.62 Rndnr. 159.

325 Derartige Versuche politischer Einflußnahme gab und gibt es immer, so auch in der Bundesrepublik; den Vertretern und Wortführern der Religionsgemeinschaften soll ja die Beteiligung am politischen Geschehen nicht beschnitten werden, doch ist dann die Forderung K. Hesse's, a.a.O.(324), S.184, Rndnr. 474, zu beachten: begeben sich die Kirchen in den weltlich-politischen Bereich, „so gelten auch für sie die allgemeinen Regeln. Ihre Stellung ist insoweit prinzipiell die gleiche wie die aller sonstigen Gruppen, die versuchen, auf den politischen Prozeß einzuwirken; sie können keine weitergehenden Freiheiten beanspruchen, sie unterliegen den gleichen Bedingungen, aber sie haben auch die gleichen Rechte“. Nach Hesse, (Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen, in: Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht 11 (1965), S.338–362) gibt es keine „Partnerschaft“ zwischen Staat und Kirche (im Sinne eines Zusammenwirkens von Thron und Altar wie im 19. Jahrhundert) (S.361), vielmehr sei das Verhältnis zwischen ihnen prinzipiell nicht anders wie bei jeder politisch tätigen Gruppierung, denn die Wahrnehmung christlicher Verantwortung durch den Bürger sei nicht weniger legitim als die Verfolgung jedes anderen Interesses (S.359).

326 Obwohl die Muslime immer wieder betonen, daß es im Islam kein Priesteramt und folglich auch keinen Klerus (*rīgāl ad-dīn*) wie im Christentum gebe, verkörpern die Gelehrten (*‘ulamā’*) doch eine solche Gruppe, die die Auslegung des Korans und die Interpretation der rechtlichen Vorschriften monopolisiert (dazu N. R. Keddie (Hrsg.), Scholars, Saints and Sufis, Berkeley 1972, mit Beispielen aus den islamischen Staaten; dazu auch R. J. Vatikiotis, Islam and the State, London 1987, S.77).

327 Wie die christlichen Theologen (dazu H. Albert, Theologische Holzwege, Tübingen 1983, S.50) sind es die *‘ulamā’* gewohnt, ihrem Glauben das Erkenntnisprivileg einzuräumen.

328 Chr. v. Krockow, Gewalt für den Frieden?, München 1983, S.10. – Auch K. Popper warnte des öfteren (so in: Das Elend des Historizismus, 5. Aufl., Tübingen 1979, S.63) vor den Holisten, die im Namen der Ganzheitlichkeit die Gesellschaft „als Ganzes“ unter Kontrolle bringen wollen.

329 Wilhelm Hahn, Christliche Weltrevolution (in: Rupert Hofmann, Gottesreich und Revolution, Münster 1987, S.127–141) führte dies am Beispiel der sich auf moralisch einzig geltenden Ziele der Terroristen aus, die für sich ein Widerstandsrecht proklamieren (S.140).

330 Dieser kennzeichnet die totalitäre Rhetorik, wie *H. Lübbe*, Politischer Moralismus. Der Triumph der Gesinnung über die Urteilskraft, Berlin 1987 (S.26, 120) darlegte; statt Argumente gegen die politischen Gegner vorzubringen, wird dessen moralische Integrität bezweifelt.

331 Die muslimischen Fundamentalisten rufen dadurch, daß sie immer wieder bezeugen, sie seien bereit, das Joch der *Šarića* uneingeschränkt auf sich zu nehmen, Schuldgefühle bei den lauen und verweltlichten Glaubensgenossen hervor. - Verf. gestattet sich, darauf hinzuweisen, daß auch im Abendland derartige Schuldgefühle durch den Vorwurf des Nihilismus erzeugt werden. Nicht zuletzt unter dem Schlagwort „Werteverlust“ malen Gegner der Aufklärung und des Liberalismus, der offenen Gesellschaft überhaupt, ein Zerrbild der Verfaßtheit und Befindlichkeit unserer Gesellschaft, die wegen ihres Materialismus und ihrer Gottlosigkeit zum Untergang verurteilt sei.

332 Vgl. dazu die Ausführungen von *Isensee*, Säkularisierung a.a.O.(322), S.167f. - Da es in der pluralistischen Gesellschaft nun einmal keinen kleinsten gemeinsamen weltanschaulichen Nenner gibt, muß man sich zur Rechtfertigung des Staates und der Regierungsgewalt mit dem pluralistischen Gemeinwohl als ausreichender Sicherung von Frieden und Gerechtigkeit begnügen, wobei, wie *H. F. Köck*, (Die Rolle der Demokratie in einer pluralistischen Gesellschaft, bes. S.148ff., 158, in: Demokratie in Anfechtung und Bewährung, Festchrift für *J. Broermann*, Berlin 1981, S.145-171) zeigte, das demokratische System mit seinen Grund- und Freiheitsrechten und den Verfahrenssicherungen für die politische Gestaltung unterschiedlicher Meinungen sehr geeignet ist.

333 Der muslimische Philosoph *al-Attas*, a.a.O.(295), S.128-132, hat dieses Charakteristikum sehr wohl erfaßt - und lehnt es ab, indem er feststellt, die westliche Zivilisation habe einen offenbarungsunabhängigen Wahrheitsbegriff entwickelt, mit der Folge, daß bezüglich der letzten Werte Unsicherheit und dauernder Wandel herrsche. Da man die Religion nicht heranziehe, würden absolute Werte geleugnet; da man sich auf die menschliche Vernunft verlässe, könne der Mensch niemals zur „wahren Wahrheit“ gelangen - dies könnte er nur mit Hilfe des Islams.

334 *Isensee*, a.a.O.(322), S.175.

335 *Th. Luckmann*, Über die Funktion der Religion, S.35 und 37f., 39, in: *P. Koslowski*, Die religiöse Dimension der Gesellschaft, Tübingen 1985, S.26-42.

336 So *Isensee*, a.a.O.(322), S.177.

337 Der Journalist *Gregor M. Manousakis*, (Der Islam - eine totalitäre Gefahr, in: Totalitarismus, Berlin 1988, S.224-234) machte auf die dem Islam innerwohnenden totalitären Tendenzen aufmerksam und bedauerte, daß dies in der Bundesrepublik und in den Dialog pflegenden Kreisen der Kirchen zu wenig ernst genommen wird.

338 Auch in der Bundesrepublik werden mitunter Forderungen, die Privatisierung der Religion wieder rückgängig zu machen, vorgebracht, wobei die Trennung von Staat und christlichen Konfessionen und der Dualismus von Religion und Politik bedauert werden. *W. Pannenberg*, (Politische Sachfragen und christliche Ethik, in: Rechtsstaat und Christentum, München 1982, Bd. I, S.1-17), der zwar für die vergangenen Jahrhunderte zur Vermeidung von Religionskriegen die Trennung von Staat und Kirche als notwendig betrachtet, meint, heute darauf verzichten zu können. Um der Einheit der geistigen Basis der Gesellschaft willen (S.15) müsse die Trennung rückgängig gemacht werden. Daß sich dabei das Christentum (oder ihre Hierarchien?) ändern müßten, setzt er voraus: „Das ist aber nur möglich, wenn das Christentum selbst aus den autoritären Lebens- und Denkformen herauswächst, die ihm in seinen konfessionellen Ausprägungen noch anhaften“ (S.17). Vgl. auch *Franz Alt*, (Frieden ist möglich. Die Politik der Bergpredigt, München 1983, S.9), der gerade in der Trennung von Religion und Politik das folgenschwerste Schisma des Christentums sieht. Allein von christlicher Politik verspricht er sich einen Frieden.

Daß selbst in der Bundesrepublik in der Praxis oft nicht von einer Trennung von Politik und Religion gesprochen werden kann, liegt zum einen darin begründet, daß die Politiker selbst einer Religion anhängen, zum anderen, daß die Kirchen von ihrem Recht der politischen Kundgabe in einer Weise Gebrauch

machen, die mitunter bis zur Bevormundung in der Rechtspolitik geht; dazu die Beispiele bei *Erwin Fischer*, Trennung von Staat und Kirche. Die Gefährdung der Religionsfreiheit in der Bundesrepublik, 2. Auflage, Frankfurt 1971, bes. S.305–340. Vgl. auch *Christoph Müller*, Religionskritische Anmerkungen, in: Rechtsstaat und Christentum, München 1982, I, S.443–483, der vertritt, die Kirchen wollten noch immer indirekte Macht ausüben, indem sie ihre „religiösen Zielsetzungen als universelle Werte und als Konsensbasis der Verfassungsordnung selbst oder doch zumindest der ‚staatstragenden Schichten‘ hinstellen“ (S.467), insbesondere die katholische Kirche beansprucht „in dem Bereich, den sie als Naturrecht bezeichnet, nach wie vor, mit Verbindlichkeit für alle Menschen zu sprechen“ (S.469). – Genau diesen Anspruch erheben die muslimischen „ulamā“, wenn sie die šari‘a als für alle Menschen geltend bezeichnen.

339 Daß ein solcher Staat wegen seines Transzendenzbezugs dauernd angegriffen wird von Gläubigen, die noch „frommer“ zu sein behaupten und die deshalb einen noch „islamischeren“ Staat fordern, zeigt sich z.B. in Ägypten (dazu *Forstner* a.a.O.(10), S.394).

340 *K. Popper*, (Auf der Suche nach der besseren Welt, München-Zürich 1984), S.238) verwies darauf, daß es gerade die Stärke der westlichen Welt ausmache, nicht nur einen Glauben oder eine Religion zu haben, sondern viele. Das Gegenteil wäre die Unterwerfung unter die totalitäre Idee.

341 *O. Marquard*, (Aufgeklärter Polytheismus – auch eine politische Theologie?, in: *J. Taubes*, (Hrsg.): Der Fürst dieser Welt. Carl Schmitt und die Folgen, München 1983, S.77–84) faßt die Neutralisierung der Theologie geradezu als Selbstschutz gegen die eschatologische Weltvernichtung durch die Religion auf (bes. S.81f.). Mit Bezug auf den Islam ist der Hinweis, daß der Monotheismus den Totalitarismus begünstige, während die vorangegangene Periode des Polytheismus mit einem Pluralismus von Göttern eine Gewaltenteilung denkbar machte (ein Gedanke, den auch *Koslowski*, Gesellschaft a.a.O.(276), S.93, 101f., 162f. verfolgte) wichtig, denn die Geschichte zeigt, daß die unter Verweis auf die Einheit Gottes geforderte Einheit der Gemeinschaft totalitäre Strukturen förderte.

342 *M. Kriele*, Die Menschenrechte zwischen Ost und West, Köln 1977, S.23.

343 Dazu *Stern* a.a.O.(186), II/1, S.219, insbesondere auch *L. Kühnhardt*, Menschenrechte, politisches Denken und politische Systeme, in: Europäische Grundrechte Zeitschrift 1986, S.665–669.

344 Sehr häufig wird argumentiert, die Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen lege eine westliche Sozialordnung zugrunde, die zu sehr auf das Individuum abstelle, weshalb sie für nichtwestliche Kulturen unbrauchbar und inakzeptabel sei (vgl. etwa als Beispiel *S. Prakash Sinha*, Human Rights: A Non-Western Viewpoint, S.89f., in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1981, S.76–91). Dies ist ein Standpunkt, wie ihn die Theorie des kulturellen Relativismus vertritt (dazu *A. Polis* und *P. Schwab*, Human Rights. Cultural and Ideological Perspectives, New York 1980, bes. S.13 und 15; dazu auch *J. Donelly*, Cultural Relativism and Universal Human Rights, in: Human Rights Quarterly (1984), S.400–419, und vor allem die wichtige Studie von *L. Kühnhardt*, Die Universalität der Menschenrechte, Bonn 1987, S.285f., mit Darlegung des universalen Anspruchs S.290, 294). Die Vertreter des Relativismus meinen, in der Dritten Welt müsse der „westliche“ Menschenrechtsbegriff als zu individualistisch abgelehnt werden, da vom westlichen Kulturchauvinismus geprägt. Diese Theorie führt aber in eine Sackgasse insoweit, als die Menschenrechte dann ihre Universalität verlieren. Gerade angesichts divergierender ideologischer und kultureller Traditionenbestände, wie *Kühnhardt* S.669 ausführte, muß an einem Prioritätenkatalog der Menschenrechte, einschließlich der Religionsfreiheit, festgehalten werden, um so den Freiheitsraum des Bürgers auch in einem Staat, der islamisch geprägt ist, zu sichern. Vgl. auch *J. Donelly*, Human Rights and Human Dignity: an Analytical Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights, in: The American Political Science Review 76 (1982), S.303–316, der ausführte, der Umstand, daß in Staaten der Dritten Welt die Menschenrechte nicht beachtet würden, bedeute noch nicht, daß sie dort irrelevant seien (S.313), vielmehr gebrauche man oft nur den Vorwand, die Menschenrechte

seien in den betreffenden Kulturen nicht relevant, um politische Unterdrückungsmaßnahmen durchzusetzen.

345 Vgl. U. Steinbach, Die Menschenrechte im Verständnis des Islam, bes. S.50, in: Verfassung und Recht in Übersee 8 (1975), S.47-59.

346 Über die Probleme der Weltgesellschaft, deren Kennzeichen die Verschränkung sozialer Systeme ist und die durch Wissenschaft, Technik, Wirtschaft und Medien universal verbunden ist, so daß isolierte normative Strukturen keine Lebenschancen haben, vgl. aus systemtheoretischer Sicht N. Luhmann, Die Weltgesellschaft, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1971, S.1-33.

347 Lübbe, Religion nach der Aufklärung a.a.O.(272), S.42 und 305.

348 K. Larenz, (Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik, München 1979) verleiht der Hoffnung Ausdruck, daß sich ein gemeinsamer Grundbestand an überall akzeptierten Rechtsgrundsätzen herausschälen wird, andernfalls ein „Chaos der Rechtsverständnisse“ eintreten wird (S.32).

349 Es sei hier auf W. Fikentscher, (Synepeik und synepeische Definition von Recht, S.63, 103, 112, in: Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen, Freiburg 1980, S.53-120) verwiesen, der eine „Theorie der Metawerte“ fordert, die in der Lage wäre, eine Brücke zwischen den Wertkonzepten herzustellen. – In seinem jüngsten Werk „Projekt Weltethos“ (München 1990) betonte H.Küng die Notwendigkeit, in einer postkonfessionellen und interreligiösen Welt über den Dialog der großen Religionen einen elementaren Grundkonsens über von allen anerkannte Grundwerten und Grundforderungen herauszuarbeiten.

350 Dazu W. Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. IV (Tübingen 1977), S.406, 466. – Hier kann eine von J.P. Müller (Grundrechte in der Demokratie, in: Europäische Grundrechte Zeitschrift 1983, S.337-344) gemachte Unterscheidung nützlich sein. Demnach gebe es programmatische Normschichten, d.h. solche, die in einer modernen Gesellschaft auftretende Probleme zu behandeln haben und die erst noch weiter auszubauen sind (etwa im Zusammenhang mit Datenschutz und Medien), und justiziable Normschichten der Grundrechte, welche letztere sich in langer Tradition herauskristallisierten und über einen weitgehend gefestigten sachlichen und persönlichen Geltungsbereich verfügen (S.341); sie haben sich zu operativen Normen verdichtet und binden alle Staatsorgane direkt. Dazu gehört als europäischer Mindeststandard grundrechtlichen Schutzes die Freiheit des Glaubens und der Weltanschauung. – In islamischen Staaten dagegen ist diese Unterscheidung, wie wir meinen, noch nicht erreicht, vielmehr werden sowohl programmatische als auch justiziable Normschichten immer unter religiösem Aspekt gesehen und im Rahmen der Scharia behandelt.

351 Mit Recht schreibt Fikentscher, IV, S.681, das Elend des Denkens bestehe in der Zwanghaftigkeit seiner Resultate, und die Erfahrung lehre, daß sich Denkweisen unerbittlich erfüllten. – Nach islamischer Denkweise ist das Verbot und die Bestrafung der Apostasie eben streng logisch abzuleiten aus den in den heiligen Schriften vorgegebenen Prämissen.

352 Lübbe, Religion a.a.O.(272), S.300.

353 So etwa Muhammad Ḥimāra, al-Islām was-sulta ad-diniya, Kairo 1974, S.90; ders.: al-Ḥimāniya wa-nahdatunā, Kairo 1987, S.19ff., 93, 204; Anwar al-Ğundi, Fi muwāğhat al-hamla ʿala l-islām, Kairo 1989, S.69f., 72f.; auch Amid Algar (Professor an der University of California, Department of Eastern Studies) vertritt dies (Zur Frage des Säkularismus in der islamischen Welt, S.136, in: A. Falaturi und W. Strolz, Glauben an den einen Gott, Freiburg-Basel 1975, S.130-156); es bestehe kein Anlaß, den Islam zu reformieren oder die šari'a aufzugeben, seien sie doch niemals „deformiert“ worden (S.148).

354 So wird denn heute der Kampf um die Wiedereinführung der šari'a und die Abschaffung der „importierten positiven Gesetze“ auch als Befreiungskampf der Muslime gegen den „Rechtsimperialismus“ hingestellt (beispielsweise Taufiq aš-Šāwī, Siyādat aš-Šari'a al-islāmiya fi Miṣr, Kairo 1987, S.124).

355 Diese Behauptung wird nicht nur von den Intellektuellen der islamischen Staaten vorgebracht, um christliche Missionen zu verbieten, sondern auch von Muslimen, die im Westen leben (z. B. Algar, a.a.O.(353), S.139).

356 Dazu einführend *H.-H. Schrey* auf S.1ff. des von ihm herausgegebenen Sammelbandes: *Säkularisierung*, Darmstadt 1981 (darin vor allem Beiträge zur Auseinandersetzung der katholischen und evangelischen Theologie mit der Säkularisierung).

357 *P. L. Berger, B. Berger* und *H. Kellner* beschreiben in ihrem Buch: *Das Unbehagen an der Modernität*, New York 1977, S.59ff. diese Pluralisierung der sozialen Lebenswelten.

358 Dazu die Ausführungen von *P. L. Berger*, *Der Zwang zur Häresie. Religion in der pluralistischen Gesellschaft*, Frankfurt 1980, bes. S.15, 30ff.

359 *S. W. Huber* und *H. E. Tödt*, *Menschenrechte. Perspektiven einer menschlichen Welt*, Stuttgart-Berlin 1978, S.158.

360 Vgl. oben a.a.O.(257). – Über den Wandel in der katholischen Kirche von der Ablehnung im 19. Jahrhundert der Menschenrechte, da diese Ausdruck des Säkularismus, des Indifferentismus und des antiklerikalnen Laizismus seien, bis zur Anerkennung und Übernahme, wie sich an Papst Johannes Paul II. zeigt, der sich in seinen Ansprachen häufig auf sie bezieht, s. *Fr. Böckle*, *Grundwerte und Menschenrechte im Christentum*, bes. S.97, in: *Grundwerte und Menschenrechte in verschiedenen Kulturen*, Nettetal 1988, S.95–108; vgl. auch *Peter Krämer*, *Die Idee der Menschenrechte und Grundrechte in der katholischen Tradition*, in: *Österreichisches Archiv für Kirchenrecht* 1989, S.229–239). – Da die Menschenrechtsserklärung der Vereinten Nationen an einem Begründungsdefizit leide, bedürften die Menschenrechte einer theologischen Absicherung; diese erfolge zweistufig: zum einen als Anerkennung der Würde der menschlichen Person eines jeden Menschen, sei er nun gläubig oder ungläubig, dann zum anderen durch die Begründung dieser Würde aus der Sicht der christlichen Schöpfungs- und Erlösungslehre (so *J. Punt*, *Die Idee der Menschenrechte: ihre geschichtliche Entwicklung und ihre Rezeption durch die moderne katholische Sozialverkündigung*, Paderborn 1987, S.226).

361 *G. Lenski* (*Religious Pluralism in Theoretical Perspective*, in: *Internationales Jahrbuch für Religionssoziologie* 1 (1965), S.25–42) definierte den religiösen Pluralismus einer Gesellschaft als Situation, „in der organisierte religiöse Gruppen mit unvereinbaren Glaubenshaltungen gezwungen sind, innerhalb der gleichen globalen Gesellschaft zu existieren“ (S.42).

362 *H.-M. Pawłowski* (*Das Verhältnis von Staat und Kirche im Zusammenhang der pluralistischen Verfassung*, in: *Der Staat* 28 (1989), S.353–375) geht auf das Problem ein, wie in einem pluralistischen und religionsneutralen Staat Recht beschaffen sein muß, um von allen Glaubensrichtungen akzeptiert werden zu können, nämlich als Versuch zum Richtigen (S.355), wobei das Verbindende trotz aller Unterschiede der Wertbegründungen darin besteht, das Recht als das „gemeinsame Richtige“ (nach *H. Ryffel*, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, Neuwied 1969, S.289ff.) zu erkennen. Das setzt den Verzicht auf eine explizite Religiosität des Staates voraus, was eben im islamischen Staat nicht möglich ist.

363 S. oben 4.5.

364 *W. M. Watt* (*Islamic Fundamentalism and Modernity*, London 1988, S.112f.) bemängelt gerade, daß die islamischen Staaten keine Institutionen hätten, die in der Lage seien, die Menschenrechte durchzusetzen und die Verletzungen derselben anzuprangern. – In seinem kritischen Beitrag „*Human Rights in the Arab World: the Islamic Context*“ (in: *Philosophical Foundations of Human Rights*, Paris (UNESCO) 1986, S.227–241) machte *Fouad Zakaria* darauf aufmerksam, daß es nicht genüge, die Menschenrechte mit Hilfe des Islams zu sakralisieren, vielmehr müsse man sie auch in den heutigen islamischen Staaten institutionalisieren, ansonsten sie Theorie blieben. Andererseits, würde man sie vom Islam trennen (sie also rein weltlich begründen), so würden sie erst recht ignoriert werden (s. S.236!).

365 *O. Schumann*, (*Einige Bemerkungen zur Frage der Allgemeinen Menschenrechte im Islam*, in: *Zeitschrift für Evangelische Ethik* 30 (1986), S.155–174) sieht gerade darin, daß die Islamische Menschenrechtserklärung sich auf die pluralistische Gesellschaft nicht einläßt und für die Menschenrechte immer dann, wenn diese auf „Gottesrechte“ stoßen, eine Grenze setzt, eine Hauptschwäche des Unterfangens (S.172).

366 So Syed Barakat Ahmad, Conversion from Islam, in: The Islamic World. From Classical to Modern Times, Princeton 1989, S.3-25. Wenn Muslime vom Islam abfielen, so deshalb, weil christliche Missionare erst ein solches Bedürfnis geschaffen hätten! Aber auch dies habe in der Praxis kaum etwas geändert. Die Androhung der Todesstrafe habe ihre abschreckende Wirkung gehabt (S.16).

367 In ihren Absätzen e, f und g.

368 Als Beispiel, wie überzeugt Muslime vom Wahrheitsanspruch des Islams sein können, sei der in den USA lebende *Amid Algar*, a.a.O.(353) genannt, der schreibt (S.152), der Islam sei die letzte schriftliche und gesetzliche Offenbarung des göttlichen Willens und „Gott habe selbst für die Aufrechterhaltung des Islams im Koran (Sure 15/9) gebürgt!“

369 So wird geltend gemacht, daß die Menschenrechte seit Jahrhunderten im Islam und durch den Islam besser begründet und geschützt seien als in allen „weltlichen“ Menschenrechtserklärungen, denn im Islam seien sie ḥaramât („Unverletzliches“), nicht nur ḥuqūq („Rechte“). Vgl. etwa <sup>c</sup>Ali Ġarīšā, Ḥaramât, lâ ḥuqūq. ḥuqūq al-insân fi zill al-islâm, Kairo 1987. S. auch Khalid Ishaque, Human Rights in Islamic Law, 31, in: Review of the International Commission of Jurists 12 (1974), S.30-39.

370 Vgl. Forstner, a.a.O.(40), S.14 und 35. - So enthält Art.15 Abs. f. Bestimmungen, die in einem Zivilgesetzbuch ihren Platz haben: Verbot von Risikogeschäften, von Wucher, des Gewinns ohne Gegenleistung, der Bildung von Monopolen, der lügenhaften oder betrügerischen Werbung.

371 1982 stellte der iranische Vertreter vor der Human Rights Commission der Vereinten Nationen klar, daß im Falle eines Widerspruchs zwischen göttlichem Recht und menschlichen Gesetzen ersteres immer vorgehe. Im Dezember 1984 erläuterte der ständige Vertreter des Irans bei den Vereinten Nationen, daß internationale Abmachungen, einschließlich der Menschenrechtserklärung und des Bürgerrechtspaktes, nur insoweit gültig seien, als sie mit dem Islam übereinstimmten (Nachweise bei Chr. Tomuschat, Human Rights in a World-Wide Framework. Some Current Issues, 553 Anm. 21, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 45 (1985), S.547-584).

Joseph H a b b i, Mosul

Je laisse de coté ce qui est bien connu de la description des pays du Proche- et Moyen-Orient, du monde arabe et musulman qui va du Maroc, de la Tunisie, de l'Algérie et de la Lybie, aux pays du Golfe, passant par l'Égypte, le Liban, la Jordanie, la Syrie, l'Iraq, sans négliger les autres pays arabes, et prenant en considération la Turquie, l'Iran et d'autres pays musulmans voisins. Les statistiques sont imprécises, pour des raisons connues. Les pays arabo-musulmans représentent 20 % de l'ensemble de tous les pays musulmans. Il faut aussi rappeler que les Sunnites sont majoritaires avec leurs quatre écoles (Malikiyya, Hanafiyya, Shafi'yya, Hanbaliyya), tandis que les Shiites sont minoritaires.

Deux points peuvent être constatés sur l'état des minorités chrétiennes dans les pays arabes musulmans: le premier est un fait bien évident, que les chrétiens, dans les pays arabes musulmans, sont des minorités et ils le sont depuis la diffusion de l'Islam dans ces régions, sauf pour quelques exceptions. Le second demande un effort pour définir les relations qui ont existé et existent aujourd'hui entre les musulmans et les chrétiens de ces pays. Pour y arriver, il faut connaître les fondements doctrinaux et religieux des relations mutuelles.

Quelques derniers événements pourraient justifier notre étude, sans, d'aucune manière, justifier les choses ou conclure à une tension nécessaire des relations: guerre en Palestine depuis 1948; guerre au Liban depuis 1975; guerre entre Iraq et Iran, 1980-1988; tensions au Maghreb pendant plusieurs années; tensions à l'intérieur du Soudan, de l'Égypte, de la Turquie etc.; émigrations des chrétiens de la plupart de ces pays arabes musulmans, etc.

#### *Un exemple de fondamentalisme*

Pour donner un exemple de fondamentalisme musulman répandu dans des pays considérés même comme libéraux, démocratiques et modernes, telle la Turquie, résumons ce qui apparaît dans le n°69, juillet-août 1989, de l'Actualité religieuse dans le monde.

