



Постоянный форум по вопросам коренных народов**Девятая сессия**

Нью-Йорк, 19–30 апреля 2010 года

Пункты 4 и 7 предварительной повестки дня*

Права человека**Будущая работа Постоянного форума, включая
вопросы Экономического и Социального Совета
и новые вопросы****Предварительное исследование последствий для
коренных народов международно-правовой концепции,
известной как «доктрина открытия»****Представлено Специальным докладчиком***Резюме*

На своей восьмой сессии в мае 2009 года Постоянный форум по вопросам коренных народов постановил назначить Специальным докладчиком члена Постоянного форума Тоню Гоннелла Фришнер, поручив ей подготовить предварительное исследование последствий для коренных народов международно-правовой концепции, известной как «доктрина открытия», которая служила основанием для нарушения их прав человека, и представить доклад по этому вопросу Форуму на его девятой сессии.

В этом предварительном исследовании устанавливается, что доктрина открытия была официально закреплена в законодательстве и политике на национальном и международном уровнях и служит основанием для нарушения как индивидуальных, так и коллективных прав человека коренных народов. Это привело к тому, что государства предъявляли претензии и в массовом порядке присваивали земли, территории и ресурсы коренных народов. Как доктрина открытия, так и вся структура, которую мы называем доктриной господства, является результатом многовековой практически неограниченной добычи полезных ископаемых на традиционных территориях коренных народов. Это в свою очередь привело к лишению собственности и обнищанию коренных народов и к

* E/C.9/2010/1.



возникновению огромного числа проблем, с которыми они сталкиваются ежедневно.

Поскольку федеральное законодательство Соединенных Штатов Америки, касающееся индейцев, является наиболее доступным для Специального докладчика и поскольку оно служит идеальным примером применения доктрины открытия по отношению к коренным народам, в данном предварительном исследовании дается подробный анализ основной предпосылки этой системы, содержащейся в решении верховного суда Соединенных Штатов Америки по делу *Johnson's Lessee v. McIntosh* (*Арендатор Джонсона против Макинтоша*). Далее приводятся доказательства, свидетельствующие о том, что доктрина открытия, по мнению правительства Соединенных Штатов Америки, по-прежнему не утратила своей законной силы.

В заключение Специальный докладчик рекомендует созвать совещание международной группы экспертов для подробного обсуждения выводов и последствий этого предварительного исследования доктрины открытия и представления своих выводов Постоянному форуму на его ежегодной сессии. Необходимо будет провести дальнейшие исследования и обзор, чтобы установить, до какой степени и каким образом доктрина открытия и доктрина господства применяются по отношению к коренным народам во всех странах мира.

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	4
II. Будущая работа по изучению глобального характера доктрины открытия	5
III. Глобальный характер и история доктрины открытия	6
IV. Доктрина господства	10
V. Доктрина открытия и Соединенные Штаты Америки	12
VI. Terra nullius, terra nullus и решение по делу <i>Джонсон против Макинтоша</i>	16
VII. Доктрина открытия в современную эпоху	19
VIII. Заключение	23
IX. Рекомендация	24
Источники	25

Мы считаем, что принцип, провозглашенный в XV веке в качестве закона христианского мира о том, что открытие дает право на обладание суверенитетом и управление над не обращенными в христианство туземцами Африки, Азии и Северной и Южной Америки, почти в течение четырех веков признавался в качестве элемента национального законодательства [Закона народов] и что он и в настоящее время признается таковым же каждой христианской державой как в политической, так и в судебной сфере¹.

I. Введение

1. Постоянный форум по вопросам коренных народов уполномочен рассматривать вопросы, касающиеся социально-экономического развития, культуры, окружающей среды, образования, здравоохранения и прав человека коренных народов. В настоящем предварительном исследовании рассматриваются последствия для коренных народов международно-правовой концепции, известной как «доктрина открытия», которая служит основанием для нарушения их прав человека.
2. Частично данное предварительное исследование направлено на то, чтобы обратить внимание на мировоззренческие различия между коренными народами и государственными субъектами при том понимании, что уделяемое этим различиям внимание будет содействовать проведению дальнейшего диалога и более четкому пониманию между ними.
3. Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов (резолюция 61/295 Генеральной Ассамблеи, приложение) является результатом тридцатилетних усилий. В Декларации рассматриваются нарушения прав человека и другие озабоченности коренных народов, которые их представители доводили до сведения международной общественности с начала XX века в период существования Лиги Наций. Принятие Декларации позволяет четко определить коренные причины этих нарушений и беспокойств, а именно традиционное стремление государственных субъектов установить суверенную доминирующую власть над коренными народами, ссылаясь на притязания и утверждения о наличии абсолютного или верховного права на земли, территории и ресурсы коренных народов. Настоящий документ доказывает, что в основе подобных притязаний и утверждений государств об их доминирующем положении лежит доктрина открытия.

¹ Судья Джон Катрон от имени верховного суда штата Теннесси в деле *Штат против Формана*. 16 Tenn. (8 Yerg.) 256, 277 (1835). Подробности обсуждения того, каким образом решение судьи Катрона касается данного предварительного исследования, см. в пунктах 5–17 ниже.

II. Будущая работа по изучению глобального характера доктрины открытия

4. Опираясь на данное предварительное исследование, необходимо будет тщательно исследовать и рассмотреть, в какой мере доктрина открытия и доктрина господства² применяются в судебной практике и политике в Африке, Азии, Центральной и Южной Америке. В любое будущее исследование необходимо будет включить Австралию, Канаду и Новую Зеландию, поскольку эти страны вышли из имперской и колониальной истории Британской короны. Мы полностью признаем и отдаем себе отчет в том, что наши братья и сестры из числа коренных народов сталкиваются с последствиями доктрины открытия и доктрины господства в своих географических регионах. Однако, учитывая ограниченные возможности предварительного исследования, мы уделили особое внимание федеральному законодательству Соединенных Штатов об индейцах. Это предварительное исследование должно послужить образцом, определяющим направление будущих исследований в других регионах мира. Чтобы охватить семь официальных регионов, определенных Постоянным форумом, необходимо будет провести последующие исследования. В настоящем предварительном исследовании федеральное законодательство Соединенных Штатов об индейцах, на которое делаются ссылки в судебной практике других стран мира³, рассматривается в качестве типичного примера применения доктрины открытия и доктрины господства.

² Бытовавшая в Старом Свете идея собственности хорошо выражается латинским словом “dominium”, которое происходит от слова “dominus”, в свою очередь уходящее своими корнями в санскритское слово “damanus” (тот, кто подчиняет). В латинском языке слово “dominus” имеет то же самое основное значение (тот, который подчинил), что впоследствии стало означать «хозяин, обладатель, господин, собственник, владелец». Слово “dominium” приобрело от слова “dominus” значение «полноправное владение собственностью» со специальным юридическим значением безусловного права собственности (см. Lewis and Short, A Latin Dictionary (1969 ed.)). Форма “dominatio” придает этому слову значение «правление, право владения и ... одиозное вторичное значение — неограниченная власть, абсолютное владение, господство, тирания, деспотизм. Политическая власть, выросшая из собственности — владения, — на деле представляла собой господство» (William Brandon, *New Worlds for Old* (1986)). В данном предварительном исследовании термин «доктрина господства» используется именно в этом значении. Утверждения и претензии государства на «владение» и «суверенитет над» коренными народами, их землями, территориями и ресурсами несут в себе именно эти зловещие значения, которые пришли к нам из Римской империи и истории дегуманизации коренных народов. Именно в это уходят своей историей проблемы, связанные с правами человека коренных народов.

³ В своей работе “In Conquest Law” профессор Линдси Робертсон заявляет, что решение по делу *Джонсон* против *Макинтоша* «имело глобальный» характер. Он продолжает: в своем решении 1984 года по делу *Guerin v. The Queen* верховный суд Канады, например, сослался на дело *Джонсона* и заявил, что «индейцы имеют законное право занимать и владеть определенными землями, абсолютное право собственности на которые принадлежит Короне». В канадском — как и в американском — законодательстве предусматривается, что индейские племена потеряли право собственности на свои земли в силу их «открытия». Робертсон напоминает также, что высокий суд Австралии сослался на дело *Джонсон* против *Макинтоша* при вынесении удивительного заключения по делу *Mabo v. Queensland*, в котором, признав впервые требования коренных австралийцев на земли, он, тем не менее, ограничил эти требования, сославшись на одну из разновидностей «доктрины открытия». В ней также суверен европейского государства,

III. Глобальный характер и история доктрины открытия

5. То, что мы сейчас называем международным правом, прежде называлось правом народов⁴. В конце XIX века, например, исследователь международного права Томас Эрскин Холланд говорил о праве народов как о «праве христианского мира», которое было так же мало применимо к нехристианам, как и «обычное право» греческих городов... — к сообществам варваров⁵. В 1835 году судья Джон Катрон (1786–1865 годы), будучи членом Верховного суда штата Теннесси (США)⁶, официально определил «принцип» как элемент «права христианского мира», а именно, «что открытие дает право принимать суверенитет над необращенными в христианство народами Африки, Азии и Северной и Южной Америки и управлять ими». Катрон заявил, что этот принцип был признан в качестве элемента права народов «в течение почти четырех веков и что в настоящее время он также признается в качестве такового каждой христианской державой в ее политической и судебной сферах»⁷.

