

В предлагаемой ниже дискуссии участвуют юристы и антропологи, занимающиеся различными аспектами права, чувствительного к различиям в образе жизни. Сложность рассматриваемых вопросов требует как обращения к различным теоретическим подходам, так и анализа широкого фактического материала: опыта мусульманского права, правового положения коренных народов Арктики, в частности Норвегии и России, роли обычного права на Кавказе и в Центральной Азии.

Литература

Бенда-Бекманн 1999 – Бенда-Бекманн К. Зачем беспокоиться о правовом плюрализме? Вопросы изучения и осуществления политики правового плюрализма // Обычное право и правовой плюрализм. М., 1999.

Редактор темы Н.И. Новикова

© ЭО, 2005 г., № 5

Н.И. Новикова

ОБЫЧНОЕ ПРАВО НАРОДОВ СЕВЕРА: ВОЗМОЖНОСТИ И ОГРАНИЧЕНИЯ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ*

История юридической антропологии знает уже немало примеров учета обычаев правовыми системами национальных государств. В отношении коренных народов обычаи стали частью международного права. Несмотря на большой опыт различных стран в этом вопросе, никому еще не удалось выработать образцовую схему взаимодействия и сосуществования государственных и обычно-правовых нормативных систем.

Процесс определения правового статуса коренных малочисленных народов Севера России происходит на наших глазах. В 1993 г. права коренных малочисленных народов Российской Федерации (РФ) впервые были закреплены на конституционном уровне, государство гарантировало их в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права и международными договорами Российской Федерации (Конституция РФ ст. 69). Одним из важнейших принципов международного права в отношении таких народов является роль обычаев и обычного права. В международных документах, в частности в Конвенции 169 Международной организации труда (МОТ) “О коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, в независимых странах”, в качестве отличительной черты коренных народов указывается, что их “положение регулируется полностью или частично их собственными обычаями или традициями, или специальным законодательством”. Причем указывается, что “при применении к соответствующим народам национальных законов должным образом учитываются их обычаи или обычное право. Указанные народы имеют право сохранять собственные обычаи и институты, если они не противоречат основным правам, определенным национальной правовой системой, и международно признанным правам человека. При необходимости устанавливаются

Наталья Ивановна Новикова – кандидат исторических наук, ведущий научный сотрудник Института этнологии и антропологии РАН.

* Статья подготовлена в рамках Программы фундаментальных исследований Президиума РАН “Этнокультурное взаимодействие в Евразии” (подпрограмма “Историко-культурная эволюция, современное положение и перспективы устойчивого развития коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока”).

процедуры для разрешения конфликтов, могущих возникнуть при осуществлении данного принципа” (ст. 8).

Хотя данная Конвенция не ратифицирована Российской Федерацией, российские законодатели, руководствуясь принципиальными соображениями, гарантировали это право и коренным малочисленным народам Севера. Обычай и традиции вошли в правовую систему страны, что создало новые возможности для защиты прав этих народов и для развития теории и практики правового плюрализма в России.

В последние годы приняты три федеральных закона, определяющие правовое положение этих народов: “О гарантиях прав коренных малочисленных народов РФ” (1999 г.), “Об общих принципах организации общин коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока РФ” (2000 г.), “О территориях традиционного природопользования коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока РФ” (2001 г.). Многие вопросы правового статуса коренных народов затрагиваются и в других законах и кодексах.

Федеральные законы допускают учет обычаев коренных народов Севера при судебной защите, решении вопросов местного значения и регулировании землепользования. Можно говорить о системе “Северного (аборигенного) законодательства”, что позволяет учесть сложившиеся и складывающиеся ныне социально-экономические стратегии развития коренных народов в различных регионах Севера и Сибири.

Прежде, чем говорить о возможных подходах к решению проблем правового плюрализма в нашей стране, нужно сделать несколько предварительных замечаний о значении правовых обычаев коренных народов Севера сегодня. Исследования правового бытия этих народов показывают, что действующие у них нормы опираются на иные, чем предлагает законодательство, правовые установления (например, в вопросах землепользования). При традиционном природопользовании более важными, чем собственность на землю в гражданско-правовом понимании, являются права доступа к ресурсам и освоенность территории, необходимость следить за “своей землей”, проницаемость границ. Эти нормы могут быть дополнительными свидетельствами права коренных народов на ресурсы или на компенсации, в случае изъятия территорий под промышленное освоение.

