

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

Нью-Йорк, 12–23 мая 2014 года

Пункт 3 предварительной повестки дня\*

**Специальная тема: Принципы надлежащего  
управления, соответствующие Декларации  
Организации Объединенных Наций  
о правах коренных народов****Изучение вопроса о факультативном протоколе  
к Декларации Организации Объединенных Наций  
о правах коренных народов с уделением особого  
внимания вопросу о возможном создании добровольного  
механизма****Записка секретариата**

В соответствии с решением, принятым Постоянным форумом Организации Объединенных Наций по вопросам коренных народов на его одиннадцатой сессии (см. E/2012/43, пункт 109), Дали Самбо Дороу и Меган Дэвис, являющимся членами Форума, было поручено провести изучение вопроса о факультативном протоколе к Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, уделив при этом особое внимание вопросу о возможном создании добровольного механизма, который использовался бы для рассмотрения на международном уровне жалоб, в частности, касающихся притязаний на земли, территории и ресурсы коренных народов и нарушений их соответствующих прав на страновом уровне. Результаты этого исследования настоящим представляются вниманию Постоянного форума на его тринадцатой сессии.

\* E/C.19/2014/1.



## **Изучение вопроса о факультативном протоколе к Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов с уделением особого внимания вопросу о возможном создании добровольного механизма**

### **I. Введение**

1. С момента принятия Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов обсуждается вопрос о необходимости создания механизма для мониторинга хода осуществления Декларации и ее толкования в контексте международного права. Это было частично признано в статье 42 Декларации, которая гласит:

«Организация Объединенных Наций, ее органы, включая Постоянный форум по вопросам коренных народов и специализированные учреждения, в том числе на страновом уровне, и государства содействуют соблюдению и полному применению положений настоящей Декларации и принимают последующие меры по эффективному осуществлению настоящей Декларации».

2. После обсуждения статьи 42 в 2009 году Постоянный форум провел совещание международной группы экспертов о роли Постоянного форума в осуществлении положений статьи 42 Декларации (E/C.19/2009/2). В последнее время отмечается все более тесное сотрудничество и координация деятельности между Постоянным форумом, Специальным докладчиком по вопросу о правах коренных народов и Экспертным механизмом по правам коренных народов, и уникальный характер каждого из трех мандатов оказал свое влияние на развитие этих отношений. Каждый из этих механизмов вносит значительный вклад в осуществление Декларации, хотя и не на полностью скоординированной основе. Кроме того, эти органы и их секретариаты выполняют большой объем работы и на них возложены масштабные обязанности, в связи с чем ни один из них не может действовать в качестве надзорного органа в контексте осуществления Декларации.

3. В частности, коренные народы проявляют все большую заинтересованность в создании механизма контроля за осуществлением Декларации и координации соответствующей деятельности. Итоговый документ Глобальной конференции коренных народов по подготовке к Всемирной конференции по коренным народам (A/67/994, приложение), которая состоялась в Алте, Норвегия, в июне 2013 года (Алтская декларация), и Лимская декларация Всемирной конференции женщин коренных народов, проведенной в Лиме в октябрь-ноябре 2013 года, содержат рекомендации в отношении создания механизма контроля и оценки деятельности по осуществлению Декларации и представления соответствующих докладов. В Алтской декларации рекомендовалось создание нового органа Организации Объединенных Наций, которому будет поручено поощрять, защищать, контролировать и оценивать деятельность по осуществлению прав коренных народов, включая, но не ограничиваясь ими, права, закрепленные в Декларации, и представлять о ней доклады. Было также рекомендовано создать указанный орган на основе полноценного, равноправного и эффективного участия коренных народов.

4. Вполне вероятно, что наиболее серьезная причина повышенного внимания к вопросу создания механизма связана с работой Специального докладчика, который в соответствии со своим мандатом посетил большое число стран. Несмотря на заявления о приверженности Декларации во всем мире, Специальный докладчик убедился в том, что «не всегда и не везде отмечается достаточная осведомленность о Декларации и воплощенных в ней ценностях, и при этом также отсутствует должное понимание наболевших проблем, с которыми сталкиваются коренные народы и которые входят в ее задачу» (A/68/317, пункт 78). По мнению Специального докладчика, одной из наиболее ответственных нерешенных задач по-прежнему является повышение степени информированности государственных субъектов, учреждений системы Организации Объединенных Наций, самих коренных народов, и, в более общем плане, широкой общественности о Декларации о правах коренных народов. Создание механизма рассмотрения жалоб является одним из методов достижения более глубокого понимания содержания Декларации и, соответственно, повышения осведомленности. Трудно рассчитывать на достижение целей Декларации при наличии ряда противодействующих политических, экономических и социальных сил, если только органы государственной власти и структуры некоренного населения в странах, где проживают коренные народы, не будут наконец информированы об этих целях и не проникнутся пониманием необходимости их достижения.

5. Обеспокоенность Специального докладчика в отношении недостаточного знания и использования положений Декларации государствами и гражданским обществом нашла свое отражение в универсальном периодическом обзоре. Он охарактеризовал эту тенденцию, а также отсутствие признания значительного нормативного веса Декларации и лежащих в ее основе принципов равенства и прав человека в качестве факторов, ослабляющих приверженность государств Декларации и их соответствующую деятельность. Отсутствие на глобальном уровне знаний и опыта в контексте осуществления Декларации вызывает обеспокоенность Постоянного форума. Отказ ряда государств от серьезного подхода к целям и правам, сформулированным в Декларации, негативно сказывается на правах коренных народов и их благосостоянии.