6. В настоящем предварительном исследовании устанавливается, что такие термины раннего международного права, как «христианский мир» и «каждая христианская держава»⁸ соответствуют терминологии, используемой в основ-

открывшего эти земли, признается владельцем преимущественного права на земли коренных народов». Однако профессор Робертсон не подвергает сомнению и не оспаривает утверждение о том, что «открытие» привело к тому, что коренные народности и народы «потеряли право собственности на свои земли». В канадском контексте в книге Томаса Айзекса “Aboriginal Law” дело *Джонсон против Макинтоша* в оглавлении книги помещено в раздел «Право собственности аборигенов». На самом деле в его книге решение по делу *Джонсон против Макинтоша* стоит на втором месте, после королевской декларации британского монарха 1763 года.

⁴ В прежние времена толкователи международного права широко применяли понятие «Закон народов». Ваттель приводит такой пример: «В случае возникновения сомнения в отношении содержания понятия «Закон народов» в настоящее время все европейские нации признают правило о том, что все должны в равной степени апеллировать и соблюдать нашу общую религию — христианство — заложившую принципы естественного права в качестве незабываемого правила толкования” (Emmerich Vattel, *The Law of Nations*). Генри Уитон приводит еще один случай, относящийся к рассматриваемому вопросу. В предисловии к третьему изданию своего труда *Elements of International Law* Уитон писал в 1845 году: «В средние века христианские государства Европы начали объединяться и признавать обязательную силу международного права, общего для всех, исповедующих ту же религию» и «... таким образом, в современной Европе закон народов происходит из двух основных источников — канонического права и римского гражданского права». В данном предварительном исследовании словосочетание — «христианские государства Европы» или «христианские народы Европы» используются в связи с тем, что они соответствуют той терминологии, которая использовалась в период развития этой доктрины.

⁵ Thomas Erskine Holland, *Studies in International Law* (Oxford: At the Clarendon Press, 1898).

⁶ Президент Эндрю Джексон назначил судью Катрона членом верховного суда Соединенных Штатов в марте 1837 года. Таким образом, Катрон был введен в состав высшего суда в системе Соединенных Штатов, куда он привнес свое влияние и мировоззрение.

⁷ См. сноску 1. Далее Катрон провозгласил глобальный характер «доктрины открытия» и «доктрины господства»: «От мыса Горн до Гудзонова залива — это единственное правило суверенной власти, которым принуждается туземный индеец. Наши требования основываются на праве принуждать к повиновению. Моралисты могут осудить это требование. Мы же отвечаем, что таков закон страны».

⁸ Понятия «христианские державы» относятся к тем государствам, которые когда-то именовались государствами — членами «семьи народов». В Новом международном

ных документах начиная с XV века. «Доктрина открытия» более правильно называется «доктрина христианского открытия».

7. Упоминание судьей Катроном «четырёх веков», прошедших до его времени, относит нас к началу XV века, когда Ватикан издал множество документов и в первую очередь папские буллы *Dum diversas* и *Romanus Pontifex*. Эти указы засвидетельствовали возникновение конфликтующих претензий христианских монархий и государств в Европе на право завоевания, суверенитета и господства над нехристианскими народами, а также их землями, территориями и ресурсами в так называемую эпоху великих географических открытий⁹.

8. В 1917 году Институт Карнеги опубликовал труд Фрэнсиса Гардинера Давенпорта “European Treaties Bearing on the History of the United States and Its Dependencies to 1648”. В этой работе дается анализ семантики так называемого открытия и доктрины господства, которому до сих пор подвергаются коренные народы в нарушение их индивидуальных и коллективных прав человека¹⁰. Как мы продемонстрируем, категория «вновь открытые земли» включает земли коренных народов, которых в различных христианских державах Европы называли нехристианами, например «язычниками», «варварами», «идолопоклонниками» и «безбожниками»¹¹.

9. Папская булла *Romanus Pontifex*, изданная в 1455 году, служит отправной точкой для понимания доктрины открытия, особенно тех исторических усилий, которые христианские монархии и государства Европы в XV и более поздних веках прилагали для получения и использования приобретенных в результате завоеваний прав и господства над нехристианскими коренными народами с целью захвата и извлечения выгоды из их земель и территорий. Общей целью этих усилий являлось накопление богатства путем неограниченной добычи ресурсов, особенно полезных ископаемых, на традиционных территориях коренных народов и народностей. Текст буллы *Romanus Pontifex* дает четкое представление о доктрине или праве открытия. Доктрина открытия и доктрина

словаре английского языка под редакцией Вебстера цитируется высказывание юриста-международника Томаса Эрскина Холланда о том, что термин «семья народов» может включать христианские народы Европы и их потомков в Америке, а также Оттоманскую империю, которая Парижским договором 1856 года была включена в «европейское сообщество». В этом заколдованном круге, на вступление в который сейчас претендует и Япония, все государства в соответствии с теорией международного права считаются равными. В том же томе приводится следующее определение: «Семья народов. Совокупность государств (первоначально — христианские народы Европы), которые в результате своего исторического развития унаследовали общую цивилизацию и придерживаются общих моральных и политических взглядов или были признаны этими государствами в качестве таковых».

⁹ См. Francis Gardiner Davenport, *European Treaties*. Цитаты, содержащиеся в пунктах 8–17 ниже, принадлежат Давенпорту.

¹⁰ «Доктрина открытия» появилась в ту эпоху, когда нехристианские народы не считались за людей. Как утверждает Генри Уитон в своей работе “Elements of International Law”, «языческие народы в других [нехристианских] частях света явились законной добычей их цивилизованных завоевателей».

¹¹ Использовались также термины «варвары» и «дикари». См. также сноски 3 и 7 выше.

господства над коренными народами и их землями, территориями и ресурсами оправдывали многовековую практику уничтожения и этноцида¹².

10. Булла *Romanus Pontifex*, написанная личным секретарем и доверенным лицом папы Николая V Пьетро да Ночето, начинается с утверждения, что этот документ надлежит «помнить вечно». Другими словами, его следовало постоянно хранить в памяти¹³. Считалось, что папа Римский имел право узаконивать и использовать «то, что, по его мнению, будет угодно Всевышнему, и с чьей помощью он может привести паству, доверенную ему Богом, в единое лоно церкви и может заручиться для них воздаянием вечного блаженства и прощения для их душ». Эти формулировки предполагают религиозное обращение, а далее в документе излагается доктрина господства, которую следует применять в отношении нехристианских земель, до тех пор неведомых западному христианскому миру.

11. В этой булле была изложена и представлена миру доктрина господства и обращения, а такие термины, как «покорять» предполагают насилие. Папа Николай заявил, что, вероятнее всего, цели Ватикана и португальского монарха будут достигнуты, «если мы окажем достойные любезности и проявим особую благосклонность к тем католическим королям и принцам, которые ... обуздают бесчинства сарацинов и других языческих врагов христианства [и] ... покорят ... их царства и обиталища, пусть даже они находятся в самых отдаленных местах, неизвестных для нас». В документе приветствуется покорение, — каких бы усилий и затрат оно ни требовало — в результате которого язычники попадают под мирское господство католических королей и принцев. Таким образом, Ватикан узаконил насильственное покорение с целью обеспечения господства и контроля — в качестве властителей — над языческими народами и овладения их землями, территориями и ресурсами.

12. Далее в булле *Romanus Pontifex* папа Николай раскрывает суть доктрины господства, когда он называет принца Генриха Португальского «истинным воином Христовым», который «наилучшим образом исполнит свой долг перед Господом», если «сможет ... подчинить ... некоторые нехристианские народы ... и проповедовать и повелеть проповедовать им неизвестное, но святейшее имя Христово»¹⁴. Применение насилия и религиозного обращения для «подчине-

¹² Для целей данного исследования понятие «этноцид» включает разрушительные последствия для народов, связанные с их изгнанием с традиционных земель и территорий в нарушение их неприкосновенности и прав человека.

¹³ Концепция «вечной памяти» совпадает с тем фактом, что папа Николай V жаловал свой дар «на вечные времена».