* * *

В российской традиции отношение к обычному праву как живому явлению в наибольшей степени было характерно для начала XIX в. Безусловно, это было вызвано реальным положением народов Севера в тот период. По “Уставу об управлении инородцев” 1822 г. все “инородцы” были поделены на оседлых, кочевых и бродячих, причем отмечалось, что две последние категории “управляются по их собственным степным законам и обычаям”. Важнейшим элементом проекта указанных реформ, разработавшегося М.М. Сперанским, было гибкое отношение к статусу отдельных групп “инородцев”. Принципиально важен тот факт, что в XIX в. статус групп этих народов не был так жестко детерминирован, как сегодня. В случае изменения занятий и условий проживания они могли переходить из одной группы в другую, то есть “с переменой образа жизни и степени образования” возникала необходимость изменения “образа самого их управления” (Устав 1999: 11—12).

К возможности применения обычаев в суде обращалось и Советское государство в 1920-е годы. Не останавливаясь подробно на описании этих документов, отмечу лишь, что в них подчеркивалась связь культурно-хозяйственного облика этих народов с возможностью ведения судопроизводства на основании их обычаев. В развитие декрета ВЦИК СНК РСФСР “О выполнении судебных функций органами туземного управления народностей и племен северных окраин РСФСР” была принята “Временная инструкция о суде в туземных местностях Сибирского края” (1929 г.). В ней

специально указывается: “При разрешении дел туземные советы и туземные райисполкомы применяют местные обычаи, не противоречащие основным советским законам. Наряду с обычаями могли применяться действующие законы РСФСР” (ВПУ 1999: 26, 33).

Серьезное отличие современной ситуации заключается в том, что в начале девятнадцатого века обычаи коренных народов были в меньшей степени, чем сейчас, затронуты влиянием извне и в большей – регулировали жизнь этих народов. Необходимо также учитывать, что по “Уставу об управлении инородцев” были ограничены возможности проникновения на их земли иного населения, даже представителей власти. Да и ценность, и привлекательность этих земель до открытия на них месторождений различных видов минерального сырья была иной.

В настоящее время ситуация изменилась. Аборигенные народы во всех районах своего расселения составляют меньшинство, причем далеко не однородное. В современных условиях сфера обычно-правового регулирования стала более узкой. Тем не менее, в некоторых ситуациях, например, при возникновении конфликтов, связанных с природными ресурсами, именно обычаи коренных народов могут служить дополнительным свидетельством их права на землю.

На практике положение коренных малочисленных народов зависит не только от правовых установлений, но и от социально-экономического развития регионов, в которых они проживают. Некоторые субъекты федерации имеют большие возможности для обеспечения социально-экономических и культурных потребностей аборигенных народов за счет собственных программ, которые финансируются лучше федеральных. С другой стороны, органы власти в некоторых субъектах федерации не хотят терять контроль над территориями, богатыми минеральными природными ресурсами; наблюдается и определенное давление на них добывающих компаний, работающих в регионах и отчисляющих значительные суммы в их бюджеты. Эта ситуация – одна из причин предпочтительности решения правовых проблем народов Севера на федеральном уровне. В данном случае речь идет лишь о решении самых общих проблем, связанных с защитой прав человека, в том числе и на особый образ жизни. До ежедневных, насущных проблем стойбищ и чумов не может дойти ни федеральное, ни региональное законодательство. Именно в таких вопросах важно, чтобы органы власти и действующие политики учитывали знания и практики, то есть правовые обычаи коренных народов.

