Малиа Малик

Правовые режимы меньшинств: адаптация религиозного права в западных демократиях

Maleiha Malik

Minority Legal Orders: Accommodating Religious Law in Western Democracies

Maleiha Malik — Professor of Law, School of Law, King's College, University of London. maleiha.malik@kcl.ac.uk

The paper argues that Western democracy, such as the UK, has a responsibility to consider the rights and needs of those from minority groups who want to make legal decisions in tune with their culture and beliefs; it also has a responsibility to protect those «minorities within minorities» who are vulnerable to pressure to comply with the norms of their social group.

Keywords: religion and law, legal pluralism, religious minorities, democracy.

Статья прислана в редакцию автором. Более детальный анализ содержится в полном программном документе Британской академии: *Minority Legal Order: Minorities, Pluralism and the Law* (London: British Academy, 2012) [«Правовой режим меньшинств: меньшинства, плюрализм и право»], который представлен здесь в несколько измененном виде.

Автор выражает благодарность всем, кто внес вклад в развитие проекта «Правовой режим меньшинств: меньшинства, плюрализм и право», включая Координационный Совет Британской Академии, и всем тем, кто консультировал и помогал определить предмет исследования, а также всем участникам форума по обсуждению первого варианта проекта в сентябре 2011 года.

ТЕМА религиозного права и религиозных судов стала в Великобритании предметом продолжительных дискуссий в последние годы, но вопрос о том, как государству следует реагировать на религиозные меньшинства, традиционный уклад которых включает в себя «законоподобные» (*law like*) нормы и «законоподобные» религиозные институты, стал важным и для других западных демократий, которые становятся все более мультикультурными и мультирелигиозными. В Великобритании заявление архиепископа Роуэна Уильямса в феврале 2008 года о том, что некоторые правовые нормы религиозных сообществ, таких, как британские мусульмане, могли бы быть включены в государственное законодательство, стало катализатором для последующих публичных дискуссий. За этим заявлением последовали общественное порицание исламского (шариатского) законодательства и «деконтекстуализация, искажение и дезинформация»[1]. После событий 11 сентября и 7 июля общественные дискуссии о религиозном законодательстве сосредоточились именно на исламском законодательстве (шариате) и мусульманах. Мусульман часто представляют как агрессивную угрозу либеральным демократиям, поскольку они хотят в одностороннем порядке навязать свои ценности большинству. Такое мнение подпитывается распространенным стереотипом, когда шариат ассоциируется с жестокими уголовными наказаниями — побитием камнями женщин или ампутацией конечностей, иногда практикующимися в некоторых мусульманских странах[2]. Несмотря на то что эти крайние примеры относятся к иностранным государствам, они продолжают оказывать значительное влияние на дебаты внутри страны. В этом контексте религиозное право и религиозные суды были неверно представлены как «параллельные правовые системы», являющиеся зловещей угрозой для либеральных демократий. В действительности тема правовых режимов меньшинств требует трезвого анализа, без страхов и ценностных суждений, обращенных к мусульманам, и вне дискурса «войны с террором».

1. Moore, K., Mason, P. and Lewis, J. (2008) *Images of Islam in the* UK*: The Representation of British Muslims in the National Print News Media 2000–2008,* p. 32. Cardiff School of Journalism, Media and Cultural Studies, Cardiff, 7 July 2008.
2. Ibid., p. 32–34.

1. Что такое правовой режим меньшинства?

Религиозное сообщество обладает «правовым режимом меньшинства» (ПРМ), когда его способ существования включает в себя некоторые аспекты, которые мы часто ассоциируем с законом и правовым порядком. У определения ПРМ есть два аспекта — это, во-первых, особые культурные или религиозные нормы, а во-вторых, некоторые системные черты, которые позволяют утверждать, что существует особая институциональная система для определения, интерпретации и исполнения этих норм. Имеет или нет какое-либо сообщество ПРМ, является скорее оценкой степени, чем четко определенным вопросом.

Для некоторых религиозных меньшинств «право» включает особые нормы, регулирующие индивидуальное и общественное поведение внутри общин. Различные культурные группы, и особенно религиозные общины, могут иметь разные представления о том, что в их собственных традициях понимается под «правом». В некоторых случаях между самосознанием этих групп, как обладающих «правом», и притязанием государства на суверенность национальной правовой системы не возникает никаких конфликтов и напряжений. Более того, утверждение некой культурной группы, что у нее есть «закон», «правовая система», необязательно должно рассматриваться как угроза власти государства; такое притязание само по себе не является притязанием на политические или правовые полномочия. Многие из этих культурных и религиозных групп не стремятся соперничать с государством, влиять на публичную политику или социальное устройство всего политического сообщества. В большинстве случаев притязания культурного или религиозного меньшинства на обладание «законом» или «правовой системой» строго ограничены заботой членов группы об установлении и сохранении их культурных, религиозных и этических обычаев на какой-то период времени. Например, группа может создавать правила для заключения и расторжения браков внутри своего сообщества, не пытаясь навязать эти правила остальным гражданам. Эта забота о сохранении культуры, однако, вызывает вопрос о контроле над индивидами внутри этих сообществ. Там, где эти культурные и религиозные традиции причиняют вред отдельным членам внутри группы, государство может счесть оправданным вмешательство для обеспечения индивидуальных конституционных прав или прав человека.

Употребление термина «закон» в контексте религиозного права является предметом постоянных дискуссий и споров. В некоторых случаях государственная юридическая система может признавать или вводить нормы правового режима меньшинств с последующим превращением этих норм в закон в обычном смысле, поскольку они становятся частью официальной государственной юридической системы. С другой стороны, некоторые индивиды или группы (например, иудеи или мусульмане) могут считать себя обладающими особым «законом» или «правовой традицией». В таких случаях понятие «закона» может сильно отличаться от государственного закона.

