



**МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОТНОШЕНИЯ И ВНЕШНЯЯ ПОЛИТИКА.
МЕЖДУНАРОДНОЕ И ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО**

УДК 341.1/8

**ПРЕДЕЛЫ ПОЛНОМОЧИЙ
МЕЖДУНАРОДНЫХ
ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ
ПО ОХРАНЕ НЕМАТЕРИАЛЬНОГО
КУЛЬТУРНОГО НАСЛЕДИЯ**

АЛИЕВА Гюнай Видади кызы

*аспирант кафедры международного права
юридического института ФГАОУ ВО
«Российский университет дружбы народов»,
г. Москва, Россия.
E-mail: gunayg17@hotmail.com*

**LIMITS OF AUTHORITIES OF
INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS
BODIES FOR THE PROTECTION OF
THE INTANGIBLE CULTURAL
HERITAGE**

ALIYEVA Gunay Vidadi gizi

*Postgraduate Student of the Department of In-
ternational Law of the Law Institute of the Fed-
eral State Autonomous Educational Institution
of Higher Education "Peoples' Friendship
University of Russia", Moscow, Russia.
E-mail: gunayg17@hotmail.com*

В условиях отсутствия в международных договорах специальных положений об охране нематериального культурного наследия возникает вопрос о возможности охраны таких элементов культурного наследия, как культурные права человека, права коренных народов и меньшинств и иных категорий прав и свобод человека. Международные органы накопили большой опыт в деле охраны культурного наследия путём защиты прав и свобод человека, составляющих основу данного наследия. Сравнительно-правовой метод исследования позволяет подробно изучать особенности деятельности договорных органов по правам человека системы ООН и региональных судебных органов по обеспечению культурных прав человека, права собраний и ассоциаций, неприкосновенность жилища, свободы убеждений, религии и др. Региональные и универсальные судебные и квазисудебные органы по правам человека в целом не обладают достаточными полномочиями для эффективной охраны нематериального культурного наследия. В то же время имеется прецедентная практика по защите прав человека на неприкосновенность частной и семейной жизни, на равенство и недискриминацию и др.

Ключевые слова: нематериальное, культурное, всемирное, наследие, международная система, международно-правовой, защита прав.

Under no special provisions on the protection of the intangible cultural heritage in international human rights treaties, the question arises of the possibility of protecting such key elements of cultural heritage as cultural human rights, the rights of indigenous peoples and minorities and other categories of human rights and freedoms. International human rights bodies have accumulated vast experience in protecting cultural heritage by protecting human rights and freedoms that form the basis of this heritage. The comparative law method of research makes it possible to study in detail specific features of the activities of the human rights treaty bodies of the United Nations system and regional judicial bodies for ensuring cultural human rights, the right to assembly and association, inviolability of home, freedom of opinion, religion and expression. Regional and universal judicial and quasi-judicial human rights bodies generally do not have sufficient authority to effectively safeguard the intangible cultural heritage. At the same time, there is an extensive case law on the protection of human rights to the inviolability of private and family life, to equality and non-discrimination and others.

Key words: cultural, world, intangible, heritage, international legal, international system, protection, human rights.



Международные договоры по правам человека универсального и регионального характера [4], на основе которых действуют договорные органы по правам человека системы ООН [2] и региональные суды по правам человека [6], не содержат специальных положений об охране нематериального культурного наследия, под которым, согласно специальной Конвенции ЮНЕСКО, понимаются «обычаи, формы представления и выражения, знания и навыки, – а также связанные с ними инструменты, предметы, артефакты и культурные пространства, – признанные сообществами, группами и, в некоторых случаях, отдельными лицами в качестве части их культурного наследия» (п. 1 ст. 2 Конвенции) [3]. Специалисты допускают различные ограничения внешнего и внутреннего характера, свойственные международной системе защиты прав человека в случае её применения для охраны нематериального культурного наследия (НКН) в качестве правозащитного объекта [34].

Настоящее исследование полностью посвящено анализу внутренних ограничений прав человека, допускаемых международной системой защиты прав человека при охране НКН. В п. 1 ст. 2 Конвенции ЮНЕСКО 2003 г. специально оговорено о том, что охране подлежит «только то нематериальное культурное наследие, которое согласуется с существующими международно-правовыми актами по правам человека» [3]. Существующих международно-правовых актов по правам человека, о которых говорит Конвенция ЮНЕСКО 2003 г., больше по численности, чем тех, на основе которых созданы и функционируют международные правозащитные органы, полномочия которых могут быть распространены на охрану НКН, а точнее отдельных его элементов в качестве правозащитного объекта.

Изучение практики международных правозащитных органов позволяет определить возможные пределы международной системы защиты прав человека в целом для охраны НКН. В качестве нормативной основы деятельности международных правозащитных органов универсального и регионального уровня выступают положения, закреплённые во Всеобщей декларации прав человека (ст. 12: запрет произвольного вмешательства в личную и семейную жизнь, запрет произвольного посягательства на жилище, тайну корреспонденции или честь и репутацию; ст. 18: право на свободу мысли совести и религии; ст. 19: право на свободу убеждений и на свободное выражение их; ст. 20: право на свободу мирных собраний и ассоциаций); в Международном пакте о гражданских и политических правах 1966 г. (ст. 17–19 и 21–22, которые повторяют положения Всеобщей декларации прав человека, и ст. 27: права меньшинств); в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (ст. 8–11); в Африканской хартии прав человека и народов 1981 г. (ст. 11–13 и 15–16).