* * *

Наиболее существенное завоевание новой правовой политики – возможность учета обычаев в суде, который служит самым действенным способом защиты прав. В современной России необходимость обращения к рассматриваемому вопросу связана не только с академическим интересом, но и с необходимостью создания условий для выполнения действующего законодательства. Как должен вести процесс современный судья, получивший типичное юридическое образование, если по Федеральному закону “О гарантиях прав коренных малочисленных народов РФ” (ст. 14), “при рассмотрении в судах дел, в которых лица, относящиеся к малочисленным народам, выступают в качестве истцов, ответчиков, потерпевших или обвиняемых, могут приниматься во внимание традиции и обычаи этих народов, не противоречащие федеральным законам и законам субъектов Российской Федерации”?

Какие обычаи и традиции учитывать? Мне представляется, что именно в суде может быть выработана одна из моделей взаимодействия и сосуществования государственных и обычно-правовых нормативных систем. Возможным вариантом решения этого сложного вопроса могут быть разработанные и сформулированные антропологами и юристами, совместно с аборигенами “принципы обычного права”. Они

должны закрепить наиболее общие, важные, сущностные традиции нормативной культуры этих народов, явиться переводом на юридический язык основных положений аборигенного правопонимания через изучение и интерпретацию выработанных ими обычаев природопользования, самоорганизации и самоуправления, семейно-брачных отношений и других сфер правового регулирования. Свод таких принципов может служить определенным ориентиром при рассмотрении в суде обычаев коренных народов.

В Комментарий к закону “О гарантиях прав коренных малочисленных народов РФ” указывается, что в нем конкретизируются нормы, закрепленные в статье 46 Конституции РФ, в соответствии с которыми каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод (Комментарий 1999: 146—148). Это право весьма актуально для коренных народов, так как их свободное развитие в современном мире затруднено в силу разницы принципов и методов природопользования, организации семейной жизни и часто самих основ существования и хозяйствования. В комментарии к закону подчеркивается: “В судебной практике значение традиций и обычаев как оснований для оценки юридических фактов практически общепризнанно, однако трудность состоит в том, что нередко судьи недостаточно осведомлены о традициях и обычаях участников судебного процесса. Это имеет особенно большое значение в тех случаях, когда речь идет об обычаях и традициях малочисленных народов, которые не общепризнанны и не закреплены в письменных источниках”. Эта правовая норма “дает возможность исследовать обстоятельства дела с необходимой полнотой и объективностью. Надо обратить внимание и на то, что Закон дает судам право принимать во внимание традиции и обычаи малочисленных народов при рассмотрении уголовных, гражданских и арбитражных дел” (Там же).

Учет обычаев коренных народов в первую очередь именно в суде не только свидетельствует об осознании законодателями важности этого вопроса, но в наибольшей степени соответствует логике права. «С опорой на закон суд, постигая “правовую суть” данной ситуации, может восполнить то, что оказалось не по силам закону или просто не сделано данным законодательным актом и не делается в настоящее время в законодательном порядке вообще» (Алексеев 2000: 118).

Об обычаях говорится в нескольких федеральных законах, но пока и ученые, и сами аборигены мало задумывались над тем, как могут применяться эти законы в части, касающейся обычаев и традиций народов. Все эти вопросы связаны с реальной жизнью коренных народов Севера, в первую очередь оленеводов, кочевой и полукочевой образ жизни которых строится на иных, чем у остального населения, основаниях, напрямую зависит от объема и состояния природных ресурсов. В современном законодательстве именно традиционное природопользование выделяется как определяющая черта особого правового статуса аборигенов. Не случайно, в законодательстве обычаи коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации определяются как традиционно сложившиеся и широко применяемые этими народами правила ведения традиционного природопользования и традиционного образа жизни (Федеральный закон “О территориях традиционного природопользования коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока РФ”, ст. 1).

Какие сферы жизни коренных народов могут регулироваться обычаями? В первую очередь областью обычно-правового регулирования представляется традиционное природопользование. Второй сферой выступает самоуправление коренных народов, строящееся на их собственных правовых представлениях об управлении ресурсами, выдвижении лидеров, охраны природного и культурного наследия. Также правовыми обычаями могут регулироваться и некоторые вопросы семейного права и наследования. Возможно, список может быть продолжен, необходимо лишь огово-

ряться, что применение аборигенных обычаев не должно привести к нарушению прав человека, прав остального населения.