(а) *Закон* в правовом режиме меньшинств

Допущение, что культурное или религиозное сообщество может иметь свой закон или правовой режим, вызывает в обществе страх и беспокойство. Однако этот страх неуместен, потому что закон и правовой режим в этом контексте связаны с отношениями меньшинства к большинству или к государственной власти. В терминах политической власти, государство — это суверенная правовая система. Другие формы нормативной социальной регуляции (продвижение определенных общих ценностей или стандартов поведения), которые осуществляют власть над жизнями индивидов, являются «подчиненными» правовыми режимами или «правовыми режимами меньшинств»: они подчинены регулированию в рамках государственной правовой системы. Тем не менее бывают ситуации, когда ПРМ обладает большей легитимностью и властью внутри религиозного сообщества, чем государственное законодательство. ПРМ может включать в себя разнообразные традиции, однако этот внутренний плюрализм может быть скрыт от внешнего взгляда, когда наиболее влиятельные силы внутри сообщества выносят некое предписание, которое затем выдается как единственно возможная, аутентичная и легитимная норма. Отметим, что ПРМ в Великобритании в основном принимают верховенство государственной системы, а общины активно взаимодействуют с государством. Поэтому в большинстве случаев мы можем назвать ПРМ «подчиненными» правовыми режимами.

Правовые режимы меньшинств включает в себя как правовые нормы, на которые индивид или группа могут сослаться, так и определенные механизмы для их институализированного при-

менения. Правовые нормы определяют, как индивиды должны себя вести, а также устанавливают последствия их несоблюдения. В противоположность государственной юридической системе, ПРМ изначально может не быть организован как система с центральным механизмом для обеспечения власти и введения санкций. Правовой режим меньшинств может допускать разнообразие, поскольку он не обладает механизмом полного контроля и, в противовес государственной правовой системе, у него нет монополии на использование принудительной силы для применения правил. ПРМ, однако, может предполагать коммуникацию внутри группы, что также является важным аспектом эффективности права. Более того, в некоторых случаях нормы ПРМ могут быть организованы в разумно упорядоченный институт динамичного и системного характера, имеющий достаточную стабильность и устойчивость, необходимые, чтобы обеспечить определение, изменение и исполнение социальных норм. Таким образом, складывается нечто схожее с правовым порядком. Если существует некоторый механизм, пусть и неформальный, для разрешения споров о законности, интерпретации и исполнении, то этот институциональный аспект вероятнее всего говорит о наличии правового режима меньшинств.

Таким образом, у ПРМ есть два аспекта. Во-первых, мы должны учитывать собственно ключевые нормы религиозного меньшинства. Во-вторых, мы должны принимать во внимание, существует ли в этом сообществе достаточно согласованный институализированный порядок для обеспечения идентификации, изменения и исполнения этих норм. Чтобы классифицировать их как ПРМ, нормы должны достаточно отличаться (от стандартных), быть распространенными и конкретными, что позволяет выделить их из суммы социальных отношений. В некоторых случаях может существовать моральный кодекс, устанавливающий контроль через социальное давление или угрозу остракизма. Однако чтобы стать правовым *режимом*, эта система норм нуждается в некотором дополнительном механизме для осуществления власти. Наличие этих двух аспектов позволяет классифицировать определенные типы социальных феноменов в качестве «правового режима меньшинств». Такое определение включает полный спектр конкретных образцов социального поведения, организованных в согласованный институализированный порядок, что позволяет группе сознавать себя как обладающую «законом». Однако это определение позволяет исключить из понятия «режима»

набор размытых механизмов нормативной регуляции, даже если их приверженцы настаивают, что они являются «законом». Можно рассмотреть шкалу, в которой формы правового режима меньшинств варьируют от самой четкой, демонстрирующей почти все характеристики государственного закона, до менее строгих форм социального контроля. Имеет ли место правовой режим меньшинств или нет, это скорее вопрос того, в какой точке этой шкалы мы находимся.

(б) Правовой режим *меньшинства*

Иерархический суверенитет государственного законодательства и подчинение всех других правовых режимов внутри национального государства — это единственный способ, благодаря которому государство может консолидировать свою власть и национальное единство, особенно в отношении меньшинств. Развитие единого государственного законодательства было важнейшим аспектом на пути формирования национального государства. Это стремление к единству и централизации власти может противоречить реальному положению дел, в котором государство не всегда способно контролировать нормативное поведение индивидов и групп внутри своей юрисдикции. Тем не менее в терминах политической власти государство — это суверенная правовая система, в то время как другие формы нормативной социальной регуляции, осуществляющие власть над жизнями индивидов, являются «подчиненными». Употребление термина «меньшинство» в этом контексте означает, что, несмотря на то что нормы, связанные с меньшинствами, сосуществуют с государственным законодательством, они являются полностью подчиненными. В Великобритании государственное законодательство представляет собой официальные юридические нормы, введенные в действие законодательной и судебной властями. Правовой режим меньшинств относится к тем нормам и системам, которые не восходят к легитимным источникам политической и правовой власти государства, таким как Парламент и Верховный суд Великобритании.

В некоторых ситуациях государственная правовая система может быть сильнее правового режима меньшинств, что упрощает обеспечение соответствия государственной правовой системе. Тем не менее существуют другие ситуации, где правовой режим меньшинств обладает большей легитимностью и властью внутри сообщества, чем государственное законодательство, несмо-

тря на формальный суверенитет последнего. Несмотря на стойкое стремление к единству, контролю, централизации и однородности государственного законодательства, неизменно будут существовать области социальной жизни с иными, негосударственными нормативными системами в форме правовых режимов меньшинств.

Подобно плюрализму нормативного регулирования внутри национального государства, существует и многообразие внутри самих меньшинств. Этот плюрализм может быть институционализирован. Например несмотря на то, что еврейский и исламский законы могут казаться оформившимися системами, в действительности существует большое количество разных институций внутри еврейских и мусульманских общин[3]. Кроме того, этот плюрализм может предоставлять значительный выбор между разными нормативными предписаниями, каждое из которых может считаться частью ПРМ. Например, отношение правового режима меньшинства к браку и разводу может казаться ясным с точки зрения внешнего наблюдателя. Однако в действительности может быть выбор в правилах и нормах, которые ПРМ применяет в конкретных случаях[4].

Часто, однако, этот внутренний плюрализм может быть замаскирован властными асимметриями, что позволяет обладающим властью внутри ПРМ ввести предписание, которое, однажды выработанное органом управления и поддержанное основной властью, несет в себе характер одной-единственной управляющей нормы. Однако то же стремление к независимости и плюрализму, которое мотивирует либеральное государство признавать ПРМ, точно так же обосновывает поддержку со стороны государства права выбора и плюрализма *внутри* ПРМ.

