ОБЫЧАИ КОРЕННЫХ НАРОДОВ В СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЯХ КАНАДЫ И РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ (СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ)

ЗАХАРОВА Татьяна Айаровна, аспирант Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, старший референт государственного-правового управления аппарата Государственного Собрания (Ил Тумэн) Республики Саха (Якутия)

677022, Россия, г. Якутск, ул. Ярославского, 24/1

E-mail: bisness_07@mail.ru

Одним из неотъемлемых и самостоятельных явлений жизнеустройства коренных народов являются обычаи. Обычаи коренных народов действуют, соблюдаются и обозначены как правила их жизни. Между тем в настоящее время совершение определенных действий коренными народами в соответствии с обычаями практически всегда вступает в противоречие с официальным правом государства, на территории которого данные народы проживают.

Данная статья посвящена вопросам взаимодействия обычаев коренных народов и официального права. Для анализа и сравнения выбраны два судебных решения, вынесенных в Канаде и Российской Федерации — государствах, не ратифицировавших Конвенцию МОТ № 169. В результате автором выявлены особенности рассмотрения судами дел, в которых одной из сторон являются лица из числа коренных народов. Интерес к данным сложным судебным делам связан с тем, что лица из числа коренных народов обосновывают свои действия, правомерность которых оспаривается, обычаями.

Цель статьи заключается в анализе действий и обоснований коренных народов, связанных с обычаями, а также позиций судов Канады и Российской Федерации. Проводится сравнение места обычаев коренных народов в системе законодательства указанных государств. Автор приходит к выводу, что обычаи коренных народов могут быть как изучены и учтены судами, так и не приниматься ими во внимание, а значит, не могут быть поняты и оценены.

Ключевые слова: права коренных народов, обычаи коренных народов, обычай как источник права, судебные дела с участием коренных народов.

THE CUSTOMS OF THE INDIGENOUS PEOPLES IN JUDICIAL DECISIONS IN CANADA AND THE RUSSIAN FEDERATION (A COMPARATIVE LEGAL RESEARCH)

T. A. ZAKHAROVA, postgraduate student at the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, senior referent of the State and legal department of the Office of the State Assembly (Il Tumen) of the Sakha Republic (Yakutia)

24/1, Yaroslavskogo st., Yakutsk, Russia, 677022

E-mail: bisness_07@mail.ru

One of the fundamental and independent phenomena of living arrangement of indigenous peoples are customs. Customs of indigenous peoples act, are observed and designated as rules of their life. Meanwhile today performance of specific actions by indigenous peoples according to customs almost always contradicts to the law of the state in the territory of which these peoples live.

This article is devoted to questions of the interaction of customs of indigenous peoples with the positive law. For the analysis and comparison two judgments which are given in Canada and the Russian Federation — the countries which have not ratified the ILO Convention No. 169 — were chosen. As a result of the analysis of judgments which is carried out within this article, the author has revealed features of judgment by courts of cases in which one of the parties are persons from among indigenous people. Interest in these problematic lawsuits is connected with the fact that persons from among indigenous people in justification of the actions which legitimacy is challenged directly connect with customs.

The purpose of this article consists in the analysis of actions and justifications of the indigenous peoples connected with customs and also positions of courts of Canada and the Russian Federation. By such analysis the author compared the place of customs of indigenous peoples in the system of the legislation of the mentioned countries. The analysis and comparison allowed the author to draw a conclusion that customs of indigenous peoples can be studied and judged by courts, and cannot be taken into account, so, can't be understood and estimated — depending on law enforcement activity of public authorities and courts of the states in which territories these peoples live.

Keywords: rights of indigenous people, customs of indigenous people, custom as a source of law, lawsuits with participation of indigenous peoples.