При разработке принципов обычного права неминуемо возникает вопрос определения того, какие обычаи, с какими существенными характеристиками могут в данном случае использоваться. Для ответа на этот вопрос необходимо опираться на этнографические данные, собранные у народов Севера в течение достаточно длительного периода (возможно, последних ста лет) и выделить из них наиболее типичные, значимые, устоявшиеся, воспринимаемые как исторически сложившиеся правила поведения. Обычай, изучаемых народов по представлениям обязателен: нарушая его, “человек рискует навлечь на себя гнев сверхъестественных и могущественных сил, а также гнев сообщества живых людей” (Рулан 1999: 59).

Частью предлагаемого проекта является изучение “юстициабельности” обычаев коренных народов. В научной литературе есть общие подходы к рассмотрению этого вопроса (Ковлер 2003: 36–37). Ж. Карбонье выделил три признака “юстициабельности”: важность разрешаемого дела; возможность разрешения его третьей стороной; процессуальное обеспечение реализации нормы (Карбонье 1986). Рассмотрение и доказательство правовой природы рассматриваемых в суде обычаев коренных народов могло бы существенно усилить позиции правового плюрализма, но в настоящее время это представляется делом будущего.

Речь не идет о том, чтобы кодифицировать конкретные нормы, что сегодня вряд ли целесообразно и возможно из-за большого разнообразия локальных вариантов и из-за изменчивости норм, вызванной необходимостью адаптации к условиям жизни. Как пишет Н. Рулан “обычаи обладают гибкостью и сравнительно легкой приспособляемостью. И если многочисленные земельные реформы и кодификации давали часто неудовлетворительные результаты, то происходило это потому, что их предписания воспринимались населением как какое-то право, навязанное извне. Вместо того чтобы изменять традиционное право, лучше было бы создать такие условия, чтобы оно постепенно преобразовалось, а не поступать с ним авторитарно, вплоть до его упразднения” (Рулан 1999: 206).

Традиционные знания коренных народов о природе рассматриваются как составная часть доктрины устойчивого развития (Конвенция ООН по окружающей среде и развитию 1992 г. и другие). В современных условиях Российского Севера, когда нарастает конфликт интересов в сфере природопользования и возможности не только для традиционного природопользования, но и для промышленного использования возобновляемых биологических ресурсов становятся все более ограниченными, требуется изменение отношения к правовым знаниям коренных народов. И очевидно, что последствия правовой политики могут быть более удовлетворительными, если “она планируется путем сознательного принятия решений” (Вудман 1999: 13).

* * *

Принципы обычного права, как и принципы права, являются юридически обобщенными правилами поведения в определенной области правоотношений (Гавриленко и др. 1999: 383–384; Большой юридический... 2000: 500–501). Но в отличие от принципов права, принципы обычного права – как юридический механизм – еще никогда не были предметом специального исследования.

С теоретической точки зрения большой интерес представляют общие принципы права, разработанные мусульманской юриспруденцией в X–XVI вв. Они рассматриваются в качестве исходных ориентиров, которым должна отвечать любая правовая оценка. «Они не могут непосредственно применяться судом, но используются им для точного выбора принимаемого решения из множества предлагаемых доктриной возможностей ... Их авторитет наглядно выразился во включении 99 таких принципов в

свод шариатских норм по вопросам гражданского и судебного права под названием "Маджаллат ал-Ахкам ал-Адлийя" ("Кодекс правовых норм"), принятый в Османской империи в 1869–1876 гг.», – отмечает Л.Р. Сюкияйнен (*Сюкияйнен* 1999: 683–688).

В отношении обычного права коренных народов Севера такая работа еще только начинается, и подобные инициативы выдвигаются некоторыми странами. В Норвегии, ратифицировавшей Конвенцию 169 МОТ, уже проведена большая работа по "объединению в некоторых жизненных вопросах государственного права и обычного права и юридических концепций саамов". Т. Свенсон приводит мнение К. Смита, бывшего председателя Комитета по правам саамов, а ныне главного судьи Верховного суда Норвегии, который говорит о "Северной юридической доктрине, цель которой – синтезировать принципы права меньшинств и коренных народов, сделав, таким образом, вклад в развитие международного аборигенного права". Свенсон также отмечает, что обычно-правовая модель такова, что неоспоримое историческое признание должно быть вновь подтверждено в наше время, поскольку уважение к обычному праву не приходит само по себе. Для этого коренные народы должны выдвинуть ясные требования (*Свенсон* 1999: 51).