Анализ следует начинать с деятельности Комитета по правам человека (КПЧ), осуществляющего международный контроль за выполнением государствами – участниками обязательств по Международному пакту о гражданских и политических правах и рассматривающего индивидуальные сообщения (жалобы) на основе ст. 41 Пакта и Факультативного протокола к данному Пакту 1966 г. Позиция КПЧ по тем или иным положениям Пакта находит отражение в заключительных замечаниях по докладам государств – участников Пакта, в мнениях, принимаемых им в результате рассмотрения индивидуальных сообщений (жалоб), и в замечаниях общего порядка. Позиции, высказываемые КПЧ в этих актах, нередко повторяются для обоснования тех или иных позиций по новым таким актам. В деятельности КПЧ по принятию и рассмотрению индивидуальных сообщений (жалоб) выделяются дела, связанные с утверждениями о нарушении государствами-участниками прав, закреплённых в ст. 27 Международного пакта о гражданских и политических правах (права меньшинств). Число дел по этой статье Пакта выросло бы в разы, если бы КПЧ не приходилось признавать поступившие жалобы неприемлемыми на основании того, что государства, против которых поступали жалобы, не сделали оговорки по ней, заявляя о том, что на их территориях нет меньшинств, а есть граждане, и все они равны (например, Франция) [31].

В связи с этим следует отметить, что в 1994 г. КПЧ принял Замечание общего порядка № 23 [24] применительно к ст. 27 Пакта, где Комитетом уточняется сфера применения ст. 27 Пакта: она охватывает культуру и поддержание определённого образа жизни. Подчёркнём, что в основу этого утверждения легла практика КПЧ.



Первое дело КПЧ о нарушении ст. 27 – «Сандра Лавлейс против Канады» [18, par. 1]. Данное дело достаточно хорошо изучено в отечественной доктрине международного права [1, с. 152–154]. В данном деле Сандра Лавлейс, представительница коренного народа Канады, живущая в резервации, вышла замуж не за представителя её племени, а за белого человека. Согласно действовавшему на тот момент канадскому законодательству, если женщина из коренного народа выходит замуж за белого человека, она теряет свой статус представителя коренного народа. Однако это положение не было применимо в случае, если мужчина из коренного народа женится на белой женщине. Как отметил КПЧ, ограничение прав, защищаемых статьёй 27, требует разумного и объективного обоснования. И поскольку мера, применённая к Сандре Лавлейс, не была разумной или необходимой для сохранения самобытности племени, она не соответствовала ст. 27 Пакта. В решении по другому делу («Иван Киток против Швеции») КПЧ добавил, что ограничения, налагаемые на отдельного члена меньшинства, «должны иметь объективные обоснования и быть необходимыми для сохранения, в целом, жизнеспособности и благосостояния меньшинства» [16]. В этом последнем деле КПЧ допустил применение критерия пропорциональности в случае нарушения ст. 27 Пакта. Касаясь самого дела, отметим, что Иван Киток был саамским оленеводом, который не занимался оленеводством в течение более трёх лет и, как следствие, согласно шведскому законодательству, был лишён права возобновить эту деятельность. КПЧ не усмотрел в шведском законодательстве ограничения на оленеводство нарушения ст. 27 Пакта на том основании, что, по его мнению, *ratio legis* в отношении ограничения было направлено на улучшение условий жизни саами и сохранение оленеводства в будущем.

В этом контексте заслуживают внимания три взаимосвязанные жалобы, рассмотренные КПЧ последовательно против Финляндии по поводу вредного воздействия на образ жизни и ресурсы оленеводов и системы выдачи лицензий на лесозаготовки. В первом деле КПЧ заявил, что критерий для определения того, была ли нарушена ст. 27 Пакта, зависит от воздействия, вызванного вмешательством в образ жизни отдельных членов меньшинства. Иными словами, КПЧ применил критерий «определения воздействия». Основываясь на этом критерии, КПЧ заключил, что «ограниченное воздействие» на образ жизни не является нарушением. Вслед за этой жалобой КПЧ пришлось рассмотреть новую жалобу по первому делу на том основании, что условия жизни оленеводов ухудшились, и, следовательно, теперь оказывается достаточное негативное воздействие на жизнь людей, принадлежащих к саамскому меньшинству, и это является нарушением ст. 27. По этому новому делу КПЧ отметил, что национальные суды имеют более эффективную возможность анализировать жалобы по ст. 27, а сам КПЧ лишь воспользуется своими полномочиями, дабы проследить в неверное истолкование и применение ст. 27 [33, p. 163-172]. По третьей жалобе по данному делу КПЧ уточнил свой подход «о воздействии», высказанный по первой жалобе, следующим образом: то, что КПЧ должен рассматривать по ст. 27 Пакта, является «общим следствием» вмешательства государства в течение продолжительного времени в данный географический район [20, par. 9]. Как мы видим, КПЧ по трём жалобам по аналогичному делу против Финляндии не нашёл нарушения ст. 27 Пакта.

