

КОРЕННЫЕ НАРОДЫ И ИХ ЗАЩИТА В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

ВИГЕН КОЧАРЯН

Понятие “коренные народы” представляет собой общее обозначение большого числа различных сообществ. Помимо проблем, вообще характерных для подобного рода терминов, коренные народы, по всей видимости, не умещаются в существующие международно-правовые классификации групп населения, такие как “нации”, “народы” и “национальные меньшинства”. Сами коренные народы возражают против их квалификации в качестве национальных меньшинств и соответствующего отношения к себе. С другой стороны, Конвенция МОТ о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, специально указывает, что термин “народы” применительно к ним, не несет какой-либо смысл в отношении прав, могущих заключаться в этом термине в соответствии с международным правом¹.

Термин “коренные народы” охватывает такие разнообразные группы как кочевые племена, пересекающие при смене сезонов государственные границы, рассредоточенные народы, составляющие меньшинство в государствах, в которых они проживают, и народы, компактно проживающие на землях, принадлежавших им с незапамятных времен, и иногда даже составляющие большинство населения государства. Оценки общей численности коренных народов разнятся, но, по мнению авторитетной Независимой комиссии по международным гуманитарным проблемам (ИСИП), она равняется 200 миллионам человек, что составляет около 4% населения планеты².

Хотя коренные народы веками подвергались дискриминации, эксплуатации, лишались владений и выселялись, проблема их защиты оказалась в поле внимания международного права сравнительно недавно. Первая попытка облегчить тяжелое положение туземного населения и иных слаборазвитых социальных групп потерпела неудачу в ООН, поскольку внимание было сконцентрировано лишь на американском континенте. Более успешная попытка была предпринята в 1957 году Международной организацией труда и выразилась в принятии Конвенции о защите и интеграции коренного и другого населения, ведущего племенной и полуплеменной образ жизни в независимых странах,

¹ См. "Конвенция 169 МОТ", ст. 1, ч. 3.

² См. "Indigenous Peoples: A Global Quest for Justice" (London and New Jersey, Zed Books, 1987), p. 11.

известная как Конвенция 107 МОТ, которая вступила в силу 2 июня 1959 года. Ее основной целью была интеграция коренных народов в доминирующую культуру соответствующих государств. В последние же десятилетия была обоснована идея о том, что защита должна пониматься в смысле “охраны” и “уважения”, а не ассимиляции, которая ведет к постепенному исчезновению культуры коренных народов и, как следствие, их самих.

Несмотря на то, что необходимость специальной защиты коренных народов в настоящее время очевидна и общепризнанна, того же нельзя сказать о ее методах.

Хотя термином “коренные народы” и обозначаются довольно разнородные группы, в целом они характеризуются рядом общих признаков. Коренные народы сохранили свою собственную, отличную от других групп культуру, язык, традиции, законы и обычаи. Однако наиболее важным, пожалуй, является наличие у них определенной территориальной основы существования. Это усложняет их защиту, поскольку порождает проблему контроля над соответствующей территорией. Наконец, одно то, что коренные народы являются или, по крайней мере, именуется народами, дает основание для возникновения вопроса о самоопределении. Однако рассмотрение этого вопроса не представляется целесообразным, его теоретический анализ, пожалуй, не самый плодотворный подход к решению конкретных правовых проблем, с которыми сталкиваются коренные народы. Исследование должно осуществляться в контексте международно признанной необходимости обеспечения выживания коренных народов и должно стремиться выявить возможные способы реализации этой цели.

Изучение возможных путей и средств защиты коренных народов осуществляется в рамках Международной организации труда и Организации Объединенных Наций. До настоящего времени МОТ достигла принятия двух общих конвенций – вышеупомянутой Конвенции 107 и Конвенции 169 о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах 1989 года. Причем со вступлением в силу второй из них первая закрыта для ратификации. К проблематике защиты коренных народов непосредственное отношение имеют и ряд других международно-правовых инструментов: Конвенция по предупреждению и наказанию преступления геноцида (1948), Конвенция о рабстве (1926), Протокол о дополнении Конвенции о рабстве (1953) и Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации (1965). Эти акты нельзя считать документами, напрямую относящимися к коренным народам, однако соблюдение соответствующих обязательств объективно способствует правовой защите этих групп и их членов.

Кроме того считается обоснованной применимость к коренным народам статьи 27 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 года, хотя множество государств, где проживают коренные народы (Бангладеш, Бразилия, Китай, Эфиопия, Индонезия, Лаос, Мала-

ви, Мьянма, Намибия, Нигерия, Пакистан, Парагвай, Таиланд и США) не являются участниками указанного пакта. В любом случае эффективность применения статьи 27 для целей защиты коренных народов остается под вопросом.

Поскольку до сих пор ни одним международным соглашением не установлено общепринятого формального определения понятий “народы” и “меньшинства”, неудивительно, что не существует и универсального определения понятия “коренные народы”. Выработка дефиниций предполагает большую осторожность ввиду возможности неадекватного отражения сущности определяемых явлений при очерчивании их жестких границ, тем не менее, их значение в праве неоспоримо. Краткий обзор некоторых проблем определения “коренных народов” поможет выявить ряд их общих признаков.

В качестве отправной точки может быть рассмотрено определение, предложенное в 1983 году специальным докладчиком ООН Хосе Мартинесом Кобо, поскольку оно является одним из наиболее цитируемых: “Коренное население – это коренные общины, народности и нации, сохраняющие историческую преемственность с обществами, которые существовали до вторжения завоевателей и введения колониальной системы и развивались на собственных территориях, считающие себя отличающимися от других групп общества, преобладающих в настоящее время на этих территориях или их части. Они составляют группы общества, которые не являются доминирующими, и хотят сохранить, развивать и передать будущим поколениям территорию своих предков и свою этническую самобытность в качестве основы для продолжения своего существования как народа в соответствии со своими собственными культурными особенностями, социальными институтами и правовой системой<...> С индивидуальной точки зрения под лицом, входящим в состав коренного населения, понимается любое лицо, принадлежащее к этому коренному населению по своему самосознанию (сознание принадлежности к группе), признаваемое и принятое этим населением в качестве его члена (признание со стороны группы)”³.