6. Одним из методов решения проблемы недостаточности знаний о положениях Декларации и отсутствия последовательности в ее осуществлении является создание механизма защиты, оценки и мониторинга процесса осуществления Декларации и представления соответствующих докладов. Этот механизм может получить соответствующие полномочия путем подготовки факультативного протокола. Отмечается отсутствие в необходимом объеме литературы по техническим аспектам такого рода факультативного протокола. Нет никаких печатных материалов, препятствующих оказанию поддержки факультативному протоколу. Опубликованные материалы демонстрируют убедительные прецеденты в рамках системы Организации Объединенных Наций, которая за более чем 30 лет сформировала дополнительные или вспомогательные механизмы, связанные с международным документом по правам человека, а именно декларацией, которые не нужно оформлять в виде договора, к которому государствам следует присоединиться и ратифицировать. Мы привлекаем внимание к процедуре сообщений Комиссии по положению женщин, установленной в 1947 году Экономическим и Социальным Советом в его резолюции E/76 (V), за десятилетия до подписания Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в от-

ношении женщин. Кроме того, с 1975 года Комиссия по правам человека (ставшая в 2006 году Советом по правам человека) достаточно часто создавала различные механизмы, направленные на усиление защиты прав человека, в частности, в случаях выявления наличия постоянной практики нарушения прав человека. Процедура рассмотрения сообщений, касающихся нарушений прав человека и основных свобод, была установлена Советом в 1970 году в резолюции 1503 (XLVIII) (так называемая «процедура 1503») и стала одним из таких механизмов. Еще одним не связанным с договорами механизмом является Рабочая группа по произвольным задержаниям, учрежденная Комиссией в соответствии с резолюцией 1991/42, мандат которой был продлен резолюцией 6/4 Совета по правам человека и последующими резолюциями. Рабочая группа на основании статей 7, 9–11, 13, 14 и 18–21 Всеобщей декларации прав человека уполномочена рассматривать индивидуальные жалобы. Еще одним примером является Рабочая группа по насильственным или недобровольным исчезновениям, созданная Комиссией в 1980 году (резолюция 20 (XXXVI)).

7. До обсуждения возможной формы и содержания факультативного протокола к Декларации необходимо сформулировать и признать ряд основополагающих принципов. Как было отмечено выше, в Алтской декларации содержится предложение о создании нового органа Организации Объединенных Наций по защите прав коренных народов; чем должен заниматься и любой новый механизм, создаваемый по результатам настоящего исследования. Необходимо отметить, что в представленных Постоянному форуму рекомендациях отмечается необходимость уделения особого внимания вопросам земель, территорий и ресурсов. Однако базовые принципы, подчеркивающие универсальный характер прав человека и предполагающие особое внимание к тому, что эти вопросы являются взаимосвязанными, взаимоувязанными, неделимыми и взаимозависимыми, включая вопросы, отраженные в Декларации, должны в полном объеме признаваться в контексте продвижения возможного факультативного протокола<sup>1</sup>. Декларация как документ, посвященный правам коренных народов, должна в связи с этим восприниматься в целом, и ее отдельные статьи должны интерпретироваться во взаимосвязи с другими статьями.

8. Кроме этого, чрезвычайно важное значение сохраняет вопрос развития правовой практики в рамках договорных органов и механизмов Организации Объединенных Наций, а так же в рамках региональных органов по правам человека в Африке, межамериканской системы и в других местах. Решения региональных органов, таких как Африканская комиссия по правам человека и народов и Межамериканский суд по правам человека, имеют обязательную юридическую силу. Такого рода юридические нормы должны сохраняться и никоим образом не должны ограничиваться или размываться действием какого бы то ни было возможного механизма. В этом отношении добровольный про-

<sup>1</sup> См., например, Н. Steiner, P. Alston and R. Goodman, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, 3rd edition (Oxford University Press, 2007); J. Donnelly, "The relative universality of human rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 29, No. 2 (May 2007); E. Brehms, *Human Rights: Universality and Diversity* (The Hague, Martinus Nijhof, 2001); Office of the High Commissioner for Human Rights, "What are human rights?", см. по адресу: [www.ohchr.org/en/issues/pages/whatarehumanrights.aspx](http://www.ohchr.org/en/issues/pages/whatarehumanrights.aspx); Dalee Sambo Dorrough, "Human rights", в документе Организации Объединенных Наций под названием "State of the World's Indigenous Peoples" (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № 09.VI.13), глава IV; United Nations Population Fund, *Human Rights Principles*, см. по адресу: [www.unfpa.org/rights/principles.htm](http://www.unfpa.org/rights/principles.htm).

токол к Декларации означал бы, что государства не могут отстаивать противоречащие друг другу версии или несоответствующее восприятие носящих обязательный характер норм в отношении коренных народов. Учитывая нормативный вес Декларации, предусмотренные Декларацией нормы в отношении прав человека, включая основные принципы равенства, недопущения дискриминации, культурной целостности, собственности и самоопределения, обсуждение и разработка дополнительных процедур или добровольного протокола представляют собой естественное развитие международных правовых норм в области прав человека (см. A/68/317, пункт 64). Именно так обстояло дело в отношении прав женщин, произвольного задержания и исчезновений.

9. Любой результат, полученный в результате проведения настоящего исследования, включая возможные договоренности или соглашения, не должен отличаться в меньшую сторону от минимальных стандартов, предусмотренных Декларацией. Любой из этих результатов должен соответствовать принципам защиты и поощрения прав коренных народов, а также правовым нормам Организации Объединенных Наций и региональных договорных органов. Исходя из этого, любой предполагаемый к использованию в будущем механизм должен быть разработан на основе общих формулировок, которые должны быть согласованы с государствами и коренными народами.

10. В размещенном ниже разделе II содержится информация о том, что представляет собой факультативный протокол, и почему факультативные протоколы используются в рамках международных норм в области прав человека. В нем содержатся примеры действующих в настоящее время факультативных протоколов и описание недостатков такого рода документов. В разделе III содержатся разъяснения в отношении того, почему осуществление Декларации будет активизировано путем использования факультативного протокола.

