Джеймс Т. Ричардсон

Социальное конструирование правового плюрализма

James T. Richardson

The Social Construction of Legal Pluralism

James T. Richardson — Professor of Sociology and Judicial Studies and Director, Grant Sawyer Center for Justice Studies, University of Nevada, Reno, Nevada (USA). jtr@unr.edu

This article focuses on historical conditions and sociological variables that contribute to or impede the development of religious freedom. One major set of variables focuses on characteristics of legal and judicial systems. Another set evaluates the characteristics and history of a society, including a society's cultural values, and how those values are implemented in the regulation of religion. A further set of considerations flows directly from the work of Donald Black in the sociology of law, and includes important variables such as status, intimacy, and third-party partisanship, as well as evidentiary processes and production. Finally, the work of William Chambliss has identified the dialectic processes of law development as useful in allowing us to understand how legal structures protective of religious freedom might be produced.

Keywords: dialectic process, Donald Black, judicial systems, legal pluralism, legal systems, religious freedom, Shari'a.

Введение

Последние несколько лет мои исследования были сосредоточены на социологическом объяснении происхождения, развития и вариативности таких понятий, как

Оригинал см.: *Richardson J. T.* The Social Construction of Legal Pluralism // Democracy and Security. 2011. Vol. 7. No. 4. P. 390–405. Права на перевод и русское издание любезно предоставлены издательством Taylor & Francis Group, LLC.

свобода религии[1] и права человека в целом[2]. Моей целью было лучшее понимание взаимосвязи между правом в широком смысле и религией, также в широком смысле[3]. Я применял в этих исследованиях социально-конструктивистский подход, принимая во внимание теоретические разработки в области социологии права и социологии религии, а также учитывая наличие специфических исторических контекстов, иллюстрирующих взаимосвязь между правом и религией.

Определенная часть моей предыдущей работы трактует право как зависящее от тех или иных религиозных традиций и /или имеющее своим происхождением эти религиозные традиции. Я также рассматриваю право как инструмент социального контроля, как фактор влияния на религию, религиозные группы и организации[4]. Кроме того, мои исследования касались отдельных примеров взаимодействия права и религии в различных обществах — как в целом, так и применительно к отдельным религиозным группам. Я уделял особое внимание тому, как понимаются религии и религиозные практики определенных групп ключевыми правовыми институтами, такими как Европейский суд по правам человека, а также конституционными судами, особенно в странах, в прошлом находящихся в сфере влияния Советского Союза[5].

1. *Richardson J. T.* Religion, Constitutional Courts, and Democracy in Former Communist Countries // The Annals of the American Academy of Political and Social Science. 2006. P. 129–138; *Richardson J. T.* The Sociology of Religious Freedom: A Structural and Socio-Legal Analysis // Sociology of Religion. 2006. Vol. 67. No. 3. P. 271–329.
2. *Richardson J. T.* Religion, Law, and Human Rights // Religion, Globalization, and Culture / Ed. Peter Beyer and Lori Beaman. London: Brill, 2007. P. 407–428; *Richardson J. T.* Protection of Religious Minorities in States with Dominant Religions: The Role of the Courts // Quo Vadis Eastern Europe? Religion, State, and Society after Communism / Ed. Ines Murzaku. Bologna: University of Bologna Press, 2007. P. 107–121.
3. Для примера см.: *Richardson J. T.* (ed.). Regulating Religion: Case Studies from Around the Globe. New York: Kluwer, 2004.
4. *Richardson J. T.* Religion and Law: An Interactionist Perspective // The Oxford Handbook of the Sociology of Religion / Ed. Peter Clarke. Oxford: Oxford University Press, 2009. P. 418–431; *Richardson J. T.* Scientology in Court: A Look at Some Major Cases from Various Nations // Scientology / Ed. James Lewis. Oxford: Oxford University Press, 2009. P. 283–294; *Beckford J., Richardson J. T.* Regulating Religion // Handbook for the Sociology of Religion / Ed. J. Beckford and J. Demerath. London: Routledge, 2007. P. 396–418.
5. *Richardson J. T., Garay A.* The European Court of Human Rights and Former Communist States // Religion and Patterns of Social Transformation / Ed. D. M. Jerolimov, S. Zrinscak, I. Borowik. Zagreb: Institute for Social Research, 2004. P. 223–234; *Richardson J. T., Shoemaker J.* The European Court of Human Rights, Minority Religions, and the Social

Наконец, в своих ранних работах я косвенно затрагивал проблемы правового плюрализма и шариата, хотя и не рассматривал эти важные вопросы в полной мере. В настоящей статье излагаются предварительные результаты моих исследований в этой области.

Важные факторы, влияющие на свободу религии и права человека

В своих статьях 2006 и 2007 годов я рассматривал несколько взаимосвязанных структурных факторов, процессов и исторических контекстов, влияющих на развитие свободы религии и интерес к проблеме прав человека. Большую часть этих факторов можно сгруппировать под рубрикой «характеристики правовой и судебной системы». Другая совокупность охватывает «характерные черты общества и его историю», включая культурные ценности общества и то, как эти ценности реализуются в регулировании религиозной жизни. Еще одна совокупность факторов непосредственно следует из работ Дональда Блэка[6] по социологии права и включает такие важные составляющие, как статус, близость (*intimacy*) и пристрастность третьей стороны, а также процедуры доказывания и их результаты. Наконец, работа Вильяма Чэмблиса[7] указала на диалектические процессы развития права, которые позволяют нам понять, как формируются правовые структуры, защищающие свободу религии. Перед тем как я установлю взаимосвязь этих факторов с понятием правового плюрализма, я кратко остановлюсь на каждой из перечисленных групп факторов.