В деле «Джордж Говард против Канады» также не было обнаружено КПЧ нарушение ст. 27 Пакта, однако им был привнесён новый элемент по определению воздействия. В данном деле КПЧ проверил то, являлся ли обвинительный приговор, вынесенный в отношении члена «Первой нации» по поводу осуществление им рыбного промысла вне разрешённого периода, нарушением его прав в соответствии со ст. 27, поскольку рыбный промысел является неотъемлемой частью его традиционного образа жизни. КПЧ отметил, что основные элементы образа жизни могут регулироваться, пока такое регулирование не приводит *de facto* к отрицанию традиционного образа жизни. Поскольку национальным судам проще осуществить любую подобную проверку, однако этого не было сделано, КПЧ не в состоянии обнаружить какое-либо нарушение ст. 27 Пакта [22, par. 2].

Рассмотренные дела КПЧ, с одной стороны, показывают, что ст. 27 Пакта на деле применяется основанием для рассмотрения индивидуальных жалоб в соответствии с Факультативным протоколом к МПГПП, однако, с другой стороны, подтверждают, что по приме-



нию ст. 27 Пакта большая свобода усмотрения остаётся у самих государств – участников Пакта. Что важно отметить как результат деятельности КПЧ применительно к ст. 27 Пакта, это то, что экономическая деятельность может быть защищена в качестве «традиционного» образа жизни коренных народов и меньшинств. Деятельность КПЧ ещё больше обнажила проблему, связанную с соблюдением баланса при обеспечении индивидуальных и коллективных аспектов прав меньшинств по ст. 27 Пакта в условиях, когда правозащитный орган в лице КПЧ полностью нацелен на защиту индивидуальных прав лиц, принадлежащих к меньшинствам. Вместе с тем, обеспечение охраны НКН предполагает максимальный учёт его индивидуальных и коллективных составляющих элементов.

Межамериканский суд по правам человека (МСПЧ) в условиях отсутствия положения о правах меньшинств в Американской конвенции о правах человека 1969 г. следует иному подходу – обращается к общему положению американской конвенции о правах человека 1969 г. о «недискриминации» (ст. 1.1) [8]. Обязанность государств-участников о недискриминации, содержащаяся в этой статье, по мнению МСПЧ, является формирующейся нормой *jus cogens* и обладает чертами *erga omnes* [30, par. 110]. Анализируя в деле «Сообщества Якие-акса против Парагвая» общий объём обязательств по ст. 1.1 Американской конвенции, налагаемых на государство-участника применительно к праву коренных народов на землю их традиционного проживания, МСПЧ отметил, что соответствующее государство обязано принимать меры для учёта культурных различий [29, par. 2, 51].

Кстати, и в практике КПЧ имелся аналогичный случай – в деле «Оленеводческие районы Риаст/Хуллинг против Норвегии» оспаривалось вероятное нарушение ст. 27 в сочетании со ст. 2 Пакта о недискриминации. Поскольку дело было объявлено неприемлемым на основании неисчерпания внутренних средств правовой защиты, невозможно предугадать, каким образом применил бы КПЧ ст. 2 в контексте ст. 27 Пакта [23, par. 3.8, 9]. Несмотря на это, в целом можно с уверенностью утверждать следующее: исходя из того, что недискриминация является одним из основополагающих положений современной международной системы защиты прав человека, использование общих положений о недискриминации, закреплённых в международных актах по правам человека, представляется эффективным средством по охране НКН. Это представляется довольно хорошим решением в условиях, когда международная правозащитная система не рассчитана на охрану культуры и образа жизни, являющимися ключевыми элементами культурного наследия. Поддерживая использование международными правозащитными органами положений о недискриминации в деле охраны НКН, не следует при этом игнорировать один немаловажный факт: действующие универсальные и региональные международно-правовые акты по правам человека по-разному закрепляют и нередко не одинаково трактуют соответствующие положения о недискриминации. Следовательно, и международная судебная практика отличается в этом деле. Учитывая данное обстоятельство, а также важность обеспечения недискриминации для пользования всеми правами, закреплёнными в соответствующем международно-правовом акте, нередко этот вопрос становится предметом рассмотрения самих международных правозащитных органов. Например, КПЧ проанализировал то, какое значение имеет недискриминация в тексте МПГПП в нескольких делах. Например, в деле «Ширин Аюмирудди-Чифра и другие против Маврикия» [19] КПЧ столкнулся с дискриминацией, вызванной двумя миграционными законами, которые изменили резидентский статус иностранцев, вступивших в браки с гражданками Маврикия, но оставив неизменным статус иностранок, выходящих замуж за граждан Маврикия. Изменения в законах имели дискриминационные последствия по отношению к двум категориям граждан: одиноким женщинам-мавританкам, которые больше не могли вступать в брак с иностранцами из-за потери гражданства Маврикия, и гражданок Маврикия, уже вступивших в брак с иностранцами. Именно этим объясняется тот факт, что дело было возбуждено 17 незамужними и тремя замужними женщинами. Почему-то КПЧ отклонил жалобу первых и сосредоточился на правах замужних женщин. Он подтвердил дискриминационный характер законов, произвол которых основывался на дискриминации по признаку пола. КПЧ не стал рассматривать причины дискриминации и обратил внимание на чинимый ею произвол. КПЧ