¹⁴ Тот факт, что термин «подчинить» означает и подтверждает доктрину господства, иллюстрируется его определением: «подчинить силой и превосходящей властью и привести в подчинение: покорить, подавить». Слово «подчиненный» означает «поставленный под контроль с помощью военной или подобной силы» (*Webster's Third New International Dictionary of the English Language Unabridged*, 1993). Тот, кто подчиняет или подчинил, занимает господствующее положение. «Господство» ставит нас в «господствующее положение в плане могущественности». И наконец, «господствующий» означает «командовать, контролировать или иметь превосходство или верховенство над всеми другими по причине превосходящей силы или власти». Томас Гоббс в своей книге «Leviathan» заявляет, что «Господство, приобретенное посредством захвата или победы в войне некоторые авторы называют *деспотическим*». Он относит это понятие к греческому слову, означающему «господин или хозяин», и говорит, что деспотическое господство — это господство «хозяина над слугой».

ния» нехристианских народов есть не что иное, как стремление к их покорению и господству над ними.

13. В папской булле говорится, что португальские мореплаватели исследовали и овладели весьма многими гаванями, островами и морями и наконец прибыли в «провинцию Гвинея» (Guinea [sic]). В результате этого португальцы «захватили некоторые острова и гавани, а также море, прилегающее к этой провинции». В конечном итоге португальские мореплаватели «вошли в устье большой реки, которую все называют Нилом». Затем они несколько лет вели войну «против [нехристианских или языческих] народов этих мест во имя указанного короля Альфонса и инфанта».

14. Далее в булле разъясняется, что в результате многолетней войны «были покорены и мирно подчинены» другие острова Западной Африки, а также «прилежащее море». Король Альфонс и принц Генрих исследовали, «приобрели и захватили эти гавани, острова и моря ... как их истинные владельцы ...» и «постановили, что никто не может осмелиться плавать в указанные провинции или торговать в их портах или ловить рыбу в море» без их патента, дозволения и выплаты пошлины. С благословения и одобрения Ватикана король Альфонс присвоил право полного контроля над «нехристианскими, или языческими» народами, а также над их землями, территориями и ресурсами. Именно подобные презумпции и притязания со стороны монархов, государств и их правопреемников на право «пожалования», «открытия», «покорения», «приобретения» и «владения» и постоянного контроля над нехристианскими коренными народами, а также над их землями, территориями и ресурсами рассматриваются в данном предварительном исследовании в качестве доктрины господства.

15. Папа Римский Николай уполномочил короля Альфонса захватить и установить контроль над нехристианскими землями, поскольку Ватикан «прежде [например, в булле *Dum diversas* 1452 года] в числе прочего даровал вышеупомянутому королю Альфонсу свободу действий и возможность¹⁵ атаковать, разыскивать, захватывать, покорять и подчинять всех сарацинов и язычников и других врагов Христовых, где бы они ни находились, а также их царства, королевства, княжества, земли и владения и все движимое и недвижимое имущество, которым они обладают и владеют, обращать их в вечное рабство и приобретать в свою собственность и в собственность его преемников королевства, царства, графства, княжества, земли, владения и имущество и [право] использовать их [это имущество] для своих целей и своей выгоды.... Эта «возможность», дарованная Ватиканом королю Альфонсу, «захватывать и присваивать» королевства, царства, княжества, владения, собственность и все движимое и недвижимое имущество является разрешением папы на принудительный захват всех земель и территорий коренных народов в указанных районах и заниматься неограниченной добычей полезных ископаемых в интересах монарха и к его выгоде. В данном контексте в нерелигиозном смысле «обращать» означает «присваивать нечестно или незаконно» то, что принадлежит другим лицам¹⁶.

¹⁵ В данном контексте слово «возможность» означает «способность делать или поступать». Таким образом, папа Николай заявил, что Святой Престол своим прежним дозволением даровал королю Альфонсу способность «оккупировать, выискивать [и] покорять».

¹⁶ *Webster's Third International Dictionary*. Оккупировать и намереваться присвоить земли других народов значит совершать акт или акты «присвоения». В словаре "Black's Law Dictionary" дается следующее определение слова «присвоение»: «Незаконное приобретение и осуществление права собственности над имуществом и личными вещами,

Чтобы придать принудительному присвоению «законный» и «правильный» характер, папа Николай объявил, что, поскольку прежде Святой Престол предоставил «возможность» заниматься подобным делом и поскольку таким образом «использовал указанную возможность», «означенный король Альфонс ... справедливо и законно приобрел и овладел и продолжает владеть этими островами, землями, гаванями и морями, и они по праву принадлежат ... указанному королю Альфонсу и его преемникам...».

16. Таким образом, булла *Romanus Pontifex* четко иллюстрирует характер современных притязаний государств на право покорения и господства в отношении коренных народов, их земель, территорий и природных ресурсов. Именно по этой причине папская булла *Romanus Pontifex* служит ярким примером, иллюстрирующим доктрину господства, лежащую в основе нарушений как индивидуальных, так и коллективных прав человека коренных народов.

17. Как уже отмечалось, «право завоевания», дарованное папой Николаем в его булле *Romanus Pontifex*, предназначено на вечные времена: «И в силу прежних и нынешних писем [папских булл], дарующих возможность, уже совершенные приобретения и все, что будет приобретено впоследствии, ... навечно по праву принадлежат и являются собственностью означенного короля и его преемников и инфанта, и что право завоевания ... принадлежало и относилось и навечно по праву принадлежит и относится к означенному королю Альфонсу, его преемникам и инфанту и никому иному. Упоминание о «преемниках» короля Альфонса означает, что права завоевания и господства договорным путем передаются между государствами Европы, известными как «семья народов». Многие современные государства являются политическими правопреемниками подобных оспариваемых прав завоевания и господства на основе доктрины открытия.

IV. Доктрина господства

18. Булла *Romanus Pontifex* — как и все другие аналогичные документы Ватикана и королевские грамоты — служит доказательством доктрины открытия, используемой христианскими государствами Европы и их преемниками на американском и других континентах для утверждения на глобальном уровне доктрины господства и ограбления земель, территорий и ресурсов коренных народов под прикрытием якобы «справедливых» и «законных» действий. Доктрина господства была признана в рабочем определении «коренных народов», предложенном в начале 1970-х годов.

принадлежащими другому человеку, право изменения их состояния или исключение прав собственника. Любое неправомерное деяние, которое лишает собственника его собственности навсегда или на неопределенное время. Неправомерное и противоправное осуществление господства и контроля над личной собственностью другого человека путем исключения или в нарушение прав собственника». С точки зрения коренных народов, притязания и действия христианских европейских держав с целью «оккупировать, захватить, покорить и подчинить их» и отобрать все их имущество «как движимое, так и недвижимое» были неправомерными и противоправными согласно правовым системам коренных народов и являлись нарушением неотъемлемых и первичных прав собственников.

Коренное население состоит из существующих потомков народов, населявших нынешнюю территорию страны целиком или частично в то время, когда лица, принадлежащие к иной культуре или имеющие иное этническое происхождение, прибыли туда из других частей мира, победили их и посредством завоевания, расселения или другими способами поставили их в недоминирующее или колониальное положение; которые в настоящее время живут преимущественно в соответствии со своими особыми социальными, экономическими и культурными обычаями и традициями, чем с институтами страны, частью которой они в настоящее время являются, в рамках государственной структуры, которая главным образом включает национальные, социальные и культурные особенности других сегментов населения, которые занимают преобладающее положение¹⁷.

19. Следующий пример прольет дополнительный свет на этот вопрос. В 1995 году Управление Верховного комиссара по правам человека опубликовало фактологический бюллетень, в приложении к которому говорится: «Коренные или аборигенные народы называются так, потому что они жили на своих землях до прихода поселенцев из других мест»¹⁸. Во фразе «до прихода поселенцев» признается, что коренные народы первоначально жили на своих собственных землях в то время, когда другой народ прибыл и заявил о своем «превосходстве с помощью завоевания, оккупации, расселения и других мер». В фактологическом бюллетене содержится также ссылка на поселенцев в качестве «вновь прибывших», которые заняли «доминирующее положение» с помощью «завоевания, оккупации, расселения или других способов». Упоминание о «доминирующем положении» и «завоевании» подтверждает историю оккупации и насильственного обложения данью.

20. В других местах этого бюллетеня также говорится о притязаниях на господство и захват земель коренных народов: «В течение всей истории человечества культура и образ жизни и даже само существование коренных народов подвергалось опасности, когда более сильные соседние народы расширяли свои территории или поселенцы из дальних мест силой захватывали новые земли». Ссылка на некоренные народы, занимающие «доминирующее» над коренными народами положение, и на «поселенцев», «силой захватывающих» земли коренных народов, подчеркивает то, в результате чего «культура и образ жизни — даже само существование — коренных народов» подвергаются угрозе. Проблемы этноцида¹⁹ и лингвицида²⁰ включены в ссылку на тот факт, что существование коренных народов подвергается угрозе со стороны монархий и государств, претендующих на «фактическое господство» над ними, их землями и территориями в нарушение индивидуальных и коллективных прав человека коренных народов.