DOI: 10.12737/art.2018.4.4

Одним из основных принципов международного права в области прав коренных народов является учет их обычаев или обычного права. Например, Конвенция № 169 Международной организации труда (МОТ) «О коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, в независимых странах» 1989 г. установила, что положение коренных народов регулируется полностью или частично их собственными обычаями или традициями, или специальным законодательством, а также то, что указанные народы имеют право сохранять собственные обычаи и институты, если они не противоречат основным правам, определенным национальной правовой системой, и международно признанным правам человека. При необходимости устанавливаются процедуры для разрешения конфликтов, могущих возникнуть при осуществлении данного принципа. При применении к соответствующим народам национальных законов должным образом учитываются их обычаи или обычное право (ст. 8).

Существует два диаметрально противоположных подхода судов к решению проблемы прав в относительно сходных делах с участием представителей коренных народов в качестве ответчиков. Для рассмотрения взяты судебные решения Канады и России, двух федераций, не ратифицировавших Конвенцию № 169 МОТ. Это — объединенное решение Верховного суда Канады по двум делам *R. v. Sappier; R. v. Gray* 2006 SCC 54 от 7 декабря 2006 г. и решение Воркутинского городского суда Республики Коми от 23 мая 2012 г.

В 1999 и 2001 гг. в провинции Нью-Брансуик в Канаде двум членам индейской народности малисит (*Maliseet First Nation*) и одному члену индейской народности микмак (*Mikmaq First Nation*) были предъявлены обвинения в незаконной вырубке леса на федеральных землях, где в соответствии с Законом провинции Нью-Брансуик «О федеральных землях и лесах» (*Crown Lands and Forest Act*) 1980 г. рубка леса запрещена.

Трое обвиняемых в свою защиту заявили, что имеют исконное право на рубку леса для личного пользования, основанное на обычае рубки дров, так как они заготавливают древесину этой провинции издавна, используют ее только для личных нужд, и что такая практика является неотъемлемой частью их отличительной культуры. Они планировали из срубленных деревьев построить дом и собрать мебель, при этом у них не было цели продать древесину или мебель, которую они собирались из нее сделать. Данное обстоятельство имеет принципиально важное значение, поскольку позиция Верховного суда Канады относительно обмена ресурсов, полученных при осуществлении исконного права, объявленная в решении по делу *R. v. Van der Peet* (1996), не включает право их продавать или менять на другие предметы, товары. Анализ предыдущих канадских судебных реше-

ний показывает, что коренные народы в свою защиту заявляют о том, что тот или иной закон, за нарушение которого их привлекли в качестве ответчиков, на самом деле нарушает их исконные права, а также характеризуют законы как несовместимые с разд. 35 Конституционного акта Канады.

Решение по канадскому делу было принято в пользу индейцев: за ними суд признал право использования древесины в провинции Нью-Брансуик для личного пользования.

В 2012 г. в Республике Коми Российской Федерации Сельскохозяйственный производственный кооператив (СХПК) «Красный Октябрь» обратился в суд с иском к представителям коренных малочисленных народов — ненцам с требованием освободить земельный участок от чумов и оленеводческого стойбища и о запрете выпаса оленей на земельном участке, который кооператив взял в аренду. СХПК «Красный Октябрь» в доказательство своих прав представил заключенный с муниципальным образованием «Город Воркута» Республики Коми договор аренды земельного участка из земель сельскохозяйственного назначения, согласно которому кооператив использовал земельный участок для выпаса своих оленьих стад. При этом земельный участок являлся территорией, на которой паслись олени ненцев. Спор между СХПК «Красный Октябрь» и оленеводами-ненцами возник в связи с заявлением обеими сторонами права на пользование одним и тем же земельным участком.

Ненцы в свою очередь заявили, что относятся к коренным малочисленным народам и обладают правом на пользование оспариваемым земельным участком на основе своих обычаев, согласно которым ненцы — кочевой народ, издавна кочующий по оспариваемой территории. Также ответчики отметили, что ограничение размещения чумов и стойбища на Воркутинских землях приведет к ущемлению их обычного права.

Согласно решению суда ненцев обязали освободить земельный участок от самовольно размещенных на нем чумов и оленеводческого стойбища, а также запретили выпас оленей на земельном участке. Дело дошло до Верховного суда Республики Коми, но Судебная коллегия по гражданским делам Верховного суда Республики Коми установила, что решение суда «является законным и обоснованным и отмене по доводам апелляционной жалобы не подлежит».