(в) Какие именно меньшинства?

В каждой западной демократии существуют религиозные меньшинства, поддерживающие негосударственный правовой порядок. Применительно к Великобритании можно привести пример евреев. Евреи живут в Великобритании приблизительно с XI века.

3. Douglas, G., Doe, N., Gilliat-Ray, S., Sandberg, R. and Khan, A. (2011) AHRC *Social Cohesion and Civil Law: Marriage, Divorce and Religious Courts,* p. 42. Cardiff, Cardiff University.
4. Ibid.

Иудеи, как и мусульмане, привержены своей особой правовой традиции, Закону, несмотря на то, что этот «закон» значительно отличается от современной концепции государственного закона. Иудейские религиозные правила, касающиеся персональных вопросов веры, не являются унифицированными. Каждая ветвь иудаизма имеет свой раввинат со своей собственной интерпретацией еврейского Закона. Старейший еврейский орган власти — Лондонский Бейт Дин, созданный в восемнадцатом веке, — это ортодоксальный институт, представляющий значительную часть еврейской общины. Существуют также другие ортодоксальные, ультраортодоксальные и либеральные еврейские религиозные движения, обладающие своими отдельными руководящими органами. Ключевой функцией этих *бейт динов* является контроль над религиозными разводами согласно еврейскому праву, без которого ортодоксальный иудей не может снова вступить в брак, независимо от наличия гражданского развода. Несмотря на то что *бейт дин* контролирует этот процесс, религиозный развод остается прерогативой мужа. Это отличается от ситуации с исламскими разводами, осуществляемыми религиозным судом, где религиозный орган власти может дать развод независимо от согласия мужа[5].

Мусульмане, разделяющие с иудеями некоторые общие правовые взгляды, постепенно создали свои учреждения для разрешения споров (обычно при местных мечетях). Такие институты возникли по мере превращения мусульман в устоявшееся религиозное меньшинство, особенно ввиду необходимости регулирования семейных и гражданских вопросов. Эти институты иногда называются «шариатскими судами». Они не централизованы и отражают плюрализм внутри британской мусульманской общины. «Суды» варьируют от отдельных авторитетных индивидов до больших известных институций, таких как Шариатский совет центральной мечети Бирмингема или Мусульманский арбитражный суд, которые предлагают разрешение споров, основанное на религиозном праве. Такие общинные институты занимаются широким кругом вопросов, а также дают общие консультации и занимаются посредничеством и улаживанием разногласий. Эти «шариатские суды» не признаются государственным законодательством. Хотя граждане могут добровольно следовать решени-

5. Jackson, B. (ed.) (2009) *Agunah: The Manchester Analysis*. Manchester, Agunah Research Unit, University of Manchester.

ям этих судов, их решения не будут автоматически применяться в государственных судах. Шариатские суды не имеют полномочий для принятия решений по уголовным делам. Любой человек, совершивший уголовное правонарушение, подлежит уголовному преследованию в обычном порядке независимо от решения суда шариата.

Евреи и мусульмане тесно связаны с религиозным правом. Кроме того, в отношении этих меньшинств в обществе существуют предубеждения именно из-за их приверженности религиозному праву и из-за того, что, согласно общественному мнению, они тем самым отделяют себя от центральных институтов. В прошлом постоянно воспроизводившийся стереотип о евреях заключался в том, что их приверженность собственным священным текстам и религиозному закону свидетельствует о «варварских» обычаях в отношении приема пищи, забоя животных и отношения к женщинам[6]. То же самое относится к мусульманским сообществам, особенно после событий 11 сентября и 7 июля. В общественных дискуссиях и масс-медиа британских мусульман часто представляют как опасную и «варварскую» социальную группу из-за их приверженности исламским правовым нормам[7].

Именно после событий 11 сентября и 7 июля исламский «закон» стал восприниматься мусульманами и не мусульманами как источник политического экстремизма. Тем не менее в этот процесс вовлекаются и новые группы, у которых нет развитого «закона», как у иудеев и мусульман, и традиции которых скорее регулируются обычаем. Одним из подобных примеров может служить община Рома (цыгане), существующая в Великобритании приблизительно с XIII века. Цыганские общины избегают обращения к государству и правовым структурам. Они регулируют конфликты внутри своих общин без обращения к официальным системам правосудия, используя «цыганский закон», который часто применяется через неформальные собрания лидеров кланов или более формальный *крис* — традиционный «цыганский суд» для

6. Herman, D. (2011) *«An Unfortunate Coincidence»: Jews, Jewishness and English Law.* Oxford: Oxford University Press.

7. Moore, K., Mason, P. and Lewis, J. (2008) *Images of Islam in the* UK*: The Representation of British Muslims in the National Print News Media 2000–2008*, pp. 32–34. Cardiff School of Journalism, Media and Cultural Studies, Cardiff, 7 July; Bamforth, N., Malik, M. and O'Cinneide, C. (2008) *Discrimination Law: Theory and Context,* Ch. 12. London: Sweet and Maxwell.

разрешения конфликтов[8]. У общин индусов и сикхов также имеется нормативная социальная регуляция, предусматривающая внутренние консультации, интерпретации и принятие решений. У Индуистского совета Великобритании есть консультативная служба онлайн под названием «спроси пандита», которая разъясняет индуистские правила. Кроме того, в индуистских и сикхских общинах существуют *панчаяты*, которые занимаются широким кругом общественных и консультативных вопросов.

2. Правовой режим меньшинств — прошлое и современность

(а) «Прошлое» правового плюрализма

Новый опыт культурного многообразия, связанный с миграциями двадцатого века, привел к тому, что правовые режимы меньшинств превратились в реальную проблему. Однако, как отмечает Брайн З. Таманаха, опираясь на работу историков права, таких как Рауль ван Канегем, Гарольд Берман и Вальтер Ульман, правовые режимы меньшинств — отнюдь не новый феномен:

> [...] для среднего и позднего Средневековья характерно невероятное смешение различных законов и институтов, действующих в одном и том же пространстве, иногда конфликтующих, иногда дополняющих друг друга и, как правило, не имеющих никакой иерархии или организации. Эти формы права включали в себя местные обычаи (часто в разных версиях, обычно устных); торговое право, или *lex mercatoria* — коммерческие правила, соблюдаемые торговцами; каноническое право Римско-католической церкви и возрожденное римское право, разрабатываемое в университетах[9].

