

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

Нью-Йорк, 19–30 апреля 2010 года

Пункт 3 предварительной повестки дня*

**Рассмотрение специальной темы года: «Коренные
народы: развитие с сохранением культуры
и самобытности: статьи 3 и 32 Декларации
Организации Объединенных Наций о правах
коренных народов»****Доклад о правах коренных народов на рыбный
промысел в море с результатами исследований на эту
тему, проведенных в Австралии и Норвегии¹***Резюме*

На своей восьмой сессии в мае 2009 года Постоянный форум поручил г-ну Карстену Смиуту и г-ну Майклу Додсону, членам Постоянного форума, в качестве специальных докладчиков провести исследование, посвященное правам коренных народов на рыбный промысел в море, и просил представить доклад по этому вопросу на девятой сессии Постоянного форума в апреле 2010 года. Настоящее исследование включает анализ потенциальных возможностей в области защиты прав коренных народов на рыбный промысел в море на основе имеющейся международно-правовой базы, включая Декларацию Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, статью 27 Международного пакта о гражданских и политических правах, Конвенцию № 169 Международной организации труда и дело Апирана Мауика и др. против Новой Зеландии. В докладе представлены также результаты исследований на эту тему,

* E/CN.19/2010/1.

¹ Специальный докладчик Майкл Додсон хотел бы отметить, что разделы настоящего документа, касающиеся Австралии, были подготовлены при неоценимой помощи младшего научного сотрудника Национального исследовательского центра по делам коренных народов Австралийского национального университета г-жи Джоанн Вайнман. Он также с признательностью отмечает вклад коллег, которые любезно согласились проанализировать эту часть документа и чьи замечания обогатили его, включая, в числе прочих, Шона Керинса, Роберта Блоуса и Асми Вуда.



проведенных в Австралии и Норвегии, со ссылками на конвенции и примерами из других государств этих двух регионов (Папуа — Новой Гвинеи в связи с Договором о Торресовом проливе; Финляндии и Швеции в связи с Североевропейской конвенцией о саами) с целью провести сравнения между этими государствами, а также сравнение с нормами международного права.

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	4
II. Международная база	4
A. Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов	5
B. Статья 27 Международного пакта о гражданских и политических правах	6
C. Судебная практика: <i>дело Апираны Мауика и других против Новой Зеландии</i>	8
D. Конвенция № 169 Международной организации труда	10
III. Тематическое исследование: права аборигенов и жителей островов Торресова пролива на рыболовство в офшорных водах Австралии	11
A. Представления коренных народов Австралии о «морском крае»	11
B. Судебная практика: титул на исконные офшорные территории	12
C. Статутные права и интересы в отношении офшорных территорий помимо титула на исконные территории	17
D. Договор о Торресовом проливе	19
IV. Тематическое исследование: права народа саами на рыболовство в офшорных водах Норвегии	19
A. Законодательство Норвегии о рыболовстве и его воздействие на саами, проживающих на побережье	19
B. Нынешняя правовая и политическая ситуация в Норвегии	23
C. Североевропейская конвенция о саами (Nordisk Samekonvensjon)	25
V. Заключительные замечания	25

I. Введение

1. В настоящем документе рассматриваются права коренных народов, живущих в прибрежных государствах в разных частях мира, на рыбный промысел в территориальном море и прилегающей зоне (включая заливы, эстуарии и фьорды). Основной вопрос заключается в том, имеют ли коренные народы право на привилегии — в виде исключительного права на лов в определенных районах либо на основе первоочередного учета их интересов при принятии решений, например при установлении квот на вылов в морских акваториях, — и если да, то в какой степени. Актуален также вопрос участия коренных народов в государственном регулировании деятельности рыбаков и рыбных хозяйств, ведущих лов в некоммерческих и коммерческих целях. В настоящем документе рассматриваются нормы международного права в этой области и содержится информация о соответствующей национальной правовой базе в Австралии и Норвегии, а в заключение предлагается сравнить нормы, действующие в этих двух крупных рыбопромысловых странах, с международно-правовыми стандартами.

2. Значения слов «море» и «рыбный промысел» могут выходить за первоначально предполагаемые рамки. Их сложные, нередко параллельные толкования зависят от конкретной юрисдикции и конкретных правовых документов — внутри отдельного государства, в отношениях между государствами (на региональном уровне или на основе международных договоров) и согласно принятым международным нормам.

3. Специальные докладчики принимают во внимание концептуальные, практические и правовые аспекты, влияющие на выбор терминов, обычно используемых при делимитации морских границ, и, когда речь идет о прибрежных водных массивах, примыкающих к Австралии и Норвегии, и прилегающих зонах (включая морское дно, прибрежные зоны, эстуарии, заливы, фьорды), используют в основном термин «море». При рассмотрении как внутригосударственных, так и международно-правовых аспектов используется общепонятная терминология, которая, однако, увязывается с трактовками и категориями, принятыми среди коренных народов, с тем чтобы учесть различия и несоответствия в системах знаний.

II. Международная база

4. В последние несколько десятков лет нормы международного права, имеющие отношение к коренным народам, претерпели серьезные изменения. Один из основных вопросов касается права коренных народов на природные ресурсы. Для коренных народов, живущих в прибрежных районах, рыбный промысел и использование других ресурсов океана были и остаются основным источником средств к существованию и материальной основой культуры. На сегодняшний день не существует международно-правовых норм или принципов, которые регулировали бы конкретно права коренных народов на рыбный промысел в соленых водах. Для определения правового положения коренных народов, живущих в прибрежных районах, необходимо использовать документы более общего характера. К данному вопросу имеют отношение следующие две конвенции: Международный пакт о гражданских и политических правах и Конвенция Международной организации труда о коренных народах и народах,

ведущих племенной образ жизни, в независимых странах (Конвенция № 169). В настоящем документе рассматриваются некоторые положения этих конвенций с точки зрения их воздействия на использование ресурсов коренными народами в прибрежных районах, где они традиционно проживают и где сложилась их самобытная культура.

5. На протяжении многих веков использование океана, особенно прибрежных вод и прилежащих водных массивов, таких как заливы, эстуарии и фьорды, играло важную роль в становлении культур различных коренных народов, проживающих в прибрежных районах. После принятия Всеобщей декларации прав человека эти культуры пользуются защитой развивающихся норм международного права. Исторические факторы — в данном случае традиционное использование коренными народами с давних времен ресурсов прибрежных районов — и разработка действенных международно-правовых документов, направленных на защиту культур коренных народов и меньшинств, в совокупности составляют основу прав коренных народов.

А. Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов

6. В Декларации содержится несколько статей, имеющих непосредственное отношение к правам коренных народов на природные ресурсы. Во-первых, в статье 3 закреплена основная принцип, гласящий:

«Коренные народы имеют право на самоопределение. В силу этого права они свободно устанавливают свой политический статус и свободно осуществляют свое экономическое, социальное и культурное развитие».

7. В Декларации закреплены также более конкретные нормы, имеющие отношение к правам на природные ресурсы. Согласно пункту 2 статьи 8 государства обеспечивают эффективные механизмы предупреждения «любого действия, имеющего своей целью или результатом лишение их своих земель, территории или ресурсов»; пункт 1 статьи 20 гласит, что коренные народы имеют право на «гарантированное пользование своими средствами, обеспечивающими существование и развитие» и на свободное занятие «своей традиционной и другой экономической деятельностью»; а в пункте 2 статьи 26 провозглашено право коренных народов иметь в собственности, использовать, осваивать и контролировать «земли, территории и ресурсы, которыми они обладают в силу традиционного владения или другого традиционного занятия или использования».

8. Этот документ не является международным договором и, соответственно, не имеет обязательной силы. Вместе с тем Организация Объединенных Наций, принимая любой документ по правам человека, стремится к тому, чтобы он имел некие правовые последствия. Согласно статье 42 Декларации на Постоянный форум была возложена новая функция: содействовать «полному применению» положений этой декларации и «принимать последующие меры по [ее] эффективному осуществлению».

