

QUAERERE VERUM: КАК ОБЕСПЕЧИТЬ ПРАВО НА РАВЕНСТВО?

Возвращаясь к вопросу о содержательном равенстве*

Сандра Фредман**

Значение понятия содержательного равенства ныне остаётся остродискуссионным. Эта статья является попыткой доказать, что право на содержательное равенство нельзя сводить к какой-то единой формуле или единому понятию, будь то достоинство, равенство возможностей или равенство результатов. Вместо этих концептуальных подходов в данной статье к содержательному равенству предлагается четырёхмерный подход с опорой на уже знакомые концепции. Такой подход, во-первых, ведёт к устранению неравенства; во-вторых, решает проблему дискриминации; в-третьих, обеспечивает право голоса и участия дискриминируемых общностей; наконец, в-четвёртых, смягчает различия и ведёт к социальным изменениям. Это отражает принцип, согласно которому право на равенство – это уважение к тем, кто страдает от несправедливости и прочих негативных факторов, кто отделён от общества или непризнаваем им. Четырёхмерный подход сознательно формулируется в терминах измерений, чтобы сосредоточиться на их взаимодействии и синергетическом эффекте, а не утверждать некий изначально существующий приоритет одной из формулировок. К решению конфликтов следует идти, имея в руках всю систему координат, через синтез, а не выделяя отдельные приоритеты. Перед нами не формальное определение, а аналитическая система координат для оценки и помощи в изменении законов, политики и практик, служащая наилучшему обеспечению содержательного равенства.

→ *Содержательное (субстантивное) равенство; неравенство; дискриминация; позитивные действия; структурные изменения; сглаживание различий*

DOI: 10.21128/1812-7126-2017-1-37-63

1. Введение

Право на равенство — один из центральных принципов права в области прав человека.

Стремление к равенству находит отзвуки в преамбулах множества законов о правах человека и в конституциях государств, а право на равенство и отсутствие дискриминации неизменно находятся среди ключевых прав, перечисленных в этих документах.

Однако значение права на равенство является остродискуссионным. Так, П. Уэстен утверждает, что «равенство — это идея, которую следует изгнать из морального и правового дискурса как объяснительную норму»¹. С точки зрения других, право на равенство далеко не достаточно. Даже если признать равенство перед законом, другие негативные факторы социальной и иной дифференциации сохраняются, и они имеют тенденцию концентрироваться в группах с особым статусом, таких как женщины, люди с ограниченными

* © S. Fredman, 2016. Oxford University Press and New York University School of Law. All rights reserved. For permissions, please e-mail: journals.permissions@oup.org. *Fredman S.* Substantive equality revisited // *International Journal of Constitutional Law*. 2016. Vol. 14. No. 3. P. 712–738.

** *Сандра Фредман* — профессор права Британского содружества и США в Оксфордском университете (профессорская кафедра им. С. Родса); член профессорского совета колледжа Пемброк; директор Оксфордского центра прав человека (Оксфорд, Великобритания) (e-mail: sandra.fredman@law.ox.ac.uk). Автор благодарит профессора Марту Миноу за ценные замечания к более ранней версии статьи, Меган Кэмпбелл — за помощь, а всех своих студентов и коллег — за возможность обсуждения эти идей на протяжении многих и долгих лет. Перевод с английского *Дмитрия Владимировича Сичинавы*.

¹ *Westen P.* The Empty Idea of Equality // *Harvard Law Review*. Vol. 95. 1982. No. 3. P. 537–596, 542.

возможностями, этнические меньшинства и другие².

Озабоченность этой проблемой привела к поиску более сложных концепций, движущихся от формальной интерпретации вроде «подобного отношения» или «одинакового обращения» (*like treatment*) к более содержательным концепциям. Как Верховный суд Канады³, так и Конституционный суд ЮАР⁴ признали принцип содержательного равенства в интерпретации права на равенство, и эта тенденция нашла отражение на международном уровне⁵. Тем не менее смысл и значение права на содержательное равенство продолжает ускользать от исследователей. Правоведы, законодатели и судьи прояснили ряд ключевых значений для данного понятия, главными среди которых являются равенство результатов, равенство возможностей и достоинство. Эти значения, в свою очередь, нашли некоторое отражение в правовых формулах, таких как несправедливая дискриминация, несоразмерные или не отвечающие своим целям действия (*disparate impact*) или косвенная дискриминация, разумное смягчение (аккомодация) и притеснение. Между тем в Верховном суде США консервативные судьи рассматривают концепт содержательного равенства как крайне проблематичный⁶.

В данной статье приводятся доводы в пользу того, что, хотя право на равенство, очевидно, должно выйти за рамки формальной концепции, согласно которой к подобным следует относиться подобным же образом, содержательное равенство не удаётся охватить каким-либо единым принципом. Вместо этого, с опорой на силу и действенность уже знакомых принципов в рамках дискурса содержательного равенства, предлагается че-

тырёхмерный подход: устранить негативные факторы; решить проблему стереотипов, стигматизации⁷, предрассудков и насилия; обеспечить право голоса и участия; смягчать и преодолевать различия и достичь социальных изменений⁸. Мы исходим из базового принципа, согласно которому право на равенство должно заключаться в социальном контексте и учитывать интересы тех, кто подвержен негативным факторам, унижен, изолирован от общества, или тот, чьи интересы и нужды вообще не берутся в расчёт и игнорируются.

Цель четырёхмерного подхода — предоставить аналитическую систему координат для того, чтобы лучше прояснить многослойную сущность неравенства и помочь определить, какие действия, практики или институты способствуют праву на равенство либо мешают ему. Мы осознанно формулируем её в терминах измерений, чтобы сосредоточиться на их взаимодействии и содействии, а не утверждать некоторый явно изначально существующий приоритет формулировок. Таким образом, мы можем лучше понять, каким образом различные измерения можно использовать для взаимной поддержки. Если между ними налицо конфликты или одно идёт вразрез другому, напряжение следует разрешать путём отсылок ко всей системе координат, чтобы создавать синтез, учитывающий

² См.: Brodsky G., Day S. Beyond the Social and Economic Rights Debate: Substantive Equality Speaks to Poverty // Canadian Journal of Women and the Law. Vol. 14. 2002. No. 1. P. 185–220.

³ См.: *Law v. Canada* [1999] 1 S.C.R. 497 (Can.).

⁴ См.: *Prinsloo v. Van der Linde* (ССТ4/96), [1997] Z.A.C.C. 5 (S. Afr.).

⁵ См.: The CEDAW Committee. General Recommendation No. 25: On Temporary Special Measures (2004) CEDAW/C/GC/25.

⁶ См.: *Minow M.* In Brown's Wake: Legacies of America's Educational Landmark. Oxford ; New York : Oxford University Press, 2010. P.30; *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 557 (2009); *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District*, 551 U.S. 701 (2007).

⁷ Стереотипизация — приписывание одинаковых характеристик всем членам какой-либо общности, часто основанное на субъективных оценочных суждениях, нередко проводимое без учёта различий между ними и, напротив, сходства с характеристиками представителей других общностей. Стигматизация (символическое клеймение) — это крайнее проявление стереотипизации, негативное выделение индивидуума (или социальной группы) по какому-либо признаку с последующим стереотипным набором социальных реакций на данного индивидуума (или представителей данной социальной группы). Оба феномена часто проявляются как дискриминация или сегрегация. Одним из первых в социологии и социальной психологии обратился к изучению стигматизации видный американский исследователь Э. Гоффман; в отечественной науке этой проблематикой занимаются М. М. Кабанов, А. П. Коцюбинский и др. (*Примеч. ред.*)

⁸ См.: *Fredman S.* Discrimination Law. Oxford ; New York : Oxford University Press, 2011; *Fredman S.* The Future of Equality in Britain: EOC Working Paper No. 5. Manchester : Equal Opportunities Commission, 2002.

все измерения, а не настаивать на приоритете того или другого. Например, если нужно способствовать закреплению достоинства, это не следует делать за счёт устранения негативных факторов — обделённости, неравноправности, дискриминации. Аналогично, утверждение различия и идентичности следует ограничить надобностью предотвращать стигматизацию, дискриминирующие стереотипы и предрассудки. Мы признаём, что границы между измерениями могут быть расплывчатыми, но считаем, что с аналитической точки зрения полезно рассматривать их по отдельности.

Эта система координат, разумеется, не обеспечивает разрешение всех проблем, связанных с правом на содержательное равенство. Цель многомерного подхода, в конечном счёте, — оценочная, а именно: предоставить набор критериев для определения того, насколько вероятно, что некий закон, политика, практика или институт обеспечит право на равенство и определит, каким образом их следует лучше реформировать, чтобы это произошло. Например, системы социального обеспечения, основанные на целевых денежных трансфертах, на первый взгляд, способствуют устранению материальных негативных факторов для бедствующего населения. Но обеспечивают ли они право на содержательное равенство для женщин и, если нет, как их можно переформатировать?⁹

2. Исходные данные и методология

Как юрист, занимающийся правами человека, я очень интересуюсь эволюцией значения права на равенство в сфере международного и национального законодательства в области прав человека. Я не стремлюсь эксплицировать некую абстрактную концепцию равенства, которая удовлетворила бы философов, пытавшихся поставить себе эту задачу. Мне всегда казалось, что выбор между различными концепциями равенства — вопрос не логический, а ценностный, от которого зависит программа действий¹⁰. Мой подход укоренён

в существующих интерпретациях. Хотя право на равенство — достаточно эластичный принцип, это не пустой сосуд, который может содержать любые значения, которые кому-либо стало угодно ему приписать. Понятие содержательного равенства должно опираться на существующие интерпретации права на равенство в юриспруденции и литературе и развивать их. Но я не стремлюсь найти концепцию, которая оказалась бы, в смысле Р.Дворкина, «наиболее подходящей» для осмысления существующих принципов¹¹. Существует слишком много взаимоисключающих пониманий права на равенство, чтобы найти какой-то единый глубинный принцип, наделяющий смыслом существующие интерпретации. Таким образом, мой проект покоится на уже существующих интерпретациях, но также осознанно и целенаправленно поддерживает продолжающуюся эволюцию права на содержательное равенство. В частности, я утверждаю, что право на равенство должно уметь реагировать на несправедливости реального мира. Таким образом, моя цель — искать и делать выводы из этих пониманий субстантивного равенства с тем, чтобы учитывать несправедливость, испытываемую женщинами и другими неравноправными группами в связи с их статусом. Хотя общего консенсуса нет, имеется достаточное согласие в отношении некоторых принципов, которое позволяет с доверием относиться к проекту экстраполяции, исходящей из этих принципов. Возможно также, благодаря продолжающемуся заинтересованному участию и дискуссии, создавать новые основы для консенсуса¹².

¹¹ См.: *Collins H.* Discrimination, Equality and Social Inclusion // *Modern Law Review*. Vol. 66. 2003. No. 1. P. 16–43, 42.

¹² См. ключевые работы: *Albertyn C.* Substantive Equality and Transformation in South // *South African Journal of Human Rights*. 2007. Vol. 23. No. 2. P. 253–276; *Albertyn C., Goldblatt B.* Facing the Challenge of Transformation: Difficulties in the Development of an Indigenous Jurisprudence on Equality // *South African Journal on Human Rights*. Vol. 14. 1998. No. 2. P. 248–276; *Fudge J.* Substantive Equality, the Supreme Court of Canada, and the Limits to Redistribution // *South African Journal on Human Rights*. Vol. 23. 2007. No. 2. P. 235–252; *MacKinnon C.* Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law. Cambridge, MA : Harvard University Press, 1987; *MacKinnon C.* Reflections on Sex Equality under Law // *Yale Law Journal*. Vol. 100. 1991.

⁹ См.: *Fredman S.* Engendering Social Welfare Rights // *Women's Right to Social Security and Social Protection* / ed. by B. Goldblatt, L. Lamarche. Oxford : Hart Publishing, 2014. P. 19–39.

¹⁰ См.: *Fredman S.* Discrimination Law. P. 2.

Настоящая статья опирается на материалы сравнительных правовых исследований, прежде всего, на исследования правовой ситуации в данной области в США, Великобритании, Канаде и ЮАР, а также на изучение попыток укоренить концепцию субстантивного равенства в опыте четырёх англоязычных стран, находящихся на переднем крае развития права на равенство. США, Канада и ЮАР закрепляют право на равенство в своих конституциях. У Великобритании сложная система законодательных координат, дополняемая нормативными актами ЕС и Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод (*далее* — Европейская Конвенция, ЕКПЧ)¹³, ныне инкорпорированной и в британский Акт о правах человека. Во всех этих юрисдикциях за первоочередную роль с принципом равного обращения боролись несколько содержательных концепций равенства. Сюда входят косвенная дискриминация или неадекватные действия (*disparate impact*), рациональное сглаживание, «позитивные действия» по защите исторически ущемлённых в правах групп (*affirmative action*)¹⁴, системная дискриминация и несправедливая дискриминация.

Хотя эти права сформулированы по-разному, но выстраиваются они вокруг единого ядра. Наиболее открытая для трактовок формулировка — это XIV поправка к Конституции США, которая гласит: «Ни один штат не должен... отказать какому-либо лицу в пределах своей юрисдикции в равной защите закона». Как Канада, так и ЮАР сочетают общую гарантию равенства с более чётко определённым

запретом на дискриминацию на основании неисчерпывающего списка признаков¹⁵. В обеих этих странах имеются эксплицитные положения о «позитивных действиях» в защиту дискриминируемых общностей. Законодательная система Великобритании недавно была консолидирована в Акте о равенстве 2010 года, включающем положения о прямом неравенстве, косвенном неравенстве, рациональной компенсации и виктимизации, но в очень ограниченной степени положения о защите ущемлённых и обделённых в чём-либо групп¹⁶. Этот Акт, однако, включает положения об упреждающих действиях со стороны публичной власти и о «должном внимании» к необходимости продвижения и обеспечения равенства возможностей и добрых или доброжелательных отношений¹⁷. Статья 14 Европейской Конвенции, инкорпорированная в Акт о правах человека 1998 года, требует, чтобы права и свободы, закреплённые Конвенцией, гарантировались без дискриминации, сегрегации и иных ограничений по широкому, хотя и неисчерпывающему списку признаков¹⁸.