¹⁷ См. Patrick Thornberry, *Human Rights and Indigenous Peoples* (Manchester University Press, 2002). См. также предварительный доклад Специального докладчика Комиссии по правам человека Хосе Мартинеса Кобо от 29 июня 1972 года (E/CN.4/Sub.2/L.566).

¹⁸ Fact Sheet No. 9. (Rev. 1), озаглавленный “The Rights of Indigenous Peoples”, касающийся Программы действий в рамках Международного десятилетия коренных народов мира (1995–2004 годы) (резолюция 50/157 Генеральной Ассамблеи, приложение).

¹⁹ См. сноску 12 выше.

²⁰ В данном предварительном исследовании термин «лингвицид» содержит сноску на историю выработки законов и политики и их применения в целях уничтожения языков коренных народов.

21. Специальный докладчик Комиссии по правам человека Хосе Мартинес Кобо в своем заключительном докладе о проблеме дискриминации в отношении коренного населения использовал ключевые концепции для определения и подтверждения господства в качестве контекста, обусловившего появление вопросов коренных народов:

Коренными считаются те общины, народы и нации, которые сохраняют историческую связь с теми обществами, которые развивались на их территориях в период до завоевания и колонизации, и не считают себя схожими с другими сегментами обществ, преобладающими в настоящее время на этих территориях, или частью этих обществ. В настоящее время они представляют собой недоминирующие сегменты общества и намерены сохранять, развивать и передавать будущим поколениям свои родовые территории и свою этническую самобытность как основной фактор обеспечения дальнейшего существования в качестве народов в соответствии со своими собственными культурными особенностями, социальными институтами и правовыми системами²¹.

22. В вышеупомянутом рабочем определении мы находим ту же концептуальную идею, которая упоминалась прежде. Словосочетание «до завоевания» признает завоевание территорий коренных народов. Слова «до колонизации» подтверждают наличие колониализма и колонизации, которые оказали негативное воздействие на коренные народы, их земли, территории и ресурсы. Утверждение «общества, в настоящее время преобладающие на этих территориях [коренных народов]», означает, что общества некоренных народов «оказывают большое воздействие или влияние» на коренные народы и их территории. И наконец, ссылка на то, что коренные народы «не занимают доминирующего положения», признает тот факт, что оккупировавшие их народы претендуют на господство над коренными народами в нарушение их индивидуальных и коллективных прав человека.

V. Доктрина открытия и Соединенные Штаты Америки

23. В этом разделе мы подробно рассмотрим федеральное законодательство Соединенных Штатов, касающееся индейцев, которое является идеальным примером применения доктрины открытия и доктрины господства в отношении коренных народов и народностей. Эти сведения продемонстрируют масштабы, в которых национальное законодательство, особенно законодательство о праве собственности, по отношению к коренным народам опиралось и продолжает опираться на доктрину открытия и доктрину господства²².

²¹ «Исследование проблем дискриминации в отношении коренного населения» (E/CN.4/Sub.2/476 и добавления; E/CN.4/Sub.2/1982/2 и добавления; E/CN.4/Sub.2/1983/21 и добавления; можно ознакомиться на веб-сайте www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/spdaip.html).

²² В федеральном законодательстве США, касающемся индейцев, доктрина господства обычно именуется «доктриной полной власти». В рамках Конституции Соединенных Штатов Америки регламентация отношений правительства с американскими индейцами относится исключительно к компетенции федерального правительства, а не правительства штатов. Полномочия конгресса по принятию законодательства, касающегося вопросов американских индейцев, часто именуются «полновластными полномочиями конгресса». В

24. Федеральная законодательная система Соединенных Штатов, касающаяся индейцев, включает тысячи законодательных актов, внушительный свод судебных прецедентов, сотни договоров, как ратифицированных, так и нератифицированных, а также свыше двух веков развития федеральной политики в отношении индейцев²³. Однако настоящее предварительное исследование доктрины открытия будет сосредоточено исключительно на концептуальной отправной точке или допущении, что вся система в целом заключена в решении Верховного суда Соединенных Штатов по делу *Джонсон против Макинтоша*²⁴.

25. Основа федеральной законодательной системы, касающейся индейцев, стала даже еще более спорной в последние годы из-за недавно обнаруженных фактов мошенничества в случае с делом *Джонсона*. Это дело было сфабриковано, что стало результатом сговора между двумя сторонами для «внешнего эффекта»²⁵. В 1774 и 1775 годах, соответственно, Иллинойская компания и компания «Вабаш лэнд» приобрели земли непосредственно у племен иллинойских индейцев и индейцев пианкешо в нарушение запрета, наложенного Британской короной на приобретение таких земель в соответствии с королевским указом 1763 года. Эти земли в обоих случаях были приобретены у двух свободных и независимых индейских племен непосредственно перед подписанием Декларации независимости и началом революционной войны между недавно образованными Соединенными Штатами Америки и Великобританией. Примерно через 50 лет после приобретения этих земель два родственника и наследника Томаса Джонсона, который был одним из тех, кто изначально вкладывал средства в покупку этих земель, подали иск в окружной суд штата Иллинойс. Адвокаты истцов приступили к поиску ответчика, в качестве которого

результате возникло часто употребляемое выражение «конгресс имеет полную власть в отношении дел индейцев». Доктрина господства выражена в заявлении «конгресс имеет полную власть в отношении народностей или племен индейцев» (см. Wilkins, *American Indian Sovereignty*).

²³ См. в общем плане Felix Cohen, *Handbook of Federal Indian Law*.

²⁴ Федеральное прецедентное право Соединенных Штатов в отношении индейцев началось с того, что обычно именуется «трилогией Маршалла», которая состоит из трех решений Верховного суда, вынесенных под руководством Председателя Верховного суда Джона Маршалла, — *Johnson's Lessee v. McIntosh*, 8 Wheat. 543 (1823); *Cherokee Nation v. Georgia* 30 U.S. 1 (1831); и *Worcester v. Georgia* 31 U.S. 515 (1832). Рассмотрение всех трех дел выходит за рамки данного предварительного исследования. Однако сейчас важно отметить, что в деле *Вустер* против *штата Джорджия* Председатель Верховного суда Маршалл изменил свое мнение, которое он высказал в связи с делом *Джонсона*, по отношению к отдельным штатам, входящим в состав Соединенных Штатов Америки. Например, в связи с делом *Вустера* Маршалл заявил, что доктрина открытия не может «аннулировать предшествующие права тех, кто с ней не согласился». Другими словами, «открытие» не могло привести к прекращению прав индейцев. Далее Маршалл заявил, что принцип открытия «не мог повлиять на права тех, кто уже владел» землей. Объем данной работы не позволяет рассмотреть последствия этих заявлений. В любом случае именно решение по делу *Джонсона*, а не по делу *Вустера* неоднократно упоминалось в качестве концептуального основания для права собственности индейцев в Соединенных Штатах Америки.

²⁵ Lindsay Robertson, *Conquest by Law*. Фраза «для внешнего эффекта» касается сговора между двумя сторонами, с тем чтобы оказать особое влияние на суд. Обе стороны лишь делали вид, что между ними возник спор, чтобы это дело было вынесено на рассмотрение судебной системы Соединенных Штатов.

они выбрали Уильяма Макинтоша. Адвокаты истцов наняли адвокатов для самого ответчика, а именно г-на Макинтоша²⁶.

26. Кроме того, Председатель Верховного суда Джон Маршалл (1755–1835 годы) владел крупной недвижимостью (как и члены его семьи и друзья), которая бы пострадала, если бы решение по делу было принято вопреки их интересам²⁷. Тем не менее вместо того чтобы отказаться от участия в рассмотрении этого дела, судья подготовил решение для единогласного принятия Верховным судом Соединенных Штатов²⁸.

27. Недавно образованным Соединенным Штатам необходимо было определить политический профиль американских индейцев и разработать концепцию права собственности на земли индейцев, которая открыла бы путь для колониальной экспансии Соединенных Штатов в западном направлении. Принцип, сформулированный Верховным судом для этой цели в рамках его решения по делу *Джонсона*, состоял в том, что «открытие давало права собственности правительству, подданными которого или от имени которого оно было сделано, по отношению ко всем прочим правительствам европейских стран, чье право собственности может быть оформлено на основании владения»²⁹. Опираясь на концепцию «открытия», верховный суд определил права индейцев на землю лишь как «простое проживание». В соответствии с этой концепцией часто заявлялось, что право индейцев, связанное с «проживанием», является лишь временным правом, носящим подчиненный характер по отношению к абсолютному праву собственности и абсолютному доминиону ранних христианских европейских держав и позднее таких государственных субъектов, как Соединенные Штаты³⁰.