Le maire de Konya mit en service deux autobus exclusivement réservés aux femmes, pour se plier au désir du peuple et accéder aux demandes populaires, au nom donc de la démocratie; pour le recteur de l'université, ces deux autobus n'étaient que la première réalisation d'un plan des fondamentalistes musulmans; ainsi le projet d'un hôpital pour femmes. Il s'agit d'un seul épisode, celui des autobus, d'une série d'affrontements entre la minorité turque fondamentaliste et l'état laïque établi en 1923 par Mustafa Ataturk. Le maire de Konya est membre du parti Refah (prospérité), composé de fondamentalistes. Selon l'article 163 de la Constitution, les partis religieux sont interdits; officiellement, le maire s'habille à l'occidentale, ne porte pas la barbe et accepte de serrer la main d'une femme; aux élections du 26 mars, le parti Refah emporta la majorité dans 80 villes; on ne trouve plus le portrait d'Ataturk dans leurs bureaux; le maire de Urfa, lui aussi du même parti, se déclare contre l'état laïque; et le secrétaire du parti, ex-

posant le programme du Refah, s'est déclaré en faveur du crédit bancaire sans intérêts, des impôts seulement pour les riches, la non-adhésion à la Communauté économique européenne, chrétienne.

Cela est étonnant dans un pays plus sunnite que chiite et il est allé très loin dans la voie de la sécularisation pour retourner en arrière. Le gouvernement a bien neutralisé le pouvoir des imams, qui sont sous le contrôle de l'État; le directeur des Affaires religieuses dépend du ministère de l'Éducation. L'urbanisation rapide de la population, de 33 % en 1980 à 55 % aujourd'hui, a renforcé la tendance à la sécularisation, et a affaibli les liens de la tradition. Le voile est présent encore dans les campagnes, très peu dans les villes; les habitants d'Ankara critiquent la campagne pour la construction de nouvelles mosquées en Turquie, subventionnées par les pays arabes, notamment l'Arabie Séoudite. Mais le parti Refah luttera encore, encouragé par des poussées diffusées dans des milieux musulmans très fondamentalistes; son raisonnement est le suivant: comment un pays qui se proclame démocratique peut maintenir l'interdiction des partis religieux, ou de n'importe quel parti? N'est ce pas un manque de liberté?

### *Une note historique*

Depuis la prise de Constantinople par les Ottomans en 1453, le Sultan Muhammad II nomma le patriarche grec-orthodoxe *Mellat Bachi*, ou chef de la nation (communauté, église) chrétienne, intermédiaire entre la Haute Porte et tous les chrétiens. Grâce à la capitulation, le patriarche jouissait des droits-priviléges du gouvernement ecclésiastique: nomination, transfert et déposition des évêques et des clercs, institution des tribunaux ecclésiastiques pour les causes de mariage, héritages et biens ecclésiastiques (*waqf*). Il faut attendre l'en 1830 pour que les Arméniens orthodoxes puissent jouir des mêmes priviléges; les Latins, en 1836; les Chaldéens, en 1844; les Syriens catholiques, en 1845; les Grecs catholiques, en 1848; les Protestants, en 1850; les Arméniens catholiques, en 1857; les Syriens orthodoxes, en 1873.

La capitulation fut annulée en 1855, et il a été permis aux non chrétiens de faire le service militaire, devint obligatoire en 1908.

Une telle situation créa un état dans l'État et lequel provoqua l'intervention des nations européennes pour protéger les chrétiens de l'Empire ottoman, d'abord, et, ensuite, des pays créés avec la chute de l'Empire après la première Guerre mondiale.

Mais c'est avec la déclaration de l'égalité par la Sublime Porte en 1856 que les chefs des communautés chrétiennes acquièrent le droit de créer des organes (conseils) pour leurs affaires religieuses et temporelles; la Constitution du 23 décembre 1876 reconnaîtra que tous les citoyens sont des Ottomans; mais, la fonction spirituelle, judiciaire et temporelle des hiérarques chrétiens restera intacte. L'apparition de différentes options politiques mettra en crise les pratiques reconnues par la loi, et la situation prendra plus d'un aspect et d'une forme. Des courants, partis et états de différentes tendances politiques et sociales, ont mis des musulmans et des chrétiens devant des démocraties libérales et pluriconfessionnelles, des systèmes socialistes et monoconfessionnelles, et des partis laïques et laïcisans. Un survol rapide des Constitutions des pays arabes et musulmans confirmerait cette constation.

Plusieurs facteurs modernes qui provoquent dans les esprits de fortes réclamations de retour aux origines de l'Islam et aux périodes d'or de l'État musulman, posent la question à savoir s'il est possible ou non d'établir de vraies et humaines relations entre les musulmans et les chrétiens dans ces pays.

### *Fondements des relations islamо-chrétiennes*

Comme dans n'importe quelle réalité, d'un point de vue phénoménologique, on peut la concevoir et présenter d'une façon et d'une autre; de même pour le christianisme et l'Islam et les relations entre eux.

Il y en a, en effet, ceux qui voient la contradiction antithétique; d'autres sont pour un syncrétisme, et d'autres finalement pour un dialogue.

Sans se perdre dans de longues discussions, nous disons tout de suite que nous sommes pour le dialogue. Bien sûr, le dialogue a ses fondements, exigences et méthodes.

Le premier fondement qui permet d'ouvrir un dialogue islamо-chrétien est le monothéisme: chrétiens et musulmans croient en un seul Dieu, Créateur et Seigneur de tout, Providence et Protecteur, Juge ultime de tous; les musulmans exaltent la transcendance de Dieu; les chrétiens croient aussi dans l'incarnation.

Chrétiens et musulmans croient dans la médiation d'un Livre sacré, l'Évangile pour les chrétiens, le Coran pour les musulmans. Chrétiens et musulmans ont en vénération la Bible; pour les chrétiens, l'Ancien Testament est une composante essentiel du Livre sacré; pour les musulmans, les juifs et les chrétiens sont des gens du Livre à qui Dieu envoya des prophètes; des rapprochements d'esprit et même de lettres se trouvent dans l'Ancien Testament, le Nouveau Testament et le Coran. Le légalisme est plus caractéristique du judaïsme et de l'islam que du christianisme.

Pour un chrétien, c'est la foi en Jésus-Christ qui lui permet de croire plus vivement en Dieu et de vivre son amour en l'incarnant dans l'amour fraternel de tous les hommes, tous fils de l'unique Père; pour un musulman, l'idéal consiste à vivre dans la totale soumission à Dieu, d'où le nom *Islam*, et c'est dans l'obéissance et la fidélité aux prescriptions de la loi que les musulmans réalisent les dimensions individuelles et communautaires de leur foi et de leur avenir.

Chrétiens et musulmans ont des modèles à imiter dans leur cheminement religieux; ceux qui sont communs: Abraham et Moïse; Jésus-Christ pour les chrétiens est plus qu'un modèle, Il est la Voie, la Vérité et la Vie; pour les musulmans, il est le Prophète de Dieu, Verbe venu de Lui, et élevé vers Lui; il est toujours vivant; Muhammad (Mahomet), Envoyé de Dieu, est, pour les musulmans, le dernier des modèles prophétiques, le sceau, mais il n'est qu'un prophète, témoin, mortel comme tous les hommes.

Chrétiens et musulmans ont la conscience d'appartenir à une communauté de croyants et d'être donc solidaires; les chrétiens forment un Corps, dont le Christ est la tête et chacun d'eux membre utile pour les autres; les musulmans se considèrent la meilleure communauté suscitée pour les hommes.

Sur le plan réaliste et social, c'est le sens d'une communauté, la manière d'appartenance à elle, et la solidarité des membres qui ont une importance capitale. C'est ici justement que le thème État et religion se présente le plus; il est à

la base de notre analyse des relations des minorités chrétiennes dans les pays arabes musulmans.

### *État et religion*

Nous croyons utile de résumer la synthèse du Groupe de recherches islamochrétien pendant trois ans (1982-1985) (*Islamochristiana*, 12/1986, pp. 49-72).

Depuis le début de l'histoire de l'humanité, le pouvoir revêt un caractère sacré; son but est de légitimer aux yeux du peuple. Des énoncés clairs se trouvent dans les civilisations mésopotamiennes et égyptiennes. Cela permet aux souverains d'utiliser la religion à leurs fins politiques, et d'imposer leur religion aux sujets. Toute dissidence politique est condamnée au nom de la religion, et toute diversité religieuse est considérée comme une rébellion contre l'autorité politique. Ainsi les martyrs chrétiens furent condamnés pour leur refus du culte officiel; les premiers musulmans de la Mecque furent persécutés parce que leur monothéisme mettait en cause le polythéisme de la tradition mequoise; et lorsque des religions devinrent prépondérantes et officielles, c'est au nom de la religion que le pouvoir temporel, chrétien ou musulman, condamna les dissidences qui constituaient un danger aussi bien pour l'unité de l'État que pour l'unité de la foi; l'inquisition en Occident, et l'accusation de Zandaqa (impiété) en pays musulmans. La religion, reconnue par l'Etat comme officielle, put imposer à la société des normes; la sécularisation fut considérée toujours une profanation hérétique.

Née en Occident, la sécularisation devait par son processus soustraire les secteurs civil et culturel du domaine religieux, jusqu'à la nette distinction entre le public et le privé, qui aboutit à la laïcité de l'Etat. Une fois que la religion fut considérée une affaire privée, un pluralisme religieux fut automatiquement admis, et seul l'Etat resta l'institution publique dans laquelle tous les citoyens sont égaux.

On sait bien que l'Église n'a pas facilement accepté la laïcité de l'Etat; il fallait attendre Pie XII et surtout le Concile Vatican II pour retrouver le principe de juste autonomie du temporel, se référant à Mt 22, 22 (Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu).

Tandis que le christianisme accentuait la distinction entre le spirituel et le temporel, l'Islam apparaissait très exigeant sur l'union, sinon la fusion, entre l'Etat et la religion (Din wa-Dunya ou Dawla). Le dernier phénomène éclatant est celui del Ayatollah al-Khomeini et sa théorie de *Wilayat al-Faqih* (Califat et succession). En plus de cette exigence d'union entre religion et Etat dans l'Islam, il ne faut pas oublier la tendance nationaliste arabe qui ne peut aider la sécularisation dans le sens moderne.

Dans les pays arabes musulmans, le poids de l'histoire et des mentalités fait que l'Islam y est généralement reconnu comme religion d'Etat dans les Constitutions (même en Iraq qui se réclame d'idéologie bathiste, fondamentalement laïque, et la République démocratique et populaire du Yémen qui se réclame du socialisme scientifique; la seule exception est celle de la Syrie, selon la dernière Constitution de 1973, où l'Islam est la religion du chef de l'Etat). Il faut bien dire que, dans les constitutions dont l'article premier fait de l'Islam la religion

de l'État, l'article suivant affirme que tous les citoyens sont égaux, quelle que soit leur classe, race, religion.

Du premier principe dérive celui de la reconnaissance de la loi islamique (al-Shari'a) comme source de la législation, car le Coran est en même temps compendium doctrinal, histoire sainte et code de vie.

Soit le premier principe (l'Islam est religion de l'État), soit sa dérivation (la loi, al-Shari'a) présentent des difficultés quant à leur application. Concilier ces principes avec les droits de l'homme (selon la Déclaration de l'ONU signés par 22 États musulmans) et les exigences des temps modernes, est très difficile; des courants de sécularisation se sentent dans la plupart des pays à majorité musulmane, mais c'est par une invasion de l'Occident, comme les intégristes disent; des efforts pour renforcer la communauté musulmane s'intensifient pour faire face aux tendances étrangères à l'Islam, toutefois, les problèmes actuels demandent des solutions. Le monde arabo-musulman est d'un poid déterminant dans cette exigence.

#### *Le rôle du monde arabe musulman et son influence sur les minorités chrétiennes*

Le monde arabe musulman a la mer, le désert, des fleuves et des chaînes de montagnes; en plus, il a le pétrole et une position stratégique; il jouit du prestige de la langue coranique officielle, de la tradition islamique séculaire et d'un substrat de civilisations très anciennes. Depuis l'an 1945, la Ligue arabe réunit des pays arabes musulmans, dont le nombre a augmenté depuis.

Malgré les homogénéités qui existent entre les pays arabo-musulmans, les antagonismes ne manquent point sur le plan religieux (il y a des sectes); culturel (tendances traditionaliste et modernisée), social (courants conservateur et moderne), politique (tendances pro-américaine, pro-soviétique, pro-britannique, pro-francophone, etc.). Un organisme musulman a été formé depuis quelques années, mais le poid des pays arabes musulmans est bien ressenti; c'est eux que tout le monde islamique regarde comme modèle; des aides culturelles, sociales et financières aident à assujettir les pays musulmans pauvres aux pays arabo-musulmans.

Si, sur le plan constitutionnel officiel, l'égalité des citoyens à l'égard des droits fondamentaux est reconnue, elle ne l'est pas toujours quant à l'application et dans les dérivations. Deux problèmes notamment sont actuels dans les milieux chrétiens du monde arabe musulman: celui du caractère obligatoire de l'enseignement du Coran dans les écoles, soit pour les musulmans comme pour les chrétiens sous le prétexte de l'enseignement de l'arabe; le second est celui des minorités ethniques et chrétiennes, Assyriens, Coptes, Arméniens, etc.

Si dans quelques pays arabes musulmans, l'Église est considérée comme une Église de la sécession et de la diaspora, dans d'autres elle est originelle et date d'avant l'Islam; mais c'est au nom du syncrétisme s'appuyant sur le fait que l'Islam et son Prophète sont les ultimes (Hikma) qu'on sent le droit de propager le message islamique en utilisant les divers moyens de communication; une diminution des chrétiens dans le monde arabe musulman s'accroît de nos jours, et une dispersion des chrétiens orientaux dans le monde avec tout ce que cela implique d'exigences et de problèmes, ne fait que compliquer la situation.

Une solution serait à envisager dans la création des conditions d'une société et d'un milieu humain d'égalité, mais c'est très difficile, à cause de la poussée d'un radicalisme musulman, alimenté par des intérêts politiques de différentes tendances.

### *A la recherche d'une solution*

Les chrétiens des pays arabes musulmans sont encore soumis au régime ancien de la *Dhimmaet* des *Statuts personnels*, pour des questions de mariage, de la famille, et, dans quelques pays, pour le-waqf ou les biens comme les lieux du culte et les institutions caritatives et éducatives; probablement une continuation des anciens traités des premiers musulmans avec les autres confessions.

Nos objections à cette situation sont: les temps ont bien changé; la mentalité moderne ne peut tolérer des citoyens de seconde catégorie; tous les citoyens doivent être égaux vis-à-vis de la loi commune; le respect des libertés est une exigence fondamentale.

Et la solution? Il faut une ouverture de raisonnement et de cœur; seul le dialogue peut créer cette ouverture, dont le résultat: la promulgation des lois civiles qui reconnaissent les droits, les libertés et la personnalité de tous en justice, égalité et vérité.

Ce que nous demandons n'est pas une chose impossible, ni une nouveauté ou une innovation, mais bien une valeur acquise, déformée au cours des siècles et fomentée par des idées qui servent certains intérêts bien connus. Tous les hommes de bonne volonté doivent, au contraire, réaffirmer la nécessité d'un dialogue humain, réel et ouvert.

Le dialogue peut exister en force des principes communs:

1. Christianisme et Islam affirment la valeur des réalités terrestres; mais il s'agit d'une autonomie de la religion-Église et société-État dans le christianisme, et d'une tendance à considérer l'Islam religion d'Etat dans les pays musulmans. Toutefois, le principe de la liberté religieuse est affirmé tant par les chrétiens que par les musulmans; elle est un droit essentiel de la personne humaine et inclut le refus de toute contrainte (cf. Déclaration sur la liberté religieuse *Dignitas humanae*, 10-12; le Coran 2, 256).

2. La foi chrétienne est une appartenance au Christ et à l'Église, en vertu de l'incorporation spirituelle qui unit chaque croyant à tous les autres membres; tous doivent collaborer au bien commun. Le Coran aussi vise à former une communauté de croyants (*Umma*), mais il ne contient nullement un système détaillé d'organisation civile.

3. L'Église et l'État ont des fins en partie communes (le bien public) et en partie différentes (la vie de la foi d'une part, et le bien commun des citoyens de l'autre). Ils doivent collaborer pour le bien commun, mais ils sont indépendants et autonomes. L'union des deux pouvoirs, spirituel et temporel, dans l'Islam, dans la même personne (le calife, l'imam) est le fruit de l'histoire et de la politique (seul le cas de Mahomet est une exception).

4. Pour préserver son autonomie nécessaire, l'Église des temps modernes préfère renoncer à des priviléges offerts par le pouvoir civil; l'Islam a deux grandes tendances: islamiste qui ne cesse pas de réclamer l'instauration d'un pouvoir

réellement musulman et l'application rigoureuse de la loi (al-Shari'a), et sécularisant favorable à laïcité de l'Etat.

Deux choses sont demandées de la part des chrétiens afin que la position des minorités religieuses soit améliorée dans les milieux des religions majoritaires:

a) Etre en faveur de la liberté religieuse et du pluralisme dans toutes ses dimensions; transformer le fait homogène "pluriel", culturel, ethnique et religieux en idéologie "pluraliste", reconnaissant et respectant cette pluralité; purifier la foi de toute idée de triomphalisme, extériorité et inertie, respectant les autres, notamment les groupes minoritaires; tous sont invités à l'accomplissement du monde, au service des autres, à la réalisation de l'unité chrétienne et humain.

b) Reconnaître les méthodes rationnelles et critiques de la science et son autonomie vis-à-vis de la foi, et l'appliquant à la lecture des Livres saints, tout en évitant la confusion, le mélange et l'asseyettessement de la science à la religion, respectant bien les caractéristiques de chaque domaine, pour s'aider mutuellement dans la construction de l'homme nouveau dans un monde de foi et de science, où l'autonomie du temporel, terrestre, social et politique est pleinement sauvegardée de ce qui est spirituel, religieux et moral. Tous les croyants sont invités à affronter les problèmes d'une société contemporaine en pleine transformation très rapide, et de collaborer à réaliser un meilleur avenir pour les hommes.

## Notes

*Islamochristiana*, Revue du Pontificio Istituto di Studi Arabi e d'Islamistica, Rome; notamment n° 12 (1986).

*A. Fattal*, Le statut légal des non-musulmans en pays d'Islam, Beyrouth 1953 (Recherches X).

*Y. Moubarac*, Pentalogie islamo-chrétienne; notamment: L'Islam et le dialogue islamo-chrétien, Beyrouth 1972.

*A.K. Hourani*, Minorities in the Arab World, London 1947.

*P. Rondot*, Les Chrétiens d'Orient, dans Cahiers de l'Afrique et de l'Asie, IV, Paris 1955.

*J. Hajjar*, Bible et témoignage chrétien en pays d'Islam, Louvain-la-Neuve 1983.

*T.H. Farah*, Ahkam al-Ahwal al-Shakhsiyya l-gayr al-Muslimin, Beyrouth 1980 (en arabe).

*P.G. Donini*, Le minoranze nel Vicino Oriente e nel Maghreb, Salerno 1985.

*L. et A. Chabry*, Politique et minorité au Proche-Orient, Paris 1984.  
Les droits de l'homme dans le monde arabe, Rapport annuel 1985, Paris 1985.

L'Actualité religieuse dans le monde, n° 69, (juillet - août 1989).

Empty Page

DAS PERSONALSTATUTSRECHT DER CHRISTLICHEN  
RELIGIONSGEMEINSCHAFTEN IN DEN LÄNDERN DES  
VORDEREN ORIENTS

Josef Prader, Brixen

Eine lange Erfahrung in der kirchlichen Gerichtsbarkeit im Grenzland Südtirol, wo sich infolge eines ständig wachsenden Tourismus junge Menschen aus westlichen und östlichen Kulturkreisen, auch aus der arabischen Welt, mit Europäern treffen, hat mich zunehmend mit Problemen konfrontiert, die daraus entstehen, wenn solche Begegnungen zu übereilten Eheschließungen führen, die allzuoft einen unglücklichen Ausgang nehmen, so daß kirchliche und staatliche Instanzen damit befaßt werden, die hinsichtlich der Kenntnis der damit zusammenhängenden kollisionsrechtlichen Fragen oft überfordert sind. Die Bearbeitung von Gutachten und Rechtsauskünften für kirchliche und staatliche Behörden und Gerichte hat mich davon überzeugt, wie schwer der Zugang zu den unterschiedlichen Rechtsordnungen der Mehrrechtsstaaten des Vorderen Orients sein kann.

Während die meisten Staaten der Welt heute ein einheitliches ziviles Ehe- und Familienrecht besitzen, das für alle ohne Unterschied der Religionszugehörigkeit maßgebend ist, gilt in den Ländern des Vorderen Orients für die Angehörigen der drei großen monotheistischen Religionsgemeinschaften: der Mohammedaner, Juden und Christen grundsätzlich deren eigenes religiöses Ehe- und Familienrecht, Personalstatut genannt. Der Begriff "Personalstatut" ist mehrdeutig und wird in den verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich verstanden<sup>1</sup>. In den Staaten des Vorderen Orients gilt als Personalstatut jene Rechtsordnung, mit der die Mitglieder der genannten Religionsgemeinschaften für das Ehe- und Familienrecht und gegebenenfalls, für das Erbrecht verbunden sind.

Die folgenden Ausführungen, die keineswegs Vollständigkeit beanspruchen können, wollen praxisorientiert und eine Hilfe sein bei der Bearbeitung kollisionsrechtlicher Fragen des interreligiösen, interkonfessionellen und interrituellen Ehrechts.

In den Staaten, die ehemals zum osmanischen Reich gehörten, nämlich Ägypten, Jordanien, Israel, Libanon, Syrien und Irak, ist die überlieferte religiöse Rechtsordnung der anerkannten Religionsgemeinschaften sowohl während der französischen und englischen Mandatsverwaltung, als auch nach der Erlangung der Unabhängigkeit im wesentlichen unangetastet geblieben. Daher verweisen die staatlichen Rechtsordnungen in Personalstatutssachen auf die religiösen Rechtsordnungen derjenigen Religionsgemeinschaft, der die Beteiligten angehören oder deren Recht sie kraft besonderer staatlicher Kollisionsnormen unterstehen, soweit nicht einzelne Sachgebiete (wie z.B. das Erbrecht) einheitlich für alle Staatsbürger geregelt sind.

Die kanonischen Rechtsordnungen der lateinischen wie der orientalischen, katholischen und der orthodoxen Kirchen enthalten keine Regelungen über die zivilen Wirkungen der Ehe und das Kindschaftsrecht. Daher müssen diese Sachgebiete des Personalstatuts, die persönlichen und vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe, Unterhalt der Ehegatten, Unterhalt von Vorfahren und Nachkommen, Abstammung der Kirche, die elterliche Gewalt, die Vormundschaft und Pflegschaft, die Adoption usw. durch Sondergesetze geregelt werden. Die diesbezüglichen Bestimmungen sind nur Fremden, nichtreligiösen Rechtsordnungen zu entnehmen. Bei der Erstellung solcher Personalstatutsgesetze sind naturgemäß die verschiedenen Gesichtspunkte der interreligiösen, interkonfessionellen und internationalen Kollisionsmöglichkeiten sowie der innerstaatlichen Konfliktmöglichkeiten in Betracht zu ziehen. Es ergibt sich aus der Natur der Sache, daß einzelne Kirchen dabei überfordert sind und sich mit der Tatsache konfrontiert sehen, daß die Zielsetzungen der modernen Zivilgesetzgebungen, denen die Normen zu entnehmen sind, mit den religiösen Grundsätzen nicht übereinstimmen. Dazu kommt, daß die Personalstatutsgesetze, die von den meisten anerkannten christlichen Religionsgemeinschaften in diesen Ländern nach Erlangung der Unabhängigkeit erstellt worden sind, voneinander oft in wesentlichen Sachgebieten der Ehwirkungen und des Kindschaftsrechts abweichen und den Prinzipien moderner Rechtsstaatlichkeit widersprechen. Man kann es daher verstehen, daß die von den Kirchen erstellten Personalstatusgesetze bis heute in keinem dieser Länder formell bestätigt worden sind. Doch gleichwohl sind sie de facto als Gewohnheitsrecht anerkannt und als solches auch in den Entscheidungen der staatlichen Gerichte, sofern sie in Personalstatussachen der christlichen Gemeinschaften ausschließlich oder konkurrierend zuständig sind, angewandt, unter Wahrung des Grundsatzes der "Gerechtigkeit und Billigkeit".

Mit Ausnahme von Ägypten, besitzen die christlichen Gemeinschaften in den Staaten des Vorderen Orients in Personalstatutssachen ihrer Mitglieder, sofern diese nicht Ausländer sind, eigene zivilrechtlich anerkannte Gerichtsbarkeit, unter Beachtung materiellrechtlicher und gegebenenfalls verfahrensrechtlicher staatlicher Vorschriften, die im einzelnen so ausgestaltet sein können, daß die religiösen Rechtsordnungen der im Staate lebenden anerkannten Religionsgemeinschaften paritätisch behandelt werden (wie im Libanon) oder so, daß der Staatsreligion eine Vorrangsstellung eingeräumt wird, wenn ein Beteiligter dieser Religion angehört.

Aufgabe des staatlichen Gesetzgebers ist es, vor allem die Kompetenzkonflikte zwischen den Kirchengerichten der verschiedenen Konfessionen zu regeln und die Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte von den staatlichen abzugrenzen.

Der staatliche Gesetzgeber kann mit verschiedenen Mitteln die Beachtung bestimmter Normen des staatlich materiellen Rechts, der Regeln des staatlichen internationalen Privatrechts und gewisser verfassungsrechtlicher Grundsätze erzwingen. So kann der staatliche Gesetzgeber bestimmen, daß in gewissen strittigen Personalstatutssachen, noch während sie bei einem kirchlichen Gericht anhängig sind, die staatlichen Gerichte angerufen werden können (vgl. etwa Art. 48 des syrischen Gerichtsorganisationsgesetzes vom 16.11.1961) oder daß das staatliche Gericht von vornherein zuständig ist für die Kompetenzzuweisung einer bestimmten Personalstatutsangelegenheit an ein kirchliches Gericht (vgl.

etwa das Israelische Gesetz über die Gerichtsbarkeit in Angelegenheiten der Eheauflösung bei Mischehen (Ges. 5729-1969)<sup>2</sup>. Eine Einschränkung kirchlicher Gerichtsbarkeit erfolgt ferner durch die Grundsätze des internationalen Privatrechts des betreffenden Staates, weshalb die kirchlichen Gerichte ausschließlich in Personalstatutsangelegenheiten von Inländern zuständig sind und bei Auslandsbeteiligung in der Regel konkurrierend nur dann, wenn das Heimatrecht des Ausländers gleichfalls auf das religiöse Recht in der Sache verweist. Der staatliche Gesetzgeber hat immer auch die Möglichkeit auf die kirchliche Gerichtskompetenz durch das Vollstreckbarkeitsverfahren der kirchlichen Entscheidungen Einfluß zu nehmen. In der Regel prüfen die staatlichen Gerichte im Exequaturverfahren außer der formellen Rechtskraft der kirchlichen Urteile, stets auch deren sachliche und personelle Zuständigkeit. Eine Nachprüfung über die Anwendung materiellen Rechts erfolgt nur, insofern diesbezügliche staatliche Bestimmungen zu berücksichtigen sind.