Примечательно, что в прошлом каждый отдельный судья обладал большой гибкостью в решении споров, применяя различные юридические правила в зависимости от природы спора и опираясь на различные нормативно-правовые базы. В некоторых случаях, исходя из «принципа личности», могла учитываться пер-

8. Weyrach, W.O. (ed.) (2001) *Gypsy Law: Romani Legal Traditions and Culture*. California: University of California Press.

9. Tamanaha, B.Z. (2008) «Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global», *Sydney Law Review* 30: 377.

сональная идентичность тяжущихся сторон, так что судья мог применять различные законы в зависимости от того, является ли человек франком, бургундцем или происходит от римских галлов. В Европе, таким образом, «правовой плюрализм обнаруживал себя по крайней мере по трем главным осям: пересекающиеся правовые базы, связанные с различными географическими ареалами; сосуществующие институализированные системы и конфликтующие правовые нормы внутри одной системы»[10].

Этот исторический опыт подвергает сомнению доминирующий подход к праву в современных национальных государствах как к унифицированной централизованной системе. Османская система «миллетов» часто используется как историческая иллюстрация в пользу плюрализма правовых режимов, сосуществующих с государством внутри одного политического сообщества. Другим примером служит европейский исторический опыт, который также подтверждает, что правовые режимы меньшинств могут сосуществовать с государственным законодательством.

Принцип, согласно которому закон должен быть «един для всех», является основой современного проекта государства. Это видение национального государства как единой иерархической правовой системы является одним, но не единственным возможным путем организации политических сообществ. В период консолидации национального государства в XVII и XVIII вв. различные формы права, процветавшие в Средние века, постепенно исчезли или были поглощены единой централизованной законодательной и правовой системой, распространившейся на обширных географических территориях. Тем не менее эта единая система не устранила многообразие правовых норм, связанных с культурным многообразием. Правовые обычаи и религиозное право не исчезли совсем, а скорее были вытеснены в область частной жизни. Их статус был трансформирован государственной правовой системой из изначально признаваемого автономного правового статуса — к нормам социально значимым и применимым, но имеющим другой, подчиненный, статус по сравнению с государственным законодательством. Важно отметить, что само право претерпело трансформацию: от системы норм, отражающей и поддерживающей естественный порядок или установленную традицию, ко все большему его пониманию в утилитарных терминах, как инструмента для достижения социальных и кол-

10. Ibid., p. 378.

лективных целей. В других культурах продолжали существовать понятия права (естественное право или право обычая), которые рассматривались как относящиеся к частной сфере, но государственное право постепенно пришло к доминированию в этой области как единственное общественное выражение того, что является легитимным «законом» или правовой системой[11].

(б) Современные вызовы: новое многообразие

В то время как европейская история подтверждает, что правовые режимы меньшинств существовали всегда, современный контекст существенно отличается от исторического. В Великобритании произошло изменение в природе культурного многообразия. Несмотря на то что опыт иммиграции не является новым, масштаб и интенсивность глобального переселения народов стали значительно выше. Более того, поскольку это переселение происходит из незападных государств в западные, именно таким странам, как Великобритания, приходится сейчас ставить и решать вопросы культурного многообразия. Несмотря на то что проведение четкой грани между «западным» и «незападным» может быть проблематичным, это разделение важно для анализа правовых режимов меньшинств. Возрастающее присутствие незападных сообществ увеличивает «географическую протяженность» между государственным и негосударственным правом. Британские граждане могут прибегать к небританскому законодательству на Ближнем Востоке, в Африке или Южной Азии для разрешения своих споров, тем самым повышая вероятность «импорта» зарубежных правовых норм, или обращаться к негосударственным системам права внутри Британии. Иудеи, христиане и мусульмане обладают хорошо развитыми институциональными системами для разрешения конфликтов. Неудивительно, что нормативный и традиционный мусульманские религиозные суды могут ссылаться на прецеденты в Пакистане или Малайзии, а еврейский религиозный суд может ссылаться на прецеденты в Израиле.

В основе отношения государства к культурному и религиозному многообразию также произошли значительные изменения. Во время предшествующих исторических периодов открытая враждебность государственного законодательства и политики по отно-

11. Tamanaha, B. Z. “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, p. 381.

шению к некоторым меньшинствам считалась обычном делом. Примером может служить отношение к евреям: до конца XIII века евреи имели юридический статус королевской собственности, и в отношении них действовали законы, ведущие к их преследованию, изгнанию и дискриминации. Эти законы включали в себя ограничения на владение землей и на наем христиан в качестве прислуги. Евреям также не позволялось молиться «в пределах слышимости» христиан, и от них могли требовать ношения желтых опознавательных знаков и уплаты специальных налогов[12]. Херман резюмировал последствия государственной политики во время этого периода так: «К 1270–1280-м гг. еврейские общины в Англии были в значительной степени доведены до нищеты, подвергались принудительному обращению в христианство, насилию или изгонялись»[13].

Теперь, однако, в условиях либерального государства и верховенства конституционного права и прав человека невозможно проводить политику, ведущую к преследованию, вытеснению или дискриминации какого-либо меньшинства. Этот сдвиг приводит к тому, что религиозные меньшинства теперь часто заявляют, что некоторые из их собственных правовых норм или правовых систем необходимо «признать» или «адаптировать». Одним из последствий этого является то, что политике государства по ассимиляции меньшинств в мажоритарные нормы, особенно с применением силы в случае необходимости, может оказываться сопротивление; более того, сегодня считается допустимым для меньшинств требовать включения в систему государственного права некоторых культурных и религиозных обычаев.

3. Правовые режимы меньшинств в либеральной демократии

(а) Выбор правовых режимов меньшинств

В прошлом государственное законодательство могло предоставлять пространство для существования правовых режимов меньшинств без конституционно-юридических препятствий или общественной критики. Сейчас «либеральный» характер государства

12. Herman, D. (2011) *«An Unfortunate Coincidence»: Jews, Jewishness and English Law,* p. 10

13. Herman, D. (2011) «*An Unfortunate Coincidence»: Jews, Jewishness and English Law*, p. 10; Moore, R. I. (2007) *The Formation of a Persecuting Society*. London: Blackwell Publishing.