В. Статья 27 Международного пакта о гражданских и политических правах

Права коренных народов и меньшинств

9. Согласно статье 27 Пакта этническим меньшинствам не может быть отказано в праве совместно с другими членами той же группы пользоваться своей культурой. Хотя в статье 27 используется отрицательная конструкция, в ней, тем не менее, признается существование «права» и содержится требование о том, что в этом праве не может быть отказано. Следовательно, любое государство-участник обязано защищать само существование такого права и его осуществление, с тем чтобы не допускать его попрания или нарушения².

10. Самым универсальным, всеобъемлющим и основополагающим документом по правам коренных народов является Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, которая представляет собой одну из составляющих универсального права прав человека. Основные принципы этой Декларации идентичны принципам, закрепленным в основных пактах о правах человека, и ряд ее статей повторяют положения других, юридически обязательных документов по правам человека³. Коренные народы могут руководствоваться как положениями Декларации, так и закрепленными в конвенциях нормами, первоначально разработанными для этнических меньшинств.

11. Комитет по правам человека указал на явную связь между положениями статьи 27 и коренными народами. Различные аспекты прав лиц, защиту которых обеспечивает этот статья, — например, право пользоваться той или иной культурой, — могут распространяться также на жизненный уклад, тесно связанный с той или иной территорией и использованием ее ресурсов, что, как отмечает Комитет, «особенно касается членов общин коренных народов, составляющих меньшинство»⁴. Эта связь еще раз подчеркнута в следующем утверждении Комитета:

«Что касается осуществления культурных прав, закрепленных в статье 27, то Комитет отмечает, что культура проявляется во многих формах, включая особый образ жизни, связанный с использованием земельных ресурсов, особенно в случае коренных народов»⁵.

Материальная основа культуры

12. Ответ на вопрос о том, распространяется ли статья 27 на право на природные ресурсы, зависит от того, как понимать концепцию «культура», о которой говорится в этом положении. Если понимать ее как включающую материальные — т.е. экономические и физические — основы культуры этнического меньшинства, то это положение охватывает эксплуатацию ресурсов и права на земельные и водные ресурсы, такие как право на рыбный промысел в океане.

² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 40 (A/49/40), том I, приложение V.*

³ См. *Официальные отчеты Экономического и Социального Совета, 2009 год, Дополнение № 23, приложение, пункты 6–13.*

⁴ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 40 (A/49/40), том I, приложение V, замечание общего порядка № 23, пункт 3.2.*

⁵ Там же, пункт 7.

Комитет по правам человека указывает на это в своем замечании общего порядка № 23 (1994 год), где права, защита которых предусмотрена статьей 27, толкуются следующим образом: «это право может включать такие традиционные виды деятельности, как рыболовство или охота, и право жить в резервациях, охраняемых законом»⁶.

13. Существует взаимосвязь между правом на материальную основу культуры и правом на особые меры. Право на материальную основу культуры предполагает признание привилегированного положения коренных народов по сравнению с другими гражданами. Право на рыбный промысел, целью которого, в достаточной степени, является сохранение материальной основы культуры того или иного коренного народа, может потребовать сокращения квот на вылов, установленных в юридическом порядке для рыбаков, не являющихся представителями коренных народов, или, возможно, создания особых районов, отведенных под использование исключительно коренными народами. Одним из принципиально важных вопросов в этой связи является вопрос о том, предусматривает ли статья 27 право на особые меры.

14. В замечании общего порядка № 23 говорится, что для защиты прав, провозглашенных в статье 27, необходимы эффективные меры защиты⁷. Кроме того, Комитет занимает однозначную позицию в этом отношении и подчеркивает необходимость применения позитивных мер, отмечая, что, хотя права, защита которых предусмотрена в статье 27, являются правами личности, они, в свою очередь, зависят от способности соответствующего меньшинства поддерживать свою культуру:

«Соответственно, эффективные меры со стороны государств могут быть необходимы также для сохранения самобытности какого-либо меньшинства и прав его членов пользоваться своей культурой ... и развивать [ее] ... совместно с другими членами группы»⁸.

15. Такая позиция в отношении позитивных мер еще подчеркивается в связи с приведенным выше упоминанием о рыболовстве и охоте, после которого Комитет добавляет:

«Использование этими правами может потребовать действенных правовых мер по защите и мер, направленных на обеспечение эффективного участия членов общин меньшинств в принятии решений, которые их затрагивают»⁹.

16. В заключение Комитет отмечает, что защита прав, закрепленных в статье 27, налагает на государства-участники конкретные обязательства и что защита этих прав в перспективе «направлена на обеспечение сохранения и непрерывного развития культурной ... самобытности соответствующих меньшинств, обогащая тем самым ткань общества в целом»¹⁰.

⁶ Там же.

⁷ Там же, пункт 6.1.

⁸ Там же, пункт 6.2.

⁹ Там же, пункт 7.

¹⁰ Там же, пункт 9.

С. Судебная практика: *дело Апираны Мауика и других против Новой Зеландии*

17. Такое толкование вопросов о материальной основе культуры и позитивных мерах нашло поддержку также в судебной практике. В соображениях относительно сообщения по делу *племени озера Любикон против Канады* (1990 год) Комитет признает, что:

«К числу прав, охраняемых статьей 27, входит право отдельных лиц, совместно с другими лицами, заниматься экономической и социальной деятельностью, представляющей часть культуры той общины, к которой они принадлежат»¹¹.

18. Особое значение для целей настоящего документа имеет *дело Апираны Мауика и др. против Новой Зеландии* (2000 год), поскольку в нем напрямую затрагиваются сразу несколько вопросов, имеющих отношение к правам коренных народов на рыбный промысел в океане. В 1840 году маори и Британская корона подписали Договор Вайтанги, в котором были подтверждены права маори, включая право на «полное исключительное и беспрепятственное владение их землями, лесами, рыбными запасами и другими богатствами, которыми они могут коллективно или индивидуально владеть». Попыток определить размеры указанных рыбопромысловых районов не предпринималось вплоть до 1980-х годов, когда по причине перелова во внутренних водоемах государство ввело мораторий на выдачу новых разрешений и правила, запрещающие заниматься рыбным промыслом на непостоянной основе. Побочным эффектом этой меры стало то, что многие рыбаки из числа маори оказались вытесненными из сектора коммерческого рыболовства. Поскольку эти усилия по регулированию коммерческого рыболовства не привели к желаемым результатам, в 1986 году государство ввело систему регулирования квот. В 1988 году государство начало переговоры с маори, завершившиеся подписанием в августе 1992 года меморандума о договоренности. Представители маори, участвовавшие в этих переговорах, обратились к народу маори с целью получить его согласие на договоренность, содержащуюся в этом меморандуме, и, как об этом было сказано в подготовленном ими докладе, этот вариант урегулирования поддержали 50 «иви» (племен), насчитывавших более 200 000 представителей народа маори. Исходя из этого доклада, в сентябре 1992 года правительство Новой Зеландии и представители маори заключили соглашение об урегулировании, которое было подписано 110 участниками переговоров. В том же году был принят Закон об урегулировании претензий (в области рыболовства) по Договору Вайтанги. Авторы рассматриваемого сообщения — группа из 19 представителей маори — утверждают, что этот Закон лишает их рыбных ресурсов, отказывает им в праве свободно определять свой политический статус и препятствует реализации ими права на свободное экономическое, социальное и культурное развитие. Комитет с самого начала утвердил принцип наличия материальной основы культуры:

«Бесспорно то, что авторы являются представителями меньшинства по смыслу статьи 27 Пакта; бесспорно и то, что использование рыбных ресурсов и контроль над ними является важным элементом их культуры. В

¹¹ Там же, *сорок пятая сессия, Дополнение № 40 (A/45/40)*, том II, приложение IX, раздел A, пункт 32.2.

этом контексте Комитет напоминает, что экономическая деятельность может подпадать под действие статьи 27, если она является важным элементом культуры той или иной общины»¹².

19. Это утверждение послужило основой и правовой предпосылкой для всего заключения. Комитет указал, что вопрос о праве на пользование своей культурой не может решаться абстрактно и должен — как и другие правовые принципы — рассматриваться в определенном контексте. В связи с этим Комитет затронул более общий вопрос, актуальный в наше время, отметив:

«В частности, статья 27 не только защищает традиционные у меньшинств средства к существованию, но и предусматривает адаптацию этих средств к условиям современного образа жизни и соответствующего уровня технологии. В данном случае законодательство, введенное государством, различными способами сказывается на возможностях маори заниматься коммерческим и некоммерческим рыболовством. Вопрос состоит в том, составляет ли это отказ в правах»¹³.