объединил ст. 26 и ст. 2 Пакта. Однако из мнений КПЧ неясно, имела ли статья 26 Пакта какое-либо самостоятельное значение. В другом деле, *«Ф.Г. Зваан-де Вриес против Нидерландов»* [14], КПЧ был более чётким. Согласно делу, подданному (женщине) было отказано в получении пособия по безработице по причине её вступления в брак. КПЧ заявил о том, что положения ст. 26 Пакта существенно отличаются от положений ст. 2. Ст. 26 предусматривает равенство в применении внутреннего законодательства государства. Таким образом, КПЧ признал факт дискриминации по признаку пола, значительно расширив сферу защиты права на равенство в соответствии с МПГПП. Такое толкование положения МПГПП о равенстве, которое предусматривает равное обращение государства во всех принимаемых законах, а не только касающихся прав человека, защищённых Пактом, были подтверждены и при рассмотрении КПЧ других дел [15].

Как видим, толкование закона страны само по себе достаточно для охраны культуры и других элементов культурной самобытности, если только праву на равенство не придаётся самостоятельного значения, как это имеет место в практике КПЧ. В случае рассмотрения права на равенство в узком смысле, можно учесть подход Межамериканского суда по правам человека, который применяется для восстановления других прав. В этом случае толкование равенства становится вспомогательным средством, при этом другое право человека должно быть задействовано. Такой подход выгоден, поскольку открывает возможность подгонять защиту образа жизни во все элементы права на жизнь, а не обязательно лишь в чём-то одном, как например, право на уважение семейной жизни. Этот подход Межамериканский суд по правам человека применил при рассмотрении многих дел. Среди этих дел следует выделить дело *«Лопес Альварес против Гондураса»* [26, paras. 49-54], согласно которому лидер гарифов (афро-карибское сообщество), заключённый в тюрьму в Гватемале, был ограничен в своих правах. Суд рассмотрел данное дело в контексте запрета, налагаемого на лидера гарифунов, на использование языка гарифов в тюрьме для общения с сокамерником. Суд, прежде всего, подтвердил, что право на пользование культурой чётко подразумевается в статье 1.1 Американской конвенции 1969 г. Рассматривая данный запрет в свете права на свободу выражения мнения (ст. 13), общего положения о равенстве (ст. 1.1) и специального положения о недискриминации (ст. 24), закреплённых в Американской конвенции о правах человека 1969 г., Суд пришёл к выводу о том, что требования о равенстве налагают на государство обязательство допускать выражение своего мнения на родном языке заключённого. Тем самым Суд подтвердил то, что меры, препятствующие человеку пользоваться родным языком, представляют собой нарушение права на свободу выражения мнения согласно общему положению ст. 1.1. В этом контексте заметим, что по Конвенции ЮНЕСКО 2003 г. язык является элементом нематериального культурного наследия, а Редакционный комитет Конвенции ЮНЕСКО 2003 г. специально подчеркнул, что Конвенцией ЮНЕСКО 2003 г. защищаются те языки, которые имеют особое значение для НКН, а не все существующие языки [10, р. 37]. КПЧ также рассмотрел, однако в предварительном порядке, ряд жалоб в сочетании нарушений ст. 27 и ст. 19 МПГПП (закрепляющей право на свободное выражение своего мнения) в отношении использования бретонского языка во Франции по причине признания их неприемлемыми. Многие из этих жалоб касались попыток языковых меньшинств осуществлять производство в местных судах на языках меньшинств, а не на французском языке. Хотя сам по себе отказ в праве подачи иска в местный суд не на французском языке является нарушением прав, закреплённого в Пакте, тот факт, что во всех случаях заявители свободно владели французским языком, решающим образом ослабил их позиции. Исход по указанным жалобам является худшим примером охраны нематериального культурного наследия посредством механизмов защиты прав человека, поскольку КПЧ не учёл культурной значимости языка, просто проигнорировал языки меньшинств, проживающих на территории Франции [17].

Некоторые права человека, закреплённые в международных актах по правам человека, можно рассматривать в широком плане в правозащитной деятельности. Например, право на уважение частной жизни можно применить не только для охраны культурной самобытности, но и для охраны окружающей среды. Данное право некоторыми специалистами именуется и



как право о «культурной неприкосновенности» [11, р. 27-42]. Право на уважение частной жизни можно рассматривать и в расширенном значении в рамках «семейной жизни», т.е. добавляя групповой компонент к индивидуальному праву. Этой позиции придерживался КПЧ в деле *«Френсис Хопу и Теноаиту Бессер против Франции»*. Данное дело было связано с угрозой, создаваемой проектом строительства гостиницы для традиционных земель, включая места традиционного захоронения, полинезийского племени. КПЧ согласился с утверждением заявителей о том, что Комитет должен толковать термин «семья» в соответствии с их традициями, согласно которым «семья» означает всё население племени. В конечном итоге КПЧ определил, что запланированное строительство гостиничного комплекса будет нарушать неприкосновенность частной и семейной жизни заявителей [21, par. 2, 10].