Равенство в международном праве в сфере прав человека, как правило, определяется в эластичных формулировках. Ключевые пакты обычно отсылают к обязательству государства гарантировать права человека без

№ 5. P.1281–1328; *MacKinnon C. Gender in Constitutions // The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law / ed. by M. Rosenfeld, A. Sajó. Oxford: Oxford University Press, 2012. P.397–418.* О дискуссии в Великобритании, см.: *Fredman S., Spencer S. Beyond Discrimination: It's Time for Enforceable Duties on Public Bodies to Promote Equality Outcomes // European Human Rights Law Review. No. 6. 2006. P.598–606.*

¹³ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, in force Nov. 3, 1953, 213 U.N.T.S. 222

¹⁴ «Позитивные действия» (*affirmative action*) — так в 1961 году Президент Кеннеди назвал программу борьбы с расовой дискриминацией и за гражданские права чернокожего населения США. С тех пор этот термин применяется во многих англоязычных странах ко всем действиям и программам по ликвидации всех форм неравенства и неравноправности. (*Примеч. ред.*)

¹⁵ См.: Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982 being Schedule B to the Canada Act 1982 (U.K.), c. 11 § 15; Constitution of the Republic of South Africa, 1996, § 9.

¹⁶ См.: Equality Act 2010, § 13, 19 (U.K.). См. подробнее: *Hepple B. Equality: The New Legal Framework. Oxford; Portland, OR: Hart Publishing, 2011.*

¹⁷ См.: Equality Act 2010, § 149 (U.K.). См.: *Fredman S. The Public Sector Equality Duty // Industrial Law Journal. Vol. 40. 2011. No. 4. P.405–427.*

¹⁸ Протокол 12 к Европейской Конвенции (Е.Т.С. No. 177), который не был ратифицирован Великобританией, также относится к «любому праву, закреплённому законом», и запрещает дискриминацию государственными учреждениями по любому основанию из того же неисчерпывающего списка. (Статья 14 Европейской Конвенции гласит: «Пользование правами и свободами, признанными в настоящей Конвенции, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам». — *Примеч. ред.*)

«различия», «дискриминации», «изоляции» или «ограничения» либо «на правах равенства» вне зависимости от каких-либо признаков, описанных в неисчерпывающем списке таких оснований. В настоящей статье речь идёт о праве на равенство по отношению к определённым группам или общностям. Она не затрагивает дискуссии о различии между правом на равенство и отсутствием дискриминации, ограничиваясь предположением о том, что различия между ними имеют скорее прагматический, чем логический характер. Большинство конституционных и международных гарантий равенства выражены в формулировках либо права на равенство, либо отсутствия дискриминации, либо того и другого, и в различных юрисдикциях границы между ними проводятся по-разному. В статье также не рассматривается, каким способом определяются или должны определяться признаки или основания для дискриминации. Тем не менее субстантивное или содержательное понимание права на равенство раскрывается здесь в контексте дискриминации, иными словами — путём снятия несправедливостей, испытываемых некоторыми социальными общностями, в частности, по признакам пола, расы, ограниченных возможностей, а также сочетания этих оснований. В разделе 3 кратко рассматривается и критически освещается ключевой концепт равного подхода и отношения к определённым общностям. Раздел 4 описывает некоторые из знакомых претендентов на ранг содержательных понятий равенства: равенство результатов, равенство возможностей и достоинство. Положительные стороны и ограничения каждой из этих концепций указывают путь к многомерному пониманию равенства и неравенства, которое я формулирую в разделе 5.

3. Принцип равного отношения: к подобному с подобным

Простейшая и наиболее распространённая формула принципа равенства — это восходящий к Аристотелю принцип, согласно которому со схожими следует поступать схожим образом. Принцип, согласно которому с подобными следует поступать подобным же образом, вероятно, является наиболее распространённой интерпретацией права на равенство, прежде всего в форме запретов прямой

дискриминации¹⁹ или неодинаковый, различный подход. Дальнейшее проявление этого принципа — право равной оплаты за равноценную работу, что позволяет женщине требовать равную с мужчинами оплату труда, если она выполняет равноценную работу с мужчиной, служащим в том же учреждении.

Именно эта формула является главным объектом критики П. Уэстена²⁰. Формулировки равенства не только «логически приводят к более простым формулировкам прав, неизбежно на них распадаются», но и при «дополнительной попытке по преобразованию простых формулировок прав в формулировки равенства не только требуют избыточных усилий, но и порождают глубокую концептуальную путаницу»²¹. П. Уэстен утверждает, что в этой формуле самой по себе нет ничего, что проясняло бы то, в каком именно аспекте два человека похожи друг на друга, а если они и похожи, то о каком именно подходе и отношении идёт речь²². Стоит только определить, что два человека с какой-либо точки зрения похожи, понятие равенства становится избыточным, поскольку это определение просто указывает, к каким людям применяется некоторое право. Например, утверждение, согласно которому все граждане имеют равное право голоса, идентично утверждению, согласно которому все граждане имеют право голоса. Однако П. Уэстен не отвергает полностью право на равенство. С его точки зрения, положение о равной защите в XIV поправке имеет «правовое и моральное содержание» как независимое право²³. Хотя он в общих чертах определяет это право как свободу от несправедливого отношения на расовой почве, он отмечает: «Примечательно, что судам до сих пор так и не удалось определить, какую именно форму несправедливого отношения призвано запретить положение о равной защите»²⁴.

Это приводит к вопросу о том, какую ценность мог бы защищать принцип, согласно которому с подобными следует обращаться подобным же образом. Если взять для примера какую-то из возможных подходящих к

¹⁹ См.: Equality Act 2010. § 13 (U.K.).

²⁰ См.: *Westen P. Op. cit.* P. 540.

²¹ *Ibid.* P. 542.

²² См.: *Ibid.* P. 543–548.

²³ См.: *Ibid.* P. 565–566.

²⁴ *Ibid.* P. 565.

данному случаю ценностей, то это простой принцип соответствия (principle of consistency). Как только мы определим, что два человека или две ситуации в определённых аспектах подобны или похожи, к ним следует относиться (или поступать с ними) одинаково, руководствуясь просто-напросто соображениями соответствия. Однако соответствие само по себе является столь уж большой ценностью, едва ли пригодной для защиты такой высокой цели, как право на равенство. Тому есть несколько причин. Во-первых, соответствие не решает проблему в случае, когда два человека похожи в каком-то аспекте настолько, чтобы вызвать к себе адекватное отношению соответствия отношение. Не каждое различие является дискриминирующим. Государства и частные лица классифицируют население по группам по целому ряду оснований и признаков, и многие из них вполне законны. Вполне законно, например, при определении налоговой политики проводить разграничение между группами с высоким и низким доходом. Во-вторых, на протяжении многих лет вполне приемлемым и законным считалось различное отношение к женщинам и мужчинам или чернокожим и белым²⁵. Одним из крупнейших прорывов в борьбе XX века за равенство стало признание того, что характеристики, основанные на расе, поле или этническом происхождении, не должны сами по себе создавать каких-либо различий, оправдывающих дурное и унижающее отношение. В других областях, таких как сексуальная ориентация, это признание ещё полностью не достигнуто.

Таким образом, решение того, в каких случаях с похожими следует обращаться похожим же образом, требует обращения к каким-то принципам за пределами формулы формального равенства. Это решение стало результатом с трудом достигнутых завоеваний через активное участие в политическом процессе. Результат такой борьбы отразился в том факте, что большая часть гарантий прав человека в конституциях или законах включает некоторый список оснований для того, чтобы, имея в виду базовое подобие двух людей, продекларировать, какие именно их характеристики, потенциально ведущие к дискриминации, недопустимы. Таким образом,

хотя XIV поправка к Конституции США просто объявляет, что «ни один штат не должен... отказать какому-либо лицу в пределах своей юрисдикции в равной защите закона», другие конституции, как, например, Канады, ЮАР и Индии, включают статью о недопущении дискриминации, которая содержит перечисление таких оснований²⁶. Это же верно для Европейской Конвенции, для правовых актов ЕС и Великобритании²⁷. Даже по отношению к XIV поправке Верховный суд США отчасти заполнил эту лауну, предложив концепцию «подозрительных классов», отсылающую прежде всего к расе или иностранному гражданству (обеспечивающую равную защиту и для этих «классов», в том числе и в случаях интернирования этнических меньшинств в случае войны с государством, в котором «подозрительный» этнос является титульным или преобладающим. — *Примеч. ред.*)²⁸.

Это, однако, ещё далеко не полное решение вопроса. Даже если предписано, что два человека похожи с соответствующей точки зрения, несмотря на их расу, пол и т. д., принцип равного отношения предписывает лишь то, что с ними следует поступать одинаково. Ещё более ограниченный случай — это когда принцип равного обращения выражен как запрет на прямую дискриминацию или несоразмерное обращение, что запрещает «менее благоприятное» отношение на основании расы, пола и тому подобным признакам социальной общности²⁹. Однако «поступать одинаковым или подобным образом» может быть не очень значимой ценностью. Дело в том, что принцип, согласно которому со схожими следует поступать схожим образом, выполняется независимо от того, обращаются ли с двумя людьми одинаково хорошо или одинаково плохо. Ещё более проблематичный случай: требование равного обращения может считаться удовлетворённым, когда у привилегированной группы устраняется некоторое преимущество (выравнивание по нижнему параметру). В знаменитом американском деле

²⁶ См.: Canadian Charter, s 15; Constitution of the Republic of South Africa, s 9; The Constitution of India, 1950, arts. 14–16; Европейская Конвенция о защите прав человека, ст. 14.

²⁷ См.: Equality Act 2010, § 13 (U.K.).

²⁸ См.: *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

²⁹ См.: Equality Act 2010, § 13 (U.K.).

²⁵ См.: *Fredman S. Discrimination Law*. P.67–82.

Palmer v. Thompson власти города Джексон были обязаны десегрегировать как четыре бассейна, объявленных предназначенными «только для белых», так и единственный бассейн «только для чёрных». В ответ на это город решил закрыть все общественные бассейны³⁰. Было принято решение, что с белыми и чёрными поступили одинаково и тем самым нарушения гарантии равенства не было. Также нельзя было сказать, что с одной группой поступили лучше, чем с другой, по расовым основаниям. Похожая реакция имела место в Великобритании в ответ на законодательство, наделяющее власти полномочиями задерживать иностранных граждан на неопределённый срок без суда, если они подозреваются в международном терроризме³¹. Палата лордов признала этот закон недействительным, в частности, на том основании, что он применялся только к негражданам Великобритании, а не к её подданным, которых также можно было заподозрить в международном терроризме³². Поскольку неграждане и граждане Великобритании в некотором смысле являются «похожими», к ним следует относиться и с ними следует поступать похожим же образом. В ответ правительство наделило себя полномочиями издавать приказы, ограничивающие свободу (вновь без суда) как граждан Великобритании, так и иностранцев, подозреваемых в терроризме. Принцип равного обращения был удовлетворён путём одинакового нарушения свобод обеих групп³³.

Именно данный риск привёл большинство судей Верховного суда США к отказу от ссылки на право равенства, когда тот, наконец, решил признать неконституционным законодательство, криминализирующее гомосексуальную ориентацию. Дело *Lawrence v. Texas* оспаривало тexasский закон, запрещающий двум лицам одного пола заниматься определёнными действиями сексуального характера³⁴. Как сформулировал судья Кеннеди, «если бы мы признали этот закон неконсти-

туционным в соответствии с положением о равной защите, некоторые могли бы задаться вопросом, не стал бы этот запрет действительным при иной формулировке, например при запрете этих действий как для однополых, так и разнополых пар»³⁵. Чтобы избежать такого варианта с выравниванием по нижнему параметру, большинство судей постановило, что закон нарушает содержательное право на надлежащее судопроизводство. Израильский философ права Иосиф Раз (Joseph Raz — в англоязычных источниках) идёт дальше и приходит к выводу, что в контексте дистрибутивного равенства³⁶ возможность выравнивания по нижнему параметру доказывает, что равенство не может иметь внутренней ценности. Он утверждает, что вера во внутреннюю ценность равенства влечёт за собой рассмотрение «равенства [как] стоящего, даже если оно означает значительно более низкий уровень реализации или конкретизации иных ценностей»³⁷. Это осмысленно лишь в том случае, если ценность имеет уже простой опыт ощущения равенства, — и Иосиф Раз считает, что это неверно.

Вторая сложность с понятием равенства как принципа соответствия заключается в том, что одинаковое обращение всегда подразумевается уместным. Но там, где неравенство уже налицо, «одинаковое» обращение может фактически закрепить различия. Таким образом, неравное отношение может быть необходимым для достижения подлинного равенства. Как утверждал А. Сен, «равный учёт потребностей всех может требовать весьма неодинакового подхода, обращённого на благо страдающих от негативных и депримирующих факторов неравенства»³⁸.

³⁵ Ibid. P. 575.

³⁶ Дистрибутивное равенство (дистрибутивная справедливость) — концепция, основанные на распределении равных долей всего того, что люди могут получить либо в собственность, либо в качестве прав; в западной политико-правовой философии изучалась Дж. Роулзом и Р. Дворкиным. (Примеч. ред.)

³⁷ Raz J. On the Value of Distributional Equality: Oxford Legal Studies Research Paper No. 41/2008. P. 6. Вторично опубликованный вариант см.: Raz J. On the Value of Distributional Equality // Hillel Steiner and the Anatomy of Justice: Themes and Challenges / ed. by S. De Wijze, M. H. Kramer, I. Carter. New York : Routledge, 2009. P. 22—33.

³⁸ Sen A. Inequality Re-examined. Cambridge, MA : Harvard University Press, 1992.

