



Совет по правам человека

Тридцать девятая сессия

10–28 сентября 2018 года

Пункты 3 и 5 повестки дня

**Поощрение и защита всех прав человека,
гражданских, политических, экономических,
социальных и культурных прав, включая
право на развитие**

Правозащитные органы и механизмы

**Свободное, предварительное и осознанное согласие:
правозащитный подход**

**Исследование Экспертного механизма по правам коренных
народов**

Резюме

Экспертный механизм по правам коренных народов провел настоящее исследование по вопросам правозащитного подхода к свободному, предварительному и осознанному согласию в соответствии с его мандатом согласно резолюции 33/25 Совета по правам человека.

Доклад завершается рекомендацией № 11 Экспертного механизма в отношении коренных народов и свободного, предварительного и осознанного согласия.



I. Введение

1. В соответствии со своим мандатом, определенным Советом по правам человека в его резолюции 33/25, на своей десятой сессии, состоявшейся в июле 2017 года, Экспертный механизм по правам коренных народов постановил подготовить исследование о свободном, предварительном и осознанном согласии, поскольку это понятие содержится в ряде положений Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов. В этой связи Экспертный механизм 5 и 6 декабря 2017 года провел семинар в Сантьяго. В настоящем исследовании использована информация, содержащаяся в презентациях, сделанных на указанном семинаре, и представлениях от государств-членов, коренных народов, национальных правозащитных учреждений, научных кругов и других субъектов¹.

2. Настоящее исследование ставит своей целью способствовать пониманию свободного, предварительного и осознанного согласия в контексте использования и толкования этой закрепленной в Декларации правозащитной нормы. С учетом 11 лет информационно-пропагандистской и практической деятельности, прошедших после принятия Декларации, настоящее исследование не следует рассматривать как исчерпывающее или окончательное, однако оно призвано внести свой вклад в рекомендации по толкованию, доступные в настоящее время для государств, коренных народов и других субъектов, работающих над вопросами, представляющими интерес для коренных народов.

II. Правозащитные основы свободного, предварительного и осознанного согласия

3. Свободное, предварительное и осознанное согласие представляет собой правозащитную норму, опирающуюся на основные права на самоопределение и на свободу от расовой дискриминации, закрепленные в Международном пакте о гражданских и политических правах, Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах и Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации. Положения Декларации, в том числе те из них, в которых упоминается свободное, предварительное и осознанное согласие, не создают для коренных народов новых прав, а представляют собой разработку общих правозащитных принципов и прав в конкретном контексте исторических, культурных и социальных условий жизни коренных народов (A/HRC/9/9, пункт 86), как показано в нижеследующих разделах.

4. В соответствии с правом на самоопределение коренные народы всегда имели неотъемлемое право вступать в имеющие обязательную силу соглашения друг с другом и с другими политическими субъектами. Современная концепция и практика взаимно согласованных консенсусных соглашений между коренными народами и правительствами государств основаны на обширной истории заключения договоров, характеризовавших отношения между коренными народами и государствами на протяжении нескольких сотен лет во многих регионах мира, которые по-прежнему действуют во многих районах, где они являются частью права², даже если они зачастую нарушаются³. Как в прошлом, так и в настоящее время коренным народам бывает сложно вести переговоры с государствами в условиях колонизации и с учетом многих других ограничений, которые зачастую характеризуют положение коренных народов во всем мире.

¹ Все представления размещены по адресу www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/StudyFPIC.aspx.

² Например, в пункте 3 Договора № 6 между кри и другими народностями и Британской короной, заключенного в 1876 году, содержится требование «согласия», равно как и в статье 16 Договора между Соединенными Штатами Америки и штатами Очети Шаковин, заключенного в Форт-Ларами в 1868 году.

³ *United States v. Sioux Nation of Indians*, 448 U.S. 371 (1980).

5. Вместе с тем, как отметил в своем заключительном докладе Специальный докладчик Мигель Альфонсо Мартинес, процесс переговоров и поиска согласия, лежащий в основе достижения договоренности, является наилучшим способом не только для обеспечения эффективного вклада коренных народов в любые усилия, направленные на признание и восстановление их прав и свобод, но и для создания крайне необходимых практических механизмов, способствующих реализации и соблюдению их наследственных прав, а также прав, провозглашенных в национальных и международных договорах. Таким образом, это – наиболее эффективный подход к разрешению конфликтов, связанных с проблемами коренных народов, на всех уровнях и при наличии свободного и осознанного выбора со стороны коренных народов (см. E/CN.4/Sub.2/1999/20, пункт 263). Он также упомянул повсеместное стремление коренных народов создавать прочные, новые и иные по своей сути отношения, существенно отличные от тех недоброжелательных, а порой и враждебных взаимоотношений, которые до сих пор существуют с некоренными слоями населения в тех странах, где они проживают (там же, пункт 262). В этом контексте стандарты в отношении свободного, предварительного и осознанного согласия, закрепленные в Декларации, имеют особое значение для отношений коренных народов с государствами в настоящее время и в будущем.

A. Самоопределение

6. Право на самоопределение является основным правом человека, на которое опирается свободное, предварительное и осознанное согласие. Оно включает как внутренние, так и внешние аспекты⁴. Исторически сложилось так, что право на самоопределение, которое коренится в движении деколонизации, было разработано для обеспечения соответствующим странам и народам возможности восстановить свою автономию, самим определять свою судьбу, самостоятельно принимать решения и контролировать использование своих ресурсов⁵. Право на самоопределение действительно рассматривалось в качестве базового права, включающего другие права народов и наций на свободу от принуждения любого рода, на достойную жизнь и пользование всеми правами на равной основе, в том числе правом отвечать за свое будущее, получать полную информацию и быть в состоянии свободно отвергать или принимать предложения, планы, проекты и программы, которые затрагивают их или их ресурсы.

7. Таким образом, концепции свободы, полной информированности, обладания правом сказать «да» или «нет» и обладания контролем над своими землями и ресурсами в качестве наций или народов не новы в международном праве прав человека⁶. Эти концепции вытекают из элементов права на самоопределение, на которых основаны положения Декларации, касающиеся свободного, предварительного и осознанного согласия, в качестве одного из способов осуществления права на самоопределение, с учетом особого исторического, культурного и социального положения коренных народов.

8. В международных правовых рамках, определяющих концепцию права на самоопределение, особое внимание уделяется восстановлению народами и нациями контроля над своими землями и природными ресурсами, которое рассматривается как важный составной элемент права на самоопределение⁷. Именно по этой причине

⁴ См. Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal* (Cambridge, Cambridge University Press, 1995).

⁵ См. резолюцию 1514 (XV) Генеральной Ассамблеи.

⁶ См. резолюцию 1803 (XVII) Генеральной Ассамблеи; и Nicolaas Schrijver, “Self-determination of peoples and sovereignty over natural wealth and resources” в издании *Realizing the Right to Development: Essays in Commemoration of 25 Years of the United Nations Declaration on the Right to Development* (United Nations publication, Sales No. E.12.XIV.1).

⁷ См. Marion Mushkatt, “The process of decolonization: international legal aspects”, *University of Baltimore Law Review*, vol. 2, No. 1 (Winter 1972).

принцип свободного, предварительного и осознанного согласия имеет особое значение применительно к землям и ресурсам.

В. Отсутствие дискриминации

9. Свободное, предварительное и осознанное согласие также зиждется на правозащитных рамках, разработанных с целью ликвидации структурных оснований расовой дискриминации в отношении коренных народов. Доктрина открытия⁸, наряду с другими доктринами завоевания, которые оправдывают правовую и стратегическую основу для лишения коренных народов их земель и уничтожения их культуры, была основана на расовых теориях и принципах, согласно которым коренные народы рассматриваются как неполноценные люди, которые не способны владеть землями и определять свое будущее. Международное движение в защиту прав коренных народов в 1960-х и 1970-х годах подчеркивало системную расовую дискриминацию и нарушения прав человека, с которыми сталкиваются коренные народы, что привело к исследованию этого вопроса, предпринятому Подкомиссией по предупреждению дискриминации и защите меньшинств⁹. В итоге была разработана Декларация в качестве двойной рамочной основы, объединяющей право на восстановление исторической справедливости и постоянно действующие права.

10. Еще в 1997 году, за десять лет до принятия Генеральной Ассамблеей Декларации, Комитет по ликвидации расовой дискриминации пришел к выводу о том, что расовая дискриминация является главной причиной большинства случаев дискриминации, с которой сталкиваются коренные народы. Он подтвердил, что дискриминация коренных народов подпадает под действие Конвенции и что для предупреждения и ликвидации такой дискриминации должны быть приняты все соответствующие меры¹⁰. Комитет конкретно указал на «согласие» как правозащитную норму, направленную на опровержение ложных доктрин и развенчание концептуальных построений, которые обездоливают коренные народы и лишают их прав. Комитет призвал государства обеспечить, чтобы коренные жители имели равные права, в том что касается активного участия в жизни общества, и чтобы никакие решения, непосредственно касающиеся их прав и интересов, не принимались без их осознанного согласия¹¹. Он также призвал государства признать и охранять права коренных народов в отношении владения, развития, контроля и использования их земель, территорий и ресурсов, а там, где их земли и территории, которыми они традиционно владели или на которых они иным образом проживали, отобраны или используются без их добровольного и осознанного согласия, принять меры для возвращения таких земель и территорий¹².