## **II. Что представляет собой факультативный протокол?**

11. Факультативный протокол это дополнительное соглашение к основному договору. Договоры по вопросам прав человека нередко сопровождаются факультативным протоколом, имеющим целью учреждение определенного механизма рассмотрения жалоб и установление процедуры защиты прав человека и обеспечения правоприменения исходного договора, либо дополнение существенных положений договора дальнейшими мерами, к которым должны присоединиться государства-участники. После присоединения к факультативному протоколу он приобретает статус имеющего обязательную юридическую силу документа в соответствии с положениями международного права. Факультативный протокол «может иметь отношение к любому вопросу, связанному с первоначальным договором, и используется либо для дополнительного разъяснения неких положений первоначального договора, решения новых или возникающих проблем или добавления процедуры осуществления и правоприменения договора, например, добавление процедуры рассмотрения индивидуальных жалоб»<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Детский фонд Организации Объединенных Наций, Введение к Конвенции о правах ребенка, см. по адресу: [www.unicef.org/crc/files/Definitions.pdf](http://www.unicef.org/crc/files/Definitions.pdf).

12. Факультативные протоколы нередко содержат более жесткие меры, чем договор, к которому они относятся; государства-участники могут выбрать, ратифицировать факультативный протокол или нет, и поэтому факультативные протоколы не имеют автоматической обязательной силы для первоначальных участников договора. Кроме того, в отношении факультативных протоколов действуют особые механизмы ратификации, которые используются независимо от первоначальных договоров; как правило, лишь государства, уже согласившиеся быть связанными первоначальным договором, могут ратифицировать факультативные протоколы к нему<sup>3</sup>.

### **Почему принимают факультативный протокол?**

13. Если договор не предусматривает надлежащих условий для его правоприменения и подотчетности, достаточно часто для выполнения этих функций разрабатывается факультативный протокол. Функции подотчетности могут предполагать процесс рассмотрения индивидуальных жалоб, известный как «процедура сообщений», или «процедура проведения расследования». Процедура сообщений позволяет отдельным лицам или группам, представляющим интересы отдельных лиц, подавать жалобу в комитет по надзору, отвечающий за контроль хода осуществления договора. Процедура проведения расследования позволяет комитету по надзору проводить расследование по собственному желанию. В договорной системе Организации Объединенных Наций по правам человека факультативный протокол устанавливает для комитетов по правам человека судебные полномочия и право надзора. Таким образом, на основе факультативного протокола комитет может рассматривать индивидуальные жалобы с использованием процедур, аналогичных тем, которые применяет традиционный суд по правам человека. Кроме того, в случаях серьезных и систематических нарушений прав человека некоторые комитеты, стремясь призвать государства-участники к ответственности, могут инициировать проведение расследования<sup>4</sup>.

14. В дополнение к этому возможности «раннего предупреждения» и принятия «срочных мер» позволяют договорному органу вмешаться в развитие «экстренной» ситуации, связанной с нарушением прав человека, в целях принуждения государства к обеспечению незамедлительного соблюдения правовых норм.

15. Два Факультативных протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах были разработаны в связи с тем, что, как сочли государства-участники, для достижения целей Пакта и осуществления его положений было бы целесообразно дать Комитету по правам человека возможность получать и рассматривать сообщения от отдельных лиц, утверждающих, что они являются жертвами нарушений какого-либо из прав, изложенных в Пакте.

16. Первый Факультативный протокол представляет собой механизм индивидуальных жалоб, позволяющий отдельным лицам направлять жалобы или сообщения Комитету по правам человека; Второй факультативный протокол, имеющий целью отмену смертной казни, также контролируется Комитетом по правам человека.

<sup>3</sup> Факультативные протоколы к Конвенции о правах ребенка являются исключением.

<sup>4</sup> См.: Coalition for an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Take Action NOW! Advocacy Kit, 2004, см. по адресу: [www.iwraw.org/documents/OP\\_to\\_ICESCR\\_Advocacy\\_KitInt.pdf](http://www.iwraw.org/documents/OP_to_ICESCR_Advocacy_KitInt.pdf).

17. В своей резолюции 54/4 Генеральная Ассамблея, напоминая о том что в Пекинской платформе действий предусматривалась поддержка процесса, начатого Комиссией по положению женщин в целях разработки проекта факультативного протокола к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, который мог бы в ближайшее время вступить в силу в отношении права на подачу петиции, 6 октября 1999 года одобрила Факультативный протокол, который вступил в силу 22 декабря 2000 года.

18. Данный Факультативный протокол содержит процедуру проведения расследования и процедуру рассмотрения жалоб, которая позволяет Комитету по ликвидации дискриминации в отношении женщин проводить расследования случаев серьезных и систематических нарушений прав женщин в государствах-участниках Факультативного протокола (статья 8). Факультативный протокол основан на процедуре проведения расследования, установленной в статье 20 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.

19. Несмотря на то что в преамбуле Факультативного протокола к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин не так подробно, как в других протоколах изложены причины его выработки, он предусматривает возможность проведения расследований международным экспертным органом случаев серьезного нарушения прав женщин; может быть эффективно использован в случаях, когда индивидуальные сообщения не могут отразить систематический характер широко распространенных нарушений прав женщин; позволяет расследовать широко распространенные нарушения в тех случаях, когда отдельные лица или группы лиц не могут направить сообщения (по практическим соображениям или из-за опасений репрессий); предоставляет Комитету возможность давать рекомендации в отношении структурных причин нарушений; и позволяет Комитету рассматривать в конкретной стране широкий круг проблем<sup>5</sup>.