³⁰ См.: *Palmer v. Thompson*, 403 U.S. 217 (1971).

³¹ См.: Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001, § 23 (U.K.).

³² См.: *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] U.K.H.L. 56 (HL).

³³ См.: *Fredman S.* From Deference to Democracy: the Role of Equality under the Human Rights Act 1998 // *Law Quarterly Review*. Vol. 122. 2006. P. 53—81.

³⁴ См.: *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

Можно утверждать также, что скрытой ценностью является не простая последовательность, но заслуга (*merit*). Неявно предполагается, что, если пренебрегать такими характеристиками, как раса, пол и т.д., с людьми можно обращаться, исключительно исходя из их заслуг. В США это принимает форму «антиклассификационного принципа», согласно которому с людьми следует поступать, исходя из их заслуг, независимо от расовой принадлежности³⁹. Однако отсюда следует допущение, согласно которому индивидуальная «заслуга» может рассматриваться абстрактно, в отрыве от расовой принадлежности, религии, этнического происхождения, гендера или иных подобных характеристик. А ведь социальное, экономическое и политическое положение человека до сих пор в большой степени детерминировано этими самыми характеристиками. Критерии, по которым определяется заслуга, часто устанавливаются доминирующей группой или общностью: например, когда оценивается квалификация женщины как работника, её время, потраченное на уход за ребёнком, обычно не учитывается. Таким образом, основная предпосылка, согласно которой существует некая «универсальная индивидуальность», оказывается глубоко обманчивой. В конечном счёте, одинаковое обращение можно оценивать только соотнося и сравнивая его с обращением к объекту, который сам находится в похожих условиях. А этот объект сравнения, конечно, отнюдь не универсальный человек, он наделён атрибутами доминирующих признаков — пола, культуры, религии, этноса или сексуальной ориентации. Неслучайно, когда мы говорим об этнической принадлежности, мы обычно имеем в виду этнические меньшинства, а не большинство, усматривая в доминирующей культуре «нормальность», а не собственную этническую специфику.

В результате возникает мощное конформистское давление и формируются соответствующие клише. В феминистской литературе это явление называется «мужская норма». Равенство, понимаемое как принцип соответствия, требует ответа на вопрос: «Равенство

по отношению к кому?» Неизбежный ответ: «к мужчине». Согласно яркой формулировке Кэтрин Маккиннон: «Скрытым остаётся содержательный способ, благодаря которому мужчина стал мерой всех вещей [парафраз знаменитого изречения древнегреческого философа Протагора: “Человек есть мера всех вещей”. — *Примеч. перев.*]. Согласно стандарту тождества, женщины измеряются согласно нашему соответствию мужчинам... Таким образом, гендерная нейтральность — это всего лишь мужской стандарт»⁴⁰. Приспособленческая тенденция в контексте религиозности и этничности также является проблематичной. Согласно выразительной формулировке Б. Пареха, «перед меньшинствами стоит простой выбор. Если они хотят стать частью сообщества и чтобы с ними поступали так же, как с остальным сообществом, они должны думать и жить, как оно; если вместо этого они настаивают на сохранении своей культуры, то не должны жаловаться, если с ними поступают иначе»⁴¹. Эта проблема носит особо острый характер применительно к правам беременных женщин. Со строгой точки зрения равенства как принципа соответствия, мужчин, с которыми можно было бы сравнивать беременных женщин, просто не существует и, соответственно, никакого права на равенство здесь не возникает. Первоначально эта сложность преодолевалась при помощи неудовлетворительного механизма, сопоставляющего отношение к беременной женщине и обращение с большим мужчиной; этот подход всё ещё в силе в США. Реальный прогресс в этой области стал возможен только тогда, когда суд отошёл от идеи равенства как принципа соответствия и тем самым и от необходимости сравнения с мужчиной⁴².

Более того, в общем это значит, что от индивидуальных различий следует отказаться. А ведь каждый человек определяется частич-

⁴⁰ MacKinnon C. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. P.34.

⁴¹ Parekh B. *Integrating Minorities // Race Relations in Britain: A Developing Agenda* / ed. by T.Blackstone, B.C.Parekh, P.Sanders. London : Routledge, 1998. P.1–21, 2.

⁴² См. подробнее: Fredman S. *A Difference with Distinction: Pregnancy and Parenthood Reassessed // Law Quarterly Review*. Vol.110. 1994. P.106–123; Fredman S. *Women and the Law*. Oxford : Clarendon Press ; New York : Oxford University Press, 1997. P.234 ff.

³⁹ См.: Siegal R. *From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases // Yale Law Journal*. Vol.120. 2011. No.6. P.1278–1366.

но своей групповой приверженностью⁴³, будь то чувство идентичности, общая история, приверженность другим, способ рассуждения или выражение чувств. Конечно, основным результатом развития права на равенство стало обеспечение того, чтобы человек не подвергался бы причиняющему ему ущерб отношению из-за негативных стереотипов, атрибутируемых ему по поводу его расы или пола. Однако, отвергая негативные последствия учёта групповых характеристик, принцип равенства стал исходить из того, что не нужно принимать во внимание любые агенты группового членства. И всё же различные аспекты и элементы индивидуальной идентичности могут обогащать человека и быть желаемыми им и необходимыми. Это доказывает, что проблемой является не разнообразие характеристик, а причиняющее ими ущерб обращение. Поэтому целью должно быть не устранение различия, а запрет нанесения ущерба или депримирувания, связанных с таким различием, предпочтительно путём коррекции существующих норм для аккомодации и смягчения различий.

У принципа, согласно которому со схожими следует поступать схожим образом, есть и ещё одна трудность. Нарушение некоторого права предполагает доказательство того, что некто Игрек обращался с Иксом менее благожелательно, чем с находящимся в тех же условиях объектом сравнения, и эта недоброжелательность возникала по признакам расы, пола и т. п. Это, в свою очередь, значит, что нарушение права на равенство может быть обнаружено, только если можно обнаружить его нарушителя — Игрека. В США это отразилось в том, что суды дополнительно настаивают на признаках дискриминирующего намерения при доказательстве нарушения требования XIV поправки о равной защите⁴⁴. В контексте ситуации, существующей в этой сфере в Великобритании, там, хотя суды и заняли твёрдую позицию против необходимости доказательства умысла в одном из дел о

прямой дискриминации⁴⁵, по-прежнему надо доказывать причинно-следственную связь: а что, «если бы» не защищающая от дискриминации характеристика заявительницы, к ней не было бы худшего отношения? Но сексизм, расизм и иные формы дискриминации далеко выходит за рамки индивидуальных эпизодов влияния и действия предрассудков. Такие эпизоды часто укоренены в структуре общества, и их нельзя чётко приписать одному лицу.

4. Альтернативные концепции

Одним из возможных шагов вперёд, как предполагает П. Уэстен, мог бы быть отказ от концепта равенства с выбором в пользу понятия содержательных прав. Но признание ограниченности некоторого концепта необязательно означает его отмену. Вместо этого суды и законодатели перешли к более содержательным интерпретациям права на равенство. Были разработаны разные его концепции. В то время как все они подпадают под широкое понятие «содержательного» или «субстантивного» равенства, точное значение содержательного равенства остаётся спорным. В этом разделе мы рассмотрим несколько вариантов этого понятия. Один из широких подходов заключается в том, чтобы ответить на вопрос «равенство в чём?» каким-либо иным образом. В разделе 4 рассматриваются концепты «равенства результатов», «равенства возможностей» и «достоинства» как претенденты на значение понятия содержательного равенства. На основании осмысления ряда проблем в ходе этого обсуждения в разделе 5 формулируется многомерный подход к пониманию и применению понятия содержательного равенства.

4.1. Равенство результатов

Как мы видели, ключевым ограничением концепции равного, одинакового отношения является её неспособность быть применённой к ситуациям, в которых равное обращение закрепляет ранее существовавшее неравенство. Этой сложности можно избежать, если со-

⁴³ См.: *Young I. M. Justice and the Politics of Difference.* Princeton, NJ : Princeton University Press, 1990. P. 45.

⁴⁴ См.: *Washington v. Davis* 426 U.S. 229, 96 S Ct 2040 (1976). См. также: *MacKinnon C. Toward a Renewed Equal Rights Amendment: Now More Than Ever* // *Harvard Journal of Law and Gender.* 2014. Vol. 37. No. 2. P. 569–579.

⁴⁵ См.: *James v. Eastleigh Borough Council* [1990] 2 AC 751; *R. (on application of E.) v. JFS Governing Body* [2009] UKSC 15 (UK Supreme Court).

средоточиться на результатах, а не на отношении. Для достижения равных результатов можно разрешить или потребовать равного обращения. Если принцип равного обращения основан на понятии процессуальной справедливости, вытекающей из соответственно равного отношения, равенство результатов нацелено на более справедливое распределение благ⁴⁶. Таким образом, «позитивные действия», то есть преференция по отношению к ущемляемой группе, хотя формально нарушают принцип равного обращения, лучшим образом воспринимаются как способствующие равенству результатов. Аналогично, понятие неадекватного действия (*disparate impact*) в американском праве защищает нейтральные практики, которые тем не менее имеют необоснованно неравные последствия — это «практики, по форме справедливые, но по своему действию оказывающиеся дискриминирующими в ходе применения»⁴⁷. При переходе от отношения к результатам доказательство намерения перестаёт быть необходимым. В принципиальном в этом смысле деле *Griggs v. Duke Power* Верховный суд США разъяснил, что «доброе намерение или отсутствие дискриминирующего намерения не оправдывает такие процедуры приёма на работу или механизмы проверки, которые действуют как “встроенные фильтры” для групп меньшинств и не опираются на измерение способности к выполнению работы»⁴⁸. Аналогично в Великобритании и в ЕС косвенная дискриминация определяется как практики, политика или применение критериев, которые применяются одинаково ко всем, но ставят человека в непредпочтительное положение в силу некоторой охраняемой законом характеристики и которые вряд ли могут быть оправданными⁴⁹.

⁴⁶ См.: *Gardner J. Liberals and Unlawful Discrimination* // Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 9. 1989. P.1–22.

⁴⁷ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

⁴⁸ *Ibid.* P.432. Умысел в данном деле не был доказан в судах низших инстанций. Тем не менее, как и при обращении к структурной дискриминации, концепт несоизмеримых действий (*disparate impact*) может использоваться для «(1) разоблачения скрытой дискриминационной цели и (2) оспаривания подсознательной предвзятости нанимателя» (*Siegal R. From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases.* P.1317).

⁴⁹ См.: Equality Act 2010, § 19 (U.K.). См. также: *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*,

Принцип равенства результатов, однако, ставит новые вопросы. Какие «результаты» важны и что означает в этом контексте «равенство»? Среди теоретиков, таких, например, как Д. Парфит, есть тенденция сосредотачиваться на равенстве благополучия⁵⁰, но значение понятия благополучия само по себе вызывает немалую дискуссию. И действительно, радикальные последствия настойчивого стремления к равенству благополучия нередко используются как повод для отвержения эгалитаризма. В праве, направленном против дискриминации, принцип равенства результатов обычно применяется к доступу к рабочим местам, местам в школах и университетах и праву голосования. Но здесь применимость «равенства» становится проблематичной.

Должны ли результаты отражать распространение всех обладающих идентичностью групп в составе населения в целом? Сравнительно просто это сделать применительно к полу или к расе. Вполне правдоподобная цель — достичь сбалансированности рабочего или студенческого коллектива, в котором на всех уровнях будет равное количество мужчин и женщин. Но нужны ли нам такое место работы, учёбы или представительный орган, где в точности отражён состав населения с точки зрения возраста, ограниченных возможностей, религии или верований и сексуальной ориентации? А как учитывать дискриминацию множественной идентичности? Как обнаружено уже в нескольких судебных системах, простая концентрация на равенстве результатов не поможет нам определить, как вычислить представительство белых женщин по сравнению с чёрными мужчинами, и куда мы относим группы с множественными идентичностями, такие как пожилые женщины, женщины с ограниченными возможностями, гомосексуально ориентированные женщины и т. д.

Не более очевидно и то, что равенство результатов решает вопрос выравнивания по нижнему показателю. Вполне правдоподобно достичь равенства результатов, выровняв

[1985] 2 S.C.R. 536 (Can.); *City Council of Pretoria v. Walker* (CCT8/97) [1998] Z.A.C.C. 1; 1998 (2) SA 363 (S. Afr.).

⁵⁰ См.: *Parfit D. Equality and Priority* // Ratio. Vol. 10. 1997. No. 3. P.202–221.

всех по нижнему показателю: и действительно, критика эгалитаризма обращена прежде всего на распределительные решения вроде подобных. Одним из путей выхода является «приоритетный» подход по Парфиту. С этой точки зрения, внимание должно быть обращено на находящиеся в наименее благополучных условиях. При любом сценарии выгода наименее благополучных ценится выше, чем выгода кого бы то ни было ещё. В формулировке Д. Парфита это не претензия на равенство: «Мы не думаем, что само по себе плохо или несправедливо то, что некоторые не благополучнее других... Эгалитаристы обеспокоены относительностью, тем, как уровень каждого человека сопоставляется с уровнем других. При приоритетном подходе нас интересуют только абсолютные уровни каждого»⁵¹. Он приходит к выводу, что этот подход делает равенство избыточным: принципиальную роль играют абсолютные права и притязания (entitlements) людей, а не их права по отношению к другим. Однако абсолютные права, как правила, проводят выравнивание по нижнему показателю и не пытаются исправить неравенство выше этого минимума. Именно здесь неравенство продолжает играть роль. Ярким примером является разница между правом на минимальную оплату, которое является абсолютным, и правом на равную оплату одинаковой работы для мужчин и женщин, которое прежде всего (и оправданно) ассоциируется с неравенством. Таким образом, равенство, будучи содержательным, необязательно связано с достижением чисто эгалитарных целей; оно должно, по крайней мере частично, стремиться сократить разрыв между сильнее и слабее подверженными негативным факторам.