III. Свободное, предварительное и осознанное согласие как правозащитная норма

A. Обоснование

11. Принцип свободного, предварительного и осознанного согласия, как это предусмотрено в Декларации, имеет три основных обоснования. Во-первых, он направлен на восстановление коренными народами контроля над своими землями и ресурсами, как указано в статье 28. Некоторые авторы утверждают, что «свободное,

⁸ См. рекомендации Постоянного форума по вопросам коренных народов, вынесенные по итогам обсуждения темы «Доктрина открытия: ее сохраняющееся влияние на коренные народы и право на возмещение за завоевания прошлых лет» (см. E/2012/43-E/C.19/2012/13).

⁹ См. «Исследование Мартинеса Кобо» (E/CN.4/Sub.2/476 и Add.1–5; E/CN.4/Sub.2/1982/2 и Add.1–7; E/CN.4/Sub.2/1983/21 и Add.1–7).

¹⁰ См. Комитет по ликвидации расовой дискриминации, общая рекомендация № 23 (1997 год) о правах коренных народов.

¹¹ Там же.

¹² Там же.

предварительное и осознанное согласие базируется на принципе права собственности коренных народов, согласно которому они имеют права на землю на основе своего обычного права и постоянной связи с землей»¹³, а другие считают, что «историческая правовая доктрина твердо устанавливает суверенные права коренных народов на родовые земли и ресурсы в рамках давнего международного права»¹⁴. Во-вторых, потенциальная важность свободного, предварительного и осознанного согласия для восстановления культурной самобытности, чувства гордости и собственного достоинства коренных народов отражена в статье 11 Декларации. Культурное наследие коренных народов, включая человеческие останки, было отобрано без их согласия и все еще удерживается другими сторонами. В-третьих, свободное, предварительное и осознанное согласие способно исправить дисбаланс сил между коренными народами и государствами, с тем чтобы они могли установить новые партнерские отношения на основе прав и взаимного уважения между сторонами (см. A/HRC/EMRIP/2010/2), что закреплено в статьях 18 и 19 Декларации.

В. Природа свободного, предварительного и осознанного согласия как правозащитной нормы

12. Декларация признает коллективные права и защищает коллективную самобытность, активы и институты, в частности культуру, внутренние процессы принятия решений и контроль и пользование землей и природными ресурсами. Коллективный характер прав коренных народов является неотъемлемой частью культуры коренных народов и служит оплотом против их исчезновения путем насильственной ассимиляции.

13. Свободное, предварительное и осознанное согласие действует главным образом в качестве меры защиты коллективных прав коренных народов. Таким образом, оно не может принадлежать отдельным членам коренной общины или осуществляться ими. Декларация предусматривает как индивидуальные, так и коллективные права коренных народов. Там, где Декларация касается как индивидуальных, так и коллективных прав, в ней используются формулировки, в которых проводится четкое разграничение между «коренными народами» и «лицами». Очевидно, однако, что ни в одном из положений Декларации, касающихся свободного, предварительного и осознанного согласия (статьи 10, 11, 19, 28, 29 и 32), нет каких-либо ссылок на отдельных лиц. «Индивидуализация» таких прав противоречила бы целям, которые они призваны достичь¹⁵.

С. Сфера охвата свободного, предварительного и осознанного согласия

1. Свободное, предварительное и осознанное согласие: права на консультации, участие и на земли и ресурсы

14. Свободное, предварительное и осознанное согласие является проявлением права коренных народов самостоятельно определять свои политические, социальные, экономические и культурные приоритеты. Оно представляет собой комбинацию трех взаимосвязанных и взаимодополняющих прав коренных народов: права высказывать свое мнение; права на участие; и права на земли, территории и ресурсы. В соответствии с Декларацией, свободное, предварительное и осознанное согласие не может быть достигнуто в том случае, если один из этих компонентов отсутствует.

¹³ См. материалы, представленные Макиннесом, Колчестером и Уитмором.

¹⁴ S. James Anaya, "Divergent discourses about international law, indigenous peoples, and rights over lands and natural resources: toward a realist trend", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* (Spring 2005).

¹⁵ См. Siegfried Weissner, "Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 12 (1999).

15. Обязательства государств проводить консультации с коренными народами должны предусматривать качественный процесс диалога и переговоров, целью которых является заключение соглашения (см. A/HRC/18/42, приложение, пункт 9). Декларация предусматривает не конкретный момент или действие, а процесс диалога и переговоров, проводимых в течение разработки какого-либо проекта, начиная с планирования и осуществления и до принятия последующих мер. Используемые в Декларации парные термины «в консультации и в сотрудничестве» обозначают право коренных народов оказывать влияние на конечные результаты затрагивающих их процессов принятия решений, а не только право на участие в таких процессах или выражение своего мнения (см. A/HRC/18/42). Это также означает возможность для коренных народов выдвинуть другое предложение или предложить иную модель в качестве альтернативы предлагаемому правительством или другим субъектом.

16. Бывший Специальный докладчик по вопросу о правах коренных народов Джеймс Анайя подчеркнул, что Декларация свидетельствует об усилении акцента на необходимости таких консультаций, которые являются естественным элементом переговоров, направленных на достижение взаимоприемлемых договоренностей до принятия решений относительно предлагаемых мер, а не механизмов предоставления коренным народам информации об уже принятых решениях или рассматриваемой на предмет принятия решений без предоставления им возможности оказывать реальное влияние на процесс принятия решений (A/HRC/12/34, пункт 46). Консультации зачастую также являются отправной точкой для получения свободного, предварительного и осознанного согласия.

17. Право коренных народов на участие в принятии решений отдельно предусмотрено в статье 18 Декларации, положения которой основаны на статье 25 Международного пакта о гражданских и политических правах, гарантирующей каждому гражданину право на «участие в ведении государственных дел». В Декларации это общее право на участие адаптируется к потребностям и обстоятельствам коренных народов для достижения двух целей: во-первых, исправить де-юре и де-факто исключение коренных народов из общественной жизни и процессов принятия решений ввиду множества факторов, включая предвзятое мнение в их отношении, низкий уровень образования, трудности в получении гражданства и документов, удостоверяющих личность, и неучастие в избирательных процессах и политических институтах; и, во-вторых, возродить и восстановить внутри самих коренных народов процессы принятия решений и представительные институты, которые ранее были либо проигнорированы, либо отменены. Эти институты должны быть признаны и возрождены, и им должна быть предоставлена возможность участвовать в принятии решений.

18. Комитет по правам человека также разъяснил, что право коренных народов на участие выходит за рамки консультаций, отметив, что участие в процессе принятия решений должно быть «эффективным»¹⁶. Наблюдательные органы Международной организации труда (МОТ) подчеркивали взаимосвязь между консультациями и участием¹⁷. Участие означает нечто большее, чем просто консультации и должно включать в себя разработку инициатив со стороны коренных народов. «В этом смысле взаимосвязанные понятия консультаций и участия являются механизмами для обеспечения того, чтобы коренные народы могли решать вопрос выбора собственных приоритетов для процесса развития и осуществлять контроль за собственным экономическим, социальным и культурным развитием»¹⁸.

19. Права коренных народов в отношении их земель, ресурсов и территорий также являются неотъемлемыми компонентами свободного, предварительного и осознанного согласия, как оно понимается в Декларации. Право «иметь в собственности, использовать, осваивать или контролировать» земли, территории и

¹⁶ См. *Пома Пома против Перу* (CCPR/C/95/D/1457/2006), пункт 7.6.

¹⁷ См. ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, general observation on indigenous and tribal peoples (observation 2010/81).

¹⁸ См. International Labour Organization, *Understanding the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169): Handbook for ILO Tripartite Constituents* (Geneva, 2013), p. 19.

ресурсы (статья 26) дает право на свободное, предварительное и осознанное согласие в соответствии с правом коренных народов на самоопределение. В этой связи роль свободного, предварительного и осознанного согласия заключается в защите культурной самобытности коренных народов, которая неразрывно связана с их землями, ресурсами и территориями.

2. Составляющие элементы свободного, предварительного и осознанного согласия

20. Как подтверждается в Декларации, решения о предоставлении или отказе в предоставлении согласия должны быть свободными. Термин «свободный» предполагает отсутствие как прямых, так и косвенных факторов, которые могут препятствовать свободному волеизъявлению коренных народов. В этой связи для обеспечения процесса консультаций в форме подлинного диалога и переговоров в целях достижения соглашения должны быть соблюдены следующие условия, в отсутствие которых легитимность процесса консультаций может быть поставлена под вопрос:

a) контекст или общая атмосфера этого процесса должны быть свободны от запугивания, принуждения, манипулирования (см. A/HRC/18/42, приложение, пункт 25) и преследования и должны обеспечивать, чтобы процесс консультаций не ограничивал и не сужал доступ коренных народов к существующим мерам политики, услугам и правам;

b) взаимоотношения между сторонами должны основываться на доверии и доброй воле, а не на подозрениях, угрозах, криминализации (см. A/HRC/39/17) и насилии в отношении коренных народов или предвзятом мнении по отношению к ним;

c) коренные народы должны иметь право быть представленными в соответствии с их собственными традиционными законами, обычаями и порядками, с уделением особого внимания гендерным аспектам и представленности других секторов в рамках общин коренных народов. Коренным народам следует определить, каким образом и какие именно их собственные институты и лидеры будут их представлять. Поэтому они должны пользоваться свободой для решения вопросов представленности на международном уровне без какого-либо вмешательства;

d) коренные народы должны иметь право регламентировать и направлять процесс консультаций; они должны иметь полномочия определять методы консультаций и ход процесса консультаций. Это включает консультации при разработке процесса консультаций как такового и возможность предложить, использовать или разработать собственные протоколы проведения консультаций. Они должны иметь достаточный контроль над этим процессом и не должны чувствовать себя вынужденными участвовать или продолжать участвовать в нем;

e) коренные народы должны иметь возможность сообщить о своих ожиданиях и внести свой вклад в определение методов, сроков, мест и оценок.