Характеристики правовой и судебной систем

Правовые и судебные системы сильно различаются с точки зрения их всеобщности и централизации; по их типу (состязательная или инквизиционная); степени автономности и свободы приня-

Construction of Religious Freedom // The Centrality of Religion in Social Life / Ed. Eileen Barker. Aldershot: Ashgate, 2008. P. 103–116; *Richardson J. T.* Religion, Constitutional Courts, and Democracy.

6. *Black D.* The Social Structure of Right and Wrong. New York: Academic Press, 1999.
7. *Chambliss W., Zatz M.* Making Law: The State, the Law, and Structural Contradictions. Bloomington: University of Indiana Press, 1993.

тия решений судебной властью; нормативной роли, которую исполняет судебная система в данном обществе.

Жизнь граждан сильно различается с точки зрения того, насколько правовая система влияет на них лично. В обществах с более развитой правовой системой многие аспекты жизни зависят от формальных юридических норм. В других обществах граждане могут в своей повседневной жизни не испытывать большого влияния со стороны официальных правовых и судебных институтов. В этих обществах возникает больше возможностей для развития правового плюрализма и неформальных методов социального контроля, поскольку граждане находят иные пути — помимо формальных юридических процедур — для урегулирования споров и для взаимодействия друг с другом.

Общества также различаются с точки зрения степени влияния государства на своих граждан. В некоторых обществах существует одна формальная государственная структура, и все граждане должны подчиняться указам тех, кто контролирует эту структуру. Другие общества могут быть намного более децентрализованы в смысле правовых полномочий, предлагая федеративный подход к управлению или даже позволяя развиваться правовому плюрализму в анклавах, где централизованная правовая структура обладает недостаточной властью или вовсе ее не имеет.

В некоторых обществах судебная система обладает существенной автономией. Судьи назначаются пожизненно или же их практически невозможно сместить после назначения. В таких обществах судьи часто проявляют значительную свободу в принятии решений — без негативных для них последствий. Возникновение конституционных судов во многих странах мира свидетельствует о движении к более независимой судебной системе. Кроме того, в некоторых регионах мира государственный суверенитет был ослаблен, когда транснациональная судебная система была наделена приоритетом по сравнению с национальными правовыми структурами. Совет Европы с Европейским судом по правам человека (ЕСПЧ) — пока что самый известный пример подобной региональной судебной системы, однако существуют и другие. Взаимодействие ЕСПЧ с конституционными судами и судебной системой 47 стран — членов Совета Европы — представляет собой потрясающий пример проникновения судебной системы в политику — *judicialization of politics* — и растущего влияния независимости судебной системы в современном мире.

В других обществах судебная система обладает ограниченной внутренней самостоятельностью и не подчиняется никакой внешней судебной системе. Судебная власть может быть полностью подчинена другой институциональной структуре — например, политической партии, военному или религиозному режиму, либо исполнительной или законодательной ветвям власти. В подобных ситуациях судьи во время принятия решения могут быть вынуждены действовать, исходя из интересов других, из-за страха потерять свою должность или даже жизнь.

Все вышеописанные факторы во взаимодействии с другими факторами, которые будут анализироваться ниже, оказывают влияние на то, являются ли определяющими в конкретном обществе принципы свободы религии и прав человека. Там, где правовая и судебная системы не могут влиять на граждан и действовать самостоятельно в целях защиты религиозной свободы и прав человека, существует мало возможностей для осуществления подобных прав.

Характерные черты общества и его история

Каждое общество имеет свою уникальную историю, и от этого напрямую зависит, насколько высок в этом обществе интерес к проблемам свободы религии и прав человека. Один очень важный фактор касается степени и типа *религиозного плюрализма* в данном обществе[8]. *Культурные ценности* общества — тоже очень важный фактор; важен также способ, посредством которого эти ценности отражаются в официальных правовых документах — конституциях и законах. Кроме того, важно учитывать наличие сильного государственного аппарата и способ, который государство выбирает для регулирования религии в обществе. Часто государства используют формальные методы для регулирования религии, в том числе законодательное установление иерархий религиозных групп; такие иерархии предоставляют привилегии различным религиозным группам в зависимости от их места в этих иерархиях. Если общество слабо дифференцировано в религиозном отношении, в нем проблеме свободы религии может не уделяться достаточно внимания. Но когда в обществе присутствуют многочисленные религиозные традиции и груп-

8. Для подробного анализа этого фактора см.: *Beckford J.* Social Theory and Religion. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

пы, вопрос свободы вероисповедания становится краеугольным. Действительно, по тому, какое в обществе отношение к религиозным меньшинствам, можно определять, насколько высоко в нем ценится свобода религии. Те, кто стоят у власти, могут приветствовать религиозное разнообразие; и наоборот, они могут стремиться к подавлению и искоренению некоторых отдельных религиозных групп и взглядов.

Культурные ценности общества, выраженные и воплощенные в его сакральных исторических регулирующих документах, могут многое сказать о ситуации со свободой религии в этом обществе. Конституции многих современных государств содержат положения о свободе религии, но эти положения могут не исполняться в реальности: соответствующие фразы в государственных документах могут быть сформулированы неоднозначно по некоторым важным вопросам; например, это касается вопроса о том, относится ли свобода религии, прописанная в данном документе, к организациям (и если да, то к каким), или говорится о свободе отдельных лиц. Это важный момент, к которому мы вернемся позднее.

Существование сильного государственного аппарата является важным фактором в осуществлении (или подавлении) права на свободу религиозного вероисповедания граждан. Если политическое руководство страны берет курс на воплощение культурных ценностей, поощряющих свободу религии, то такие ценности скорее всего будут иметь важное значение в этом обществе. Но возможно и обратное: сильные государства могут выбрать курс на подавление религиозной свободы. Таким образом, представляется, что связка сильного государства с культурными ценностями во многом определяет уровень религиозной свободы, доступной для граждан и религиозных групп внутри общества.