Приведенное определение содержит четыре критерия, которые выявляются в большинстве других современных определений: изначальное существование (или “историческая непрерывность”), отличие культурных форм, не доминирование и самоидентификация. Если второй и третий критерии часто фигурируют также в определениях “меньшинства”, то первый менее распространен. Историческая непрерывность может относиться к одному или нескольким из следующих факторов: исконное владение землями, общее происхождение с первоначальными жителями территории, отличие культуры и языка или проживание в определенных регионах страны.

Понятие самоидентификации добавляет к объективным критериям

³ "Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations". Final report submitted by the Special Rapporteur, Mr. José Martínez Cobo, E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add.6.

субъективный элемент. Сами коренные народы стремятся сохранить за собой исключительное право определять представителей своей группы, и в большинстве современных определений коренных народов элемент самоидентификации присутствует более заметно, чем в контексте “меньшинств”. Тем не менее, в вопросе о роли этого критерия до сих пор нет единого мнения.

Критерий исторической непрерывности связан с завоеванием или колонизацией, и в результате понятием “коренные народы” не будут охвачены европейские меньшинства, такие как баски и каталонцы, а также трудящиеся-мигранты. С другой стороны, изолированные или маргинальные группы, не подвергавшиеся завоеванию или колонизации, могут претендовать на то, чтобы считаться коренными народами на основании своего исторического присутствия на данной территории, сохранения исконных обычаев и включения в государство с отличными национальными, социальными и культурными характеристиками. Так, в качестве коренных народов рассматриваются такие группы, как карены в Таиланде.

Признаком, как правило, не включаемым непосредственно в определение коренных народов, но подчеркиваемым в общих описаниях, является особое отношение коренных народов к землям, на которых они живут. Это отношение, упомянутое выше в связи с термином “территориальная основа”, имеет два аспекта: географический и духовный. В упомянутом докладе Кобо территориальная основа признается чрезвычайно важной для самого существования коренных народов, хотя прямо и не включается в их определение: “Все коренные сообщества имеют и поддерживают полный набор различных правил, применимых к владению и сохранению земли как важного фактора производственного процесса, устройства семейной жизни и территориальной основы существования своего народа как такового. В связи с отношением к земле, присутствует широкий диапазон эмоциональных, культурных, духовных и религиозных соображений. ... Земли составляют часть их существования”⁴.

Как отметил один из членов Всемирного совета коренных народов: “После расстрела второй вернейший способ уничтожить нас – это отделить нас от нашей части земли”⁵. То обстоятельство, что характерная связь коренных народов с исконно занимаемыми ими землями присуща самым разнообразным сообществам, дает основание включить этот признак в определение коренных народов наряду с четырьмя вышеуказанными критериями.

Помимо определения конкретных основополагающих признаков, характеризующих коренные народы, важным вопросом является соотношение их с понятием национальных меньшинств. С этой точки

⁴ Там же.

⁵ **Burger J.** 1990, *The Gaia Atlas of First Peoples: A Future for the Indigenous World*, Gaia Books Ltd, London, p. 122.

зрения целесообразно вновь обратиться к предложенному Капоторти определению меньшинств: “Это по сравнению с остальной частью населения государства меньшая по численности, не занимающая доминирующего положения группа, члены которой – граждане этого государства – обладают этническими, религиозными и языковыми характеристиками, отличающимися от характеристик основной части населения, и проявляют, пусть даже косвенно, чувство солидарности в целях сохранения своей культуры, своих традиций, своей религии или своего языка”⁶.

Очевидно, что большинство коренных народов вполне соответствуют приведенному определению, и по сути, мнения расходятся в вопросе об оправданности различать эти две категории. Однако сами коренные народы всегда резко противились квалификации себя в качестве меньшинств, поскольку это расценивается ими как отрицание их уникальной самобытности и права на самоопределение, признаваемого за народами, а не за меньшинствами. Действительно, представляется нелогичным не принимать во внимание систематически выдвигаемого коренными народами требования самоопределения или общепринятого в отношении к ним предиката “народы”.

Означает ли это, что коренные народы должны обозначаться общей категорией “народы”? Несмотря на известную неопределенность, существующую также и в отношении этого термина, представляется обоснованным утверждение о том, что в целом понятие “народы” содержит ряд описательных элементов (язык, культура, религия и т.д.), которые в совокупности составляют тождество группы людей. К указанному можно добавить также такие субъективные критерии, как степень сплоченности и чувство отличия соответствующих групп. В своем исследовании по вопросам права на самоопределение (1978) специальный докладчик ООН Кристеску предложил следующее определение: “Термином “народ” обозначается социальный организм, обладающий ясным тождеством и собственными характеристиками. Это подразумевает отношение к территории, даже если рассматриваемый народ был противоправно выселен с нее и искусственно заменен другим населением”⁷.

Нередко в определение народа включается указание на право самоопределения, что, однако, ведет к порочному кругу, поскольку в таком случае группа квалифицируется в качестве народа на основании признания за ней права на самоопределение, тогда как само это право, признается за группой на основании ее квалификации в качестве народа. Очевидно, что коренные народы удовлетворяют всем критериям квалификации группы в качестве народа. Более того, они соответствуют

⁶ Capotorti F. Study On The Rights Of Persons Belonging To Ethnic, Religious, And Linguistic Minorities I/E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, para. 568.

⁷ The right to self-determination - The historical and current development on the basis of United Nations instruments. United Nations publication, Sales No. E.80.XIV.3.

обоим определениям – и меньшинств, и народов. Под вопросом остается лишь возможность полно и исчерпывающе определить их общим термином “народ”.

Каков бы ни был статус коренных народов в сравнении с иными категориями или группами, общепризнанно, что глубокая связь с исконно занимаемыми ими землями – обязательное условие их благополучия и даже самого выживания; одновременно это предпосылка сохранения их культурной самобытности. То есть необходимым условием защиты коренных народов является и защита их культуры в самом широком смысле. Поэтому анализ конвенций 107 и 169 МОТ, а также Декларации ООН 1992 года требует акцента на эти два объекта защиты – земли и культуры.