21. Любой процесс получения свободного, предварительного и осознанного согласия должен также предшествовать любым другим решениям в отношении предложения начать переговоры и должен начинаться как можно раньше в ходе разработки этого предложения. Межамериканский суд по правам человека в своем решении по делу *Народ сарамака против Суринама* (2007 год) (дело *Сарамака*) использовал термины «на раннем этапе» и «раннее уведомление». В этой связи компонент «предварительное» в формулировке «свободное, предварительное и осознанное согласие» подразумевает следующее:

a) привлечение представителей коренных народов на как можно более раннем этапе. Следует провести консультации и обеспечить их участие уже на этапах подготовки концептуальных основ и разработки проекта, а не на поздних этапах осуществления проекта, когда его ключевые подробности уже были определены;

b) выделение времени, необходимого коренным народам для восприятия, понимания и анализа информации и осуществления своих собственных процессов принятия решений (см. A/HRC/18/42, приложение, пункт 25).

22. Консультации в контексте свободного, предварительного и осознанного согласия должны быть «осознанными», что означает следующее:

а) предоставляемая информация должна быть в достаточной степени как количественной, так и качественной, а также объективной, точной и понятной;

б) информация должна быть представлена таким образом и в такой форме, которые понятны коренным народам, включая перевод на язык, который они понимают. Консультации должны проводиться с использованием культурно приемлемых процедур, предусматривающих уважение к традициям и формам организации коренных народов (см. A/HRC/18/42). Основное содержание информации должно охватывать характер, масштабы, темпы, обратимость и охват любого предлагаемого проекта или мероприятия (см. E/C.19/2005/3); обоснования проекта; затрагиваемые территории; социальное, экологическое и культурное воздействие; вид компенсации и схемы распределения выгод; а также любой потенциальный вред и последствия, которые могут возникнуть в результате осуществления предлагаемой деятельности¹⁹;

в) институтам, представляющим интересы коренных народов, и их механизмам принятия решений должны быть предоставлены адекватные ресурсы, при этом без ущерба для их независимости. Такие институты и процессы принятия решений должны иметь возможность для выполнения технических задач, включая, при необходимости, посредством инициатив по развитию потенциала, направленных на информирование коренных народов об их правах в целом до начала процесса консультаций или параллельно с ним. Например, Австралийский совет по референдумам рекомендовал правительству Австралии рассмотреть предложения, разработанные аборигенами и жителями островов Торрессова пролива в ходе 13 региональных диалогов и национального съезда коренных народов в мае 2017 года, в которых они призвали к созданию нового представительного государственного института «первых наций» под названием «Голос, обращенный к парламенту», основанного на положениях статей 18 и 19 Декларации²⁰. В двух делах (*Агентство «Финмарк эстейт» против регионального общества «Нессеби»* (дело *Уньярага*) и *Норвегия против Йовссета Анте Инверсена Сары* (дело *Сары*)) Верховный суд Норвегии сослался на согласие и участие Саамского парламента в обоснование своего решения о том, что национальное законодательство соответствует международному праву в отношении прав коренного населения, включая Декларацию, Международный пакт о гражданских и политических правах, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах и Конвенцию МОТ о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, 1989 года (№ 169)²¹. Однако в деле *Сары* Суд сослался на участие Саамского парламента в качестве обоснования своего решения, хотя согласия достигнуто не было. Проблема возникает тогда, когда участие используется в качестве обоснования решений государственных учреждений, но согласия при этом не достигнуто, так как это может отвратить коренные народы от участия в процессах принятия решений.

23. Отсутствие взаимодействия с законными представителями коренных народов может подрывать любое полученное согласие. В Декларации явно сказано, что государства и третьи стороны должны консультироваться и сотрудничать с коренными народами «через их представительные институты» (статьи 19 и 32) и что коренные народы имеют право на участие в принятии решений «по своим собственным процедурам» (статья 18). Все стороны должны обеспечивать

¹⁹ Программа сотрудничества Организации Объединенных Наций по сокращению выбросов, обусловленных обезлесением и деградацией лесов в развивающихся странах, *Руководящие принципы в отношении свободного, предварительного и осознанного согласия* (Женева, 2013 год).

²⁰ См. www.referendumcouncil.org.au/final-report.

²¹ См. www.domstol.no/en/Enkelt-domstol/-norges-hoyesterett/rulings/rulings-2018/the-scope-of-collective-rights-of-use-to-land-in-nesseby-finnmark/ and www.domstol.no/globalassets/upload/hret/decisions-in-english-translation/hr-2017-2428-a.pdf.

представленность женщин, детей²², молодежи и инвалидов, и необходимо приложить усилия для понимания конкретного воздействия на эти группы (см. A/HRC/18/42). Тем не менее определение законных представителей коренных народов может оказаться сложной задачей. Государствам следует учитывать ситуации, в которых директивные учреждения коренных народов были подорваны колониализмом и в которых общины были рассредоточены, лишены земельных участков или переселены, в том числе в городские районы. Эти ситуации могут требовать государственной помощи для восстановления способности коренных народов представлять себя надлежащим образом. Важно, чтобы государства или третьи стороны обеспечивали наличие соответствующих полномочий у институтов, поддерживающих коренные народы и утверждающих, что они представляют их интересы.

D. Согласие

24. Как отметил бывший Специальный докладчик Джеймс Анайи, изъятие согласия не является самодостаточным механизмом легитимации. Принцип свободного, предварительного и осознанного согласия, разработанный в рамках правозащитного подхода, не означает согласия как простого ответа «да» на заранее предопределенное решение (A/HRC/24/41, пункт 30). Это означает, что согласие на предложение может быть получено только в том случае, если оно соответствует трем пороговым критериям: оно должно быть свободным, предварительным и осознанным, а затем должно быть подтверждено прямым заявлением о соглашении.

25. Согласие является одним из ключевых принципов, который позволяет коренным народам осуществлять свое право на самоопределение, в том числе в отношении проектов, которые предполагают контроль над их землями, ресурсами и территориями или каким-либо иным образом затрагивают их. Согласно такому пониманию, коренные народы имеют право на участие в разработке предложений и имеют право давать или не давать согласие на предложения, которые их затрагивают.

26. Решения коренных народов давать или не давать согласие на какое-либо предложение являются результатом их оценки с точки зрения их наилучших интересов и интересов будущих поколений. В тех случаях, когда они дают свое согласие, оно обеспечивает важную «социальную лицензию» и благоприятные условия для любого субъекта, деятельность которого затрагивает их земли, территории и ресурсы, как показали многочисленные исследования, в том числе и проведенные частным сектором²³. В ряде ситуаций коренные народы могут не давать свое согласие в связи с различными целями и по различным причинам:

a) они могут отказываться в согласии, сделав по итогам оценки вывод о том, что данное предложение не соответствует их наилучшим интересам. Ожидается, что отказ в согласии убедит другую сторону не рисковать, осуществляя это предложение. Аргументы о том, имеют ли коренные народы право «вето» в этой связи, как представляется, главным образом умаляют и подрывают легитимность концепции свободного, предварительного и осознанного согласия;

b) коренные народы могут временно отказываться в согласии в связи с недостатками процесса. Такие недостатки зачастую включают несоблюдение требуемых стандартов обеспечения того, чтобы согласие было свободным, предварительным и осознанным. Коренные народы могут требовать корректировки или поправок к предложению, в том числе выдвигая альтернативное предложение;

c) отказ от согласия может также означать обоснованное отсутствие доверия к процессу консультаций или к национальной инициативе. Как правило, это

²² Комитет по правам ребенка в своем замечании общего порядка № 11 (2009 год) о детях из числа коренных народов и их правах согласно Конвенции отмечает, что право ребенка быть заслушанным включает право на представительство.

²³ Cathal M. Doyle, *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources: The Transformative Role of Free Prior and Informed Consent*, Routledge Research in Human Rights Law (London and New York, Routledge, 2014), chap. 5.

наблюдается в странах, где существует недостаточное признание коренных народов и недостаточная защита их прав на земли, территории и ресурсы. Имели место многочисленные случаи преследования, арестов и даже убийств представителей коренных народов за их сопротивление недобросовестным предложениям о проведении консультаций.

27. Отказ в согласии может быть позитивным механизмом демократического и инклюзивного управления. Он может иметь решающее значение для конечного успеха предложения или проекта. Согласие коренных народов должно быть получено «в соответствии с международными стандартами в области прав человека» (Декларация, статья 34), при этом «конкретное внимание уделяется правам и особым потребностям престарелых, женщин, молодежи, детей и инвалидов», в том числе с целью ликвидации всех форм дискриминации и насилия в отношении детей и женщин, принадлежащих к коренным народам (там же, статья 22).

28. В любом случае ряд стран и заинтересованных сторон одобрили политику не осуществлять проекты, если коренные народы отказываются дать на них свое согласие. Глобальный договор Организации Объединенных Наций в своем руководстве по ведению коммерческой деятельности в связи с Декларацией²⁴ рекомендует своим членам не продолжать осуществление проектов после отзыва согласия со стороны коренных народов. Государство или заинтересованная сторона, которые продолжают осуществление проекта после отзыва согласия со стороны коренного народа, попадают в юридическую «серую зону» и рискуют попасть под суд или под действие других механизмов правовой защиты, включая, возможно, международные, региональные и национальные трибуналы, а также собственные институты коренных народов (см. пункты 38–41 ниже).

29. Особую осмотрительность следует проявлять в отношении коренных народов, проживающих в добровольной изоляции или недавно вступивших в контакт, включая воздержание от навязывания контактов и обязательство защищать их территории, природные ресурсы и жизнь. В случае коренных народов, проживающих в добровольной изоляции, их решение не вступать в контакт или отказаться от постоянного взаимодействия с другими обществами и правительством может означать отсутствие согласия. Государства должны уважать их волю и обязаны защищать их жизнь посредством защиты их территорий и природных ресурсов²⁵.