Здесь будет полезно кратко вспомнить историю и происхождение вопроса о свободе религии в истории человечества. По-видимому, Вестфальский мирный договор 1648 г. был первым официальным юридическим документом, в котором содержалось упоминание о свободе религии. Этот знаменитый договор был результатом отчаяния западноевропейских правителей, которые искали пути выхода из терзавших континент религиозных войн. Вестфальский мир дал толчок развитию национальных государств, когда его участники пришли к согласию о необходимости создания некоего нового единства, отличного от каждой

из воинствующих религиозных сторон, и наделения ее полномочиями для достижения мира в регионе. Согласно договору, государства, составляющие «третью сторону» противостояния, имеют право вмешиваться для утверждения минимальных основ мира, требуя от враждующих религиозных традиций сосуществования друг с другом. Этот политический компромисс послужил мощным импульсом к утверждению понятия свободы религии. Это понятие получило дальнейшее распространение в момент возникновения Соединенных Штатов Америки благодаря тщательно разработанному политическому компромиссу, гарантирующему религиозные свободы, — компромисса, который впоследствии часто копировался в других странах.

Некоторые государства регулируют религию посредством установления *иерархии* религиозных групп — либо формально через официальные регистрационные механизмы и процессы, либо неформально, используя менее очевидные методы[9]. В Соединенных Штатах такое регулирование является довольно неформальным, им занимаются государственные структуры, такие как Федеральная налоговая служба (ФНС). ФНС разработала длинный список критериев, применяемых для групп, претендующих на особый статус освобожденных от налогов организаций. Во многих других странах существуют своего рода «министерства религии», которые рассматривают заявки различных организаций для их официального признания в качестве религиозных и отводят им определенное место в соответствии с критериями, разработанными в данной стране. Подобные иерархии часто бывают многоуровневыми и включают в себя официально признанные религиозные организации, одна из которых может иметь или приобрести статус официальной государственной религии. Далее вниз по иерархии находятся признаваемые группы, имеющие некоторые юридические права и возможность действовать открыто. В самом низу иерархии находятся запрещенные группы и /или те, которым не позволено действовать открыто и у которых мало или совсем нет никаких юридических прав. Очевидно, что существование такой иерархии религий оказывает огромное влияние на состояние религиозных свобод. И само существование групп, не признанных государством, парадок-

9. *Richardson J. T.* Law, Social Control, and Minority Religions // Frontier Religions in Public Space / Ed. P. Cote. Ottawa: University of Ottawa Press, 2001. P. 139–168; *Richardson J. T.* «Showtime in Texas»: A Sociological Analysis of the Branch Davidian Trials // Nova Religio. 2001. Vol. 5. №. 1. P. 152–570.

сальным образом способствует тому, что, находясь в «подполье», эти группы могут разработать свои собственные методы социального контроля, фактически создавая некую форму правового плюрализма.

Социология правового процесса

Д. Блэк[10] предположил, что такие факторы, как *социальный статус и престиж,* а также *личная и культурная близость (intimacy),* играют ключевую роль в ходе принятия правовых и судебных решений. Блэк и Баумгартнер[11] также разработали понятие *сторонника с третьей стороны* (*third party partisan*), призванное проанализировать, как функционирует судебная система и как могут выигрывать юридические споры лица с низким статусом и отсутствием связей. Чэмблис и Затц предлагают[12] непрерывную *модель диалектического процесса* для объяснения того, как происходит развитие права в целом и как развивается временное правовое и политическое *регулирование договоров* и *конфликтов*, возникающих в обществе, с учетом огромных различий в доступе к властным и прочим ресурсам. Также в прямой связи с правовой системой находятся *правила сбора свидетельств*, а также решения о том, какие свидетельства должны быть представлены и приняты в юридических процедурах.

Теории Блэка и Чэмблиса, взятые вместе, многое дают для нашего понимания развития правовых систем, их функционирования, выявления преимуществ отдельных субъектов права, определения, когда правовые системы используются для урегулирования споров или осуществления социального контроля. У. Чэмблиса непосредственно интересуют «ситуации, в которых возникают законы, предлагающие новый подход к решению проблемы», и дела, которые «определяют новое направление» и «создают важные поворотные пункты в историческом процессе»[13]. Несомненно, развитие идей, касающихся свободы религии, служит примером таких важных поворотных пунктов в истории юриспруденции. Отдельные случаи, когда юридически фиксиру-

10. *Black D.* The Social Structure of Right and Wrong.
11. *Black D., Baumgartner M.* Toward a Theory of the Third Party // The Social Structure of Right and Wrong / Ed. D. Black. New York: Academic Press, 1999. P. 95–124.
12. *Chambliss W., Zatz M.* Making Law.
13. Ibid. P. 5–6.

ется и обеспечивается свобода религии отдельных меньшинств и индивидов, могут также быть важными поворотными пунктами.

В первую очередь Блэка интересует вопрос: «кто выигрывает и почему?» в случаях, когда правовые системы направлены на решение споров или осуществление социального контроля над индивидами и группами. Он отмечает, что личности с высоким статусом и престижем не только имеют преимущество внутри правовой системы общества, в котором они живут, но даже участвуют в развитии этой системы таким образом, чтобы она служила их интересам. Блэк подчеркивает, что те, кто использует правовую систему, имеют больший успех, если они разделяют культурные ценности и личные качества с теми, кто принимает решения в этой системе. А если какая-то группа побеждает неожиданно, то, как полагает Блэк (с Баумгартнером)[14], это означает, что некие «сторонники с третьей стороны», близкие к тем, кто принимает решения, вступили в борьбу на стороне этого неожиданного победителя. Эта концепция помогает нам понять такие ситуации, когда, например, малые религиозные группы побеждают в судебных тяжбах, успешно противостоя попыткам их контролировать.

