الأمم المتحدة

A/HRC/33/42

الجمعية العامة

Distr.: General
11 August 2016
Arabic
Original: English

مجلس حقوق الإنسان

الدورة الثالثة والثلاثون

البند ٣ من جدول الأعمال

تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية

تقرير المقررة الخاصة المعنية بحقوق الشعوب الأصلية* **

مذكرة من الأمانة

يتضمن التقرير المرفق طيه تحليلاً لآثار اتفاقات الاستثمار الدولية، بما في ذلك معاهدات الاستثمار الثنائية وفصول الاستثمار المدرجة في اتفاقات التجارة الحرة، على حقوق الشعوب الأصلية.

* تأخر تقديم هذه الوثيقة لكي تشمل أحدث المعلومات بقدر الإمكان.

** تعمم مرفقات هذا التقرير باللغة التي وردت بها فقط.

GE.16-13924(A)

1613924

الرجاء إعادة الاستعمال

تقرير المقررة الخاصة المعنية بحقوق الشعوب الأصلية

المحتويات

الصفحة

أولاً – مقدمة ٣

ثانياً – أنشطة المقررة الخاصة ٣

ألف– الزيارات القطرية ٣

باء – تقرير بشأن تدابير الحفاظ على البيئة ٣

ثالثاً – اتفاقات الاستثمار الدولية ٣

ألف– معلومات أساسية ٣

باء – لمحة عامة عن اتفاقات الاستثمار الدولية ٤

رابعاً – حقوق الشعوب الأصلية ٥

ألف– لمحة عامة ٥

باء – الاعتراف والإنفاذ ٦

جيم– الأعمال التجارية وحقوق الشعوب الأصلية ٧

خامساً – آثار الاستثمارات، واتفاقات الاستثمار الدولية، وتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول على حقوق الشعوب الأصلية ٨

ألف– آثار الاستثمارات على الشعوب الأصلية ٨

باء – آثار اتفاقات الاستثمار العالمية وتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول ٩

جيم– أمثلة على تسويات المنازعات بين المستثمرين والدول التي تنطوي على حقوق الشعوب الأصلية ١٢

دال – ملاحظات بشأن تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول ١٧

سادساً – شراكة المحيط الهادئ ٢٠

سابعاً – الاستنتاجات والتوصيات ٢٢

ألف– الاستنتاجات ٢٢

باء – التوصيات ٢٤

Annexes *Page*

I. Participation in international and national conferences and dialogues 31

II. Regional and global workshops on the impact of investment agreements and the rights of indigenous peoples 32

III. Bibliography 37

IV. Other ISDS cases impacting on indigenous peoples rights 40

أولاً- مقدمة

١- تقدم المقررة الخاصة المعنية بحقوق الشعوب الأصلية هذا التقرير إلى مجلس حقوق الإنسان عملاً بقراري المجلس ١٤/١٥ و٩/٢٤، وتعرض المقررة الخاصة في هذا التقرير موجزاً مقتضباً عن الأنشطة التي اضطلعت بها منذ تقديم تقريرها السابق (A/HRC/30/41)، وتقدم تحليلاً مواضيعياً لآثار اتفاقات الاستثمار الدولية على حقوق الشعوب الأصلية.

ثانياً- أنشطة المقررة الخاصة

ألف- الزيارات القطرية

٢- زارت المقررة الخاصة رسمياً، منذ الدورة الثلاثين للمجلس، ثلاثة أقطار هي لابلاند في آب/أغسطس ٢٠١٥، وهندوراس في تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١٥، والبرازيل في آذار/مارس ٢٠١٦؛ وستصدر تقارير هذه الزيارات في إضافات لهذا التقرير.

باء- تقرير بشأن تدابير الحفاظ على البيئة

٣- ستقدم المقررة الخاصة إلى الجمعية العامة في دورتها الحادية والسبعين تقريراً مواضيعياً بشأن تدابير الحفاظ على البيئة وآثارها على حقوق الشعوب الأصلية.