Bei der Vollstreckung der Urteile kirchlicher Gerichte, die ihren Sitz im Ausland haben, entsteht die Frage, ob diese Urteile denjenigen eines kirchlichen Gerichts im Inland gleichgestellt sind oder nicht. Die Frage wird durchwegs so entschieden, daß der Sitz des erstinstanzlichen Gerichts maßgebend ist<sup>3</sup>.

## Ägypten

In Ägypten sind sowohl die islamischen Scheriatgerichte als auch die Gerichte der christlichen und jüdischen Religionsgemeinschaften durch das Gesetz Nr. 462/1955 mit Wirkung vom 1.1.1956 abgeschafft worden. Die bisherige Zuständigkeit der religiösen Gerichte in Personalstatutssachen wurde auf die staatlichen Gerichte übertragen. Diese haben jedoch nach wie vor das religiöse Recht unter denselben Voraussetzungen wie früher anzuwenden. Demnach gilt für die Angehörigen der anerkannten christlichen Religionsgemeinschaften jeweils deren eigenes religiöses Recht, sofern Mitglieder derselben Konfession und derselben Ritusgemeinschaft beteiligt sind. Gehören nicht alle Beteiligten derselben Bekenntnis- und Ritusgemeinschaft an, so kommt gemäß Art. 280 des Gesetzes Nr. 78/1931 über die Verfassung der Scheriatgerichte in Personalstatutssachen islamisches Recht der hanefitischen Schule in Anwendung.

### *I. Anerkannte christliche Religionsgemeinschaften*

In Ägypten sind folgende christliche Religionsgemeinschaften offiziell anerkannt: Innerhalb der katholischen Kirche: die koptische, griechische, armenische, syrische, maronitische, chaldäische und die lateinische Gemeinschaft. Von den nichtkatholischen orientalischen Kirchen sind anerkannt: die Kopten, Griechen, Armenier und die Syrer. Die Protestanten mit den verschiedenen Gemeinschaften (American Mission, Dutch Mission, United Presbyterian Church, die Quäker, Methodisten und Adventisten) werden als einheitliche evangelische Gemeinschaft betrachtet.

Die Zugehörigkeit zu einer bestimmten kirchlichen Gemeinschaft oder Kirche wird durch das religiöse Recht der betreffenden Gemeinschaft bestimmt.

Zu den Angelegenheiten des Personalstatuts der christlichen Religionsgemeinschaften gehören nach dem Gesetz Nr. 462/1955: Verlobung, gegenseitige Rechte und Pflichten der Ehegatten, Brautgeld des Mannes, Mitgift der Frau, Güterstand (das Rechtsinstitut der Gütergemeinschaft ist in den arabischen Ländern unbekannt), Eheschließung, Ehescheidung, Ungültigkeitserklärung der Ehe, Trennung von Tisch und Bett, Kindschaftsrecht, Anfechtung der Vaterschaft, Unterhaltpflicht der Verwandten, legitime Abstammung, Legitimation und Adoption<sup>4</sup>.

Folgende Rechtsmaterien sind nicht Angelegenheiten des Personalstatuts und sind daher vom staatlichen Gesetzgeber einheitlich geregelt: die Bestimmungen des ägyptischen Zivilgesetzbuches über die Blutsverwandschaft und Schwägerschaft (Art. 34-37), das Namensrecht (Art. 38-39), den Wohnsitz (Art. 40-43), die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Personen (Art. 44-48)<sup>5</sup>. Einheitlich geregelt ist die gesetzliche Vormundschaft, die Entmündigung, die Pflegschaft, die Abwesenheit und Todeserklärung (Dekret-Gesetz Nr. 119/1952)<sup>6</sup>. Bezuglich des Erbrechts gelten die Bestimmungen des Gesetzes Nr. 37/1943 und Art. 875 ZGB. Demnach gilt auf dem Gebiet des Erbrechts ausschließlich islamisches Recht. Die durch Gesetz Nr. 25/1944 eingeführte Regelung, wonach die Erben eines Nichtmuselmanen, sofern sie einig sind, die Beerbung dem nicht muselmanischen Personalstatut unterstellen konnten, ist durch das Zivilgesetzbuch von 1948 überholt, wie die keine Ausnahme mehr enthaltene Fassung des Art. 875 zeigt.

### *III. Das Ehrerecht*

#### **1. Die materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen der Ehe**

Die grundsätzlichen Voraussetzungen für die Gültigkeit der Ehe bestimmen sich nach dem Heimatrecht eines jeden Eheschließenden (Art. 12 ZGB). Als Heimatrecht von Ägyptern gilt das religiöse Recht der betreffenden Gemeinschaft. Die materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen umfassen im Sinne der Art. 12 und 14 ZGB die Anforderungen an Ehefähigkeit und einwandfreie Willensbildung sowie das Nichtvorliegen von Ehehindernissen. Als "Ägypter" gilt gemäß Art. 1 des Staatsangehörigkeitsgesetzes Nr. 26/1975, wer die ägyptische Staatsangehörigkeit besitzt. Als ägyptisches Recht gilt hinsichtlich der Ehehindernisse religiöses Recht. Hinsichtlich der Ehefähigkeit und des Eheschließungsalters (d.i. das 18. Lebensjahr für den Mann und das 16. für die Frau) gilt einheitlich staatliches Recht.

Folgende kollisionsrechtlichen Regeln sind daher hinsichtlich der materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen der Ehe zu beachten:

a) Wenn beide Eheschließenden Ägypter sind und derselben Konfession und autonomen Ritusgemeinschaft angehören, bestimmen sich die Ehehindernisse allein nach dem Recht dieser autonomen Rituskirche.

b) Wenn beide Eheschließenden Ägypter sind und verschiedenen christlichen Konfessionen oder zwar derselben Konfession, aber verschiedenen autonomen Rituskirchen angehören, so bestimmen sich die Ehehindernisse nach dem

Recht beider Gemeinschaften. Das gilt daher auch für rein katholische Ehen zwischen Angehörigen einer orientalischen Kirche und Angehörigen der lateinischen Kirche oder für Angehörige zweier verschiedener katholischer orientalischer Rituskirchen. Die Mißachtung eines Ehehindernisses, auch wenn es bloß auf Seiten eines Partners besteht, läßt eine gültige Ehe nicht zustande kommen.

c) Ist nur einer der Eheschließenden Ägypter, so gilt hinsichtlich der Ehefähigkeit das Heimatrecht eines jeden und hinsichtlich der Ehehindernisse ausschließlich das religiöse Recht des ägyptischen Partners (vgl. Art. 14 ZGB).

## 2. Die Eheschließungsform

a) Bei *Inlandsehen* ist die Ortsform zwingend. Als solche gilt die kirchliche Trauung, wenn beide Eheschließenden derselben Bekenntnis- und Ritusgemeinschaft angehören. Für konfessions- und ritusverschiedene Ehen ist seit 1955 nur die Zivilehe anerkannt<sup>7</sup> (Art. 3 des Beurkundungsgesetzes Nr. 68/1947 i.d.F. des Gesetzes Nr. 629/1955), worin bestimmt wird: "Die Beurkundungsbüros beurkunden alle schriftlichen Urkunden, außer den Heiratsverträgen, Verstoßungsurkunden, der Zurücknahme der Verstoßung und der Beglaubigung dieser Urkunden hinsichtlich der muslimischen Ägypter und derjenigen nichtmuslimischen Ägypter, die derselben Konfession und demselben Ritus angehören. Die Beurkundung der Heiratsverträge und der Scheidungsurkunden der nicht muslimischen Ägypter derselben Konfession und desselben Ritus wird durch die dazu bestellten Beurkundungsbeamten wahrgenommen"<sup>8</sup>. Demnach erfolgt die Registrierung von Ehen zwischen Christen derselben Konfessions- und Ritusgemeinschaft bei der zuständigen Kirchenbehörde.

b) Bei *Auslandsehen* von Ägyptern gilt Art. 20 ZGB, der bestimmt, daß sich die Form von Rechtsgeschäften unter Lebenden nach dem Gesetz des Ortes bestimmt, an dem sie abgeschlossen werden, oder auch nach dem gemeinsamen Heimatecht der Partner. Daher können Ägypter im Ausland sowohl nach der Ortsform als auch nach deren gemeinsamen religiösem Recht heiraten. Eine solche religiöse Ehe gilt in Ägypten auch dann, wenn sie am Eheschließungsort nicht anerkannt ist. Doch kann ein muslimischer Mann im Ausland eine christliche Frau nur in islamische oder ziviler Form gültig heiraten. Das ergibt sich aus der Vorbehaltsklausel des Artikels 28 ZGB, wonach die Anwendung fremden Rechts immer dann ausgeschlossen ist, wenn dieses gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten verstößt.

Es ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten, ob eine im Ausland bloß zivil geschlossene Ehe nichtmuslimischer Ägypter derselben Konfession und derselben autonomen Ritusgemeinschaft (z.B. zwei orthodoxe Kopten oder zwei Maroniten) in Ägypten anerkannt ist oder ob auch in diesem Fall Art. 28 ZGB die Anwendung ausländischen Rechts ausschließt.

## 3. Wirkungen der Ehe

Gemäß Art. 13, Abs. 1 ZGB sind die Wirkungen der Ehe, inbegriffen die vermögensrechtlichen, dem Heimatrecht des Ehemannes zum Zeitpunkt der Eheschließung unterworfen. Ist allein die Frau zum Zeitpunkt der Eheschließung Ägypterin so gilt nach Art. 14 ZGB nicht das Heimatrecht des Mannes,

sondern ägyptisches Recht, d.h. in diesen Fällen das einheitliche staatliche Recht. Nach ägyptischem Recht gilt auch die Legitimation nichtehelicher Kinder durch nachfolgende Eheschließung der Eltern als Ehewirkung. Demnach kommt religiöses Recht in Anwendung, wenn der Ehemann Ägypter ist. (Art. 13, Abs. 1 ZGB) oder wenn die Frau Ägypterin ist und der Mann Ausländer (Art. 10 ZGB)<sup>9</sup>.

#### *IV. Ausschließliche Zuständigkeit der staatlichen Gerichte in Ehesachen-Anwendung religiösen Rechts*

Nach Abschaffung der religiösen Gerichtsbarkeit (Ges.Nr. 462/1955) sind die staatlichen Gerichte auch für sämtliche Streitsachen in Personalstatutsangelegenheiten ausschließlich zuständig. Der dafür maßgebende Art. 6 II lautet: "Die Urteile in Streitsachen von Personalstatutsangelegenheiten zwischen ägyptischen Nichtmuselmanen, die derselben Konfession und derselben Ritusgemeinschaft angehören und zur Zeit der Verkündigung dieses Gesetzes einer ordnungsgemäß organisierten religiösen Gerichtsbarkeit unterstanden, müssen den Regeln des religiösen Rechts entsprechen, vorausgesetzt, daß diese Regeln nicht dem ordre public zuwiderlaufen". So kommt also in allen übrigen Fällen islamisches Recht der hanefitischen Schule in Anwendung, wie sich aus Art. 6 I desselben Gesetzes ergibt: "Urteile in Streitsachen über Angelegenheiten des Personalstatuts, die früher in der Zuständigkeit der Scheriatgerichte lagen, werden gemäß Art. 280 des (im übrigen großenteils aufgehobenen) Gesetzes Nr. 78/1931 über die Verfassung der Scheriatgerichte erlassen. Dieser Art. 280 erklärt das Recht der hanefitischen Schule für maßgebend<sup>10</sup>. Demnach haben die staatlichen Gerichte in Ehesachen materiellrechtlich das religiöse Recht anzuwenden, wenn die folgenden im Art. 6 des Gesetzes Nr. 462/1955 verlangten Tatbestände gegeben sind:

##### 1. Es muß sich um Personalstatutssachen handeln

Zu diesen gehören gemäß Art. 13 des Gesetzes Nr. 147/1949 über die Gerichtsorganisation die oben unter Nr. II umschriebenen Rechtsmaterien. Für die Qualifikation der Personalstatutssachen ist ägyptisches Recht allein zuständig. Art. 10 ZGB bestimmt: "Bei einer Kollision verschiedener Gesetze in einem bestimmten Prozeß ist hinsichtlich des anzuwendenden Rechts das ägyptische Recht allein für die Qualifikation des betreffenden Rechtsverhältnisses maßgebend"<sup>11</sup>.

##### 2. Es muß sich um Personalstatutssachen von Ägyptern handeln.

3. Die Streitenden Parteien müssen derselben Konfession und derselben Ritusgemeinschaft angehören

Unter Konfession im Sinne des Art. 6 II Ges. Nr. 462/1955 sind die nichtmuselmanischen Buchreligionen zu verstehen (nämlich die christlichen Bekenntnisse und die jüdische Religion). Unter "Ritus" ist in diesem Gesetz eine Gemeinschaft von Christen zu verstehen, die derselben Konfession angehören und

innerhalb derselben Konfession Mitglieder derselben autonomen Rituskirche sind. Die Katholiken sind in Ägypten mit 7 autonomen Rituskirchen vertreten; die nichtkatholischen orientalischen Kirchen mit vier; die Protestanten mit einer (siehe oben Nr. I). Die Zugehörigkeit der streitenden Parteien zu derselben Ritusgemeinschaft ist Voraussetzung für die Anwendung deren eigenen religiösen Rechts in Ehe- und Kindschaftssachen. Die Mitgliedschaft in einer bestimmten religiösen Gemeinschaft bestimmt sich ausschließlich nach dem religiösen Recht. In der Regel ist für den Tatbestand der Religionszugehörigkeit der Zeitpunkt der Klageerhebung maßgebend, es sei denn, daß ein Übertritt zum Islam erfolgt.

#### 4. Religionswechsel oder Rituswechsel

Über den maßgebenden Zeitpunkt der Religionszugehörigkeit bestimmt Art. 7 des Gesetzes Nr. 462/1955: "Ein Wechsel der Religion, der Konfession oder der Ritusgemeinschaft einer Prozeßpartei nach Klageerhebung, hat auf die Anwendung des Abs. 2 des vorigen Artikels keinen Einfluß, es sei denn, daß der Übertritt zum Islam erfolgt ist, denn in diesem Fall wird Abs. 1 des Artikels 6 dieses Gesetz angewendet". Demnach unterscheidet der Gesetzgeber zwischen dem Religionswechsel eines Moslems und eines Christen, indem er dem Islamrecht eine Vorzugsstellung einräumt. Islamrecht kommt auch dann zur Anwendung, wenn der Übertritt zum Islam erst nach der Klageerhebung erfolgt. Eine Konversion zum Islam geschieht in Ägypten in einfacher Weise. Nach gegenwärtiger Praxis genügt es, daß der Konvertit das islamische Glaubensbekenntnis ("shehada") ausspricht. Eine Absage an den bisherigen Glauben ist nicht verlangt. Nach einer Entscheidung des Kassationsgerichtshofes von Cairo vom 21.1.1966 erfolgt der Übertritt eines Mannes zum Islam auch schon dadurch, daß er bei der Eheschließung mit einer Muslimfrau vor dem islamischen Standesbeamten erklärt, daß kein Hindernis auf seiner Seite vorliegt. So gilt dann die Eheschließung mit einer Muslimfrau als Übertritt zum Islam<sup>12</sup>. Wenn ein christlicher Mann, der mit einer christlichen Frau verheiratet ist, Moslem wird, bleibt die Ehe bestehen, solange er sich nicht von der Frau scheidet. Wenn eine christliche Frau eines christlichen Mannes zum Islam übertritt, wird der Mann aufgefordert, ebenso zum Islam überzutreten. Tut er das, so bleibt die Ehe bestehen. Weigert er sich, so spricht das Gericht unverzüglich die Scheidung aus. Eine Muslimfrau darf nur mit einem Moslem verheiratet sein. Ein Religionswechsel vom Islam zu einer anderen Religion wird nach islamischem Recht als Glaubensabfall geahndet. Ein Apostat gilt nach Islamrecht als tot. Ein Toter kann keine gültige Ehe eingehen.<sup>13</sup> In dem Falle des Übertritts eines Christen zu einer anderen Gemeinschaft als der islamischen besteht nach Art. 7 Ges. Nr. 462/1955 die Vemutung einer Gesetzesumgehung, wenn der Übertritt nach Klageerhebung erfolgt. Erfolgt der Religionswechsel vor Klageerhebung, so kommt das religiöse Recht der neuen Gemeinschaft in Anwendung, wenn beide Partner Mitglieder dieser Gemeinschaft geworden sind, gleich ob beide früher derselben Religionsgemeinschaft angehört haben oder nicht. Schließen sich aber nicht beide derselben neuen Gemeinschaft an, wird in der Streitsache islamisches Recht angewendet. Dasselbe gilt auch bei Rituswechsel<sup>14</sup>.

Sofern die Zivilgerichte in ihren Entscheidungen das religiöse Recht der anerkannten christlichen Gemeinschaften gemäß Art. 6 des Gesetzes Nr. 462/1955 anzuwenden haben, verstehen sie als solches nicht ohne weiteres das in den Personalstatutgesetzen normierte Recht, das in den vorliegenden Fassungen nicht anerkannt ist<sup>15</sup>, sondern deren jeweiliges Recht, das die kirchlichen Gerichte bis zur Abschaffung im Jahre 1955 angewendet haben. In der Auslegung und Anwendung religiösen Rechts bleibt den Richtern, die vorwiegend Moslems sind, ein weiter Spielraum, da dem Islamrecht eine Vorzugsstellung als subsidiäres Recht zukommt. Art. 1, Abs. 2 des ägyptischen Zivilgesetzbuches bestimmt: "In Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung hat der Richter nach dem Gewohnheitsrecht und, in Ermangelung eines solchen, nach dem islamischen Recht zu entscheiden".

### 6. Beschränkung der Anwendung religiösen Rechts durch den ordre public

Eine Einschränkung der Anwendung des religiösen Rechts der anerkannten christlichen Gemeinschaften erfolgt nach Art. 6 II des Gesetzes Nr. 462/1955 durch die Klausel des ordre public, wonach die Bestimmungen religiösen Rechts den Prinzipien der öffentlichen Ordnung nicht widersprechen dürfen. Diese Klausel wird von den staatlichen Gerichten herangezogen sowohl bei internen Kollisionen zwischen staatlichem und religiösem Recht der nichtislamischen anerkannten Gemeinschaften, als auch in den Fällen, in denen ausländisches Recht anzuwenden ist. Der ordre public ist ein weiter Begriff. Nach manchen Autoren ist er rein profan zu verstehen, so daß nur zu prüfen ist, ob die Anwendung einer religiösen Norm den jeweiligen Interessen der Gesellschaft entspricht oder nicht<sup>16</sup>. Nach anderen ist der ordre public mit dem islamischen Recht identisch, so daß die Anwendung eines religiösen nichtislamischen oder ausländischen Rechts immer dann ausgeschlossen ist, wenn es einer klaren Bestimmung des Koran oder der einhellenen traditionellen Lehre des Islam widerspricht<sup>17</sup>.

Als Beispiele eines Verstoßes religiöser Rechtsinstitute gegen den o.p. seien nur folgende erwähnt:

- Die im Personalstatut der orthodoxen Kopten enthaltene Bestimmung, wonach im Ehescheidungsurteil dem Ehemann oder beiden Partnern eine Wiederheirat verboten werden kann<sup>18</sup>;

- das absolute Verbot der vierten Ehe in der griechisch-orthodoxen und in der syrisch-orthodoxen Kirche;

- die Nichtbeachtung der für die mohammedanische Bevölkerung vorgeschriebenen Wartezeit. Diese beträgt gemäß Art. 311 sowohl für die mohammedanische als auch für die christliche Frau bis zum 55. Lebensalter drei Monate.

Das Prinzip des o.p. kommt auch immer dann zum Zuge, wenn die Anwendung ausländischen Rechts gemäß Art. 28 ZGB den guten Sitten in Ägypten widerspricht. Daher ist die Ehe auch eines ausländischen christlichen Mannes mit einer Moslemfrau in Ägypten ohne Wirkung und gilt als nicht existent, auch wenn sie nach dem Heimatrecht beider Ehegatten gültig ist<sup>19</sup>. Ebenso gilt als Verstoß gegen den ägyptischen o.p. ein ausländisches Verbot der Polygamie für Moslems<sup>20</sup>.

## 7. Anwendung religiösen Rechts von Ägypten im internationalen Konfliktfall

Eine entscheidende Frage ist, ob die auf alter islamischer Rechtstradition beruhende und für Ägypten im Art. 6 II des Ges. Nr. 462/1955 festgeschriebene Regel, wonach in Personalstatutssachen das Recht einer anerkannten christlichen Gemeinschaft nur bei Konfessions- und Ritusgleichheit der Beteiligten, sonst aber (auch wenn kein Mohammedaner beteiligt ist) stets das Islamrecht anzuwenden ist, nur für interne Konflikte gilt, an denen ausschließlich Ägypter beteiligt sind, oder aber diese Norm auch in Fällen, in denen ein Beteiligter Ausländer ist, entsprechend anzuwenden ist. Das Problem ist in Ägypten umstritten. Das Schrifttum befürwortet durchweg die Anwendung des Art. 6 auch auf national gemischte Ehen<sup>21</sup>. Das ist auch die überwiegend vertretene Auffassung in der ägyptischen Rechtsprechung. Sofern ein Ehegatte Ägypter ist, wird in Ehesachen ohne weiteres das religiöse Recht des ägyptischen Gatten zugrundegelegt und die Zugehörigkeit des ausländischen Ehegatten zu einem anderen Ritus nicht beachtet<sup>22</sup>.

## 8. Ehescheidung

In dem Falle der Auflösung (Scheidung) oder Ungültigkeitserklärung der Ehe zwischen Personen verschiedener Konfessions- oder Rituszugehörigkeit verlangt die ägyptische Rechtsordnung die Berücksichtigung der religiösen Rechte beider Ehegatten, in Anwendung der Lehre der hanefitischen Rechtsschule, wonach die Scheidung der Ehe zwischen Christen verschiedener Konfession ausgeschlossen ist, wenn sie nicht durch das Recht beider zugelassen ist. Art. 6 II Ges. Nr. 467/55 verweist auf das Gesetz Nr. 78/1931 über die Verfassung des Scheriatgerichts; Art. 99 bestimmt, daß die Scheidungsklage eines nichtmuslimischen Ehegatten unzulässig ist, wenn nicht der Glaube beider die Scheidung zuläßt. Daher scheidet kein ägyptisches Gericht die Ehe zwischen Nichtmoslems, wenn ein Ehegatte katholisch ist<sup>23</sup>. Dieser Grundsatz kommt auch dann in Anwendung, wenn der katholische Teil Ägypter, der andere Ausländer und nicht Moslem ist, weil auch in diesem Fall ägyptisches Recht allein maßgebend ist (Art. 14 ZGB). Als solches gilt außer dem islamischen auch das Recht der anerkannten religiösen Gemeinschaften. Sind aber beide Ehegatten Ausländer, so ist das Heimatrecht des Ehemannes zur Zeit der Klageerhebung anzuwenden (Art. 13 ZGB). Als ausländisches Heimatrecht gilt das innere staatliche Recht unter Ausschluß des IPR (Art. 26-27 ZGB).

## Jordanien

In Jordanien ist das Ehe- und Familienrecht - abgesehen vom Stammesrecht der Beduinen - im wesentlichen nach dem religiösen Recht geregelt. Für Moslems gilt das Personalstatutsgesetz Nr. 61/1976. Für die anerkannten christlichen Religionsgemeinschaften (Juden gibt es in Jordanien nicht) gilt gemäß Art. 109 der Verfassung von 1952 und Art. 5 des Gesetzes Nr. 2/1938 über die Geistlichen Geichtshöfe das jeweilige religiöse Recht.

Auf dem Gebiet des Erbrechts gilt Art. 6 des Gesetzes Nr. 8/1941 über den Nachlaß von Nichtmohammedanern und Ausländern, das mit Gesetz Nr. 8/1958 auch auf das Westjordanland ausgedehnt wurde. Demnach ist für Angehörige der christlichen Kirchen deren religiöses Recht nur bezüglich der Testierfähigkeit und der Form der letztwilligen Verfügungen maßgebend, während die materielle Gültigkeit der Testamente nach Islamrecht zu berüteilen ist und die Inerstarbfolge dem ottomanischen Gesetz vom 13.3.1913 zu entnehmen ist<sup>24</sup>.

### *I. Die anerkannten christlichen Gemeinschaften*

Offiziell anerkannt sind die folgenden christlichen Kirchen:  
die griechisch-orthodoxe Kirche,  
die armenisch-gregorianische (orthodoxe) Kirche,  
die armenisch-katholische Kirche,  
die lateinische Kirche,  
die griechisch-katholische (melkitische) Kirche,  
die arabisch-evangelische Gemeinschaft.

Die Zugehörigkeit zu einer bestimmten autonomen kirchlichen Gemeinschaft regelt sich grundsätzlich nach dem jeweiligen religiösen Recht. Das staatliche Personenstandsgesetz Nr. 32/1966 bestimmt, daß die Religionszugehörigkeit in die Zivilstandsregister einzutragen ist. Sofft ein staatliches Gericht in Personalstatusangelegenheiten von Christen zu entscheiden hat, wird für den Nachweis eines Religions- oder Konfessionswechsels eine Bestätigung der zuständigen religiösen Behörde verlangt.

### *II. Angelegenheiten des Personalstatuts*

Als Personalstatutsangelegenheiten gelten nach Art. 109 der jordanischen Verfassung und Art. 5 des Gesetzes Nr. 2/1938 i.V. mit Art. 2 der Prozeßordnung für die Scheriatgerichte Nr. 31/1959, jene Angelegenheiten, für welche nach der Rechtstradition die Scheriatgerichte zuständig sind: Eheschließung, Nichtigkeit und Auflösung (Scheidung) der Ehe, Trennung von Tisch und Bett, Brautgabe des Mannes, Mitgift der Frau, Unterhalt der Ehegatten, Abstammung, Vaterschaftsanerkennung, Legitimation, Vormundschaft und Entmündigung.

### *III. Ehrerecht*

Die Ehe von Moslems ist von dem Personalstatutsgesetz Nr. 61/1976 geregelt, dieses Gesetz beruht ebenso wie das frühere Personalstatutsgesetz von 1951 auf dem klassischen islamischen Recht hanefitischer Schule. Ein Mohammedaner darf nach Art. 19 bis zu vier Frauen haben, auch wenn die eine oder andere Christin ist. Jedoch hat die erste Frau die Möglichkeit, in den Ehevertrag die Bedingungen aufzunehmen, daß sie die Scheidung verlangen kann, wenn der Mann eine zweite Frau heiratet.

Die Ehe zwischen Christen richtet sich nach deren eigenem religiösen Recht. Als Ortsform für die Eheschließung in Jordanien ist die religiöse Trau-

ung zwingend vorgeschrieben. Daher können auch ausländische Christen in Jordanien nur in kirchlicher Form heiraten.