28. Чтобы проиллюстрировать происхождение «принципа открытия», Маршалл изучил тексты грамоты Джона Кабота и ряда других королевских грамот, выданных Британской короной:

Ни одно государство Европы не выражало своего полного согласия с этим принципом более четко, чем Англия. Документы по этому предмету являются обширными и полными. Не далее как в 1496 году ее монарх повелел семье Каботов открывать страны, неведомые христианам, а также захватывать от имени короля Англии. Два года спустя Кабот отправился в путешествие и открыл континент Северной Америки, вдоль побережья которого он плыл к югу и добрался до Вирджинии. Именно этому открытию англичане и обязаны своему праву собственности²⁹.

29. Прочитанные выше положения из грамоты короля Генриха VII, предназначенной для Джона Кабота и его сыновей, непосредственно связаны с давней традицией папских булл Ватикана, о которых речь шла выше. На основе этих положений Британская корона действовала с тем пониманием, что предыдущие папские дарственные Португалии и Испании не могли правомерным об-

²⁶ Robertson, *Conquest by Law*.

²⁷ Ibid.

²⁸ Peter d'Errico, "John Marshall: Indian Lover?"

²⁹ *Johnson v. McIntosh* at 576.

³⁰ Эта концепция упоминалась в юридическом заключении Соединенных Штатов Америки по делу племени ти-хит-тон, когда юристы Соединенных Штатов Америки заявили, что «право индейцев на проживание» было «сохранено индейцами лишь по милости суверена». См. пункты 41–49 ниже.

разом запретить Британской короне посещать и захватывать земли «язычников и варваров», которые до этого времени «были неведомы всем христианам». В решении по делу Джонсона речь далее идет о том, что грамота Кабота представляет собой «полное признание» «принципа» или доктрины открытия:

В связи с этими первыми усилиями, предпринятыми правительством Англии для приобретения территории на данном континенте, мы исходим из полного признания принципа [открытия], который был упомянут. Право открытия, которое было предоставлено этим повелением, ограничено странами, «неведомыми в то время всем христианам», и теми странами, которые имел право захватить Кабот от имени короля Англии. Таким образом, утверждая право на владение, несмотря на проживание аборигенов, которые были язычниками, и в то же время признавая приоритетное право любой христианской нации, которая ранее могла совершить открытие²⁹.

30. В тексте решения Верховного суда вновь упоминается доктрина господства. Ранее в решении по делу *Джонсона* Маршалл также сослался на ту же самую доктрину, используя концепцию «доминиона»:

В то время как различные государства Европы уважали право аборигенов в качестве обитателей, они утверждали право абсолютного доминиона за собой; и требовали и осуществляли, в качестве одного из последствий данного абсолютного доминиона, право на предоставление земли, когда она еще находится во владении аборигенов. По общему пониманию, это пожалование означало передачу права собственности правоприобретателю, с соблюдением лишь права индейцев на проживание³¹.

31. По мнению Верховного суда Соединенных Штатов, высказанному в связи с делом *Джонсона*, в английских королевских грамотах была изложена доктрина, по которой «христиане», претендуя на «открытие», обеспечили себе право владеть любыми землями, населенными «аборигенами, которые были язычниками», что означает лиц, не исповедующих христианскую религию. Политический философ Томас Гоббс заявил, что «право владения именуется доминионом»³². Таким образом, утверждение «права владения» означает лишь по-другому сформулированное «утверждение права доминиона» или господства³³.

32. В решении по делу *Джонсон против Макинтоша* верховный суд Соединенных Штатов заявил, что первоначальные права американских индейцев «на окончательное оформление суверенитета в качестве независимых народов» были «неизбежно сокращены» в силу права открытия. По мнению суда, это «право открытия» было ограничено странами, «неведомыми христианам». Другими словами, верховный суд заявил, что христиане, открывшие земли на американском континенте, которые до этого были «неизвестны христианам», положили конец праву американских индейцев на свободу и независимость. На

³¹ *Johnson v. McIntosh* at 574.

³² Thomas Hobbes, *Leviathan*, chap. XVI.

³³ Использование Соединенными Штатами термина «абсолютный доминион» и «право владения» в качестве понятий имущественного права возвращает обсуждение к этимологии понятия «доминиум» в работах Уильяма Брендона — «неограниченные полномочия, абсолютная власть, господство, тирания, деспотизм. Политическая власть, основанная на собственности, — доминиум, была в действительности господством» (см. сноску 2 выше).

основе вышеупомянутого положения Верховный суд Соединенных Штатов воспользовался доктриной открытия для того, чтобы не допустить применения первого принципа международного права по отношению к американским индейцам и к их традиционным территориям: «Власть народа в пределах своей территории является абсолютной и исключительной»³⁴. С тем чтобы получить беспрепятственный доступ к земельным угодьям, территориям и ресурсам коренных народов, христианские государства Европы и более поздние государственные субъекты считали этот принцип применимым лишь по отношению к самим себе.

33. Никто не мог бы выдвинуть разумные аргументы против той идеи, что существование народов и народностей, относящихся к американским индейцам, первоначально никак не было связано с доктриной открытия и претензиями и притязаниями европейских христиан на господство³⁵. Судья Джозеф Стори (1779–1845 годы) выдвинул аргумент против этого первоначального свободного существования, написав, что «поскольку они были язычниками, варварами и дикарями», индейцы «не имели права обладать прерогативами, принадлежавшими полностью суверенным независимым народам»³⁶. После того как понятия «открытие» и «абсолютный доминион» (первоначально упоминавшиеся в папских буллах Ватикана, таких как *Romanus Pontifex*) были официально закреплены в рамках законодательства и политики Соединенных Штатов, это привело к распространению доктрины господства на коренные народы и народности. Это позволило правительству Соединенных Штатов в условиях безнаказанности изымать и передавать земельные угодья, территории и ресурсы индейцев в нарушение индивидуальных и коллективных прав человека коренных народов.

VI. *Terra nullius, terra nullus* и решение по делу *Джонсон против Макинтоша*

34. Имеются два термина, которые исторически использовались против коренных народов, оба из которых означают «лишенные людей». Использование этих двух терминов привело к дегуманизации коренных народов. Первый из этих терминов — это *terra nullius* — эта категория применялась римскими правоведами по отношению к вражеским землям и таким местам, как необитаемые острова³⁷. Второй термин — это *terra nullus*, который, по мнению первого американского политолога Френсиса Либера, был основан на том факте, что пер-

³⁴ Francis Wharton, *A Digest of International Law of the United States*, vol. I.

³⁵ Многие считают испанского теолога Франсиско Витория «отцом» международного права. В своих лекциях в Университете Саламанки он рассматривал проблему «приобретения права собственности в силу открытия». Он пришел к выводу, что не стоит много говорить об этой форме права собственности, поскольку «варвары были подлинными владельцами [своих земель], как с общественной, так и с частной точки зрения». Сторонники и пропагандисты доктрины открытия и доктрины господства игнорировали проведенный г-ном Виториа подробный анализ этого вопроса (James Brown Scott, *The Catholic Conception of International Law*).

³⁶ Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*.

³⁷ Steven T. Newcomb, *Pagans in the Promised Land*. Цитаты в пунктах 35 и 36 взяты из этой работы Ньюкомба, если не указано иное.

вые коренные жители географического региона во время так называемой эпохи великих географических открытий не были обращены в христианство.

35. Френсис Либер (1800–1872 годы) был американцем немецкого происхождения, который эмигрировал в Соединенные Штаты в 1827 году и стал одним из самых знаменитых политологов XIX столетия³⁸. Либер разработал доктрину *terra nullus*, под которой понимались земли, населенные варварами, идолопоклонниками, язычниками или некрещеными людьми, которых христиане по большому счету считали несуществующими. Концепция *terra nullus* легла в основу положения о том, что земли, населенные нехристианами, являются свободными или «незаселенными территориями» и «поэтому на них распространяется право владения христиан». По словам Либера, «язычество», которое означало быть некрещеным, «лишало человека [не являющегося христианином] тех прав, которые в соответствии с нормами подлинной морали присущи каждому человеческому существу».

36. В своем эссе 1888 года Берк Аарон Хинсдейл (1837–1900 годы) зафиксировал, что право открытия основано на «принципе, что то, что никому не принадлежит, [может] быть изъято тем, кто это обнаружил». Продолжая мысль Либера, Хинсдейл отметил, что этот аргумент приобрел силу лишь тогда, когда он был дополнен определением ничейной земли, данным христианской церковью. По словам Хинсдейла, данное христианской церковью определение «обеспечило необходимое обоснование». «Считаем, что *res nullius* является собственностью первооткрывателя; что язычник является несуществующим; что американский дикарь [индеец] является язычником [*nullius* или несуществующим], и вся аргументация на месте». По словам Хинсдейла, этот довод, основанный на том, что аборигены «открытых» земель не прошли обряда крещения, «лежал в основе права открытия, критерия, к которому в случае территориальных споров обращались народы, разделившие Новый Свет, и главным обоснованием права собственности на всей территории Соединенных Штатов». Здесь Хинсдейл сослался на решение по делу *Джонсон против Макинтоша*. По словам Хинсдейла, право открытия образовало «главное обоснование права собственности по всей территории Соединенных Штатов»³⁹.