С равенством результатов связана и ещё одна, более глубокая сложность. Она заключается в том, что изменение результатов не делает обязательным какой бы то ни было фундаментальный пересмотр структур, закрепляющих дискриминацию. Изменение правового или гендерного состава конкретного класса или отдела — это, пусть в определённой мере, положительное событие, но оно может отражать только рост успехов приспособленческой политики. Таким образом, женщины, получающие эти должности, возмож-

но, добились этого путём согласия с «мужскими» стандартами работы, переложив их обязанности по уходу за детьми на других женщин, которые остаются столь же ниже оплачиваемыми и низко оцениваемыми, как и ранее. Аналогично, увеличение числа женщин, занятых на определённого типа работе, может совпадать с падением уровня заработной платы или статуса этой работы. Действительно, десегрегация школ в США, казалось бы, достигшая уровня расовой интеграции, фактически часто воспроизводила расовые иерархии внутри школ: об этом свидетельствует тот факт, что расовый «разрыв в достижениях» сохраняется даже в школах, куда ходят дети среднего класса различной расовой принадлежности⁵². Таким образом, количественное изменение может лишь частично отражать качественное. Существует также опасность того, что акцент на равенстве результатов недостаточно учитывает столь же важную необходимость аккомодации разнообразия путём адаптации существующих структур. Это носит особенно проблемный характер по отношению к не отвечающему своему назначению действию (disparate impact) или косвенной дискриминации из-за возможности защищать её под предлогом оправданности. Согласно американскому стандарту, практика, изолирующая защищённую группу, может быть запрещена только в том случае, если «нельзя доказать, что она связана с качеством работы», как высказался верховный судья США Бёргер в деле *Griggs v. Duke Power Co*⁵³. Аналогично, соответствующее положение в британском законе позволяет нанимателя оправдать *prima facie* косвенную дискриминацию, если это пропорциональное средство достижения законной цели⁵⁴. Таким образом, в конечном счёте, если наниматель может оправдать несоразмерное действие на основании того, что оно соответствует некоторой легитимной цели, то с неравенством результатов можно мириться. Таким образом, равенство результатов, хотя и является полезным противоядием при обеспечении равенства обращения, может быть в лучшем случае лишь частью системы координат для введения права на равенство. Существует до-

⁵² См.: *Minow M.* Op. cit. P.26.

⁵³ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 431 (1971).

⁵⁴ См.: Equality Act 2010, § 19 (U.K.).

⁵¹ *Parfit D.* Op. cit. P.214.

полнительная потребность в структурных изменениях.

4.2. Равенство возможностей

Равенство возможностей является популярной альтернативой как для концепции равного отношения, так и для концепции равенства результатов и в ряде юрисдикций имеет силу закона⁵⁵. Сторонники этой точки зрения признают, что равное обращение на фоне застарелой структурной дискриминации может закрепить её негативные факторы неравенства. Используя яркую метафору соперников в гонке, они утверждают, что настоящего равенства обеспечить нельзя, если участники гонки стартуют с разных позиций. Однако, согласно этому подходу, концентрация исключительно на равенстве результатов заходит слишком далеко, подчиняя право на равное индивидуальное отношение утилитарному акценту на результатах. Раз люди пользуются равенством возможностей, проблема институциональной дискриминации оказывается тем самым уже преодолённой, и справедливость требует обращаться с ними на основании их индивидуальных качеств, независимо от пола или расы. Эта модель, таким образом, прямо отвергает политику, цель которой — скорректировать нарушения равновесия на рынке рабочей силы путём квот, или ту, которая стремится к равенству результатов. Раз у всех есть равные возможности, каждого надо судить по его индивидуальным заслугам. Равенство возможностей вполне и полностью совместимо с неравными результатами, не только потому, что у всех разные способности, но поскольку этот подход инкорпорирует и подчёркивает фактор выбора. Если возможности доступны, каждый человек вправе сам выбрать свой жизненный путь.

Подобно равенству результатов, равенство возможностей требует больше внимания к тому, что можно считать возможностью и, в конечном счёте, что можно считать равенством. Какие меры требуются, чтобы гарантировать, что люди действительно могут конкурировать на равных? Б. Уильямс проводит различие между процессуальным и содержательным значением равенства возможностей. С процессуальной точки зрения, равенство

возможностей требует устранения препятствий для продвижения женщин или представителей меньшинств, но не гарантирует, что это в результате приведёт к большей содержательной справедливости⁵⁶. Например, отмена набора сотрудников на основании устной договорённости или критериев отбора, не связанных с должностными обязанностями, удаляет процедурные препятствия и тем самым открывает больше возможностей. Но это не гарантирует, что больше женщин или представителей меньшинств фактически смогут этими возможностями воспользоваться. Те, у кого нет требуемой квалификации в результате дискриминации в прошлом, по-прежнему не смогут выдержать критериев, связанных с должностными обязанностями; женщинам, которым надо ухаживать за детьми, по-прежнему не смогут с большей лёгкостью найти доходную работу. Как сказал в своей знаменитой речи Президент США Линдон Джонсон, «недостаточно открыть двери для возможностей. Все наши граждане должны получить возможность войти в эти двери»⁵⁷.

Содержательный смысл равенства возможностей, напротив, требует предпринять меры для гарантии того, чтобы люди из всех слоёв общества имели подлинно равный шанс доступа к определённому социальному благу⁵⁸. Это требует положительных мер, таких как образование и профессиональная подготовка, и мер, ориентированных на поддержание семьи. Можно зайти и дальше и оспорить сам критерий доступа, потому что существующие критерии заслуг могут сами по себе отражать и усиливать существующие модели неравенства. Например, критерии, основанные на непрерывном рабочем стаже, вероятно, отражают точку зрения, согласно которой опыт вне оплачиваемой работы малоценен для будущей работы. Таким образом, женщины, оставившие работу для ухода за ребёнком, подвергнутся ущербному отношению. Как утверждает Б. Хеппл, равенства возможностей недостаточно, если применять бес-

⁵⁵ См.: Equality Act 2010, § 149 (U.K.).

⁵⁶ См.: *Williams B. The Idea of Equality // Philosophy, Politics and Society: Second Series / ed. by P. Laslett, W.G. Runciman. Oxford: Blackwell, 1962. P. 110–131.*

⁵⁷ *Johnson L.B. Address at Howard University (4 June 1965); цит. по: Thernstrom A. Voting Rights: Another Affirmative Action Mess // UCLA Law Review. 1996. Vol. 43. No. 6. P. 2031–2057, 2037.*

⁵⁸ См.: *Williams B. Op. cit. P. 125–126.*

спорный критерий заслуги к людям, которые были лишены возможности приобрести «заслугу»⁵⁹. На практике, разумеется, равенство возможностей редко используется в своём содержательном смысле при разработке законов о равенстве. Итак, равенство возможностей, как и равенство результатов, остаётся в лучшем случае частичной базой для обоснования права на равенство.

4.3. Достоинство

Многие законодательные органы, суды и теоретики занимались поисками более содержательного ядра понятия «равенство», чем равенство возможностей или равенство результатов. Некоторая часть такого содержательного ядра могла, в частности, предотвратить аргумент «выравнивания по нижнему значению». Это нашло отражение в Верховном суде США в деле *Johnson v. California*, которое касалось расовой сегрегации заключённых⁶⁰. Тюремное начальство утверждало, что её не следует рассматривать как дискриминационную, поскольку все расы были «сегрегированы на одинаковом основании». Верховный суд США решительно отклонил аргумент, согласно которому равенство может удовлетвориться «нейтральностью» такого рода. Ссылаясь на более раннее дело *Powers v. Ohio*, Суд заявил: «Общепризнанная аксиома, что расовая классификация не является легитимной на том основании, что все испытывают её одинаково»⁶¹.

Верховный суд США не уточнил, однако, на какую базовую ценность он опирается. Другие юрисдикции были более эксплицитны в формулировках. Основным кандидатом в эти ценности было понятие достоинства. Приоритет индивидуального достоинства и самоценности как основание для прав, связанных с равенством, чётко сформулировано в нескольких правовых системах — как конституционными и законодательными документами, так и в судах. Особо красноречивым и в этом отношении был Верховный суд Канады, который поместил достоинство в центр

принципа равенства. «Равенство означает, что наше общество не может терпеть законодательных различий, которые делают из некоторых людей граждан второго сорта, различий, которые унижают их, которые безосновательно ведут к отношению к ним как к менее достойным или иным образом нарушают фундаментальное человеческое достоинство»⁶². Аналогично, с самого начала рассмотрения дел о достоинстве в Конституционном суде ЮАР понятие достоинства играло в них центральную роль. Так, судья Акерман в давнем деле *Prinsloo v. Van der Linde*⁶³ заявил, что несправедливая дискриминация «в сущности, означает различное обращение с людьми так, что затрагивается их фундаментальное достоинство как человеческих существ».

Конечно, многое делает достоинство интуитивно привлекательной концепцией⁶⁴. Самое важное — достоинство должно заменить рациональность как движущую силу права на равенство. Рациональность оказалась эксклюзивной доктриной, которая применялась для отрицания доступа к праву на равенство, в частности для женщин, которые преподносились как лишённые требуемой степени рациональности⁶⁵. Ключевой прогресс, состоящий в замене рационального подхода на подход на основании достоинства, заключается в его органической укоренённости в человеческой природе всех людей.

Однако более пристальный взгляд на эти формулировки показывает, что подход на основании достоинства — не панацея, которой его часто считают. Достоинство само по себе не влечёт непременно за собой равенство. Действительно, достоинство может вполне быть и иерархическим. Легко можно представить, что некоторые люди считаются достойнее других. Мы можем считать, что с моральной позиции все люди обладают ценностью, но это не значит неизбежно, что она у всех одинакова и тем самым что все требуют равного беспокойства и уважения. И действительно, история понятия достоинства показывает, что оно восходит скорее к идее ранга

⁶² *Law v. Canada* [1999] 1 S.C.R. 497, § 51 (Can.).

⁶³ *Prinsloo v. Van der Linde* (CCT4/96), [1997] Z.A.C.C. 5, § 31 (S. Afr.).

⁶⁴ Особо убедительный подход см.: Réaume D. G. Discrimination and Dignity // *Louisiana Law Review*. Vol. 63. 2003. No. 3. P. 645–695.

⁶⁵ См.: *Fredman S. Women and the Law*. Ch. 1.

⁵⁹ *Hepple B. Discrimination and Equality of Opportunity – Northern Irish Lessons // Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 10. 1990. No. 3. P. 408–421, 411.

⁶⁰ *Johnson v. California*, 543 U.S. 499 (2005).

⁶¹ *Powers v. Ohio*, 499 U.S. 400, 410 (1991).

и иерархии, чем равенства⁶⁶. Только настаивая на том, что у всех одинаковая моральная ценность, мы можем обосновать равное беспокойство и уважение для каждого. Это доказывает, что равенство играет независимую роль, более высокую, чем достоинство. Фактически мы снова стоим перед вопросом: равенство чего? В этом случае наш ответ — «равное достоинство».

В любом случае понятие достоинства открыто для разнообразных интерпретаций, даже с противоположными результатами⁶⁷. Примером может служить рассмотренное Конституционным судом ЮАР дело *Hugo*⁶⁸. Это дело затрагивало помилование, данное Президентом Манделой всем женщинам-заключённым, у которых были маленькие дети. Президентское помилование было оспорено мужчиной-заключённым, единственным опекуном своих маленьких детей, как дискриминационное на гендерном основании. Суд отклонил иск. Согласно судьё Голдстоуну, «президентский акт мог лишить отцов возможностей, которое предоставил матерям, но нельзя утверждать, что он фундаментально затронул их право на достоинство или чувство равноценности»⁶⁹. Напротив, для судьи Криглера исходное допущение, согласно которому женщины — главные опекуны детей, составляло угрозу их достоинству. Он указал в особом мнении: «Один из способов, которым люди получают равное достоинство и уважение, — это стремление к защите основного выбора, который они делают в связи с собственной идентичностью. Опора на обобщение, согласно которому о детях заботятся прежде всего женщины, ущербна, поскольку это может парализовать и пресечь попытки как мужчин, так и женщин свободно формировать свою идентичность...»⁷⁰ Здесь достоинство интер-

претируется по крайней мере тремя способами: как защита чувства собственной ценности, как защита основных моментов выбора, которые делают люди, и как защита людей от вредных стереотипов. В рамках концепции достоинства нет специальных оснований выбрать какую-либо одну из этих формулировок.

Использование концепции достоинства в применении к равенству на практике оказалось крайне проблематичным⁷¹. В нескольких юрисдикциях суды стремились рассматривать достоинство как независимый элемент права, связанного с дискриминацией, требуя от истца доказательства не только применения к нему негативных факторов, но и того, что это демонстрирует неуважение к нему как к человеку. Мы уже видели, что в южноафриканском деле *Hugo*⁷² Суд счёл, что, хотя истцу и не дали возможности, доступной женщинам, нельзя утверждать, что это затронуло его право на фундаментальное чувство достоинства или собственной ценности. Эта же опасность была продемонстрирована и в Верховном суде Канады, который счёл, что доказательство негативного фактора на основании некоторой характеристики, дискриминация по которой закреплена, само по себе не составляет дискриминации, если истец не докажет дополнительно, что этот негативный фактор означал, что общество рассматривает его как менее ценного, чем других⁷³. Так, в деле *Gosselin*⁷⁴ выгодополучатели социальных выплат моложе тридцати лет получали существенно меньший доход, чем те, кто старше тридцати, если только последние не участвовали в некоторой специальной трудовой деятельности или образовательной программе. При значительной нехватке рабочих мест многие молодые люди, включая истца, пребывали в сильной нищете. Истец утверждал, что это составляет дискриминацию по признаку возраста, в нарушение гарантий равенства, изложенных в § 15(1) канадской Хартии. Однако Суд большинством своего состава постановил, что «положение о различных изначальных объёмах де-

⁶⁶ См.: *Hennette-Vauchez S. A Human Dignitas? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence // International Journal of Constitutional Law. Vol. 9. 2011. No. 1. P. 32–57; McCrudden C. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights // European Journal of International Law. 2008. Vol. 19. No. 4. P. 655–724.*

⁶⁷ См.: *Feldman D. Human Dignity as a Legal Value: Part I // Public Law. Vol. 44. 1999. P. 682–702; McCrudden C. Op. cit.*

⁶⁸ *President of the Republic of South Africa v. Hugo (CCT11/96)*, [1997] Z.A.C.C. 4 (S. Afr.).