Один важный аспект функционирования судебной системы связан с определением того, что считать свидетельством в ходе юридической процедуры. Также встает вопрос, кто имеет право представлять свидетельства суду: в разных обществах установленные правила этой процедуры сильно различаются. Марк Куни[15], ученик Блэка, показал, что представление доказательств — это социальный процесс, зависящий от определенных влияний, которые обычно выявляют победителя в судебном споре. В другой статье[16] я рассматривал большое количество судебных тяжб, касающихся представления доказательств и принятия решений в делах, затрагивающих религиозные меньшинства. В частности, я остановился на двух известных кейсах в Австралии («Дело собаки динго» с участием Линди Чемберлэн и дело «Хилтонского взрыва», в которое была вовлечена организация «Ананда Марга»), а также на делах о «промывке мозгов» в Соединенных Штатах и в других странах.

14. *Black D., Baumgartner M.* Toward a Theory of the Third Party.

15. *Cooney M.* Evidence as Partisanship // Law and Society Review. 1994. Vol. 28. P. 833–858.

16. *Richardson J. T.* Discretion and Discrimination in Legal Cases Involving Controversial Religious Groups and Allegations of Ritual Abuse // Law and Religion / Ed. Rex Ahdar. Aldershot: Ashgate, 2000. P. 11–132.

Изучение доказательных процедур показывает, что когда в судебное разбирательство вовлечены непопулярные религиозные группы, ответственные за принятие решений судьи могут принять слабое доказательство, которое было бы неприемлемо в других случаях, либо отвергнуть доказательство невиновности. Подобные решения часто определяют исход судебного дела. Ясно, что анализ функционирования правовых систем важен для определения имеющегося в обществе уровня религиозной свободы. Неспособность системы правосудия даровать даже малую долю свободы и справедливости религиозным меньшинствам и отдельным верующим способствует развитию других, менее формальных методов социального контроля. Поэтому следует снова отметить, что неожиданным следствием недостатка осмысленной справедливости в отношении религиозных меньшинств является развитие правового плюрализма — тема, к которой мы сейчас приступаем.

Правовой плюрализм

Правовой плюрализм — это сложное и многостороннее понятие, которому посвящен большой объем научной литературы. Статьи на эту тему можно встретить в изобилии и в правовых журналах, и в академических журналах по антропологии, политологии, социологии и социально-правовым исследованиям. В часто цитируемой статье Салли Мерри, опубликованной в *Law and Society Review* (1988), утверждается: «Правовой плюрализм — это центральная тема в формировании новой концепции взаимосвязи права и общества»[17]. Мерри членит историю правового плюрализма на два главных периода: «классический» период, который охватывает попытки колониальных империй внедрить правовые системы в колониальных обществах, и период «нового правового плюрализма», основанного на осознании того факта, что все современные общества в той или иной степени стоят перед лицом правового плюрализма.

В своем всестороннем критическом исследовании Брайан Таманаха[18] дает систематическое описание случаев правового плюрализма, существующих еще со времени западноевропейского Средневековья, тем самым напоминая нам, что социальные усло-

17. *Merry S. E.* Legal Pluralism // Law and Society Review. 1988. Vol. 22. P. 869.

18. *Tamanaha B.* Understanding Legal Pluralism: Past, to Present, Local to Global // University of Sydney Law Review. 2009. Vol. 30. P. 375–411.

вия, которыми часто объясняют возникновение правового плюрализма, возникли задолго до колониального периода. Далее в своем исследовании Таманаха анализирует правовой плюрализм колониального периода и, наконец, глобализированного мира конца XX века, критикуя пути развития этого понятия и предлагая лучший, по его мнению, способ будущего теоретического осмысления этого понятия.

Пол Берман в статье, опубликованной в *University of Southern California Law Review* (2007), предлагает понятие «гибридные правовые пространства»[19] для описания процессов в «мире множественных нормативных сообществ». Берман отмечает, что, согласно его подсчету, существует около 125 международных институций, имеющих некоторые юридические полномочия по отношению к отдельным странам или группам стран[20], не говоря уже о большом количестве соглашений, регулирующих отношения между странами. Подписавшие эти соглашения стороны в некотором смысле связаны. Берман противопоставляет подходы «чистого» суверенитета и универсализма, демонстрируя, что ни один из них не может работать в сегодняшнем сложном, глобализированном мире, тем самым обосновывая необходимость и даже желательность «гибридности». Гибридность является условием временных компромиссов в области регулирования торговли и других общественных отношений[21]. Берман также предлагает последовательность «процедурных механизмов, институциональных конструкций и дискурсивных практик для управления гибридностью»[22]:

1. Правовые диалектические взаимосвязи.
2. Пределы усмотрения (margins of appreciation).
3. Режимы ограниченной автономии.
4. Субсидиарные схемы.
5. Юрисдикционная избыточность *(Jurisdictional Redundancies)*.
6. Механизмы гибридного участия.
7. Режимы взаимного признания.
8. Соглашения о «безопасных гаванях».
9. Плюралистический подход к правовым коллизиям.

19. *Berman P. S.* Global Legal Pluralism // University of Southern California Law Review. 2007. Vol. 80. P. 1157–1158.
20. Ibid. P. 1160.
21. Ibid. P. 1165.
22. Ibid. P. 1196–1234.