Данные судебные решения представляют интерес по нескольким причинам: во-первых, при рассмотрении дел судам предстояло разобраться в вопросе совместимости обычаев коренных народов с законами, и, во-вторых, при решении вопроса о законности или незаконности действий представителей коренных народов суду необходимо было учесть их традиционный образ жизни и обычаи.

Следует отметить, что конституции двух стран наделяют коренных народов особым статусом. Положение Конституционного акта Канады, посвященное коренным народам (разд. 35), установило, что «существующие исконные (аборигенные) или вытекающие из договоров права коренных народов Канады признаются и подтверждаются». В соответствии с Конституцией РФ «Российская Федерация гарантирует права коренных малочисленных народов в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права и международными договорами Российской Федерации» (ст. 69).

Ответчики по указанным делам — представители индейских народностей малисит и микмак в Канаде, а также ненцы в Российской Федерации согласно законодательству этих стран являются представителями соответственно индейцев и коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации.

Так, представители индейских народностей малисит и микмак были зарегистрированы в соответствии с положениями Индейского акта 1951 г., т. е. являлись статусными индейцами¹. Пункт 2 разд. 35 Конституционного акта Канады установил, что «в настоящем Акте “коренные народы Канады” включают в себя индейцев, эскимосов и метисов Канады».

В соответствии с постановлением Правительства РФ от 24 марта 2000 г. № 255 «О Едином перечне коренных малочисленных народов Российской Федерации» ненцы включены в перечень коренных малочисленных народов, а распоряжением Правительства РФ от 8 мая 2009 г. № 631-р «Об утверждении перечня мест традиционного проживания и традиционной хозяйственной деятельности коренных малочисленных народов Российской Федерации и перечня видов традиционной хозяйственной деятельности коренных малочисленных народов Российской Федерации» город Воркута Республики Коми включен в перечень мест традиционного проживания коренных малочисленных народов.

Таким образом, на аборигенов этих двух стран на момент судебных разбирательств распространялось законодательство, регулирующее их жизнедеятельность, а также существовало право рассмотрения дела с учетом их специфических прав, основанных на обычаях и связанных с традиционным образом жизни.

Законодательство обеих стран допускает учет обычаев коренных народов в судах. Как уже было отмечено, существующие исконные или вытекающие из договоров права коренных народов Канады признаются и подтверждаются. Толкование данного положения было дано Верховным судом Канады в деле *R. v. Sparrow* (1990 г.). В нем Верховный суд Канады разъяснил, что существующие исконные права — это те права, которые не были утрачены или аннулированы

и существовали на момент вступления в силу Конституционного акта 1982 г. Суд отмечает, что толкование фразы «признанные и подтвержденные» происходит из общих принципов конституционного толкования. Таким образом, разд. 35 предусматривает полное осуществление конституционного закрепления в том смысле, что судебные органы должны убедиться в том, что закон конституции превалирует над другими законами. Кроме того, суд заявил, что разд. 35 должен толковаться «целенаправленно», и сослался на свое предыдущее решение по делу *R. v. Nowegijick* (1983), в котором указал, что «договоры и положения, касающиеся индейцев, должны толковаться либерально, и сомнительные выражения должны решаться в пользу индейцев»². Из этого следует, что неоднозначные выражения следует толковать в пользу коренных народов. В связи с тем, что именно существующие исконные права находятся под конституционной защитой, представителям коренных народов предстояло доказать свое исконное право на вырубку и использование древесины как существующее исконное. Дж. Фиске к одному из принципов системы прав на землю, ресурсы и самоуправление коренных народов Канады относит неотъемлемые права и характеризует их как «права, не предоставленные какой-либо властью»³. В свою очередь, Федеральный закон от 30 апреля 1999 г. № 82-ФЗ «О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации» установил, что лица, относящиеся к малочисленным народам, а также объединения малочисленных народов имеют право на судебную защиту исконной среды обитания, традиционных образа жизни, хозяйствования и промыслов малочисленных народов, осуществляемую в порядке, предусмотренном федеральными законами.