означает, что оно связано конституционными нормами, которые защищают индивидуальные права всех его граждан. В Великобритании существует конституционная система, направленная на защиту ключевых индивидуальных прав, таких как свобода слова, свобода религии и убеждений и равенство по признаку пола, расы и сексуальной ориентации. Эта либеральная система создана посредством таких законодательных актов, как Закон о правах человека и Закон о равенстве 2010 года. Современная либеральная парадигма изменяет структуру анализа и оценки ПРМ, поскольку вопрос, обеспечивает ли ПРМ индивидуальную свободу или равную защиту для своих членов, становится крайне важным. Классическим примером сопутствующей задачи является вопрос, может или нет ПРМ выполнять конституционные гарантии равенства для женщин.

Некоторые течения либеральной политической теории признают, что принадлежность к культурной или религиозной группе имеет большое значение для благополучия людей и для осуществления их прав, и либеральное государство может законным путем обеспечить пространство для деятельности групп и объединений[14]. В этом состоит либеральный аргумент в пользу культурного участия, ибо люди рассматриваются как личности, делающие выбор, а не как существа, детерминированные культурными нормами; по словам Анны Филлипс, «как деятельные личности, а не как заложники своей культуры или роботы, запрограммированные культурными кодами»[15]. Согласно этой теории, ключевым вопросом является не наделение групп правами, а скорее признание того, что в некоторых ситуациях люди могут прожить более полноценную жизнь благодаря их принадлежности к группам.

В прошлом можно было предполагать, что люди останутся членами своей социальной группы в течение большей части своей жизни. Это могло оправдывать использование «принципа личности» — то есть применение правовой системы или правила, основанного на постоянной принадлежности человека к культурной или расовой группе. Теперь все больше считается, что у человека есть выбор относительно своей идентичности и групповой при-

14. Kymlicka, W. (ed.) (1995) «Introduction», *Rights of Minority Cultures*. Oxford: Oxford University Press.

15. Phillips, A. (2007) *Multiculturalism Without Culture*. Princeton: Princeton University Press.

надлежности. Этот выбор может осуществляться многими способами. Одни могут предпочесть уйти из своей родной культурной или религиозной группы, в то время как другие могут решить перейти в другую группу. Многие предпочитают ассоциировать себя со смешанными идентичностями (*hybrid identities)*. Такая многоплановость предполагает гибкое осмысление принадлежности к культурной или религиозной группе. Она также ставит сложные вопросы для самих меньшинств: как определяется принадлежность? имеют ли индивиды реальную возможность на участие и неучастие? есть ли у молодежи и женщин реальное право выбора убеждений и обычаев группы? В действительности группы обладают значительной властью в отношении своих членов. В таких ситуациях применение власти и влияния групп над людьми может оставаться неизвестным и скрытым от публичных дискуссий. Конфликты между нормативными системами либерального государства и правовыми режимами меньшинств часто оказываются острыми именно потому, что они делают общеизвестными факты злоупотребления власти негосударственными субъектами.

В контексте ПРМ особое внимание должно быть уделено *праву выхода* для обеспечения того, чтобы граждане не попадали под контроль правового режима меньшинства без их согласия. Естественно, либеральная теория признает «право выхода» людей из общины. Однако существуют более сложные ситуации, когда индивиды хотят оставаться членами группы, но они также хотят пересмотреть условия своего членства. В таком случае «право выхода» само по себе не является решением.

(б) «Меньшинства внутри меньшинств»

Некоторые «меньшинства внутри меньшинств» — такие как женщины, молодежь, пожилые люди, геи и лесбиянки — требуют особого внимания, поскольку они могут сталкиваться с социальным давлением, связанным с необходимостью соответствовать нормам внутри их социальной группы, но они не обладают достаточной властью для обеспечения своих интересов. Там, где существует правовой порядок меньшинств, и, особенно, где он официально признан государством через систему прав меньшинств или систему персонального права, это социальное давление может быть еще более сильным, так как отказ от использования этих возможностей может быть истолкован как признак нелояльности («при наличии религиозных прав использование права вы-

бора, данного государством, может повысить ощущение нелояльности»[16]). Молодые люди, рожденные в малых группах, могут сталкиваться с социальным давлением, связанным с необходимостью соответствовать нормам, от которых они предпочли бы отказаться или которые хотели бы пересмотреть. Поэтому положение детей и молодежи, которые могли бы отказаться от выбора стать членами меньшинства, требует специального внимания. Икелаар подводит итог, говоря о том, что необходимо соблюдать осторожность, и делает следующее заключение:

> Возможно, мы должны признать, что по крайней мере в большинстве случаев (исключая ситуации с преследованием) у сообществ нет особых интересов как таковых. Но у их отдельных членов, скорее всего, они есть, и они включают в себя желание передать свою культуру своим детям. Но это желание ограничено, и оно ограничивается, прежде всего, интересами детей данного сообщества[17].

Говоря о том, что «меньшинства внутри меньшинств» могут находиться в опасности из-за давления норм культурной или религиозной группы, важно обратить особое внимание на «мультикультурную уязвимость» женщин (*multicultural vulnerability of women)*. Женщины находятся в «группе риска», поскольку традиционные культуры и религии фиксируют свое внимание на женщинах как на способе контроля группы и сохранения групповых норм. Например, сексуальность женщин часто является объектом особого внимания меньшинств, поскольку последние стремятся сохранить и передать свою культуру или религию, а именно женщины воспроизводят коллективную идентичность через рождение и воспитание детей. С этой точки зрения становится критически важным, что женщина должна вступать в интимные отношения таким образом, чтобы сохранять идентичность всего сообщества. По этим причинам контроль над женщинами, особенно в области сексуальности, браков, разводов и по отношению к их детям, является важнейшей функцией традиционных культурных и религиозных сообществ[18].

16. Ahmed, F. (2011) «Religious Arbitration: A Study of Legal Safeguards», *Arbitration* 77: 302.
17. Eekelaar, J. (2004) «Children between Cultures», *International Journal of Law, Policy and the Family* 18 (2): 191.
18. Moller Okin, S. (1999) *Is Multiculturalism Bad for Women*. Princeton, USA: Princeton University Press.