С момента своего создания в 1919 году Международная организация труда занималась вопросами, связанными с защитой коренных народов. Так, еще до конвенций 107 и 169 она приняла ряд соглашений, касающихся защиты трудящихся, принадлежащих к коренным народам. Уже в 1946 году было признано существование специфических проблем коренного населения в независимых странах. На той же сессии Генеральной конференцией МОТ была единогласно принята резолюция о включении указанного вопроса в повестку организации. В последующие годы стало очевидным, что для действенного исправления сложившейся ситуации требовалось всестороннее и одновременное воздействие по целому спектру проблем, связанных с условиями жизни и труда коренного населения.

Именно это заложило основу для разработки Конвенции 107 о защите и интеграции коренного и другого населения, ведущего племенной и полуплеменной образ жизни, в независимых странах – первого международно-правового акта, направленного на защиту коренных народов. Ее качественно новый подход, выражающийся в установлении всесторонних стандартов и существенно отличающийся от традиционной для МОТ ограниченности сугубо трудовыми проблемами, породил дискуссии и возражения – соответствует ли предмет регулирования конвенции рамкам компетенции организации. Однако Генеральная конференция МОТ, основываясь на Уставе МОТ 1919 года и Филадельфийской декларации 1944 года, заключила, что, хотя предусмотренное Конвенцией 107 регулирование и выходит за рамки традиционной сферы деятельности организации, ее принятие укладывается в рамки компетенции, установленной пределов Уставом.

Несмотря на то, что ООН была вовлечена в процесс подготовки Конвенции 107, потребовалось время, прежде чем сама ООН обратилась к этой проблеме. Это произошло в 1971 году, когда Подкомиссия по предотвращению дискриминации и защите меньшинств Комиссии ООН по правам человека инициировала исследование мексиканца Хосе Мартинеса Кобо о дискриминации коренного населения⁸. Термин “дискрими-

⁸ "Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations". Final report submitted by the Special Rapporteur, Mr. José Martínez Cobo, E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add.6

нация” не вполне адекватно отражал суть проблем, ставших предметом исследования, однако по политическим соображениям было признано более целесообразным отнести эти проблемы к предотвращению дискриминации, нежели к защите меньшинств.

В 1982 году, в ответ на растущее движение в защиту коренных народов и в соответствии с рекомендациями доклада Мартинеса Кобо, подкомиссия создала рабочую группу по коренному населению. Хотя первоначально ее мандат включал в себя как исследование, так и установление стандартов, рабочая группа начала работу над проектом декларации ООН о правах коренных народов. После нескольких лет интенсивных обсуждений и консультаций в 1992 году проект⁹ декларации был представлен Подкомиссии. Однако работа над проектом продолжилась и завершилась одобрением проекта декларации Советом по правам человека в 2006 году. Декларация о правах коренных народов была принята Генеральной Ассамблеей ООН в сентябре 2007 года¹⁰.

Итак, цель Конвенции 107 заключалась в установлении правил “о защите и интеграции коренного и другого населения, ведущего племенной и полуплеменной образ жизни, в независимых странах”. Объектом особого внимания стало тяжелое положение населения, еще не интегрированного в соответствующие национальные сообщества, в которых оно проживало и “социальное, экономическое и культурное положение которого часто мешает ему пользоваться эффективно и в полной мере теми правами и преимуществами, которыми пользуются другие группы населения”.

В Конвенции делается особый упор на такие понятия, как защита и интеграция, которые презюмируются взаимосвязанными и не противоречащими друг другу. Предусмотренное Конвенцией регулирование, в частности, ориентировано на повышение уровня развития коренных народов до уровня остальной части населения. Применительно к интеграции коренного населения Конвенцией установлено два ограничения – “исключается применение силы или принуждения с целью интеграции заинтересованного населения в общегосударственный коллектив”, а также не допускаются меры по “искусственной ассимиляции заинтересованного населения”.

Предусмотренная конвенцией защита выражается в двух формах – временной и длительной. Первая, ограниченная во времени, применяется, когда необходима “особая защита”, и остается в силе, пока таковая необходима. Подобная необходимость существует “до тех пор, пока социально-экономическое и культурно-бытовое положение заинтересованного населения не позволит ему пользоваться преимуществами общего законодательства страны, в состав которой оно входит”. В подобной

⁹ UN Doc. E/CN.4/1993/29, Annex 1.

¹⁰ “За” проголосовали 143 государства, “против” – 4 (Австралия, Канада, Новая Зеландия и США), воздержались – 11 (Азербайджан, Бангладеш, Бутан, Бурунди, Колумбия, Грузия, Кения, Нигерия, Российская федерация, Самоа и Украина). 34 государства не приняли участия в голосовании.

ситуации институты коренного населения должны защищаться посредством принятия особых мер, однако, по достижении коренным населением соответствующего уровня, сохранение этого вида защиты расценивалось как “продление состояния сегрегации”. Еще одна форма временной защиты может быть охарактеризована как “позитивные действия”, направленные на прогресс интеграции¹¹: они предусмотрены до достижения равенства между коренными народами и общегосударственным коллективом.

Длительная форма защиты предусматривала соблюдение принципа недискриминации и сочеталась с обязательством проводить меры просветительного характера среди населения для искоренения возможных предубеждений по отношению к коренному населению¹².

Конвенция применялась, в частности “к лицам, входящим в состав населения, ведущего племенной или полуплеменной образ жизни в независимых странах, и рассматриваемым как коренное население ввиду того, что они являются потомками жителей, населявших страну или географическую область, частью которой является эта страна, во времена ее завоевания или колонизации, и независимо от своего правового положения ведущим образ жизни, более соответствующий социально-экономическому и культурному строю тех времен, чем строю страны, в состав которой они входят”¹³.

Из приведенной формулировки ясно, что конвенция применяется именно к конкретным лицам, входящим в состав коренного населения, что полностью соответствует нацеленности конвенции на их интеграцию в общегосударственный коллектив, поскольку этой цели значительно легче достигнуть в отношении отдельных лиц, нежели всего “населения”. Еще один примечательный аспект процитированной формулировки состоит в том, что коренные народы здесь, как и во всей конвенции, именуются “населением”.