#### *IV. Die Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte*

Die kirchlichen Gerichte sind sachlich im gleichen Umfang zuständig wie die islamischen Scheriasgerichte, soweit sich deren Zuständigkeit nicht auf spezifisch islamische, bei den anderen Gemeinschaften nicht vorkommende Rechtstraditionen bezieht. Die Qualifikation einer Personalstatutssache ist jedoch ungeteilt der Religionszugehörigkeit der Beteiligten dem für Moslems geltendem Recht zu entnehmen, d.h. primär dem Katalog des Art. 2 der Prozeßordnung für die Scheriasgerichte vom 1.11.1959 und subsidiär dem von den Vorstellungen des Islamrechts geprägten Gewohnheitsrecht<sup>25</sup>.

1. In Personalstatutsangelegenheiten von Jordanern, die derselben christlichen Gemeinschaft angehören, ist deren Kirchengericht ausschließlich zuständig (Art. 5, Ges. Nr. 2/1938). Voraussetzung dafür ist, daß die betreffende christliche Gemeinschaft von der jordanischen Regierung offiziell anerkannt ist (Art. 3) und einen eigenen Gerichtshof hat. Von den anerkannten christlichen Kirchen haben in Jordanien einen eigenen Gerichtshof: die orthodoxen Griechen, die Lateiner in Amman und Jerusalem (Altstadt), und die Melkiten in Amman.

2. In Personalstatutsangelegenheiten von Angehörigen einer nicht anerkannten Gemeinschaft oder einer anerkannten Gemeinschaft ohne eigenen Gerichtshof sind die staatlichen Gerichte zuständig, die sich bei ihren Entscheidungen unter Beachtung der Grundsätze der Billigkeit und Gerechtigkeit an den Regeln und Glaubenssätzen der betreffenden Gemeinschaft auszurichten haben. Wenn kein religiöses Recht existiert oder sich Zweifel über deren Inhalt ergeben, so wendet das Gericht das Recht derjenigen religiösen Gemeinschaft an, die der Gemeinschaft eines oder beider Partner am nächsten steht. (Art. 9 Ges. Nr. 2/1938)<sup>26</sup>.

3. Für religiöse Mischbeziehungen sind die staatlichen Gerichte zuständig, sowohl dann, wenn es sich um Beziehungen zwischen Moslems und Nicht-Moslems handelt und die Parteien nicht die Zuständigkeit des Scheriasgerichtes vereinbart haben (Art. 7), als auch dann, wenn es sich um Rechtsbeziehungen zwischen Angehörigen verschiedener christlicher Konfessionen handelt (außer der Ehe, für die die Sonderregel des Art. 11 Ges. Nr. 2/1938 gilt) und die Parteien nicht die Zuständigkeit des für eine Partei persönlich zuständigen kirchlichen Gerichtshofes vereinbart haben (Art. 10)<sup>27</sup>. Schließlich sind die staatlichen Gerichte immer dann primär zuständig, wenn Ausländer beteiligt sind und nach jordanischem IPR ausländisches Recht anzuwenden ist. In diesem Fall sind die Kirchengerichte nur bei Einverständnis aller Parteien zuständig<sup>28</sup>.

4. Wenn die Parteien verschiedenen christlichen Gemeinschaften angehören und der Streitgegenstand die Ehe oder die Folge der Ehe ist, so ist der kirchliche Gerichtshof derjenigen Gemeinschaft zuständig, nach deren Ritus die Ehe geschlossen wurde. Ist die Ehe in den Kirchen beider Gemeinschaften ge-

schlossen worden, so ist der Gerichtshof jener Gemeinschaft zuständig, in der die Ehe zuerst geschlossen wurde. Haben solche Gemeinschaften keinen eigenen Gerichtshof, so ist das staatliche Gericht zuständig (Art. 11 Ges. Nr. 2/1938).

Nach Übertritt einer Partei zum Islam einer bis dahin christlichen homogenen Ehe sind die staatlichen Gerichte nach Maßgabe des Art. 7 zuständig, auch dann, wenn der Übertritt erst nach Rechtshängigkeit erfolgt, nicht hingegen bei Übertritt eines Gatten zu einer anderen christlichen Konfession.

5. Wenn in Streitsachen von Personalstatutssachen sowohl ein Christ als auch ein Moslem beteiligt ist, so sind die ordentlichen staatlichen Gerichte zuständig, es sei denn, die Parteien vereinbaren die Zuständigkeit des Scheriatgerichts (Art. 7 Ges. Nr. 2/1938). Dieses wendet islamisches Recht an. Wird das ordentliche Gericht mit der Sache befaßt, so kann dieses gemäß Art. 8 den Richter des Scheriatgerichts oder den Vorsitzenden des zuständigen kirchlichen Gerichts um Auskunft über das Recht ersuchen, welches die betreffenden kirchlichen Behörden in dem Falle anwenden würden (Art. 8). In Ehesachen, in denen ein Moslem beteiligt ist, kommt stets islamisches Recht in Anwendung, auch dann, wenn ein Übertritt zum Islam erst nach Klageerhebung erfolgt ist.

#### 6. Verfahren vor den Kirchengerichten - Staatliche Vollstreckung der Urteile

Die kirchlichen Gerichte urteilen nach ihrem eigenen Prozeßrecht (Art. 13, es. 31/59). Allerdings sind die Vorschriften über die Zahl und Ernennung der Richter zwingendes staatliches Recht (Art. 4-5). Die Entscheidung eines nicht ordnungsgemäß besetzten Gerichtshofes darf nicht vollstreckt werden. Die Urteile der kirchlichen Gerichte werden in dem gleichen Verfahren vollstreckt, das auch für die Urteile der ordentlichen Gerichte maßgebend ist (Art. 2 Zwangsvollstreckungsgesetz Nr. 31/1952<sup>29</sup>).

#### Israel

Im Staate Israel hat sich der Rechtszustand, wonach die Regelung in Familienrechtssachen israelischer Staatszugehöriger, sofern sie Mitglieder einer anerkannten Religionsgemeinschaft sind, durch das religiöse Recht erfolgt, und familienrechtlicher Streitigkeiten vor den zuständigen religiösen Gerichten ausgetragen werden, im wesentlichen bis heute erhalten, wie er seit ältesten Zeiten in Übung war, von dem moslemischen ottomanischen Reich übernommen und von der englischen Mandatsmacht im Gesetz "Palestine Order and Council", 1922 - 1947 näherhin festgelegt wurde. Eine gewisse Einschränkung hat diese Regelung des religiösen Familienrechts vor allem durch die folgenden, für alle Staatsbürger ohne Unterschied der Religionszugehörigkeit geltenden Spezialgesetze erfahren: Gesetz über das Heiratsalter der Frau, 1951; Gesetz über die Adoption, 1960; Gesetz über die Rechtsfähigkeit und Vormundschaft, 1962; Erbgesetz, 1965; Gesetz über die Gerichtsbarkeit in Angelegenheiten von Eheauflösungen, 1969.

Sämtliche Bestrebungen von laikalen Gruppierungen nach Einführung eines einheitlichen staatlichen Ehe- und Familienrechts und nach Abschaffung der

zivilen Zuständigkeit der religiösen Gerichte, sind bis heute vor allem bei dem orthodoxen Judentum und den Rabbinaten auf heftigen Widerstand gestoßen.

### *I. Die anerkannten Religionsgemeinschaften*

Im gesamten Eherecht und in einigen anderen Teilen des Familienrechts gilt, soweit die Materie nicht durch staatliche Gesetze geregelt ist, das religiöse Recht der in Israel anerkannten Religionsgemeinschaften. Das sind folgende:

die jüdische Religion;

die islamische Religion;

zehn christliche Kirchen: die griechisch-orthodoxe, die lateinische, die gregorianisch-armenische, die armenisch-katholische, die syrisch-katholische, die chaldäisch-katholische, die melkitische, die maronitische, die syrisch-orthodoxe Kirche und die evangelische Episkopalkirche (d.i. eine Vereinigung der englischen und arabischen anglikanischen Kirchen);

die drusische Religionsgemeinschaft;

die Gemeinschaft der Bahai-Gläubigen<sup>30</sup>.

Die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft bestimmt sich nach dem betreffenden religiösen Recht. Ein Religionswechsel ist nach staatlichem Recht wirksam, wenn der Übertritt in die neue Gemeinschaft durch förmliche Aufnahme erfolgt ist und darüber die schriftliche Mitteilung an die Bezirksverwaltung gemacht ist. Der bloße Austritt aus einer Religionsgemeinschaft ohne förmlichen Übertritt zu einer anderen hat im Staate Israel keine zivilrechtliche Wirkung. Der Übertritt zu einer anderen Religionsgemeinschaft beeinflußt weder die Gültigkeit der bisher bestehenden ehrenrechtlichen Verpflichtungen noch die Zuständigkeit der bisherigen religiösen Gerichtsbarkeit, es sei denn, daß bei de Ehegatten zu derselben Religionsgemeinschaft übergetreten sind<sup>31</sup>.

### *II. Das Eherecht*

Israel ist ein Land mit dem System der obligatorischen religiösen Ehe. Daher gibt es kein ziviles Eheschließungs- und Scheidungsrecht.

1. Die materiellen *Gültigkeitsvoraussetzungen* der Ehe, Ehefähigkeit und Ehehindernisse, bestimmen sich nach dem religiösen Recht. Doch ist das staatliche Verbot der Frühehe für Frauen zu beachten, wonach eine Frau erst nach vollendetem 17. Lebensjahr heiraten darf. Das Gesetz über das Heiratsalter, 5710-1950, bestimmt in Nr. 2: Wer ein Mädchen, das das 17. Lebensjahr nicht vollendet hat, heiratet, oder die Eheschließung eines solchen vornimmt oder in irgendeiner Eigenschaft bei der Eheschließung mitwirkt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit einer Geldstrafe bis zu 60 Schekel oder mit beiden bestraft<sup>32</sup>. Die unter Mißachtung des Verbotes geschlossene Ehe ist zwar gültig, kann aber auf Antrag geschieden werden. Das Landgericht kann die Eheschließung einer Frau unter 17 Jahren gestatten, wenn besondere Gründe vorliegen.

2. Die Form der Eheschließung richtet sich nach dem religiösen Recht. Daher erfolgt die Eheschließung von Inländern und Ausländern vor der religiösen

Behörde, die nach dem Recht der Eheschließenden zuständig ist. Dasselbe gilt auch für Eheschließende, von denen keiner einer in Israel anerkannten Religionsgemeinschaft angehört. Nach der Eheschließung wird die Trauungsurkunde nach dem vom Kultusministerium vorgeschriebenen Formular ausgestellt. Gemäß der Vorschrift des Gesetzes über das Bevölkerungsregister, 5725-1965, Sect. 15, ist eine Abschrift der Urkunde innerhalb von 14 Tagen an den Registrierungsbeamten zu senden<sup>33</sup>.

Obwohl in Israel die religiöse Eheschließung obligatorisch ist und eine zivile Eheschließung ausgeschlossen ist, sind Ehen israelischer Staatsangehöriger, die im Ausland gemäß dem Ortsrecht nur in ziviler Form geschlossen werden, von den staatlichen Behörden als gültig anerkannt, auch wenn sie von der Religionsgemeinschaft, der ein oder beide Ehegatten angehören, wegen Formmangels oder eines entgegenstehenden Hindernisses nicht anerkannt sind<sup>34</sup>.

Aus dieser gewohnheitsrechtlichen Norm des Internationalen Privatrechts in Israel folgt die Möglichkeit sog. "hinkender Ehen". So ist z.B. eine von katholischen oder orthodoxen Christen im Ausland nach der Ortsform zivil geschlossene Ehe am Eheschließungsort und im Staaate Israel gültig, aber nach katholischem und orthodoxem Recht wegen Mangels der priesterlichen Segnung nichtig. Solche "hinkende Ehen" können wegen der Unvorhersehbarkeit der Folgen im inneren und äußeren Bereich nicht selten zu tragischen Konfliktsituationen führen.

3. Auflösung und Ungültigkeitserklärung der Ehe. Die Gründe für die Auflösung oder Ungültigkeitserklärung der Ehe richten sich nach dem religiösen Recht der Ehegatten. Daher kann eine gültig geschlossene und vollzogene Ehe von Katholiken nicht aufgelöst werden. Eine gültige Ehe von Katholiken, auch wenn bloß ein Teil katholisch ist, kann durch das staatliche Gericht in Israel nicht geschieden werden. Dieser staatlichen Regelung steht allerdings die Möglichkeit der staatlichen Anerkennung einer im Ausland erfolgten zivilen Scheidung entgegen. Israeliische Staatsangehörige werden aufgrund der Vorlage eines ausländischen Scheidungsurteils im Bevölkerungsregister als "geschieden" registriert<sup>35</sup>. Doch können die so Geschiedenen in Israel keine neue Ehe eingehen, sofern die vorausgehende nicht auch nach dem religiösen Recht aufgelöst ist.

### *III. Die Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte*

Die in Israel anerkannten Religionsgemeinschaften haben das Recht auf eigene Gerichtsbarkeit in Personalstatutsangelegenheiten. Diese Zuständigkeit ist teils ausschließlich, teils konkurrierend mit den staatlichen Gerichten gegeben.

1. Die Organisation der religiösen Gerichte fällt in die ausschließliche Zuständigkeit der anerkannten Religionsgemeinschaften. Folgende christliche Religionsgemeinschaften haben ein eigenes staatlich anerkanntes Gericht: die orthodoxen Griechen, die orthodoxen Armenier, die katholischen Armenier, die Lateiner, die katholischen Syrer, die katholischen Chaldäer, die Melkiten, die Maroniten und die evangelische Episkopalkirche. Die katholischen Armenier und Syrer beauftragen für gewöhnlich das Gericht der lateinischen Kirche. Gerichts-

sitze erster Instanz sind in Jerusalem für die orthodoxen Griechen und orthodoxen Armenier; in Nazareth für die orthodoxen Griechen, für die Melkiten und die Lateiner; in Haifa für die orthodoxen Griechen. Gerichtssitze zweiter Instanz sind in Jerusalem für die orthodoxen Griechen und die orthodoxen Armenier; in Nazareth für die Lateiner und in Haifa für die Maroniten. Die Gerichtsbezirke können sich über die Landesgrenzen hinaus erstrecken.

## 2. Sachliche und persönliche Zuständigkeit der religiösen Gerichte.

Die Gerichte der vorgenannten Religionsgemeinschaften sind gemäß Art. 51 des Gesetzes "Palestine Order and Council", 1922 - 1947, zum Teil ausschließlich, zum Teil konkurrierend mit den staatlichen Gerichten zuständig in Angelegenheiten des Personalstatuts, vorbehaltlich der Vorschriften der Artikel 64-67 desselben Gesetzes. Angelegenheiten des Personalstatuts sind: Eheschließung, Auflösung der Ehe und Ungültigkeitserklärung, Unterhalt der Frau, Alimente, Vormundschaft, Legitimation unehelicher Kinder, Verwaltung des Vermögens Abwesender.

a) *Die ausschließliche Zuständigkeit* der Gerichte der christlichen Kirchen ist gegeben in den Angelegenheiten der Eheschließung, der Ehescheidung oder Auflösung der Ehe und der Ungültigkeitserklärung der Ehe, der Trennung von Tisch und Bett sowie für Unterhaltsfragen der Frau, sofern beide Ehegatten derselben Gemeinschaft angehören, die in Israel staatliche Anerkennung besitzt, und israelische Staatsangehörige sind.

b) In allen übrigen Personalstatusangelegenheiten sind die kirchlichen Gerichte *konkurrierend mit dem Zivilgericht* zuständig, d.h. wenn die Streitparteien einverstanden sind, daß die Frage vom kirchlichen Gericht entschieden werden soll. Dasselbe gilt auch für Familienrechtssachen (ausgenommen Ehescheidung und Ungültigkeitserklärung der Ehe) von ausländischen Mitgliedern einer in Israel anerkannten kirchlichen Gemeinschaft (vgl. Art. 65 Palestine Order and Council).

*In Adoptionssachen* sind nach dem Gesetz über die Adoption von Kindern, 5741-1981<sup>36</sup> die Landgerichte (District Courts) primär zuständig. Doch kann bei Vorliegen der beiden folgenden Voraussetzungen auch ein kirchliches Gericht zuständig werden: die Eltern bzw. die Adoptierenden haben schriftlich der Gerichtsbarkeit dieses Gerichtes zugestimmt; der zu Adoptierende hat schriftlich der Gerichtsbarkeit dieses Gerichtes zugestimmt oder, wenn er unter 9 Jahren alt ist oder nicht fähig ist, die Zustimmung zu geben, der Rechtsberater der Regierung hat diese Zustimmung erteilt (Sect. 27). Für das kirchliche Gericht gelten die Bestimmungen dieses Gesetzes.

*In allen Personalstatusangelegenheiten Konfessionsloser oder solcher Inländer oder Ausländer, die keiner Religionsgemeinschaft angehören, die in Israel anerkannt ist, sind die Zivilgerichte ausschließlich zuständig.*

3. Auflösung (Scheidung und Ungültigkeitserklärung) religiöser Mischehen Bis zum Erlaß des Gesetzes über die Gerichtsbarkeit in Angelegenheiten der Eheauflösungen, 5729-1969, konnten Mischehen von Ausländern weder von einem religiösen, noch von einem staatlichen Gericht aufgelöst werden (s. Art. 64 und 65 Palestine order and Council). Bei Inländern gab es eine sehr begrenzte Möglichkeit, Auflösungen von religiösen Mischehen mit Zustimmung aller Be-

teiligten durch den Präsidenten des Obersten Gerichts an ein gewähltes religiöses Gericht verweisen zu lassen. Das so bestimmte Gericht sprach dann in Anwendung seines eigenen Rechts das Nichtbestehen der Ehe aus. Das war aber dann nicht möglich, wenn einer der Partner eine fremde Staatsangehörigkeit besaß.

Das neue Gesetz bestimmt für alle Fälle von religiösen Mischehen, daß beide Ehegatten oder auch nur einer der beiden das Ansuchen an den Präsidenten des Obersten Gerichts stellen können, daß er das für die Auflösung der Mischehe zuständige Gericht bestimme. Wenn beide Parteien es wünschen, bestimmt er das von ihnen gewählte Gericht (das nur das religiöse Gericht sein kann, dem der eine oder der andere Ehegatte untersteht), wobei davon auszugehen ist, daß dieses Gericht die Ehe für ungültig erklärt. Sonst wird der Fall dem Landgericht zugewiesen. In der Praxis weist der Präsident des Obersten Gerichts den Fall dem kirchlichen Gericht zu, wenn die Mischehe nach katholischem Ritus geschlossen wurde. In diesem Fall ist dann eine Ehescheidung ausgeschlossen.

Als Mischehen gelten nach dem Gesetz vom 17.7.1969 Ehen, die zwischen Personen geschlossen sind, die nicht derselben Religionsgemeinschaft bzw. Bekennnis- und Ritusgemeinschaft angehören, die in Israel anerkannt ist und ein eigenes kirchliches Gericht hat. Demnach gilt als Mischehe nicht nur die Ehe zwischen Christen verschiedener Bekennniszugehörigkeit (z.B. Katholiken und Orthodoxen), sondern auch zwischen Katholiken, die verschiedenen autonomen Rituskirchen zugehören (z.B. Maroniten-Melkiten). Als Mischehe gilt auch die Ehe zwischen Christen und Nichtgetauften.

Das Klagebegehren auf Auflösung oder Ungültigkeitserklärung einer Mischehe kann nur beim Präsidenten des Obersten Gerichts eingereicht werden.

Falls wenigstens einer der Partner einer im Staate anerkannten Religionsgemeinschaft angehört, verlangt der Präsident des Obersten Gerichts über den Rechtsberater der Regierung von der zuständigen kirchlichen Behörde ein Gutachten, aus dem hervorgeht, ob und unter welchen Voraussetzungen die Ehe nach religiösem Recht aufgelöst oder für ungültig erklärt werden kann. Nach Erhalt des Gutachtens und, in einem jeden Fall, nach Ablauf von drei Monaten kann der Präsident nach Anhören der Parteien den Fall entweder dem zuständigen kirchlichen Gericht oder dem Landgericht zur Entscheidung übergeben.

Das kirchliche Gericht wendet in seinen Entscheidungen das eigene materielle Recht an, muß aber außerdem die staatlichen Gesetzesbestimmungen beachten, vor allem das Gesetz 5711-1951 über die Gleichberechtigung der Frau<sup>37</sup> und das Gesetz 5733-1973 über die Vermögensverhältnisse der Ehegatten<sup>38</sup>.

Das Landgericht wendet in seinen Entscheidungen das materielle Recht in folgender Reihenfolge an:

- a) das innere Recht des gemeinsamen Wohnsitzes der Ehegatten;
- b) das innere Recht des Landes, dessen Staatsbürger die Ehegatten sind;
- c) das innere Recht des Eheschließungsortes; jedoch hat das Gericht kein derartiges Recht anzuwenden, wenn verschiedene Rechtsvorschriften für die Ehepartner anzuwenden sind. Ist kein Recht gemäß a, b, c anwendbar, so kann das Gericht das innere Recht am Ort des Wohnsitzes des einen der Ehegatten anwenden, wenn es ihm gerecht erscheint. In einem jeden Fall gilt das Einverständnis der Ehegatten als Scheidungsgrund.

Das Landgericht verweigert die Scheidung, wenn die Ehe nach katholischem Recht geschlossen wurde und der katholische Ehegatte der Scheidung widerspricht.

Hinsichtlich aller übrigen Streitigkeiten in einer Mischehe gilt Art. 55 des Gesetzes "Palestine Order and Council", 1922-1947, wonach der Präsident des Obersten Gerichts über die Zuständigkeit eines religiösen Gerichts entscheidet. In der Regel wird jedoch das Landgericht beauftragt. Bei Entscheidungen über die Religionszugehörigkeit eines Kindes aus einer Mischehe wendet das Landgericht dasjenige (religiöse oder zivile) Recht an, welches für das Kind objektiv günstig ist.

#### 4. Staatliche Vollstreckung kirchlicher Entscheidungen

Die Entscheidungen kirchlicher Gerichte oder Behörden erhalten Rechtskraft mit der Vollstreckung durch die staatliche Vollstreckungsbehörde. Die Vollstreckung kann verweigert werden:

- a) wegen mangelnder Zuständigkeit des kirchlichen Gerichts;
- b) wenn verbindliche staatliche Gesetze nicht beachtet wurden, z.B. das Gesetz über die Gleichberechtigung der Frau, worin bestimmt wird, daß die Frau über das von ihr vor der Ehe erworbene Vermögen freies Verfügungrecht hat und daß die Ehegatten gemeinschaftlich die elterliche Gewalt über die Kinder ausüben;
- c) wenn die Vollstreckungsbehörde zur Auffassung kommt, daß das kirchliche Urteil die natürliche Gerechtigkeit (natural justice) verletzt hat;
- d) wenn das kirchliche Urteil gegen den staatlichen ordre public verstößt<sup>39</sup>.

### Libanon

Von den Ländern des ehemaligen ottomanischen Reichs ist Libanon das klassische Land des religiösen Ehe- und Familienrechts mit seiner Vielfalt von Rechtsordnungen und Gerichtsbarkeiten, die unter sich gleichberechtigt sind. Während für die beiden Gruppen der Moslems (Sunniten und Schiiten) ihr jeweiliges religiöses Recht grundsätzlich im gesamten Bereich des Familien- und Erbrechts gilt, soweit nicht die Bestimmungen des für Moslems fortgeltenden ottomanischen Familienkodex vom 25.10.1917 über das Ehorecht eingreifen (z.B. Verbot der Polygamie), gilt für die elf anerkannten christlichen Kirchen und die jüdische Gemeinschaft religiöses Recht lediglich im Ehe- und Familiengericht uneingeschränkt, während im Erbrecht die Bestimmungen religiösen Rechts nur eingreifen, soweit das staatliche Recht (Loi sur les successions des Non-Manhométans vom 23.6.1959) keine Regelung getroffen hat. Entsprechend diesem Grundsatz hat der libanische Kassationsgerichtshof Entscheidungen der katholischen Kirchengerichte in Erbschaftssachen getrennter Ehegatten für nicht vollstreckbar erklärt<sup>40</sup>.

#### *I. Anerkannte Religionsgemeinschaften*

Offiziell anerkannt sind fünfzehn Religionsgemeinschaften, davon sechs katholische Kirchen: die Maroniten, die Lateiner, die Melkiten, die Armenier, die Chaldäer und die Syrer; vier nichtkatholische orientalische Kirchen: die gri-

chische, die armenisch-gregorianische, die syrische und die assyrisch-chaldäische Kirche; schließlich die evangelische Gemeinschaft. Zu den islamischen Gemeinschaften sind außer den Sunnitern und den Schiiten auch die Druzen zu zählen. Anerkannt ist auch die jüdische Gemeinschaft, die kaum noch vertreten ist.

*Die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft* ist durch das jeweilige religiöse Recht geregelt. Doch sieht die staatliche Rechtsordnung vor, daß Volljährige nach Belieben aus einer anerkannten Religionsgemeinschaft austreten und in eine andere überreten können: Vom Zeitpunkt des Übertritts an untersteht der Übergetretene dem Recht der neuen Gemeinschaft. Doch gilt dieser Grundsatz für die Ehwirkungen nur dann, wenn beide gemeinsam zu derselben Religionsgemeinschaft überreten (Art. 23 II Arreté Nr. 60/LLr v. 13.3.1936, i.d.F. des Arreté Nr. 146/LR v. 18.11.1938). Diese Beschränkung beruht auf der Erwägung, daß es bei Ausdehnung der Regel auf die Fälle des Übertritts nur eines Ehegatten dessen Willkür überlassen wäre, das für die Ehwirkungen und für die Ehescheidung maßgebende Personalstatut beliebig zu ändern, zumal der Wechsel der Religionszugehörigkeit leicht vorzunehmen ist<sup>41</sup>. Wenn ein Ehegatte zu einer anderen Gemeinschaft übertritt, etwa um die Scheidung seiner Ehe zu erlangen, so ist das ohne Wirkung. Er bleibt dem Recht der früheren Gemeinschaft unterstellt, in welcher die Ehe geschlossen worden ist (Art. 23 Arreté Nr. 60/LR 1936) und zwar auch in dem Fall des Übertritts zum Islam, da diesem im Libanon keine Vorrechtssstellung zukommt.

## *II. Angelegenheiten des Personalstatuts*

Für die elf anerkannten christlichen Kirchen ist deren jeweiliges religiöses Recht für das gesamte Ehe- und Familienrecht maßgebend. Das Erbrecht ist für alle Nicht-Mohammedaner durch das staatliche Gesetz vom 23.6.1959 einheitlich geregelt<sup>42</sup>.

Durch das staatliche Gesetz vom 2.4.1951<sup>43</sup> wurde den anerkannten nicht-muselmanischen Religionsgemeinschaften die Pflicht auferlegt, binnen einem Jahr den Text der Personalstatutgesetze vorzulegen. Mit Ausnahme der assyrisch-chaldäischen Gemeinschaft haben alle christlichen Kirchen die Gesetzes-texte vorgelegt.