20. Чтобы ответить на этот вопрос, Комитет ссылается на свое замечание общего порядка по статье 27, в котором говорится, что для осуществления права на пользование собственной культурой, особенно в случае коренных народов, от государства-участника может потребоваться принятие позитивных юридических мер и мер по обеспечению эффективного участия членов общин меньшинства в принятии решений, затрагивающих их. Исходя из этого, Комитет признает, что Закон 1992 года об урегулировании претензий (в области рыболовства) по Договору Вайтанги и предусмотренные в нем механизмы «ограничивают права авторов на пользование собственной культурой». Таков основной вывод, сделанный Комитетом с учетом всех соображений. Права, закрепленные в статье 27, были ограничены. Обычно такое ограничение представляло бы собой нарушение конвенции.

21. Вместе с тем правомерность такого решения зависит от того, имеет ли соответствующее меньшинство возможность участвовать в процессах принятия решений. В одном из ранее принятых решений Комитет:

«подчеркивал, что приемлемость или неприемлемость мер, затрагивающих имеющую серьезное культурное значение экономическую деятельность меньшинства или создающих препятствия для осуществления такой деятельности, зависит от того, имели ли члены этого меньшинства возможность участвовать в процессе принятия решений по этим мерам и будут ли они и далее с пользой заниматься своей традиционной экономической деятельностью.

... [Относительно фактов данного дела Комитет отмечает, что] государство-участник организовало сложный процесс консультаций в целях обеспечения широкой поддержки маори в пользу общенациональной договоренности и административных положений по вопросам рыболовства. В консультациях участвовали общины и национальные организации маори, и их предложения действительно нашли отражение в структуре соглашения. Соглашение было введено в действие лишь после получения от представителей маори сообщения о том, что оно пользуется существенной

¹² ССРР/С/70/Д/547/1993, пункт 9.3.

¹³ Там же, пункт 9.4.

поддержкой со стороны маори. Для многих маори принятый Закон обеспечивал приемлемое урегулирование их претензий»¹⁴.

22. Что касается последствий этой договоренности, то Комитет отмечает, что маори добились удовлетворительных итогов в области как коммерческого, так и некоммерческого рыболовства. Что касается коммерческого рыболовства, то в результате заключения Соглашения:

«полномочия маори и традиционные методы контроля, закрепленные в Договоре, были заменены новым механизмом контроля, причем в этой структуре маори имеют возможность не только сохранять свои интересы в области рыболовства, но и осуществлять реальный контроль»¹⁵.

23. Что касается некоммерческого рыболовства, то «обязательства Короны по Договору Вайтанги остались без изменений, и были приняты административные положения, признающие и закрепляющие традиционные методы добычи продуктов питания». Это решение является веским аргументом в поддержку точки зрения, согласно которой статья 27 Пакта гарантирует защиту права на рыболовство, если оно является неотъемлемой частью культуры этнического меньшинства. Кроме того, такая трактовка статьи подкрепляется ее авторитетным толкованием Комитетом по правам человека как в его замечаниях общего характера, так и в соображениях по отдельным делам.

D. Конвенция № 169 Международной организации труда

24. Эта конвенция, касающаяся коренных народов и народов, ведущих племенной образ жизни, в независимых странах, включает несколько положений, имеющих отношение к правам коренных народов на рыбный промысел в морях. Они касаются, прежде всего, процедуры. Контрольный орган МОТ отметил, что «краеугольным камнем Конвенции № 169, служащим основой для всех ее положений, является дух взаимодействия и сотрудничества». Статья 6 Конвенции — важнейшее из ее положений, которое и представляет собой такой «краеугольный камень», — гласит, что правительства обязаны проводить с соответствующими народами консультации с использованием соответствующих процедур, устанавливать процедуры, посредством которых эти народы могут свободно участвовать в принятии решений, а также создавать условия для полного развития собственных учреждений и инициатив таких народов. Эти нормы дополняются положениями статьи 7 Конвенции и активно применяются МОТ на практике.

25. Тогда как эти статьи содержат общие положения о проведении консультаций и участии, в пункте 1 статьи 15 речь идет непосредственно о природных ресурсах. В первом предложении этого пункта говорится о необходимости принятия мер для охраны прав соответствующих народов на природные ресурсы, относящиеся к их землям. Таким образом, оно подкрепляет предусмотренную в Пакте концепцию защиты материальной основы культуры. Во втором предложении четко изложены соответствующие требования процедурного характера: «эти права включают право указанных народов на участие в пользовании и управлении этими ресурсами и в их сохранении».

¹⁴ Там же, пункт 9.5.

¹⁵ Там же, пункт 9.7.

26. При разработке конвенции обсуждался вопрос о том, должны ли статьи, касающиеся «земель», распространяться также на морские территории. В конечном итоге было решено, что важнейшая в этом отношении статья 14, касающаяся прав собственности и владения соответствующих народов на земли, которые они традиционно занимают, должна применяться только в отношении земель (включая реки, не имеющие выхода в море, и внутренние озера, но не моря). С другой стороны, по смыслу статьи 15 понятие «земли» должно пониматься в более широком значении в соответствии с юридическим определением, содержащимся в пункте 2 статьи 13 и гласящим, что «использование в статьях 15 и 16 термина «земля» включает понятие территорий, охватывающих всю окружающую среду районов, которые занимают или используют иным образом соответствующие народы». Исходя из этого положения статьи 15 должны распространяться на используемые коренными народами прибрежные районы и, таким образом, применяться в отношении прибрежного рыболовства. Наиболее важным результатом такой трактовки будет право коренных народов принимать участие в государственном регулировании квот, размера судов в различных участках моря и использования рыбопромыслового оборудования.

III. Тематическое исследование: права аборигенов и жителей островов Торрессова пролива на рыболовство в офшорных водах Австралии

27. Настоящий раздел начинается с краткого описания представлений коренного населения Австралии о «морском крае», которые, по большому счету, лежат в основе его связи с офшорными акваториями, лишь некоторые аспекты которой могут быть признаны правомерными в австралийской правовой системе. Законные права и интересы коренных народов Австралии в отношении офшорных акваторий рассматриваются на примере ряда соответствующих принципов титула на исконные территории и судебной практики в этой области. Далее приводится общая информация о разделении полномочий между Австралийским союзом, государственными органами власти и органами управления территорий, после чего рассматриваются другие, не имеющие отношения к титулу на исконные территории, статутные механизмы регулирования, затрагивающие права коренных народов на рыбный промысел в офшорных акваториях, включая законы об охране культурного наследия и рыбохозяйственное законодательство. Упоминается также о Договоре о Торрессовом проливе между Австралией и Папуа — Новой Гвинеей.

A. Представления коренных народов Австралии о «морском крае»

28. Жизнь аборигенов Австралии была издавна тесно связана с морем и его ресурсами, которые являются для них источником средств к существованию, дохода, духовных воззрений и культурной самобытности. Такую связь подтверждают археологические находки и данные антропологических исследова-

ний¹⁶. Коренные народы не проводят различия между сушей и морем, считая их одинаково важными частями своих земель. Такой взгляд разительно отличается от представлений, нашедших отражение в правовой системе Австралии, устанавливающей четкие границы там, где коренные народы видят единое географическое целое, включающее сушу, реки, эстуарии, пляжи, рифы, моря, острова, морское дно и соответствующую флору и фауну. Культурные объекты и ритуально-мифологические маршруты простираются на офшорные акватории, флору и фауну и составляют часть системы традиционного права и обычаев, служа для коренных жителей Австралии связью с «морским краем».

В. Судебная практика: титул на исконные офшорные территории

29. Права и интересы коренного населения Австралии в отношении земель и водных ресурсов существовали до эпохи британского суверенитета и пережили ее. Это было признано Верховным судом Австралии в 1992 году в решении по делу *Мабо против Квинсленда* (№ 2) (дело об *острове Мер*), в котором он признал наличие титула коренного населения на его исконные земли. Хотя иск по делу об *острове Мер* изначально включал также офшорные территории, впоследствии они были исключены из исковых требований.