Правовые режимы меньшинств часто фиксируют свое внимание на семейном праве именно из-за того, что эти нормы контролируют женщин и обеспечивают сохранение групповой идентичности. Существует особая проблема уязвимости «религиозных» женщин, поскольку зачастую у них нет выбора, кроме как прибегнуть к ПРМ в случае, если они хотят получить религиозный развод («приверженцы определенных конфессий должны обращаться к религиозному суду, если они хотят получить „разрешение на повторное вступление в брак внутри своей веры“»)[19]. Это объясняет, почему среди мусульманских женщин так велик спрос на услуги по предоставлению религиозных разводов[20].

Существуют также данные о том, что мусульманские женщины используют эти суды по своей воле, а не как пассивные жертвы, которыми манипулируют и которых сбивают с толку консервативные мусульманские мужчины[21]. Таким образом, во многих ситуациях обеспечение свободы для этих религиозных женщин может потребовать скорее превращения ПРМ в более «благоприятные» для женщин, чем их полного запрета.

Часто утверждается, что многие женщины предпочитают оставаться членами группы несмотря на то, что правила и обычаи их общины подрывают их интересы. «У них есть право выхода, но они добровольно предпочитают остаться» — вот ответ на любое возражение. Но этот аргумент о «праве выхода» не всегда является реалистичным. Он предлагает слишком узкий и радикальный подход к тому, что часто является систематической или структурной проблемой традиционных культур и конфессий. Он накладывает груз решения конфликтов на женщин и освобождает государство от ответственности по защите фундаментальных прав своих граждан. Самое главное, аргумент о «праве выхода» предполагает, что женщина, которой угрожают внутриобщинные обычаи, должна разорвать со своей групповой принадлежностью, покинуть свою семью и общину. Однако действительность такова,

19. Douglas, G., Doe, N., Gilliat-Ray, S., Sandberg, R. and Khan, A. (2011) AHRC *Social Cohesion and Civil Law: Marriage, Divorce and Religious Courts*, p. 44.

20. Bano, S. (2010) «Asking the Law Question: Agency and Muslim Women», in S. Sayyid and A. K. Vakil (eds) *Thinking Through Islamophobia: Global Perspectives*. London: Hurst & Co.; Bowen, J. R. (2009) «Private Arrangements: Recognizing Sharia in England», *The Boston Review* March/April 2009.

21. Glazer, S. (2012) «Sharia Controversy: Is There A Place for Islamic Law in Western Countries», *Global Researcher* 6 (1): 1–28.

что часто эмоциональная привязанность, экономические обстоятельства и религиозные обязательства делают выход из общины нереалистичным для многих женщин.

Некоторые версии мультикультурализма предполагают, что государство обязано безусловно признавать меньшинства как они есть. С другой стороны, «прогрессивный мультикультурализм» должен вернуться к основным принципам и найти ответ на вопрос: что поставлено на карту в процессе адаптации меньшинств?[22] Один из самых сильных аргументов мультикультурализма заключается в том, что структура властной иерархии между меньшинствами, большинством и государством должна быть пересмотрена. При этом признание внешних иерархий не должно заслонять от нас факт существования властных иерархий *внутри* групп. Внутреннее неравноправие может быть причиной того, что уязвимые индивиды (например, женщины) будут нести непропорциональную плату за любую политику по адаптации культурных или религиозных обычаев. Эта плата может включать в себя вступление в брак без права на развод, неадекватную денежную компенсацию в случае развода, отказ от права на опеку над детьми и ограничение на право получения образования, работы или участие в публичной сфере. Помимо того что женщины в меньшинствах являются членами культурной или религиозной общины, они также являются полноправными гражданами либерального политического сообщества. Поэтому либеральное государство обязано охранять граждан женского пола от причинения вреда, даже если они предпочитают быть членами нелиберальных культур или религиозных сообществ. Согласие женщин на участие в ПРМ требует более комплексного анализа, который учитывает эти сложные асимметрии власти. Хотя женщины и делают выбор в пользу членства в группе, они необязательно при этом соглашаются с выбором лидеров группы или даже с выбором групповых норм, которые будут к ним применяться.

Вопросом о гендерном равенстве часто злоупотребляют для того, чтобы критиковать меньшинства. Как отмечает Анна Филлипс, « [...] принципы гендерного равенства использовались для демонизации малых культурных групп. Явные выражения расизма были превращены в социально более приемлемую критику меньшинств, которых обвиняли в том, что они держали сво-

22. Malik, M. (2010) «Progressive Multiculturalism: Minority Women and Cultural Diversity», *International Journal on Minority and Group Rights* 17 (3): 447–467.

их женщин дома, выдавали своих юных дочерей за неизвестных и нежеланных партнеров [...]»[23]. Этот дискурс может обманчиво изображать национальные меньшинства как патриархальные, в то время как культурное большинство подается как образец гендерного равенства. Такой риск требует быть особенно осторожным во избежание демонизации ПРМ. В то же время нужно принимать всерьез уязвимость некоторых лиц — например женщин и маленьких детей. Существуют также ограничения на согласие в этих ситуациях, поскольку государство в случае риска причинения значительного вреда (*significant harm)* обязано принимать меры для защиты уязвимых лиц независимо от их добровольной принадлежности к какой-либо культурной или религиозной группе или согласия на участие в ПРМ.

Определение пороговых значений «значительного ущерба» может дать универсальный критерий того, в какой момент государство должно вмешаться в ПРМ. В вопросе о том, что составляет «ущерб», можно достичь большего согласия, чем это иногда считается возможным. В противоположность популярным представлениям, которые могут быть искажены демонизацией ПРМ, государство и ПРМ могут прийти к согласию относительно того, что составляет ущерб. Это согласие, в свою очередь, может заложить фундамент для развития принципов, регулирующих вмешательство государства для обеспечения защиты уязвимых лиц внутри какого-либо ПРМ.