⁶⁹ *Ibid.* § 47.

⁷⁰ *Ibid.* § 80.

⁷¹ См.: *Albertyn C., Goldblatt B. Op. cit.*

⁷² *President of the Republic of South Africa v. Hugo*, (CCT11/96) (S. Afr.).

⁷³ См.: *Law v. Canada*, [1999] 1 S.C.R. 497 (Can.); *Gosselin v. Quebec*, [2002] 4 S.C.R. 429 (Can.).

⁷⁴ *Gosselin v. Quebec*, [2002] 4 S.C.R. 429 (Can.).

нежной помощи каждой из этих двух групп не указывает, что достоинство одной группы ставится выше достоинства другой»⁷⁵. Таким образом, иск был отклонён. В удивительно похожем ответе в британском деле *Reynolds*, рассматривавшемся Палатой лордов, лорд Роджерс заявил: «Нет сомнений, что соответствующие положения, поддержанные парламентом, осознанно дают меньше преимуществ тем, кто моложе 25 лет. Но это не потому, чтобы разработчики социальной политики обращались с людьми моложе 25 лет как с менее ценными членами общества»⁷⁶.

Теперь эта проблема признана и канадским судом. В знаменитом деле 2010 года *R. v. Kapp*⁷⁷ Суд признал, что «попытка использовать человеческое достоинство как правовой тест... привела к нескольким сложностям. Несомненно, человеческое достоинство является существенной ценностью, подлежащей гарантии в силу § 15 о равенстве. Действительно, защита всех прав, гарантированных Хартией, важнейшим ориентиром полагает обеспечение человеческого достоинства... Но, как указывали критики, человеческое достоинство — это абстрактное и субъективное понятие, которое для заявителей в делах по поводу равенства... оказалось дополнительным бременем, а не выстроенной на философском основании опорой, как это изначально предполагалось»⁷⁸.

Это даёт веские основания предполагать, что право на равенство нельзя просто свести к праву на достоинство.

5. Содержательное равенство: четырёхмерная концепция

В этом разделе, на основании осмысления ряда проблем, рассмотренных выше, я иначе помещаю в контекст право равенства, формулируя четырёхмерную систему координат намерений и целей. Во-первых, право на содержательное равенство должно стремиться компенсировать негативные факторы. Во-вторых, оно должно бороться с предрассудками, стигматизацией, стереотипами, унижениями и насилием на основании защищённой

законом характеристики. В-третьих, оно должно обеспечивать голос и участие в борьбе как с политической, так и с социальной изоляцией. Наконец, в-четвёртых, оно должно аккомодировать различия и достигать структурных изменений.

Этот четырёхмерный подход экстраполирован из существующих пониманий права и проецирован на содержательное равенство. Первые два измерения, негативный фактор и стигматизация или стереотип, очевидно, присутствуют в практике канадских и южноафриканских судов. Верховный суд Канады обобщил свою позицию в деле *Withler*, слушавшемся в 2011 году⁷⁹. Ссылаясь на содержательное равенство как на «вдохновляющую норму»⁸⁰ права на равенство в Хартии, Суд постановил, что при определении, нарушено ли содержательное равенство, вопрос должен стоять так: «Учитывая все релевантные факторы, закрепляет ли оспариваемая мера негативные факторы и стереотипизирует ли группу, к которой принадлежит заявитель?»⁸¹ Аналогично, в раннем деле Конституционного суда ЮАР *Brink v. Kitshoff*⁸² судья О’Риган, присоединяясь к решению большинства, отождествил цель конституционного права на равенство с исправлением шаблонов, ведущих к неравенству. В последующих делах Суд фактически поставил в самый центр права на равенство понятие достоинства. Однако ни в той, ни в другой юрисдикции отношение между достоинством и фактическим неравенством, равно как и способы разрешения напряжения между ними, не были эксплицитно сформулированы. Измерение, связанное с участием, было центральным при эволюции практики американских судов по расовым делам, основанной на изоляции от политического процесса «фрагментированных и замкнутых меньшинств»⁸³. И это вступает в резонанс также и с обеспокоенностью канадских и южноафриканских судов проблемами обладателей вида на жительство как неграждан⁸⁴.

⁷⁹ *Withler v. Canada* (Attorney General), [2011] 1 S.C.R. 396 (Can.).

⁸⁰ *Ibid.* § 2.

⁸¹ *Ibid.* § 3.

⁸² *Brink v. Kitshoff* (CCT15/95), [1996] Z.A.C.C. 9 § 42 (S. Afr.).

⁸³ *Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

⁸⁴ См.: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143 (Can.); *Khosa and Mahlaule v.*

⁷⁵ *Gosselin v. Quebec*. § 61.

⁷⁶ [2005] UKHL 37 § 45.

⁷⁷ *R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483 (Can.).

⁷⁸ *Ibid.* § 21–22.

В США, Канаде и Великобритании изменение, связанное с трансформацией, выросло из необходимости смягчения проблем неравенства для религиозных меньшинств и лиц с ограниченными возможностями, и эта аккомодация разрабатывается⁸⁵. А в Великобритании это возникло также из необходимости заботиться о развитии равенства возможностей⁸⁶. Как мы уже говорили, четырёхмерная система координат укоренена в существующих пониманиях, экстраполирует то, что уже имплицитно присутствует в подходах к содержательному равенству судов и других национальных и международных органов принятия решений. Если свести эти имплицитные способы понимания в единый многомерный формат, то, как мы считаем, получившийся синтез продвигает подход к пониманию содержательного равенства таким образом, чтобы тот мог лучше отвечать на явления реальной социальной несправедливости.

Одним из плюсов многомерного подхода к содержательному равенству является то, что он позволяет нам подойти к взаимодействию между различными сторонами неравенства. Философы и политологи стремятся обращать внимание на распределительное неравенство⁸⁷, в то время как юристы, занимающиеся проблемой дискриминации, рассматривают право на равенство прежде всего как инструмент для борьбы против предрассудков и стереотипов, а распределительное неравенство считается сферой разработчиков политического курса⁸⁸. В нашей статье утверждается, что в пределах поля равенства важны обе концепции, но ни одна из них не охватывает всего поля. Столь же важно учитывать неравенство в представительстве, равно как и структурные препятствия обеспечения равенства. Более того, надо изучить способы их взаимодействия и найти к ним подход. Эти взаимодействия не всегда гармоничны. Но

мы утверждаем, что вместо полного исключения того или другого аспекта из права на равенство содержательный подход требует учитывать все. Тем самым становится возможно также распознавать и решать конфликты между различными аспектами. Если есть возможность того, что эти аспекты будут стремиться в разные стороны, надо искать синтез или компромисс, а не предполагать, что содержательное равенство преследует одну из этих целей за счёт полного затуманивания других. Четырёхмерный подход, таким образом, не является определением сам по себе; это аналитическая система координат, которую можно использовать для оценки и помощи в модификации политических курсов и практик наилучшего достижения содержательного равенства. Привлечь внимание ко всем измерениям, настаивать на разрешении конфликтов и создании взаимодополняющих положений может стать прогрессивным шагом в сторону гарантии того, что права, политические курсы или программы смогут быть сформулированы так, чтобы усилить содержательное равенство.

В следующем разделе мы кратко объясняем каждое измерение, а затем в новом разделе кратко поговорим о том, как эти измерения дополняют и подкрепляют друг друга и как можно разрешать конфликты между ними. Из соображений объёма статьи мы не рассматриваем вопрос о том, в какой степени существующие правовые формулы права на равенство или запрета дискриминации соответствуют очерченному здесь принципу содержательного равенства; это сделано в другом месте⁸⁹. В этой статье также не идёт речь о том, в какой степени право содержательного равенства может быть оправданным образом ограничено путём отсылки к другим правам или общественному благу; мы полагаем, что само право должно быть чётко установлено, прежде чем взвешивать его и сравнивать с другими правами и интересами.

5.1. Компенсация неравенства

Одно из ключевых преимуществ содержательного равенства по сравнению с формальным — его эксплицитно асимметричный ха-

Minister for Social Development (CCT13/03) 2004 (6) B.C.L.R. 569 (S. Afr.).

⁸⁵ См.: *U.S. Airways v. Barnett*, 535 U.S. 391 (2002); *Multani v. Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256 (Can.).

⁸⁶ См.: Equality Act 2010, § 149 (U.K.).

⁸⁷ См.: *Raz J. On the Value of Distributional Equality: Oxford Legal Studies Research Paper No. 41/2008*. P. 3.

⁸⁸ См. подробнее: *Fredman S. Redistribution and Recognition: Reconciling Inequalities // South African Journal on Human Rights*. Vol. 23. 2007. No. 2. P. 214–234.

⁸⁹ См.: *Fredman C. Discrimination Law*. Ch. 4.

ракти. Одно это уже уводит его от модели равного и одинакового отношения, которая запрещает классификацию на запретных основаниях независимо от того, поддерживает ли это группу, по отношению к которой проявляется неравное обращение, или нет. Содержательное равенство вместо этого сосредотачивается на группе, пострадавшей от негативного отношения (*disadvantage*): это скорее женщины, чем мужчины, скорее чёрные, чем белые, скорее лица с ограниченными возможностями, чем здоровые, скорее геи, чем гетеросексуалы. Женщины, этнические меньшинства, чёрные и люди с ограниченными возможностями, как правило, оказываются среди групп с наименьшими доходами, страдающих от максимального уровня безработицы, и именно они преобладают среди живущих в бедности или социальной изоляции. Таким образом, в значительной степени проблеме составляют не индивидуальный статус или групповая идентичность, а разрушительные последствия, которые сопряжены с этим статусом. В результате измерение содержательного равенства заполняет лауну между традиционной сферой антидискриминационного права и распределительным равенством, причём последнее, как мы уже говорили, рассматривается скорее как относящееся к области политического курса, чем законодательства в области прав человека.

Борьба с негативными факторами неравенства вместо стремления к нейтральности имеет несколько преимуществ. Самое важное: она устраняет возможность выравнивания по нижнему параметру; её асимметрия также означает, что возможно примирить «позитивные действия» (*affirmative action*) с правом на равенство. Такая защита, на первый взгляд нарушая принцип равного отношения, на самом деле способствует содержательному равенству и обеспечивает шаги по компенсации негативных факторов неравенства, в ущербности в правах и распределении благ отдельных групп населения. Это более твёрдая основа для поддержки «позитивных действий», чем равенство результатов. Чтобы сократить негативный фактор, результаты не должны быть равными в цифровом выражении, напротив, вопрос о том, с какого момента негативный фактор неравенства компенсируется, остаётся открытым. Действительно, этот принцип совместим с теорией

предоставления приоритетов и их очерёдности.

Однако сосредоточение на негативных факторах также несёт с собой некоторые важные проблемы. Одна из них заключается в конкретизации природы неравенства. В данном контексте неравенство прежде всего относится к социально-экономическому фактору, и право на равенство часто используется для борьбы с недостаточной представленностью дискриминируемых групп на рабочих местах, с неравной оплатой за равноценную работу, с ограничением доступа к кредитам, собственности и прочим ресурсам. Но неравенство должно включать нечто большее, чем просто неправильное и неравное распределение ресурсов. Сюда также должны входить ограничения, налагаемые властными структурами на людей из-за их статуса. А. Янг утверждает, что вместо сосредоточения на распределении материальных объектов акцент должен быть сделан на доминировании, или на структурах, которые изолируют людей от участия в определении своих действий⁹⁰. Принципиально то, что доминирование необязательно может быть приписано действиям какого-либо конкретного лица: оно формирует ограничения, являющиеся преднамеренным или непреднамеренным результатом действия многих людей⁹¹. Это особенно заметно по отношению к женщинам. Неравенство женщин нельзя охарактеризовать просто как недостаточные доходы; прежде всего оно связано с нарушением баланса власти в семье и вне её⁹². Например, как отмечает С. Чант, доход домохозяйства может не иметь отношения к бедности женщин просто потому, что те могут не иметь к этому доходу доступа⁹³.

Неравенство можно также понимать как лишение подлинных возможностей к достижению собственного ценностного выбора. Такая трактовка опирается на достижения тео-

⁹⁰ См.: *Young I. M.* Op. cit.

⁹¹ См.: *Ibid.* P. 31–32; *MacKinnon C.* *Toward a Renewed Equal Rights Amendment: Now More Than Ever.* P. 572.

⁹² См.: *Chant S.* *The “Feminisation of Poverty” and the “Feminisation” of Anti-Poverty Programmes: Room for Revision? // Journal of Development Studies.* Vol. 44. 2008. No. 2. P. 165–197, 174.

⁹³ См.: *Chant S.* *Re-thinking the “Feminization of Poverty” in Relation to Aggregate Gender Indices // Journal of Human Development.* Vol. 7. 2006. No. 2. P. 201–220, 208.