30. С тех пор была разработана обширная законодательная база, которая теперь имеет преимущественную силу при регулировании вопросов, касающихся титула на исконные территории. Вместе с тем судебная практика Федерального и Верховного судов продолжает оказывать существенное влияние на разработку и становление норм, касающихся титула на исконные территории, и поэтому соответствующие судебные прецеденты заслуживают рассмотрения при изучении вопроса о правах и интересах в отношении исконных офшорных территорий, по многим причинам: основной законодательный акт в этой области — Закон 1993 года о титуле на исконные территории — предусматривает в статье 223(1)(с), что отстаиваемые права и интересы должны признаваться законными по общему праву; кроме того, прецедентное право по-прежнему является источником указаний в отношении толкования законодательства в целом; и, наконец, существует масса хорошо аргументированных юридических и научных материалов, в которых принятая в общем праве концепция коллективного титула на исконные территории противопоставляется правам и интересам в отношении исконных территорий, признаваемых на основе положений законов. В силу этих причин в настоящем разделе лишь весьма общо рассматриваются отдельные статьи Закона о титуле на исконные территории, а затем приводится обстоятельный анализ недавних значительных дел, в которых затрагивался вопрос о правах коренных народов на офшорные территории, вытекающих из титула на исконные владения, а также по мере необходимости периодически приводятся ссылки на законоположения, касающиеся титула на исконные территории. Таким образом, основное внимание уделяется прецедентному праву, а законодательные положения рассматриваются только в тех случаях, когда они

¹⁶ Археологические данные свидетельствуют о том, что прибрежные и морские ресурсы занимали особое место в культуре коренных народов и были для них источником средств к существованию уже по меньшей мере 30 000 лет назад. G.D. Meyers, M. O'Dell, G. Wright, S.C. Muller, *A Sea Change in Land Rights Law: The Extension of Native Title to Australia's Offshore Areas*. Canberra: Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, 1996.

имеют непосредственное отношение к судебной практике. В подавляющем большинстве решений по делам о титуле на исконные территории права коренных народов на рыбный промысел в офшорных акваториях признаются в качестве неисключительных некоммерческих интересов, которые дополнительно ограничиваются публичным правом на рыболовство, признанным по общему праву, и международным правом мирного прохода.

31. Еще одним важным источником информации о договорных правах и интересах коренного населения, касающихся земель и водных ресурсов, являются решения по титулам, выносимые по согласию сторон. Такие договоренности все чаще заключаются как альтернатива судебному разбирательству, а иногда даже после судебного разбирательства, когда положительное решение суда используется в качестве рычага для переговоров. Такие договоренности в настоящем документе не рассматриваются.

Закон 1993 года о титуле на исконные территории (АС)

32. В статье 223(2) Закона о титуле на исконные территории конкретно предусматривается, что права на рыбный промысел могут входить в число интересов, вытекающих из титула. В пунктах (а), (b) и (с) статьи 253 дается определение понятия «воды», которое, согласно статье 6 этого же Закона, включает офшорные водные массивы, такие как моря, в том числе моря, в отношении которых Австралия осуществляет суверенные права согласно Закону 1973 года о морях и находящимся под водой участкам суши. Оно включает также приливные протоки, заливы, эстуарии, гавани и подземные воды, а также поверхность и недра дна и берег; приливно-отливные зоны также считаются водами, а не сушей. Хотя согласно Закону о титуле на исконные территории притязания на морские территории рассматриваются в том же порядке, что и земельные иски, статья 212(1) предусматривает защиту существующих прав собственности Короны на природные ресурсы и ее право контролировать и регулировать водные потоки, а статья 212(2) — публичный доступ к различным участкам офшорных вод (например, дну, берегам или береговой полосе, прибрежным водам и пляжам) и право пользоваться ими.

Австралийский Союз против Йамирра¹⁷

33. Существующая на сегодняшний день в Австралии правовая база, касающаяся титула на исконные территории, не признает за коренным населением исключительных или коммерческих прав на морские территории. Впервые решение относительно титула коренного населения на офшорные территории было вынесено в 2001 году по делу *об острове Крокер*, предметом притязаний в котором были исключительно титульные права на исконные морские территории; хотя Закон о титуле на исконные территории предусматривает возможность признания прав и интересов в отношении как земель, так и вод, решение по этому делу стало первым примером того, что титул на исконные офшорные территории может быть предоставлен как по закону, так и по общему праву. Историческое решение по делу *об острове Крокер* было впоследствии утверждено.

¹⁷ (2001) 184 ALR 113; [2001] HCA 56. Далее: «Дело об острове Крокер».

34. Титул на исконные территории имеет меньший приоритет по сравнению с правами, вытекающими из других законов Австралийского Союза и штатов, которые разрешают, например, рекреационное и коммерческое рыболовство и судоходство в районах, в которых существует титул коренного населения. Права по титулу на исконные территории уступают также правам, пожалованным Коронаой. В деле *об острове Крокер* решался также вопрос о взаимосвязи между титулом на исконные территории и различными другими правами, такими как признанное общим правом публичное право на судоходство и рыболовство в офшорных водах и международное право мирного прохода судов через территориальное море Австралии. Был поднят вопрос о границах территорий, на которые распространяется юрисдикция общего права (в частности, следует ли измерять их на момент установления британского суверенитета), и Суд постановил, что нормы общего права распространяются на территории дальше отметки наибольшего отлива, но не на открытое море (согласно решению по делу *Йармирра* титул на исконные территории может быть установлен в отношении территории, простирающейся за установленный предел в три морских мили). Соответственно, признаваемые общим правом публичные права на судоходство и рыболовство в офшорных водах (а также международное право мирного прохода) ограничивают права, вытекающие из титула. Большинство судей сошлись во мнении о том, что ограниченные таким образом права по титулу на исконные территории представляют собой лишь неисключительные интересы, и в такой ситуации нет неустраиваемых противоречий. Суд отнес такие права по титулу к категории неисключительных исходя из того, что, по его мнению, неисключительные права по титулу на исконные территории были бы настолько несовместимы с другими публичными правами, предусмотренными общим правом, и международными правами (которые должны иметь преимущественную силу в случае коллизии с титулом), что если не отнести их к категории неисключительных, то титул на исконные территории пришлось бы вовсе упразднить. Соответственно, исходя из фактов дела Суд признал лишь ряд отдельных вытекающих из титула интересов и прав в отношении ведения определенных видов деятельности, подчеркнув, таким образом, неисключительный, посесорный характер титула на исконные территории как совокупности прав и интересов. В отличие от мнения большинства судья Кирби (в порядке заявления особого мнения в Верховном суде) и судья Меркель (в порядке заявления особого мнения на пленуме Федерального суда) сочли возможным признание в порядке исключения остаточных исключительных полагающихся по титулу прав на контроль и использование исконных территорий вместо предусмотренного по общему праву публичного права на рыболовство и судоходство и международного права мирного прохода.

Племена лардилов против штата Квинсленд¹⁸

35. После дела *об острове Крокер* титул на исконные территории был признан в соответствии с решениями по целому ряду других дел в отношении различных участков побережья Австралии, ее моря и морского дна. Вынесенное в 2004 году решение по делу *об островах Уэлсли* стало источником важных указаний в отношении того, каким образом и в какой форме признается титул на исконные территории в отношении участков ниже отметки наибольшего прилива. Суд признал наличие титула в отношении приливно-отливных зон и при-

¹⁸ [2004] FCA 298. Далее: «Дело *об островах Уэлсли*».

лежащих морских участков в пределах 5 морских миль от побережья островов, заселенных на момент установления суверенитета, 0,5 морской мили вокруг островов, не заселенных на момент установления суверенитета, и 2,7–5 морских миль от берега континента. В решении по этому делу была подтверждена аргументация, использовавшаяся в деле *об острове Крокер*, и также признан неисключительный, некоммерческий характер полагающихся по титулу на исконные территории прав на части тех территорий, в отношении которых были выдвинуты притязания, а также было установлено, что сохранение за коренным населением полагающихся по титулу прав контроля за доступом к водам и находящимся под водой участкам суши в приливно-отливной зоне и территориальном море, а также их использованием неизбежно привело бы к неустрашимым противоречиям с публичными правами, признанными по общему праву, и правами по международному праву.