20. К Конвенции о правах ребенка имеется два Факультативных протокола, которые были приняты одновременно. Один из них это Факультативный протокол, касающийся участия детей в вооруженных конфликтах, а другой — Факультативный протокол, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии. Что касается первого, то в его преамбуле содержится подробное изложение причин его подготовки и принятия. В преамбуле заявляется, что государства-участники обеспокоены пагубным и широкомасштабным воздействием вооруженных конфликтов на детей, а также их долгосрочными последствиями для прочного мира, безопасности и развития, и осуждают «посягательства на детей в условиях вооруженного конфликта, а также непосредственные нападения на объекты, охраняемые в соответствии с международным правом, в том числе на места, в которых обычно присутствует большое количество детей, такие как школы и больницы». В ней также утверждается необходимость дальнейшего содействия более эффективному осуществлению прав, признанных в Конвенции, и отмечается принятие Римского статута Международного уголовного суда и, в частности, квалификацию в нем в качестве военного преступления действий, связанных с призывом на военную службу или

<sup>5</sup> United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women (UN-Women), Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: What is an optional protocol?, см. по адресу: [www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/whatis.htm](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/whatis.htm).

мобилизацией детей, не достигших 15-летнего возраста, или с их активным использованием в военных действиях в рамках как международных, так и не-международных вооруженных конфликтов.

21. Факультативный протокол к Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания вступил в силу 22 июня 2006 года. Он позволяет создать систему регулярных посещений, осуществляемых независимыми международными и национальными органами, мест, где находятся лишенные свободы лица, в целях предупреждения пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. В преамбуле со всей определенностью заявляется, что причиной подготовки Факультативного протокола является необходимость усиления защиты лишенных свободы лиц от пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.

22. Факультативный протокол к Конвенции о правах инвалидов вступил в силу 3 мая 2008 года. В соответствии с положениями Факультативного протокола государства-участники признают компетенцию Комитета по правам инвалидов принимать и рассматривать сообщения от находящихся под их юрисдикцией лиц или групп лиц, которые заявляют, что являются жертвами нарушения положений Конвенции, или от их имени (статья 1).

## **Существуют ли ограничения в отношении факультативных протоколов?**

### **Государства-участники**

23. Ограничения в отношении факультативных протоколов в большинстве случаев заключаются в том, что процессы направления сообщений могут использоваться только отдельными лицами или группами лиц в государствах, являющихся участниками соответствующего договора и ратифицировавших его.

### **Правовой статус**

24. Правовой статус решений комитета в соответствии с факультативным протоколом имеет различный характер. основополагающий принцип международного права заключается в том, что государственные правовые системы носят суверенный характер и для того, чтобы решение комитета имело правовое последствие внутри страны, как правило, необходимо принятие уполномочивающего акта, позволяющего трансформировать положения международного права в национальный закон; соображения комитета не являются юридически обязывающими подобно решениям национальных судов, которые имеют юридически обязывающий характер, и государства не могут их игнорировать по своему усмотрению. Юридическая сила соображений комитета находится посередине, между этими двумя крайностями, и его доклады содержат, как минимум, очень убедительный анализ и руководящие принципы<sup>6</sup>. По своей природе факультативные протоколы имеют «факультативный» или добровольный характер, в связи с чем их ратификация свидетельствует о приверженности прин-

<sup>6</sup> Human Rights Resource Law Centre, "Australia's ratification of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", Melbourne, July 2009.

ципам добросовестности в рамках взаимоотношений между государством и отдельными лицами или группами лиц, вовлеченными в рассмотрение соответствующего предмета; применительно к Декларации — между коренными народами и государством.

#### **Оговорки**

25. При ратификации договоров или факультативных протоколов государства-участники могут зафиксировать оговорки, которые не противоречат принципам документа. Тем не менее в связи с тем, что Декларация является декларацией Генеральной Ассамблеи, этого может не потребоваться. В связи с тем, что декларация не является договором, может быть так, что факультативный протокол сможет обеспечить достижение носящих более продолжительный и взаимосогласованный характер результатов благодаря своему добровольному или факультативному характеру.

### **III. Зачем нужен факультативный протокол к Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов**

26. При том что государства уже имеют юридические обязательства в контексте международного права в отношении права на самоопределение и права собственности, для коренных народов на основе обычного международного права отмечается настоятельная необходимость принятия дополнительных и четких мер. Существует необходимость учреждения механизма контроля как за содержанием, так и за значением Декларации. Разработанный в сотрудничестве с государствами факультативный протокол является одним из механизмов, способных оказать в этом помощь. Что касается права на самоопределение, права на земли, территории и ресурсы и права на свободное, предварительное и осознанное согласие в частности, то существует необходимость мониторинга и консолидации содержания и значения такого рода прав. Необходимость создания такого механизма объясняется главным образом ссылкой на работу Специального докладчика по вопросу о правах коренных народов, который на основе собственных наблюдений в течение пятилетнего периода выразил обеспокоенность в отношении того, что Декларацию подрывают определенные неувязки в отношении ее статуса и содержания, а также некоторые заявления о позиции по этим вопросам (A/68/317, пункт 87). В частности, постоянные упоминания о том, что Декларация представляет собой «не являющийся юридически обязательным или просто декларативным документом», «принижают ее статус» и убеждают в допустимости «вольной трактовки ее положений» (там же, пункт 60).

#### **Что представляют собой декларации?**

27. Декларации принимаются резолюцией Генеральной Ассамблеи в соответствии со Статьей 13 Устава Организации Объединенных Наций, уполномочивающей Ассамблею давать рекомендации в отношении прогрессивного развития международного права и его кодификации и в том, что касается содействия осуществлению прав человека и основных свобод для всех без различия расы,

пола, языка и религии<sup>7</sup>. Декларации можно сравнить с договорами или противопоставить им, при этом договоры являются юридически обязательными документами для государств, ратифицировавших их и включивших их положения в национальное законодательство. При рассмотрении Декларации пристальное внимание уделяется различию между «юридически обязательным» документом и документом, «не имеющим обязательной силы». Чрезмерное подчеркивание юридически необязательного характера Декларации может подразумевать, что данный документ является неэффективным или не влечет за собой правовых последствий; но это неправильно. По мнению Специального докладчика, просто сказать, что Декларация не является юридически обязательным документом, было бы упрощением, которое может создать неверное представление о ее нормативном весе. В общественном сознании издавна и широко укрепились представления о том, что нормообразующие резолюции Генеральной Ассамблеи могут иметь и обычно имеют правовые последствия, причем это прежде всего справедливо в отношении так называемых деклараций, под которыми принято понимать наиболее значительные нормообразующие резолюции (там же, пункт 61).