рии «способностей», разработанной Амартией Сеном⁹⁴ и Мартой Нуссбаум⁹⁵. Исходя из предпосылки, согласно которой каждый человек должен быть способен быть тем, кем хочет, и делать, что хочет, эта теория подчёркивает важность рассмотрения того, в какой степени люди фактически способны осуществлять свой выбор, а не просто иметь формальное право на это. Подход «способностей» богаче, чем равенство возможностей, поскольку включает как индивидуальную автономию, так и разнообразные потребности людей, находящихся в разном положении. Этот подход признаёт, что человек может не достичь важных для него и желаемых целей из-за социальных, экономических или физических ограничений, а также в результате воздействия политических обстоятельств⁹⁶. «То, чего люди могут добиться и достичь, определяется под влиянием экономических возможностей, политических свобод, социальных сил и базовых условий — хорошего здоровья, основного образования, наличия поощрения и воспитания инициативности»⁹⁷. Этого, однако, недостаточно, чтобы обращаться со всеми одинаково, поскольку одинаковое обращение с индивидами, которые стеснены очень разными ограничениями, может воспроизводить неравенство. Одной из функций права на содержательное равенство, таким образом, является компенсация неравенства через устранение препятствий на пути к подлинному выбору.

В то же время надо признать, что выбор сам по себе может быть проблематичным, поскольку люди часто адаптируют свой выбор к обстоятельствам. Например, женщины могут предпочитать работу с неполной занятостью, даже если эта работа нестабильна и низкооплачиваема, поскольку она позволяет совместить им заработок с уходом за детьми. Но этот выбор делается в контексте, в котором изначально считается, что основная забота о детях ложится на женщин. Тот факт, что женщины делают такой выбор, не означает, что здесь больше нет потребности во вмешательстве со стороны закона.

Содержательное равенство должно стремиться к устранению негативных явлений, связанных с неполной занятостью. Более того, существуют условия, при которых важно не только расширить диапазон доступных вариантов, но также решить проблему неравенства, привязанного к обстоятельствам, в которых, например, женщина фактически находится. Это особенно верно в случаях той или иной инвалидности, а также обязанностей по уходу за ребёнком. Эти сложности в рамках понятия неравенства наводят на мысль, что одного этого измерения содержательного равенства недостаточно. Компенсация неравенства нуждается в дополнении ещё одного измерения (борьба со стигматизацией, предрассудками и стереотипами), к которым мы теперь переходим.

5.2. Компенсация стигматизации, стереотипов и унижения

Стигматизация, стереотипы, унижение и насилие на гендерном основании, по признакам расы, ограниченных возможностей, сексуальной ориентации или иного статуса могут ощущаться независимо от относительного неравенства. Это измерение равенства апеллирует к человечности, к основам нашей человеческой природы. Равенство свойственно всем людям, независимо от их заслуг, рациональности, гражданства или принадлежности к какой-либо конкретной группе, а просто в силу того, что это люди. Людей нельзя унижать или обесценивать в силу признаков, на которые опираются расизм, сексизм, приверженцы разных форм насилия или иного предрассудка, основанного на подобном статусном основании.

Это измерение похоже на «достоинство», но пытается избежать некоторых его подводных камней. Я предпочитаю опираться не на расплывчатое и уязвимое для манипулирования определение достоинства, а на концепцию «идентификации» или «распознавания», а, стало быть, и «признания» (*recognition*), изначально разработанную Гегелем, уточнённую и развитую Фрейзер и Хоннетом⁹⁸. Эта концепция предполагает, что для нашего по-

⁹⁴ См.: Sen A. *Development as Freedom*. Oxford : Oxford University Press, 1999.

⁹⁵ См.: Nussbaum M. *Women and Human Development*. Cambridge : Cambridge University Press, 2000.

⁹⁶ См.: Ibid. P.90–91.

⁹⁷ Sen A. *Development as Freedom*. P.5.

⁹⁸ См.: Fraser N., Honneth A. *Redistribution or Recognition?: A Political-Philosophical Exchange*. London ; New York : Verso, 2003.

нимания, кто мы такие, принципиально важно, чтобы люди узнавали друг в друге себе подобных. Идентичность формируется через те способы и формы, через которые другие распознают нас, а мы распознаём других. Ошибочная идентификация или неодинаковость признания возникают в формах очернения, унижения и неспособности ценить людей. В этом объёме распознавание резонирует с дискурсом достоинства. Однако распознание и достоинство различаются, в сущности, из-за релятивистского, относительного формата первого: в ходе распознания каждый индивид рассматривается не как изолированное лицо, наделённое достоинством, а считается, что каждая индивидуальность формируется многообразными способами благодаря обществу и социальным нормам. Содержательное равенство, таким образом, может воспринимать расу и гендер как социальные конструкты. С позиций содержательного равенства пол не рассматривается как биологическая данность, и к нему подходят через социальные последствия этого фактора, фокусируясь на типах отношений между людьми. Таким образом, с позиций права на равенство можно подойти к проблемам сексуального преследования и стереотипов способами, недоступными для чистой парадигмы равного отношения. Похожий подход действует и в случае с лицами с ограниченными возможностями (инвалидам): используя измерение распознания общности и признания прав, можно сразу обратиться к социальным последствиям инвалидности, а не сосредотачиваться на ущербности представителей этой общности.

Ключевой момент этого измерения можно увидеть в деле *Brown v. Board of Education*⁹⁹. Верховный суд США сформулировал вопрос так: «Лишает ли сегрегация детей в государственных школах исключительно на основании расы, в то время как физические возможности и иные “осязаемые” факторы могут быть равными, детей группы меньшинства равных образовательных возможностей?»¹⁰⁰ Ответ был недвусмысленно положительным. А аргументация в её пользу была буквально пронизана вопросами распознания: «Отделять их от других детей одного возраста и

уровня из-за их расы — значит вызывать чувство унижения по отношению к своему статусу в сообществе, которое может сказаться на их ощущениях и мыслях так, что последствия этого устранить вряд ли удастся»¹⁰¹. Принцип распознания также противостоит расистскому, сексистскому, гомофобному и прочему насилию против защищённых групп. Отличительной чертой такого насилия является отрицание самой идентичности жертвы, её самости.

5.3. Измерение участия: социальная включённость и политический голос

Третье измерение содержательного равенства связано с участием. Право на равенство затрагивается двумя аспектами участия. Первый — политический аспект. В связи с тем, что в прошлом дискриминация или иные социальные механизмы закрывали дорогу политическому участию, участию в общественной и политической жизни конкретных меньшинств, требуются законы о равенстве, чтобы компенсировать лишённость их политического голоса и выражения мнения, а тем самым открыть пути для более широкого участия в будущем. В одном из решений Верховного суда США имелось примечание, одно из самых знаменитых примечаний в истории, гласившее, что судебное вмешательство в соответствии с гарантией равенства особо необходимо, поскольку способ, которым «предрассудок против фрагментированных и замкнутых меньшинств... способен серьёзно понижать эффективность политических процессов, на которые обычно следует полагаться при защите меньшинств»¹⁰². Основываясь на этом подходе, Джон Харт Эли разработал свою теорию «усиленного представительства», теорию судебного контроля по отношению к группам, «нужды и чаяния которых, как кажется, нисколько не интересуют избранных должностных лиц, чтобы уделять этим нуждам и чаяниям внимание»¹⁰³. Аналогично, Верховный суд Канады в деле *Andrews*

⁹⁹ Ibid. P.494.

¹⁰⁰ *Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 п.4 (1938) (мнение судьи Стоуна).

¹⁰³ *Ely J. H. Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review.* Cambridge, MA : Harvard University Press, 1980. P.46.

⁹⁹ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 428 (1954).

¹⁰⁰ Ibid. P.493.

*v. Law Society*¹⁰⁴ счёл, что гарантия равенства должна простирается на неграждан именно по той причине, что, лишённые политической власти, они уязвимы в том, что их интересами пренебрегают, а их право на одинаковую заботу и уважение нарушается. Эти формулировки призваны решить проблему отсутствия политического голоса, предоставив изолированным группам право судебного контроля, апеллирующего к праву на равенство. В качестве следующего шага можно открыть возможности для более активного участия в политической жизни путём потенциального предоставления квот в парламенте или иных эксплицитных мер достижения паритета¹⁰⁵.

Второй аспект измерения участия призван решить проблему важности сообщества в жизни отдельных людей. В отличие от универсального, абстрактного индивидуального или формального равенства, содержательное равенство признаёт, что человек в сущности социален. Быть человеком в полном смысле слова означает способность участвовать на равных правах в своём сообществе и обществе в целом. Н. Фрейзер делает особый акцент на участии, включающем перераспределение благ и признание прав, не сводя одно к другому¹⁰⁶. Х. Коллинз, в поисках оправдания отходу от принципа равного отношения, развивает понятие «социальной инклюзии» как центральное для своей концепции содержательного равенства. Подобно Янгу и Фрейзер, Коллинз разрабатывает концепцию, включающую распределение материальных благ, но им не ограничивающуюся. «Хотя... социальная включённость, как и равенство, учитывает распределение материальных благ между группами и индивидами в обществе, более фундаментальная цель включения в общество — это такой результат, который поддерживает целостность общества. Концепция социальной инклюзивности — это теория о том, каким образом общество может быть интегрированным и гармоничным. В наиболее простой формулировке теория гласит: если все

принимают полное участие в жизни общества, менее вероятно, что они будут отчуждены своим сообществом, а, напротив, будут соответствовать его социальным правилам и законам»¹⁰⁷.

Коллинз видит цель социальной включённости в том, что она несёт потенциал для принципиальной составляющей более последовательного изложения целей антидискриминационного права. Ещё одна альтернативная характеристика — «солидарность», это ценность, которая также выражена в Хартии ЕС об основных правах. К. Барнард утверждает, что солидарность требует не просто устранения препятствий в участии, но также активных мер для интеграции индивидов в социум¹⁰⁸. Важно отметить, что социальная связность, связанность общества, эксплицитно содержится в антидискриминационном законе Великобритании. Акт о равенстве 2010 года требует от государственных учреждений должным образом учитывать потребность в нормальных междрасовых отношениях¹⁰⁹.

5.4. Сглаживание различий и структурные изменения

При подходе формального равенства или «антиклассификационном» подходе гендер, раса, этничность или иной статус рассматриваются как нерелевантные. Это предполагает, что желательнее и возможно отделить человека от этих аспектов его идентичности и обращаться с ним исключительно исходя из «заслуг». Напротив, содержательное равенство признаёт, что эти характеристики могут быть ценными аспектами идентичности человека. Проблема не столько в различии *per se*, сколько в ущербе, наносимом с этим различием. Таким образом, четвёртая цель субстантивного равенства должна заключаться в уважении и сглаживании различий, устранении ущерба, но не самого различия. Это, в свою очередь, значит, что существующие общественные структуры должны быть изменены

¹⁰⁴ *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143 (Can.).

¹⁰⁵ См.: *Rubio Marin R.* A New European Parity-Democracy Sex Equality Model and Why it Won't Fly in the United States // *American Journal of Comparative Law*. Vol. 60. 2012. No. 1. P.99—125.

¹⁰⁶ См.: *Fraser N., Honneth A.* Op. cit. P.36—37.

¹⁰⁷ *Collins H.* Op. cit. P.24.

¹⁰⁸ См.: *Barnard C.* The Future of Equality Law: Equality and Beyond // *The Future of Labour Law: Liber Amicorum Bob Hepple QC* / ed. by C. Barnard, S. Deakin, G. S. Morris. Oxford ; Portland, OR : Hart Publishing, 2004. P.213—228.

¹⁰⁹ См.: Equality Act 2010, § 149 (U.K.).

для сглаживания различий, а не требовать от представителей групп-аутсайдеров подчиняться доминирующей норме. Таким образом, содержательное равенство потенциально обладает способностью к трансформации. Например, рабочее время всегда распределялось на основе презумпции, согласно которой уход за детьми происходит вне рынка труда. Женщины, которые желают присутствовать на рынке наёмного труда, должны подчиняться этой парадигме, или отказываясь рожать детей, или же оставляя детей с оплачиваемыми нянями или членами семьи. Субстантивное равенство стремится изменить подобные институты так, чтобы, например, на трудовом рынке как для матерей, так и для отцов было доступно «участвующее родительство» (*participative parenting*). Аналогично, постройки должны быть приспособлены для того, чтобы удовлетворять потребностям людей с ограниченными возможностями, а дресс-код и праздники должны учитывать этнические и религиозные меньшинства.

Как и другие аспекты содержательного равенства, структурное изменение ставит некоторые проблемы. Во-первых, требует ли смягчение различий некоторого общего структурного изменения или достаточно создавать исключения для конкретных людей, сохраняя общее правило? «Исключительный» подход вызвал критику, поскольку, как утверждают Г. Бродски и Ш. Дей, «он не оспаривает несбалансированности власти или дискурсы и формы доминирования, такие как расизм, дискриминация инвалидов и сексизм, в результате чего возникает общество, сконструированное хорошо для одних и плохо для других. “Исключительный” подход позволяет тем, кто считает себя “нормальными”, продолжать создавать институты и отношения сообразно своим представлениям и интересам, в то время как другие, если и оспаривают эту конструкцию, скорее “приспосабливаются” к ней. <...> Одним словом, устранение диспаритета носит ассимиляционистский, приспособленческий характер. Его цель сделать так, чтобы “другие” люди подходили к существующим системам»¹¹⁰.

Однако дихотомия между эксцепционализмом, установкой на исключительное отношение, и установкой на структурные изменения может быть преувеличена. Несомненно, бывают ситуации, особенно в контексте гендерной дискриминации, когда нормы следует изменить. Но в других ситуациях может быть уместным сохранить норму в целом, однако вводить особые исключения для сглаживания религиозных различий. Например, если сикхи не могут носить на стройплощадке каску из-за того, что их религия предписывает носить тюрбан, предпочтительнее создать исключение, чем полностью отвергать это правило.