36. На практике некоммерческий и неисключительный характер полагающихся по титулу прав на офшорные территории означает, что держатели титулов не имеют ни возможности влиять на деятельность, которая ведется на их морских территориях (включая крупномасштабную эксплуатацию природных ресурсов, например коммерческое рыболовство и добычу нефти), ни соответствующих средств правовой защиты, если такая деятельность включает осуществление публичных или международных прав, признанных по общему или международному праву, или санкционирована в соответствии с разрешениями, выданными в законном порядке и органами, имеющими соответствующие полномочия. Как отмечают комментаторы, с коммерческой точки зрения (оставив в стороне социальные и духовные аспекты и вопрос о неограниченной возможности диктовать условия) это означает, что в денежном выражении ценность титула на исконные офшорные территории невелика. Поэтому в случае нарушения или аннулирования титульных прав коренных народов Австралии на офшорные территории им полагается лишь минимальная компенсация.

Гумана против Северной территории Австралии¹⁹

37. В деле о титуле на исконные территории в районе бухты Блу-Мад, которое рассматривалось в 2007 году, иск включал притязания в отношении как земель, так и офшорных территорий. В решении по этому делу Суд признал неисключительное право народа йолгну на приливно-отливные зоны и прилежащие морские участки, в отношении которых они выдвигали притязания. В связи с приливно-отливной зоной был поднят вопрос о классификации водных массивов, подверженных действию «морских рукавов» (т.е. рек, ручьев, эстуариев), особенно не пригодных для судоходства. Суд постановил, что даже когда

¹⁹ [2007] FCAFC 23. Далее: «Дело о титуле коренного населения бухты Блу-Мад». См. также J. Selway J. Selway, The “Blue Mud Decision” *Gumana v Northern Territory of Australia* [2005] FCA 50, 2005; and *Gumana v Northern Territory* (2005) 141 FCA 457. Похожий вопрос рассматривался отдельно в рамках апелляции по делу *Северной территории против Совета по управлению землями коренного населения мыса Арнем* ([2008] HCA 29) и освещается ниже, когда речь идет о таких интересах коренных народов, не имеющих отношения к титулам на исконные территории, как права на земли, предоставленные в соответствии с *Законом (Северной территории) 1976 года о земельных правах аборигенов (AC)*, в решении по делу, далее именуемому «дело о правах на землю в районе бухты Блу-Мад». См. также решение Верховного суда по делу *Северной территории Австралии против Совета по управлению землями коренного населения мыса Арнем* ((2008)236 CLR 24).

речь идет о несудоходных водах, предусмотренное общим правом публичное право на рыболовство может осуществляться на всей территории отливно-приливной зоны, которая включает водное пространство, подверженное приливам и отливам (т.е. воды, подверженные действию «морских рукавов»).

38. Некоммерческий и неисключительный характер титульных прав на исконные приливно-отливные зоны и офшорные территории был еще раз подтвержден, когда судья сам счел невозможным признать право народа йолгну на защиту объектов религиозного, духовного и культурного значения, поскольку, по его мнению, защита неизбежно потребовала ограничить доступ других лиц к таким объектам, что привело бы к неразрешимому конфликту с публичным правом на рыболовство и судоходство, предусмотренным по общему праву. Любые права на использование водных массивов приливно-отливных зон и офшорных вод в коммерческих целях, традиционно принадлежащие коренным народам согласно их праву и обычаям, не могут быть признаны по общему праву и, как постановил судья, не могут быть предметом судебного решения. Как и в предыдущих делах, включая дело *об острове Крокер и островах Уэлсли*, в решении по делу *о бухте Блу-Мад* было признано, что титул на соответствующие исконные территории также имеет меньший приоритет по сравнению с правом на коммерческое и рекреационное рыболовство и любыми другими правами, пожалованными Короной на законных основаниях.

Дело Федерального суда № QUD 6040 2001 (не зарегистрировано), известное как дело о региональных морях Торресова пролива²⁰

39. Торресов пролив — это водный массив между Австралией и Папуа — Новой Гвинеей, соединяющий Тихий и Индийский океаны и насчитывающий 133 острова, мелких песчаных островка и каменистых возвышения, 38 из которых обитаемы. Акватория Торресова пролива вместе с островами занимает около 49 000 кв. км. С точки зрения титула на исконные территории этот район уникален в двух отношениях: он является местом проживания островных коренных народов с самобытной культурой, отличающейся от культуры аборигенов материковой части Австралии, а также является предметом международного договора — Договора о Торресовом проливе²¹. Титул на исконные территории в этом районе был впервые признан в отношении одного из островов Марри в деле *об острове Мер*. Как уже упоминалось, этот титул включает права на землю, но не на офшорные территории. Однако с тех пор титульные права на исконные территории были признаны по согласию сторон в отношении всех островов Торресова пролива, на которых проживают соответствующие общины.

40. Слушание по делу *о региональных морях Торресова пролива*, которое касается территории площадью примерно 34 800 кв. км., началось в Федеральном суде в 2008 году. Процесс завершился 24 июля 2009 года, но на время подго-

²⁰ *Naghir People No.1 v Queensland* [2008] FCA 192 (21 February 2008) Native Title number NT QC01/42, Federal Court number QUD6040/2001, unreported. Далее: «Дело о региональных морях Торресова пролива».

²¹ Этот Договор заключен между Австралией и Независимым государством Папуа — Новая Гвинея и касается суверенитета и морских границ между ними в этом районе, включая район Торресова пролива, и связанных с этим вопросов ([1985] ATS 4), совершен 18 декабря 1978 года и вступил в силу 15 февраля 1985 года. См. также *United Nations Treaty Series*, vol. 1429, no. 24238.

товки настоящего документа решение еще не было вынесено. В качестве ответчиков в этом деле выступают граждане Папуа — Новой Гвинеи, которые утверждают, что они имеют традиционные связи с населением и территориями Торрессова пролива, в том числе что некоторые из них, являясь гражданами Папуа — Новой Гвинеи, тем не менее являются потомками традиционных жителей Торрессова пролива. Таким образом, непосредственное отношение к рассмотрению судом этого дела имеют вопросы статуса, юрисдикции и исковой правоспособности. Исковые требования о предоставлении исключительного титула на исконные земли касаются лишь части заявленной территории. Поскольку притязания распространяются на территории, выходящие за пределы территориального моря Австралии, особо принимаются во внимание соображения из области международного морского права.

Титул на исконные территории как средство защиты

41. Титул на исконные территории может служить эффективным средством защиты от введения в законодательном порядке санкций за нарушение положений, регулирующих охоту и отлов различных объектов животного мира (например, крокодилов или рыбы) для личного потребления в соответствии с нормами традиционного права и обычаями²².

С. Статутные права и интересы в отношении офшорных территорий помимо титула на исконные территории

42. Существенная доля продукции рыбного промысла Австралии идет на экспорт, включая такие ценные товары, как лангуст, жемчуг, морское ушко и тунец. Помимо процедур, предусмотренных согласно Закону о титуле на исконные территории, существует еще множество установленных законом режимов, которые дополняют их. В рамках настоящего документа можно привести лишь краткий обзор этих механизмов регулирования, которые потенциально могут затрагивать права коренных народов на рыболовство в офшорных водах.