Норвежская судебная практика дает очень интересный пример отношения государственного права и обычного права саамов – дело Блэк Форест, рассмотренное Верховным судом Норвегии в 2001 г., описанное Т. Туэнм. Конфликт возник в одном из прибрежных поселений на севере Норвегии из-за прав на землю, которую в течение длительного времени местные жители (в основном саами) использовали для различных хозяйственных практик. Государство заявило о своих правах собственности на эту территорию, и суд принял его сторону. Община обратилась с апелляцией в Верховный суд, который постановил, что "в действительности государство потеряло право собственности, так как оно не настаивало последовательно на прекращении этих практик. Но для нас, – пишет Туэн – представляет особый интерес то, что, по мнению суда, местные жители вели себя так, как если бы они были собственниками, несмотря на то, что у них не было представления о собственности в ее юридическом понимании. В этом деле обычное право было признано Верховным судом скорее как совокупность различающихся практик, чем как особая модель или специализированная форма – сложившаяся традиция землепользования – и стало, таким образом, важным правовым источником в норвежской юриспруденции (*Туэн* 2003: 120). Мне представляется, что такой подход к обычному праву в современных условиях является более конструктивным, чем его кодификация.

В Канаде Верховный суд постановил, что при юридической проверке прав аборигенов должно быть доказано, что "искомое право основывается на практике, обычае или традиции, являвшихся неотъемлемой частью особой культуры конкретной группы аборигенов до контакта с европейцами" (*Крибл* 2002: 143).

* * *

Обращение к опыту любого государства ставит больше вопросов, чем дает ответов. Один из наиболее актуальных вопросов – что такое обычное право коренных народов сегодня – архаизация, "культурное возрождение" или важный инструмент защиты их прав? Как влияет на обычное право признание его государственной правовой системой? Анализируя варианты политики государств в отношении обычного права Г. Вудман отмечает, что возможна политика объединения, имеющая целью сделать обычное право – или его элементы – частью государственного права. "Эта политика обычно упоминается как признание государственным правом корпуса обычного права. Конечной целью может быть усиление обычного права, но равно и контроль над ним, его улучшение или даже постепенная ликвидация путем искусно-

го отбивания желания его соблюдать... Применение норм обычного права государственными институтами приводит к изменению их действия” (Вудман 1999а: 18; см. также Бенда-Бекман 1999:11).

Могут быть рассмотрены два типа признания обычного права, как это делает Г. Вудман – материально-правовое и институциональное. Первый путь избрали многие страны Африки и Юго-Восточной Азии. В этом случае государственным институтам, в частности, государственным судам, предписывается применение норм обычного права (в некоторых случаях выборочно) (Вудман 1999б: 115). Такой подход содержится и в российском законе “О гарантиях прав коренных малочисленных народов РФ”, статья 14 которого содержит оговорку о необходимости учета обычаев и традиций, если они не противоречат федеральным законам и законам субъектов Российской Федерации.

Второй путь означает, что государство признает некоторые или многие институты аборигенного права, имеющие, например, отношение к землепользованию, процессу принятия решений или обеспечению соблюдения норм аборигенного права. При этом государство отказывается от контроля, дублирования или соперничества с соответствующими институтами. Такое признание включает предоставление большей или меньшей степени самоуправления. Это институциональное признание легло в основу рекомендаций, подготовленных Австралийской комиссией по правовой реформе (Там же: 116). Данный подход содержится в Федеральном законе России “Об общих принципах организации общин коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока РФ”, в статье 4 которого есть положение о том, что “Решения по вопросам внутренней организации общины малочисленных народов и взаимоотношений между ее членами могут приниматься на основании традиций и обычаев малочисленных народов, не противоречащих федеральному законодательству и законодательству субъектов Российской Федерации и не наносящих ущерба интересам других этносов и граждан”. Как видим, и здесь содержатся оговорки в утверждении этого права, но проблема заключается не только в этом. В реальности путь от учреждения общины до становления ее как органа самоуправления слишком долг и слабо подкреплен законодательством, поэтому данная норма носит скорее перспективный характер.