37. Судья Верховного суда Соединенных Штатов Джозеф Стори был современником Френсиса Либера. В течение определенного времени они встречались в одних и тех же интеллектуальных кругах, причем Стори написал свыше 120 страниц для *Encyclopaedia Americana*⁴⁰ Либера. Судья Джозеф Стори помог также в принятии решения по делу *Джонсон против Макинтоша* 1823 года. В 1833 году, через 10 лет после принятия решения по делу *Джонсона*, Стори опубликовал свой труд «Комментарии к Конституции Соединенных Штатов», в котором он рассмотрел «происхождение и право собственности на территорию колоний» и написал следующее о происхождении права собствен-

³⁸ Считается, что Френсис Либер первым разработал концепцию международного права. Он стал советником президента Авраама Линкольна во время гражданской войны в Америке и совместно с министерством по вопросам гражданской войны и президентом Линкольном разрабатывал проект правовых руководящих принципов для армии Союза.

Подготовленный им кодекс, известный как Кодекс Либера, был в конце концов принят другими военными организациями в мире и лег в основу законов и обычаев войны.

³⁹ В.А. Hinsdale, “The Right of Discovery”.

⁴⁰ Стори предложил неподписанные материалы, касающиеся естественного права, американского и английского права, для энциклопедии Либера.

ности европейцев на американском континенте и о папской булле XV столетия *Inter Caetera*:

... Индейцы были дикой расой, погрязшей в трясине невежества и язычества. Если их нельзя истребить из-за отсутствия у них религии и справедливой морали, их можно было бы поставить на путь истинный. Им было предназначено покориться высшему гению Европы, и, обменяв свои дикие и порочные привычки на цивилизацию и христианство, они должны были получить больше, чем равнозначную компенсацию за каждую свою жертву и страдание. Власть папы была также использована в поддержку этих великих начинаний; и с тем чтобы нанести поражение язычеству и распространить католичество, Александр VI своей буллой, изданной в 1493 году, даровал Кастильской короне все необъятные территории, которые уже были или будут открыты, между полюсами, при условии, что они не находились в то время в собственности любого из христианских принцев⁴¹.

Таким образом, в случае закрепления принципа, по которому *открытие давало право собственности правительству, чьими подданными или от чьего имени оно было сделано, по отношению к любым другим европейским правительствам*⁴²; из этого следовало почти как само собой разумеющееся, что каждое правительство в рамках своих открытий отказывает всем прочим лицам в праве приобретать землю на основании какого-либо дара со стороны аборигенов⁴³. (выделено автором)

38. В двух пунктах, процитированных выше, Стори прямо увязал папскую буллу 1493 года *Inter Caetera* с правом открытия, изложенным в решении по делу *Джонсона*⁴⁴. Таким образом, Стори вписал решение по делу *Джонсон против Макинтоша*, которое является отправной точкой федерального прецедентного права США, касающегося индейцев, в контекст не только указа *Inter*

⁴¹ В сноске Стори написал: “Ut fides Catholica, et Christiana Religio nostris praesertim temporibus exaltetur, &c., ac barbarae nationes deprimantur, et ad fidem ipsam reducantur”, причем эта фраза содержится в Bull. 1 Naz. Coll. 3. В переводе с латинского: «Среди других работ, угодных Всевышнему и сердеченно чтимых, эта работа, безусловно, занимает самое почетное место, когда в наше время в особенности католическая вера и христианская религия возвышаются и повсеместно распространяются, следует заботиться о здоровье души, а варварские народы должны быть побеждены и обращены в настоящую веру». (Davenport). Латинское слово deprimantur переводится как «быть побежденным» и «порабощенным», что напоминает о доктрине господства.

⁴² Выделенные курсивом фразы заимствованы, дословно и без кавычек, непосредственно из дела *Джонсон против Макинтоша*.

⁴³ Здесь Стори цитирует том 3 работы Председателя Верховного суда Джона Маршалла “*A History of the Colonies*” (3 Marshall, Hist. Col. 13, 14). Эта работа Маршалла была опубликована в 1824 году по прошествии нескольких месяцев после вынесения решения по делу *Джонсон против Макинтоша*.

⁴⁴ То, что в этой цитате, заимствованной Стори из папской буллы 1493 года, отражается доктрина господства, следует из латинского текста, который он процитировал из папской буллы, изданной папой Александром VI. Например, папа призвал к пробуждению нехристианских народов, «варварских народов, и к распространению «христианской империи» (Davenport). Кроме того, Святой Престол заявил в булле *Inter Caetera*, что «Мы верим в Него, от которого ведут свое начало империи, правительства и все добрые вещи» (ibid.). То, что это предложение соответствует доктрине господства, следует из перевода на латинский слова «правительства» — “dominationes”.

Caetera, но и в более широкий контекст многочисленных документов Ватикана, изданных для Португальской и Испанской корон во время так называемой эпохи великих географических открытий, включая доктрину господства, изложенную в папских буллах *Dum diversas* и *Romanus Pontifex*.

39. На основе концепции *terra nullus* и доктрины открытия Верховный суд Соединенных Штатов заявил в решении по делу *Джонсона*, что [Британская] корона «не проводила никаких различий... между свободными землями и землями, занятыми индейцами»⁴⁵. Другими словами, Верховный суд заявил, что Британская корона рассматривала земли американских индейцев в качестве свободных. В своей работе «Международное право Джона Маршалла» Бенджамин Манн Зиглер разъяснил заявление суда о свободных землях следующим образом: «одно из старейших средств, с помощью которых народы приобретали территории, — это путем открытия ранее незанятых земель». Далее в пояснительном примечании Зиглер заявил: «Термин “незанятые территории”, разумеется, означает земли в Америке, которые, в момент их открытия, были “заняты индейцами”, но “не заняты христианами”»⁴⁶.

40. Джордж Графтон Уилсон (1863–1951 годы), профессор Университета Брауна, Гарвардского университета, Флетчеровской школы права и дипломатии, а также Военно-морского колледжа Соединенных Штатов, выразил то же мнение. Опираясь на решение по делу *Джонсон против Макинтоша*, Уилсон заявил, что «Англия, Франция, Голландия, Португалия и Испания исходили из того, что открытие земель, ранее не известных христианским народам, давало христианскому первооткрывателю право владения»⁴⁷.

VII. Доктрина открытия в современную эпоху

41. В середине XX столетия Верховный суд Соединенных Штатов подтвердил и принял доктрину открытия. Через пять столетий после издания *Romanus Pontifex* Верховный суд Соединенных Штатов обнародовал свое решение по делу *Индейцы ти-хит-тон против Соединенных Штатов*⁴⁸. Это дело касалось народности ти-хит-тон, говорившей на языке тлингит, чьи «обычаи, законы и традиции аналогичны тем, которые присущи народности тлингит», в том районе, который сейчас именуется Аляской⁴⁹. В 1947 году конгресс Соединенных

⁴⁵ *Johnson v. McIntosh* at 596. Цитата из работы Стори в пункте 37 выше дает увязку с доктриной *terra nullius*.

⁴⁶ Benjamin Munn Ziegler, *The International Law of John Marshall*.

⁴⁷ George Grafton Wilson, “International Law and the Constitution”, 13 *B.U.L. Rev.* 234 (1933). Заявление Уилсона о том, что «открытие земель, ранее не известных христианам, давало христианским первооткрывателям право владения», соответствует уже упоминавшемуся заявлению Томаса Гоббса о том, что «право владения именуется доминионом». Другими словами, «господством».

⁴⁸ *Tee-Hit-Ton Indians v. The United States*, 348 U.S. 272 (1955).

⁴⁹ David Wilkins, *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court*: «Район, на который претендовало племя ти-хит-тон, составлял примерно 357 802 акра земли и 150 кв. миль водного пространства. Они жили в этом районе в течение тысяч лет, и этот район признавался их собственностью соседними племенами». Традиционная территория племени тлингит располагается в лесных районах с умеренным влажным климатом юго-восточного побережья Аляски и архипелага Александра. Материковое племя тлингит занимает крайнюю северо-западную часть района, известного как провинция Британская Колумбия, и южную часть Территории Юкон Канады.

Штатов разрешил министру сельского хозяйства продавать древесину из Тонгасского национального лесопарка — национального лесопарка, учрежденного конгрессом в районе, который частично охватывает традиционную территорию народностей ти-хит-тон и тлингит. 20 августа 1951 года Лесная служба Соединенных Штатов продала фирме «Кетчикан палп энд пейпер компани» «право на эксплуатацию любых пригодных для заготовки ресурсов в Тонгасском национальном лесопарке, объем которых, по оценкам, составляет 1 500 000 кубических футов». Непосредственно вслед за этим народность ти-хит-тон подала судебный иск, утверждая, что они «являются единственными владельцами земли и водных ресурсов, ставших предметом спора; что они никогда не продавали и не передавали земельные угодья любой другой стороне; и что они требуют возмещения убытков и ущерба, понесенных в результате изъятия тонгасских земель, вместе с выплатой процентов»⁵⁰.