За коренным населением конвенция признает также право коллективной или индивидуальной собственности на находящиеся в его исконном владении земли¹⁴. Тем не менее, коренные народы могут выселяться с занимаемых ими издавна земель в случае осуществления предусмотренных национальным законодательством мер по охране государственной безопасности, обеспечению экономического развития страны или по охране здоровья¹⁵. Выселение подлежит компенсации предоставлением земель, по меньшей мере равнокачественных ранее занимавшимся, достаточных для удовлетворения насущных нужд населения в настоящее время и для обеспечения его дальнейшего развития¹⁶. В случаях, когда возможно предложить переселенцам другую

¹¹ См. Конвенция 107 МОТ, ст. 17, ч. 3.

¹² Там же, ст. 25.

¹³ Там же, ст. 1, ч. 1, п. “б”.

¹⁴ Там же, ст. 11.

¹⁵ Там же, ст. 12, ч. 1.

¹⁶ Там же, ст. 12, ч. 2.

работу и при условии, что заинтересованные лица предпочитают получить возмещение деньгами или натурой, им предоставляется такая компенсация с соблюдением надлежащих гарантий¹⁷.

Конвенция не содержит каких бы то ни было положений, предусматривающих автономию для коренных народов. Как указывалось выше, защита, предусмотренная конвенцией институтам и собственности коренных народов, являлась временной (до завершения их интеграции в общегосударственный коллектив). Согласно конвенции ценности и институты коренного населения могут быть заменены с согласия заинтересованных групп¹⁸. Кроме того, указанному населению предоставлено право сохранения лишь тех его обычаев и институтов, которые были бы совместимы с общегосударственным правопорядком и целями программ интеграции¹⁹. При рассмотрении преступлений и проступков, совершаемых входящими в состав коренного населения лицами, принятые коренным населением методы социального распорядка подлежат применению либо соответственно его обычаи в ведении уголовных дел должны учитываться органами власти и судебными учреждениями лишь постольку, поскольку это было бы совместимо с интересами общегосударственного коллектива и с правопорядком страны²⁰.

Одновременно с Конвенцией 107 МОТ была принята Рекомендация 104 о защите и интеграции коренного и другого населения, ведущего племенной и полуплеменной образ жизни, в независимых странах. Как правило, рекомендации МОТ дополняют конвенции и устанавливают руководящие принципы по их применению, не обладая при этом обязательной силой.

Рекомендация 104 не содержит общих принципов политики в отношении соответствующего населения и непосредственно обращается к конкретным предметам регулирования, таким как земельная собственность, профессиональное обучение, кустарное производство и сельские ремесла, социальное обеспечение и здравоохранение и т.п. Главное дополнение к положениям о земельной собственности Конвенции 107 МОТ заключается в том, что «должны проводиться законодательные или административные меры для урегулирования различных существующих *de facto* или *de jure* положений, на основании которых заинтересованное население пользуется землей»²¹. Указанные меры, в частности, выражаются в ограничении прямой или косвенной аренды принадлежащих коренным народам земель физическими или юридическими лицами, не входящими в его состав, а равно и заклада земли в пользу таких лиц²². Кроме того, коренным народам «должен обеспечиваться земельный резерв, пригодный для применения подсечной системы земледелия до

¹⁷ Там же, ст. 12, ч. 2.

¹⁸ Там же, ст. 4, п. «б».

¹⁹ Там же, ст. 7, ч. 2.

²⁰ Там же, ст. 8.

²¹ «Рекомендация 104 МОТ» ст. 2.

²² Там же, ст. 5, ч. 1, ст. 6.

тех пор, пока не будет введена более совершенная система обработки земли»²³.

Ряд соображений привел к решению о пересмотре Конвенции 107. В качестве основных факторов, вызвавших это решение, могут быть названы, в частности, откровенно покровительственный язык в отношении коренных народов, употребляющийся в Конвенции 107 (такие обороты, как «менее высокая стадия развития»), а также объективное устаревание ее направленности на прогрессивную интеграцию коренных народов. Конвенция 107 была ратифицирована лишь 27 государствами, однако, что более важно, ее цель более не отвечала запросам коренных народов, озвучиваемым с трибун многочисленных создаваемых организаций, представляющих их интересы. Они, в частности, не желали именоваться «населением» предпочитая термин «народы». Кроме того, они, естественно, не стремились к ассимиляции, в ряде случаев приводившей к прямой ликвидации культуры коренных народов и, как следствие, их самих. В целях обеспечения сохранения культуры коренных народов важнейшим приоритетом является защита ее территориальной основы – земель, которые эти народы традиционно занимают. Для этого, прежде всего, необходима идентификация указанных земель, тогда как Конвенция 107 не содержала соответствующих положений, равно как и положений о неудовлетворенных претензиях в отношении земель, прежде принадлежавших коренными народам. Конвенция не содержит и правил, которые могли бы помочь в разрешении подобных требований и споров.

В итоге 27 июня 1989 года МОТ приняла Конвенцию 169 о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах, которая вступила в силу 5 сентября 1991 года. Как отмечал один из исследователей, она стала «центральным звеном современного режима защиты коренных народов»²⁴. В настоящее время ее ратифицировали 22 государства, большинство из которых представляют Латинскую Америку²⁵.

В преамбуле Конвенции 169 говорится о необходимости принятия новых международных норм по данному вопросу в целях устранения ориентации на ассимиляцию, содержащейся в ранее действовавших нормах. Также признается стремление коренных народов контролировать их собственные институты, их образ жизни и экономическое развитие, а также сохранить и развивать свою самобытность, язык и религию. В отличие от Конвенции 107, центральными понятиями нового документа являются охрана и участие (то есть участие соответствующих народов в принятии касающихся их решений и политики)²⁶. По-прежнему отводит-

²³ Там же, ст. 3, ч. 1.

²⁴ **James Anaya**, *Indigenous Peoples in International Law* (New York: Oxford University Press, 2004). (2d ed.), p. 58.