28. Что касается деклараций Генеральной Ассамблеи, то, несмотря на то что Декларация сама по себе не носит такого же юридически обязательного характера, как договор, она отражает юридические обязательства, относящиеся к Уставу, другим договорным обязательствам и нормам обычного международного права. Декларация основывается на общих обязательствах государств в области прав человека в соответствии с Уставом и закрепляет основные принципы прав человека, такие как недопущение дискриминации, право на самоопределение и культурную самобытность, которые включены в ратифицированные широким кругом государств договоры по правам человека, о чем свидетельствует работа договорных органов Организации Объединенных Наций. Также известно, что основные принципы Декларации были в целом приняты в международной и внутригосударственной практике, а значит Декларация в этой степени отражает нормы обычного международного права.

29. По вопросу обычного международного права Эммануил Войякис заявляет, что резолюции Генеральной Ассамблеи могут дать стимул для разработки новых обычных международных норм и правил, и что они зачастую могут помочь в совершенствовании действующих обычных норм и правил<sup>8</sup>, примером чего является Всеобщая декларация прав человека.

30. Несмотря на необязательный с юридической точки зрения характер и статус, отличающийся от договоров, Декларация представляет собой принятый на основе консенсуса документ, получивший поддержку со стороны большинства государств — членов Организации Объединенных Наций и, в последующем, всех государств-членов, поскольку она уже «содержит многие принципы в отношении соблюдения прав человека, уже защищаемые в соответствии с обычным международным правом и договорным правом, и предусматривает мини-

---

<sup>7</sup> Для целей настоящего исследования основное внимание уделяется декларациям, принятым Генеральной Ассамблеей. При этом понимается, однако, что не все декларации принимаются Ассамблеей, например декларации принимаются Международной организацией труда (МОТ).

<sup>8</sup> Emmanuel Voyiakis, "Voting in the General Assembly as evidence of customary international law?", in *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Stephen Allen and Alexandra Xanthaki, eds. (Hart Publishing, 2011).

мальные стандарты для государств-участников в контексте их взаимоотношений с коренными народами в мире»<sup>9</sup>. Такого рода консенсус и официальный статус документа означают, что в соответствии с Уставом, в частности с пунктами 2 и 3 статьи 1, статьями 55 и 56, государства-члены обязаны уважать и поощрять эти права.

### Обычное международное право

31. Позиция Комитета Ассоциации международного права по вопросам осуществления прав коренных народов (прежде называвшегося Комитетом по правам коренных народов) и Специального докладчика по вопросу о правах коренных народов заключается в том, что положения Декларации представляют собой нормы и правила обычного международного права: соответствующими областями прав коренных народов, вызывающими дискуссию по вопросам положений обычного международного права, являются самоопределение, автономия или самоуправление, культурные права и идентичность, земельные права, а также компенсации, возмещения и средства судебной защиты<sup>10</sup>. Лори Грэм и Зигфрид Висснер предлагают следующее объяснение:

«[Декларация] является торжественным, всеобъемлющим и авторитетным ответом международного сообщества государств на требования коренных народов, и ожидается максимально возможное выполнение ее положений. Некоторые из провозглашенных в ней прав уже могут формировать часть обычного международного права, другие могут стать *fons et origo* последующего развития обычного международного права. Научные исследования практики государств и *opinio juris* позволяют сделать вывод о том, что коренные народы имеют право на сохранение и развитие своей культурной самобытности, духовности, языка и традиционных укладов жизни; что они обладают правом на политическое, экономическое и социальное самоопределение, включая широкую автономию, и что они имеют право на земли, которые им традиционно принадлежали или на иных основаниях находились в их владении и использовании»<sup>11</sup>.

32. Обычное международное право в качестве источника международного права может сформироваться тогда, когда значительное число государств достигнет общего согласия в отношении нормы, его содержания и соблюдения. Для соблюдения требований обычного международного права, как это установлено Международным Судом, требуется доказательство в отношении широко распространенной практики государства в дополнение к *opinio juris*, что может быть истолковано как уверенность государств в том, что данная практика предусмотрена законодательством<sup>12</sup>. После формирования практики и достижения убежденности государства обычное правило может воплотиться в имеющий обязательный характер международный закон, если такого рода действия

<sup>9</sup> Law Council of Australia, Background Paper, "Policy statement on indigenous Australians and the legal profession", February 2010.

<sup>10</sup> International Law Association, Committee on the Rights of Indigenous Peoples, The Hague Conference (2010): Rights of Indigenous Peoples, Interim Report, см. по адресу: [www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024](http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024).

<sup>11</sup> Lorie M. Graham and Siegfried Wiessner, "Indigenous sovereignty, culture and international human rights law", *South Atlantic Quarterly*, vol. 110, No 2 (Spring 2009).

<sup>12</sup> *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969.

представляют собой сложившуюся практику. При том что проверку, «как это общеизвестно, чрезвычайно сложно провести»<sup>13</sup>, по мнению Специального докладчика, вряд ли можно всерьез отрицать, что это во многом характерно по крайней мере для некоторых основных положений Декларации, основанных на устоявшихся принципах уважения прав человека, которые, таким образом, отражают нормы обычного международного права (A/68/317, пункт 64). Этот подход поддерживается Ассоциацией международного права, по заявлению которой, даже при том что нельзя утверждать, что Декларация в целом может рассматриваться в качестве отражения обычного международного права, некоторые из ее ключевых положений могут обоснованно рассматриваться в качестве соответствующих сформировавшимся принципам общего международного права, предполагая тем самым существование аналогичных и параллельных международных обязательств, которые государства обязаны выполнять<sup>14</sup>.