ЕСПЧ в толковании Европейской конвенции 1950 г. придерживался аналогичного подхода в делах, касающихся рома и элементов их культуры, прежде всего в деле *«Ли против Соединённого Королевства»* [13]. Томас Ли подал жалобу против Соединённого Королевства, в которой утверждалось, что некоторые меры по охране окружающей среды не позволили разместиться ему и его табору в выбранном им месте.

ЕСПЧ пришёл к выводу о том, что проблемы, связанные с данным делом, подпадают под действие ст. 8 Европейской конвенции, полагая, что выбор Томаса Ли жить в таборе «...является неотъемлемой частью его этнической принадлежности как рома ... и что меры, которые влияют на размещение табора заявителя...воздействует на его способность поддерживать свою самобытность как цыгана и вести свою личную и семейную жизнь в соответствии с этой традицией» [13].

После принятия решения о том, что дело подпадает под охват ст. 8, ЕСПЧ продолжил исследовать вопрос о том, произошло ли на самом деле вмешательство в права в соответствии с положением статьи, и, в случае подтверждения, было ли такое вмешательство оправданным. После подтверждения факта вмешательства и того, что оно осуществлялось во исполнение одного из законов об охране окружающей среды (городское планирование), ЕСПЧ указал на то, что государства пользуются широкой свободой усмотрения в решении экологических вопросов и, следовательно, обладают достаточной свободой действия при достижении баланса между потребностями населения в целом (которые защищаются природоохранным законодательством) и потребностями меньшинств (которые претендуют на исключение, основанное на культуре, для того, чтобы также подпадать под охват общих мер). Отвечая на довод, связанный с защитой меньшинств, ЕСПЧ согласился с утверждением о том, что Рамочная конвенция Совета Европы о защите национальных меньшинств 1995 г. [5] представляет собой результат достигнутого консенсуса в отношении защиты прав меньшинств. Однако, по мнению Суда, данный консенсус не был способен сократить пределы свободы усмотрения, предоставленной государствам в отношении ограничения прав по ст. 8, в виду того, что положения Конвенции в этом отношении допускают разночтения. В последствии довод заявителя был отклонён, а вмешательство в неприкосновенность его семейной жизни было признано относящимся к юрисдикции государства, в отношении которого ЕСПЧ занимает «строго надзорную роль».

Таким образом получается, что ЕСПЧ признал то, что элементы образа жизни определённой культуры попадают под определение частой жизни людей, принадлежащих к данной культуре. Следовательно, позиция ЕСПЧ существенным образом отличается от позиции КПЧ по аналогичному вопросу: ЕСПЧ не расширил институт «семьи»; вместо этого, он просто констатировал, что образ жизни является неотъемлемой частью частной жизни.

Свобода религии предоставляет важный аспект охраны НКН, так как многие из проблем в отношении нематериального наследия связаны с неуважением того, что священно для сообществ, обладающих духовным наследием, а также с ущербом, который причиняется неуважением к религиозным верованиям. В связи с этим напомним, что религия является одной из определяющих характеристик меньшинства по ст. 27 МПГПП, и что существует групповой компонент, свойственный понятию свободы вероисповедания, который способствует сглаживанию возможных осложнений в деле учёта интересов группы и интересов индивидов



в этой группе. Если учесть, что свобода религии уже защищена как индивидуальное право, несмотря на то, что исповедование религии чаще всего является коллективным делом, представляется, что легче преодолеть сопротивление использованию индивидуальных прав человека для защиты групповых интересов, связанных с культурным наследием.

Актуальность изучения международной правозащитной практики в области свободы религии измеряется двояко: с концептуальной точки зрения современный подход международной защиты прав человека позволяет исключения для социальных обычаев, которые в противном случае приводили бы к публичному отправлению религиозных ритуалов. В этом смысле обеспечение свободы религии означает создание средств защиты сокровенности определенных религиозных обычаев, которые составляют часть нематериального наследия. С точки зрения практики уже созданы на национальном уровне исключительные режимы защиты религиозных обычаев, особенно в семейных и наследственных делах [35, р. 491–511].

Одним из примеров сказанного является дело *«Еврейское литургическое объединение Ча`аре Шалом ве Цедек против Франции»*, рассмотренное ЕСПЧ [12]. Данное дело, однако, должно быть истолковано в свете другого дела *«Эрроусмит против Соединённого Королевства»* [9], которое было рассмотрено тогда ещё действовавшей Европейской комиссией по правам человека. Суть дела: Пэт Эрроусмит, пацифистка, была признана виновной в распространении листовок, призывающих британских солдат не подчиниться призыву нести службу в Северной Ирландии. Она была привлечена к уголовной ответственности, в соответствии с Законом о подстрекательстве к недовольствам, и приговорена к 18 месяцам тюремного заключения. В своей жалобе она утверждала о нарушении своих прав в соответствии со ст. 9 Европейской конвенции (свобода мысли, совести и религии).

По итогам рассмотрения данного дела был введён так называемый «тест Эрроусмит», согласно которому убеждение человека может подпадать под защиту ст. 9 Европейской конвенции при наличии определённых действий данного лица. В данном случае необходимо было предоставить доказательство того, что пацифизм требовал распространения листовок, вне зависимости от собственного отношения Пэт Эрроусмит.