30. Если коренные народы предпочитают дать свое согласие на проект, такое согласие должно соответствовать собственным законам, обычаям, протоколам и передовой практике самих коренных народов, включая возможность быть представленными адвокатом по мере возможности и в соответствии с требованиями закона. Во многих, если не во всех, случаях согласие должно быть зафиксировано в письменном документе, согласованном сторонами в ходе переговоров и подписанном легитимным органом или лидером соответствующих коренных народов, которые могут включать более одной группы (см. пункты 42–45 ниже). Должно быть обеспечено полное понимание соглашения со стороны коренных народов, и государству также необходимо принять дополнительные меры в случае, если данные коренные народы только недавно вступили с ним в контакт.

Е. Практическая реализация свободного, предварительного и осознанного согласия

1. Когда требуется свободное, предварительное и осознанное согласие?

31. Декларация содержит пять конкретных ссылок на свободное, предварительное и осознанное согласие (см. статьи 10, 11, 19, 29 и 32), в которых содержится неисчерпывающий перечень ситуаций, когда такое согласие должно иметь место. Свободное, предварительное и осознанное согласие может потребоваться для

²⁴ См. www.unglobalcompact.org/library/541.

²⁵ См. <http://periodicos.unb.br/index.php/ling/article/view/26661> (на португальском языке).

принятия и осуществления законодательных или административных мер²⁶ и любого проекта, затрагивающего земли коренных народов, территории и другие ресурсы, в контексте, указанном в пунктах ниже (статьи 19 и 32). Согласие также требуется в случае перемещения коренных народов с их земель или территорий и хранения опасных материалов на их землях и территориях (статьи 10 и 29)²⁷.

32. Роль свободного, предварительного и осознанного согласия в сфере разработки природных ресурсов закреплена в статье 32 Декларации. Это положение имеет особое значение с учетом хорошо известных рисков и последствий деятельности горнодобывающих предприятий для коренных народов (см. A/HRC/24/41, A/HRC/21/52 и A/HRC/21/55). Как отмечал Джеймс Анайя, общим правилом применительно к проектам, осуществляемым горнодобывающими предприятиями на территориях коренных народов, является получение свободного, предварительного и осознанного согласия этих коренных народов. Согласие коренных народов может также требоваться в случаях, когда деятельность по добыче полезных ископаемых каким-либо иным образом затрагивает коренные народы (вне их территории), в зависимости от характера и потенциального воздействия предлагаемой деятельности на их права (см. A/HRC/24/41).

2. Принцип соразмерности

33. В нескольких статьях Декларации содержится призыв к обеспечению свободного, предварительного и осознанного согласия по вопросам, проектам или проблемам, которые «затрагивают» коренные народы. Это понятие не ограничивается вопросами, затрагивающими исключительно интересы коренных народов. Напротив, вопросы, имеющие широкое общественное значение, «могут затрагивать коренные народы таким образом, который не ощущается остальной частью общества» (см. A/HRC/12/34, пункт 43). Меры и проекты, которые считаются «затрагивающими» коренные народы настолько, что, согласно статьям 19 и 32, требуется их свободное, предварительное и осознанное согласие, включают вопросы, имеющие «основополагающее значение для их прав, выживания, достоинства и благосостояния» (A/HRC/21/55, пункт 27). Соответствующие факторы, которые необходимо учитывать при оценке, включают: точка зрения и приоритеты соответствующих коренных народов; характер вопроса или предлагаемой деятельности и их потенциальное воздействие на коренные народы с учетом, в частности, совокупного воздействия предыдущих мероприятий или деятельности²⁸, а также известные в истории случаи несправедливости, с которой сталкивались коренные народы (см. A/HRC/18/42 и A/HRC/21/55).

34. Мнение соответствующих коренных народов о потенциальном более широком воздействии какого-либо решения является отправной точкой для оценки того, затрагивают ли их интересы законодательные или административные меры или любые проекты, связанные с их землями или территориями (см. A/HRC/18/42). Коренные народы должны играть важную роль в установлении того, затрагивает ли их интересы данная мера или проект и, если это так, какова степень воздействия. Коренные народы могут особо отмечать возможный вред, который может не быть очевидным для

²⁶ Многие коренные народы свидетельствуют о том, что программы социального развития зачастую затрагивают их обычные законы, традиции и обычаи, в том числе культурные, интеллектуальные, религиозные и духовные ценности, в отношении которых должно быть получено свободное, предварительное и осознанное согласие (ср. пункт 2 статьи 11 Декларации; см. также <http://iphdefenders.net/statement-asia-indigenous-peoples-pact-asia-indigenous-peoples-caucus-agenda-4-study-advice-free-prior-informed-consent/>).

²⁷ Статья 29 Декларации является основой для пересмотра Специальным докладчиком по вопросу о последствиях для прав человека экологически обоснованного регулирования и удаления опасных веществ и отходов Международного кодекса правил по распределению и использованию пестицидов и обзора Роттердамской конвенции о процедуре предварительного обоснованного согласия в отношении отдельных опасных химических веществ и пестицидов в международной торговле.

²⁸ См. дело *Сарамака*.

государства или инициатора проекта, и могут предлагать меры по уменьшению такого вреда.

35. Что касается последствий, то если мера или проект, по всей видимости, окажет значительное прямое воздействие на жизнь коренных народов или их земли, территории или ресурсы, то требуется согласие (A/HRC/12/34, см. пункт 47). Этот метод оценки называют «подход на основе скользящей шкалы» к вопросу о правах коренных народов на участие, что означает, что уровень эффективного участия, которое необходимо гарантировать коренным народам, в основном зависит от характера и содержания прав и рассматриваемой деятельности²⁹. Это мнение было подтверждено Комитетом по правам человека³⁰, который использует формулировку «существенное негативное воздействие», и Комитетом по экономическим, социальным и культурным правам. Оба эти органа увязывают вопрос свободного, предварительного и осознанного согласия с характером и последствиями, которые будет иметь предлагаемая инициатива для прав коренных народов, закрепленных в соответствующих договорах по правам человека: этот подход согласуется с судебной практикой Межамериканского суда по правам человека³¹ и Африканской комиссии по правам человека и народов³². Оценка воздействия требует анализа характера, масштабов, продолжительности и долгосрочных последствий действий, например ущерба, нанесенного общинным землям или культурной самобытности общины.

36. Другие проекты, требующие свободного, предварительного и осознанного согласия и, как правило, оказывающие «неблагоприятное воздействие» согласно определению, содержащемуся в Стандарте деятельности 7 Международной финансовой корпорации, включают проекты, осуществляемые на землях или в отношении природных ресурсов на землях, которые являются предметом традиционного владения или пользования в соответствии с обычаями; а также проекты, существенно влияющие на критически важное культурное наследие коренных народов или использующие их культурное наследие, в том числе знания, инновации или практику, для коммерческих целей³³.

37. Эти принципы подкрепляются рядом национальных судебных решений. Расширительный взгляд на такое согласие недавно высказал Верховный суд Канады в деле *Народ тсихокотъин против Британской Колумбии* (2014 год). Суд постановил, что в случае наличия у коренной общины признанного права контролировать участок земли, использование этой земли без согласия данной общины не допускается³⁴. Конституционный суд Колумбии признает три ситуации, в которых согласие является обязательным: перемещение коренных народов; хранение токсичных отходов; и угроза существованию группы³⁵. Конституционный суд Многонационального Государства Боливия также признал необходимость получения согласия в ситуациях, аналогичных тем, которые определил Межамериканский суд по правам человека³⁶. Необходимость получения согласия в случае реализации крупномасштабных проектов в области развития на землях коренных народов была в целом признана Конституционным судом Колумбии³⁷. Верховный суд Белиза конкретно сослался на принцип свободного, предварительного и осознанного согласия, в том числе на

²⁹ Gaetano Pentassuglia, *Minority Groups and Judicial Discourse in International Law: A Comparative Perspective*, International Studies in Human Rights, vol. 102 (Brill/Nijhoff, 2009), p. 113.

³⁰ См. *Лянсман и др. против Финляндия* (CCPR/C/52/D/511/1992) и *Пома Пома против Перу*.

³¹ См. дело *Сарамака*.

³² См. *Центр по развитию прав меньшинств против Кении*, 276/03 (дело *Эндорис*).

³³ См. Performance Standard 7 (2012) on Indigenous Peoples; и Doyle, *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*, chap. 5.

³⁴ Другие дела, рассматривавшиеся Верховным судом Канады, см. Mauro Barelli, “Free, Prior and Informed Consent in the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, in *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary*, Jessie Hohmann and Marc Weller, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2018).

³⁵ Case T-129 of 3 March 2011.

³⁶ Case No. 2003/2010 R of 25 October 2010 and Barelli, “Free, Prior and Informed Consent”.

³⁷ Cases T-769/09 of 29 October 2009, T-129 of 11 March 2011 and T-376/12 of 18 May 2012; см. также Barelli, “Free, Prior and Informed Consent”.

статью 32 Декларации, в конечном итоге признав, что предоставление концессий и разрешений без предварительного получения согласия является незаконным³⁸.

38. Некоторые права, такие как право не подвергаться пыткам, ни при каких условиях не могут ограничиваться государствами. Даже для тех прав, которые теоретически могут быть ограничены в соответствии с пунктом 2 статьи 46 Декларации, такие ограничения должны быть необходимыми и соразмерными с точки зрения достижения целей всего общества в области прав человека и носить недискриминационный характер. Как сказал Джеймс Анайя, «никакие чисто коммерческие цели, стремление к получению частной выгоды или дохода не могут быть признаны законными целями общества»³⁹. Принимая во внимание характер воздействия крупномасштабных проектов в области развития на права коренных народов, зачастую трудно будет обосновать их с учетом данных ограничений.