(в) Индивиды, группы и эволюция правовых режимов меньшинств

Принадлежность к группам в либеральных демократиях становится все более сложным явлением. Постоянные миграции и смешения приводят к тому, что индивиды и группы постоянно включают все новые элементы в свою идентичность, в то же время сохраняя традиционные. Наибольшее внимание по понятным причинам уделяется устоявшимся сообществам, скрепленным с помощью языка, этничности, культуры или религии. Однако сейчас необходимо более пристальное внимание к тем индивидам, которые часто перемещаются из одной группы в другую. Поэтому важно понять влияние политических мер на людей, которые предпочитают оставаться членами той

23. Phillips, A. (2007) *Multiculturalism Without Culture*, p. 2.

или иной группы. Этот подход основан на понимании динамики культурных изменений внутри ПРМ. Как дать определения «культуре» или «религии»? Кто имеет право принимать решения? Кто исключен из этого процесса? Будет ли вмешательство государства способствовать защите фундаментальной ценности индивидуальной свободы? Будет ли у людей возможность выбирать лидеров, которые их представляют, и нормы, которые управляют ими? Будут ли решения приниматься беспристрастно путем обсуждения и в условиях прозрачности, с участием всех членов, а не путем навязывания воли и авторитета нескольких человек?

Людям со стороны сложно получить необходимую информацию для оценки результатов государственного вмешательства. Иногда пренебрежение или плохо продуманное вмешательство может привести к ужесточению ПРМ, в том числе в отношении «меньшинств внутри меньшинств». Культурные изменения следует отслеживать и на уровне отдельных членов, и на уровне группы. Иногда представители группы могут отказаться менять свои нормы, не желая реагировать на изменения или делиться властью. Когда ПРМ приобретает статичность, утрачивает способность к интерпретации и становится маркером групповой «идентичности», он перестает быть динамичной системой нормативной социальной регуляции, реагирующей на социальные изменения. С другой стороны, лидеры группы могут проявить креативность и менять нормы общинного права для удовлетворения потребностей отдельных членов, включая «меньшинство внутри меньшинства».

4. Возможные ответы государства на правовые режимы меньшинств

Либеральное государство, столкнувшееся с правовым режимом меньшинств, может выбрать один или несколько из следующих подходов, которые, впрочем, часто пересекаются:

A. Запрет ПРМ. Такое действие кажется неприемлемым по нескольким причинам. Во-первых, принципиально следующее: ведь ПРМ, как уже говорилось, может иметь важное значение для осуществления индивидуальной свободы. Кроме того, политика запрета может быть неэффективной: государственная система может просто не иметь достаточной власти для реализации этой

политики, и ПРМ будет просто игнорировать государство, несмотря на запрет.

B. Невмешательство в ПРМ. Это может вызывать проблемы в тех ситуациях, когда ПРМ причиняет значительный ущерб, делающий государственное регулировании оправданным. «Право выхода», как мы видели, часто не является достаточной гарантией защиты прав индивида внутри ПРМ, особенно прав наиболее уязвимых групп, таких как женщины или сексуальные меньшинства.

C. Признание ПРМ через наделение меньшинств правами или создание системы личного права. Недостаток этого подхода состоит в закреплении ПРМ как «маркера идентичности», то есть института, противостоящего динамичным культурным изменениям. Это делает более сложным перемещения людей между различными культурными и религиозными сообществами и социальными сферами.

D. Культурный волюнтаризм. Этот подход позволяет правовому режиму меньшинств функционировать, но оставляет государственному законодательству право выбирать, хочет ли оно, и каким образом, признавать и адаптировать ПРМ, при этом поддерживая свои собственные либеральные нормы. Государство может определить ряд ключевых вопросов, в которых необходимо соответствие «законов» группы государственной «либеральной» общественной политике. Это позволит оценить степень соответствия каждой нормы в отдельности, а не всей системы в целом.

E. Интеграция (*mainstreaming)* идет на шаг дальше культурного волюнтаризма. Оно активно поддерживает, включает и интегрирует социальные нормы ПРМ внутри государственной правовой системы, основываясь на принципе не-противоречия с фундаментальными конституционными принципами. Это может осуществляться посредством таких методов, как расширение существующих правовых концепций, проектирование законодательных решений или предоставление привилегий.

Недостатком интеграции является то, что меньшинствам придется убедить большинство своих сограждан, что их культурные или религиозные обычаи должны быть включены в государственную систему (*accommodated*). Этого сложно добиться, если у меньшинств недостаточно власти и их участие в демократическом процессе ограничено. Интеграция может быть успешной в случае, когда она является результатом активного сотрудни-

чества между государством и религиозными сообществами, особенно если этот диалог касается конкретных проблем (например, должна ли, и каким образом, государственная правовая система признавать религиозные браки или разводы). Преимущество этого подхода состоит в том, что большинство будет чувствовать себя причастным к процессу признанию ПРМ, повышая уровень доверия ПРМ в глазах всех граждан. Скромные уступки такого рода могут принести значительные политические блага как для меньшинств, так и для всех граждан.

Заключительный комментарий

Движение по пути к растущему признанию ПРМ может иметь такие преимущества, как рост автономии меньшинств или большее слияние частной жизни людей с их контактами с политическими и правовыми институтами. Примечательно, проект «Социальная сплоченность и гражданское право», спонсировавшийся *Arts and Humanities Research Council*, подтвердил тот факт, что религиозные суды, которые были предметом исследования, «оказывают важные услуги для тех иудеев, мусульман и христиан, для кого религиозный развод „с божественной санкции“ является важным как с духовной, так и с религиозно-правовой точек зрения»[24]. Ни один из исследованных трех судов не имел правового статуса и не стремился к государственному признанию. Их авторитет основывался на их религиозном статусе и распространялся только на тех, кто «добровольно» подчинился и принял эти религиозные нормы и институты. Тем не менее это добровольное принятие религиозного закона не может считаться согласием на причинение вреда, если таковое может из него последовать. Все равно будет существовать необходимость по обеспечению защиты уязвимых лиц, добровольно принимающих участие в правовом режиме меньшинства. Во все более мультикультурных и мультирелигиозных западных демократиях существует насущная потребность в более комплексном анализе правовых режимов меньшинств.

Перевод с английского Елены Бондал

24. Douglas, G., Doe, N., Gilliat-Ray, S., Sandberg, R. and Khan, A. (2011) AHRC *Social Cohesion and Civil Law: Marriage, Divorce and Religious Courts*, p. 48.