ثالثاً- اتفاقات الاستثمار الدولية

ألف- معلومات أساسية

٤- خلُصت المقررة الخاصة، في تقريرها المقدم إلى الجمعية العامة في عام ٢٠١٥ (A/70/301)، إلى أن من شأن الحماية التي توفرها اتفاقات الاستثمار الدولية للمستثمرين الأجانب أن تؤثر تأثيراً كبيراً على حقوق الشعوب الأصلية. وبغية التعمق في فهم هذه المسألة، أرسلت المقررة الخاصة استبيانات إلى الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، ومنظمات الشعوب الأصلية، ومنظمات المجتمع المدني؛ ونظمت، بالتعاون مع فريق العمل الدولي لشؤون الشعوب الأصلية، وحلف الشعوب الأصلية في آسيا ومركز كولومبيا المعني بالاستثمار المستدام، والمركز الدولي لأبحاث السياسات والتعليم فيما يتعلق بالشعوب الأصلية (مؤسسة طبطيبا)، سلسلة من المشاورات الإقليمية والعالمية مع الشعوب الأصلية، والخبراء في مجال قانون الاستثمار الدولي وحقوق الإنسان.

٥- ويشير هذا البحث إلى أن هناك آثاراً كبيرة على حقوق الشعوب الأصلية ناشئة عن نظام الاستثمار الدولي، وبالإضافة إلى آثار هذه الاستثمارات ذاتها. وتتجلى هذه الآثار في كون حماية المستثمرين تعلو على هذه الحقوق نتيجة الظاهرة التي يُشار إليها بالجمود التنظيمي عموماً، والنقائص الخطيرة في عملية تسوية المنازعات بموجب نظام الاستثمار.

٦- وهذا التقرير هو الثاني من ثلاثة تقارير للمقررة خصصتها لهذه المسألة. وقد سبق أن عرضت هذا الموضوع وتناولت بعض آثار اتفاقات الاستثمار الدولية على حقوق الشعوب الأصلية، وقضايا أخرى أكثر ارتباطاً بنظام قانون الاستثمار الدولي. وتسعى المقررة الخاصة في هذا التقرير إلى التوسع في تناول سياق هذه الآثار ونطاق دراستها بالتركيز على حالات من هذه الاتفاقات والحقوق. وتتناول المقررة الخاصة في تقريرها النهائي معايير الحماية التي توفرها هذه الاتفاقات، وتضعها في سياقها وذلك على ضوء التطورات في القانون الدولي لحقوق الإنسان، وخطة التنمية المستدامة، ومن حيث علاقتها بالشعوب الأصلية.

٧- وبذلك تسعى المقررة الخاصة إلى تعزيز اتساق أحكام قانون الاستثمار الدولي، والقانون الدولي لحقوق الإنسان، وضمان ألاّ تؤدي الحماية التي توفر للمستثمرين إلى إعاقة أداء واجب الدول فيما يتصل بحقوق الشعوب الأصلية.

باء- لمحة عامة عن اتفاقات الاستثمار الدولية

٨- يتألف نظام الاستثمار الدولي من ٣ ٢٦٨ اتفاق استثمار دولي، منها ما يقرب من ٣٠٠٠ اتفاق استثمار ثنائي، وأكثر من ٣٠٠ فصل استثمار مدرجة في اتفاقات التجارة الحرة الثنائية أو الإقليمية[(١)]. وتوفر هذه الاتفاقات بين الدول، حماية قانونية للمستثمرين من "دول الموطن" في "الدول المضيفة".