39. Бремя доказывания того, что решение продолжать деятельность, несмотря на неудачу с получением согласия, соответствует этим исключительными критериям, ложится на государство. В деле народа тсихокотгьин Верховный суд Канады постановил, что без согласия можно обойтись лишь в строго оговоренных случаях, когда правительство может доказать, что оно выполнило свои обязанности в отношении прав соответствующего народа, в том числе процессуальную обязанность провести консультации; что деятельность направлена на достижение цели, являющейся убедительной и веской с точки зрения широкой общественности и общины коренного народа; что деятельность не окажет существенного влияния на возможности будущих поколений группы аборигенов пользоваться своей землей; и что применяется принцип необходимости и соразмерности⁴⁰.

40. Любое решение об ограничении прав коренных народов под предлогом исключительных обстоятельств, указанных в статье 46, должно сопровождаться не только необходимыми защитными мерами, в том числе решением проблемы соотношения сил, оценкой воздействия, мерами по смягчению последствий, компенсацией и распределением выгод, но и мерами по устранению негативных последствий, принимая во внимание любые нарушения прав человека. Необходимость распределения выгод также упоминалась в деле *Сарамака*, а в деле *Эндоройс* Африканская комиссия по правам человека и народов заявила, что распределение выгод следует рассматривать как форму разумной, справедливой компенсации в связи с эксплуатацией традиционно принадлежащих общине земель и тех природных ресурсов, которые необходимы для ее выживания. Разумеется, в некоторых случаях, когда речь идет в том числе об угрозе человеческой жизни, священных местах и культурной практике, дать денежную оценку нарушениям прав может оказаться затруднительным или даже невозможным. Любые трения, возникающие в этой связи в рамках общин коренных народов в связи с попыткой получить свободное, предварительное и осознанное согласие, должны урегулироваться самими коренными народами в соответствии с их собственными законами, традициями и обычаями через их представительные институты.

41. С учетом того, что осуществление деятельности или принятие мер, затрагивающих интересы коренных народов, может привести к нарушению их прав человека, должна существовать возможность пересмотра принятого решения в судебном или административном порядке в случае, если коренные народы пожелают оспорить его⁴¹. Такой судебный или административный пересмотр должен проводиться исходя из прав коренных народов, закрепленных в Декларации, в том

³⁸ См. *Sarstoon Temash Institute for Indigenous Management v. Belize*, 3 April 2014.

³⁹ S. James Anaya and Sergio Puig, "Mitigating State sovereignty: the duty to consult with indigenous peoples", *University of Toronto Law Journal*, vol. 67, No. 4 (Fall 2017).

⁴⁰ См. дело *Эндоройс*.

⁴¹ См. заявление Джеймса Анайи на конференции «Роль Омбудсмана в Латинской Америке: права на проведение предварительных консультаций с коренными народами», Лима, 25 апреля 2013 года. См. <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional> (на испанском языке).

числе их прав на самоопределение и эффективные средства правовой защиты⁴², а также их прав в рамках договорного права прав человека, регионального и внутреннего права, собственных законов, обычаев и процедур коренных народов.

3. Свободное, предварительное и осознанное согласие: документирование, мониторинг, проведение обзоров и механизм обжалования

42. Свободное, предварительное и осознанное согласие необходимо документировать, описывая все шаги, предпринятые для получения такого согласия, и суть договоренности, достигнутой заинтересованными сторонами в соответствии с нормами обычного права коренных народов и традиционными методами принятия решений, в том числе все разногласия и условные договоренности. Руководящие принципы или модели получения свободного, предварительного и осознанного согласия, которые разрабатываются государствами или частными субъектами, не должны превалировать над процедурами самих общин или традиционной практикой учета и регистрации соглашений.

43. Согласие может выражаться, например, в форме договоров, соглашений и контрактов. Зачастую условия такого согласия фиксируются в меморандуме о договоренности или понимании или в ином документе, удовлетворительном с точки зрения коренных народов. При необходимости должны предоставляться услуги перевода. Кроме того, коренные народы должны иметь возможность дать согласие на каждый соответствующий аспект предложения или проекта. Общее или ограниченное заявление о согласии, например, в котором прямо не говорится о различных этапах разработки или о полном масштабе или воздействии проекта, не может рассматриваться как соответствующее требованиям согласия. Согласие должно быть «актуальным», четко предусматривая возможность и требование пересмотра и обновления сторонами.

44. Соглашения о достижении согласия должны включать подробное изложение проекта, его продолжительность и потенциальные последствия для коренных народов, в том числе для их земель, средств существования, ресурсов, культуры и условий жизни (см. A/HRC/24/41, пункт 73); положения в отношении смягчения последствий, проведения оценки и возмещения любого ущерба этими ресурсами; положения о выплате коренным народам компенсации за ущерб, причиненный на их землях; методы и форумы урегулирования споров; подробные схемы распределения выгод (включая инвестиции, распределение доходов, занятость и инфраструктуру); и график работы, включая постоянные возможности согласовывать условия и лицензии. Если говорить о передовом опыте, любая форма согласия должна включать подробное описание процесса уведомления, консультаций и участия, который предшествовал его достижению.

45. Являясь динамичным процессом, осуществление соглашений о свободном, предварительном и осознанном согласии должно контролироваться и оцениваться на регулярной основе. Такие соглашения должны «предусматривать механизмы мониторинга на основе широкого участия» (там же). Комитет экспертов МОТ по применению конвенций и рекомендаций подчеркивает необходимость «периодически оценивать функционирование механизмов консультаций с участием соответствующих народов», с тем чтобы и далее повышать свою эффективность⁴³. Применение принципа свободного, предварительного и осознанного согласия должно также предполагать доступные механизмы урегулирования споров и жалоб, в том числе в судебном порядке, разработанные при активном участии коренных народов.

⁴² См. *Пома Пома против Перу*.

⁴³ ILO observation 2010/81, p. 7.

IV. Свободное, предварительное и осознанное согласие: обзор практики

46. Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов и Конвенция МОТ о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, 1989 года (№ 169), дополняют и подкрепляют друг друга, и судебные и квазисудебные органы ссылаются на оба эти документа. Как подчеркнула Специальный докладчик по вопросу о правах коренных народов Виктория Таули-Корпус после посещения Гватемалы, «соблюдение обязательств по Конвенции МОТ № 169 предусматривает не только регламентацию права на консультации, но необходимость применять весь комплекс прав, закрепленных в этой Конвенции»⁴⁴.

47. В основе Декларации с ее требованием свободного, предварительного и осознанного согласия лежит право на самоопределение, которое могло и не занимать центральное место в Конвенции МОТ в период работы над ней в 1971 году. Документы, описывающие процесс подготовки Конвенции, свидетельствуют о том, что этот документ конкретно не касался права коренных народов на самоопределение. В результате закрепленный в Декларации принцип свободного, предварительного и осознанного согласия идет дальше требования Конвенции МОТ о проведении консультаций, по крайней мере, как его понимали в прошлом некоторые государства и другие стороны, в частности в Латинской Америке, где Конвенция МОТ ратифицирована наиболее широко⁴⁵. Тем не менее, хотя в Конвенции МОТ нет формулировок о «свободном, предварительном и осознанном согласии», в ней присутствуют определенные требования в отношении согласия, которые не исключают применение подхода, основанного на принципе свободного, предварительного и осознанного согласия⁴⁶. Отмечая, что «система защиты прав человека развивается»⁴⁷, Комитет по правам человека заявил, что Международный пакт о гражданских и политических правах следует толковать как живой договор, защищающий права, которые применяются в контексте и в свете современных условий. Применение аналогичного подхода к Конвенции МОТ могло бы расширить ее толкование, которое некоторые, возможно, считают слишком узким.

48. Что касается согласия, то Конвенция о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, 1989 года (№ 169) не может толковаться в отрыве от Декларации и других международных договоров. Как подчеркивала МОТ, различия в правовом статусе Декларации и Конвенции МОТ «не должны играть никакой роли в практической деятельности МОТ и других международных учреждений по поощрению прав человека коренных народов... Положения Конвенции № 169 и Декларации совместимы и усиливают друг друга»⁴⁸. Специальный докладчик по вопросу о правах коренных народов Виктория Таули-Корпус также считает, что Конвенция не является единственным источником правовых обязательств в отношении проведения консультаций и получения свободного, предварительного и осознанного согласия (см. A/HRC/33/42/Add.1, пункт 98 b)). Обязательства государств проводить консультации с коренными народами также вытекают из универсальных и региональных договоров о правах человека, имеющих общее применение, а также из толкования их положений органами, осуществляющими надзор за применением этих договоров. Толкование Конвенции МОТ можно увязать с формирующимся среди правозащитных органов консенсусом в отношении свободного, предварительного и осознанного согласия, которое, по их мнению, налагает как процессуальные, так и

⁴⁴ См. www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23068&LangID=E.

⁴⁵ Там же; см. также “Additional comments on Honduras, 9 June 2017”, имеется по адресу <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/special/2017-06-09-honduras-unsr-additional-observations.pdf> (на испанском языке).

⁴⁶ См. S.J. Rombouts, “The evolution of indigenous peoples’ consultation rights under the ILO and UN regimes”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 53, No. 2 (весна 2017 года).

⁴⁷ См. *Джадж против Канады* (CCPR/C/78/D/829/1998), пункт 10.7.