Библиография/References

Отчеты/Reports

Boyd, M. (2004) *Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion*. Ontario, Ministry of the Attorney General.

ACAS (2005) *Religion or Belief and the Workplace: A Guide for Employers and Employees*. London: ACAS.

Rights and Democracy (2005) *Behind Closed Doors: How Faith-Based Arbitration Shuts Out Women's Rights in Canada and Abroad*. Quebec, Rights and Democracy.

Moore, K., Mason, P. and Lewis, J. (2008) *Images of Islam in the* UK*: The Representation of British Muslims in the National Print News Media 2000–2008*. Cardiff School of Journalism, Media and Cultural Studies, Cardiff, 7 July 2008.

Ul Hoque, A. and Shah, P. (forthcoming 2012) *Religare:* UK *Report on Fieldwork* (copy on file with the author).

Douglas, G., Doe, N., Gilliat-Ray, S., Sandberg, R. and Khan, A. (2011) AHRC *Social Cohesion and Civil Law: Marriage, Divorce and Religious Courts*. Cardiff, Cardiff University.

Литература/Literature

Ahdar, R. and Aroney, N. (eds.) (2010) *Shari'a in the West*. Oxford: Oxford University Press.

Ahmed, F. (2011) «Religious Arbitration: A Study of Legal Safeguards», *Arbitration* 77: 290–303.

Bamforth, N., Malik, M. and O'Cinneide, C. (2008) *Discrimination Law: Theory and Context*. London: Sweet and Maxwell.

Bano, S. (2010) «Asking the Law Question: Agency and Muslim Women», in S. Sayyid and A. K. Vakil (eds) *Thinking Through Islamophobia: Global Perspectives*. London: Hurst & Co.

Bowen, J. R. (2009) «Private Arrangements: 'Recognizing sharia in England'», *The Boston Review* March/April.

Bowen, J. R. (2011) «How Could English Courts Recognize Shariah?», *St. Thomas Law Review* 7 (3): 411–435.

Eekelaar, J. (2004) «Children between Cultures», *International Journal of Law, Policy and the Family* 18 (2).

Eekelaar, J. (2010) «From Multiculturalism to Cultural Voluntarism: A Family-Based Approach», *The Political Quarterly* 81 (3): 344–355.

Eekelaar, J. (2012) «The Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill 2011» (2011), *Family Law* 41: 1209–1215.

Emon, A. (2009) «Islamic Law and the Canadian Mosaic: Politics, Jurisprudence, and Multicultural Accommodation», *Canadian Bar Review* 87 (2): 391–425.

Falk Moore, S. (2005) «Certainties Undone: Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology, 1949–1999», in S. Falk Moore (ed.) *Law and Anthropology: A Reader*. Oxford: Blackwell.

Glazer, S. (2012) «Sharia Controversy: Is There A Place for Islamic Law in Western Countries», *Global Researcher* 6 (1): 1–28. 3 January 2012.

Griffiths, J. (1986) «What Is Legal Pluralism?», *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 24: 1–56.

Herman, D. (2011) *«An Unfortunate Coincidence»: Jews, Jewishness and English Law*. Oxford: Oxford University Press.

Jackson, B. (ed.) (2009) *Agunah: The Manchester Analysis*. Manchester, Agunah Research Unit, University of Manchester.

Kymlicka, W. (ed.) (1995) «Introduction», in *Rights of Minority Cultures*. Oxford: Oxford University Press.

Macklin, A. (2005) «Culture and Gender: The Case of Islamic Family Law Arbitration in Ontario», *Diversity* 12 Fall.

Malik, M. (2000) «Minorities and Human Rights», in Campbell, T., Ewing, K. D. and Tomkins, A. (eds) *Sceptical Approaches to the Human Rights Act*. Oxford: Oxford University Press, pp. 277–297.

Malik, M. (2000) «Faith and the State of Jurisprudence», in P. Oliver et al. (eds) *Faith in Law: Essays in Legal Theory*. Oxford: Hart Publishing.

Malik, M. (2008) *From Conflict to Cohesion: Competing Interests in Equality Law and Policy.* London: Equality and Diversity Forum.

Malik, M. (2010) «Progressive Multiculturalism: Minority Women and Cultural Diversity», *International Journal on Minority and Group Rights* 17 (3): 447–467.

Merry, S. E. (1998) «Legal Pluralism», *Law and Society Review* 22: 872.

Merry, S. E. (2006) *Human Rights and Gender Justice: Translating International Law into Local Justice*. Chicago: University of Chicago Press.

Modood, T (2007) *Multiculturalism*. London: Polity Press.

Moller Okin, S. (1999) *Is Multiculturalism Bad for Women*. Princeton, USA: Princeton University Press.

Moore, R. I. (2007) *The Formation of a Persecuting Society*. London: Blackwell Publishing.

Moore, S. F. (1973) «Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study», *Law and Society Review* 7: 719–746.

Parekh, B. (2006) *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*. London: Palgrave Macmillan.

Phillips, A. (2007) *Multiculturalism Without Culture*. Princeton: Princeton University Press.

Poulter, S. (1998) *Ethnicity, Law and Human Rights: The English Experience*. Oxford: Oxford University Press.

Shah-Kazemi, S. N. (2001) *Untying the Knot: Muslim Women, Divorce and the Shariah, Report of the Nuffield Foundation*. London: Nuffield Foundation.

Shachar, A. (2001) *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

Shachar, A. (2008) «Privatising Diversity; A Cautionary Tale from Religious Arbitration in Family Law», *Theoretical Inquiries in Law: Legal Pluralism, Privatisation of Law and Multiculturalism* 9 (2): 573–607.

Shachar, A. (2010) «State, Religion and the Family: The New Dilemmas of Multicultural Accommodation of Minorities», in R. Ahdar and N. Aroney (eds) *Shari'a in the West*. Oxford: Oxford University Press.

Tamanaha, B. Z. (2008) «Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global», *Sydney Law Review* 30: 376–411.

Waldron, J. (2010) «Questions about the Reasonable Accommodation of Minorities», in Ahdar, R. and Aroney, N. (eds) *Shari'a in the West*. Oxford: Oxford University Press.

Weyrach, W. O. (ed.) (2001) *Gypsy Law: Romani Legal Traditions and Culture*. California, US: University of California Press.