٩- وتنحو اتفاقات الاستثمار الدولية صوب اتباع نموذج موحد، إذ تتضمن أحكاماً بشأن: تحريم نزع الملكية، أو "المصادرة القانونية" من دون تعويض؛ والمعاملة الوطنية أو عدم التمييز، أي معاملة المستثمرين الأجانب والمستثمرين المحليين المعاملة نفسها؛ و"معاملة الدولة الأولى بالرعاية" التي تتطلب المستوى نفسه من المعاملة المتاحة للمستثمرين الأجانب الآخرين؛ و"المعاملة المنصفة والعادلة"، أو "المعايير الدولية الدنيا للمعاملة" التي يمكن أن يكون نطاقها واسعاً، وتشمل عموماً حماية "التوقعات المشروعة"[(٢)] للمستثمرين؛ وحماية الاستثمارات وتأمينها بالكامل.

١٠- وتُمكّن اتفاقات الاستثمار الدولية المستثمرين من اللجوء إلى عملية تسوية للمنازعات بين المستثمرين والدول، حيث يستطيع المستثمرون عرض قضاياهم على التحكيم عندما تنشأ منازعات مع الدولة المضيفة بسبب ما يراه المستثمرون فشلاً من جانبها في حماية استثماراتهم وفقاً للأحكام الواردة في الاتفاقات. ولا يوجد عموماً أي التزام باستنفاذ سبل الانتصاف المحلية، أو الطعن من خلال نظام للطعون، أو حد أدنى من الشفافية، أو إتاحة الفرصة لتدخل طرف ثالث. ولا تخضع قرارات التحكيم التي تُنفذ عن طريق مصادرة أصول الدولة في الخارج لأي حدود مالية، بل يمكن أن تصل إلى بلايين الدولارات.

(١) انظر مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الأونكتاد) "Recent trends in international investment agreements and investor-State disputes", International Investment Agreement – Issues Note (February 2015)، على الرابط: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf.

(٢) انظر الأونكتاد، *Fair and Equitable Treatment*, Series on Issues in International Investment Agreements II (New York, 2012)، على الرابط: http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf.

١١- ووفقاً لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الأونكتاد)، فإن عمليات إلغاء العقود أو الإخلال المزعوم بها، أو فسخ التراخيص أو رفضها تمثل الحالات الأكثر شيوعاً لإجراءات الدولة التي يُطعن فيها، حيث تناهز ما يقرب من ٣٠ في المائة من جميع التسويات المتصلة بقطاع الصناعات الاستخراجية وبقطاع الطاقة، وهما القطاعان اللذان يتركز فيهما معظم الاستثمارات الجديدة[٣]. وتُقام أغلبية هذه الدعاوى ضد دول توجد فيها أعداد كبيرة من السكان من الشعوب الأصلية التي تقع في أراضيها موارد المعادن والطاقة والغابات التي يجري استغلالها.

١٢- وقد شهدت السنوات الأخيرة عدداً متزايداً من اتفاقات التجارة الحرة الإقليمية الكبرى التي تجاوز نطاقها التجارة ليشمل الاستثمار وأبعاده التنظيمية، مُشكِّلةً بذلك أساساً للاتفاقات الهيكلية الاقتصادية العالمية. واتفاق شراكة المحيط الهادئ هو أحد أحدث اتفاقات الشراكة هذه. ولعل فصل الاستثمار المدرج فيه، الذي يتضمن العديد من الأحكام المعيارية الواردة في نموذج معاهدة الاستثمار الثنائي للولايات المتحدة الأمريكية، هو أحد الفصول الأكثر إثارة للجدل في اتفاق الشراكة هذا. وقد تعرض لانتقادات واسعة النطاق، بما في ذلك انتقادات المقررين الخاصين، لأنه قلّص فضاء العمل الديمقراطي إذ نقل فعلياً صلاحيات اتخاذ القرارات العامة بشأن الحوكمة الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية إلى الجهات الفاعلة من الشركات.