⁴⁸ “ILO standards and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Information note for ILO staff and partners”, имеется по адресу <http://pro169.org/res/materials/en/convention169/Information%20Note%20on%20ILO%20standards%20and%20UNDRIP.doc>.

материальные требования, в том числе со складывающимся в международном праве консенсусом по вопросу о том, что крупномасштабные проекты в области развития, затрагивающие коренные народы, часто требуют их свободного, предварительного и осознанного согласия. Мнение Специального докладчика отражено в статье 35 Конвенции МОТ, в которой говорится, что «применение положений настоящей Конвенции не сказывается отрицательно на правах и льготах соответствующих народов, вытекающих из других конвенций и рекомендаций, международных актов, договоров или национальных законов, постановлений, обычаев или соглашений».

49. В частном секторе принцип свободного, предварительного и осознанного согласия превращается в международный стандарт для компаний, действующих на землях коренных народов. В ноябре 2014 года Всемирная организация коренных народов (First Peoples Worldwide) опубликовала «Доклад о рисках для прав коренных народов»⁴⁹, в котором она пришла к выводу о том, что 89% оценивавшихся проектов были сопряжены с высоким или средним риском «противодействия коренных общин или нарушения прав коренных народов» и что правительства, которые игнорируют свои обязательства по Декларации, зачастую на том основании, что они являются препятствиями для развития, «фактически стимулируют нестабильный деловой климат, который угрожает жизнеспособности инвестиций в их странах». Многие структуры, например, добывающие предприятия, понимают, с какими рисками сопряжено нежелание получать свободное, предварительное и осознанное согласие, и стремятся разрабатывать свои собственные протоколы для получения свободного, предварительного и осознанного согласия.

50. Существуют многочисленные публикации, в которых говорится о потребностях бизнеса в свободном, предварительном и осознанном согласии⁵⁰ и расширении принципиальной приверженности компаний получению такого согласия в период между 2012 и 2015 годами: в докладе организации «Оксфам» делается вывод о том, что «добывающие компании все чаще осознают важность получения свободного, предварительного и осознанного согласия для ведения своей деятельности»⁵¹. В руководстве для предприятий, составленном в рамках Глобального договора Организации Объединенных Наций, согласие приравнивается к «официальной, документально оформленной социальной лицензии на ведение деятельности» и отмечается, что «коренные народы имеют право давать или не давать согласие, и в некоторых случаях могут отозвать свое согласие, данное ранее»⁵². Так, например, в период с 1975 по 2015 год коренные народы заключили официальные «соглашения о выгодах от воздействия» в отношении 198 проектов по добыче полезных ископаемых в Канаде; однако иногда согласие дается на осуществление нежелательных проектов, против которых коренные народы считают себя не в праве возражать.

51. Не менее одной трети задач, связанных с целями в области устойчивого развития, касаются прав, закрепленных в Декларации⁵³, и некоторые из них имеют отношение к свободному, предварительному и осознанному согласию⁵⁴. В своем добровольном национальном докладе, представленном в 2017 году, Малайзия упомянула в связи с целью 15 (жизнь на земле) задачу приобщать общины коренных народов и местных групп населения к управлению природными ресурсами и признать их право давать или не давать согласие на предлагаемые проекты, которые могут затронуть их земли. Коренные народы требуют признать необходимость соблюдения принципа свободного, предварительного и осознанного согласия в процессе

⁴⁹ Имеется по адресу <https://mahb.stanford.edu/wp-content/uploads/2014/12/Indigenous-Rights-Risk-Report.pdf>.

⁵⁰ Например, *Implementing a Corporate Free, Prior, and Informed Consent Policy: Benefits and Challenges* (Foley-Hoag LLP, July 2010); и Boreal Leadership Council, *Free, Prior and Informed Consent in Canada* (September 2012).

⁵¹ См. www.oxfam.org/en/pressroom/pressreleases/2015-07-23/global-mining-companies-improve-policies-community-consent-while.

⁵² См. www.unglobalcompact.org/library/541, p. 28.

⁵³ См. http://nav.indigenavigator.com/images/Documents/Tools/Navigator_UNDRIP-SDGs.pdf.

⁵⁴ Цели 3, 6, 8, 9, 11 и 15.

осуществления целей в области устойчивого развития, с тем чтобы учесть их особые обстоятельства и гарантировать, чтобы «никто не был забыт».

52. Статья 8 j) Конвенции о биологическом разнообразии, где говорится о доступе к традиционным знаниям с одобрения и при участии носителей традиционных знаний, традиционно истолковывается как требование получения «предварительного и осознанного согласия» или «свободного, предварительного и осознанного согласия», которое обосновывается в Добровольных руководящих принципах Агуэй-гу. В Нагойском протоколе регулирования доступа к генетическим ресурсам и совместного использования на справедливой и равной основе выгод от их применения к Конвенции о биологическом разнообразии говорится, что доступ к традиционным знаниям, связанным с генетическими ресурсами, основывается на принципах «предварительного осознанного согласия» или «одобрения и участия», а также на справедливом распределении выгод. Зеленый климатический фонд выработал свое собственное толкование свободного, предварительного и осознанного согласия, основанное на положениях Декларации. Статья 29 Декларации также является основой для пересмотра Международного кодекса поведения в области распределения и использования пестицидов, одобренного Международным советом по договорам индейцев, Постоянным форумом по вопросам коренных народов и другими органами.

53. Стандарт деятельности 7 Международной финансовой корпорации, касающийся коренных народов (2012 год), в некоторых случаях обуславливает финансирование частного сектора документальным подтверждением полученного согласия. Получение свободного, предварительного и осознанного согласия является одним из девяти основополагающих принципов взаимодействия Международного фонда сельскохозяйственного развития с коренными народами. Новый экологический и социальный стандарт 7, утвержденный Всемирным банком в августе 2016 года, в большей степени согласуется с основанным на уважении прав человека подходом к проведению консультаций, чем его предшественник (Оперативная политика 4.10), и призывает заемщиков проводить консультации с представительными органами и организациями коренных народов. Речь идет о консультациях с низовыми организациями коренных народов, чьим землям и ресурсам может быть нанесен ущерб⁵⁵. В издании «Принципов экватора» 2013 года система управления рисками, взятая на вооружение 80 финансовыми учреждениями, прямо предусматривает, что проекты, оказывающие неблагоприятное воздействие на коренные народы, требуют их свободного, предварительного и осознанного согласия.

54. Тем не менее, несмотря на признание принципа свободного, предварительного и осознанного согласия финансовыми учреждениями и частным сектором, опыт коренных народов показывает, что проблемы с его осуществлением сохраняются. Процесс получения свободного, предварительного и осознанного согласия иногда рассматривается как чисто процессуальный, а не как ориентированный на защиту прав человека. Иногда он воспринимается как жест доброй воли в адрес коренных народов, превращаясь из инструмента защиты интересов правообладателей в механизм на службе интересов третьих сторон. Обсуждение хода осуществления первого проекта Зеленого климатического фонда в Перу – «ПРОФОНАНПЕ» – в 2015 году, например, продемонстрировало отсутствие понимания оперативных последствий требования получения свободного, предварительного и осознанного согласия и вопросов, касающихся полноценного и эффективного участия коренных народов и консультаций с ними⁵⁶. Остаются вопросы и касательно практического применения принципа добровольного, предварительного и осознанного согласия, отныне признаваемого в

⁵⁵ К другим международным и региональным организациям, которые включили принцип свободного, предварительного и осознанного согласия в свою политику и программы, касающиеся коренных народов, относятся Программа развития Организации Объединенных Наций, Продовольственная и сельскохозяйственная организация Объединенных Наций, Межамериканский банк развития и Европейский банк реконструкции и развития.

⁵⁶ См. www.forestpeoples.org/en/topics/un-framework-convention-climate-change-unfccc/publication/2015/green-climate-fund-and-fpic-ca.

Стандарте деятельности 7 Всемирного банка; ни при каких обстоятельствах эта политика не должна вести к снижению уровня защиты коренных народов⁵⁷.

55. Высказывалась обеспокоенность по поводу многочисленных руководящих положений, регламентирующих применение принципа свободного, предварительного и осознанного согласия, в том числе по поводу используемых формулировок, которые зачастую не отличаются точностью и иногда ведут к двусмысленности, например в отношении того, когда возникает необходимость в оценке воздействия или когда следует начинать консультации. Иногда в этих руководящих положениях ничего не говорится о том, что коренные народы могут иметь желание самостоятельно определить свои собственные процедуры предоставления согласия и контролировать различные аспекты оценки его последствий. Кроме того, в случае отсутствия перспектив получения согласия в обозримом будущем иногда возникает двусмысленность.

56. Для того чтобы финансовые учреждения и частный сектор могли лучше соотносить свою политику с необходимостью защиты прав, предусмотренных в Декларации, требуется разработать и взять на вооружение строгие социальные и экологические гарантии, политику в отношении коренных народов, основанную на международных правозащитных стандартах и Декларации, и эффективные механизмы надзора и обеспечения соблюдения требований, а также обеспечить участие коренных народов на протяжении всего этого процесса. Поскольку государства несут ответственность за осуществление прав коренных народов, их обязательства в области прав человека не могут быть делегированы частной компании или другой организации (см. A/HRC/12/34), и они отвечают за любые недостатки в этом процессе.