Решение в деле *«Эрроусмит»* имело последствие для судебной практики по ст. 9: норма о религии была включена в охват ст. 9. Доказательством сказанному является дело *«Еврейское литургическое объединение Ча`аре Шалом ве Цедек против Франции»* [12]. ЕСПЧ столкнулся с проблемой ритуального умерщвления животных. Подобная практика в целом запрещена во Франции, за исключением определённых обстоятельств. Животные должны быть убиты гуманно, что требует приведение их в бессознательное состояние перед убийством. Ритуальное умерщвление же, наоборот, требует противоположного (по сути дела, нарушающего французское законодательство).

Очевидно, что ст. 3 Европейской конвенции требует от государств-участников при регулировании применять к религиозным сообществам несколько иное отношение, нежели ко всему обществу. В данном случае Франция должна не только исключать, но и консультироваться с сообществом, которое также имеет право на исключение из общего правила. На этом фоне имеется веский аргумент в пользу того, что ст. 9 Европейской конвенции требует дифференцированного подхода по применению запретов и исключений из них. Действующий национальный закон, защищающий свободу вероисповедания, должен открывать пространство для формирования системы исключений из общего применимого правила, что позволяет устанавливать специальные подходы для удовлетворения конкретных потребностей сообществ, обладающих культурным наследием. При этом очевидно, что не все обычаи, составляющие нематериальное культурное наследие, имеют религиозный элемент. Однако следует констатировать, что значительная часть наиболее проблемных вопросов в отношении НКН действительно затрагивает ущерб, причиняемый религиозным чувствам. Поэтому возможность защиты посредством свободы религии представляет собой мощный инструмент, который следует иметь в виду.

Система норм по правам человека в целом предоставляет множество возможностей для охраны различных аспектов НКН. К числу таких относится право на справедливое судеб-



ное разбирательство, которое должно быть подкреплено реальными гарантиями на национальном уровне. К сожалению, и судебные разбирательства по жалобам в отношении нарушения НКН на национальном уровне нередко характеризуются бюрократической волокитой в виде затяжных процессов в правосудии и неравенства между сообществами, обладающими культурным наследием, и третьими лицами. Вместе с тем, право на справедливое судебное разбирательство особенно важно, к примеру, для использования родного языка во время судебного разбирательства. Важное место в охране НКН занимает право на свободу ассоциаций, с помощью которого можно обеспечить возможность отдельных лиц формировать группы для защиты сообщества в целом. К этой категории прав относится также право на неприкосновенность личности. По делу *«Сообщества Моивана против Суринама»*, Межамериканский суд по правам человека признал, что неспособность государства гарантировать членам сообщества право собственности на традиционно занимаемые ими земли препятствовала проведению их погребальных ритуалов, тем самым нарушая право на неприкосновенность личности по смыслу ст. 5 Американской конвенции 1969 г. В последствии правительство Суринама демаркировало район и предоставило Моивана право собственности на указанную землю [28, pag. 103].

В других делах, рассмотренных МСПЧ в отношении коренных народов, Суд применил право собственности для гарантирования прав на землю для коренных народов [27]. Из анализа этих дел видно, что в той степени, в какой земля представляет собой значительный элемент существования нескольких из этих культур (Конвенция ЮНЕСКО 2003 г. говорит о «культурном пространстве»), защита права коренных народов на землю может выступить эффективным средством охраны культурного наследия коренных народов.

Наконец, защита культурных прав, закреплённых в ст. 15 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. (МПЭСКП) [7], способствует сохранению культуры и культурной самобытности. Нет сомнений в том, что Комитет ООН по экономическим, социальным и культурным правам, который уже принимает и рассматривает индивидуальные сообщения на основе Факультативного протокола к МПЭСКП, в перспективе рассмотрит жалобу по ст. 15 МПЭСКП и выскажет свою позицию. И Африканская региональная правозащитная система, охватывающая защиту экономических, социальных и культурных прав и имеющая правозащитные механизмы в лице Африканской комиссии по правам человека и народов и Африканского суда по правам человека и народов [32], также может стать эффективной правозащитной системой в деле охраны НКН.

В широком смысле экономические, социальные и культурные права могут быть прямо использованы для защиты культуры и культурной самобытности, а также могут косвенно предоставить охрану нематериального культурного наследия. Однако, как было отмечено в начале данного исследования, существует несколько внутренних ограничений на использование прав человека. Первым таким общим ограничением является требование соблюдения соразмерности в случаях, связанных с осуществлением прав на свободу выражения мнения, свободу религии, неприкосновенность частной и семейной жизни, свободу собраний. Другим таким общим ограничением выступает свобода усмотрения, предоставленная государствам в обеспечении всех этих прав: от признания или непризнания и понимания ими во многом зависит осуществление этих прав в полном объёме.

Анализ показал также определённые ограничения, связанные с общим пониманием в международных договорах и практике международных правозащитных органов положения о равенстве и недискриминации. В частности, если положение о равенстве не является достаточно самостоятельным, то вероятность его применения для охраны НКН значительно уменьшается. Ограничения в отношении применения совокупности прав на справедливое судебное разбирательство существуют в том смысле, что они никоим образом не направлены на защиту нарушенных материальных прав. Требования о справедливом судебном разбирательстве представляют собой совершенно отдельный правовой вопрос, отделённый от совокупности фактов, рассматриваемых национальным судом. Это неоднократно подтверждалось МСПЧ [25]. Доказательством сказанного является то, что, вероятно, любая «косвенная» защита, предоставляемая



при требованиях о признании культурной самобытности посредством применения права на справедливое судебное разбирательство, не является фактической защитой, и, как следствие, в деле не будет учитываться вопрос самобытности как части культурного наследия.