33. Кроме того, Ассоциация международного права сделала в своем докладе вывод о том, что неоспоримая судебная и квазисудебная практика договорных органов, так же как и соответствующая практика государства на национальном и международном уровнях, со всей очевидностью свидетельствуют о существовании в рамках международного сообщества как *opinio juris*, так и *consuetudo*, в соответствии с которыми ряд базовых прерогатив, играющих важную роль для сохранения идентичности и обеспечения фундаментальных прав коренных народов, в настоящее время нашли свое воплощение в рамках обычного международного права<sup>14</sup>.

#### **Императивные нормы международного права**

34. Декларация также отражает *jus cogens*, или императивные нормы международного права. Императивные нормы представляют собой универсальные нормы, от которых нельзя отступать даже при наличии договорных положений о противном. Императивные нормы включают свободу от геноцида и международные нормы, запрещающие расовую дискриминацию. Кроме того, право на самоопределение рассматривается многими в качестве императивной нормы.

#### **Земли, территории и ресурсы**

35. Что касается обычного международного права, то одним из вопросов, по которым наблюдается согласие между его толкователями и юристами, является то, что одной из сфер, в отношении которой требуется разработка положений обычного международного права, являются вопросы земель, территорий и ресурсов. По мнению Ассоциации международного права, практика государства в отношении прав коренных народов на землю развивалась как на законодательном (включая конституционный), так и на юрисдикционном уровне<sup>14</sup>. После принятия Декларации профессора Аная и Виссер на основании глобального исследования государственной практики в отношении земель коренных народов высказались в пользу отдельного свода норм обычного права, соответствующего праву коренных народов на демаркацию, владение, обустройство, контроль и использование в отношении земель, которые им традиционно принадлежали или на иных основаниях находились в их владении и использова-

<sup>13</sup> Megan Davis. "To bind or not to bind: the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples five years on", *Australian International Law Journal*, vol. 19 (2012).

<sup>14</sup> Ассоциация международного права, Предварительный доклад.

нии<sup>15</sup>. Эта норма была подтверждена Межамериканским судом по правам человека в рамках рассмотрения иска общины Маягна (Сумо) Авас Тиньи к Никарагуа. В своем иске, поданном в Суд, Межамериканская комиссия по правам человека утверждала, что существует норма обычного международного права, которая подтверждает права коренных народов на их традиционные земли. Никарагуа не опровергла это утверждение, тем самым согласившись с допущением, что права коренного населения на землю защищены обычным международным правом<sup>16</sup>.

36. Кроме того, Ассоциация международного права определила судебную практику, проистекающую из деятельности договорных органов Организации Объединенных Наций в отношении земель, территорий и ресурсов, включая Комитет по правам человека, в которой особый акцент делается на обязательство государств — участников Международного пакта о гражданских и политических правах по содействию возвращению на практике коренным народам земель их предков (A/HRC/4/77, пункт 8)<sup>14</sup>; Комитет по ликвидации расовой дискриминации заявил в своей общей рекомендации № 23 об обязательстве государств — участников Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации признать и защищать право коренных народов владеть, обустривать, контролировать и использовать свои общинные земли, территории и ресурсы, а там, где их земли и территории, которыми они традиционно владели или на которых они иным образом проживали, отобраны или используются без их добровольного и осознанного согласия, принять меры для возвращения таких земель и территорий (пункт 5).

37. Что касается этого вопроса, то в докладе Ассоциации международного права содержится вывод о том, что в последнее время значительное число государств приняли компенсационные политические меры, направленные на возвращение коренным народам земель, которые были у них отобраны<sup>10</sup>. Ассоциация выявила такого рода практику на основании изучения опыта Австралии, Аргентины, Бангладеш, Белиза, Боливии (Многонационального Государства), Ботсваны, Бразилии, Венесуэлы (Боливарианской Республики), Индии, Камбоджи, Канады, Колумбии, Коста-Рики, Лаосской Народно-Демократической Республики, Малайзии, Мексики, Никарагуа, Новой Зеландии, Норвегии, Парагвая, Перу, Соединенных Штатов Америки, Филиппин, Чили, Эквадора, Южной Африки, Японии, Китайской провинции Тайвань и Европейского союза<sup>10</sup>.

<sup>15</sup> S. James Anaya and Siegfried Wiessner, "The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: towards re-empowerment", JURIST, 3 October 2007), см. по адресу: <http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php>.

<sup>16</sup> HR1/GEN/1/Rev.7, General Recommendation XXIII (1997), The Rights of Indigenous Peoples, пункт 5.

#### **IV. Процесс разработки факультативного протокола к Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов в отношении земель, территорий и ресурсов**

38. Разногласия между государствами, третьими лицами и коренными народами в отношении земель, территорий и ресурсов были и продолжают оставаться предметом длительных и дорогостоящих судебных разбирательств. При этом Постоянный форум ранее подчеркивал ту роль, которую Декларация может сыграть в изменении динамики споров между коренными народами и государствами. В случаях, когда переговоры с государством не увенчались успехом, Декларация могла бы стать ведущим фактором при решении в судебном порядке вопросов, связанных с правами, или при рассмотрении жалоб, направленных в договорные органы по правам человека. Декларация могла бы также помочь в изменении динамики споров, с тем чтобы бремя доказывания не всегда возлагалось на коренные народы, а в большей степени лежало бы на государствах. Участники сослались на уже имеющиеся примеры эффективного использования Декларации в рамках диалога между коренными народами и государством.

39. Та роль, которую Декларация может играть в рамках диалога между коренными народами и государствами, лежит в основе побудительного мотива разработки факультативного или добровольного протокола. Поэтому важно, чтобы элементы такого соглашения были тщательно проанализированы. Мы считаем, что факультативный протокол к Декларации должен быть а) добровольным; б) увязанным с положениями Декларации, которые имеют отношение к вопросам земель, территорий и ресурсов; в) согласованным на основе активного диалога между коренными народами и национальными государствами; и d) согласованным на основе «принципиального согласия». Кроме того, в состав комитета или иного механизма, созданного в соответствии с факультативным протоколом, необходимо включить независимых экспертов по проблематике прав человека.