57. Коренные народы также разрабатывают свои собственные протоколы для выражения свободного, предварительного и осознанного согласия, особенно в Северной Америке и Латинской Америке, в том числе в Белизе, Боливии (Многонациональное Государство), Бразилии, Гватемале, Гондурасе, Канаде, Колумбии, Парагвае, Соединенных Штатах Америки и Суринаме. Эти протоколы являются важным инструментом в деле подготовки коренных народов, государств и других сторон к участию в процессе консультаций или формулирования свободного, предварительного и осознанного согласия, устанавливая, каким образом, когда, почему и с кем следует консультироваться. Разработка этих протоколов является инструментом расширения прав и возможностей коренных народов, что тесно связано с их правами на самоопределение, участие и создание и сохранение собственных институтов принятия решений (см. A/HRC/EMRIP/2010/2). Право на участие в консультациях «через свои представительные институты», упомянутое в нескольких статьях, касающихся свободного, предварительного и осознанного согласия, свидетельствует о том, что к их реорганизации следует подходить со всей серьезностью. В некоторых случаях эти протоколы были признаны государством (например, в Бразилии)⁵⁸, а в других – Всемирным банком (Белиз). В январе 2018 года Федеральный суд в штате Амазонас в Бразилии потребовал соблюдать требование получения свободного, предварительного и осознанного согласия народа ваймири-атроари на любой закон или план развития, затрагивающий их интересы, а также на любую военную деятельность на их землях⁵⁹.

58. Во многих государствах стали появляться законы, практика и руководящие принципы проведения консультаций и получения согласия. В Соединенных Штатах ряд федеральных законов требуют проведения консультаций, например когда речь идет о священных местах коренных народов, культурном наследии и человеческих останках. В некоторых случаях федеральные учреждения приняли Декларацию⁶⁰ или

⁵⁷ См. <http://indianlaw.org/mdb/world-bank-approves-indigenous-peoples-policy>.

⁵⁸ Для получения согласия на расширение некоренных поселений по соседству с исконными землями некоренного народа ваямпи в штате Амапа власти штата и федеральное правительство используют протокол консультаций, разработанный этим народом.

⁵⁹ См. www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/decisao-liminar-acp-waimiri-atroari-ditadura (на португальском языке).

⁶⁰ См. www.achp.gov/UNdeclaration.html.

заклучили с коренными народами какие-либо иные консенсусные соглашения по этим вопросам⁶¹. В Латинской Америке государства либо уже приняли законы, регламентирующие проведение консультаций с коренными народами, либо обсуждают возможность их принятия. Общий механизм консультаций с целью получения свободного, предварительного и осознанного согласия был недавно утвержден в Коста-Рике⁶². Если для обеспечения его практического применения будут приняты необходимые меры, то он может стать хорошим примером передовой практики для других государств. Подобные законы, практика или руководящие принципы существуют, в частности, в Аргентине, Венесуэле (Боливарианская Республика), Гватемале, Канаде, Мексике, Перу, Соединенных Штатах, Филиппинах, Финляндии, Чили и Эквадоре. Некоторые государства, в том числе Демократическая Республика Конго, Гондурас, Парагвай, Суринам и Чили, находятся в процессе разработки протоколов, касающихся свободного, предварительного и осознанного согласия. Разработка некоторых из этих законов подвергается критике (см. E/CN.4/2004/80/Add.2, A/HRC/27/52/Add.3 и A/HRC/33/42/Add.2). В своей консультативной записке в 2018 году Экспертный механизм обратил внимание на некоторые из положений, которые должны содержать такое законодательство, с тем чтобы гарантировать свободное, предварительное и осознанное согласие, в том числе на необходимость достаточных ресурсов, равенства и процедур надзора за соблюдением договоренностей⁶³. В ходе своей миссии в Мехико в рамках технического сотрудничества Экспертный механизм приветствовал включение принципа свободного, предварительного и осознанного согласия в городскую конституцию, принятую в январе 2017 года.

59. В Колумбии нет закона, регулирующего процедуру формулирования свободного, предварительного и осознанного согласия. Однако в период между 1991 и 2012 годами в соответствии с обязательствами, наложенными Конституционным судом, в стране было проведено около 156 консультаций (см. пункт 37 выше)⁶⁴. В трех из десяти случаев коренные народы возражали против предлагаемых проектов и мероприятий в области развития⁶⁵, по 95% которых удалось прийти к позитивным результатам⁶⁶. Недавний процесс консультаций в Колумбии, завершившийся принятием указа о защите живущих без связи с внешним миром людей, как представляется, является хорошим примером диалога с организациями коренных народов и общинами, живущими неподалеку от изолированных от внешнего мира групп⁶⁷. Южная Африка не имеет собственного механизма, однако процесс консультаций и получения согласия успешно осуществляется в рамках Нагойского протокола. В Российской Федерации на субнациональном уровне коренные народы имеют право до принятия решений по намечаемой хозяйственной и иной деятельности инициировать «этнологическую экспертизу» и принимать в ней участие, а также знакомиться с ее результатами и рекомендациями; однако в силу отсутствия необходимого регулирования и правовой ясности в отношении того, кто может представлять коренные народы в процессе переговоров, это требование соблюдают только международные компании⁶⁸.

60. Тем не менее в связи с некоторыми законами и практикой, касающимися получения свободного, предварительного и осознанного согласия, которые появляются сегодня по всему миру, высказывается определенная озабоченность. Речь идет, в частности, о том, что некоторые законы, требующие проведения консультаций, были разработаны, как это ни парадоксально и ни тревожно, без консультаций с

⁶¹ См. Robert J. Miller, "Consultation or consent: the United States duty to confer with American Indian governments", *North Dakota Law Review*, vol. 91 (2015).

⁶² См. www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1NRTC&nValor1=1&nValor2=77482&nValor3=97132&strTipM=TC (на испанском языке).

⁶³ Имеется по адресу www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/Session11.aspx.

⁶⁴ См. материалы, представленные Гаравито и Диасом (Garavito and Diaz).

⁶⁵ См. материалы, представленные Гербером (Gerber).

⁶⁶ См. материалы, представленные колумбийским национальным правозащитным учреждением.

⁶⁷ См. <http://opiac.org.co/los-pueblos-indigenas-de-la-amazonia-colombiana-celebramos-la-firma-del-decreto-de-proteccion-para-pueblos-indigenas-aislados/> (на испанском языке).

⁶⁸ См. материалы, представленные Новиковой (на русском языке).

коренными народами. Другими причинами для беспокойства являются узкий акцент на обязательства, сформулированные в Конвенции о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, 1989 года (№ 169), а не на Декларацию Организации Объединенных Наций или региональные и международные обязательства в области прав человека; упор на процессуальные этапы процесса консультаций без учета необходимости обеспечения подлинного участия и защиты прав затрагиваемых коренных народов; и неспособность устранить структурные проблемы, которые нарушают права коренных народов. Часто право на консультации не выливается в закон, гарантирующий его соблюдение, а смысл понятия согласия не уточняется.

61. Озабоченность коренных народов вызывают также «усталость консультаций»; «фабрикация» согласия; ограничения, которыми обставляются консультации; отсутствие общего понимания международных стандартов, касающихся свободного, предварительного и осознанного согласия; растущие аппетиты добывающих предприятий; и отсутствие на институциональном уровне структурных преобразований, которые облегчали бы получение свободного, предварительного и осознанного согласия. Эти проблемы не только наносят ущерб коренным народам, чьи права зачастую игнорируются в планах развития, но и ведут к забастовкам, протестам, судебным разбирательствам и другим проблемам, чреватых негативными финансовыми и политическими последствиями как для промышленности, так и для государств⁶⁹. В силу всех этих причин необходимость создания эффективных механизмов для практической реализации свободного, предварительного и осознанного согласия приобретает неотложный характер. Отсутствие механизмов регулирования, в которых акцент делался бы на защиту прав и в которых устанавливался бы порядок проведения консультаций, порождает противоречивые представления о том, каким проектам должны предшествовать консультации, а какие требуют согласия.

62. Национальные правозащитные учреждения играют важную роль в содействии применению принципа свободного, предварительного и осознанного согласия. В качестве органов, действующих независимо от правительства, некоторые из которых имеют опыт работы с коренными народами, они могут и должны играть различные роли в данном контексте. Например, в Аргентине национальное правозащитное учреждение вмешалось в проект компании «Артсат ко. телекоммуникация», в котором оно выполняло несколько функций, выступая в том числе общим координатором процесса, посредником и гарантом, следящим за соблюдением юридических требований. Его участие помогло запустить открытый процесс консультаций, который позволил выйти из тупика, длившегося три года. В Боливарианской Республике Венесуэла национальное правозащитное учреждение поощряет использование механизма предварительных консультаций, стремится законодательно закрепить право на проведение консультаций и осуществляет деятельность, направленную на поощрение права на предварительные консультации.

⁶⁹ В Северной Америке, где консультации по согласованию планов развития с использованием традиционных земель и ресурсов коренных народов потерпели провал, это стало причиной многолетних дорогостоящих судебных разбирательств, протестов и проволок, даже если проекты были в конечном итоге утверждены. См., например, *Standing Rock Sioux Tribe v. United States Army Corps of Engineers*, 255 F.Supp.3d 101 (D.D.C. 2017); и *Ktunaxa Nation v. British Columbia*, 2 S.C.R. 386 (2017). По утверждениям некоторых источников, в добывающих отраслях забастовки могут ежедневно обходиться более чем в 1 млн долл. США.