Diese Personalstatutgesetze<sup>44</sup> sind nie von der Regierung formell bestätigt worden, doch faktisch von den staatlichen Gerichten als Gewohnheitsrecht anerkannt.

Nach dem Gesetz vom 2.4.1951 über die Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte gehören zu den Angelegenheiten des Personalstatuts:

1. Das Verlöbnis und die Morgengabe (Art. 2);
2. die Voraussetzungen für die Ehe, der Ehevertrag, die Gültigkeit und Nichtigkeit der Ehe, die Auflösung und Trennung von Tisch und Bett, die Fragen der Mitgift (Art.3);
3. die Kindschaft, Legitimation, Adoption, die elterliche Gewalt (Art. 4);
4. Unterhalt zwischen den Eltern, auch im Zusammenhang mit der Auflösung oder Ungültigkeitserklärung der Ehe, Zuteilung und Bemessung des Unterhalts für die Kinder (Art. 5).

### *III. Das Eherecht*

Für die materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen der Ehe (Ehehindernisse) ist das religiöse Recht der Nupturienten ausschließlich maßgebend.

Als Eheschließungsform ist bei Inlandsehen die religiöse Trauung obligatorisch. Die christliche Ehe ist nichtig, die in Libanon vor einer zivilen Behörde geschlossen wird (Art. 16 Ges. 2.4.1951).

Eine ritusverschiedene Ehe oder eine konfessionsverschiedene Ehe muß grundsätzlich vor derjenigen religiösen Behörde geschlossen werden, der der künftige Ehemann angehört, sofern nicht die Nupturienten schriftlich übereingekommen sind, sich dem Recht der Ehefrau zu unterwerfen (Art. 15).

Die Form einer von christlichen Libanesen im Ausland geschlossenen Ehe bestimmt sich nach den Vorschriften des Landes, in welchem die Ehe geschlossen wird (Art. 25 Arreté 13.3.1936). Demnach ist eine im Ausland nur kirchlich geschlossene Ehe in Libanon als gültig anerkannt, wenn sie am Eheschließungsort anerkannt ist. Eine im Ausland von Libanesen entsprechend der Ortsform nur zivil geschlossene Ehe ist von den staatlichen Behörden in Libanon anerkannt.

### *IV. Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte*

1. *Eigene Gerichte* haben folgende Kirchen: die Maroniten (erste Instanz in Beirut und Tripoli, zweite Instanz in Beirut); die Melkiten (erste und zweite Instanz in Beirut); die orthodoxen Griechen (erste Instanz in Beirut, Tripoli, Akkar, Zahle, Tyr und Sidon, zweite Instanz in Damaskus); die orthodoxen Armenier (erste Instanz in Beirut, zweite in Antelias); die katholischen Armenier (erste und zweite Instanz in Beirut); die orthodoxen Syrer (erste Instanz in Beirut, zweite in Damaskus); die katholischen Syrer (erste und zweite Instanz in Beirut); die katholischen Chaldäer (erste Instanz in Beirut); die Lateiner (erste und zweite Instanz in Beirut); die evangelische Gemeinschaft (erste und zweite Instanz in Beirut).

2. Die sachliche und persönliche Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte, die Vollstreckung der Urteile und die Lösung von Kompetenzkonflikten zwischen den kirchlichen Gerichten untereinander und anderen religiösen oder staatlichen Gerichten, sind durch das Gesetz vom 2.4.1951 geregelt.

a) Die kirchlichen Gerichte sind ausschließlich zuständig in allen Angelegenheiten des Personalstatuts von Libanesen. Gemäß Art. 14 Ges. 2.4.1951 ist für die Entscheidungen in Ehesachen das Gericht oder die Behörde derjenigen Kirche zuständig, in der die Ehe geschlossen worden ist.

Für die Entscheidungen in Erbschaftsangelegenheiten von Libanesen ist das Zivilgericht ausschließlich zuständig.

b) Die Zivilgerichte sind in Personalstatutsangelegenheiten von Ausländern ausschließlich zuständig, wenn diese nach dem Heimatrecht des Ausländer nicht nach religiösem, sondern nach zivilem Recht geregelt sind. Die kirchlichen Gerichte sind für familienrechtliche Angelegenheiten von Ausländern nur dann zuständig, wenn ihr Heimatrecht gleichfalls das religiöse Recht ist (Art. 1, Arreté Nr. 109/LR v. 14.5.1935).

In allen Angelegenheiten, die an sich in die Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte fallen, ist die Anrufung der Zivilgerichte immer dann zugelassen, wenn die Personen verschiedenen Religionsgemeinschaften angehören (Art. 31, Ges. 2.4.1951). Nur für kirchliche Ehesachen ist die Zuständigkeit der Zivilgerichte ausgeschlossen.

c) Staatliche Vollstreckung kirchlicher Entscheidungen

Die Entscheidungen libanesischer und ausländischer kirchlicher Gerichte in Personalstatutsangelegenheiten von Libanesen erhalten Rechtskraft im Staat durch die Vollstreckbarkeitserklärung der staatlichen Vollstreckungsbehörde. Die staatlichen Gerichte prüfen im Exequaturverfahren außer der formellen Rechtskraft der kirchlichen Entscheidung auch die sachliche und personelle Zuständigkeit des kirchlichen Gerichtes (Art. 26, Ges. 2.4.1951).

### Syrien

Das Ehe- und Kindschaftsrecht sowie das Erbschaftsrecht der moslemischen Bevölkerung ist durch das Personalstatutsgesetz Nr. 59 vom 17.9.1953, i.d.F. des Gesetzes Nr. 34/1975 geregelt<sup>45</sup>, vorbehaltlich der Ausnahmebestimmungen des Art. 307 für die Drusen. Die folgenden Vorschriften des Personalstatutsgesetzes sind für alle Syrer ohne Unterschied der Religionszugehörigkeit bindend: Art. 162 über das Volljährigkeitsalter, das mit dem Ehefähigkeitsalter zusammenfällt; Art. 163-175 über die elterliche Gewalt; Art. 176-199 über die Vormundschaft; Art. 200-206 über die Pflegschaft; Art. 207-307 über die gesetzliche und testamentarische Erbfolge.

Alle übrigen Personalstatutsangelegenheiten der christlichen Gemeinschaften und der Juden sind durch deren religiöses Recht geregelt.

#### *I. Die anerkannten Religionsgemeinschaften*

Folgende Religionsgemeinschaften sind offiziell anerkannt:

Von der katholischen Kirche: die römisch-katholische, die griechisch-katholische (Melkiten), die Maroniten, die armenisch-katholische, die chaldäisch-katholische.

Von den nichtkatholischen Kirchen: die griechisch-orthodoxe, die armenisch-gregorianische, die chaldäische, die syrische, ferner die Synode der evangelischen Kirche Syriens und des Libanon.

#### *II. Angelegenheiten des Personalstatuts der christlichen Gemeinschaften*

Gemäß Art. 308 des Gesetzes Nr. 59/1953 i.d.F. Ges. Nr. 34/1975 finden für die Mitglieder der anerkannten Gemeinschaften die religiösen Gesetzesvorschriften Anwendung über die Verlobung, die Ehevoraussetzungen, die Eheschließung, die Ehwirkungen, die Unterhaltpflicht der Ehegatten, den Unterhalt der Kinder, die Nichtigkeit und Auflösung der Ehe sowie über die Mitgift und die Sorge für die Kinder.

Die katholischen Rituskirchen haben im März 1952 dem Justizministerium auf dessen Veranlassung Vorschläge für ein gemeinsames Personalstatutsgesetz vorgelegt. Doch ist bis heute eine staatliche Approbation nicht erfolgt. Daher

bleiben die Rechtsordnungen der verschiedenen selbständigen katholischen und nichtkatholischen Kirchen einstweilen als Gewohnheitsrecht anerkannt<sup>46</sup>.

### *III. Das Ehrech*t

1. Die materiellen Eheschließungsvoraussetzungen bestimmen sich für Syrer, die Mitglieder einer anerkannten christlichen Religionsgemeinschaft sind, nach deren jeweiligem religiösen Recht, mit Ausnahme der Ehefähigkeit, für welche gemäß Art. 7 syr. ZGB die Regelung des Art. 16 des Personalstatutsgesetzes für die mohammedanische Bevölkerung auf alle Syrer angewendet wird: der Mann erlangt die Ehefähigkeit mit Vollendung des 18., die Frau mit Vollen dung des 17. Lebensjahres.

Für die Form der Eheschließung ist die religiöse Trauung obligatorisch.

2. Konfliktregelung bei Auslandsbeteiligung. Gemäß den für alle ohne Unterschied der Religionszugehörigkeit verbindlichen Grundsätzen des syrischen IPR (Zivilgesetzbuch vom 18.5.1949) bestimmen sich die materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen der Ehe nach dem Heimatrecht<sup>47</sup> eines jeden Eheschließenden (Art. 13). Die Wirkungen der Ehe, einschließlich der vermögensrechtlichen, bestimmen sich nach dem Heimatrecht des Ehemannes zur Zeit der Eheschließung (Art. 14, Abs. 2). Die Ehescheidung (Auflösung der Ehe), die Ungültigkeitserklärung und die Trennung der Ehegatten bestimmen sich nach dem Heimatrecht des Ehemannes zur Zeit der Klageerhebung (Art. 14, Abs. 2). Ist in dem Fall der Art. 13 und 14 ein Ehegatte zur Zeit der Heirat Syrer, so ist syrisches Recht<sup>48</sup> allein maßgebend, soweit es sich nicht um die Ehefähigkeit handelt (Art. 15). Die Anwendung ausländischen Rechts aufgrund der vorhergehenden Artikel ist ausgeschlossen, wenn es dem ordre public oder den guten Sitten in Syrien widerspricht (Art. 30). So ist mit dem syrischen o.p. unvereinbar eine im Ausland nur zivil geschlossene Ehe syrischer katholischer oder orthodoxer Christen. Gleichfalls ist eine im Ausland ausgesprochene Scheidung einer katholischen Ehe von Syrern ohne Wirkung nach dem syrischen o.p.

3. Staatliches Eheverbot zwischen Syrern und Ausländern. Durch Gesetzesdekret Nr. 272 vom 4.11.1969<sup>49</sup> ist die Ehe zwischen Syrern oder Palästinensern und nichtarabischen Ausländern ohne Genehmigung des Innenministeriums verboten. Zu widerhandelnde werden mit Gefängnis bestraft.

Gleichwohl werden solche Ehen nicht selten ohne Genehmigung der Regierung geschlossen. Um den Strafsanktionen zu entgehen, wird die Ehe nicht in die Zivilstandsregister überschrieben. Ausländerinnen, die einen Syrer heiraten, sind gut beraten, wenn sie sich der vorgeschriebenen Genehmigung vergewissern.

### *IV. Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte*

Nach Art. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes Nr. 98 vom 15.11.1961, i.d.F. der Dekret-Gesetze Nr. 66 vom 12.7.1962 und Nr. 24 vom 14.2.1966<sup>50</sup>, sind sämtliche Bestimmungen des vorausgegangenen Gerichtsorganisationsgesetzes vom 21.2.1959 aufgehoben. Somit bleibt die sachliche und personelle sowie interreli-

giöse Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte in Personalstatussachen unverändert, soweit nicht eine Einschränkung durch staatliches Recht erfolgt.

1. Hinsichtlich der personellen Zuständigkeit sind die Bestimmungen des Gesetzes Nr. 60/LR vom 13.3.1936, i.d.F. des Gesetzes Nr. 146 vom 18.11.1938 durch Art. 36 des Gerichtsorganisationsgesetzes ausdrücklich bestätigt. Daher ist für Streitigkeiten in Ehesachen für die Auflösung und Ungültigkeitserklärung sowie für die Trennung von Tisch und Bett dasjenige kirchliche Gericht zuständig, nach dessen Recht die Ehe geschlossen wurde. Falls beide Ehegatten während der Dauer der Ehe zu einer anderen Konfessionsgemeinschaft übergetreten sind, ist vom Zeitpunkt des Übertritts an das Recht dieser Gemeinschaft maßgebend. Wenn nur einer der Ehegatten zu einer anderen Konfessionsgemeinschaft übergetreten ist, so bleibt dasjenige Recht maßgebend, das vorher den Ehegatten gemeinsam war, es sei denn, daß der Übertritt zum Islam erfolgt ist.

2. *Ausländer* sind in Syrien, wie im Libanon, auch wenn sie einer dort anerkannten Religionsgemeinschaft angehören, in strittigen Ehesachen grundsätzlich dem Recht ihres Heimatstaates unterworfen (Art. 1 Ges. Nr. 146/1938). Die kirchlichen Gerichte sind in solchen Fällen nur dann zuständig, wenn das Recht des Heimatstaates gleichfalls das religiöse Recht der Ehegatten für maßgeblich erklärt, andernfalls sind die staatlichen Zivilgerichte zuständig (Art 25 II des Gerichtsorganisationsgesetzes 1961 und Art. 542 des Zivilprozeßkodex vom Jahre 1953<sup>51</sup>.

3. Gemäß Art. 48 des Gerichtsorganisationsgesetzes ist das *Kassationsgericht Rechtsmittelinstanz* bei Kompetenzkonflikten zwischen einem christlichen und einem nichtchristlichen oder zwischen zwei christlichen Gerichten verschiedener Bekenntnis- oder Ritusgemeinschaft.

4. *Vollstreckung der kirchlichen Gerichtsentscheidungen*. Die Urteile kirchlicher Gerichte erhalten Rechtskraft im Staat durch die Vollstreckung von seiten der staatlichen Gerichtsbehörde, nach erfolgter Prüfung der sachlichen und persönlichen Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte sowie der in den Artikeln 33 und 40 der Gerichtsorganisation vorgesehenen Verfahrensordnung.

## Irak

Seit 1924 war Irak eine konstitutionelle Monarchie bis zur Revolution vom 14. Juli 1958. Seither ist Irak Republik. Der Islam ist laut Verfassung Staatsreligion. Rund 95% der Bevölkerung sind Muslime, überwiegend Schiiten. Der Rest sind Christen der verschiedenen Kirchen: Katholiken des chaldäischen Ritus (240.000), des syrischen Ritus (30.000), des armenischen Ritus (3.000), des lateinischen Ritus (3.000); Nestorianer (42.000), orthodoxe Syrer (18.000), orthodoxe Armenier (12.000) und kleinere protestantische Gemeinschaften. Über personenrechtliche Streitigkeiten der Nicht-Muslime entscheiden die staatlichen Gerichte, unter Anwendung religiösen Rechts der anerkannten christlichen Gemeinschaften, sofern deren Mitglieder Iraker sind. Von diesen Gemeinschaften haben nur die orthodoxen Syrer und die orthodoxen Armenier ein staatlich anerkanntes Personalstatusgericht.

## *I. Personalstatutsangelegenheiten der anerkannten christlichen Gemeinschaften*

Nach § 2 des Personalstatutsgesetzes für die mohammedanische Bevölkerung Nr. 188/1959, i.d.F. der Abänderungsgesetze Nr. 11/1963, Nr. 21/1978 und Nr. 81/1985, findet dieses auf alle Iraker Anwendung, soweit sie nicht durch besondere Gesetze davon ausgenommen sind. Für die in Irak lebenden Christen der anerkannten Gemeinschaften, d.i. für die Katholiken des chaldäischen und syrischen Ritus sowie für die orthodoxen Syrer und die orthodoxen Armenier kommen in Ehesachen (Eheschließung, Scheidung, Nichtigkeitserklärung der Ehe, Trennung von Tisch und Bett) die Bestimmungen der kirchlichen Gemeinschaft zur Anwendung, der sie angehören.

## *II. Zuständige Gerichte in Personalstatutssachen*

Gemäß Art. 2 des Gesetzes Nr. 32/1947 hatten die christlichen Kirchen die Möglichkeit für Ehesachen eigene Personalstatutsgerichte zu errichten. Dazu mußten sie innerhalb sechs Monaten dem irakenischen Justizministerium deren eigenes Personalstatutsgesetz vorlegen (Art. 19). Von dieser Möglichkeit haben die Katholiken, die orthodoxen Syrer und die orthodoxen Armenier Gebrauch gemacht, so daß deren Gerichte als staatliche Personalstatutsgerichte anerkannt wurden.

Das katholische Personalstatutsgericht, in welchem gemäß Art. 17 des genannten Gesetzes die Lateiner, die Chaldäer, die Syrer und die Armenier vertreten waren, ist durch Dekret Nr. 481/1948 abgeschafft worden. Das geschah deshalb, weil die katholischen Ritusgemeinschaften sich weigerten, die gesetzlich verlangten Bedingungen zu erfüllen. Vor allem konnten die Katholiken nicht annehmen, daß die Richter bloß auf drei Jahre ernannt werden (Art. 6; Ges. Nr. 32/1947), daß die übrigen Gerichtsbeamten ohne kirchliches Vorschlagsrecht durch das Justizministerium ernannt werden (Art. 11), daß nur Anwälte der staatlichen Anwältekammer zugelassen werden können (Art. 5) und daß die Gerichtssitze von den staatlichen Behörden festgelegt werden (Art. 7).

Heute ist nur mehr das Personalstatutsgericht der syrisch-orthodoxen Kirche staatlich anerkannt. Dieses ist zuständig in Streitsachen über Ehe und Unterhaltsfragen der Angehörigen dieser Kirche, sofern sie in Irak wohnhaft sind uns sofern beide Ehegatten dieser Gemeinschaft angehören. Ausgenommen von der kirchlichen Gerichtskompetenz sind die Fragen des Kinschaftsrechts. Die Entmündigung, Vormundschaft und Pflegschaft sind im Gesetz Nr. 78/1980 über den Schutz der Minderjährigen für alle Iraker einheitlich geregelt.

## *III. Anwendbares Recht bei Gesetzeskonflikten in Personalstatutssachen*

Nach § 2, Abs. 2 des Personalstatutsgesetzes Nr. 188/1959 i.d.F. Ges. Nr. 21/1978, finden die Bestimmungen der Art. 19, 20; 21, 22 und 23 des Zivilgesetzbuches auf Gesetzeskonflikte Anwendung. Demnach ist hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen für die Gültigkeit der Ehe das Gesetz eines jeden der beiden Ehegatten anzuwenden. Hinsichtlich der Form jedoch ist eine Ehe zwischen zwei Ausländern oder zwischen einem Ausländer und einem Iraker gültig,

wenn sie gemäß den gesetzlichen Bestimmungen des Landes geschlossen ist, in dem die Eheschließung stattgefunden hat, oder wenn die vom Gesetz eines jeden der beiden Ehegatten vorgeschriebenen Formvorschriften gewahrt sind (Art. 19, Abs. 1). Das Gesetz des Landes, dem der Ehemann zur Zeit der Eheschließung angehört, ist für die Wirkungen der Ehe, einschließlich der finanziellen maßgebend (Art. 19, Abs. 2). Für den Fall der Scheidung und der Trennung der Ehegatten ist das Gesetz des Ehemannes zur Zeit der Scheidung oder der Einleitung des Prozesses anzuwenden Art. 19, Abs. 3). Bei Fragen hinsichtlich der Ehelichkeit der Kinder, der Verwandtschaft und aller Verpflichtungen zwischen Eltern und Kindern findet das Gesetz des Vaters Anwendung (Art. 19, Abs. 4). In den durch diesen Artikel behandelten Fällen ist nur das irakische Gesetz anzuwenden, wenn einer der beiden Ehegatten zur Zeit der Eheschließung Iraker ist (Art. 19, Abs. 5). Aus dieser letzteren Bestimmung folgt z.B., daß eine Ehe nicht geschieden werden kann, wenn einer der beiden Ehegatten zur Zeit der Eheschließung Iraker und katholisch ist.

Als irakisches Gesetz gilt im Sinne des Art. 19 des irakischen Zivilgesetzbuches das religiöse Gesetz, wenn einer der Ehegatten einer anerkannten christlichen Gemeinschaft in Irak angehört. Als Iraker gilt jeder, der die irakische Staatsangehörigkeit nach dem Gesetz Nr. 20 0/1964 besitzt.

### Schlußbemerkung

Aus der Betrachtung des Familienrechts in den Ländern des Vorderen Orients wird deutlich, daß vor allem den jungen Frauen westlicher Länder dringend zu raten ist, die Lebensverhältnisse des Orients kennen zu lernen, bevor sie sich zur Heirat mit einem Orientalen entscheiden. Wenn die Partner in einem westlichen Land bleiben, sind die Chancen für das Gelingen der Ehe besser, weil die Orientalen erfahrungsgemäß die ausgezeichnete Gabe haben, sich den westlichen Ländern anzupassen. Wenn aber die Partner im Heimatland des Mannes leben, wird von der Frau erwartet, daß sie sich der orientalischen Lebensweise anpaßt. Besondere Vorsicht ist bei Heirat mit Moslems geboten. Katholische Mädchen können davor nicht eindringlich genug gewarnt werden. Die islamische Ehauffassung steht im Gegensatz zu den christlichen Grundsätzen der Einheit und Unauflöslichkeit der Ehe. Das islamische Ehorecht beruht nicht auf der personalen Gleichberechtigung von Mann und Frau, sondern auf der Vorrangstellung des Mannes. Diese Vorrangstellung des Mannes zeigt sich in grundlegender Weise schon darin, daß es dem muslimischen Mann gestattet ist, eine christliche Frau zu heiraten, daß aber eine muslimische Frau in keinem Fall einen nichtmuslimischen Mann heiraten darf. Will ein christlicher Mann eine muslimische Frau heiraten, muß er nach Islamrecht zur islamischen Religion überreten. Die Vorrangstellung des Mannes gegenüber der Frau kommt vor allem auch darin zum Ausdruck, daß der Mann die Ehe einseitig durch Verstoßung der Frau auflösen kann, während das Scheidungsrecht der Frau sehr eingeschränkt ist. Dem Manne ist heute noch in den meisten islamischen Ländern die Mehrehe gestattet, so daß auch eine christliche Frau, die einen Muslim heiratet, damit rechnen muß, daß sie ihre Liebe mit zwei oder drei weiteren Ehefrauen

teilen muß. Die Kinder aus einer Ehe mit einem muslimischen Mann müssen im Islam erzogen werden.

Zu erwähnen ist, daß eine christliche Ehefrau dem muslimischen Manne gegenüber keinen Erbanspruch nach islamischem Rechte hat.

Wenn ein Mohammedaner mit einer katholischen Frau in sein islamisches Land zieht, wird es der Frau nicht möglich sein, die für eine katholische Eheschließung mit einem Nichtgetauften geforderten Voraussetzungen zu erfüllen. Oft wird sie sogar gezwungen werden, zum Islam überzutreten. Aus diesen Gründen erlauben die katholischen Kirchenbehörden in den Ländern des vorderen und mittleren Orients Ehen mit Moslems in der Regel nicht.

Sosehr die Partnerschaft zwischen der christlichen und der islamischen Welt in karitativer, wirtschaftlicher und politischer Hinsicht zu begrüßen ist, so ist es doch ein gefährlicher Irrtum zu glauben, daß die Ehe ein geeignetes Mittel zu diesen Verständigungen wäre. Solche Ehen haben nur allzuoft einen unglücklichen Ausgang.

Um junge Menschen in diesen Fragen wirksam beraten zu können, scheint es immer notwendiger, daß kirchliche und staatliche Behörden und Eheberatungsstellen sich auch mit den Ehe- und Familienrechtsordnungen der orientalischen Länder befassen.

### Anmerkungen

1 Nach einem international verbreiteten bis auf die Postglossatoren des 14. Jahrhunderts zurückgehenden Sprachgebrauch wird Personalstatut jene Rechtsordnung genannt, die mit einer Person durch eine bestimmte Anknüpfung (an die Staatsangehörigkeit, den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt) für das Personen- Familien- und Erbrecht verbunden ist (*M. Ferid, Internationales Privatrecht*, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1986, S. 31, 1-18, 3). Im deutschen Sprachgebrauch bezeichnet der Begriff diejenige Rechtsordnung, welche für alle persönlichen Rechtsverhältnisse eines Menschen maßgebend ist. Die englische Bezeichnung "personal status" weicht weit vom deutschen Begriff ab, da sie sowohl den Personalstand (verheiratet, geschieden, verwitwet, ehelich oder unehelich) als auch die Stellung als Staatsbürger oder Ausländer bezeichnet. Der französische Ausdruck "statut personnel" bezeichnet bald das Personalstatut im deutschen Sinn (loi personnelle), bald wie das englische Wort "status" die persönliche Rechtsstellung, bald die Gesamtheit der Sachgebiete, die dem Personalstatut unterstehen (*P.H Neuhaus, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, Tübingen 1976, S.201 ff).

2 *Kl.Wähler*, Die Bindung religiöser Gerichte an Normen des staatlichen Privat- und Verfahrensrechts, in: *Multitudo Legum-* FS f. W.Wengler, Berlin 1973, S.879.

3 *Kl.Wähler*, Interreligiöses Kollisionsrecht im Bereich privatrechtlicher Rechtsbeziehungen, Köln-München 1977, S.371.

4 *Abdel Wahhab El Mikayis*, Internationales und interreligiöses Personen-, Familien- und Erbrecht in der Vereinigten Arabischen Republik, in: *Rabels Z* 33, (1969) S.536.

5 *Bergmann-Ferid*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderteil Ägypten, 85. Lieferung, S.16.

6 *Bergmann-Ferid* a.a.O. (5), S.26-27.

7 Vor der Abschaffung der religiösen Gerichte konnten Ausländer derselben Konfession und derselben autonomen Rituskirche nur vor deren religiöser Behörde gültig heiraten. Jede andere Form der Eheschließung war nichtig.

8 *Mikayis*, A.a.O. (4), S.540.

9 So hat z.B. das Amtsgericht Bielefeld (Bundesrepublik Deutschland) am 17.8.1979 entschieden, daß die Legitimation des vorehelichen Kindes einer deutschen Mutter römisch-katholischer Konfession und eines ägyptischen Va-

ters, koptisch katholischer Christ, nach den Bestimmungen des orientalisch-katholischen Kirchenrechts (MP "Crebrae allatae" 1949, can. 105 und 106) eintritt, also nach dem ägyptischen Recht des Vaters. Nach diesen kanonischen Bestimmungen werden diejenigen Kinder legitim, die vor der Ehe geboren sind, wenn nur die Eltern später geheiratet haben, ganz gleich, ob die Ehe formell wirksam war oder nicht (Kl. Wöhler, Zur Frage der Unterknüpfung der Legitimation nach ägyptischem Recht bei verschiedener Staatsangehörigkeit und Ritus-Zugehörigkeit der Eltern, in: IPRax 1 (1981), L 63-164 und 179-180).

10 *Mikayis*, a.a.O. (4), S.534.

11 *Bergmann-Ferid*, a.a.O. (5), S.14.