Само по себе осознание сложности этой проблемы не должно приводить к отказу от попыток ее разрешения. Правовой плюрализм рассматривается как такое положение, по определению Дж. Гриффитса, когда поведение людей соответствует более чем одному правопорядку (Griffiths 1986: 3), и предполагает не только сосуществование систем, но и их взаимовлияние. Для создания условий для их диалога необходимо попытаться определить особенности правопонимания и правосознания, т.е. образы и фигуры права, которыми руководствуются люди в “полиправовом пространстве”.

* * *

Особую сложность выработке принципов обычного права придает междисциплинарный характер этого проекта. В рамках семинара по юридической антропологии и деятельности Комиссии по обычному праву и правовому плюрализму Международного союза антропологических и этнологических наук мы часто сталкиваемся с проблемами взаимодействия социальной антропологии и юриспруденции. В традиционном праве коренных народов Севера привычные для юристов принципы права могут принимать неожиданные формы. Я хочу привести лишь один пример. Согласно либертарно-юридическому правопониманию, предложенному В.С. Нерсесянцем, “право – это форма отношений равенства, свободы и справедливости, определяемая

принципом формального равенства участников данной формы отношений. Везде, где есть (действует) принцип формального равенства (и конкретизирующие его нормы), есть (действует) право, правовая форма отношений” (*Нерсесянц* 1998: 5).

В промысловом быту народов Севера сферой правового регулирования выступают не только отношения человек – человек, но и отношения человек – природа. Существует норма, по которой, если лиса забежала на стойбище, то ее нельзя убивать. У коренных народов Севера правилом является состязательный характер охоты: человек должен победить зверя, находясь с ним в равных отношениях, он может преследовать его, но у зверя остается шанс убежать, не быть убитым. Охотник должен добывать зверя в лесу (на общей для охотника и зверя территории), вступая с ним в отношения соревновательности. Отношения между человеком и зверем в данном случае строятся на принципе равенства¹.

Исследователями не раз отмечалось, что аборигены не объясняют свои обычаи, а для обоснования их выполнения ссылаются на то, что так поступали предки (*Рулан* 1999: 59; *Туэн* 2003: 108). Правовые обычаи воспринимаются как правила, уже доказавшие свою действенность и обязательность. Это обстоятельство интерпретируется как отсутствие права в традиционном обществе. Но ведь необходимо учитывать, что в любом обществе, в том числе и современном, далеко не все могут выступать толкователями права. В традиционном обществе или в обществе, называемом нами традиционным, существуют люди, которые если не объясняют, почему возник тот или иной обычай, то, во всяком случае, могут объяснить его назначение. Задача исследователя попытаться интерпретировать эту норму из контекста отношений существующих в данном сообществе, выявить ее правовую природу. Это обстоятельство также свидетельствует о предпочтительности формулирования и фиксации именно принципов, а не норм права. Нормы обычного права, правовые обычаи коренных народов Севера сохраняются изустно, их кодификация может привести к искажению смысла. Принципы же будут представлять “письменный свод правил”. Они станут своеобразным мостом между официальным, государственно признанным и обычным правом.

* * *

Наибольшие перспективы для развития правовых обычаев предоставляет самоуправление коренных народов, создание самоуправляющихся территорий. Большой опыт в этой работе накоплен в Канаде, где именно для таких территорий вожди совместно с юристами вырабатывают свои “законы”.