Приложение

Рекомендация № 11 Экспертного механизма в отношении коренных народов и свободного, предварительного и осознанного согласия

1. Организация Объединенных Наций представляет собой важную площадку для содействия реализации принципа свободного, предварительного и осознанного согласия в ходе переговоров с государствами. Поскольку организации системы Организации Объединенных Наций, включая Программу развития Организации Объединенных Наций, Организацию Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры, Всемирный банк, Всемирную организацию здравоохранения и Всемирную организацию интеллектуальной собственности (ВОИС), сталкиваются в своей работе с проблемами коренных народов, им рекомендуется широко применять права человека, провозглашенные в Декларации, во всех этих ситуациях. В частности, Межправительственный комитет ВОИС по интеллектуальной собственности и генетическим ресурсам в настоящее время находится в процессе обсуждения ряда многосторонних документов по традиционным знаниям, генетическим ресурсам, традиционным формам культурного самовыражения и другим формам интеллектуальной и культурной собственности. В процессе обсуждения и разработки данных документов ВОИС и государствам-членам следует ссылаться на Декларацию, и в особенности на положение о свободном, предварительном и осознанном согласии, в отношении владения, использования и защиты интеллектуальной собственности и других ресурсов коренных народов.

2. Государствам следует использовать правозащитный подход к вопросам свободного, предварительного и осознанного согласия и, в частности, способствовать укреплению потенциала органов государственной власти и должностных лиц, включая судей и законодателей. Поскольку местные и субнациональные органы власти во многих случаях ближе к проблемам коренных народов и более восприимчивы к ним, должностные лица на местах и сотрудники компаний должны получать более качественный инструктаж по вопросам свободного, предварительного и осознанного согласия.

3. Государствам следует создать на национальном уровне, предпочтительно на конституционном или законодательном, соответствующий механизм или механизмы регулирования процесса консультаций в тех ситуациях, когда необходимо свободное, предварительное и осознанное согласие или когда оно является целью консультаций. В нем должны применяться отсылки к Декларации. Создание такого механизма само по себе делает необходимым проведение процесса консультаций с коренными народами в атмосфере доверия и добросовестности, и оно должно сопровождаться развитием соответствующих учреждений-исполнителей, наймом высококвалифицированных должностных лиц и обеспечением достаточного финансирования. Такой механизм также мог бы использоваться в качестве надзорного.

4. Государства должны напрямую взаимодействовать с коренными народами. Когда сами коренные народы выступают инициаторами прямых переговоров между коренными народами и частными предприятиями, компании должны проявлять надлежащее усердие для обеспечения адекватности процедур консультаций. Государства остаются ответственными за любые несоответствия и должны обеспечить принятие мер для надзора и оценки процедур, используемых коммерческими предприятиями, к числу которых могут относиться законодательные нормы или руководящие принципы, предусматривающие практическую реализацию свободного, предварительного и осознанного согласия и применение санкций к корпорациям за невыполнение требований в отношении такого согласия.

5. Государствам следует установить предварительные условия для достижения действительного свободного, предварительного и осознанного согласия, в том числе путем создания атмосферы доверия и добросовестности, использования культурно обоснованных методов ведения переговоров и признания и уважения неотъемлемых

прав коренных народов. Этот процесс должен быть официальным и проходить в атмосфере взаимного уважения.

6. Государства должны обеспечить, чтобы целью консультаций всегда было согласие, учитывая, что в некоторых случаях без согласия не обойтись. Консультации следует начинать на стадии планирования (т. е. до того, как государство или предприятие возьмет на себя обязательство по осуществлению конкретного проекта или применению конкретной меры, такой как лицензирование проекта) так, чтобы коренные народы могли влиять на итоговые решения. Меры, по которым предстоят консультации, должны быть ясными. Консультации должны проходить на всем протяжении реализации проекта, предполагая «постоянную коммуникацию между сторонами»¹, и их не следует смешивать с проведением общественных слушаний по охране окружающей среды и нормативным документам.

7. Государства должны обеспечить, чтобы вся информация, в том числе о потенциальном влиянии проекта или меры, была предоставлена коренным народам в такой форме и таким образом, чтобы она была для них понятной, культурно приемлемой, не противоречила их исконным традициям и носила независимый характер. При необходимости ее следует представить также в устной форме и на языках коренных народов.

8. Государства должны обеспечить наличие у государственных органов институционального потенциала и политической воли для того, чтобы понять значение и процесс поиска и получения свободного, предварительного и осознанного согласия, в том числе с соблюдением существующих протоколов коренных народов.

9. Государствам следует обеспечить, чтобы коренные народы имели ресурсы и потенциал для эффективного участия в процессах консультаций путем поддержки развития их собственных институтов, не ставя при этом под вопрос независимость последних. Государства и частный сектор должны поощрять и уважать собственные протоколы коренных народов как основное средство для подготовки государства, третьих сторон и коренных народов к проведению консультаций и сотрудничеству, а также для нормального функционирования этих консультаций.

10. Государства должны обеспечить соблюдение принципа равноправия в ходе всего процесса, а также обеспечить, чтобы проблема неравенства сил между государством и коренными народами была урегулирована и смягчена, например посредством найма независимых координаторов консультаций и создания механизмов финансирования, которые позволили бы коренным народам получить доступ к независимой технической и консультативной помощи.

11. Государства должны организовать широкое взаимодействие со всеми потенциально затронутыми коренными народами посредством консультаций с ними через их собственные представительные институты принятия решений, в которые им рекомендуется включить женщин, детей, молодежь и инвалидов, учитывая при этом, что в структурах управления некоторых общин коренных народов могут доминировать мужчины. В ходе каждой консультации следует предпринять усилия, чтобы понять конкретные последствия для женщин, детей, молодежи и инвалидов из числа коренных народов.

12. Государства должны обеспечить, чтобы процесс получения свободного, предварительного и осознанного согласия поддерживал достижение консенсуса внутри общины коренных народов, и следует избегать практик, которые могут вызвать раскол, включая те, которые ставят коренные народы в уязвимое положение, например экономическое принуждение. Особое внимание следует уделить в этом отношении тем коренным народам, которые представляют отдельные секторы общины, в том числе рассредоточенным общинам, коренным народам, лишившимся своей земли или переехавшим в городские районы.

13. Государства должны обеспечить, чтобы в тех случаях, когда коренные народы находятся в добровольной изоляции, не рассматривалась никакая деятельность,

¹ Дело *Сарамака*, пункт 133.

могущая оказывать влияние на их права. В тех случаях, когда деятельность, имеющая отношение к этим народам, необходима для обеспечения их благополучия или неизбежна, следует соблюдать защитные положения соответствующих документов Организации Объединенных Наций и региональных инструментов.

14. Коренным народам рекомендуется создавать действенные представительные механизмы, а также законы, обычаи и протоколы по вопросам свободного, предварительного и осознанного согласия. В начале процесса консультаций коренные народы должны четко сформулировать и согласовать свои методы принятия коллективного решения, включая порог достижения согласия (см. A/HRC/21/55).

15. Государства должны обеспечить, чтобы коренные народы имели возможность участвовать в процессах оценки воздействия (на права человека, окружающую среду, культуру и социальные отношения), которые необходимо проводить до формулирования предложения. Такие оценки воздействия должны быть объективными и беспристрастными.

16. Государства должны не допускать осуществления мер или проектов, могущих нанести существенный вред коренным народам, включая совокупный вред от конкурирующих форм землепользования.

17. Государства должны консультироваться и сотрудничать с коренными народами в целях создания процедур для регулирования, контроля и мониторинга процесса консультаций, с тем чтобы со стороны государства консультации и сотрудничество были направлены на получение свободного, предварительного и осознанного согласия и, если без такого согласия не обойтись, гарантировали его получение.

18. Государствам следует обеспечить поддержку и применение договоров и других конструктивных соглашений и договоренностей, признающих юрисдикцию или полномочия на принятие решений коренных народов.

19. Государства, которые ратифицировали Конвенцию о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, 1989 года (№ 169), должны истолковывать и применять ее положения о консультациях и свободном, предварительном и осознанном согласии в соответствии с другими соответствующими стандартами, в частности с положениями Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов и формирующейся судебной практикой, в том числе региональных правозащитных механизмов.

20. Государства должны обеспечить, чтобы, при необходимости, коренным народам были предоставлены средства правовой защиты, которые могут включать в себя реституцию, и чтобы коренные народы могли принять собственное решение о форме правовой защиты, которая наилучшим образом восстанавливает и защищает их права. Это может быть сделано с помощью культурно приемлемых механизмов возмещения вреда с учетом норм обычного права. Государства не должны ограничивать правовую защиту денежной компенсацией или произвольно исключить возможность возврата или возвращения земель. Компенсация должна по мере возможности предоставляться землями и территориями².

21. Государствам следует обеспечить, чтобы коренные народы, которые утратили возможность владеть своими землями не по собственной воле или чьи земли были конфискованы, отчуждены, заняты, использованы или которым был нанесен ущерб без их свободного, предварительного и осознанного согласия, имели право на реституцию или другое соответствующее возмещение (Декларация, статья 28). Если для компенсации любых негативных последствий проекта достигнута договоренность о прямых финансовых выплатах, их получателями должны выступать коренные народы вне зависимости от того, являются ли они собственниками земли или ресурсов или нет. Для этого может потребоваться внесение поправок в законодательство.

22. Государства должны обеспечить, чтобы любые соглашения о предоставлении согласия заключались в письменном виде и включали в себя, в частности, положения,

² Комитет по ликвидации расовой дискриминации, общая рекомендация № 23.

касающиеся смягчения воздействия, компенсации и справедливого распределения выгод от реализации проекта; механизмов совместного управления; порядка рассмотрения жалоб; и механизма урегулирования споров, предусматривающего равную правоспособность обеих сторон. Коренным народам должен быть гарантирован доступ к правосудию для подачи жалоб.

23. Государствам следует облегчать и поддерживать процессы составления долгосрочных планов развития в сотрудничестве и взаимодействии с коренными народами, включая национальные планы действий, в соответствии с обязательствами, взятыми на себя государствами в Декларации, принятой на Всемирной конференции по коренным народам³.

³ См. резолюцию 69/2 Генеральной Ассамблеи.