12 Recueil du TC, anné 17, S.174.

13 Das erstinstanzliche Gericht in Cairo hat am 19.12.1972 die Scheidung der Ehe ausgesprochen, die ein orthodoxer Kopte mit einer zur koptischen Kirche konvertierten Muslimfrau am 22.2.1972 geschlossen hatte. Die Scheidung erfolgte auf Antrag des Onkels der Frau wegen Apostasie seiner Nichte (vgl. *Sami-Aurad-Aldeeb Abu Sahlieh*, Non Musulmans en Pays d'Islam, cas de l'Egypte, Fribourg 1979, S.285).

14 *Salieh*, a.a.O. (13), S.202.

15 Die Personalstatutsgesetze der Mohammedaner und der Nichtmohammedaner (arabisch), Cairo 1983. In diesem Werk sind die Personalstatuten der orthodoxen Kopten (S. 180-231), der orthodoxen Armenier (S. 232-253) und der Protestanten (S. 254-273) enthalten. Für die orthodoxen Kopten anerkennen die staatlichen Gerichte das Personalstatusgesetz vom Jahre 1938 als Gewohnheitsrecht, nicht jedoch das abgeänderte Personalstatutsgesetz vom Jahre 1938 als Gewohnheitsrecht. Letzteres ist in französischer Übersetzung von *J.Masson* in: *Or Chr Per* 28 (1962), S.49-74, 336-361 veröffentlicht worden.

16 *Mikayis*, a.a.O. (4), S.539.

17 *Linant de Bellefonds*, La Jurisprudence égyptienne et les conflicts de lois en matière de statut personnel, in: Journal du Droit International, 1963, Nr. 3, S. 6; *Sami-Awad-Aldeeb Sahlieh* a.a.O.(13), S.201.

18 Art. 69 Pst 1938 bestimmt: "Chacun des deux époux peut se remarier avec une autre personne après le jugement de divorce, sauf si le jugement porte interdiction de mariage contre l'un d'eux ou les deux".

19 Die Nichtigkeit einer solchen Ehe kann durch ägyptisches Gericht ausgesprochen werden, wenn der Antragsteller oder der Beklagte Wohnsitz in Ägypten hat (Art. 861 ZPO).

20 Das Gericht erster Instanz von Cairo hat am 5.1.1954 die zweite Ehe eines englischen Moslem mit einer orthodoxen Griechin bei Bestehen der ersten Ehe des Mannes als gültig anerkannt, obwohl die polygame Ehe nach dem Heimatrecht der beiden nichtig ist (s. *Sami-Awad-Abu Sahlieh* a.a.O. (13), S.201).

21 *Mikayis*, a.a.O.(4), S.535.

22 Kl. Wöhler, a.a.O.(9), S.164.

23 Siehe die Gerichtsurteile bei *Sami-Awad Abu Sahlieh* a.a.O.(13), S.186 ff.

24 *G.Behrens*, Das Kollisionsrecht Jordaniens, Frankfurt a.M. 1970, S.74.

25 Wöhler, a.a.O.(3), S.354.

26 *Behrens*, a.a.O.(24), S.60.

27 Wöhler, a.a.O.(3), S.361.

28 Wöhler, a.a.O.(3), S.55.

29 *Behrens*, a.a.O.(24), S.72 - 73.

30 *Bergmann-Ferid*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 93. Lieferung, Länderteil Israel, S. 20.

31 Vgl. "Religious Community Ordinance, 1927, Sect. 4, in: *Bergmann-Ferid* a.a.O.(30), S. 73 f.

32 *Bergmann-Ferid*, a.a.O.(30), S.70

33 *Bergmann-Ferid*, a.a.O.(30), S.56.

34 *Bergmann-Ferid*, a.a.O.(30), S.40: *Z.Falk*, Family Law in Asia and Africa, London 1965, S.244.

35 Siehe das Gesetz über das Bevölkerungsregister, 5725-1965, §§ 2a und 25,25, in: *Bergman-Ferid*, a.a.O.(30), S.55.

- 36 Wortlaut des Gesetzes s. *Bergmann-Ferid*, a.a.O.(30), S.90-94.
- 37 *Bergmann-Ferid*, a.a.O.(30), S.76.
- 38 *Bergmann-Ferid*, a.a.O.(30), S.77-78.
- 39 Vgl. *N.Baker*, Legal system of Israel, 1968, S. 209 ff. A. *El Gemayl*, The Lebanese Legal System, vol. I-II, Washington 1985;
- Mahar Mahmassani et Ibtissan Messara*, Statut Personnel, Textes en vigueur au Liban, Beyrouth 1970.
- 40 *Wähler*, Interreligiöses Kollisionsrecht a.a.O.(3), S.332, Fn. 21.
- 41 *Wähler*, Interreligiöses Kollisionsrecht a.a.O.(3), S.364-365.
- 42 Der französische Text des Gesetzes über die Erbrechtsnachfolge vom 23.6.1959 abgedruckt in: *Mahmassani-Messara* a.a.O.(39), S.292-334.
- 43 Der deutsche Text des Gesetzes ist abgedruckt in: *Bergmann-Ferid*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderteil Libanon, 22. Lieferung, S. 6-9.
- 44 Die Personalstatutsgesetze der römisch-katholischen Kirche, der orientalisch-katholischen Kirchen, der orthodoxen Griechen, Armenier und Syrer sowie der evangelischen Gemeinschaft sind in arabischer und französischer Sprache in dem Werk von *Mahmassani und Messara*, Statut Personnel (Anm. 39) enthalten.
- 45 *Bergmann-Ferid*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderteil Syrien, 70. Lieferung, S. 6 ff.
- 46 Vgl. *N.Damahra*, Die Personalstatuten von Syrien, Libanon und Jordanien für die Moslems, die Drusen, die Christen und Juden, Damaskus 1984 (arabisch).
- 47 Als Heimatrecht syrischer Staatsbürger ist deren religiöses Recht zu verstehen.
- 48 Als syrisches Recht gilt das jeweilige religiöse Recht.
- 49 *Bergmann-Ferid*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht a.a.O.(45), S.7.
- 50 *Damahra* a.a.O.(46), S.230.
- 51 *Wähler*, Interreligiöses Kollisionsrecht a.a.O.(3), S.356.

(1) *Bergmann-Ferid*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderteil Irak, 83. Lieferung, 1986, S. 8-9.

**Empty Page**

George Nedungatt, Rome

While discussing the various models of Church-State relations it is usual to speak of two powers, one spiritual or ecclesiastical and the other temporal or civil. These different models may be classified under four heads:

- 1) Symphony (*synallelia, concordia inter sacerdotium et imperium, harmony*)
- 2) Coordination (*homotaxia, coexistence and cooperation*)
- 3) Separation
- 4) Concordat

Concordats, though no more universally held up as an ideal in Catholic circles today, still regulate relations between the Roman Catholic Church and the State in 32 countries. India is not one of these countries. In a comprehensive view of Church-State relations, due regard must naturally be had of models that apply not only to traditional Christian societies constituting Christendom but also to societies that are post-christian or non-christian. With such a wider concern, a shift of focus may prove instructive<sup>1</sup>.

India has no experience of any of the above mentioned four models of Church-State relations : symphony, coordination, separation (if this implies former union), or concordats. Moreover, given the Indian conception of religion and religious authority, the very expression Church-State relations would sound unusual in India, if not bizarre. Even to speak of Church and State as "two powers" will be misleading in the Indian context. Though India has diplomatic relations with the Holy See, there is no concordat between the two. The usual terminology of the system or regime of concordats referring to a concordat as a contract between "two High Contracting Parties", would rather make Indian jurists and statesmen think of the Vatican City State as a political entity than of the spiritual authority or power of the Catholic Church. With a non-christian population of 97.5 %, which is predominantly Hindu (82.5 %),<sup>2</sup> the Christians form but a tiny minority (2.5%), though they are the third religious denomination in the country after the Muslims who make up a sizable minority of 10 %. From the point of view of constitutional law governing basic freedoms, however, the situation of the Church or Churches in India can well stand comparison with the models obtaining elsewhere.

In spite of the thinly spread out Christian presence and the concentration of an oriental Christianity in the southern corner of the Indian peninsula, dating from apostolic times, India is as a whole a non-christian country. A study of the juridical situation of Christianity under the Indian Constitution can be particularly instructive also because the most remarkable evangelizing work by any Eastern Church is carried out today in India. The experience of a growing missionary Church could be particularly valuable, since such a point of view is absent from the usual discussions of Church-State relations, dominated mostly by the situation of full-grown, well established, or outgrown Churches.

Religious minorities in free India, chiefly the Christian Churches, have had difficulties and problems in spite of the constitutional guarantees. There have been a series of efforts at legislation seeking to abridge if not take away some of these guarantees. In some places there have been harrassment, violence, intolerance, intimidation, and/or efforts at forced reconversion. Indeed, the resurgence of Hindu fundamentalism and nationalism has aroused fears among the Churches for their future. However these difficulties and problems are not due to defective constitutional guarantees of Church-State relations in India. The complex social, political, and historical factors involved here have to be kept in view in a comprehensive study, but for our present purpose we limit ourselves to the question of the religious freedom of the Church or Churches under the Constitution of India<sup>3</sup>. Since no Church is privileged or discriminated against by the Constitution, but all Churches are treated as equal, we need not here distinguish Churches as eastern or western, as Catholic or Orthodox.

India is professedly a secular State. We shall first ascertain the precise meaning of this qualification "secular". Then, after taking a look at the general features of the *Constitution* of India, we shall, in the third place, discuss the constitutional right to *freedom of religion*. Here we shall have to devote a separate section to the right to *propagate religion*. And then, fifthly, we shall examine how the secularity of the State stands in relation to the equality of individuals and the position of religious minorities. Then, we shall review certain attempts made to restrict or prevent conversions to Christianity, efforts which have effectively put the Constitution to the proof these last forty years. The Indian Constitution has so far stood the test, which in itself is a remarkable tribute to the rule of law in a country which, in spite of its several ills, can still be rightly proud of being the largest democracy in the world. In conclusion, the Indian experience may be seen to augur well for the future of religious freedom in India. So, our study will have the following seven sections:

- 1) India as a secular state
- 2) The Constitution of India
- 3) Constitutional freedom of religion
- 4) The right to propagate religion in particular
- 5) The test of secularity.
- 6) Constitution on trial
- 7) Conclusion : Future of religious freedom in India

#### *1. India as a Secular State*

To understand Church-State relations in India at the juridical level they must be seen first of all from a historical and sociological perspective. Since its independence in 1947, India is a federal republic consisting today of 25 federal States. In the Indian Constitution, which came into force on 26 January 1950, the term "state" may refer either to any of these federal States or to the federal union itself. We use it in either sense, which will be determined by the context.

The legal system of modern independent India is composed of three main strands<sup>4</sup>. There is first of all the ancient Indian religious, ethical, and legal heritage and customs that still retain legal force and in part have been codified

into the law of the State. Examples are the Hindu Marriage Act (of 1872, of 1955) and the Hindu Succession Act (of 1865, of 1956). A second strand of the Indian legal system comes from common law, brought and applied during the colonial rule by the British and passed on to Independent India. While common law is the dominant strand in the complex legal system of India today, a third strand coming from the civil law or Roman law supplies a strong underpinning of legal principles especially of justice and equity.

According to the Indian legal system, the Christian Churches are organizations or associations that belong under the private sector. This juridical status may not satisfy the official self-understanding of the Roman Catholic Church as a worldwide institution claiming sovereignty as a spiritual power. Roman Catholic ecclesiology and canon law (more precisely, *Ius Publicum Ecclesiasticum*) upheld for two centuries preceding the Second Vatican Council the thesis that the Catholic Church is "a perfect society", an autonomous and independent sovereign power in its order, different from but parallel to the State<sup>5</sup>. This thesis, which is recognized in the Italian constitutional law and in the concordat system, is foreign to the Indian legal system, which does not recognize any *sovereign* religious power. Religious sovereignty is also alien to the basic principle of Indian philosophy of religions, for which all religions are equal. If however, the autonomy of the Catholic Church is understood in terms of its legal capacity to manage its own affairs in religious matters, then it is surely autonomous; but then, so are all the other religions and Churches autonomous, which are equal under the Indian Constitution.

With Independence there was some understandable expectation that Hinduism, the religion of the vast majority of the people, would be accorded a favoured constitutional status. If the Muslims could have Pakistan on the basis of religion, equally may not the Hindus have Hindustan with Hinduism enjoying a privileged status? However India chose instead to be a secular state. None of the other States that were forged out of the former British Raj - Bangladesh, Bhutan, Burma, Nepal, Pakistan, and Sri Lanka- would follow the same path. Why did then India go secular? What does this concept "secular" mean? Is India's secular stance in continuation of and in harmony with the nation's own religious culture and tradition or is it rather a British heirloom?

#### a) The "Secular"

The concept of India as a secular State has been much studied and debated. The term "secular" is used in the Indian Constitution in a unique sense. This is sometimes overlooked by those who proceed from the meaning usually attached to that word in the west with its own historical experience of Church - State relations<sup>6</sup>.

Let us first say what India's stance as a secular State does not mean. We should exclude right from the start the following notions variously associated with the word "secularism" in the west:

- 1) *opposition* to religion in general or to the Christian Church or Churches in particular;
- 2) short of opposition, *tolerance* of these by the State;

3) *indifference* to these or to religious and spiritual values. The secularity of the Indian State does not involve the profession of atheism or agnosticism by the State<sup>7</sup>. Devoid of all these negative connotations, the term "secular" as applied to the Indian State stands for what is "concerned with the affairs of this world", and therefore "temporal", "profane", "not sacred".

While Pakistan would opt to become a hieratic State with Islam as its State religion, India, guided by men of great vision like Mahatma Gandhi and Jawaharlal Nehru, made a choice against a Hindustan in which the religion of the majority would enjoy a privileged status over minority religions. After the blood bath of partition, this was a much needed assurance chiefly for the Moslem minority. It was but political wisdom.

While Churches and religions are concerned with things ecclesiastical and with the sacred, it is proper for the State to be concerned with the affairs of this world; its aim is the temporal good of the citizens. As regards religions, the State is neutral, which does not mean being indifferent to or uncaring for religion: it is secular<sup>8</sup>.

The concept of the *secular* with this particular shade of meaning is met with also in such expressions in the English language as "secular studies", "secular education", "secular dress", "secular music", "secular profession", etc. It is in fact in this sense that the Second Vatican Council has spoken of the "secular character" that is proper and peculiar to the laity in the Church (L.G. 31), which surely has nothing in common with secularism as an ideology or as politics. In the words of an Indian constitutional scholar:

"The distinguishing features of a secular democracy as contemplated by the Constitution of India are; (i) that the State will not identify itself with or be controlled by any religion; (ii) that while the State guarantees to everyone the right to profess whatever religion one chooses to follow (which includes also the right to be an agnostic or an atheist), it will not accord any preferential treatment to any of them; (iii) that no discrimination will be shown by the State against any person on account of his religion or faith, and (iv) that the right of every citizen, subject to any general condition, to any office under the State will be equal to that of his fellow-citizens"<sup>9</sup>.

In the west, the peculiar historical experience of western Christendom with the Enlightenment and liberalism led to Church-State confrontation, which ultimately resulted in their divorce or separation<sup>10</sup>. The Churchmen (*clericis*) were to rule the Church, leaving to the laypeople (*laici*) the task of governing the State and be statesmen. India's historical experience is alien to this polarization and divorce, and so expressions like "stato laico" would have overtones and connotations that are foreign to India. They would indeed smack of an Eurocentrism that would be jarring and misleading in the Indian context. Hence we shall eschew here terms like "lay, laicist, laicism" (corresponding to the Italian *laico*, *laicista*, *laicismo*, or the French *laïc*, etc.) and keep to the terminology of the "secular". In a word, "secularity" rather than "secularism" (if we reserve this latter term to designate the ideology of antagonism to religion) can perhaps represent more accurately India's proper stance with regard to religion.

## b) Historical and Religious Background

Neither secularity nor much less secularism is a hallmark of India's cultural and political heritage<sup>11</sup>. As a whole India has always been a deeply religious country. Cradle of Hinduism, of Buddhism, and of Jainism, India has also welcomed into its midst Zoroastrianism, Judaism, Christianity, and Islam. From the belief that all religions are valid ways to God or for the realization of the supreme goal of life, there has arisen an attitude of equal respect for all religions (in Sanskrit, *sarva-dharma-sama-bhava*). Remarkable in this respect is Emperor Asoka (3rd century B.C.), who ruled over the first and largest Indian empire from Afghanistan in the west to Burma in the east, from Kashmir in the north to the Deccan in the south, combining harmoniously Buddhist missionary zeal and respect for other religious persuasions. In comparison, Europe had still to wait for centuries to find an alternative to the principle *cujus regio eius religio*.

Asoka is however no lone example. In the 16th century the Mogul Emperor Akbar the Great adopted a similar policy of respect for other religions, as he tried to combine the best elements of his own Islam with those of Hinduism and Christianity. These great figures of the past, who followed an enlightened policy of religious freedom in periods of imperial prosperity and unity, are sometimes so glorified by certain writers, as if this were an enduring trait of India's past. However Emperor Akbar is counterbalanced by his great grandson Aurangazeb, who was notoriously intolerant of Hinduism. India's recent record of Hindu-Muslim communal violence, with its inbuilt deadly dynamics and its bloody recurrence, points to an inglorious history of religious intolerance. Mahatma Gandhi is the most famous martyr of Hindu fanaticism, which would not tolerate his regards for the followers of Islam.

Apologists of India's religious tolerance would flesh out Indian history with more examples like the Maratha Hindu Shivaji or the Sikh Ranjit Singh. These freedom fighters in their struggle against the British colonial power tried to unite all available forces irrespective of religion; they would have served their cause worse, if they did not respect the sensibilities of the followers of other religions. It is reasonable to ask if what was uppermost was philosophy of religious freedom or rather the pursuit of a pragmatic policy of expediency.

For similar reasons, one may have certain reserves in extolling the religious tolerance of Cheraman Perumal, who granted 72 privileges to the Thomas-Christian community through Thomas of Kynai (usually but incorrectly called Thomas of Cana), the leader of an immigrant group who settled down in Cranganore on the Malabar coast in 345, when a fierce persecution of Christians was raging in the Persian empire under Shapur II. Just as their arrival was not, presumably in the circumstances, for purely altruistic and religious motives (as alleged visions of divine guidance would have us believe), so too pragmatic considerations of a commercial character would seem to have dictated the royal grant of privileges rather than reasons of religious freedom. The same would apply to a later royal grant by King Ayyanadikal of Venad in 822 made to another wave of Christian immigrants from the Middle East, who settled down in Quilon. Several ancient churches were built on sites donated by local Hindu rulers or were constructed with their help; but royal grants given through Per-

sian bishops representing the Indian Christian community again raise the question about mixed royal motives.

The Thomaschristians as a whole fitted into the *vaisya* caste in the social system<sup>12</sup>. Since some of them probably took after the highest rung in the caste hierarchy as a reference group, it is difficult to know how many were originally Brahmins. However, their collective occupation was trade and agriculture, typical of the *vaisya* caste. The main Christian centres were sea ports like Cranganore, Quilon and later Cochin. Till evidence is had to the contrary, it is a fair presumption that economic and diplomatic reasons rather than superior religious motives lay behind the policy of hospitality and generosity towards the Christian community displayed by the local Hindu kings.

Indian apologists seldom advert to India's history of religious intolerance and persecution. Apostle Thomas's tomb venerated at Mylapore is itself a hint, although we do not know if the king or the State was responsible for his martyrdom or only some local potentates. In the martyrdom of the Jesuit missionary St. John de Britto however the royal hand is seen clearly. There are also many unsung, uncanonized, native martyrs like Devasahaympillai (18th century) whose witness of blood is a slur upon the sparse canvas of Indian religious tolerance. Many Buddhist centres in India disappeared under persecution involving even widespread massacres of thousands of Buddhists during periods of Hindu revival like the eighth century. If many Christian communities outside Kerala have vanished leaving no trace behind, one probable factor is Hindu intolerance and persecution. This is attested to by the tradition of the Thomaschristians who left Mylapore on the Coromondal Coast in South India for the west coast. At the arrival of the Portuguese, they approached the Admiral Vasco da Gama on 19 November 1502 and asked for the protection of the Christian king of Portugal. This gesture did not necessarily imply harassment by local Hindu and Muslim rulers, as the foreign missionaries interpreted it, but expressed the Christians' hope that their rights and privileges would be "more scrupulously respected by the local rulers"<sup>13</sup>.

Hinduism is often presented by its modern apologists like philosopher Sarvépalli Radhakrishnan as essentially a religion of tolerance. This is basically correct, if we prescind from the historical record. Theoretically, Hinduism as well as Christianity are tolerant, that is, on their own premisses there is no defence or justification for their intolerance. Christians themselves are seldom aware how far they are from the spirit of the gospel and the example of Jesus Christ, when they look back with complacence to the times when, after the early period of persecution, Christianity became the State religion in the Roman Empire and pagan cult was forbidden under Emperor Theodosius. It would be miopic for Christians to gloss over the treatment of the Jews during the regimes of "symphony" or *synallelia* in the East or under Christian kings in the West.

Unlike Christianity, Hinduism is an "open" religion inclusive of all faiths or of no faith, and therefore Hindus have even less dogmatic justification for the record of their religious intolerance. A popular maxim has it: *eka-dévá-vádi Hindu, bahudévá-vádi Hindu, nástiká Hindu*. Which may be rendered as follows: A Hindu can be a monotheist, a polytheist, or an atheist. And in a judicial determination the Supreme Court declared : "There is no scope for ex-communicating any notion or principle as heretical and rejecting it as such".<sup>14</sup>

That confirmed a similar declaration of the Calcutta High Court in 1904 : "The Hindu religion is marvellously catholic and elastic"<sup>15</sup>. And scholars agree. Former President of India and philosopher Radhakrishnan has written:

"Acceptance of the Vedas with reverence; recognition of the fact that the means or ways to salvation are diverse; and realization of the truth that the number of gods to be worshipped is large; that indeed is the distinguishing feature of Hindu religion"<sup>16</sup>.

A maxim, popularized by Sri Narayana Guru, is often repeated: "Any religion will do, it is enough if man becomes good". No definite creed, no particular prayer or practice or rite of initiation is required to be a Hindu. Neither the profession of atheism nor the repudiation of the authority of the Hindu scriptures or of the caste system excludes one from membership in Hinduism<sup>17</sup>. Nothing could be more antidiomatic, more liberal, more tolerant - at least in principle. As such Hinduism is the very opposite of Christianity and Islam. In practice, however, all three have been a strange mixture of tolerance and intolerance, varying only in degrees.

### c) The Option for a Secular State

Independent India has honoured its all-pervasive and rich religious culture in its Constitution. Most members of the Constituent Assembly were men of deep religious faith, but for several reasons did not want a Hindu confessional State:

1) In the context of the Hindu-Muslim communal violence, which kept sparking off with devastating effect, a confessionalist accent in favour of Hinduism would have alienated even the moderate sections of the Muslim population.

2) Only religious neutrality of the state could allay the fears of the minorities, especially the Muslims, that they would not be second class citizens or worse in independent India.

3) Certain traditional practices like human sacrifices, widow burning (*sati*) and child marriage, had been made illegal under the British Raj though they were Hindu religious law. The humanists and the culturally elite viewed this religious law as obscurantist. The ethical sense of the socially enlightened Hindus revolted from it. They feared that if Hinduism, which needed still more reform, was established as State religion, the above mentioned laws made under the British Raj might eventually have to be repealed with disastrous consequences.

4) In the Constituent Assembly there were members not only of profound religious faith but also of no religious belief or affiliation. If freedom of conscience and the dignity of the individual could only be safeguarded by constitutional guarantees, religious freedom had to mean not only freedom *for* religion but also freedom *from* religion. The secular stance of the Indian Constitution is best epitomized and symbolized by free India's first Prime Minister Jawaharlal Nehru, who respected the religious faith of others and extolled spiritual values, but himself took his distance from the Hindu religion.

In brief, in the concrete historical context of the birth of the Indian Constitution, secularity was the wisest political option. It was not simply a conclusion

deduced from the abstract principle of the equality of all religions nor was it the mere continuity of India's traditional religious tolerance. Such interpretations are not true to facts but are simplistic attempts to make a virtue out of a necessity.

#### d) Juridical Equality and Dogmatic Equality

To appreciate the equality of all religions and Churches before the fundamental charter of India, we have to distinguish between *juridical equality* and *dogmatic equality*. As we saw, in Hindu religious thinking various religions are but different ways of salvation, suitable and valid for their followers. As such all religions are equal. In contrast, Christianity as well as Islam claim for themselves, albeit in different terms, a uniqueness and exclusiveness. If this can be qualified as *dogmatic inequality*, its exact opposite may be called *dogmatic equality*. Though this latter standpoint is characteristic of Hinduism, the qualification "dogmatic" would be resented by Hindus. And rightly so, since no other religion is more non-dogmatic. Modern Hindu exponents assert this non-dogmatic character of Hinduism as so basic to and characteristic of the Hindu religion as to turn it, paradoxically, into a dogma, even if the only one. But with it comes also a second dogma, that of the equality to all religions. With these twin dogmas, Hinduism does assume a singular posture and places itself in a unique and separate category as the universal religion (*sanátana-dharma*), implicitly and unconsciously nullifying its own dogma of the equality of all religions.

In dogmatic inequality, each religion or Church holds or can hold on to its own self-understanding as something unique, either as the true religion or as the seal of religions or the universal religion or the only true Church or as the only Church containing the fullness of the means of salvation, or any other such theological position or dogmatic definition. The Indian Constitution does not deny or affirm such dogmatic definitions or theological positions. So, for example, the Catholic Church can freely hold to the conviction that it is an "independent and autonomous"<sup>18</sup> religious body, or according to the preconciliar terminology, a "perfect society". Juridical equality prescinds from any such faith-statements and philosophical views; it levels all religions and Churches down to *isonomia* (the equality of all before the law), the basic principle of classical Greek philosophy of law, a principle which has not only stood the test of time but lies at the root of worldwide democratic thinking today.

### 2. *The Constitution of India*

Before dealing with religious freedom enshrined in the Constitution of India as a fundamental right, it will be helpful to take a rapid look at the general features of the Constitution itself.

#### a) General Features

The Indian Constitution is by far the most voluminous and detailed of all 230 constitutions : it is a substantial printed book of 453 pages, including the text

(368 pages) appendices and index<sup>19</sup>. Its bulk is largely due to the extremely complex conditions of the country at the time of Independence. India represents a unity forged out of innumerable political units (11 British Provinces and about 562 Princely States), many languages (14 State languages; since 1967, with the Twenty-first Amendment, 15), several religions, a bewildering multitude of castes and tribes, a host of sub-cultures, extremes of economic conditions. With a view to accommodating all legitimate interests, not a few non-fundamental or secondary and transitional norms have been let in and they contribute to the fatness of the Constitution<sup>20</sup>. The result is that the Indian Constitution has become a target of easy criticism that it bristles with minutiae<sup>21</sup>. This wisdom of hindsight overlooks the attenuating circumstances. However, it is true that legislative exuberance, not restraint, distinguishes the Indian Constitution.

A fat constitution ages fast. The Indian Constitution has already been amended 62 times in forty years : 8 times in the first decade, 14 times in the second decade, 22 times in the third, and 18 times in the fourth.