При рассмотрении в судах дел, в которых лица, относящиеся к малочисленным народам, выступают в качестве истцов, ответчиков, потерпевших или обвиняемых, могут приниматься во внимание традиции и обычаи этих народов, не противоречащие федеральным законам и законам субъектов РФ. В целях эффективной судебной защиты прав малочисленных народов допускается участие в указанной судебной защите уполномоченных представителей малочисленных народов.

Федеральный закон от 7 мая 2001 г. № 49-ФЗ «О территориях традиционного природопользования коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации» раскрывает понятие обычаев коренных малочислен-

² *Isaac Th. Balancing Rights: the Supreme Court of Canada, R. v. Sparrow, and the Future of Aboriginal Rights // The Canadian Journal of Native Studies. 1993. No. 13(2). P. 8.*

³ *Фиске Дж. Неотъемлемые права Первых наций Канады на природные ресурсы: «традиционное природопользование» и современная практика // Обычай и закон: исследования по юридической антропологии. М., 2002. С. 147.*

¹ *См. R. v. Sappier; R. v. Gray. Para. 6.*

ных народов как традиционно сложившихся и широко применяемых коренными малочисленными народами Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации правил ведения традиционного природопользования и традиционного образа жизни. В комментарии к закону «О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации» указано, что «в судебной практике значение традиций и обычаев как оснований для оценки юридических фактов практически общепризнанно, однако трудность состоит в том, что нередко судьи недостаточно осведомлены о традициях и обычаях участников судебного процесса. Это имеет особенно большое значение в тех случаях, когда речь идет об обычаях и традициях малочисленных народов, которые не общепризнаны и не закреплены в письменных источниках»⁴.

Проанализировав данные решения, можно сделать следующие выводы. Во-первых, в обоих случаях действия коренных народов, основанных на обычаях, не соответствовали законам. Между тем, если смотреть в целом на оба судебных решения, то решение Верховного суда Канады представляет собой разъяснение смысла исконных прав, основанных на обычаях. Так, решение канадского суда отвечает на следующие вопросы: является ли обычай вырубki деревьев неотъемлемой частью отличительной культуры аборигенов или это просто способ выживания? Является ли заявленное право непрерывным? Является ли заявленное право важным для аборигенов? То есть перед судом стояла задача установить связь между заявленным исконным правом на рубку леса и использование древесины и образом жизни индейцев до контакта с европейцами и выявить принцип первичности существования права до контакта с европейцами (или первичное право). От ответов на перечисленные вопросы зависит, попадет ли заявленное право аборигенов под конституционную защиту.

В свою очередь, решение российского суда представляет собой разъяснение установленного законодательством порядка управления и распоряжения органами местного самоуправления земельными участками, находящимися в муниципальной собственности. В заключении проведенного анализа установлена законность заключенного договора между СХПК и муниципальным образованием. При этом законность рассматривается исключительно с точки зрения соответствия законам. Несмотря на то что возникшее у СХПК право на пользование земельным участком было предоставлено в строгом соответствии с требованиями законодательства, представляется, что для более полного и объективного понимания соображений, которыми руководствовались представители малочисленных народов, суд мог воспользоваться сво-

им законным правом по назначению судебной экспертизы. Возможно, результаты проведенной экспертизы подтвердили бы позицию ненцев-оленьеводов.

Во-вторых, из анализа решения по канадскому делу видно, что Верховный суд Канады для вынесения вердикта должен был установить цель, ради которой аборигены вырубали древесину. При этом цель должна была соответствовать традиционному образу жизни, самобытности аборигенов. Суд выяснил, что индейцы малисит и микмак издавна использовали древесину для заготовки дров и строительства, изготавливали орудия земледелия, примитивную мебель, веревки, корзины, весла для лодок, барабаны, горшки, копья для рыбалки, рукоятки для топора, а также собирали березовый сок и проч. Перечисленные практики были приняты как доказательство того, что рубка древесины для личного пользования является неотъемлемой частью их отличительной культуры, которая существовала до контакта с европейцами.