##### **A. Добровольный характер факультативного протокола**

40. Для того чтобы любой механизм, такой как факультативный протокол, мог действовать эффективно и способствовать поиску удовлетворительных и долгосрочных решений, его необходимо разрабатывать поэтапно. Исходя из этого мы предлагаем, чтобы механизм в контексте Декларации носил добровольный характер и не обязывал государства к присоединению к нему. Принцип сотрудничества и партнерства должен определять деятельность по разработке механизма, поскольку он отражает дух Декларации. Механизм должен обеспечить развитие неофициального и добровольного процесса или методов урегулирования разногласий для заинтересованных сторон в духе сотрудничества в целях достижения взаимоприемлемого решения. Результаты должны в конечном счете гарантировать осуществление норм Декларации, а также дополнительную защиту и поощрение прав коренных народов. Такой подход расширяет возмож-

ности участников в плане обеспечения контроля над результатами и с большей вероятностью может позволить добиться принятия успешных и устойчивых решений. Тем не менее такой добровольный механизм не может создавать для государств возможность избежать контроля со стороны существующих международных или региональных правозащитных органов и механизмов или национальных судов; факультативный протокол должен стимулировать государства к осуществлению добросовестных действий и демонстрации более высокого уровня приверженности и повышению стандартов на основе взаимоприемлемых решений.

41. В целях обеспечения эффективности механизма он мог бы предусматривать использование как процедуры направления сообщений, так и проведения расследований. Процедура проведения расследований может предполагать упреждающий подход, позволяющий обеспечить внимание заинтересованных сторон и в конечном счете диалог и переговоры между ними, в отличие от подхода, предполагающего применение карательных мер. После «добровольного» присоединения государства к механизму процедура будет способствовать активизации диалога и переговоров.

## **В. Меры, связанные с положениями Декларации в отношении земель, территорий и ресурсов**

42. На начальной стадии предпочтительно было бы ограничить эти первоначальные добровольные меры вопросами, связанными с землями, территориями и ресурсами, поскольку это те положения, которые порождают наиболее сложные проблемы, требующие решения государствами, коренными народами и третьими сторонами. Увеличение в течение последнего десятилетия на международном уровне числа судебных дел и расширение судебной практики по вопросам земель, территорий и ресурсов подчеркивает важность и актуальность такого подхода<sup>17</sup>. Доклады Специального докладчика по вопросу о правах коренных народов, в которых показаны активная борьба коренных народов во всем мире за свои земли, территории и ресурсы, предоставляют убедительное доказательство настоящей необходимости создания механизма, способствующего проведению переговоров и развитию диалога между сторонами. Комитет или другой механизм могли бы осуществлять контроль и проводить экспертизы по вопросам, связанным с устоявшимися принципами и разработкой норм. Например, отмечается повышенная заинтересованность в свободном, предварительном и обоснованном согласии, в частности со стороны делового сообщества. Такого рода орган мог бы опираться в своей работе на Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека:

<sup>17</sup> International Law Association, Interim Report; International Law Association, Committee on Rights of Indigenous Peoples, Sofia Conference (2012), Final Report; см. по адресу: [www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024](http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024). Оба доклада посвящены рассмотрению проблемы увеличения числа судебных споров и расширения судебной практики по вопросам, связанным с земельными правами коренных народов. См., например: дело «Коренная народность сараяку против Эквадора» (Существо дела и компенсации); Межамериканский суд по правам человека, Серия С, № 245, 27 июня 2012 года; Центр по развитию прав меньшинств (Кения) и Международная группа по правам меньшинств от имени Совета по благосостоянию народа эндоройс против Кении (Существо дела), Африканская комиссия по правам человека и народов, сообщение № 276/2003, 25 ноября 2009 года.

осуществление рамок Организации Объединенных Наций в отношении «защиты, соблюдения и средств правовой защиты» (A/HRC/17/31, приложение), одобренных Советом по правам человека в его резолюции 17/4. Существующие у государств, коренных народов и третьих сторон возможности по обсуждению содержания и веса свободного, предварительного и обоснованного согласия могли бы позволить добиться некой согласованности в отношении смыслового содержания такого согласия на основе важной работы, проведенной Специальным докладчиком по разъяснению процедурного аспекта свободного, предварительного и обоснованного согласия (на основе всесторонних консультаций с заинтересованными сторонами) и созданию возможностей для избежания дорогостоящих судебных разбирательств.

43. Следует признать, что в отношении свободного, предварительного и обоснованного согласия Декларация была предметно рассмотрена в рамках Глобального договора и Рабочей группы по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях. Кроме того, специальные докладчики и независимые эксперты продолжают рассматривать такого рода согласие в контексте Декларации, договорных органов Организации Объединенных Наций по правам человека, региональных правозащитных механизмов, Постоянного форума и Экспертного механизма по правам коренных народов. Исходя из этого факультативный протокол и комитет или иной механизм, связанный с Декларацией, могли бы должным образом руководствоваться целями защиты и поощрения прав коренных народов. Принятие факультативного протокола, основанного на положениях Декларации, посвященных землям, территориям и ресурсам, можно рассматривать в качестве отправной точки с последующим распространением действия мер в отношении всей Декларации при понимании взаимосвязанного, взаимозависимого, неделимого и взаимоувязанного характера прав человека и обеспечении того, чтобы эти фундаментальные положения трактовались в контексте Декларации в целом, других международных норм в области прав человека и соответствующих положений национального законодательства.