К теме данной статьи в наибольшей степени относится отчет Международного совета по правам человека о «Проекте исследований плюрализма правовых систем и прав человека» (*Research Project on Plural Legal Orders and human Rights*), который был опубликован в 2008 году[23]. Отчет рассматривает аспекты разных правовых систем и роль негосударственных правовых систем (*Non-State Legal Orders*), которые, во взаимодействии с государствами, содействуют защите прав человека. Часть отчета представляет неполный список из восьми способов, посредством которых государства санкционируют плюрализм правовых систем:

1. Государство может… признавать или даже создавать институты и ведомства, находящиеся вне официальной правовой системы, для посредничества и урегулирования споров.

2. Государство может применять разные законы, в особенности затрагивающие личный статус… к разным людям в зависимости от их религиозной принадлежности… Подобным образом во многих странах коренные народы в разной степени подчиняются своим собственным традиционным правовым нормам.

3. Государство может применять разные законы для определения личного статуса, но также может предусматривать общие гражданско-правовые нормы (например, гражданские законы о браке), что позволяет людям переходить из одной правовой системы в другую…

4. Государство может полностью вывести некоторые правовые системы из-под своего надзора. Например, постановления, … которые освобождают местные правовые нормы от требования соответствия конституционным стандартам.

5. Государство может признать особый статус традиционных правовых норм, но лишь постольку, поскольку они не противоречат конституционным стандартам…

6. Государство может изъять определенные географические территории из области действия официального правового режи-

23. International Council on Human Rights Policy. Research Project on Plural Legal Orders and Human Rights: An Approach Paper. Geneva: ICHRP, June 2008.

ма и признать местные нормативные положения в качестве законных... В этих областях существуют некоторые конституционные исключения по отношению к коренным правовым обычаям.

7. Ситуации конфликта или периоды выхода из конфликта также создают условия внутри государства для создания режима правового плюрализма, например, на оккупированных территориях...

8. Кроме того, хищничество, дискриминационный характер, слабость, неэффективность или недоступность государственных правовых институтов могут приводить к усилению и росту ряда *местных* правовых систем. Это могут быть полностью эндогенные или гибридные формы (импровизации) традиционных механизмов, на которые, как правило, сравнительно бедные и уязвимые группы опираются для разрешения споров и конфликтов.

Социологический подход к правовому плюрализму

Исследования правового плюрализма, кратко рассмотренные выше, — это всего лишь несколько попыток разработать это аналитическое понятие. Эти исследования предлагают полезные описания и категоризацию примеров правового плюрализма по всему миру и показывают, как «работают» такие плюралистические режимы. Однако на сегодняшний день я не обнаружил ни одного ясного, систематического *социологического* анализа правового плюрализма, в котором бы объяснялось, почему он возникает, как он возникает и в силу каких факторов он принимает ту или иную конкретную форму. Далее, я нашел несколько исследований о взаимосвязи правового плюрализма с такими понятиями, как свобода религии или права человека. Работы, посвященные этому последнему аспекту, сосредоточены на потенциальном конфликте, который может возникнуть в случае узаконения религиозно обусловленных нормативных систем, а именно ограничение личных свобод индивидов внутри соответствующих сообществ, и в особенности женщин. Какой бы обоснованной ни была указанная опасность, нам все же следует внимательно рассмотреть весь комплекс взаимодействия между религиозной свободой и правовым плюрализмом.

Далее я попытаюсь применить определенные концепции и идеи, использованные в моих предыдущих работах, для объяснения социологических и исторических обстоятельств, которые способствуют формированию правового плюрализма[24]. По другому сформулировать мой подход можно так: я склонен трактовать правовой плюрализм как некий *промежуточный фактор* (*mediating variable*) между, с одной стороны, теми структурными и социально-правовыми понятиями, которые можно считать независимыми переменными, и, с другой стороны, фактором религиозной свободы как зависимой переменной. Я надеюсь, что эта работа даст толчок дальнейшим исследованиям и прольет свет на непростые пути, с помощью которых свобода религии может поощряться (или наоборот) в сегодняшнем плюралистическом мире.

Прежде чем приступить к этой теме, я должен вернуться к проблеме, поднятой ранее: о разделении между религиозной свободой для отдельных лиц и религиозной свободой для групп или организаций. Иногда эти субъекты свободы религии могут сталкиваться, и некоторые примеры правового плюрализма наглядно демонстрируют эту возможность. Если некая религиозная группа в полной мере реализует всю систему своих норм и ценностей в некоем неформальном правовом режиме, санкционированном (или молчаливо допускаемом) со стороны государства, то это может прийти в противоречие с правами отдельного члена этой группы, который, возможно, предпочтет *не* быть связанным этими нормами и ценностями. Как уже отмечалось, эта проблема возникла в связи с местом женщин в некоторых религиозных традициях[25], но она может также влиять на другие аспекты индивидуальной религиозной свободы, например, на право менять религиозную принадлежность. Таким образом, это важное различие между формами религиозной свободы надо всегда иметь в виду при обсуждении проблематики правового плюрализма, факторов, способствующих его формированию и, следовательно, влияющих на реализацию религиозной свободы конкретных людей.

24. *Richardson J. T.* Law, Social Control, and Minority Religions; The Sociology of Religious Freedom; Religion, Law, and Human Rights.

25. *McClain L.* Marriage Pluralism in the United States: On Civil and Religious Jurisdiction and the Demands of Equal Citizenship // Boston University School of Law Working Paper. May 24, 2010. №. 10–14.