²⁵ Конвенция ратифицирована Аргентиной, Боливией, Бразилией, Венесуелой, Гватемалой, Гондурасом, Данией, Доминикой, Испанией, Колумбией, Коста-Рикой, Мексикой, Непалом, Нидерландами, Никарагуа, Норвегией, Парагваем, Перу, Фиджи, Эквадором.

²⁶ См. "Конвенция 169 МОТ", ст. ст. 6 и 7.

ся важное место принципу недискриминации²⁷, а сама конвенция распространяется как на “народы, ведущие племенной образ жизни”, так и на “коренные народы”, то есть “народы в независимых странах, которые рассматриваются как коренные ввиду того, что они являются потомками тех, кто населял страну или географическую область, частью которой является данная страна, в период ее завоевания или колонизации или в период установления существующих государственных границ, и которые, независимо от их правового положения, сохраняют некоторые или все свои социальные, экономические, культурные и политические институты”²⁸.

В конвенции содержится дополнение: “Указание самих народов на их принадлежность к числу коренных или ведущих племенной образ жизни рассматривается как основополагающий критерий для определения групп, на которые распространяются положения настоящей Конвенции”²⁹. Знаменательно, что этот международно-правовой акт уже распространяется на “народы”, а не на лиц, входящих в их состав, что созвучно отказу от ассимиляционной направленности, присущей прежней Конвенции 107. Однако из-за включенной в конвенцию оговорки использование термина “народы” практически лишается должного значения (“использование термина “народы” в настоящей Конвенции не рассматривается как несущее какой-либо смысл в отношении прав, могущих заключаться в этом термине в соответствии с международным правом”)³⁰.

Сфера регулирования Конвенции 169 такова же, как и у Конвенции 107, – она распространяется на народы в независимых странах, таким образом, исключая из сферы своего регулирования народы, проживающие на “несамоуправляющихся территориях”, таких как Американское Самоа, Британские Виргинские острова, Гуам, Новая Каледония. и т. д.

Регулирование, предусмотренное посвященным земле разделом II Конвенции 169 значительно более детализировано, чем в Конвенции 107. Прежде всего, это выражается в признании особой важности для коренных народов территориальной основы их существования, включая коллективные аспекты связи этих народов “с землями или территориями – или с тем и другим, в зависимости от обстоятельств, – которые они занимают или используют иным образом”³¹. Из приведенной формулировки явствует, что в конвенции употребляется два различных термина: “земли” и “территории”, причем, если специального определения термина “земли” конвенция не содержит, то “территории” охватывают “всю окружающую среду районов, которые занимают или используют иным образом соответствующие народы”³².

Конвенцией 169 устанавливаются следующие возможные варианты

²⁷ Там же, ст. 2, ч. 2, п. “а”, ст. 3, ч. 1, ст. 20, ч. 2, ст. 24.

²⁸ Там же, ст. 1.

²⁹ Там же, ст. 1, ч. 2.

³⁰ Там же, ст. 1, ч. 3.

³¹ Там же, ст. 13, ч. 1.

³² См. там же, ст. 13, ч. 2.

отношения коренных народов к землям: права собственности и владения на земли, которые они традиционно занимают, а также право пользования землями, которые заняты не только ими, но к которым у них есть традиционный доступ для осуществления их жизненно необходимой и традиционной деятельности³³. Кроме того, конвенция обязывает правительства принимать меры для определения границ земель, которые традиционно занимают коренные народы, и для гарантирования эффективной охраны их прав собственности и владения³⁴. Также в рамках национальных правовых систем должны быть установлены необходимые процедуры разрешения споров по поводу земли³⁵.

Специально регулируются вопросы, связанные с природными ресурсами, относящимися к указанным землям. Права коренных народов на такие ресурсы подлежат охране посредством направленных на это специальных мер³⁶. В свете положений части 2 статьи 15 Конвенции 169 (регулирующих случаи, “когда государство сохраняет за собой собственность на минеральные ресурсы или ресурсы земных недр или права на другие ресурсы, относящиеся к землям”), из части 1 статьи 15 (о “правах соответствующих народов на природные ресурсы, относящиеся к их землям”) можно было бы заключить, что право собственности коренных народов на земли, которые они традиционно занимают, включает в себя и права на природные ресурсы. Однако подобная собственность в силу части 1 статьи 15 конвенции выражалась бы лишь в праве коренных народов “на участие в пользовании и управлении этими ресурсами и в их сохранении”. В вышеупомянутых случаях, когда государство сохраняет за собой собственность на минеральные ресурсы или ресурсы земных недр, коренные народы лишь обладают правом на то, чтобы с ними проводились консультации до начала осуществления любых программ по разведке или эксплуатации таких ресурсов, относящихся к их землям³⁷. Согласно части 2 статьи 13 конвенции, “использование в статьях 15 и 16 термина “земля” включает понятие территорий”. Таким образом, очевидно, в чем должно заключаться дополнительное значение термина “территории” в контексте статьи 15 (соответственно и статьи 16) конвенции.

Статьей 16 установлено, что коренные народы не должны выселяться с занимаемых ими земель, кроме как “если переселение указанных народов считается необходимым в виде исключительной меры”³⁸. В то же время конвенция не определяет, что именно должно пониматься под “исключительной мерой”. Несмотря на то, что подобное переселение может иметь место только при наличии свободного и сознательного согласия переселяемых народов, очевидно, что согласие не является абсолютно обязательным, поскольку конвенцией также предусмотрено, что “при

³³ См. там же, ст. 14, ч. 1.

³⁴ См. там же, ст. 14, ч. 2.

³⁵ См. там же, ст. 14, ч. 3.

³⁶ См. там же, ст. 15, ч. 1.

³⁷ См. там же, ст. 15, ч. 2.

³⁸ Там же, ст. 16, чч. 1 и 2.