Что касается права собственности, основным препятствием, которое необходимо преодолеть, является уверенность в том, что связь с землёй является основным требованием. Поскольку эта связь с землёй и не присутствует во всех проявлениях НКН и в основном ограничивается наследием коренных народов, допустимо использование права собственности исключительно в интересах наследия коренных народов, а не для защиты сообществ, также обладающих наследием, но не являющихся коренными народами. А для обращения к праву на физическую неприкосновенность (как это было сделано МСПЧ в деле «Моивана») требуются довольно высокие требования для доказательств нарушения.

В ходе рассмотрения вопроса взаимосвязи между правами человека и нематериальным наследием основное внимание уделяется тому, как пределы системы защиты прав человека охватывают элементы наследия. Следует подчеркнуть, что определение нематериального культурного наследия в Конвенции ЮНЕСКО 2003 года устанавливает права человека как ограничение того, что под ним понимается, и только определённое НКН подпадает под охрану Конвенции. К сказанному следует добавить, что существует определённое противоречие между некоторыми универсальными нормами прав человека и некоторыми проявлениями нематериального культурного наследия. Один из часто приводимых в этой связи примеров касается женского обрезания, практику которого сохраняют в некоторых обществах из-за культурных соображений. Этот обычай, по мнению международных правозащитных органов, нарушает права человека и, как таковой, не заслуживает защиты. В целом, возражение в отношении нематериального наследия, затрагивающее права человека, связано с идеей о том, что культурные права и культурная самобытность будут защищены, если они не будут нарушать другие права человека. В качестве обоснования для применения прав человека для охраны культурной самобытности и права человека на культурное самосознание представляется логичным использование международных правозащитных органов. Однако региональные и универсальные судебные и квазисудебные органы по правам человека в целом не обладают по учредительным актам достаточными полномочиями по эффективной охране НКН, в связи с чем ими была разработана обширная прецедентная практика, сконцентрированная на задействовании других прав человека, таких как, право на неприкосновенность частной и семейной жизни, право на равенство и недискриминацию, свободу религии и др.

Защита наследия посредством защиты самобытности во многом представляет собой, образно говоря, «обходной путь», но его можно также рассматривать как попытку «убрать посредника», т.е. предоставлять самобытность напрямую, без необходимости защищать проявления этой самобытности. Наследие защищается в виду того, что оно оказывает влияние на самобытность, непосредственно защищает самобытность, а затем использует наследие как подтверждение самобытности. «Право на наследие» справедливо определяется как ответвление права на культурную самобытность, а также важную и составную его часть. Оно обычно понимается как индивидуальное право, однако, при этом не учитывается существенный групповой компонент культурного наследия в целом и нематериального наследия в частности. В этом смысле значительна поддержка международной правозащитной практики, которая при этом не является в полной мере достаточным средством для всесторонней охраны НКН.

Библиографические ссылки. References

1. Абашидзе А.Х. Защита прав меньшинств по международному и внутригосударственному праву : монография. М. : Права человека, 1996.
Abashidze A.Kh. Zashchita prav men'shinstv po mezhdunarodnomu i vnutrigosudarstvennomu pravu: monografiya (Protection of minority rights in international and national law: monograph). Moscow, Prava cheloveka, 1996.