В Гренландии Уголовный кодекс 1954 г. опирается на обычное право гренландских инуитов. Хотя виновность определяется при этом, как в датском уголовном праве, наказание устанавливается с учетом личного и общественного положения виновного в момент осуждения, признано, что “наиболее уместен традиционный индивидуальный подход к преступникам без их изоляции от общества”. Статья 171 Конституции Боливии, принятой в 1994 г., признает “коренные общины в качестве юридических лиц (субъектов права) и гласит, что традиционные органы власти коренных народов вправе осуществлять административные функции и альтернативные процедуры для разрешения споров – в соответствии со своими обычаями, – если они не противоречат Конституции и законодательству” (*Коренные народы... 1996: 6–7*).

Как видим, существуют различные варианты самоуправления, но они в той или иной мере опираются на обычное право коренных народов. Эту практику используют многие страны, она может рассматриваться как политика усиления “горизонтальных” правовых отношений.

Возможности для этого заложены и в российском законодательстве, в первую очередь в Конституции, по которой местное самоуправление “обеспечивает самостоятельное решение населением вопросов местного значения, владение, пользование и распоряжение муниципальной собственностью” (ст. 130) и осуществляется “с учетом исторических и иных местных традиций” (ст. 131).

В России специальным федеральным законом местное самоуправление определяется как “признаваемая и гарантируемая Конституцией Российской Федерации самостоятельная и под свою ответственность деятельность населения по решению непосредственно или через органы местного самоуправления вопросов местного значения, исходя из интересов населения, его исторических и иных местных традиций” (ФЗ “Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации”, ст. 2).

В отношении аборигенов законодательство о местном самоуправлении применимо лишь отчасти, так как оно распространяется на все население определенной территории. В законодательстве субъектов федерации и в жизни аборигенов, причем не только России, но и других стран, самоуправление часто связывается с деятельностью общин. В преамбуле Федерального закона “Об общих принципах организации общин коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока” (2000 г.) говорится, что в законе устанавливаются общие принципы организации и деятельности общин, “создаваемых в целях защиты исконной среды обитания, традиционного образа жизни, прав и законных интересов указанных коренных малочисленных народов. [Закон] определяет правовые основы общинной формы самоуправления и государственные гарантии его осуществления”. Хотя в целом данный закон подвергается во многом справедливой критике, отметим важность статьи 4, согласно которой принятие решения по вопросам внутренней организации общины возможно на основании обычаев и традиций. В рамках самоуправления могут решаться многие жизненно важные вопросы, связанные с самобытностью образа жизни коренных народов. Именно на опыте общин может быть начата работа по фиксации принципов обычного права.

* * *

Необходимо учитывать, что применение обычного права для защиты прав коренных малочисленных народов не может рассматриваться как архаизация. Ведь в суде будут учитываться только те обычаи и традиции, которые “живы” сегодня, в тот момент, когда их применяют. Например, при возникновении конфликта с недропользователями из-за какой-то территории можно апеллировать к обычаям только в том случае, если живущие на ней люди руководствуются ими и могут это доказать. Только тогда они будут оправданными в глазах судьи. Возникает обратная связь. Современное законодательство, учитывая обычаи и традиции народов, создает новые возможности для сохранения и развития их культуры, в первую очередь их знаний. А их знания как раз и могут определять их статус в государстве и международном сообществе.

Использование обычного права позволит существенно усовершенствовать современную правовую систему государства. Позволю себе в этом вопросе сослаться на авторитетное мнение С.С. Алексеева: “В противовес распространенным представлениям об обычном праве как о примитивном, архаичном и исторически преходящем явлении, есть достаточные основания рассматривать обычное право в качестве рожденного самой жизнью *классического образца совместимости, казалось бы несовместимых качеств права: его свойства жесткого организма (институциональности) и особенностей живого права. Ведь нормы обычного права являются нормативной основой правовых решений жизненных ситуаций... вот оно реальное*

соединение твердых основ поведения (обычаев в их основательном понимании) и "мгновения", "повседневности" (решение дела, опирающееся на особенности данной ситуации, ее правовую суть) (Алексеев 2000: 107).

Определение *принципов обычного права* должно строиться на изучении, интерпретации и формулировании на юридическом языке правовых характеристик культуры аборигенов. Выполнение этого проекта станет возможным лишь при объединении усилий ученых (антропологов и юристов) и самих аборигенов.