42. В конечном итоге юристы правительства Соединенных Штатов представили в Верховный суд заключение, которое частично было основано на доктрине открытия и событиях эпохи папских булл Ватикана; в нем американские юристы заявляли, что в международном праве признан принцип, в соответствии с которым «земли язычников и варваров» могли быть свободно изъяти «христианскими народами»⁵¹. Необходим ряд комментариев для того, чтобы пояснить правовые аргументы Соединенных Штатов относительно «христианских народов»: до 1856 года существовало коллективное международное политическое образование, состоявшее из различных монархий и государств, именовавшееся и «христианским миром», и «христианским содружеством», и «семьей народов» («христианские народы Европы и их потомки в Америке»). В соответствии с этим историческим экскурсом американские юристы начали текст своего «резюме аргументации» с решения по делу *Джонсона*: «Хорошо известный принцип международного права заключается в том, что по отношению к землям данного континента открытие давало право собственности правительству, чьими подданными или от имени которого оно было сделано, по отношению ко всем прочим европейским правительствам, чье право собственности может быть введено в действие на основании владения (*Johnson v. McIntosh*, 8 Wheat. 543, 573)». Далее юристы заявляли, что «... совершившие открытие народы, в соответствии с принципом открытия, сами приобретали полное и исключительное право собственности на землю, при условии лишь соблюдения права индейцев на проживание, причем такое право сохраняется за индейцами только по милости суверена»⁵¹.

43. В разделе «Аргументация» американские юристы сослались на продолжавшуюся столетиями эпоху «христианских народов Европы». Они включили сведения об эпохе папской буллы *Romanus Pontifex*: «До начала великой эпохи географических открытий во второй половине XV столетия христианские народы Европы приобретали юрисдикцию в отношении недавно открытых земель, которые были им дарованы папами, претендовавшими на то, что они могут предоставлять христианским монархиям право приобретать территории, принадлежавшие варварам и язычникам»⁵².

⁵⁰ Wilkins, *American Indian Sovereignty*.

⁵¹ Заключение для Соединенных Штатов Америки по делу *Племя индейцев ти-хит-тон против Соединенных Штатов*.

⁵² Здесь юристы Соединенных Штатов сослались на работу Lindley *The Acquisition and*

44. Юристы США в деле *Ти-хит-тон* выдвигали также следующую аргументацию, основанную на папских буллах Ватикана:

Например, в 1344 году Клемент VI даровал Канарские острова королю Испании Людовику в обмен на обещание обратить жителей острова в христианскую веру и, после открытия Нового Света Колумбом, Александр VI в 1493 и 1494 годах издал буллы, в соответствии с которыми Испания получила все земли, не находившиеся под христианским владычеством, к западу от линии, проходившей в 100 лье к западу от Азорских островов и островов Зеленого мыса. Последний дар папы из вышперечисленных в силу ослабления папской власти и протяженности охваченной территории не был принят другими народами или даже серьезно воспринят самой Испанией, и цивилизованным христианским народам Европы необходимо было разработать новый принцип, который всеми мог бы быть принят в качестве закона для регулирования, как и в отношении между собой, права на приобретение территории в Новом Свете, которая, как они установили, заселена индейцами, являющимися язычниками и нецивилизованными по европейским стандартам⁵¹.

45. Судья Стэнли Форман Рид огласил решение большинства Верховного суда Соединенных Штатов по делу *Индейцы ти-хит-тон против Соединенных Штатов*. Однако перед тем как разъяснить решение суда по делу *Ти-хит-тон*, сначала необходимо упомянуть о деле Верховного суда 1946 года *Группа алкеа племени тилламук против Соединенных Штатов*⁵³. В деле *Группы алкеа* большинством голосов Верховный суд постановил, что группа алкеа индейского племени тилламук в штате Орегон имеет право на денежную компенсацию в связи с тем, что их родовые земли были захвачены правительством Соединенных Штатов. Однако судья Рид, который подготовил заключение меньшинства, с этим не согласился. Судья Рид опирался на решение по делу *Джонсон против Макинтоша* 1823 года для заявления о том, что группа алкеа индейского племени тилламук *не имела* права на денежную компенсацию в связи с захватом их родовых земель правительством Соединенных Штатов.

46. В качестве основания своей аргументации в деле *Группы алкеа* судья Рид утверждал, что решение по делу *Джонсон против Макинтоша* развило теорию о том, что «открытие» земель индейцев «христианскими народами давало им суверенитет и право собственности в отношении открытых земель». Это, разумеется, соответствует заявлению судьи Катрона по делу *Штат против Формана* о том, что в соответствии с «законом христианского мира» «открытие давало право для приобретения суверенитета и управления необращенными аборигенами...»⁵⁴.

47. Когда судья Рид готовил заключение большинства по рассматривавшемуся Верховным судом Соединенных Штатов делу *Ти-хит-тон*, он согласился с аргументацией, выдвинутой юристами Соединенных Штатов. Кроме того, он применил ту же самую аргументацию, касающуюся доктрины открытия, которую он раньше использовал в деле *Группы алкеа племени тилламук*. Он заявил,

Government of Backward Territory in International Law (1926).

⁵³ 329 U.S. 40 (1946).

⁵⁴ См. сноску 1 выше.

что, «как хорошо известно», американские индейцы стали претендовать на земли в Северной Америке «после того, как пришли белые люди, на основании того, что иногда именуется правом собственности индейцев или разрешением на проживание, полученным от белых людей. Это описание означает лишь владение, которое конкретно не признается конгрессом как право собственности. После завоевания им было разрешено занимать части территории, над которыми они ранее осуществляли «суверенитет», в том значении, в котором мы используем этот термин. Это не является правом собственности, но равнозначно праву на проживание, которое дает суверен». Далее он заявил, что «это право на проживание может быть прекращено и что такой землей может полностью распорядиться сам суверен без каких-либо юридически оформленных обязательств по выплате компенсации индейцам». Упоминание о «завоевании» означает ссылку на доктрину господства, и далее судья Рид заявил: «Эта позиция индейцев долгое время логически обосновывалась той теорией, что открытие и завоевание обеспечивают завоевателям суверенитет над землями, полученными таким образом, и права собственности на них»⁵⁵.

48. В своей работе «Основы международного права» в разделе «Права собственности» Генри Уитон написал следующее положение, которое, с опорой на цитату из текста судьи Рида, дает представление о контексте решения Верховного суда Соединенных Штатов по делу *Ти-хит-тон*:

Испанцы и португальцы взяли на себя ведущую роль среди европейских народов в деле ...великолепных морских открытий на Востоке и на Западе в XV и... XVI столетиях. В соответствии с идеями, господствовавшими в Европе в ту эпоху, языческие народы в других частях планеты были законной добычей их цивилизованных завоевателей, и, как и в отношениях между самими христианскими державами, Его Святейшество был верховным арбитром, который решал споры... Таким образом, в своей булле папа Александр VI даровал Испании все земли, кроме тех, которые раньше были заняты любым другим *христианским* [курсив в первоначальном тексте] государством; и в соответствии с патентом, выданным королем Англии Генрихом VII Джону Каботу и его сыновьям, они могли «искать и открывать любые острова, районы и провинции где бы то ни было, которые могли принадлежать язычникам и варварам»; а также «покорять, захватывать и владеть этими территориями в качестве его вассалов и наместников». Аналогичным образом патент королевы Елизаветы сэру Хамфри Гилберту дает ему право «открывать такие отдаленные и варварские земли, страны и территории, которыми в действительности не владеют ника-

⁵⁵ Судья Рид сослался на дело *Джонсон против Макинтоша* и на работу Генри Уитона *Elements of International Law*. Генри Уитон (1785–1848 годы) был американским юристом и дипломатом. Он был составителем сборника решений Верховного суда США, когда тот вынес решение по делу *Джонсон против Макинтоша*. Он опубликовал первое издание своего труда *Elements of International Law* в 1836 году. Судья Стэнли Рид в решении по делу племени *Ти-хит-тон* процитировал главу V работы Уитона. Однако в главе V нет ничего, что имело бы отношение к делу племени *Ти-хит-тон*. В разделе 5 главы IV своей работы Уитон рассмотрел историческую информацию о правах собственности в международном праве. В этом разделе Уитон коснулся решения по делу *Джонсон против Макинтоша*, папской буллы 1493 года, королевских грамот Англии, а также доктрины или права открытия. Он также выделил курсивом слово «христианский», как и Председатель Верховного суда Маршалл выделил курсивом слово «христиане» в решении по делу *Джонсона*. См. Newcomb, *Pagans in the Promised Land*.