невозможности получить их согласие” переселение все же осуществляется “в соответствии с установленными национальными законами должными процедурами”³⁹. В таком случае “при наличии возможности указанные народы получают право возвращения на свои традиционные земли по прекращении действия оснований, вызвавших переселение”⁴⁰. С практической точки зрения вышеприведенное положение может оказаться не более чем декларативной нормой, учитывая, что имевшие место в прошлом переселения коренных народов приводили к необратимым последствиям, по сути, губившим соответствующие земли в результате открытой разработки месторождений полезных ископаемых, строительства дамб, вырубки лесов.

Для охраны институтов, собственности, труда, культуры и окружающей среды коренных народов должны применяться специальные меры, не противоречащие их свободно выраженным пожеланиям⁴¹. Коренные народы имеют право сохранять собственные обычаи и институты, если они не противоречат основным правам, определенным национальной правовой системой, и международно-признанным правам человека⁴².

В мерах, направленных на защиту и сохранение институтов, обычаев и законов коренных народов, угадывается некий (хотя и слабый) намек на автономию. Иллюстрацией сказанного может служить, в частности, обязательство государств, чтобы обычаи коренных народов, касающиеся уголовно-правовых вопросов, принимались во внимание органами власти и судами⁴³.

Может показаться, что Конвенция 169 устанавливает право коренных народов быть отличными от других групп национального сообщества, но вместе с тем несмотря на признание указанного права⁴⁴, направленные на его обеспечение положения не содержат норм, которые позволяли бы коренным народам действовать в качестве коллектива. Так, их участие в обществе, в котором они живут, по всей видимости, ограничивается правом на участие в общегосударственных публичных делах, включая активное избирательное право, которое является индивидуальным правом, признаваемым за каждым гражданином статьей 25 Международного пакта о гражданских и политических правах. Значение указанного права невозможно переоценить, однако в основном коренные народы составляют меньшинство (за исключением Боливии и Гватемалы), что ставит под сомнение эффективность их возможного воздействия на принятие решений при отсутствии специальных механизмов, ограничивающих решения большинства в вопросах, касающихся коренных народов. К тому же простое предоставление индивидуального права на участие в общегосударственных делах, возможно, потенциально включает в себе

³⁹ Там же, ст. 16, ч. 2.

⁴⁰ Там же, ст. 16, ч. 3.

⁴¹ Там же, ст. 4, ч. 1, 2.

⁴² Там же, ст. 8, ч. 2.

⁴³ Там же, ст. 9, ч. 2.

⁴⁴ См., например, ст. 2, ч. 1, ст. 5, п. “б”.

угрозу ассимиляции. Следует также отметить, что право участия и активное избирательное право сами по себе не идут ни в какое сравнение с гарантированным представительством и, как следствие, значимым участием.

В тех случаях, когда конвенцией устанавливаются правила о проведении с коренными народами консультаций “всякий раз, когда рассматриваются вопросы о принятии законодательных или административных мер, которые могут непосредственно затрагивать их”, такие консультации должны проводиться “добросовестно <...> с целью достижения договоренности или согласия в отношении предлагаемых мер”⁴⁵. Однако, как заявил Генеральный секретарь МОТ, это не означает, что, при составлении текста Конвенции ее авторы подразумевали, что консультации обязательно должны привести к достижению договоренности или согласия.

В любом случае спорным представляется то, что признание за коренными народами права быть отличными от других групп национального сообщества в сочетании с правом на участие в общегосударственных публичных делах и в некоторых случаях права на консультации достаточно для сохранения и защиты этих народов. Иными словами, по всей видимости, указанная цель не может быть достигнута лишь посредством предоставления и защиты индивидуальных прав, тем более что необходимая и достаточная регламентация соответствующего вопроса уже предусмотрена статьей 25 Международного пакта о гражданских и политических правах.

Статьей 28 Конвенции 107 МОТ и идентичной ей по содержанию статьей 34 Конвенции 169 МОТ устанавливается, что при определении характера и масштаба мер, которые следует проводить в целях применения указанных конвенций, должна проявляться гибкость с учетом условий, характерных для каждой страны. Таким образом, в конвенции вносится элемент усмотрения, что не кажется обоснованным для норм, не предоставляющих, а лишь признающих права коренных народов. Однако в распоряжении Международной организации труда имеются детализированные специальные процедуры контроля над исполнением установленных конвенциями обязательств со стороны ратифицировавших их государств. Существует два основных вида подобных процедур: ежегодные доклады государств Международному бюро труда относительно принятых ими мер для применения конвенций, к которым они присоединились⁴⁶, а также процедура обжалования⁴⁷. Представляемые государствами доклады исследуются комитетом экспертов по применению конвенций и рекомендаций. Организации предпринимателей или трудящихся государств, ратифицировавших конвенции, также могут представлять комментарии относительно применения конвенций.

⁴⁵ См. Конвенция 169 МОТ, ст. 6, ч. 2.

⁴⁶ См. Устав МОТ, ст. 22.

⁴⁷ Там же, ст.ст. 24 – 33.

Примером практической реализации указанной возможности послужит то, как в 1970 году Колумбийская организация трудящихся привлекла внимание МОТ к преследованиям и захвату земель коренного населения области Планас.

В случае обнаружения комитетом проблем или недостатков в применении ратифицированных конвенций он может, в частности, составлять “обзоры”, публикуемые в его ежегодном докладе Международной конференции труда. Формируемый на присущей МОТ трехсторонней основе комитет конференции по применению конвенций и рекомендаций вправе на основании представлений, изложенных в докладах комитета экспертов, затребовать присутствие представителей правительств.

Уставом МОТ предусмотрены две процедуры обжалования – “представления” и подача жалоб. Следует отметить, что ни одна из них ни разу не использовалась в связи с Конвенцией 107. Представления о том, что какой-либо член МОТ не обеспечил должным образом соблюдения конвенции, участником которой он является, могут быть сделаны профессиональной организацией предпринимателей или трудящихся⁴⁸.

Процедура обжалования может быть инициализирована, в частности, делегатами Международной конференции труда. В конференции участвует по четыре представителя от каждого члена МОТ, из которых двое являются правительственными делегатами, а двое других представляют предпринимателей и трудящихся⁴⁹. При этом как в Конвенции 107, так и в Конвенции 169 отсутствуют положения, позволяющие самим коренным народам делать представления или подавать жалобы. Таким образом, коренные народы в этом отношении оказались полностью зависимы от действий делегатов Международной конференции труда.