2. Абашидзе А.Х., Конева А.Е. Договорные органы по правам человека : учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М. : РУДН, 2015.
Abashidze A.Kh., Koneva A.E. Dogovornye organy po pravam cheloveka (Human Rights Treaty Bodies), uchebnoe posobie. 2-e izd., pererab. i dop. Moscow, RUDN, 2015.
3. Конвенция об охране нематериального культурного наследия 2003 г. [Электронный ресурс]. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/cultural_heritage_conv.shtml (дата обращения: 15.06.2018).
Konvencija ob ohrane nematerial'nogo kul'turnogo nasledija 2003 g. (Convention for the Protection of the Intangible Cultural Heritage 2003). Available at: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/cultural_heritage_conv.shtml (accessed date: June 15, 2018).
4. Права и свободы человека. основополагающие международные акты : сборник / сост. А.Х. Абашидзе, Н.Д. Эриашвили. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2018.
Abashidze A.Kh., Eriashvili N.D. Prava i svobody cheloveka. Osnovopolagayushchie mezhdunarodnye akty (Human Rights and Freedoms. Fundamental International Acts), sbornik. Moscow, YUNITI-DANA: Zakon i pravo, 2018.
5. Рамочная конвенция Совета Европы о защите национальных меньшинств 1995 г. // Собрание законодательства РФ. 1999. № 11, ст. 1256.
Ramochnaja konvencija Soveta Evropy o zashhite nacional'nyh men'shinstv 1995 g. (The Council of Europe's Framework Convention for the Protection of National Minorities 1995), *Sobranie zakonodatel'stva RF*. 1999. No. 11. St. 1256.
6. Региональные системы защиты прав человека : учебник для бакалавриата и магистратуры / под ред. А.Х. Абашидзе. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Издательство Юрайт, 2017.
Abashidze A.Kh. (ed.) Regional'nye sistemy zaschity prav cheloveka (Regional systems for the protection of human rights), uchebnik dlya bakalavriata i magistratury. 2-e izd., pererab. i dop. Moscow, Izdatel'stvo YUrayt, 2017.
7. Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 2200 (XXI) «Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, Международный пакт о гражданских и политических правах и Факультативный протокол к Международному пакту о гражданских и политических правах» от 16 декабря 1966 г. // Документ ООН A/RES/2200(XXI).
Rezoljucija General'noj Assamblei OON 2200 (XXI) «Mezhdunarodnyj pakt ob jeko-nomicheskikh, social'nyh i kul'turnyh pravah, Mezhdunarodnyj pakt o grazhdanskikh i politicheskikh pravah i Fakul'tativnyj protokol k Mezhdunarodnomu paktu o grazhdanskikh i politicheskikh pravah» ot 16 dekabrja 1966 g. (UN General Assembly Resolution 2200 (XXI) "International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, International Covenant on Civil and Political Rights and the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights" of 16 December 1966), Dokument OON A/RES/2200(XXI).
8. American Convention on Human Rights "Pact of San Jose, Costa Rica". Adopted on 22 November 1969. Available at: <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm> (accessed date: June 15, 2018).
9. *Arrowsmith v United Kingdom* (Application No 7050/75), Comm Rep 1978, 19 DR 5.
10. Blake J. *Commentary on the UNESCO 2003 Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*. Leicester, Institute for Art and Law, 2006.
11. Brown M.F. *Who Owns Native Culture?* Cambridge, Harvard University Press, 2004. Case of *Cha'Are Shalom ve Tsedek v France* (Application No 27417/95), judgment 27 June 2000.
12. Case of *Lee v United Kingdom* (Application No 25289/1994), judgment of 18 January 2001.
13. Human Rights Committee, Communication No 182/1984, *FH Zwaan-De Vries v The Netherlands*, UN Doc CCPR/C/29/D/182/1984, 9 April 1987.
14. Human Rights Committee, Communication No 191/1985, *Carl Henrik Blom v Sweden*, UN Doc CCPR/C/32/D/191/1985, 4 April 1988.
15. Human Rights Committee, Communication No 197/1985, *Ivan Kitok v Sweden*, UN Doc CCPR/C/35/D/197/1985, 10 August 1988.



16. Human Rights Committee, Communication No 220/1987, TK v France, UN Doc CCPR/C/37/D/220/1987, 8 December 1989.
17. Human Rights Committee, Communication No 24/1977, Sandra Lovelace v Canada, UN Doc CCPR/C/13/D/24/1977, 30 July 1981.
18. Human Rights Committee, Communication No 35/1978, Shirin Aumeeruddy-Cziffra et al v Mauritius, UN Doc CCPR/C/12/D/35/1978, 9 April 1981.
19. Human Rights Committee, Communication No 511/1992, Ilmari Lansman et al. v Finland, UN Doc. CCPR/C/52/D/511/1992, 8 November 1994.
20. Human Rights Committee, Communication No. 549/1993, Francis Hopu and Tepoaitu Bessert v France, UN Doc CCPR/C/60/D/549/1993/Rev/1, 29 December 1997.
21. Human Rights Committee, Communication No 879/1999, George Howard v Canada, UN Doc. CCPR/C/84/D/879/1999, 4 August 2005.
22. Human Rights Committee, Communication No. 942/2000, Jarle Jonassen v Norway, UN Doc CCPR/C/76/D/942/2000, 12 November 2002.
23. Human Rights Committee, General Comment 23, Article 27 (Fiftieth session, 1994), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 38 (1994).
24. I/A Court HR, Case of Fermin Ramirez v Guatemala. Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 20 June 2005. Series C No. 126.
25. I/A Court HR, Case of Lopez-Alvarez v Honduras. Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 1 February 2006. Series C No. 141.
26. I/A Court HR, Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v Nicaragua. Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 31 August 2001. Series C No. 79.
27. I/A Court HR, Case of the Moiwana Community v Suriname. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 15 June 2005. Series C No. 124.
28. I/A Court HR, Case of the Yakye-Axa Indigenous Community v Paraguay. Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 17 June 2005. Series C No. 125.
29. I/A Court HR, Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18 of September 17, 2003. Series A No. 18.
30. Office of the United Nations High Commission for Human Rights, Declarations and Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights. Available at: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TRMTY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en (accessed date: June 15, 2018).
31. Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, Adopted in July 1998, entry into force January 2004. Available at: <http://www.achpr.org/instruments/court-establishment/> (accessed date: June 15, 2018).
32. Scheinin M. The Right to Enjoy a Distinct Culture: Indigenous and Competing Uses of Land. In: Orlin T.S., Rosas A., Scheinin M. The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretive Approach. Turku, Institute for Human Rights, 2000.
33. Silverman H., Fairchild Ruggles D. Cultural Heritage and Human Rights. London, Springer, 2007.
34. Steiner H.J., Alston P. International Human Rights in Context – Law, Politics, Morals. New York, Oxford University Press, 2001.

Дата поступления: 14.05.2018

Received: 14.05.2018