Регулирование рыбохозяйственной деятельности

43. Законодательство о регулировании рыбохозяйственной деятельности применяется в отношении территории протяженностью 200 морских миль от побережья, а отдельные его положения — далее на открытое море. Согласно статье 51(х) Федеральной конституции Австралии, исключительные полномочия регулировать рыбохозяйственную деятельность в Австралии принадлежат Австралийскому Союзу, который контролирует всю деятельность в территориальных водах страны от береговой линии до международно признанных границ территориального моря и морского дна, поскольку исторические колониальные

²² См. *Mason v Tritton* (1994) 32 NSWLR 572, особенно Kirby J at 582 and *Dillon v Davies* [1998] TASSC (20 May 1998) относительно морского ушка; *Derschaw anors v Sutton, Full Court, Supreme Court of Western Australia*, unreported 16 August 1996; *Underwood v Gayfer* [1999] WASCA 56 (15 June 1999) относительно сетного лова после закрытия промыслового сезона; *Wilkes v Johnsen* [1999] WASC 74 (23 June 1999) относительно ловли речных раков меньше допустимого минимального размера (s211 Native Title Act applied to the Fish Resources Management Act 1994); и *Yanner v Eaton* [1999] HCA 53 (7 October 1999) относительно охоты на крокодилов в эстуариях и их отлова для личного потребления в нарушение Закона Квинсленда 1974 года об охране животного мира.

границы и границы штатов и территорий проходили вдоль отметок наибольшего отлива²³. Тем не менее в настоящее время по итогам продолжительных переговоров между Союзом и штатами и территориями юрисдикция в области рыболовства осуществляется совместно на основе ряда законов Союза и соответствующих законов штатов и территорий. В соответствии с офшорным конституционным соглашением юрисдикция в отношении участка моря и морского дна от отметки наибольшего отлива до трех морских миль от береговой линии была на основании статьи 51(xxxviii) Конституции возвращена штатам и территориям, которые также сохранили за собой юрисдикцию в отношении рекреационного рыболовства в пределах 200 морских миль от берега и, возможно, дальше. Существующие в настоящее время многочисленные толкования Верховным судом статьи 51(xxix) показывают, что, согласно предусмотренным Конституцией полномочиям в области внешних сношений, как правило, признается правомерность применения федеральных законов в отношении участков, расположенных далеко за отметкой наибольшего отлива.

Охрана культурного наследия

44. Хотя концепция культурного наследия практически не отделима от титула на исконные территории, она может включать также и более широкие понятия, чем объекты особого значения, и, соответственно, регулируется отдельными законодательными механизмами. Вместе с тем вопросы культурного наследия действительно часто пересекаются с титульными интересами коренных народов в отношении исконных земельных и водных ресурсов и иногда с земельными правами. Урегулирование претензий в отношении титула на исконные территории в судебном порядке часто приводит к установлению прав и интересов, в которых не признаются надежные права собственности и традиционные институты управления коренного населения, имеющие отношение к организации использования культурного наследия и его охране.

Земельные права

45. За несколько десятков лет до признания в 1992 году титула на исконные территории установленные законом режимы земельных прав предусматривали положения, касающиеся прав владения, принадлежащих конкретно коренному населению. Такие права, пожалованные Короной, отличаются от титула на исконные территории, основанного на признании по обычному праву традиционных правовых норм и обычаев коренных народов, имеющих отношение к землям и водным ресурсам. В свою очередь под термином «земельные права» подразумеваются различные статутные права, предоставляемые в разных обстоятельствах и предусматривающие различные средства правовой защиты (включая, в некоторых случаях, компенсацию) в случае нарушения законных интересов. Держателем титула обычно является не отдельное лицо, а группа лиц, и, как правило, предусмотрены определенные ограничения в отношении его отчуждения и порядка его использования.

46. Недавно Верховный суд вынес решение по делу о земельных правах, в котором рассматривалась коллизия интересов, возникшая в результате выдачи рыболовам, не являющимся представителями коренного населения, на основа-

²³ 59. *New South Wales v The Commonwealth* (1975) 135 CLR 3376 otherwise known as the *Seas and Submerged Lands Act* case.

нии закона лицензий на промысел на территории, которая была объектом титульных прав на исконные территории, предоставленных на основании Закона (Северной территории) о рыболовстве²⁴. Суд постановил, что рыболовы, не являющиеся представителями коренных народов, даже при наличии у них лицензии, должны в любом случае получить согласие коренного населения на въезд на их территории и рыбную ловлю на них, поскольку передача территорий коренным народам в соответствии с положениями законодательства дает им исключительное право на рыболовство в приливно-отливной зоне (включая береговую линию и устья рек). Согласно этому решению были аннулированы публичные права на рыболовство и судоходство на территории, переданной коренным народам.

D. Договор о Торресовом проливе

47. В этом договоре, заключенном между Австралией и Новой Гвинеей и вступившем в силу в 1985 году, были признаны права коренного населения на рыболовство в офшорных водах. Согласно его положениям была создана охраняемая зона с целью обеспечить защиту традиционного жизненного уклада и источников средств к существованию исконных жителей этих территорий, включая их права на рыболовство и свободное передвижение. При этом понятие «традиционные» толкуется свободно, с тем чтобы включить в него традиции, видоизмененные с учетом современных реалий, в том числе в том, что касается методов рыболовства. Как видно из названия Договора, он применяется в отношении местных жителей островов в Торресовом проливе, но не распространяется на другую коренную группу — австралийских аборигенов, — некоторые из которых также проживают вдоль побережья и имеют традиционные связи с офшорными морскими районами. Этот договор недавно был предметом парламентского расследования, проводившегося Комитетом сената по иностранным делам и вопросам обороны и торговли, который еще не доложил парламенту о его результатах²⁵.

IV. Тематическое исследование: права народа саами на рыболовство в офшорных водах Норвегии

A. Законодательство Норвегии о рыболовстве и его воздействие на саами, проживающих на побережье

48. Норвегия имеет очень протяженную береговую линию с большим числом фьордов. Продукция рыболовства является одной из основных статей торговли страны, уступая в последние годы лишь нефти и газу²⁶. Коренной народ Нор-

²⁴ *Northern Territory v Arnhem Land Aboriginal Land Trust* [2008] HCA 29 split 5:2 Gleeson CJ, Gummow, Hayne and Crennan JJ, Kirby, J. agreeing; Kiefal and Heydon JJ dissenting. (30 July 2008). Under the Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1976 (Cth), the relevant land council for that area of Aboriginal land is the Northern Land Council, the relevant body to grant permission to enter and fish.

²⁵ См. http://www.aph.gov.au/senate/committee/fadt_ctte/torresstrait/index.htm.

²⁶ Подробную информацию и анализ, посвященные конкретно правам на рыбный промысел в море, см. в официальных докладах Норвегии ((NOU) 2008:5).

вегии — саами — уже много столетий проживает вдоль северного побережья страны²⁷. В литературных источниках саами обычно описываются как олениводы, кочующие семьями вместе со стадами из территорий внутри страны, где они зимуют, на побережье летом. Вместе с тем для многих саами, постоянно проживающих в прибрежных районах, основным источником средств к существованию всегда было рыболовство. Как правило, они сочетают рыболовство с сельским хозяйством, охотой и собирательством в материковой части страны. Таким образом, рыбная ловля, которой саами занимаются во фьордах и прибрежных водах, всегда была и до сих пор является мелкомасштабной деятельностью по сравнению с рыбным промыслом, который ведется с использованием крупных дорогостоящих рыболовецких судов, радикальным образом изменивших рыбохозяйственный сектор в последние несколько лет.

Новый режим регулирования

49. Режим государственного регулирования сектора морского рыболовства претерпел огромные изменения в конце 1980-х годов, когда необходимость сократить общий допустимый улов привела к введению квот на вылов трески²⁸. Согласно новым правилам квоты распределялись из расчета на одно рыболовецкое судно, а не среди рыбаков. Эти квоты распределялись исходя из размера улова в предыдущие годы, в результате чего малые рыболовецкие суда в районах, населенных саами, оказались по большому счету вытеснены из новой системы квот. Еще более усугубило отрицательные последствия нового режима для саами вторжение тюленей, сократив возможность для рыболовства во фьордах и прибрежных морских водах в местах проживания саами в те несколько лет, когда велся учет улова в качестве основы для предоставления квот в будущем. Такие вновь рассчитанные квоты распределялись бесплатно среди владельцев судов со значительными показателями улова в предыдущие годы. В последующие годы власти разрешили продавать суда вместе с квотами, в результате чего постепенно на рынке сложилась ситуация, когда цена судна, продающегося с квотой, может быть значительно выше рыночной стоимости самого судна. Определенная доля общего допустимого улова была отведена для рыбаков, не имеющих квот. Однако те из них, которые хотели заниматься рыболовством с обычной полной квотой, должны были купить судно с привязанной к нему квотой. В результате новички, в том числе молодежь из нового поколения, должны были вложить существенные средства, чтобы получить доступ к этой отрасли.