Характеристики правовой и судебной систем

Если правовая система является всеобъемлющей (*pervasive*) и затрагивает жизнь большинства граждан общества, то, с наибольшей вероятностью, она будет противостоять складыванию правового плюрализма. Теоретически, конечно, возможно, что всеобъемлющая правовая система будет применяться дифференцированно, позволяя определенной социальной группе существовать в качестве некоего особого анклава. Действительно, некоторые теоретики (такие, как Дональд Блэк) предсказывают различное применение законов в зависимости от положения индивида в социальном пространстве. Однако в целом мы бы ожидали существования обратной взаимосвязи между всеобщностью (*pervasiveness*) правовой системы и наличием правового плюрализма в обществе. То же самое можно сказать о *централизации правовых систем*. Чем более централизована правовая система, тем меньше мы ожидаем увидеть расцвет правового плюрализма. В действительности степень правового плюрализма, существующего в обществе, — вопрос эмпирический, как это показано в отчете Международного совета по правам человека (2008)[26], который обнаружил множество различных конфигураций, допускающих некоторые формы правового плюрализма. Руководители общества с высоко централизованной правовой системой потенциально могут одобрять существование плюралистических в правовом отношении анклавов и утверждать их особый статус, законодательно опираясь на возможность централизованного контроля.

Судебные системы сильно различаются с точки зрения автономности, свободы принятия решений и безнаказанности своих действий. Такая вариативность может влиять на степень религиозной свободы в обществе, так же как и на развитие правового плюрализма. Самоочевидно, что если судебная власть не может защитить себя, она будет неспособна защитить религиозную свободу политически более слабой и непопулярной религиозной группы и ее членов. Тем не менее, даже если судьи защищены и судебная власть обладает значительной независимостью и свободой в принятии решений, оценки, постулируемые в решениях судей, могут работать за или против религиозной свободы, за или против развития правового плюрализма. В некоторых

26. International Council on Human Rights Policy. Research Project.

случаях конституция или законы страны защищают права религиозных меньшинств, позволяя им функционировать в рамках правового плюрализма. При таких условиях судьи могут позволить религиозным группам действовать до определенной степени независимо, даже если эти группы непопулярны среди доминирующего большинства. Если правовой плюрализм установлен этим доминирующим большинством, он может приводиться в исполнение судебной системой этого общества. Таким образом, если правовой плюрализм санкционирован государством и нормативными документами доминирующего большинства и судебные органы адекватно защищены в момент принятия решений, тогда правовой плюрализм может быть введен в действие *на благо* меньшинствам.

Характерные черты общества и его история

Очевидно, что чем больше в данном обществе *религиозного многообразия*, тем больше вероятности, что мы обнаружим в нем правовой плюрализм. Чем больше религиозных групп присутствует на определенной географической территории, тем более вероятно, что некоторые из них будут стремиться к созданию неформальных правил, регулирующих различные вопросы внутри общества. Вопросы семьи (развод, опека, наследование, раздел имущества и т.д.) представляют особый интерес для религиозных меньшинств, поскольку они пытаются управлять или по крайней мере воздействовать на жизнь своих членов. Политические лидеры могут принять решение задействовать ресурсы для соблюдения социальных норм, но они могут также решить, что более эффективно и менее затратно позволить развиваться неформальным системам. Действительно, некоторые общества могут даже официально санкционировать *правовые анклавы* или закрывать на них глаза, позволяя этим группам жить по их собственным законам внутри общества, но с учетом некоторых общих ограничений.

Общество с *сильным государственным аппаратом* может стремиться навязать свою правовую систему и ценности всем гражданам. Однако, если это происходит, могут потребоваться огромные ресурсы для поддержания такого жесткого социального устройства. Политические лидеры могут в конечном итоге решить, что такие издержки (и негативная международная репутация) не стоят этих усилий. Конечно, ценности политических

лидеров общества могут повлиять на допущение ими большей гибкости, так что некоторые формы правового плюрализма могут поощряться, как и сопутствующие религиозные свободы. В более стандартном случае сильного государства можно было бы проверить эмпирически, испытывает ли оно большее давление в сторону унификации, соответственно, в ущерб правовому плюрализму. Мы можем также эмпирически проверить, как другие характеристики общества влияют на возможность правового плюрализма и религиозной свободы. Например, если сильное государство имеет независимую судебную систему, которая может критиковать исполнительную и законодательную ветви власти без негативных для себя последствий, тогда у непопулярных религиозных групп появляется больше шансов на защиту своей свободы в рамках правового плюрализма.

Как указывалось выше, во многих обществах разрабатываются формальные или неформальные *иерархии религиозных групп и традиций*, что позволяет определенным группам получать преимущества, недоступные другим группам, такие как доступ к школам, к СМИ, к армии, к бюджетным средствам и другим формам поддержки. Религиозные группы, находящиеся ниже в иерархии, имеют меньше преимуществ, а некоторые, в самом ее низу, не имеют никаких — они действуют в обществе на свой страх и риск. Кажется естественным, что чем более высокое положение занимает религиозная группа в любой существующей иерархии, тем более вероятно, что ей будет позволено разрабатывать свой внутренний свод правил и даже юридически ограничивающие структуры. Следствием такого предположения может быть то, что степень юридической автономности, данной религиозному меньшинству, будет зависеть от количества ресурсов и усилий, которые общество должно будет затратить, чтобы заставить религиозное меньшинство подчиняться общим законам и правилам. Коротко говоря, иногда лица, ответственные за институты социального контроля в обществе, могут прийти к выводу, что обеспечение выполнения всех правил общества внутри отдельного анклава обходится слишком дорого. В таких обстоятельствах политические лидеры господствующего класса могут принять решение оставить религиозным меньшинствам их собственное устройство, таким образом позволяя развиваться неформальному правовому плюрализму.