К ключевым решениям по аборигенным делам, в которых особо подчеркнута роль устных доказательств, относится прежде всего решение Верховного суда Канады по делу *Delgamuukw v. British Columbia* (1997), которое имеет важное значение и последствия для истории Канады. В данном деле суд придал больший вес устным историям, чем письменным доказательствам. Суд отметил, что устные предания «касаются конечной цели процесса установления фактов на суде, а именно определения исторической правды»⁵.

Анализируя решение российского суда, вряд ли можно утверждать, что суд также предпринял попытку выяснить цель, ради которой ненцы кочевали на земельном участке и пасли на нем оленей. Возможно, это связано с тем, что «в настоящее время для малочисленных народов не предусмотрено никаких особых процедур рассмотрения споров, что является пробелом в нашем законодательстве и ограничивает доступ этой категории граждан к правосудию. Несмотря на наличие в федеральном законодательстве возможностей применения в судах обычаев и традиций этих народов, до настоящего времени не разработаны механизмы их применения, что, к сожалению, приводит к необоснованным и не учитывающим права коренных народов решениям. Судьи не имеют источников, которые содержали бы описание обычаев и традиций указанных народов. Ни юристы, ни этнографы, ни сами представители малочисленных народов пока в полной мере не понимают, какие обычаи и традиции могут применяться и как они должны учитываться судом»⁶.

⁵ *Delgamuukw v. British Columbia* (1997) 3 S.C. R. 1010. Para. 86.

⁶ Якель Ю. Я. Судебная защита прав коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации // Современное состояние и пути развития корен-

⁴ Новикова Н. И. Обычное право народов Севера: возможности и ограничения государственной правовой системы // Этнографическое обозрение. 2005. № 5. С. 7.

В-третьих, решение Верховного суда Канады затрагивает и такую сторону жизни, как культура коренных народов. На доводы обвинения о том, что аборигены занимались вырубкой леса лишь с целью выживания, суд постановил, что практика или обычай необязательно должны быть в центре аборигенной культуры. Это означает: чтобы являться частью культуры, достаточно того, чтобы обычай или практика имели самостоятельное выражение. Таким образом, суд решил, что цель соответствовала определенному образу жизни аборигенов.

Кроме того, чтобы быть частью отличительной культуры аборигенов, заявленное право должно было получить статус непрерывно реализуемого права. Основываясь на судебных решениях по делам *R. v. Marshall* (2005 г.), *R. v. Sparrow* (1990 г.), *R. v. Van der Peet* (1996 г.), суд постановил, что права коренных народов не замораживаются в их изначальной форме и что исконные права могут найти и современное выражение. То есть суд предоставляет возможность коренным народам развиваться так же, как и некоренное общество, в противном случае права могут быть «заморожены и бесполезны».

В отличие от канадского российское судебное решение не содержит положений о культуре коренных малочисленных народов. Хотя федеральные законы, регулирующие жизнедеятельность коренных малочисленных народов, устанавливают, что: исторически сложившийся способ жизнеобеспечения малочисленных народов основан на историческом опыте в области самобытной культуры; в целях сохранения культур малочисленных народов общины малочисленных народов могут организовывать воспитание и обучение детей членов общины исходя из традиций и обычаев этих народов; а также ставят целью сохранение и развитие самобытной культуры малочисленных народов.