50. Такие нововведения были сочтены весьма несправедливыми по отношению к саамским рыболовецким общинам. После того как согласно Конвенции МОТ № 169 были введены в силу новые статутные положения, регулирующие использование земель в традиционных районах проживания саами в Финмарке (самая северная фюльке Норвегии), в 2006 году был создан Комитет по вопросам прибрежного рыболовства, которому было поручено изучить претензии саами в отношении прав на рыболовство в океанских водах к северу от Финмарка и вынести соответствующие рекомендации. В 2008 году этот Комитет сделал вывод о том, что саами, проживающие в Финмарке во фьордах и вдоль побережья, действительно имеют право вести рыбный промысел, основанное на истории использования ими этих районов и нормах международного права,

²⁷ См. там же, разделы 5 и 6.

²⁸ См. там же, раздел 3.

касающихся коренных народов и меньшинств²⁹. В настоящее время ведется обсуждение правовых и политических вопросов, связанных с этим заключением. Итоги работы Комитета еще не были представлены парламенту, поэтому эта тема еще живо обсуждается в Норвегии и может в будущем привлечь внимание мировой общественности.

Правовые аргументы Комитета по вопросам прибрежного рыболовства (Kystfiskeutvalget)

51. Последствия статьи 27 для прав саами были предметом правовых и политических дебатов с начала 1980-х годов. В связи с этим следует остановиться на основных аргументах этих продолжающихся обсуждений. В 1984 году Комитет по правам саами (Samerettsutvalget) в своем докладе всесторонне проанализировал вопрос о том, распространяется ли защита, предусмотренная этой статьей, на материальную основу культуры саами³⁰. Для этих целей Комитет изучил также правовые материалы, имеющие отношение к защите коренных народов. Хотя правовые нормы, касающиеся коренных народов, не распространяются на этнические меньшинства в целом, статью 27 следует трактовать с учетом потребностей каждого отдельного меньшинства. Когда то или иное этническое меньшинство нуждается в признании определенной основы своей культуры и не может добиться этого признания, то фактически они лишаются возможности пользоваться своей культурой. Такой вывод означает, что за каждым этническим меньшинством может потребоваться признать реальную основу их культуры, поскольку это имеет принципиально важное значение для того, чтобы они могли пользоваться своей культурой. Саами, как многие другие коренные народы, представляют собой этническое меньшинство, основой культуры которого в значительной степени является традиционная эксплуатация природных ресурсов. Таким образом, Комитет в принципе высказался за обеспечение защиты материальной основы культуры, но не сделал определенного вывода о пределах этой основы.

52. Министерство юстиции поддержало такую трактовку статьи 27, представляя в 1987 году на рассмотрение парламента законопроект о представительном органе саами — Парламенте саами (the Sameting)³¹. В парламенте Норвегии Юридический комитет отметил, что власти Норвегии, четко обозначив свое намерение принять позитивные специальные меры в отношении саами, действуют с учетом развития норм международного права. Юридический комитет заявил также, что он придает большое значение трактовке министерством статьи 27 и уделяет особое внимание обязанности Норвегии конструктивно способствовать расширению материальных возможностей саами пользоваться своей культурой и воздействовать на ее физическую и экономическую основы³². В ходе парламентских прений министр юстиции заявил, что сегодня право народа пользоваться своей культурой должно считаться одним из основных прав

²⁹ Информацию о праве на рыбный промысел в океанских водах к северу от Финмарка см. в официальных докладах Норвегии ((NOU) 2008:5 (chair Carsten Smith)).

³⁰ Информацию о правовой позиции саами см. в официальных докладах Норвегии ((NOU) 1984:18 (chair Carsten Smith)).

³¹ Ot.prop (1986–87) No. 33 p. 37.

³² Innst.O. (1986–87) No.79 p. 5.

человека, и подчеркнул, что концепцию культуры следует понимать как включающую материальную основу для культурных обычаев³³.

53. Спустя год, в 1988 году, такой подход еще более укрепился благодаря принятию парламентом поправки к Конституции, касающейся защиты культуры саами. В выступлении председателя Юридического комитета в парламенте было отмечено, что это положение Конституции позволяет выполнить обязанности, предусмотренные в статье 27, и упоминалось о трактовке статьи 27, согласно которой государство должно оказывать активную поддержку саами, обеспечивая им средства — в том числе материальные — для пользования своей культурой и языком³⁴.

54. Такая трактовка статьи 27 недавно была подтверждена в правительственном документе о политике в отношении саами, представленном на рассмотрении парламента³⁵. Относительно концепции культуры в этом документе говорится следующее:

«что касается саами как коренного народа, то согласно общепринятой трактовке это положение распространяется также на материальные условия для осуществления культуры в целом, также именуемые природной основой культуры саами»³⁶.

Далее в отношении обязанности государства положительным образом способствовать созданию условий для того, чтобы народ саами мог пользоваться своей культурой, в этом документе говорилось следующее: «сегодня общепринятым считается толкование, согласно которому в этом положении заложены основы для необходимости принятия органами управления позитивных мер в целях выполнения своих обязанностей»³⁷.

55. Как уже говорилось выше, Комитет по вопросам прибрежного рыболовства сделал вывод о том, что саами, проживающие в Финмарке во фьордах и вдоль побережья, имеют право вести рыбный промысел, основанный на традиционном использовании ими этих территорий и нормах международного права, касающихся коренных народов и меньшинств. Этот вывод был сделан на основе международно-правовых документов, о которых говорится выше в отдельной главе. Вместе с тем в значительной степени были приняты во внимание также результаты оценки этого материала на национальном уровне в процессе разработки законов в 1980-х годах, который привел к созданию Парламента саами и принятию поправки к Конституции, касающейся защиты культуры саами. Мнения, которые высказываются органами государственной власти Норвегии, должны рассматриваться в качестве важного элемента при трактовке международных документов с целью определить их последствия для прав саами как граждан и для их прав в области рыболовства. Правовую значимость для их толкования имеют также еще два положения: во-первых, статья 110а Конституции, касающаяся обязанности органов управления обеспечивать народу саами возможности для охраны и развития своей культуры; и, во-вторых, нормативное положение о включении в законодательство Норвегии, наряду с

³³ O.tid. (1986–87) p. 496.

³⁴ St.tid (1987–88) p. 3026.

³⁵ Stortingsmelding No. 28 (2007-2008).

³⁶ Ibid., p. 33.

³⁷ Ibid.

положениями других конвенций, положений Международного пакта о культурных и политических правах, в котором одновременно предусмотрено, что нормы, вытекающие из этих конвенций, имеют преимущественную силу в случае конфликта с положениями внутреннего законодательства.

Проект законодательного акта

56. Право на рыбный промысел получило развитие в проекте соответствующего законодательного акта с точки зрения как допустимого улова, так и исключительных прав на рыбный промысел в отдельных районах. Для населения, проживающего вдоль побережья и во фьордах за пределами Финмарка, был установлен допустимый улов в размере, призванном обеспечить приемлемый доход в расчете на одно домашнее хозяйство, а за населением, проживающим во фьордах Финмарка, было признано преимущественное право на рыбный промысел в своих фьордах. Проект предусматривал создание местного органа управления, уполномоченного принимать решения в отношении размера судов и использования рыболовческого оборудования на территории протяженностью четыре морские мили от берега. Этому органу было бы разрешено отдавать предпочтение рыбному промыслу с использованием небольших судов и пассивного оборудования, а также уделять особое внимание интересам рыбаков, ведущих лов во фьордах и прибрежных районах. В совет этого органа должны были входить три представителя, избранных Парламентом саами, и три представителя от совета фюльке.