رابعاً- حقوق الشعوب الأصلية

ألف- لمحة عامة

١٣- يعترف القانون الدولي لحقوق الإنسان بأن للشعوب الأصلية الحق في تقرير مصيرها، على النحو الذي يؤكده العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، التي تقرّ جميعها بحق الشعوب الأصلية في تحديد مسارات تنميتها الاجتماعية والثقافية والاقتصادية الخاصة بها. وتأخذ هذه الحقوق التي أكدتها هذه المعاهدات واعتُمدت على نطاق واسع سمات خاصة عندما تُفسر على ضوء واقع الشعوب الأصلية، واحتياجاتها، ومنظورها للعالم، وسياقاتها التاريخية المتميزة، والقواعد الآمرة التي تحظر التمييز العنصري. ويتيح إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية أوضح صياغة وتفسير لهذه الحقوق من حيث صلتها بالشعوب الأصلية.

١٤- وما تقدم ينعكس في اجتهادات وقرارات هيئات معاهدات الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، التي تطالب الدول بالاستناد إلى إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية عند تنفيذ التزاماتها بموجب تلك المعاهدات. وعلى ضوء أحكام هذا الإعلان، واتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الشعوب الأصلية والقبلية، لعام ١٩٨٩ (رقم ١٦٩)، فسَّرت المحاكم

(٣) انظر الأونكتاد، "Recent trends".

واللجان الوطنية والإقليمية في أمريكا اللاتينية وأفريقيا بدورها أحكام هذه المعاهدات؛ ما يدل على تزايد التطبيق العالمي لهذه الصكوك، ويشير إلى نشوء قانون دولي عرفي في مجال حقوق الشعوب الأصلية.

١٥- ولا يوجد تعريف لمفهوم "الشعوب الأصلية" في القانون الدولي. بيد أن خصائص هذا المفهوم المتفق عليها عموماً تشمل: تحديد الشعوب الأصلية هويتها بنفسها؛ ووجود علاقة خاصة بأرض الأجداد والرغبة في الحفاظ عليها؛ ووجود نظم اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية خاصة بهذه الشعوب متميزة عن التيارات الرئيسية في المجتمع تعكسها لغة هذه الشعوب، وثقافتها، ومعتقداتها، وقوانينها العرفية؛ ووضعها غير المهيمن تاريخياً في المجتمع. وهذا ينطبق بصرف النظر عن تعاريف الدول.

١٦- وحقوق الشعوب الأصلية في الأرض وفي الملكية لها طبيعة فريدة إذ تشمل الموارد والأقاليم التي امتلكتها، أو سكنتها، أو استخدمتها، أو اكتسبتها تقليدياً، بما في ذلك حقوقها في امتلاك واستخدام وتنمية، هذه الموارد والسيطرة عليها. وتوجد هذه الحقوق الجماعية بغض النظر عن سندات الملكية التي توجد في حوزة الدولة، وهي تستند إلى: مركز هذه الشعوب باعتبارها شعوباً تحدد هويتها ذاتياً، ولها الحق في الأراضي والموارد اللازمة لبقائها المادي والثقافي؛ ونظمها العرفية الخاصة بحيازة الأراضي؛ وحيازتها لأراضي أجدادها لفترة طويلة.

١٧- والدول ملزمة، بالتالي بإنشاء آليات مناسبة ثقافياً لتمكين الشعوب الأصلية من المشاركة الفعالة في جميع عمليات صنع القرارات التي تؤثر تأثيراً مباشراً على حقوقها. وتحقيقاً لهذا الغرض، تستوجب معايير القانون الدولي لحقوق الإنسان إجراء مشاورات بحسن نية مع هذه الشعوب للحصول على موافقتها الحرة والمسبقة والمستنيرة. وهذا الشرط ينطبق أيضاً قبل اتخاذ أي تدابير تشريعية أو إدارية، أو وضع خطط للاستثمار، أو إصدار امتيازات، أو تراخيص، أو تصاريح للمشاريع في أراضي هذه الشعوب أو بالقرب منها.