The particular features of several other constitutions have been combined in the Constitution of India. It imitates the American model of a federation of States, but it stresses the unitary character by making the federal character subsidiary. It has opted for a cabinet system of executive responsible to the legislature following the British model, instead of the presidential form of the executive as in the United States. But unlike the British Parliament, the Indian Parliament (consisting of a Lower House called *Lok sabhā* or Council of the People, and an Upper House called *Rajya sabhā* or Council of States) is not invested with full sovereignty. The laws made by the Indian Parliament must be constitutional under pain of being voided as unconstitutional by the Supreme Court, which is both the Constitutional Court and the highest court of appeal. Judicial review is an important feature of the Indian Constitution, following the American model.

As this feature of the Indian Constitution has had a decisive role in the jurisprudence on religious freedom, let us take a closer look at it. Art. 13 § 2 prohibits the state from making "any law which takes away or abridges" the fundamental rights contained in Part III of the Constitution under pain of nullity. This was once taken to mean generally that Part III of the Constitution was a kind of canonical scripture Parliament must conform to, but could not modify. With the 24th Amendment (1971), however, it has been expressly provided that Parliament may amend any provision of the Constitution "in exercise of its constituent power" (Art. 368 new § 1), not excepting the fundamental rights. With this amendment, the Indian Parliament has moved closer to the model of the British Parliament than was originally designed by the Constitution. Still, according to a pronouncement of the Supreme court (24 April 1973), Parliament may exercise its "constituent power" only within the "basic structure" of the Constitution, which it cannot simply abrogate. "This implies that Parliament is not sovereign in the same sense as the people are sovereign;" and that "only by means of a referendum to the people" can the basic structure of the Constitution be changed<sup>22</sup>. This "basic structure", therefore, will be the point of reference, if at any time Parliament tries to modify substantially the constitutional right to religious freedom.

## b) The Preamble

The Constitution of India is introduced by a solemn Preamble, which is almost an epitome of human or civil rights. Part III of the Constitution on Fundamental Rights repeatedly harks back to the Preamble, which highlights "liberty of thought, expression, belief, faith and worship", a feature which is of special significance for our present subject. Here is the text of the Preamble:

*"We, the People of India, having solemnly resolved to constitute India into a Sovereign (socialist secular) Democratic Republic and to secure to all citizens:*

*Justice, social, economic and political;*

*Liberty of thought, expression, belief, faith and worship;*

*Equality of status and of opportunity; and*

*to promote among them all*

*Fraternity assuring the dignity of the individual and the unity (and integrity) of the Nation;*

in our *Constituent Assembly* this twenty-sixth day of November 1949, do hereby *adopt, enact and give to ourselves this constitution*".

In 1976, with the Forty-Second Amendment, "Sovereign Democratic Republic" was expanded into "Sovereign Socialist Secular Democratic Republic"; similarly "unity of the nation" was amplified into "unity and integrity of the nation". These two additions were perhaps unnecessary from the merely juridical point of view; they have made the Preamble rather cumbersome. However they impart a certain tone and orientation to the whole constitution. Particularly significant for our present purpose is the express qualification of India as a "secular state".

This qualification is not a substantive addition, but only makes explicit, like a declarative interpretation, what was already implicit in the Constitution. With an express constitutional statement that India is a secular democracy, Indira Gandhi, the then Prime Minister, wanted to nip in the bud certain Hindu moves to turn India into Hindustan with Hinduism as the established or State (official) religion or at least as the privileged religion of the majority. Indira Gandhi herself had the same liberal attitude of her father Jawaharlal Nehru, who while respecting spiritual values, was not much attached to Hinduism as a religion.

The Preamble was originally ideated by Jawaharlal Nehru himself. To him it owes its poetic beauty and high idealism. The slow cadences announce the majesty of the Constitution. It is a solemn vow of the People of India that their country will be a land of justice, of liberty, equality and fraternity -- words that sound like a distant echo of republican watchwords in the past struggle in Europe for constitutional rights.

Quite rightly, the ideal of justice is set forth as the first concern of the newly independent nation --- justice, which should be the be-all and end-all of any State. The freedom of "belief, faith, and worship" underscores, with almost repetitious emphasis, the sanctity of conscience and of religion, as only befits a nation proud of its religious heritage. The message that India's stance as a secular State does not mean waiving this rich and precious heritage, rings out strong and clear from the Preamble.

"Equality of status and of opportunity" is a revolutionary phrase that calls

232 for a new social order, from which the traditional "homo hierarchicus" is

banished. The caste-system, which probably had its origin in division of labour, had hardened into a religious tradition and social abuse. While it favoured the privileged few, it exploited the many and effectively denied the personality of the individual and downgraded human dignity. On "the dignity of the individual" in the Preamble, K.M.Munshi, a recognized scholar and member both of the seven-member Drafting Committee of the Constitution and of the Constituent Assembly, comments:

"A new and very important element introduced in the Preamble was the assurance as regards 'the dignity of the individual'. It implied that the Constitution was an instrument not only of ensuring material betterment and maintaining a democratic set-up, but that it recognized that the personality of every individual citizen was sacred. 'Dignity', it must not be forgotten, is a word of moral and spiritual import; it implies the need of creating conditions in which the individual might be led to Beauty and Perfection, which thus constituted an end of the State.

"The introduction of the phrase, *viz.*, 'dignity of the individual', was also an express rejection of the Hegelian theory in vogue in certain parts of the world that the State was a metaphysical entity, independent of and overshadowing the individual, whose only end was to secure its own existence. ... The Constitution requires ... the recognition that every man has an inalienable personality which must be respected"<sup>23</sup>.

As a consequence, for example, the objection of conscience can be upheld under the Indian Constitution. By coupling "the dignity of the individual" with "the unity of the nation", the Preamble hints at the right balance between the private and the public poles in political life, which is a delicate problem in philosophy of law.

The qualification added to the Preamble in 1976 that India is "socialist" and "secular" does not mean the "establishment" of an ideology, but the determination to strive towards the ideal of a welfare State that is free of all religious trammels. And its democratic character is spelled out in the Constitution itself<sup>24</sup>.

The Preamble is but a solemn promise, it delivers no substantive rights. Yet it contains the key to the right understanding of the whole Constitution. It articulates the values the Founding Fathers wished to safeguard. In particular, it embodies the spirit that animates the entire corpus of the fundamental rights set forth in Part III of the Constitution.

### c) The Fundamental Rights

As was noted already, the Constitution of India has enshrined the most elaborate list of human rights articulated by any democratic constitution. These rights are called in the Indian Constitution *fundamental* rights, and not *human rights* as in the Universal Declaration of Human Rights by the United Nations in 1948. The latter term has a philosophical density and it evokes controversies over natural law, once rampant in ethics and in philosophy of law. "Fundamental Rights" is a term of constitutional law, which steers clear of such controversies<sup>25</sup>.

Before focusing on the fundamental right to freedom of religion, let us take an overview of all the fundamental rights (so-called "Seven Freedoms"). They are, according to the subtitles:

- 1) right to equality (art. 14 - 18);
- 2) right to freedom (19 - 22);
- 3) right against exploitation (23 - 24);
- 4) right to freedom of religion (25 - 28);
- 5) cultural and educational rights (29 - 30);
- 6) right to property (31), abrogated by the Forty-fourth Amendment in 1978, which also repealed art. 31;
- 7) right to constitutional remedies (32 - 35).

Some of these rights apply only to citizens, others (e.g. freedom of religion) apply to aliens as well. All these rights are enforceable by the judiciary. Some other rights, are incorporated in Part IV of the Constitution, entitled Directive Principles of State Policy (art. 36 - 51); they are not enforceable by the courts. Such, for example, is the right to work<sup>26</sup>. By the Forty-second Amendment in 1976 a new *Part IV A* on *Fundamental Duties* was incorporated in the Indian Constitution.

The fundamental rights are meant chiefly to protect citizens against any totalitarian encroachment by the State. This is implicit in Article 12, which defines the "state" in Part III as including the Government and the Legislature whether in the Centre or in the federal States and all local or other authorities. Certain provisions (e.g. art 20) are meant to protect persons against the possible abuse of power by the judiciary also.

### *3. Right to Freedom of Religion*

The solemn promise of "liberty of thought, expression, belief, faith and worship", consecrated in the Preamble, is taken up and juridically articulated in articles 25 - 28 of the Constitution, where it becomes part of the fundamental right to freedom of religion<sup>27</sup>.

The Indian Constitution gives no definition of "religious freedom". However the notion that underlies articles 25-28 is the same as the one articulated by the Second Vatican Council:

"Religious freedom means that all persons should be immune from coercion on the part of individuals, social groups and any human power whatever, so that, within due limits, nobody is forced to act against his conscience nor be prevented from acting according to his convictions in religious matters in private or in public, alone or in association with others. ... This right of the human person to religious freedom must be given such recognition in the juridical order of society as to make it a civil right"<sup>28</sup>.

Art. 25 § 1 of the Indian Constitution is, in part, adapted from the Irish Constitution of 1937 (§ 44, 2, 1) and states: "All persons are equally entitled to freedom of conscience and the right freely to profess, practise and propagate religion". The exercise of this right is "subject to public order, morality and health and to other provisions of this Part" (i.e., Part III on Fundamental Rights). Whereas the Irish Constitution (art. 44) assigns a special position to the "Holy Catholic Apostolic Roman Church", the Indian Constitution, following the Constitution of U.S.A., recognizes no such position to any religion or Church.

It is significant that the Constitution entitles all *persons* to freedom of religion, and not only "all citizens" as had been originally proposed in the drafts. The Fundamental Rights Subcommittee changed the wording from "all citizens" to "all persons". This is a classical distinction which figures already in the French Revolution and its "Declaration of the Rights of Man and of the Citizen" (1789). And this distinction was upheld in the Bombay High Court in 1952 to the effect that "the right is not only given to the citizens of India but to all persons". Hence foreign visitors, residents and missionaries are all equally entitled to freedom of religion in India. All enjoy this freedom both individually and collectively, both as physical persons and in association with others. It is in this latter capacity that the Churches enter the scene, where there can also be meaning in speaking of Church-State relations.

Religious freedom involves first of all the freedom of conscience, of thought and of belief. This is *per se* something internal to physical persons; and as long as it remains internal, law need not be concerned about it. But when its external expression ceases to be a purely personal or private matter and affects society, it comes within the competence of the State. The Constitution affirms the right -- not however the duty, which it is up to religions and Churches to affirm and to inculcate -- to profess, to practise and to propagate religion. Of this trinity of religious freedoms, only the first (*to profess*) went unchallenged in the Constituent Assembly. On the contrary, serious objections were raised against the inclusion of the other two rights (*to practise* and *to propagate*). We shall therefore deal with these two more extensively, reserving to the latter a separate section, whereas we shall deal with the first very briefly.

#### a) Right to Profess Religion

Profession of religion includes not only freedom of speech and expression of religious beliefs or tenets but also worship and other symbolic expressions. An example of a symbolic expression is given in art. 25 of the Constitution itself as *Explanation I* (which is a kind of footnote) : "The wearing and carrying of *kirpans* shall be deemed to be included in the profession of the Sikh religion". This explanation was included in the Constitution on Sikh demand. Analogously, Muslim women may wear the *purdah*, and Christian clerics a clerical dress, a cross or any other medallion.

#### b) Right to Practise Religion

In the Constituent Assembly, Rajkumari Amrit Kaur expressed the fear that a constitutional right to practise religion might invalidate existing Child Marriage Restraint Act and Widow Remarriage Act and that it might be invoked against future legislation on polygamy, *pardah*, the system of *dévadási* (dedication of girls to deities involving sacred prostitution in the temple), unequal laws of inheritance, and such other traditional practices of Hinduism. To meet this objection, art. 25 § 2 empowers the State to operate existing laws or to make new laws "regulating or restricting any economic, financial, political or other secular activity associated with religious practice". Note the expression "secular activity" and the examples given: "economic, financial and political" -- illustrative of the

meaning of "secular" and of what pertains to the State as its proper sphere of concern. Again, the State may operate existing laws or make new laws "providing for "social welfare and reform".

Traditional Hinduism used to exclude people of the lowest rung of castes (outcastes) from worship in temples, both private and public, all of which were reserved to the higher castes. Early in this century however several princely States and Provinces enacted liberalizing temple entry laws. By these laws and others which the State is empowered to make about "the throwing open of Hindu religious institutions of a public character to all classes and sections of Hindus" (§ 2), the State does indirectly discipline the practice of religion. The temples of former kings and princes, whose territories were incorporated in the Union Republic, continued to retain their public character. They became virtually State temples, however curious that might sound for a secular State. They have to be accessible to all Hindus, irrespective of caste. Like other such institutions (*mathas, matts, and endowments*) they are administered by trusts, corporations, or commissions, which are responsible to the State in areas like finances, but not for doctrine or ritual<sup>29</sup>. Hindus in this article include also Jains and Sikhs, according to a second footnote (Explanation II).

All religions, even Hinduism, as we said earlier, belong legally under the private sector. Art. 26 of the Constitution says:-

"Subject to public order, morality and health, every religious denomination or any section thereof shall have the right

- a) to establish and maintain institutions for religious and charitable purposes;
- b) to manage its own affairs in matters of religion;
- c) to own and acquire movable and immovable property; and
- d) to administer such property in accordance with the law".

The various Churches come under Christian religious denominations. As their sections may be counted dioceses and parishes of the Catholic Church. All these can be proprietors and own and administer religious institutions like catechetical centres or retreat houses, or monasteries or charitable institutions like hospitals and dispensaries.

Under the right to practise religion as well as the right of every religious denomination or section thereof to manage its own affairs may be placed marriages performed according to religious law or the custom of the religious community. Marriage is viewed in law primarily as a religious act. The various religions have their own Marriage Acts (Hindu Marriage Act, Muslim Marriage Act, Christian Marriage Act) approved by the State. Catholic marriages performed according to the *Codex Iuris Canonici* for the latins, and according to the Motu Proprio "*Crebrae Allatae*" for the orientals, come under the Christian Marriage Act. Before or after the religious marriage, no other expression of consent before a State functionary is required unlike in some western countries. For non-religious marriages there is a Special Marriage Act.

"No person shall be compelled to pay any taxes" for the benefit of any particular religion (art. 27)<sup>30</sup>. But at the same time, the State indirectly promotes

all religions in that the money spent in their maintenance and promotion is exempted from taxes.

The State assumes a similar posture also in the matter of religious education in schools. "No religious instruction shall be provided in any educational institutions wholly maintained out of State funds" (art. 28 § 1). This is not to be interpreted as a negative stance of the State towards religion, but putting into effect its secularity, recognizing the practical impossibility of imparting religious instruction in one and the same State school attended by students belonging to a host of religions or to no religion. Religious instruction however may be freely imparted in educational institutions other than those *wholly* maintained out of State funds. Such are :

1) those maintained *partly* only by State funds ("aided schools");

2) those *recognized* by the State (private "recognized schools") but are un-aided;

3) other private schools and colleges that are neither recognized nor aided. However, in no aided or recognized school may religious instruction be made compulsory, unless for minors with the consent of the guardian (art. 28 § 3). This provision for religious instruction applies also to religious worship conducted in educational institutions but not to moral instruction. Though the distinction between religion and morality is often tenuous in practice, moral instruction is widely recognized in India as an integral part of education and of the cultural formation of school children. Accordingly, through moral instruction, which can be imparted in any school, private or State run, students can come to know and esteem the great religious personalities who have helped create the moral climate and the cultural fabric of the world.

#### c) Right to Propagate Religion

Art. 25, as we saw, contains the right to propagate religion. The inclusion of this right in the Indian Constitution has a long history of debates in the Constituent Assembly and, after the promulgation of the Constitution, a very chequered history of legislative enactments and jurisprudence. Given its importance and complexity, we must devote to it a special section.

##### *4. The Right to Propagate Religion*

When the right to propagate religion was recognized as a fundamental right, the Indian Constitution stood at the antipodes of the Soviet Constitution of 1936, which excluded the right to propagate religion while expressly mentioning, not to say promoting, the right to atheistic propaganda<sup>31</sup>. All the other modern constitutions that recognized the right to propagate religion did so only implicitly, that is in and through the more general right or freedom of speech and expression. As the Indian Constitution came into force it was the first and only constitution to include in express terms the right to propagate religion as a fundamental right. This is a record and a primacy, of which India can be rightly proud of.

### a) Constituent Assembly Debates

This record however was not established with a single, easy leap; it was the fruit of intense and prolonged debates in the Constituent Assembly. It is instructive to follow the slow maturation of thought in and through the various Sub-committees and Committees before the Constituent Assembly finally came to approve this right to propagate religion<sup>32</sup>. Neither in the original draft on Fundamental Rights proposed by K.M.Munshi nor in its reworked version approved by the Sub-committee on Fundamental Rights on 16 April 1947 did the article on the freedom of religion contain the word "propagate". But on 24 March 1947 Dr. B.R.Ambedkar had proposed an alternative draft according to which every Indian citizen should have "the right to profess, to preach and to convert".

Apropos of this right to "convert", a parenthetic remark regarding its proponent Dr. Ambedkar is in order. From humble "casteless" origins, that is, from among the so-called "untouchables" he had risen to political eminence and become the Law Minister of Bombay State (1947-1951). An outstanding jurist, he was nominated to the Constituent Assembly and made Chairman of the Drafting Committee. In October 1956, less than seven years after the Constitution came into force, Dr. Ambedkar, who had married a Brahmin wife, would become a Buddhist convert at the head of some 200,000 "untouchables", who embraced Buddhism to get relief from the disabilities of the Hindu caste system. It is perhaps prophetically significant that Ambedkar wanted to include the right to "convert" as part of religious freedom. But his wording was not accepted by the Sub-Committee, which changed it into "propagate". As we shall see, the distinction between the right to propagate religion and the right to "convert" is important and will come up in Indian jurisprudence. Then, too, there is another distinction. Ambedkar's draft had recognized the right to convert only for Indian citizens, but not for foreign residents in India. Missionaries who were not Indian citizens would therefore not have had the same right.

M. Ruthnaswamy, a Catholic from the Madras State, argued in the Sub-Committee on Minorities that "certain religions, such as Christianity and Islam, were essentially proselytizing religions, and provision should be made to permit them to propagate their faith in accordance with their tenets". Welcoming his proposal the Sub-Committee on Minorities recommended on 19 April 1947 the inclusion of the right to "propagate religion".

As however the Sub-Committee on Fundamental Rights had rejected such a clause only three days before, the question was referred to the Advisory Committee. Several members of the Advisory Committee voiced the view that freedom of speech and expression contained in art. 13 of the Draft Constitution (= art. 19) already assured the right to propagate religion, as it did in other democratic constitutions. However the Advisory Committee opted for a more explicit statement out of regard for the minorities, and so retained the word "propagate".

When the Drafting Committee took up the issue in October 1948, opposition was voiced again to the word "propagate". Some members were of the view that religion belonged to the private sphere and its propaganda could not be a

matter of State law. However the Drafting Committee rejected this view and kept the right to propagate in the Draft Constitution.

Finally in December 1948 the Constituent Assembly debated art. 19 of the Draft Constitution, which would become art. 25 of the final text. There was still much opposition to keeping the word "propagate". The arguments ran as follows. If all can attain salvation in their own religion, religious propaganda is senseless. In practice, it is a "nuisance" to others. The chief victim is Hindu culture and social structure. Muslim propaganda has issued in the partition of India and the emergence of Pakistan. The lesson of history is that religious propaganda is a wedge to split up peoples and gain political power by swelling the numbers of followers<sup>33</sup>. The implicit suggestion was that after the Muslims it was now the turn of the Christians to make a bid for political domination in the wake of a Christian colonial rule.

In the 296 member Constituent Assembly there were only seven Christians, proportionate to the religious divide of the country. But it was chiefly the non-Christian members that sprang to the defence of the Christian community. Lakshmi Kanta Maitra (West Bengal) deplored the pillorying of Christian proselytism. He asserted that Christians spent millions of rupees every year on social work, medical relief, and educational services, irrespective of the religion of the beneficiaries; had they really used these funds to swell the numbers of converts, the Christian community should already have been ten times stronger.

More defence of Christians came mainly from members hailing from Madras and Bombay, where there was substantial Christian presence in higher education. T.T. Krishnamachari (Madras) stated that he had studied some 14 years in Christian educational institutions, but no one had ever tried to convert him. In free India, Christians should be free to propagate their religion as the Arya Samajists are free to administer *shuddhi*<sup>34</sup>. The denial of the right to propagate religion would be a two-edged sword turned equally against Christians and Hindus. In this no one should feel worse off in free India than under past alien rule.

L. Krishnaswami Bharati (Madras) argued that to deny Christians the right to propagate their religion would amount to religious intolerance. He pointed out how the Christian community had lately waived their right to have a number of seats reserved to them in the Parliament<sup>35</sup>; he qualified this as a "thoroughly nationalist" option of the Christians to be integrated in the nation, and added: "Therefore in good grace, the majority community should allow this privilege (of propagating religion) for the minority communities and have it for themselves as well".

Finally, K.M. Munshi (Bombay), who had initially objected to the inclusion of "propagate" in art. 25, firmly veered round to its support in a "compromise with the minorities". He denied that any religious community could gain "any political advantage by increasing one's fold". He avowed:

"I know it was on this word (propagate) that the Indian Christian community laid the greatest emphasis, not because they wanted to convert people aggressively, but because the word "propagate" was a fundamental part of their tenet. ... The word "propagate" should be maintained in this Article in order that the compromise so laudably achieved by the Minorities Committee should not

be disturbed. ... So long as religion is religion, conversion by free exercise of the conscience has to be recognised"<sup>36</sup>.

Munshi's intervention was impressive. From initial opposition he had rallied round to the word "propagate" in art. 25. A vote was taken and the proposition won. Article 25 of the Indian Constitution was to read : "Subject to public order, morality, health and the other provisions of this Part, all persons are equally entitled to freedom of conscience, and the right freely to profess, practise and propagate religion". It was 6 December 1948. A landmark in the constitutional history of India.

### b) The Content of the Right

The fundamental right to religious freedom enshrined in the Indian Constitution is subject to four conditions, has three facets, extends to two levels and has one and the same application to "all persons".

1) First of all, the Constitution guarantees the "freedom of conscience" of all persons. Conscience is sacred to every person, however much its dictates may vary. To recognize the freedom of conscience is to recognize the dignity and inviolability of the human person, whether citizen or not.

2) Secondly, this freedom extends to two levels or dimensions, the internal and the external, individual and social. Freedom of conscience comprises the freedom of belief in the religious and moral spheres. It cannot be contained within one's internal or private world but needs to find outward manifestation in freedom of speech and expression, whether alone or in association with others. In this sense religion is not only personal or private, but social or public. But it is not public in the sense of ancient Roman law, in which *ius pontificum* was part of *ius publicum*, that is, religion was a State concern and religious law was public law.

3) Thirdly, at the outward, social level, religious freedom assumes three facets: the rights to profess, to practise, and to propagate religion. These facets may freely be united or separated like three petals of a flower. Thus a person may do all three (profess and practise and propagate) or two of them (profess and practise but not propagate) or be content with only one of them (profess without practising or propagating).

4) Fourthly, religious freedom in its outward, social manifestation is not absolute or unlimited but is subject to four conditions: namely, public order, morality, health and the exigencies of the other fundamental rights included in the Constitution. Thus, for example, a religious procession, which is one way of professing religion openly or publicly, needs to be authorized so that it will not paralyse the city traffic (public order). Another example, for morality: you may not perform a human sacrifice or *sati* (widow burning), whatever be your personal belief about its salvific value or religious merit. Health : corpses may not be cremated too close to a school.

Religious freedom in the Indian Constitution is guaranteed as a fundamental right but it is not conceived or presented as a "human right" in the sense of a right based on the very nature of the human being<sup>37</sup>. This latter is a philosophical view; it had been put forward by some speakers during the Constituent Assembly debates. Mohamed Ismail Sahib (Madras), for example, had argued that

the right to propagate religion was "a right which the human being had from the very beginning of time" and that it was "an inalienable right of every human being". However it is not this or any other ideological approach to "human rights" that in the end carried the day. In fact, using the term "fundamental rights" in lieu of "human rights", the Constitution adopted a strictly juridical approach, prescinding from all theories and ideologies, just as secularity is no ideology in the Constitution but a legal determination.

### *5. The Test of Secularity*

The ultimate test of the secularity of the State is in terms of the equality of all individuals before the law, irrespective of their religion. In a secular State, religious minorities have the assurance that they are not second class citizens. Let us see how far the Indian Constitution passes this test.

#### a) Equality

According to art. 14 of the Indian Constitution, not only citizens but any person is entitled to "equality before the law or equal protection of the laws within the territory of India". Thus the Constitution assures equal treatment in equal circumstances. According to art. 15 § 1, "the State shall not discriminate against any citizen on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them". Hereby are abolished all forms of discrimination by the State, which were characteristic of traditional Indian society well known for its hierarchically structured caste system. Again, according to § 2 of the same art. 15, on these same grounds, no citizen is to be subject to any disability as regards "access to shops, public restaurants, hotels and places of public entertainment; or the use of wells, tanks, bathing ghats, roads and places of public resort maintained wholly or partly out of State funds or dedicated to the use of the general public". The Constitution thus guarantees Indian citizens (not however aliens) against unjust discrimination whether on the part of the State (§ 1) or on the part of the state and/or any person (§ 2).

These provisions however do not prevent the State from making legal provisions for special classes of people, for example for women and children or for the advancement of the backward classes or for other disadvantaged groups. Caste distinctions are still practised by the Indian society at large: however lamentable they may be, they are not against the Constitution except in areas expressly forbidden therein. One such express prohibition is about untouchability, a practice which had long been buttressed by the Hindu religious law. According to art. 17, "'Untouchability' is abolished and its practice in any form is forbidden. The enforcement of any disability arising out of 'untouchability' shall be an offence punishable in accordance with law". However legal enactment is not identical with social behaviour.

The same distinction between law and social behaviour must be kept in mind as regards art. 16 § 1: "There shall be equality of opportunity for all citizens in matters relating to employment or appointment to any office under the State". Consequently, "No citizen shall, on grounds only of religion, race, caste, sex, descent, place of birth or residence or any of them be ineligible for, or

discriminated against in respect of, any employment or office under the State" (§ 2). The State may however provide "for the reservation of appointments or posts in favour of any backward class of citizens" (§ 4). For this purpose and for social welfare in general Schedules of Castes and Tribes have been got ready and approved by the Head of State. These Castes and Tribes have, for example, a number of seats reserved in the Parliament (art. 330-334) and are granted special financial subsidy.

The State must also respect "any law which provides that the incumbent of an office in connection with the affairs of any religious or denominational institution or any member of the governing body thereof shall be a person professing a particular religion or belonging to a particular denomination" (§ 5). This will apply, for example, to the nomination of bishops and rectors of seminaries. Though applicable also to the nomination of principals and head-masters/headmistresses of denominational colleges and schools, this is a fertile field of recurring legal battles.