Вторая проблема связана с тем, что структурное изменение может оказаться затратным и дорогостоящим. Как мы можем оправдать ожидания, что государство или частные институты покроют эти расходы? Один из ответов на этот вопрос мог бы основываться на модели правонарушения: только те, кто виновен в причинении ущерба, должны отвечать за компенсации жертве. Однако базовым допущением содержательного равенства является его способность преодолевать структурные барьеры, за которые никто не несёт персональной ответственности. Вместо поиска виновных расходы следует возложить на тех, кто в силу своего положения может инициировать перемены. Это позволяет также избежать конфронтации, которая может спровоцировать уход в глубокую оборону, а не содействие. М. Келман утверждает, что решение вопроса о том, кто несёт расходы, зависит от их сущности. Он противопоставляет «простую дискриминацию», сходную с принципом равного отношения, и требование смягчения неравенства. Поскольку «простая дискриминация» может исчезнуть после изменения субъективных пристрастий или поведения, любые заявления об устранении простой дискриминации могут быть поддержаны судом¹¹¹. Таким образом, заявление о простой дискриминации нельзя уравновесить с иными конкурирующими утверждениями. Напротив, требование аккомодации — это апелляция к социальным ресурсам, по сути своей отнюдь не бесконечным, поэтому они

¹¹⁰ Day S., Brodsky G. The Duty to Accommodate: Who Will Benefit? // Canadian Bar Review. Vol. 75. 1996. No. 3. P. 433–473, 462.

¹¹¹ См.: Kelman M. Market Discrimination and Groups // Stanford Law Review. Vol. 53. 2001. No. 4. P. 833–896, 834.

должны взвешиваться относительно других запросов¹¹². Таким образом, как утверждает Келман, претензии на смягчение неравенства всегда уязвимы со стороны утверждений о его необоснованности в том смысле, что выделенные ресурсы могли бы быть потрачены лучшим образом¹¹³.

Однако это никак не помогает понять, что же считать обоснованным. Келман, в общих чертах, подходит к этому вопросу с перспективы рыночного принятия решений. С точки зрения содержательного равенства, исходная точка должна заключаться в признании того, что вопрос отнюдь не в том, сколько тратить, а в том, кто несёт издержки. Обманчиво утверждать, что сглаживать различия или проводить структурные изменения слишком дорого, поскольку расходы приходится нести в любом случае. Статус-кво, без правового вмешательства, требует от аутсайдера платить за всё: женщины несут издержки в связи с беременностью и уходом за детьми; лица с ограниченной возможностью несут издержки в связи со своей инвалидностью, этнические меньшинства — из-за собственной культурной или религиозной приверженности. Любая цена, которую не платят государственные служащие, ложится на плечи тех, кто менее всего может её вынести. В то же время мало отмечается тот факт, что общество несёт расходы за специфические характеристики доминирующих групп, будь то мужчины, люди без ограничения физических возможностей или этническое большинство. Рабочее время, устройство зданий, религиозные или культурные памятники и одежда соответствуют нуждам доминирующих групп. Содержательное равенство имеет целью перераспределение этих расходов наиболее справедливым для всех образом. В конечном счёте, любое решение о распределении издержек надо оценивать с учётом четырёхмерной системы координат.

5.5. Многомерный подход: принцип дополнительнойности и конфликты

Рассмотрев каждое из измерений и проблемы, возникающие в связи с ними, зададимся вопросом, что же нового предлагает многомерный подход? В этом разделе мы стремим-

ся очертить, каким образом эти измерения можно использовать для взаимной поддержки и лучшего решения слабых мест каждого из подходов. Мы уже видели, что концентрация только на компенсации негативных факторов, то есть на первом измерении, недостаточна в целях оценки людей независимо от их социально-экономического положения. Необходимость в многомерном подходе дополнительно усиливается рассмотрением ещё трёх вопросов. Первый из них посвящён связи между собственно неравенством и «основаниями дискриминации», или запрещёнными дискриминационными признаками. Если бы мы отстаивали точку зрения, согласно которой основное беспокойство заключается в социально-экономическом отставании, почему бы просто на нём не сосредоточиться, независимо от его связи с гендером или другими группами-аутсайдерами, носящими дискриминирующие признаки? На этот вопрос можно можно ответить, лишь признав многомерную сущность содержательного равенства, которое борется с негативными факторами как частью общего шаблона стигмы и предрассудков, структурных барьеров и социальной изоляции. В случае если неравенство несоразмерно поражает некоторую группу, которая страдает от одного или всех других его факторов, к ней должно быть привлечено внимание сторонников права на равенство. Это также помогает ответить на вопрос, может ли социально-экономическое неравенство быть основанием для дискриминации? Социально-экономическое неравенство *per se* нужно рассматривать через призму других закреплённых законом прав и направлений политики, таких как право на социальное обеспечение. Право на равенство применяется к социально-экономическому неравенству тогда, когда оно также ассоциируется с другими измерениями неравенства и неравноправия, такими как стигматизация, отсутствие голоса или структурные факторы, которые помещают отдельных людей и их семьи в порочный круг возобновляющегося неравенства¹¹⁴.

Вторая причина, по которой устранение неравенства не может быть единственным показателем установления субстантивного равенства, является ответом на более ран-

¹¹² См.: Kelman M. Op. cit. P.853—854.

¹¹³ См.: Ibid. P.837.

¹¹⁴ См.: Ibid.

ную критику косвенной дискриминации. Это измерение поддерживает косвенную дискриминацию в том смысле, что равное обращение может разрушать неравенство в том случае, когда оно усиливает неравное положение. Однако оно не рассматривает роль оснований, связанных с бизнесом, о которых речь шла выше. Вместо этого исправление неравенства нуждается в поддержке с помощью введения четвёртого измерения, которое требует структурных перемен. Право на содержательное равенство не было бы удовлетворено такой концепцией косвенной дискриминации, которая допускала бы обоснования, связанные с бизнесом, и этим ограничивалась: это потребовало бы также изменений, которые позволили бы изолированной группе лучше соответствовать критериям работодателя. Сюда могло бы войти введение дополнительных изменений, таких как профессиональная подготовка или возможности ухода за ребёнком, либо выдвижение требований иных изменений, таких как гибкий рабочий день. Аналогично, внимание к четвёртому измерению подчёркивает важность позитивных обязательств работодателей и других предприятий принимать упреждающие меры, чтобы избежать несоразмерных или неадекватных действий (*disparate impact*). Это было признано в нескольких юрисдикциях, которые требуют доказательств, что у ответчика нет других способов достижения его цели, которые имели бы менее сильное дискриминирующее воздействие¹¹⁵.

Третья причина: при смягчении неравенства мало обращается внимания на проблему недостаточного представительства в принятии политических решений. В отличие от недостаточного представительства дискриминируемых на рынке труда или в образовании, недостаточное представительство в процессе принятия решений сложно охарактеризовать в таких же терминах, в каких описывается несправедливое распределение благ. Включение такого измерения, как участие, ставит перед нами уже другой вопрос, а именно: что следует считать участием в контексте содержательного равенства? Таким образом, мы признаём, что речь идёт не столько о распределении благ, сколько о необходимости гарантировать, что все разговоры о перспекти-

вах женщин и других дискриминируемых до кого-то доходят и воспринимаются всерьёз. Это же проливает свет и на вопрос о том, требует ли равенство строгого арифметического паритета или нет.

Аналогично, было бы ошибкой рассматривать второе измерение (стигматизация, стереотипы, предрассудки и насилие) как стоящее особняком. Это можно увидеть, снова взглянув на решение по делу *Brown v. Board of Education*. Хотя дело основывалось на стигматизации и чувстве унижения, связанном с сегрегированной сферой образования, всё это не следует отрывать от реальности и потребности в структурном изменении расовой сегрегации в учебных заведениях Америки. Марта Миноу задаётся вопросом, «нашёл ли Суд в деле *Brown* раздельное обучение рас в сущности неравным, потому что оно имело тенденцию к более низкому уровню образования или поскольку сегрегированное образование распространяло и усиливало расовую иерархию? Суд не сделал выбора из этих двух возможностей»¹¹⁶. Как показывают последствия дела *Brown* в США, простой анализ ущерба дискриминирующей идентификации и признания несправедливости без серьёзного внимания к компенсации неравенства и к структурным изменениям, таким как улучшение качества норм, регулирующих доступ к образованию, едва ли поможет достичь содержательного равенства.

Стигматизация и стереотипы могут, разумеется, прямо привести к материальным негативным последствиям, как об этом свидетельствует южноафриканское дело *Union of Refugee Women*, в котором запрет беженцам работать в частных охранных компаниях был оспорен как нарушение права на равенство согласно статье 9 Конституции. Правительство утверждало, что беженцев нельзя считать надёжными, и меньшинство состава судей сочли это несправедливым предрассудком и стереотипом. Судьи О'Риган и Мокгоро сформулировали это в своих особых мнениях так: «Исключив всех беженцев, независимо от того, могут ли они соответствовать требованиям параграфа 23(1)(d), параграф 23(1)(a) вполне ясно передаёт идею: независимо от того, могут беженцы доказать свою благонадёжность или нет, они не могут быть наняты

¹¹⁵ См. подробнее: *Fredman C. Discrimination Law.*

¹¹⁶ *Minow M. Op. cit. P.20.*

как сотрудники служб безопасности»¹¹⁷. Однако «на основе такой дискриминации на беженцев не только может быть наложено социальное клеймо, но для них могут наступить и материальные последствия»¹¹⁸.

Многомерный подход также высвечивает потенциальные конфликты между измерениями. Он требует синтеза и компромисса, а не превращения одного из аспектов конфликта в невидимый, тем самым фактически превращая его в «козырную карту», побивающую другие. Это можно увидеть, если рассмотреть крупную проблему, создаваемую четвёртым измерением, необходимостью аккомодации разницы и достижения структурных изменений. С какого момента нерационально или даже неверно смягчать различия или толерантно относиться к культурам меньшинства? Многие из подобных дилемм возникают в отношении религии. Надо ли признавать и допускать полигамию? Можно ли терпеть возращения религий против равноправия ЛГБТ или женщин? Надо ли разрешать паранджу? Женское обрезание? Как это совместимо с подходами меньшинств к религиозным праздникам, правилам приёма пищи, ритуальному забою животных? И снова разрешение этих сложных дилемм упрощается при помощи многоаспектного подхода к равенству. Таким образом, трансформационное измерение должно сосуществовать со вторым измерением, которое борется со стигматизацией, предрассудками, стереотипами и насилием. Практики, ставящие под угрозу само достоинство и человеческую природу людей, не могут считаться допустимыми и приемлемыми, их нельзя смягчить так же, как нельзя устранить дискриминирующие различия. Сексизм, расизм и гомофобия, таким образом, никакой аккомодации не подлежат. Конечно, можно вести долгую и трудную дискуссию насчёт того, являются ли определённые культурные или религиозные практики нарушением измерения, связанного с «распознаванием/опознаванием» (или идентификацией), особенно если их сторонники считают, что нет. Однако многомерная структура задаёт систему координат, внутри которой может протекать подоб-

ная дискуссия. Многомерный подход может также помочь в определении того, кто должен нести расходы за рациональную аккомодацию и устранение неравенства¹¹⁹.

Знакомые конфликты между устранением неравенства и решением проблемы стигматизации также могут быть разрешены посредством многомерной системы координат. Меры, направленные на компенсацию социально-экономического неравенства, могут сами по себе вызывать стигматизацию и другой моральный урон, основанный на идентификации инакости и её непризнании. Таким образом, внимание как к исправлению неравенства, так и к необходимости избегать стигматизации и стереотипов принципиально для гарантии того, что разработка прав на социальное обеспечение будет гармонизирована в матрице содержательного равенства. В этом можно убедиться на примере социальных прав человека, которые, хотя и предназначены для ликвидации неравенства, могут в высокой степени казаться навязанными и уничтожающими, в частности основываться на гендерных стереотипах, таких как «мужчина — это кормилец» или «женщина должна ухаживать за ребёнком». Другим доказательством может быть демонизация в современной риторике получателей социальных выплат как бездельников и туенядцев¹²⁰. Р. Листер указывает на способы стереотипизации и стигматизации чернокожих, которых в этом контексте ассоциируют с бедностью и зависимостью от социальной помощи¹²¹. Точно так же, Портер описывает «возмутительную манеру представлять бедных козлами отпущения» в Канаде, где «экономически благопо-

¹¹⁹ См.: *Kelman M.* Op. cit. P.895.

¹²⁰ Это особенно применимо к матерям-одиночкам в США, которым специально был адресован пакет социальных реформ, когда программа «Помощь семьям, имеющим на иждивении детей» (Aid to Families with Dependent Children program — AFDC), поддерживавшая прежде всего матерей-одиночек, была заменена в 1996 году программой перехода от социального обеспечения к другому плану, известному как «Рабочая программа временной помощи небеспеченным семьям» (Temporary Assistance for Needy Families — TANF). См.: *Midgley J.* Welfare Reform in the United States: Implications for British Social Policy: CASEpaper 131. London : Centre for Analysis of Social Exclusion, London School of Economics, 2008.

¹²¹ См.: *Lister R.* Poverty. Cambridge ; Malden, MA : Polity, 2004. P.64.

¹¹⁷ *Union of Refugee Women v. Director, Private Security Industry Regulatory Authority* (CCT 39/06) [2006] Z.A.C.C. 23, § 122–123 (S. Afr.).

¹¹⁸ *Ibid.* § 122.

лучные люди» рассматривают получателей социальных выплат «в неизменно негативных терминах»¹²². Отказ от борьбы с этой стигмой, с этим клеймом может подорвать как цели, так и исказить средства, предназначенные для компенсации неравенства. Например, в Великобритании бесплатный школьный обед сыграл важную роль в обеспечении питанием детей из более бедных семейств, однако исследование показывает, что 20 % детей, имеющих право на бесплатный школьный обед, этим правом не пользуются. Треть опрошенных школьников и более двух пятых родителей заявили, что не пользуются бесплатными обедами, потому что стесняются или из-за страха того, что их будут дразнить¹²³. То же можно сказать и о программах поддержки меньшинств («позитивное действие»), в рамках которых должен вестись мониторинг — не подвергаются ли стигматизации получатели этой поддержки.