Тем не менее, государства, которые участвуют в конвенциях, касающихся коренных народов, обязаны докладывать о мерах, принятых ими для применения этих конвенций. Этот механизм позволяет МОТ отслеживать проблемы и достижения применения соответствующих конвенций.

Однако, несмотря на важность указанных процедур, если коренные народы не смогут самостоятельно представлять жалобы, эффективность механизма защиты их прав представляется сомнительной.

Важная особенность Декларации ООН о правах коренных народов⁵⁰, принятой ГА ООН в 2007 году, заключается в полноценном признании за коренными народами права на самоопределение. При этом в документе нет определения понятия “коренные народы”, хотя за ними признаются различные права. В преамбуле Декларации после ссылки на Устав ООН, на Международный пакт о гражданских и политических правах и

⁴⁸ Там же, ст. 24.

⁴⁹ Там же, ст. 3, ч. 1.

⁵⁰ Преамбула Декларации состоит из 24 параграфов, а основная часть – из 46.

Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 года, а также на Венскую декларацию и Программу действий⁵¹ подтверждается основополагающее значение права на самоопределение всех народов. В статье 3 декларация прямо и однозначно указывает: “Коренные народы имеют право на самоопределение. В силу этого права они свободно устанавливают свой политический статус и свободно осуществляют свое экономическое, социальное и культурное развитие”. Помимо этого декларация конкретизирует право на автономию и на участие: “Коренные народы при осуществлении их права на самоопределение имеют право на автономию или самоуправление в вопросах, относящихся к их внутренним и местным делам, а также путям и средствам финансирования их автономных функций.”

Декларация признает первоочередную необходимость обеспечить выживание коренных народов: “Коренные народы имеют коллективное право на жизнь в условиях свободы, мира и безопасности в качестве самобытных народов и не должны подвергаться никаким актам геноцида или каким бы то ни было другим актам насилия, включая принудительное перемещение детей, принадлежащих к группе, в другую”⁵². Юридическая конструкция коллективного правомочия вообще используется во многих параграфах основной части декларации. Права, которыми в соответствии с декларацией, коренные народы обладают на коллективной и индивидуальной основе, включают в себя право на сохранение и развитие своей этнической и культурной самобытности, право на защиту от культурного геноцида, право владения на земли и территории, которые они традиционно занимают или используют иным образом, а также право на разрешение споров и разногласий с государствами посредством взаимоприемлемых и справедливых процедур.

Декларацией предусмотрено право коренных народов “на земли, территории и ресурсы, которыми они традиционно владели, которые они традиционно занимали или иным образом использовали или приобретали”⁵³, а также коллективное и индивидуальное право владеть, управлять и пользоваться ими. Коренные народы имеют право на полное признание их собственных законов и обычаев, систем землевладения и институтов управления ресурсами, а также на действенные меры со стороны государств, направленные на предотвращение любого воздействия на эти права.

Таким образом, право на земли включает в себе определенный элемент автономии, право на которую, в свою очередь, распространяется на вопросы, касающиеся внутренних и местных дел коренных народов,

⁵¹ См. Итоговый документ Всемирной конференции по правам человека, Вена, 1993 г., A/Conf. 157/24, p. 20.

⁵² См. "Декларация ООН о правах коренных народов от 2007 года", параграф 2 ст. 7.

⁵³ Там же, ст. 26.

включая образование, информацию, средства массовой информации, культуру, религию, здравоохранение, занятость, социальное благосостояние, традиционную и иную экономическую и управленческую деятельность, управление землями и ресурсами, окружающую среду, а также внутреннее налогообложение для финансирования указанных функций автономии. Коренные народы вправе определять структуру своих автономных институтов, а также обязанности индивидов в отношении своих общин, если они не противоречат всеобщим признанным правам человека и основным свободам. Схожее условие предусмотрено декларацией и относительно применимости обычного права и правовых систем коренных народов⁵⁴.

Предусмотренные декларацией права коренных народов на земли не включают в себя в полном объеме соответствующие права на заключенные в недрах этих земель природные ресурсы. Государства должны проводить с коренными народами добросовестные консультации и получить их свободное и осведомленное согласие до начала осуществления любых крупномасштабных проектов, в особенности разработки природных ресурсов или добычи полезных ископаемых, в целях увеличения выгод от проектов и смягчения любых неблагоприятных экономических, социальных, экологических и культурных последствий⁵⁵.

Обобщая, прежде всего, следует учитывать, что исходя из количества (хотя и небольшого) ратификаций Конвенции 107 МОТ она поныне сохраняет важное значение среди всех вышерассмотренных актов. Необходимо также отметить, что Конвенция 107 остается в силе для тех государств, которые ратифицировали ее, но не ратифицировали Конвенцию 169 МОТ⁵⁶. По-прежнему сохраняется также обязательство этих государств, представлять ежегодные доклады относительно принятых ими мер по применению конвенции. Тем не менее Конвенция 107 не отражает современную тенденцию – отказ от ассимиляции в пользу сохранения самобытности. Конвенция 169 и Декларация ООН о правах коренных народов, напротив, соответствуют указанной тенденции, хотя и в различной степени. Поэтому далее будут рассмотрены именно эти два акта с учетом, однако, что Конвенция 169 юридически обязывающий акт, тогда как Декларация ООН не порождает правовых последствий.

Как Конвенция 169, так и Декларация ООН содержат довольно осторожные формулировки – в обоих случаях предусмотренные для коренных народов права тщательно ограничиваются пределами национальных государств. Несмотря на то, что в Конвенции 169 употребляется термин “народы”, потенциальные последствия использования этого термина прямо исключаются самой конвенцией.

⁵⁴ Там же, ст. 34, ст. 40.

⁵⁵ Там же, ст. 32.