Ранее я высказывал предположение, что наличие правовой системы, основанной на принципе состязательности, повыша-

ет шансы успешно отстаивать принцип свободы вероисповедания. Кажется логичным предположить, что наличие состязательной системы могло бы также способствовать продвижению правового плюрализма. Если небольшая религиозная группа может воспользоваться услугами сильного и опытного юридического защитника в борьбе с властью, у нее будет больше шансов защитить себя, когда она пытается выстроить форму правового плюрализма ради интересов своей группы. Наем юридических советников внутри состязательной системы может быть одной из форм того явления, которое уже упоминалось — «*поддержка с третьей стороны*» (*third party partisanship*; см. подробнее ниже). В инквизиционной системе лица, ответственные за судебную систему, определяют, будет ли кто-либо (и кто именно) давать показания в защиту обвиняемого или того, кто требует возмещения нарушенных гражданских прав. Такая ситуация обычно препятствует вовлеченности в процесс сильного «сторонника с третьей стороны» от имени малой религиозной группы или лица, и это понижает шансы для развития правового плюрализма.

Социология правового процесса

Религиозные меньшинства по определению имеют более низкий *статус и престиж*, чем другие религиозные группы. Этот недостаток общественного положения затрагивает и большинство индивидуальных членов группы. Также по определению члены и лидеры многих религиозных меньшинств имеют мало общего в плане личной или культурной близости с членами господствующих классов. Они живут в разных мирах, управляемых разными ценнностно-нормативными системами.

Учитывая такую обособленность, достижение любой степени правовой автономии религиозным меньшинством кажется проблематичным. Когда возникает правовая автономия, важно найти этому объяснение. Официальная политика, санкционирующая мультикультурализм, введенный властями внутри доминирующего общества, может способствовать развитию анклавов правового плюрализма. Но *почему* применяется такая политика — вопрос важный сам по себе. Действия властей, санкционирующих мультикультурализм, могут быть результатом просвещенного лидерства господствующего класса в сочетании с упорством религиозных меньшинств, действующих по прин-

ципу «под лежачий камень вода не течет», чтобы добиться признания своих норм и ценностей в определенных сферах жизни. Просвещенное руководство и настойчивость меньшинств — оба этих фактора могут иметь отношение к формированию позитивного отношения к правовому плюрализму. В альтернативном случае руководящие органы могут просто решить, что позволить образование специфических в правовом отношении анклавов для определенных религиозных групп, относящихся к меньшинствам, менее затратно.

Нужно тщательно анализировать, как религиозные организации используют любую данную им уступку, связанную с правовым плюрализмом. Некоторые группы могут ограничивать личную свободу, когда они устанавливают правовой плюрализм для коллектива. Лидеры господствующего класса могут игнорировать нарушения доминирующих общественных ценностей в интересах сохранения контроля над религиозными меньшинствами и порядка на улицах.

Один важный фактор, который нужно учитывать в ситуации, когда правовому плюрализму позволяется существовать, касается наличия уже упомянутых ранее *сторонников с третьей стороны* (*third party partisans*). Если малые религиозные группы испытывают недостаток в социальном статусе и персональной и культурной близости с теми, кто принимает решения, они тем не менее иногда могут получать поддержку от лиц, обладающих этими характеристиками или имеющих достаточно власти. Этот феномен нуждается в более глубоком исследовании, однако ясно, что иногда может происходить привлечение сил со стороны, которое помогает религиозным меньшинствам в развитии дополнительной религиозной свободы и независимости. Это также может способствовать развитию правового плюрализма.

Анализ того, как, почему и когда «сторонники с третьей стороны» привлекаются для защиты меньшинств, помогает нам понять, как конкретные *диалектические процессы*, развивающиеся в современных обществах, могут привести к конфликтам. Возможное решение потенциальных конфликтов между религиозными меньшинствами и доминирующим обществом как раз и состоит в допущении правового плюрализма. Необходимо объяснить, как и почему происходит официальное санкционирование правового плюрализма. Даже если правовой плюрализм не получает формального юридического одобрения, но при этом религиозным группам все же позволяется до определенной

степени «жить своей жизнью», необходимо проанализировать этот процесс согласования и достижения компромисса. Возможно, формальные или неформальные правовые плюралистические режимы не могли бы возникнуть для малых религиозных групп, если бы некие силы, обладающие статусом и престижем, не вмешались бы на стороне этих групп. Как, когда и почему это происходит — эмпирические вопросы, которые необходимо исследовать.

Экскурс о шариате

Учитывая тему этой статьи, может возникнуть очевидный вопрос, как приведенная выше теория и выдвинутые предположения соотносятся с распространением шариата в обществах, в которых набирают силу мусульманские меньшинства. Я утверждаю, что факторы, кратко проанализированные выше, не только помогают нам объяснить развитие (или не-развитие) правового плюрализма, но и могут нам помочь понять, как в определенных обществах устанавливается и развивается шариат.

В религиозно-плюралистических обществах с менее развитой правовой системой присутствие такого устойчивого религиозного меньшинства, как мусульмане, делает его принятие, пусть даже и неохотное, сравнительно более вероятным. В более централизованной правовой системе сам факт централизации, особенно в «сильном государстве», может работать на пользу правового плюрализма, основанного на шариате, до тех пор, пока власти пребывают в убеждении, что самым простым путем взаимодействия с мусульманским меньшинством будет разрешить ему создать свой собственный правовой анклав для регулирования определенных вопросов личного права. Там, где правовая система носит состязательный характер, правовые анклавы создавать проще, если мусульманская группа располагает поддержкой сильных «сторонников с третьей стороны» для ведения борьбы в судах или если влиятельные лица или группы внутри общества принимают решение содействовать установлению плюралистического анклава для этого меньшинства.

Если сакральные правовые документы общества позволяют или даже поощряют создание правовых плюралистических анклавов, такие документы будут способствовать мусульманским группам в образовании правовых анклавов. Если судебная власть относительно автономна и судьи разделяют плюралисти-

ческие ценности, тогда они могут быть более склонны позволить особому правовому режиму существовать в мусульманских сообществах, даже несмотря на оппозицию в обществе. Решения о вводе в действие системы шариата могут быть даже более вероятны, если некоторые члены мусульманской общины достигают высокого общественного статуса и престижа и если они разделяют культурные и личные ценности с правящими элитами. В других случаях, если могут быть найдены третьи стороны, занимающие выгодную нишу в обществе и способные защищать мусульман и говорить от их имени, возникает ситуация, которая может иметь позитивное влияние на тех, кто принимает решения о допущении правового плюрализма для мусульманских общин.