Ориентация на выправление отношений неравенства также помогает нам избежать той неконструктивной роли, которую играло применение понятия достоинства в канадских и британских делах, рассмотренных выше. Раз мы учитываем оба измерения, бессмысленно говорить, как говорили судьи в делах *Gosselin*¹²⁴ и *Reynolds*, что неравное положение, испытываемое заявителями, не следует рассматривать как фактор, влияющий на их достоинство. Возникновение социально-экономического неравенства само по себе может вести к ущербу, вызванному распознаванием инакости, определением отличительных признаков¹²⁵. На это явление ясно было указано в южноафриканском деле *Khosa*¹²⁶, касавшемся законодательной меры, согласно которой пособия по уходу за ребёнком и пенсии по возрасту полагались только гражда-

нам ЮАР и которая лишала данной льготы обладателей вида на жительство. Объявляя эту меру неконституционной, как нарушение равенства, судья Мокгоро подчеркнул, что последствия такой изоляции, такого разделения носят не только социально-экономический характер. Изоляция лиц, имеющих вид на постоянное жительство, оказывает сильный стигматизирующий эффект, вселяющий в них представление, что они менее ценны и уважаемы, чем имеющие гражданство, и менее достойны социальной помощи. Лица с видом на жительство, постоянно проживающие в стране, оказываются «фактически отсечёнными в маргинальную часть общества и лишёнными того, что может быть принципиальным для возможности пользоваться другими правами, которыми их наделяет Конституция»¹²⁷.

В заключительном замечании мы коснёмся роли свободы воли, или проблемы выбора. Во время как может показаться, что обеспечение свободы воли — это цель содержательного равенства, либеральные теории выбора время от времени используются для противостояния оппонентам в процессах по поводу равенства. Претензии заявителей отвергаются на том основании, что истец может сделать выбор с тем, чтобы избежать последствий некоей политики, политического курса или практики. Таким образом, отдельные лица могут подлежать защите лишь от такого отношения (или обращения), которое наносит им ущерб или ставит в неблагоприятное положение в результате присущих им «неизменных» признаков, которые не могут измениться благодаря личным усилиям заявителей. Содержательное равенство привносит сюда ещё и признание того, что человека нельзя заставить платить неразумную цену за собственный выбор. В более общих терминах, теория способностей по А. Сену выявила различие между абстрактным выбором и реально доступными возможностями. Тем не менее, поскольку понимание свободы воли нуждается в подкреплении аргументами, требующими учёта весьма тонких нюансов, оно не рассматривается как отдельное измерение в рамках четырёхмерной системы координат. Вместо этого в предлагаемые четыре измерения надо встроить уместное понятие вспомогательного

¹²² Porter B. Claiming Adjudicative Space: Social Rights, Equality and Citizenship // Poverty: Rights, Social Citizenship and Legal Activism / ed. by M. Young, S. B. Boyd, G. Brodsky, S. Day. Vancouver : UBC Press, 2007. P.77—95, 82.

¹²³ См.: Storey P., Chamberlin R. Improving the Take Up of Free School Meals: Research Report No. 270. Thomas Coram Research Unit, Institute of Education, 2001. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/4154490.pdf> (дата обращения: 07.02.2017).

¹²⁴ *Gosselin*, [2002] 4 S.C.R. 429 (Can.).

¹²⁵ См. подробнее: Réaume D. Op. cit. P.688.

¹²⁶ *Khosa* (CCT13/03) (S. Afr.).

¹²⁷ Ibid. § 77.

средства или действия (agency). Например, необходимость устранения неравенства может быть сильнее, чем возможность имеющегося выбора, если подобный выбор ограничен этим самым неравенством или же когда оказывается, что сделанный выбор только его закрепляет. Точно так же проблемы распознавания опираются на фактические последствия, вытекающие из идентифицирующих признаков человека, независимо от того, была ли выбрана именно данная идентичность. В рамках измерения, подразумевающего трансформацию, возможно усиленное применение вспомогательного средства или действия (agency) для изменения имеющихся структур с тем, чтобы расширить диапазон доступных возможностей. Однако наличие выбора не является единственной целью, к которой следует стремиться: следует дополнительно опираться и на оценку ситуации, в которой люди оказываются независимо от этого своего выбора.

6. Выводы

В этой статье я привела доводы в пользу того, что право на равенство продолжает быть мощным источником сил для тех, кто страдает от негативных факторов несправедливости, неравенства, изоляции, игнорирования, презрения или унижения. Сложности, с которым право на равенство сталкивается, не повод для отказа от него. Вместо этого, как показывает сильная и растущая приверженность ему на международном и национальном уровне, нужен толчок для развития его в содержательных терминах, что выходит за рамки требования равного отношения и несправедливого обращения, равных возможностей, равных результатов, упрощённого эгалитаризма или обеспечения права на достоинство. И вместо этого я поэтому предлагаю развивать содержательное равенство в многомерном формате, который признаёт и пытается устранить те формы несправедливости, которые испытывают группы-аутсайдеры и которые связаны с распределением благ и прав, устойчивыми формами сознания и предрасудками, структурой неравенства и дискриминирующей изоляцией. Эти четыре измерения для понимания содержательного равенства создают сложную и динамическую концепцию права на равенство, основанную на существу-

ющих трактовках и в то же время стимулирующую его дальнейшее развитие и эволюцию. Этот подход, разумеется, не решает всех проблем, которые поднимает право на равенство. Тем не менее я надеюсь, что эта статья продолжает динамичный процесс обогащения права на равенство через обсуждение и заинтересованное участие.

Библиографическое описание:

Фредман С. Возвращаясь к вопросу о содержательном равенстве // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 1 (116). С. 37–63.

Substantive equality revisited

Sandra Fredman

Rhodes Professor of the Laws of the British Commonwealth and the USA, Oxford University; Professorial Fellow of Pembroke College, Oxford; Director, Oxford Human Rights Hub (e-mail: sandra.fredman@law.ox.ac.uk).

Abstract

The limitations of a formal interpretation of the right to equality are now well recognized. However, the meaning of substantive equality remains deeply contested. Some of scholars think that equality is an idea that should be banished from moral and legal discourse as an explanatory norm. Another part of the learned community holds that the right to equality does not go far enough. Even if equality before the law has been established, disadvantage persists, and this disadvantage tends to be concentrated in groups with a particular status, such as women, people with disabilities, ethnic minorities and others. This article argues that the right to substantive equality should not be collapsed into a single formula, such as dignity, or equality of opportunity or results. Instead, drawing on familiar conceptions, a four-dimensional approach is proposed: to redress disadvantage; address stigma, stereotyping, prejudice, and violence; enhance voice and participation; and accommodate difference and achieve structural change. This reflects the principle that the right to equality should be responsive to those who are disadvantaged, demeaned, excluded, or ignored. The four-dimensional approach is deliberately framed in terms of dimensions, to permit us to focus on their interaction and synergies, rather than asserting a pre-established lexical priority. Drawing attention to all the dimensions and insisting on building complementarities can move us positively towards furthering substantive equality. Conflicts should be addressed by referring to the whole framework, to create a synthesis rather than prioritizing. It is thus not a definition, but an analytic framework to assess and assist in modifying laws, policies and practices to better achieve substantive equality.

Keywords

substantive equality; disadvantage; discrimination; affirmative action; structural change; accommodation of difference.

Citation

Fredman S. (2017) *Vozvrashchayas' k voprosu o soderzhatel'nom ravenstve* [Substantive equality revisited]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 1, pp. 37–63. (In Russian).

References

- Albertyn C. (2007) Substantive Equality and Transformation in South. *South African Journal of Human Rights*, vol. 23, no. 2, pp. 253–276.
- Albertyn C., Goldblatt B. (1998) Facing the Challenge of Transformation: Difficulties in the Development of an Indigenous Jurisprudence on Equality. *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, no. 2, pp. 248–276.
- Barnard C. (2004) The Future of Equality Law: Equality and Beyond. In: Barnard C., Deakin S., Morris G. S. (eds.) *The Future of Labour Law: Liber Amicorum Bob Hepple QC*, Oxford; Portland, OR: Hart Publishing, pp. 213–228.
- Brodsky G., Day S. (2002) Beyond the Social and Economic Rights Debate: Substantive Equality Speaks to Poverty. *Canadian Journal Women and the Law*, vol. 14, no. 1, pp. 185–220.
- Chant S. (2006) Re-thinking the “Feminization of Poverty” in Relation to Aggregate Gender Indices. *Journal of Human Development*, vol. 7, no. 2, pp. 201–220.
- Chant S. (2008) The “Feminisation of Poverty” and the “Feminisation” of Anti-Poverty Programmes: Room for Revision? *Journal of Development Studies*, vol. 44, no. 2, pp. 165–197.
- Collins H. (2003) Discrimination, Equality and Social Inclusion. *Modern Law Review*, vol. 66, no. 1, pp. 16–43.
- Day S., Brodsky G. (1996) The Duty to Accommodate: Who Will Benefit? *Canadian Bar Review*, vol. 75, no. 3, pp. 433–473.
- Ely J. H. (1980) *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Feldman D. (1999) Human Dignity as a Legal Value: Part 1. *Public Law*, vol. 44, pp. 682–702.
- Fraser N., Honneth A. (2003) *Redistribution or Recognition?: A Political-Philosophical Exchange*, London; New York: Verso.
- Fredman S. (1994) A Difference with Distinction: Pregnancy and Parenthood Reassessed. *Law Quarterly Review*, vol. 110, no. 1, pp. 106–123.
- Fredman S. (1997) *Women and the Law*, Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press.
- Fredman S. (2002) *The Future of Equality in Britain*: EOC Working Paper No. 5, Manchester: Equal Opportunities Commission.
- Fredman S. (2006) From Deference to Democracy: the Role of Equality under the Human Rights Act 1998. *Law Quarterly Review*, vol. 122, no. 1, pp. 53–81.
- Fredman S. (2007) Redistribution and Recognition: Reconciling Inequalities. *South African Journal on Human Rights*, vol. 23, no. 2, pp. 214–234.
- Fredman S. (2011) *Discrimination Law*, Oxford; New York: Oxford University Press.
- Fredman S. (2014) Engendering Social Welfare Rights. In: Goldblatt B., Larmarche L. (eds.) *Women's Right to Social Security and Social Protection*, Oxford: Hart Publishing, pp. 19–39.
- Fredman S., Spencer S. (2006) Beyond Discrimination: It's Time for Enforceable Duties on Public Bodies to Promote Equality Outcomes. *European Human Rights Law Review*, no. 6, pp. 598–606.
- Fudge J. (2007) Substantive Equality, the Supreme Court of Canada, and the Limits to Redistribution. *South African Journal on Human Rights*, vol. 23, no. 2, pp. 235–252.
- Gardner J. (1989) Liberals and Unlawful Discrimination. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, no. 1, pp. 1–22.
- Hennette-Vauchez S. (2011) A Human Dignity? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, no. 1, pp. 32–57.
- Hepple B. (1990) Discrimination and Equality of Opportunity – Northern Irish Lessons. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, no. 3, pp. 408–421.
- Hepple B. (2011) *Equality: The New Legal Framework*, Oxford; Portland, OR: Hart Publishing.
- Kelman M. (2001) Market Discrimination and Groups. *Stanford Law Review*, vol. 53, no. 4, pp. 833–896.
- Lister R. (2004) *Poverty*, Cambridge; Malden, MA: Polity.
- MacKinnon C. (1987) *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- MacKinnon C. (1991) Reflections on Sex Equality under Law. *Yale Law Journal*, vol. 100, no. 5, pp. 1281–1328.
- MacKinnon C. (2012) Gender in Constitutions. In: Rosenfeld M., Sajó A. (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 397–418.
- McCrudden C. (2008) Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *European Journal of International Law*, vol. 19, no. 4, pp. 655–724.
- Midgley J. (2008) et al. *Welfare Reform in the United States: Implications for British Social Policy*: CASEpaper 131, London: Centre for Analysis of Social Exclusion, London School of Economics.
- Minow M. (2010) *In Brown's Wake: Legacies of America's Educational Landmark*. Oxford; New York: Oxford University Press.
- Nussbaum M. (2000) *Women and Human Development*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Parekh B. (1998) Integrating Minorities. In: Blackstone T., Parekh B. C., Sanders P. (eds.) *Race Relations in Britain: A Developing Agenda*, London: Routledge pp. 1–21.
- Parfit D. (1997) Equality and Priority. *Ratio*, vol. 10, no. 3, pp. 202–221.
- Porter B. (2007) Claiming Adjudicative Space: Social Rights, Equality and Citizenship. In: Young M., Boyd S. B., Brodsky G., Day S. (eds.) *Poverty: Rights, Social Citizenship and Legal Activism*, Vancouver: UBC Press, pp. 77–95.
- Raz J. (2009) On the Value of Distributional Equality. In: De Wijze S., Kramer M. H., Carter I. (eds.) *Hillel Steiner and the Anatomy of Justice: Themes and Challenges*, New York: Routledge, pp. 22–33.
- Réaume D. G. (2003) Discrimination and Dignity. *Louisiana Law Review*, vol. 63, no. 3, pp. 645–695.
- Rubio Marin R. (2012) A New European Parity-Democracy Sex Equality Model and Why it Won't Fly in the United States. *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, no. 1, pp. 99–125.
- Sen A. (1992) *Inequality Re-examined*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Sen A. (1999) *Development as Freedom*, Oxford: Oxford University Press.
- Siegal R. (2011) From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases. *Yale Law Journal*, vol. 120, no. 6, pp. 1278–1366.
- Storey P., Chamberlin R. (2001) *Improving the Take Up of Free School Meals*: Research Report No. 270, Thomas Coram Research Unit, Institute of Education. Available at: <https://core.ac.uk/download/pdf/4154490.pdf> (accessed: 07.02.2017).
- Westen P. (1982) The Empty Idea of Equality. *Harvard Law Review*, vol. 95, no. 3, pp. 537–596.
- Williams B. (1962) The Idea of Equality. In: Laslett P., Runciman W. G. (eds.) *Philosophy, Politics and Society. Second Series*, Oxford: Basil Blackwell; pp. 110–131.
- Young I. (1990) *Justice and the Politics of Difference*. Princeton, NJ: Princeton University Press.