57. Саами, живущие в прибрежных районах в самой северной части страны, тесно взаимодействуют с некоренным населением Норвегии. Права на рыбный промысел, о которых идет речь, были признаны как коллективные и распространяющиеся на данный район, а не как закрепленные за коренным населением. Таким образом, норвежские рыбаки, занимающиеся промыслом в Финмарке, но не принадлежащие к коренному населению Финмарка, тоже смогли бы пользоваться правами, основанными на нормах международного права, касающихся таких коренных народов, как саами. Такой вариант, однако, получил поддержку Парламента саами.

В. Нынешняя правовая и политическая ситуация в Норвегии

58. В Норвегии на сегодняшний день не существует принципиально важного опыта рассмотрения судами дел, которые касались бы прав коренного населения на рыбный промысел в море. Судьба нынешнего и будущего законодательства зависит от того, как будут оценены соответствующие аргументы и предложение, содержащееся в докладе Комитета по вопросам прибрежного рыболовства. В результате обстоятельных обсуждений, проводившихся весь 2008 год, сложилась в целом следующая ситуация: крупные торговые предприятия выступили против предложения о реформе законодательства, а местные рыбаки, Парламент саами, организации саами и многие муниципалитеты поддержали его либо полностью, либо частично.

59. Однако после завершения обсуждений Юрисконсульт при канцелярии премьер-министра издал документ, в котором он отрицательно оценил доклад Комитета, включая как содержащийся в нем анализ международно-правовых

норм, так и законодательное предложение³⁸. Председатель Комитета по вопросам прибрежного рыболовства, который был также одним из главных авторов раздела доклада, посвященного международному праву, официально отреагировал на этот документ³⁹. Он заявил, что основным предметом обсуждения являются права саами на материальную основу их культуры и их право на необходимые специальные меры. По его мнению, Юрисконсульт небрежно аргументирует свою позицию, поскольку, помимо прочего, он никак не учитывает заявления правительства, сделанные им в недавнем документе, который был представлен на рассмотрение парламента⁴⁰.

60. Касательно материальной основы культуры Юрисконсульт отмечает, что по меньшей мере «неясно», включает ли она права коренного населения на рыбный промысел в море. В связи с этим следует отметить, что едва ли что-либо можно с большей уверенностью назвать материальной основой культуры, чем рыболовство для саами, живущих вдоль северного побережья. Рыбный промысел в океане послужил предпосылкой для оседлости местных общин саами и для формирования отдельных аспектов культуры саами в этих районах.

61. Однако наиболее сильную реакцию, возможно, вызовет утверждение Юрисконсульта о том, что «едва ли» статья 27 предусматривает основу для принятия позитивных специальных мер. Эта неожиданная отрицательная позиция затрагивает права саами в более общем смысле. Она идет вразрез не только с толкованием, которое правительство считает общепринятым, но и со всеми стремлениями и целями сегодня, когда предоставление прав саами и политика в их отношении больше не направлена, главным образом, на ликвидацию негативной дискриминации. Сегодня права саами и политика в их отношении призваны содействовать принятию специальных мер для обеспечения реального равенства в стране.

62. Министр рыбного хозяйства выступил с первой официальной реакцией на доклад Комитета в октябре 2009 года. Министр намерен предложить парламенту Норвегии утвердить некоторые права на рыбный промысел — гораздо более ограниченные, чем это было предусмотрено в законопроекте, — но не намерен ни признать международно-правовые основания, ни одобрить преимущественное право на рыболовство во фьордах, ни учредить местный орган со специальными полномочиями и советом, в состав которого входили бы представители, избранные Парламентом саами. Согласно установленному порядку проведения консультаций между правительством и Парламентом саами эти консультации впредь будут проводиться исходя из такой позиции правительства. Парламент саами, возможно, будет бороться за результат, более приближенный к содержанию первоначального законопроекта, прежде всего за признание международно-правовых оснований.

³⁸ Letter of 9 March 2009 to the Fisheries and Coastal Ministry.

³⁹ Letter of 24 March 2009 to the Fisheries and Coastal Ministry.

⁴⁰ См. пункт 55 выше.

C. Североевропейская конвенция о саами (Nordisk Samekonvensjon)

63. Проект Североевропейской конвенции о саами, подготовленный совместной группой экспертов из Норвегии, Финляндии, Швеции и из числа представителей саами, был представлен на рассмотрение в 2005 году⁴¹. Вскоре после этого проект был утвержден Парламентом саами во всех трех странах. В настоящее время он находится на рассмотрении правительств этих стран.

64. Цель этой конвенции заключается в создании правовой основы для признания саами отдельным народом независимо от того, в каком из трех государств проживают или гражданами какого из них являются отдельные саами. Конвенция предусматривает разработку общесаамского законодательства и призвана стать основополагающим документом, регулирующим вопросы, касающиеся основных прав саами как народа, а также саамских структур управления, саамских языков и культуры, прав саами на землю и водные ресурсы и источников получения ими средств к существованию. Предусматривается, что положения, касающиеся прав на внутренние акватории и использования акваторий, будут применяться, соответственно, в отношении осуществления саами рыбного промысла и других видов использования фьордов и морских прибрежных вод. В ходе консультаций по вопросам осуществления конвенции более подробные ее положения будут, безусловно, согласованы с результатами работы над законом Норвегии о правах коренных народов на рыбный промысел в море.

V. Заключительные замечания

65. Согласно установленному порядку ведения рыбохозяйственной деятельности в Австралии, процедурам охраны культурного наследия и законодательству о земельных правах права коренных народов на рыбный промысел в офшорных водах регулируются в рамках сложной многоярусной системы, включающей юрисдикцию на трех уровнях управления и интересы государства и общественности, частного сектора и отрасли. Как и в случае с титулом на исконные территории, установление прав коренных народов на морские территории в соответствии с требованиями этих режимов предусматривает обязательное проведение переговоров с множеством заинтересованных сторон, и поэтому может быть сложным и длительным процессом. Вместе с тем, в отличие от прав на рыболовство в офшорных водах, предоставленных на основании титула на исконные территории, такая процедура позволяет признать некоторые конкретные интересы правовых народов как исключительные права на рыбный промысел в офшорных водах, ограничиваемые лишь международными правами мирного прохода. Эти права на офшорные территории более эффективны, чем любые другие, полученные на основании титула на исконные территории, поскольку последние даже при полном их признании в соответствии с нынешней трактовкой Верховного суда, все равно ограничены дополнительными публичными правами, признаваемыми по общему праву. Решения об установлении титула на исконные территории, принятые по итогам судебных разбирательств,

⁴¹ Nordisk samekonvensjon, utkast fra ekspertgruppe 26. oktober 2005. Nordic Saami Convention, draft of expert group (chair Carsten Smith).

представляют собой недавний правовой массив и сопряжены с дополнительным риском, поскольку возможности применения таких норм в ситуациях, отличных от ситуации сторон в соответствующем деле, и при иных фактах ограничены, тогда как другие статутные режимы (например, режим земельных прав), прочно утвердились и, возможно, содействуют обеспечению большей правовой определенности. Вместе с тем следует отметить, что, хотя они периодически приводят к предоставлению более надежных прав собственности, чем судебные разбирательства по делам о титуле на исконные территории, они представляют собой нечто совершенно иное, чем титул на исконные земли, и в некотором смысле являются более шаткими, поскольку опираются на предоставление прав парламентом, а не на права конкретно коренных народов, которые существовали до эпохи британского суверенитета и должны быть признаны общим правом.

66. Вопрос о правах саами на рыбный промысел в прибрежных морских водах имеет огромное правовое и политическое значение для народа саами. Историческая и международно-правовая основа таких прав на сегодняшний день была документально аргументирована и получила положительную оценку назначенного правительством комитета, однако такая оценка подверглась критике со стороны Юрисконсульта. В ближайшее время предстоит провести консультации между правительством Норвегии и Парламентом саами. Для саами, проживающих в прибрежных районах, рыболовство — это необходимое условие для того, чтобы они могли и далее проживать в своих общинах, зажигая огнями ночное северное побережье. Эти общины имеют также огромное значение для сохранения культуры саами, которая в настоящее время переживает критический этап своего существования. Поэтому от признания прав на рыбный промысел — которые сегодня горячо обсуждаются в правовых и политических дебатах в стране — зависит будущее этой культуры. Если Постоянный форум выразит свою позицию по этому вопросу, это могло бы повлиять на исход дела.