кие христианские принцы или народы, а также владеть, занимать и пользоваться аналогичными правами в отношении любых их товаров, юрисдикций и платежей». Таким образом, нормой политики и права стало то, что право коренных индейцев подчинено праву христианских первооткрывателей, чьи преимущественные притязания исключали любые притязания любых других цивилизованных народов, и постепенно свели на нет притязания аборигенов⁵⁶.

49. О том, что доктрина открытия по-прежнему используется Верховным судом Соединенных Штатов в XXI веке в качестве активного правового принципа, свидетельствует дело *Город Шерилл против индейского племени онейда штата Нью-Йорк*⁵⁷, решение по которому было принято в марте 2005 года, ровно через 50 лет после решения по делу *Ти-хит-тон*. Это дело было связано со спором в отношении налогообложения родовых земель индейского племени онейда. Во время прений стало ясно, что исход дела будет зависеть от того, имеет ли, по мнению суда, индейское племя онейда «суверенный статус» в отношении родовых земель, возвращенных племени онейда. С тем чтобы определить контекст для решения суда относительно суверенного статуса индейского племени онейда, Верховный суд использовал доктрину открытия. Это отражено в первой сноске в решении судьи Рут Бадер Гинсберг для большинства судей — как написала судья Гинсберг, «согласно доктрине открытия право собственности на земли, которые индейцы занимали в момент прибытия колонистов, перешло к суверену — сначала к совершившему открытие европейскому народу, а затем к первоначальным штатам и Соединенным Штатам Америки». Как зафиксировано в настоящем предварительном исследовании, ссылка Верховного суда на доктрину открытия увязывает решение суда по делу *Город Шерилл против индейского племени онейда штата Нью-Йорк* с доктриной господства, которая относится к эпохе папских булл Ватикана.

VIII. Заключение

50. В настоящем предварительном исследовании документально подтверждено, что в течение более чем пяти столетий доктрина открытия имеет глобальный охват и применение. По крайней мере два правительства, помимо Соединенных Штатов, Канады и Австралии, ссылались на решение по делу *Джонсон против Макинтоша*, с тем чтобы обеспечить применение доктрины открытия. В связи с этим они цитировали доктрину открытия и доктрину господства. Ученые-правоведы, не относящиеся к представителям коренных народов, и государственные субъекты увязывали доктрину открытия с международным и внутренним правом. Что касается Соединенных Штатов, то речь идет о Председателе Верховного суда Джоне Маршалле, судье Джозефе Стори, Генри Уитоне, судье Джоне Катроне, Френсисе Либере, Б.А. Хинсдейле, Альфеусе Сноу, Джордже Графтоне Уилсоне, судье Стэнли Риде, юристах, которые готовили юридическое заключение по делу *Индейцы ти-хит-тон против Соединенных Штатов*, а также о судье Руфи Бадер Гинсберг. Все они опирались на доктрину открытия, которая, как показало настоящее предварительное исследование, коренится в доктрине господства и способствует сохранению этой доктрины,

⁵⁶ Wheaton, *Elements of International Law*, 3^d ed.

⁵⁷ *City of Sherrill v. Oneida Indian Nation of New York*, 125 S. Ct. 1478, 148384 (2005).

которая переходит из поколения в поколение, из эпохи христианства и папских булл Ватикана⁵⁸.

IX. Рекомендация

51. Информация и материал, представленные в настоящем предварительном исследовании международной концепции, известной под названием «доктрина открытия», свидетельствуют о необходимости продолжения изучения и рассмотрения, а также проведения более всеобъемлющей оценки и изучения вопросов, поднятых в нем в связи с нарушениями неотъемлемых прав коренных народов, в особенности прав, признанных в Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов. Таким образом, мы рекомендуем созвать совещание международной группы экспертов для подробного обсуждения выводов и последствий этого предварительного исследования доктрины открытия и для представления своих выводов на ежегодной сессии Постоянного форума по вопросам коренных народов.

⁵⁸ В частности, судья Джозеф Стори конкретно воспользовался понятиями, связанными с доктриной господства. Например, он заявил, что «европейские первооткрыватели претендовали на право предоставления земель, которые тогда находились в собственности аборигенов, и осуществляли это право при условии, однако, соблюдения их права на проживание; и, таким образом, дарованное право признавалось всеми [европейскими первооткрывателями] как передающее достаточное право собственности на землю правопробретателям в абсолютном доминионе, или, как об этом иногда говорится в договорах публичного права, это было передачей *plenum et utile dominium*». Таким образом, это отсылает нас к этимологии терминов, рассматривавшейся в сноске 2 выше. То, как Стори использует светский термин «европейские первооткрыватели», разъясняется Линдли в работе *The Acquisition and Government of Backward Territories*: «Позднее было проведено разграничение между землями, уже захваченными европейцами, и землями, еще ими не захваченными, хотя на деле это было тем же самым, проводившимся ранее разграничением между христианскими и нехристианскими землями».

Приложение

Источники

Brandon, William. *New Worlds for Old: Reports from the New World and Their Effect on the Development of Social Thought in Europe, 1500–1800*. Athens: Ohio University Press, 1986.

Cohen, Felix. *Handbook of Federal Indian Law*. Washington, DC: Government Printing Office, 1942; reprint ed., Albuquerque: University of New Mexico, 1972.

Davenport, Francis Gardiner, ed. *European Treaties Bearing on the History of the United States and Its Dependencies to 1648*. Washington, DC: Carnegie Institution of Washington, 1917.

Deloria, Vine. *Behind the Trail of Broken Treaties: An Indian Declaration of Independence*. Austin: University of Texas Press, 1974.

_____. *Conquest Masquerading as Law*. In *Unlearning the Language of Conquest*. Austin: University of Texas Press, 2006.

d'Errico, Peter. John Marshall: Indian Lover? *Journal of the West*, vol. 39, No. 3 (Summer 2000).

Hinsdale, B.A. The Right of Discovery. *Ohio Archaeological and Historical Quarterly*, vol. II (1888).

Hobbes, Thomas. *Leviathan: Or Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*. Chicago: Encyclopædia Britannica, Inc., 1952.

Issac, Thomas. *Aboriginal Law: Cases, Materials and Commentary*. Saskatoon, Canada: Purich Publishing, 1995.

Lindley, Mark F. *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*. London: Longmans, Green and Co., 1926.

Lindqvist, Sven. *Terra Nullius: A Journey Through No One's Land*. The New Press, 2007.

Lyons, Oren, and John Mohawk, eds. *Exiled in the Land of the Free: Democracy, Indian Nations, and the U.S. Constitution*. Santa Fe, New Mexico: Clear Light Press, 1992.

Newcomb, Steven T. *Pagans in the Promised Land: Decoding the Doctrine of Christian Discovery*. Fulcrum, 2008.

_____. *Pagans in the Promised Land: A Primer on Religious Freedom*. American Indian Law Alliance, available from www.ailanyc.org.

_____. The Evidence of Christian Nationalism in Federal Indian Law: The Doctrine of Discovery, *Johnson v. Mc'Intosh*, and Plenary Power. In *New York University Review of Law and Social Change*, vol. 20, No. 2 (1993).

Robertson, Lindsay G. *Conquest by Law: How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands*. New York: Oxford University Press, 2005.

Scott, James Brown. *The Catholic Conception of International Law: Francisco de Vitoria, Founder of the Modern Law of Nations; Francisco Suárez, Founder of the Modern Philosophy of Law in General and In Particular of the Law of Nations*. Washington, DC: Georgetown University Press, 1934.

Story, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States: With A Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States Before the Adoption of the Constitution*, vol. I. De Capo Press, 1970. Unabridged republication of the first edition published in Boston in 1833.

United Nations. *State of the World's Indigenous Peoples*. Sales No. 09.VI.13.

Vattel, Emmerich. *The Law of Nations; or, Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*. 1758. Joseph Chitty ed.: Philadelphia: T. & J.W. Johnson Co., Law Booksellers, 1859.

Wharton, Francis. *A Digest of International Law of the United States*, vol. I. Washington, DC, United States Government Printing Office, 1887.

Wheaton, Henry. *Elements of International Law*, 3rd ed. Philadelphia: Lea and Blanchard, 1846.

_____. *Elements of International Law*, 2d. annotated ed. (William Beach Lawrence edition) London: Sampson Low, Son and Co.; Boston: Little, Brown and Company, 1864.

Wilkins, David E. *American Indian Sovereignty and the United States Supreme Court: The Masking of Justice*. Austin: University of Texas Press, 1995.

Williamson, James A. *The Cabot Voyages and Bristol Discovery under Henry VII*. Cambridge: Cambridge University Press, 1962.

Wilson, George Grafton. *International Law and the Constitution*. 13 Boston University Law Review (1933).

Ziegler, Benjamin Munn. *The International Law of John Marshall: A Study of First Principles*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1939.