Все эти факторы, взятые вместе, могут помочь нам понять происходящие диалектические процессы, связанные с конфликтами и противоречиями, которые могут возникнуть при появлении мусульманской общины внутри культуры с совершенно иными нормами и ценностями. Когда происходит поиск разрешения потенциальных конфликтов между мусульманскими и немусульманскими группами, диалектически достигнутые решения должны объясняться с точки зрения воздействия факторов, описанных выше.

Однако надо сохранять осторожность, четко различая религиозную свободу группы от религиозной свободы индивида. Это отличие может также помочь нам понять специфический характер любого решения, затрагивающего шариат, в рамках режима правового плюрализма. Усилия по продвижению шариата могут породить противодействие со стороны тех, кто ценит индивидуальную религиозную свободу и другие гражданские и человеческие права, особенно права женщин, и могут также породить противодействие со стороны тех, кто ценит право менять религиозную принадлежность, не говоря о других проблемах[27]. Такие интересы — и внутренние, и внешние по отношению к мусульманским группам, — несомненно, будут играть ведущую роль в диалектических процессах формирования правового плюрализма; они будут постоянно влиять на принятие соответствующих решений.

Перевод с английского Елены Бондал

27. *McClain L.* Marriage Pluralism in the United States.

Библиография/References

Beckford, J. (2003) *Social Theory and Religion*. Cambridge: Cambridge University Press.

Beckford, J. and Richardson, J. T. (2007) „Regulating Religion", in J. Beckford and J. Demerath (eds) *Handbook for the Sociology of Religion*, pp. 396–418. London: Routledge.

Berman, P. S. (2007) „Global Legal Pluralism", in *University of Southern California Law Review*. Vol. 80: 1157–1158.

Black, D. (1999) *The Social Structure of Right and Wrong*. New York: Academic Press.

Black, D. and Baumgartner, M. (1999) „Toward a Theory of the Third Party", in D. Black (ed.) *The Social Structure of Right and Wrong*, pp. 95–124. New York: Academic Press.

Chambliss, W. and Zatz, M. (1993) *Making Law: The State, the Law, and Structural Contradictions*. Bloomington: University of Indiana Press.

Cooney, M. (1994) „Evidence as Partisanship", *Law and Society Review*. Vol. 28: 833–858.

International Council on Human Rights Policy. Research Project on Plural Legal Orders and Human Rights: An Approach Paper. (2008) Geneva: ICHRP.

McClain, L. (2010) „Marriage Pluralism in the United States: On Civil and Religious Jurisdiction and the Demands of Equal Citizenship", *Boston University School of Law Working Paper*. 24, May. No. 10–14.

Merry, S. E. (1988) „Legal Pluralism", *Law and Society Review*. Vol. 22.

Richardson, J. T. (2000) „Discretion and Discrimination in Legal Cases Involving Controversial Religious Groups and Allegations of Ritual Abuse", in R. Ahdar (ed.) *Law and Religion*, pp. 11–132. Aldershot: Ashgate.

Richardson, J. T. (2001) „'Showtime in Texas': A Sociological Analysis of the Branch Davidian Trials", *Nova Religio*. Vol. 5: 152–170.

Richardson, J. T. (2001) „Law, Social Control, and Minority Religions", in P. Cote (ed.) *Frontier Religions in Public Space*, pp. 139–168. Ottawa: University of Ottawa Press, 2001.

Richardson, J. T. (2006) „Religion, Constitutional Courts, and Democracy in Former Communist Countries", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, pp. 129–138.

Richardson, J. T. (2006) „The Sociology of Religious Freedom: A Structural and Socio-Legal Analysis", *Sociology of Religion*. Vol. 67: 271–329.

Richardson, J. T. (2007) „Protection of Religious Minorities in States with Dominant Religions: The Role of the Courts", in I. Murzaku (ed.) *Quo Vadis Eastern Europe? Religion, State, and Society after Communism*, pp. 107–121. Bologna: University of Bologna Press.

Richardson, J. T. (2007) „Religion, Law, and Human Rights", in P. Beyer and L. Beaman (eds.) *Religion, Globalization, and Culture*, pp. 407–428. London: Brill.

Richardson, J. T. (2009) „Religion and Law: An Interactionist Perspective", in P. Clarke (ed.) *The Oxford Handbook of the Sociology of Religion*, pp. 418–431. Oxford: Oxford University Press.

Richardson, J. T. (2009) „Scientology in Court: A Look at Some Major Cases from Various Nations", in J. Lewis (ed.) *Scientology*, pp. 283–294. Oxford: Oxford University Press.

Richardson, J. T. (ed.) (2004) *Regulating Religion: Case Studies from Around the Globe*. New York: Kluwer.

Richardson, J.T. and Garay, A. (2004) „The European Court of Human Rights and Former Communist States“, in D.M. Jerolimov, S. Zrinscak, I. Borowik (eds) *Religion and Patterns of Social Transformation,* pp. 223–234. Zagreb: Institute for Social Research.

Richardson, J.T. and Shoemaker, J. (2008) „The European Court of Human Rights, Minority Religions, and the Social Construction of Religious Freedom“, in E. Barker (ed.) *The Centrality of Religion in Social Life*. Aldershot: Ashgate, 2008. P. 103–116.

Tamanaha, B. (2009) „Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global“, *University of Sydney Law Review*. Vol. 30:375–341.