Причем нужно иметь в виду, что большинство отношений, возникающих внутри аборигенного сообщества, могут разрешаться на основании обычаев, не противоречащих другим правовым нормам. Тем не менее, опубликованный свод принципов обычного права может существенно облегчить работу судов, рассматривающих дела аборигенов. Успешность данного проекта будет зависеть и определяться не только профессиональным уровнем его участников, но и развитием законодательства и политики государства.

Формулирование общих принципов обычного права коренных народов Севера может стать частью новой политики государства в отношении этих народов, когда провозглашение их особого правового статуса будет основываться на международном, национальном и обычном праве, что поможет найти верную интонацию в их отношениях с современным окружающим миром.

Примечание

¹ Данная норма может рассматриваться как правовая и как этикетная. В последнем случае, лиса считается "гостем". Кроме того, с данным фактом может связываться идея об охотничьем счастье, персонификацией которого выступает такая лиса. Многозначность этого образа не исключает возможности вычленения его правовой составляющей. Этот пример лишний раз доказывает, что антропологическая и юридико-антропологическая информация не лежит на поверхности. Свидетельством правового характера этой нормы является рассмотрение ситуации на "большом жертвоприношении" восточных хантов и лесных ненцев, когда старейшины говорили о запрете на убийство такой лисы.

Источники и литература

- Алексеев 2000 – Алексеев С.С. Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи. М., 2000.
- Бенда-Бекманн 1999 – Бенда-Бекманн К. Зачем беспокоиться о правовом плюрализме? Вопросы изучения и осуществления политики правового плюрализма // Обычное право и правовой плюрализм. М., 1999.
- Большой юридический... 2000 – Большой юридический энциклопедический словарь. М., 2000.
- ВПУ 1999 – Временное положение об управлении туземных народностей и племен северных окраин РСФСР. О выполнении судебных функций органами туземного управления народностей и племен северных окраин РСФСР // Статус малочисленных народов России. Правовые акты. Кн. 2. М., 1999.
- Вудман 1999а – Вудман Г. Теория права, антропология и плановый правовой плюрализм // Обычное право и правовой плюрализм. М., 1999.
- Вудман 1999б – Вудман Г. Оценочные и стратегические перспективы планового правового плюрализма // Человек и право. Книга о Летней школе по юридической антропологии. М., 1999.
- Гавриленко и др. 1999 – Гавриленко В.Г., Яевич Н.И. Юридическая энциклопедия. Минск, 1999.
- Карбонье 1986 – Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986;
- Ковлер 2003 – Ковлер А.И. Антропология права и правовой плюрализм // Олень всегда прав. Исследования по юридической антропологии. М., 2003.

- Комментарий 1999 – Комментарий к Федеральному закону “О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации”. Под ред. Б.С. Крылова. М., 1999.
- Коренные народы 1996 – Коренные народы и народы, ведущие племенной образ жизни: руководство по Конвенции МОТ 169. 1996.
- Крибл 2002 – Крибл Р. Нормативно-правовые основы положения аборигенов Канады // Обычай и закон. Исследования по юридической антропологии. М., 2002.
- Нерсесянц 1998 – Нерсесянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М., 1998.
- Рулан 1999 – Рулан Н. Юридическая антропология. М., 1999.
- Свенсон 1999 – Свенсон Т. Полномочия саамов и юридический плюрализм: самоопределение коренного народа в действии // Обычное право и правовой плюрализм. М., 1999. С. 51.
- Сюкияйнен 1999 – Сюкияйнен Л.Р. Общие принципы мусульманского права // Антология мировой правовой мысли. Т. 1. М., 1999.
- Туэн 2003 – Туэн Т. Обычное право и права саами в Норвегии // Олень всегда прав. Исследования по юридической антропологии. М., 2003.
- Устав 1999 – Устав об управлении инородцев, глава VIII. О законах и обычаях // Статус малочисленных народов России. Правовые акты. Кн. 2. М., 1999.
- Griffiths 1986 – Griffiths J. What is legal pluralism? // Journal of Legal Pluralism. 1986. № 24. P. 1–50.