В-четвертых, нельзя не обратить внимание на тот факт, что в канадском решении аборигены рассматриваются как люди со своими обычаями, исторически сложившимся образом жизни, исконно существующими правами и имеющими право на их судебную защиту, как представители народов с особым правовым статусом. Это связано с тем, что Канада является страной прецедентного права, и уже существуют основополагающие решения Верховного суда Канады, являющиеся ориентиром для последующих судебных разбирательств. Тем не менее утверждение аборигенов о существовании обычаев не является основанием для вынесения судебного решения в их пользу. Суд подробно анализирует в первую очередь значение совершенного действия для жизнеобеспечения коренных народов, а также пытается установить, имело ли место такое действие до контакта с евро-

пейцами, т. е. является ли право действовать определенным образом исконным. Ведь на первый взгляд обычай по вырубке леса на запрещенной территории является правонарушением. Но, несмотря на это, суд сознательно провел изучение обычаев и установил его историческое значение для малиситов и микмаков.

Как уже было отмечено, согласно Федеральному закону «О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации» при рассмотрении в судах дел, в которых лица, относящиеся к малочисленным народам, выступают в качестве истцов, ответчиков, потерпевших или обвиняемых, могут приниматься во внимание традиции и обычаи этих народов, не противоречащие федеральным законам и законам субъектов РФ. Между тем суд постановил, что «условия и порядок пользования землей определяются на основе федеральных законов», «фактическое использование гражданином земельного участка для собственных нужд в отсутствие правоустанавливающих документов не может быть истолковано в качестве законного — основанного на соответствующем акте органа исполнительной власти — пользования, признаваемого законодательством Российской Федерации», «физические лица, в том числе относящиеся к малочисленным народам, могут осуществлять право владения, пользования и распоряжения земельными участками только на основании соответствующих правоустанавливающих документов на них». В решении суда также подчеркнуто, что «доводы представителя ответчиков, касающиеся длительного использования ответчиками земель в силу их традиций и обычаев, подлежат отклонению». Из решения, вынесенного российским судом, можно сделать вывод о том, что малочисленные народы — ненцы выступали исключительно как граждане Российской Федерации, а не как лица из числа коренных малочисленных народов, жизнедеятельность которых регулируется специальными законами. Суд постановил, что положения Федерального закона «О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации» не нарушены. В данном случае суд проанализировал позитивное законодательство, а именно изучил порядок предоставления земельных участков в аренду и пришел к выводу, что СХПК «Красный Октябрь» «представил доказательства нарушения своих прав действиями ответчиков». Между тем доводы ответчиков о том, что следует принимать во внимание традиции и обычаи, согласно которым ненцы — кочевой народ, издавна перемещающийся через Воркутинские земли, не были изучены, как это сделал Верховный суд Канады.

Рассмотренные дела показывают особенности судебного процесса с участием представителей коренных народов, когда процесс усложняется теми обстоятельствами, что коренные народы в защиту своих прав ссылаются на обычаи, которые не соответствуют нормам законов. Верховный суд Канады со всей серьезностью подходит к рассмотрению дел об

исконном праве, тщательно анализирует уклад жизни и обычаи коренных народов до их контакта с европейцами, до принятия Конституционного акта 1982 г. В Канаде благодаря ранее принятым судебным решениям созданы юридические прецеденты, содержание которых имеет принципиально важное значение для определения прав коренных народов.

Законодательство Российской Федерации допускает учет обычаев коренных малочисленных народов в судах, но на практике обычаи не учитываются в силу

отсутствия механизма применения этих положений. Разработка механизма предполагает создание порядка или правил рассмотрения дел с участием коренных народов, в которых они ссылаются на обычаи. Кроме того, привлечение к судебному процессу ученых, этнографов в качестве экспертов в области прав коренных народов окажет содействие суду в формировании полноценного представления и восприятия образа жизни данных народов, существенно поможет в осуществлении правосудия.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Isaac Th. Balancing Rights: the Supreme Court of Canada, R. v. Sparrow, and the Future of Aboriginal Rights // The Canadian Journal of Native Studies. 1993. No. 13(2).

Новикова Н. И. Обычное право народов Севера: возможности и ограничения государственной правовой системы // Этнографическое обозрение. 2005. № 5.

Фиске Дж. Неотъемлемые права Первых наций Канады на природные ресурсы: «традиционное природопользование» и современная практика // Обычай и закон: исследования по юридической антропологии. М., 2002.