The ideal of equality was admirably exhibited in the Constituent Assembly itself. The Chairman of the Drafting Committee was an "untouchable", Dr. B.R.Ambedkar, whom we met with earlier. The highest office of the country, that of the President of the Republic and Head of State, has been twice occupied by non-Hindus: once by a Muslim, and once by a Sikh. By law, it is open also to Christians, whether Catholic, Orthodox, or Protestant -- something which it is not possible to imagine in a Christian country like England.

#### b) Concern for Religious Minorities

Concern for the minorities is a remarkable feature of the Indian Constitution. Articles 29 and 30 protect the cultural and educational rights of religious as well as linguistic minorities. "All minorities, whether based on religion or language, shall have the right to establish and administer educational institutions of their choice" (art. 30 § 1). The fact that this is a fundamental right is a matter of no little security for religious minorities. What is more, the State may not discriminate against the educational institutions of minorities in granting aid (§ 2).

It is in recognition of the educational and cultural service they render to the nation that religious bodies running private schools can obtain State grant. In this regard private schools can be divided, as we saw earlier, into two kinds : aided schools and non-aided schools. These latter again are of two kinds: recognized (by the State) schools and non-recognized schools. According to art. 29 § 2, "No citizen shall be denied admission into any educational institution maintained by the State or receiving aid out of State funds on grounds only of religion, race, caste, language or any of them". So, an aided school may not restrict admissions on the basis of religion, say a Christian school only for Christian children, an Islamic school only for Muslim children, etc. This is expressly forbidden by the Constitution as tantamount to favouring particular religions.

However, if a religious body wants to run a school exclusively for its adherents (e.g. a Hindu school for Hindu pupils only; a Catholic college for Catholic students only, or a seminary for clerical formation), it may do so, but it

is not eligible for State aid, though the school or college may be recognized by the State if it fulfils certain conditions.

In brief, private schools, which generally enjoy greater prestige in India than State schools, are not disadvantaged for finances. For State aid, private schools may be the envy of their counterparts in other countries like the United States of America or even in some Catholic countries in Europe like Italy, where such schools obtain no State funds. In the State of Kerala, which stands in the forefront of education, Christian schools are even suspected of being run as a source of financial gain. In 1957 under an elected Communist government, the Kerala legislature passed an Education Bill restrictive of the constitutional rights of minorities. In an advisory opinion, the Supreme Court replied to the President that the bill for the most part was unconstitutional<sup>38</sup>. Owing to widespread popular uprising and the breakdown of law and order, the President dismissed the Communist government. Since their re-election years later in a coalition with other parties, the Communists have been more cautious in their strategy to control the field of education.

The greatness of a nation is measured in terms of its concern for its minorities: so said Mahatma Gandhi. The Constitution of India does breathe the Mahatma's spirit in its concern for the minority communities in India. Though the real condition of the minorities may not always correspond to the norm set by the Constitution, and at times there is even a yawning gap between the concrete reality and the high ideal of law, India as a whole can justly be proud of its Constitution in this regard. And religious minorities have to be grateful to the founding Fathers of Independent India for the constitutional protection they enjoy.

As for Christians in particular, who form the second largest minority community after the Muslims, they have reason to be satisfied with the secularity of the State. When art. 25 was passed with the right "to propagate religion" included, Father Jerome D'Souza, S.J., who had been a moderating influence during the debates, gratefully told the Constituent Assembly that their deed "is so encouraging to the minorities, that we have no reason at all to quarrel or to ask for stronger assurances"<sup>39</sup>.

#### *6. Constitution on Trial*

The above optimism however has subsequently been somewhat dimmed owing to a number of developments aiming at preventing or restricting conversions from one religion to another, chiefly from Hinduism to Christianity, so much so the word conversion used without qualification has come to mean conversion to Christianity. Some States have enacted laws unfavourable to conversion. We shall make a rapid survey of these developments and see how they have put the Indian Constitution itself on trial.

In spite of article 13 § 2 of the Constitution expressly prohibiting the State to make "any law which takes away or abridges" the fundamental rights, several attempts have been made in the last forty years in the legislatures of certain States and in the Lok Sabha itself to abridge the right to propagate the Christian religion through legal control or the prevention of conversions. The following

Bills and laws bear directly on the legal problems of propagating Christianity in India under the Constitution<sup>40</sup>.

1) *Indian Converts (Regulation and Registration) Bill*. This Bill was introduced in the Lok Sabha in December 1954 and discussed in September 1955. It was opposed chiefly by Christian members but also by Prime Minister Jawaharlal Nehru as likely to "cause great harassment to a large number of people". It was rejected by an overwhelming majority.

2) *Madhya Pradesh Prevention of Religious Conversion Bill* (1958). This Bill was the sequel to an enquiry in 1956 ("Niyogi Report") into the activities of Christian missionaries by a committee headed by Dr. M.B.Niyogi, retired Chief Justice of the Nagpur High Court. The Bill forbade change of religion by minors and required of majors to report their conversion to a magistrate. It provoked strong criticism by the Catholic Bishops and was rejected by the Legislative Assembly of Madhya Pradesh.

3) *Orissa Freedom of Religion Act* (1968). This law punished with one year of rigorous imprisonment and/or a fine of 5,000 rupees anyone who used force or fraud or inducement in conversions. The punishment was doubled if the converted person was a minor or a woman or belonged to a Scheduled Caste or Scheduled Tribe. A missionary and three catechists were in fact prosecuted under this Act, which was vague about "undue inducement". But on appeal to the Orissa High Court, in 1973 it was declared *ultra vires* of the State Legislature, since according to articles 246 and 248 of the Constitution the Union Parliament has exclusive power to legislate on religion.

4) *Madhya Pradesh Freedom of Religion (Dharma Swatantrya Adhiniyam) Act* (1968). This law required of converts as well as ministers of religion (the latter under pain of one year's imprisonment and/or a fine of 1000 rupees) to report conversions to the district authorities. It also contained the clauses on force and fraud and the punishments as in the Orissa Act above, but instead of "inducement" spoke of "allurement". In 1974 the law was impugned in the High Court as unconstitutional, but without success. On appeal, in a historic judgement delivered on 17 January 1977 the Supreme Court of India upheld both the Acts of Orissa and of Madhya Pradesh.

5) *Judgement of the Supreme Court* (1977). Interpreting art. 25 of the Constitution, and speaking for the five-member bench of the Supreme Court, Chief Justice A.N.Ray denied that the right to propagate religion was identical to the right to convert. "What the article grants", said his Lordship, "is not the right to convert another person to one's own religion but to transmit or spread one's religion by an exposition of its tenets ... There is no fundamental right to convert another person to one's own religion"<sup>41</sup>.

6) *Arunachal Pradesh Freedom of Religion Act* (1978). This Act is similar to the Orissa and Madhya Pradesh Acts of 1968.

7. *Freedom of Religion Bill*. Extending to the whole of India the above three Acts, this Bill was introduced in the Lok Sabha on 22 December 1978. However it did not succeed to become law in the turmoil of politics and the changing fortunes of the government.

We might also mention measures that were prepared to control conversions in federal States like Bihar (1968), Rajasthan (1970), and Gujarat (1972), measures which were kept in abeyance so as to see the fate of similar measures

taken elsewhere but were being challenged on constitutional grounds. To circumvent the legal hurdle in the States, a Bill was brought before the Central Legislature in 1970 seeking to forbid the conversion of minors, but it was denounced as running counter to the Constitution and was rejected.

The above mentioned Supreme Court judgement has outraged many Christians and made much ink to flow. Most controversy is beclouded. Surely, the Supreme Court does not intend to take away or abridge the right to propagate religion as guaranteed in the Constitution. Accordingly, if "subject to public order, morality, and health", Peter propagates his religion, and convinced of the truth and goodness of Christianity, Rama in a free response wants to become a Christian, the latter has the right to do so; and this right is guaranteed by the Constitution as the right to "freedom of conscience". What results is a fair and free conversion, in which both Peter and Rama have their active roles. If however, Peter were to use force or fraud or any other illegitimate means to trap Rama into Christianity, the latter would become a passive victim and his freedom of conscience would be violated. In this latter case too there is conversion, but clearly no one has the right to effect such conversions. So there can be conversions that respect or violate the freedom of conscience -- a distinction which the Supreme Court has failed to make.

Some critics, mainly Christians, have instead carped at the court for distinguishing between the right to propagate religion and the right to convert. As a matter of fact in the Constituent Assembly, as we saw earlier, the right to "convert", was originally contained in Dr. Ambedkar's draft of 24 March 1947, but it was later substituted with the right to "propagate". So, what the Constitution has approved and guaranteed is not the right to convert others but the right to propagate one's religion. And rightly so. Legitimate conversion implies the free consent of the convert. Critics who try to prove a constitutional "right to convert" may be reminded of the old dictum : *qui nimis probat nihil probat* (one who proves too much proves nothing).

Unfortunately, the judgement of the Supreme Court is not a paragon of clarity and precision. The key sentence in the reasoning of the Court runs as follows. "If a person undertakes the conversion of another person to his religion, as distinguished from his effort to transmit or spread the tenets of his religion, that would impinge on the 'freedom of conscience' guaranteed to all the citizens of the country alike". In this reasoning the Court is guilty of a double reduction. In the first, the freedom of "all persons" in art. 25 of the Constitution is reduced by the Court to "all citizens". One would hardly expect such an oversight from the highest court in the country.

A second reduction is to view religion merely as a creed or set of beliefs, and propagation of religion as an "exposition of its tenets"; or "to transmit or spread (its) tenets". This is to ignore that religion is also cult and acts of charitable service. Following the example of Jesus Christ, it is through deeds of love that his disciples are to make him known (Jn 13:35). Jesus was not a mere preacher or the teacher of a new doctrine, but a prophet of power who worked miracles and relieved the needy as he fed hungry multitudes or healed lepers. According to the view of the Supreme Court of India, by so doing he did impinge on their freedom of conscience since he did not stop at "an exposition of the tenets" of his gospel<sup>42</sup>. Paul Claudel was converted by the aesthetics of

religion (beauty) and not by an exposition of religious tenets (truth) -- something that should baffle India's Supreme Court.

Their Lordships would have done well to refresh their memory by looking over an earlier judgement pronounced by the Supreme Court on 16 March 1954. There we read:

"A religion undoubtedly has its basis in a system of beliefs or doctrines which are regarded by those who profess that religion as conducive to their spiritual well-being, but it would not be correct to say that religion is nothing else but a doctrine or belief. A religion may not only lay down a code of ethical rules for its followers to accept, it might prescribe rituals and observances, ceremonies and modes of worship which are regarded as integral parts of religion, and these forms and observances might extend even to matters of food and dress"<sup>43</sup>.

If it is incorrect to say that religion is nothing but doctrine or belief, then it would be equally incorrect to say that to propagate religion is nothing but an exposition of its tenets. Such lack of logic is far from the highest standards we rightly expect of the Supreme Court. Disappointingly, neither the Madhya Pradesh High Court nor the Supreme Court cared to answer the objection of the Orissa High Court that the juridical notion of 'inducement' is vague. If the Supreme Court is induced to revise its judgement, it may bear in mind K.M.Munshi's concluding statement cited earlier on : "So long as religion is religion, conversion by free exercise of the conscience has to be recognised".

Indeed it would seem that the fortunes of the right to propagate religion have depended more on the social and political forces in power than on the merit of the right itself. As a study on conversion and Indian civil law has observed:

"The freedom to propagate one's religion was reluctantly conceded as a compromise with the minorities, for relinquishing of their right to reserved seats in the legislature. There was no genuine conviction concerning this aspect of religious freedom. So it is not surprising, that, notwithstanding art. 25, attempts have been made.... to abridge the right enshrined in the said article"<sup>44</sup>.

#### *7. Conclusion : The Future of Religious Freedom*

What course India will take in the future, is hard to tell. Keeping to the "basic structure" of the Constitution, Parliament can amend any fundamental right, including the right to propagate religion. Opposition to conversion to Christianity is not always or mainly rooted in a zeal for the constitutional right to freedom of conscience or religious freedom. Conversions are not only a matter of conscience, but they often disrupt families, impede social life, impinge upon economic interests, change legal status, and usually require cultural transformation. For these concomitant features of conversion, even so truthful and noble a spirit as Mahatma Gandhi was opposed to conversions to Christianity, in spite of his admiration and veneration for Christ<sup>45</sup>. On the other hand, not seldom do the vested interests of landlords and money lenders come into play. Determined to go on exploiting the poor, they would do everything to prevent their liberation by conversion to Christianity. The Acts and Bills we have reviewed are conspicuous for the absence of all reference to the intimidations and unjust vexations

prospective converts are subjected to. That too is violation of the right to religious freedom.

If the resurgent forces of Hindu fundamentalism were to succeed in India as Muslim fundamentalism has succeeded elsewhere, the prospects for religious minorities in India as a whole and for Church-State relations in particular can be bleak indeed. However there are deep spiritual reserves in the Indian religious culture to prevent the gap between the ideal and the real from widening into a yawning chasm.

The Indian Constitution has set a high ideal of equality and justice. Integral to that ideal is religious freedom, which is a sacrosanct fundamental right. It consists of a trinity of rights to profess, to practise, and to propagate religion. An ideal, by definition, is a goal to strive after but is seldom attained. The more exalted and sublime the ideal, the greater the distance between it and the real life. This is true of most of the fundamental rights enshrined in the Indian Constitution, but particularly so of the right to religious freedom.

It is usual to qualify western society in general as post-christian. Most western States are post-christian in law in the sense that they have the so-called regime of separation between Church and State, so that the State is no more a confessional State. In analogous but complementary sense, Indian society as a whole and the Indian State in particular are pre-christian. But this pre-christian State is at one with most post-christian States in being secular, although the terminology used is different. Like these States, India is a rule-of-the-law-State, *stato di diritto, état de droit, Rechtsstaat*. Rule of the law is what Aristotle conceived as the proper function of the State, an insight that has been subscribed to, albeit under different names, by the best philosophy of law down to our own day. Perhaps to those who feel nostalgic about the "symphony" of former times in Church-State relations, India's constitutional experience can offer the suggestion to look upon their post-christian States too as God's gift in a pluralistic society.

Christians know that life here on earth will never fully coincide with the ideal till the Kingdom of God shall have fully come and God's will is done on earth as it is in heaven. This is an aspiration and a prayer at present, while we look forward to the final fulfilment of history in the new heaven and the new earth, where love will be law, and law will be love.

## Notes

1 An explanatory note about this paper is in order at the outset. Having accepted to prepare this paper for this Congress, I visited India and consulted some prominent jurists, among whom Mr. George Vadakel, retired High Court Justice of Kerala. Impressed by his experience in jurisprudence, I asked him if he would write the paper himself and present it to the Congress. After some days of reflection, he agreed. The paper he sent to the Congress Secretary was accepted and distributed to the participants. However, regrettably, ill health coupled with some other unavoidable circumstances has prevented Justice Vadakel from coming to the Congress to read his paper.

So, the ball has come back to me. Justice Vadakel had authorized me to use his paper in whatever way I thought fit. In fact its general structure and initial section were based on a first draft of mine. However I decided to prepare my own paper rather than simply read his without assuming responsibility for the issues raised and declining to answer questions put from the floor. Having thus

set to work at the eleventh hour, it was not possible to get my paper ready on time to be sent to the Congress participants. I am indebted to Justice Vadakel's paper for three or four cues of a historical nature, for which I wish to express my thanks to him.

2 Though in the first census (1951) of Independent India, 85% of the population was counted as Hindus, this figure later proved to have been somewhat blown up to include certain tribals, who do not regard themselves as Hindus. Hindus are 82.5% according to more recent census.

3 The following is a very select bibliography on the Indian Constitution.

*Government of India, Ministry of Law, Justice...*, Constitution of India (as modified up to 15 January 1980), Government of India Press, New Delhi 1980; Constitution of India (as modified up to 15 August 1983), Government of India Press, New Delhi 1983.

*R.N. Aggarwala*, National Movement and Constitutional Development of India, 9 ed., Metropolitan, Delhi 1976.

*A.C. Banerjee*, Constitutional History of India, 3 vols, Macmillan, Delhi 1978.

*D.D. Basu*, Commentary on the Constitution of India, 5 vols, 5 ed., S.C. Sarkar, Calcutta 1956-1970.

*D.D. Basu*, Constitutional Law of India, Prentice-Hall of India, New Delhi 1977.

Constituent Assembly Debates, 10 vols, Lok Sabha Secretariat, New Delhi 1949.

*M.G. Gupta* (ed.), Aspects of Indian Constitution, Central Book Depot, Allahabad 1956.

*M.V. Pylee*, Constitutional Government in India, Asia Publishing House, Bombay 1960.

*B.S. Rao*, The Framing of India's Constitution, 5 vols, Government of India's Press, Nasik 1968. (= A Study, Select Documents).

Benegal Narasinga Rau (= Constitutional Adviser), India's Constitution in the Making, Orient Longmans, Bombay 1960.

*D.K. Sen*, A Comparative Study of the Indian Constitution, 3 vols, Orient Longmans, Bombay 1960.

*L.M. Singhvi* (ed.), Fundamental Rights and Constitutional Amendment, National Publishing House, Delhi 1971.

4 *J. Minattur* (ed.), The Indian Legal System, N.M. Tripathi Ltd, Bombay 1978. See Introduction by J. Minattur, pp. xi-xviii.

5 For a clear and balanced discussion of the change of perspective brought about by the Second Vatican Council in Roman Catholic ecclesiology, once dominated by ius publicum ecclesiasticum, see *Roland Minnerath*, Le droit de l'Eglise à la liberté. Du Syllabus à Vatican II (Le Point Théologique, 39), Beauchesne, Paris 1982.

6 See for the discussion of this point : *D.E. Smith*, India as a Secular State, Princeton University Press 1963; *V.P. Luther*, The Concept of the Secular State and India, Oxford University Press, Calcutta 1964; *J. Duncan, M. Derrett*, Religion, Law and the State in India, Faber and Faber, London 1968.

7 Constituent Assembly Debates, VII, see *H.V. Kamath*'s address, p. 825.

8 Ibid., see address of *Lakshmi Kanta Maitra*, p. 831. For the neutrality of the State in this positive sense, see *T. Maunz*, "Die religiöse Neutralität des Staates", Archiv für katholisches Kirchenrecht 139 (1970) 427-442.

9 *M.V. Pylee*, Constitutional Government in India, Asia Publishing House, Bombay 1960, p. 254.

Though many authorities could be quoted to the same effect, we shall cite but one more. "A secular State therefore means a State which has no religion of its own and which refrains from discrimination on grounds of religion. No particular religion would receive any special patronage from such a State, nor could anybody be compelled to accept or abandon any creed or belief". (*Basu*, Commentary (3), 2 ed., op.cil., Calcutta 1952, p. 191).

10 Cf. *T. Goffi*, Laicità politica e Chiesa, Rome 1961.

11 *S. Radhakrishnan*, Recovery of Faith, Harper 1955, p. 202.

12 L.Dumont, *Homo hierarchicus*. The Caste System and its Implications, London 1970.

13 A.M.Mundadan, History of Christianity in India, I, Bangalore 1984, pp. 268-269; citation, p. 520.

14 All India Reporter», 1966, p. 1129.

15 The juridical identity of the Hindu has been the object of endless jurisprudence by courts over several years. A law manual needs several pages to define who a Hindu is to whom the Hindu law applies : *Dinshah Mulla*, Principles of Hindu Law, 15th ed. by Sunderlal T.Desai, Tripathi, Bombay 1982, pp. 81-84; quote p.725.

Though many persons can be easily identified as Hindus, it is easier to define a Hindu by exclusion than by inclusion, -- that is, it is easier to define a Hindu as one who is not a non-Hindu. In 1949 in the Madras Hindu (Bigamy Prevention and Divorce) Act, it was enacted: "It shall be presumed until the contrary is proved, that a person who is not Muslim, Christian, Parsi, or Jew by religion is Hindu" (S. 2 § 1, b).

In art. 25 of the Indian Constitution as well as in the Hindu Marriage Act of 1955, Buddhists, Jains, and Sikhs are listed as Hindus (S. 2 § 1, c). The Hindu law of inheritance is applicable to the Khojas, converted en masse from Hinduism to Islam in the fifteenth century and belonging to the Imami Ismaili subdivision of Shiite Muslims. On the other hand many aborigines and tribals, once included by law as Hindus, have refused the Hindu identification.

16 S.Radhakrishnan, Indian Philosophy, vol 2, London 1940, p. 27.

17 The Lingayats and the Bairagis, who renounced caste as did the Buddhists and the Sikhs, belong within the Hindu fold. On caste, see L.Dumont, *Homo hierarchicus* (op. cit 12).

18 Vatican II, Gaudium et Spes, n. 76.

19 Government of India, Ministry of Law..., Constitution of India (as modified up to 15 January 1980), Government of India Press, New Delhi 1980. The 1983 edition has 378 pages in all.

20 A different kind of secondary laws have also crept into the Constitution without any justifying reason for their presence there. They are the laws taken over from the Government of India Act 1935, which being an Act of the British Parliament to govern colonial India, was not concerned with distinguishing fundamental and secondary laws. Now, about 75 percent of the Indian Constitution is borrowed, sometimes only with minor modifications, from this *Government of India Act 1935*. In a time of transition of power, it was not easy to clip out the secondary material and keep only the fundamental norms for the new constitution. Concern for continuity and the avoidance of unnecessary dust raising counselled the keeping of the whole bulk.

21 Example : the age of the retirement from State Public Service Commissions. In 1976, the Constitution had to be amended to raise that age from 60 to 62.

22 V.S. Deshpande, "Constitutional Law -I" in : J. Minattur (ed.), The Indian Legal System, Tripathi Ltd, Bombay 1978, 18-53; ref. p. 48.

23 K.M.Munshi, "Sources of the Constitution", in : M.G.Gupta (ed.), Aspects of Indian Constitution. A Symposium, Allahabad, 1956, pp. 62-78; cit. p. 71). K.M.Munshi became successively Cabinet Minister of Bombay State and Governor of Madhya Pradesh.

24 "The meaning and substance of democracy has been perverted of late by the terminology popularised by the communist states. But in the Preamble, the content of the word 'democratic' as used by the Constituent Assembly has been made clear by the emphasis laid on liberty of thought, expression, belief, faith and worship and on equality of status and opportunity". -- K.M.Munshi, ibid., p. 70.

25 G.Nedungatti, "I diritti umani nella costituzione dell'India", in: G. Cotteti (ed.), I diritti umani. Dottrina e prassi, Editrice AVE, Roma 1982, pp. 513-527.

26 A coalition government came to power in 1989 with an electoral promise of the Janata Dal Party to amend the Constitution and to make the right to work a fundamental right.

27 *K.P. De*, Religious Freedom under the Indian Constitution, Minerva Associates Publications, Calcutta 1977.

28 Second Vatican Council, "Dignitatis humanae", (Declaration on Religious Freedom) n. 2. (Translation, completing and correcting the text from *A. Flannery*, ed., Vatican Council II : The Conciliar and Postconciliar Documents, Collegeville 1975, p. 800).

See *J.C. Murray* (ed.), Religious Liberty .... An Ecumenical Discussion, New York 1966.

29 *J.D.M. Derret*, Religion, Law, and the State in India, London 1968; see chapter 14: "Religious Endowments, Public and Private" (pp. 482-512).

30 Thus the system of Kirchensteuer in vogue in West Germany would be unconstitutional in India.

31 Even in its fourth edition of 7 October 1977 the Constitution of the Soviet Union (art. 52) continued to use the same double measure, as did also most East European socialist, satellite countries.

32 Here we follow the convenient summary in *Julian Saldanha*, S.J., Conversion and Indian Civil Law, Theological Publications in India, Bangalore 1981, pp. 147-154.

33 *K.M. Panikkar*, Asia and Western Dominance, London 1955. The author, a leading Hindu scholar, was a member of the Constituent Assembly. He explains Christian missionary expansion as part of a strategy of domination by western powers.

34 Arya Samaj is a militant Hindu missionary organization that originated in the 19th century. *Suddhi* is a Sanskrit word meaning purification, as implied in the reconversion of Indian Christians to Hinduism.

35 The Constitution (art. 325, 330-334) provides for the reservation of parliamentary seats for minorities and disadvantaged castes and tribes. The decision by the Christians to waive this right was ideated by Dr. H. C. Mukherji, Vice - President of the Constituent Assembly and leader of the Christian members. Another prominent member and orator, Father Jerome D'Souza, S. J., convinced the Catholic bishops how this option could clear the objection against evangelization as a Christian strategy to swell the Chistian fold as a first step towards gaining political advantage (*L. Sundaram*, A Great Indian Jesuit, Fr Jerome D'Souza, Gujarat Sahitya Prakash, Anand 1986, pp. 187-188 ; 193-197).

36 *Constituent Assembly Debates*, VII, 6 dec. 1948, p. 837-838.

37 This is the social teaching of the Catholic Church and in particular the position of the second Vatican Council. "The Council further declares that the right to religious freedom is based on the very dignity of the human person as known through the revealed word of God and by reason itself" (*Dignitatis humanae*, n. 2).

38 *A. Pudicherry*, A Challenge to Educational Rights in Kerala State, India (Diss. Gregorian University, Rome), Ernakulam 1962.

39 *Constituent Assembly Debates*, III, pp. 496-497.

40 The following account is based mostly on *J. Saldanha*, Conversion and Indian Civil Law, Bangalore 1981. See chapter six, "Laws Directly Bearing on Conversion", pp. 144-169.

41 Supreme Court Reports, 1977, 611 at 616; All India Reporter (All India Reporter Press, Nagpur) 1977, "Rev. Stanislaus vs. Maddhya Pradesh", S.C. 908, at 911.

42 Christianity as mere faith without works of neighbourly love would be a dead thing (Ja 2:17). Mother Teresa's single act of kindness may move more minds and be more potent in propagating Christianity than a thousand theological arguments. On finding Mira abandoned and dying on the roadside, she took her and washed her and fed her and clothed her like a good Samaritan, and then answered her astonished question, "But, why are you so kind to me?" by pointing to the example and teaching of the Lord Jesus Christ. This so moved Mira as to want to become a disciple of Christ like Mother Teresa -- to say that here

freedom of conscience is necessarily violated is gratuitous and false. So too, if Peter spoke of Christ and his teachings over a cup of coffee he offered his friend Sushil, the former did not confine himself to an "exposition" of Christianity, and so, according to the Supreme Court of India, would be guilty of "impinging" on the freedom of conscience of Sushil. There can of course be abuses in this area, as the expression "rice Christians" bears out; but to reduce all conversions to such abuse and exceptions, is like identifying psychology with pathological psychology.

43 The Supreme Court Reports, 5 (1954) party, pp. 1005-1046; cit. p. 1024.

44 *J.Saldanha*, op. cit. (40), p. 159.

45 "If I had power and could legislate, I should certainly stop all proselytizing. ... In Hindu households the advent of a missionary has meant the disruption of the family in the wake of change of dress, manners, language, food and drink".  
-- *M.K.Gandhi*, Christian Missions, Navjivan Press, Ahmedabad, 2 ed., 1957, pp. 106, 222. Cited in *Saldanha*, op. cit. (40) p. 144.