⁵⁶ См. "Конвенция 107 МОТ", ст. 36, ч. 2

Декларацией же ООН за коренными народами прямо признается право на самоопределение, хотя предпринимается попытка ограничить возможное истолкование этого признания в качестве санкционирования расчленения или нарушения территориальной целостности государств в духе Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации объединенных наций 1970 года⁵⁷.

Очевидно, что, решая проблему защиты прав коренных народов, международное сообщество встает перед двумя задачами – обеспечить их выживание и обеспечить целостность суверенных государств, в которых эти народы проживают. Поскольку объекты защиты именуется народами, а многие коренные народы обладают еще и территориальной основой своего существования, по-прежнему велико опасение дезинтеграции соответствующих государств. Поэтому в договорные обязательства или даже в декларации не включаются условия и положения, которые могли бы повлечь за собой усиление позиций коренных народов со всеми вытекающими из этого последствиями.

С другой стороны, ясно, что выживание коренных народов находится под угрозой, что обуславливает признание их коллективных прав, так как сохранение их культуры не может быть надлежащим образом обеспечено лишь предоставлением индивидуальных прав. Свидетельством этого является закрепление в Декларации 2007 года коллективного права коренных народов на самоопределение, прав на существование и на коллективную собственность в отношении земель.

Ссылки на внутреннее самоопределение, по-видимому, является компромиссом, призванным согласовать обеспечение целостности государств и выживание коренных народов. Однако в этой связи возникает вопрос о конкретном содержании права коренных народов на внутреннее самоопределение, поскольку проявления самоопределения могут варьироваться от индивидуального права на участие в принятии решений до высокой степени автономии. Сводя самоопределение к одному лишь праву на участие, игнорируется необходимость надежной защиты коренных народов от применения к ним неблагоприятных решений, принимаемых большинством населения. Эта необходимость отпадает лишь в тех странах, где коренные народы составляют большинство населения. Помимо возможности свести коллективное право на самоопределение к индивидуальному праву на участие в принятии решений, вопросы вызывает также достаточность для защиты коренных народов какой-либо формы внутреннего самоопределения, за исключением автономии.

Учитывая, что для выживания коренных народов требуется защита территориальной основы их существования, возникает вопрос о необходимости для этой цели определенной формы автономии. Однако в этой связи существует опасение создания государства в государстве как

⁵⁷ См. Декларация ООН о правах коренных народов от 2007 года, ст. 46, п.1..

следствие полного или почти полного контроля над землями. Актуальность указанного вопроса еще более возрастает в случаях, когда коренной народ составляет большинство населения какой-либо области (как, например, народность огони в Нигерии и читтаного в Бангладеш).

Право собственности коренных народов на земли могло бы быть закреплено в национальном гражданском законодательстве. Примечательно, что все употребляемые в настоящее время применительно к землям коренных народов термины (владение, пользование, собственность) преимущественно относятся к сфере частного права. Даже в странах, законодательство которых уделяет большое внимание защите права собственности, всегда сохраняется возможность экспроприации, а право частной собственности на землю не включает в себя права в отношении ресурсов недр. Так, в странах Латинской Америки недра находятся в исключительной государственной собственности, вне зависимости от права собственности на землю. Следовательно, использование применительно к землям коренных народов гражданско-правовых терминов в конечном счете благоприятствует контролю над ними и их ресурсами со стороны национальных правительств.

Для выживания коренных народов требуется больше, чем просто защита территориальной основы их существования, – необходима также защита их институтов, обычаев и законов, то есть их самобытной культуры. Проблемой, касающейся как контроля коренных народов над своими землями, так и сохранения их культуры, является возможность некоренного населения селиться на землях коренных народов (иногда его вынуждает к этому правительство). Этим не только ущемляются земельные права коренных народов, но также возникает угроза для их культуры. Некоторые компоненты культуры, в частности язык и религия, конечно, можно защитить признанием соответствующих индивидуальных прав, однако другие подобные составляющие, например, обычаи и законы коренных народов требуют совершенно иной защиты. Правовая охрана обычаев и законов коренных народов посредством предоставления (признания) индивидуальных прав человека не соответствовала бы самой логике подобных прав, поскольку они предназначены для защиты индивидуальных интересов, тогда как в данном случае объектом защиты являются коллективные интересы. В этом плане Декларация ООН о правах коренных народов – важный шаг вперед, ибо содержит множество положений, связанных с охраной культуры и институтов коренных народов и выраженных в предоставлении соответствующих коллективных прав.

ՎԻՊԵՆ ՔՈՉԱՐՅԱՆ – Բնիկ ժողովուրդները և նրանց պաշտպանությունը միջազգային իրավունքում – Հոդվածում հետազոտվում են «բնիկ ժողովուրդ» հասկացությունը, բնիկ ժողովուրդների ժամանակակից միջազգային կարգավիճակը, վերլուծության են ենթարկվում այդ ոլորտը կարգավորող միջազգային իրավական հիմնական ակտերը՝ Աշխատանքի միջազ-

գային կազմակերպության շրջանակներում կնքված 107 և 169 կոնվենցիաները և ՄԱԿ-ի 2007թ. ընդունված «Բնիկ ժողովուրդների իրավունքների մասին» հռչակագիրը: Նշված միջազգային իրավական ակտերի վերլուծությունը վեր է հանում այս ոլորտում մոտեցումների առաջադիմական զարգացումը, որը ենթադրում է բնիկ ժողովուրդների նկատմամբ ձուլման քաղաքականությունից հրաժարում և վերջիններիս արմատական շահերի պաշտպանության նպատակով նրանց կոլեկտիվ իրավունքների, այդ թվում՝ ինքնորոշման իրավունքի ճանաչում և ամրագրում:

VIGEN KOCHARYAN – *The Indigenous Peoples and Their Protection in International Law.* – The concept of “indigenous people”, the current international legal status of indigenous peoples, as well as main international instruments of the field – ILO’s The Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (No. 107), Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169) and also newly adopted United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples are discussed in the presented article. The analysis of the mentioned international documents shows the progressive development of the approaches in regard to the international legal protection of the indigenous peoples, providing anti-discrimination protection and refusal of assimilation approaches, as well as protection of cultural identity of indigenous peoples and recognition of their collective rights, including the right to self-determination.