### **С. Меры, согласованные в рамках проведения широкого диалога между коренными народами и государствами**

44. Согласование факультативного протокола должно проходить в рамках проведения широкого диалога между коренными народами и государствами. Это может быть обеспечено посредством проведения серии совещаний экспертов в рамках рабочей группы по правам человека, или на основе координации соответствующей деятельности Экспертным механизмом по правам коренных народов, Специальным докладчиком по вопросу о правах коренных народов и Постоянным форумом. Диалог и переговоры между двумя сторонами играют важную роль в плане обеспечения легитимности факультативного протокола. Следует отметить, что участие коренных народов является формой реализации права на самоопределение, и соответствующий процесс может способствовать формированию всех необходимых элементов свободного, предварительного и обоснованного согласия. Кроме того, коренные народы и государства с большей вероятностью серьезно отнесутся к работе механизма, если они сыграют равноправную роль в процессе его разработки, как это имело место в случае Декларации.

## **D. Меры, согласованные на основе «принципиального согласия»**

45. Наконец, чрезвычайно конструктивный характер будет иметь достижение «принципиального согласия», укрепляющего права коренных народов путем достижения согласия в отношении фундаментальных принципов, которыми можно будет руководствоваться при обсуждении факультативного протокола к Декларации или проведении соответствующих переговоров. Таким образом, у всех сторон будет ясное понимание основных принципов при разработке или создании этого столь необходимого механизма. Такое согласие может включать признание Декларации и ее нормативного веса, принципов равенства и недопущения дискриминации, права на самоопределение коренных народов, предоставляемого в полном объеме в отношении их непосредственного участия в переговорах, подтверждение того, что целью факультативного протокола является поощрение и защита прав коренных народов, признание необходимости добросовестных действий всех сторон, признание взаимосвязанного характера норм Декларации, а также изложение информации о предлагаемых временных рамках завершения обсуждения, диалога или переговоров, посвященных факультативному протоколу, и условия оказания финансовой поддержки в целях обеспечения непосредственного участия в переговорах коренных народов.

## **E. Комитет или иной механизм в составе независимых экспертов по правам человека**

46. Комитет или иной механизм должен включать в свой состав группу независимых экспертов по международным нормам в области прав человека, которые обладают солидными знаниями и умениями, квалификацией, образованием и/или опытом в сфере культуры коренных народов. Они должны обладать доказанной компетенцией в предметных областях Декларации. Члены этой группы могут приглашаться или назначаться в сотрудничестве с соответствующими коренными народами и государством и направляться для изучения ситуации на основании сообщений или процедуры проведения расследования. Должность должна предполагать готовность и желание любого члена быть направленным в случае необходимости в то или иное государство. Этот предложенный состав такого рода механизма обеспечит оперативность и принципиальность в его работе, а также возможность использования передовых международно-правовых знаний и опыта. Наконец, мы полагаем, что в качестве бенефициаров оговоренных в Декларации прав коренные народы должны обладать значительным весом в рамках сотрудничества с государствами при отборе этих экспертов в духе сотрудничества, заложенном в процесс подготовки текста Декларации<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Одним из прецедентов стал процесс подготовки текста самой Декларации, в рамках которого коренные народы фактически изменили правила Организации Объединенных Наций, настаивая на признании права их непосредственного участия в рамках всего процесса формирования норм и добиваясь этого, в том числе путем назначения в ряде случаев сопредседателей важнейших заседаний редакционных групп из числа представителей коренных народов. Эта тенденция была поддержана государствами-членами, исходя из того что коренные народы были конечными бенефициарами Декларации. Кроме того, с учетом прав коренных народов на земли, территории и ресурсы; исторической несправедливости; лишения прав собственности; и умаление

## V. Заключение и рекомендации

47. Настоящее исследование было проведено в соответствии с рекомендацией одиннадцатой сессии Постоянного форума в отношении факультативного протокола к Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов с уделением особого внимания вопросу о возможном создании добровольного механизма, который использовался бы для рассмотрения на международном уровне жалоб, в частности касающихся притязаний на земли, территории и ресурсы коренных народов и нарушений их соответствующих прав на страновом уровне. Данная рекомендация стала следствием многолетнего обсуждения вопроса о необходимости формирования добровольного или факультативного механизма в целях обеспечения контроля осуществления положений Декларации. Настоящее исследование уже позволило отразить обеспокоенность Организации Объединенных Наций в связи с отсутствием носящих комплексный характер национальных, политических и правовых инициатив, имеющих своей целью поддержку минимальных норм Декларации. В частности, в годовом докладе Специального докладчика по вопросу о правах коренных народов Генеральной Ассамблеи (A/68/317) подчеркивается его глубокая обеспокоенность в связи с имеющими «негативные последствия» действиями государств, направленных на преуменьшение значения или сведение к минимуму веса и содержания Декларации.

48. Для использования добровольного или факультативного механизма, предусматривающего механизм рассмотрения жалоб и имеющего целью проведение переговоров и диалога на основе принципа партнерства, как это закреплено в Декларации:

- в соответствии с просьбой государств (включая третьи стороны) и соответствующих коренных народов механизм должен носить добровольный характер;
- действие механизма должно быть ограничено положениями Декларации и теми конфликтами или спорными вопросами, которые имеют непосредственное отношение к землям, территориям и ресурсам;
- механизм должен быть согласован путем проведения широкого диалога между коренными народами и государствами на взаимосогласованных условиях;
- комитет или механизм, созданный в соответствии с факультативным протоколом, должен включать в свой состав ведущих специалистов по международному праву, имеющих опыт в сфере международного права и прав человека коренных народов, включая Декларацию, отобранных совместно коренными народами и государствами. Участники не должны получать

---

земельных прав, бремя усилий по разрешению такого рода ситуаций ложится на государства. См., в целом, К. McNeil, "The onus of proof of aboriginal title", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 37, No. 4 (Winter 1999), в котором автор настаивает на том, что коренные народы должны иметь возможность опираться в своих действиях на современные или прошлые территориальные владения в целях формирования презумпции права коренного народа на землю и перенесения на государство бремени доказательства его права собственности на землю.

вознаграждения (за исключением компенсации расходов); они должны быть всегда доступными и готовыми к поездкам.

---