١٨- وقد أوضحت هيئات حقوق الإنسان جميعها أنه لا يجوز اتخاذ النمو الاقتصادي أو التنمية الوطنية ذريعة المساس بالحقوق الثقافية للشعوب الأصلية وحقوقها في أراضيها من غير موافقتها[٤]. وهذه الحقوق يعززها حق الشعوب في تقرير مصيرها، وهو حق يشمل الشعوب كافةً، وحظر التمييز العنصري، وحقيقة أن حماية هذه الحقوق تخدم المصلحة العامة.

باء- الاعتراف والإنفاذ

١٩- الشعوب الأصلية من أكثر المجموعات معاناةً من التهميش والتمييز في العالم. والإطار الدولي لحماية حقوقها نشأ إلى حد كبير رداً على هذا الواقع. وقد حقق الاعتراف بحقوق هذه الشعوب تقدماً كبيراً في بعض الولايات القضائية ولا سيما في أمريكا اللاتينية، واعتُرف بها بدرجات

(٤) انظر الوثيقة CCPR/C/52/D/511/1992.

متفاوتة ضمن أطر تنظيمية محلية في بلدان أخرى. ومع ذلك، فالحقوق المعترف بها عادة للجماعات التي تفي بخصائص الشعوب الأصلية في معظم أنحاء آسيا وأفريقيا بموجب القانون الدولي لا ترقى إلى المستويات المعترف بها بموجب معايير القانون الدولي لحقوق الإنسان؛ ولا يُعترف رسمياً، في حالات كثيرة، بفئة "الشعوب الأصلية" ضمن القانون الدولي.

٢٠- وينبغي حتى للبلدان التي أدمجت معايير القانون الدولي لحقوق الإنسان في قوانينها المحلية أن تتخذ مزيداً من الخطوات لتعديل قوانينها للوفاء تماماً بهذه المعايير الدولية وضمان إنفاذها. ثم إن "فجوة الإنفاذ" بين القانون نصاً والممارسة عملاً تنطوي في الغالب على اختلال موازين القوى بين شعوب أصلية ضعيفة ونخب سياسية قوية تسعى إلى الاستفادة من استغلال الموارد الطبيعية الموجودة في أراضي هذه الشعوب.

٢١- وينعكس اختلال القوة هذا عموماً في العلاقة بين المؤسسات المنشأة لحماية حقوق الشعوب الأصلية والمؤسسات المسؤولة عن تعزيز وتيسير استغلال الموارد الطبيعية. ولهذا السبب، فإن من شأن التمييز الهيكلي المتجذر والمصالح الخاصة أن تبطل مفعول الحماية القانونية للشعوب الأصلية، حتى وإن تعلق الأمر ببلدان توجد فيها أطر قانونية متقدمة.

جيم- الأعمال التجارية وحقوق الشعوب الأصلية

٢٢- تؤكد المبادئ التوجيهية المتعلقة بالأعمال التجارية وحقوق الإنسان أن للشركات مسؤولية مستقلة في مجال احترام حقوق الشعوب الأصلية على النحو المعترف بها في القانون الدولي لحقوق الإنسان. وتقوى هذه المسؤولية بإدماج هذه المبادئ ضمن معايير، مثل المبادئ التوجيهية لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي بشأن الشركات المتعددة الجنسيات. وتوجد مجموعة متزايدة من المعايير، المتصلة بالاستثمارات التي تؤثر على أراضي الشعوب الأصلية، بما في ذلك معايير أداء معظم المؤسسات المالية الدولية، مثل المؤسسة المالية الدولية؛ وتنطبق هذه المعايير على المصارف الخاصة التي تتقيد بمبادئ التعادل وتُلزم عملاءها باحترام حقوق الشعوب الأصلية، بما في ذلك الموافقة الحرة والمسبقة والمستنيرة لهذه الشعوب. وقد أدرج البنك الدولي شرط الحصول على هذه الموافقة في مشروع سياسته المنقح. غير أن مصارف أخرى، مثل مصرف التنمية الأفريقي، ومصرف التنمية البرازيلي، لم تضع بعد سياسات لضمان مراعاة حقوق الشعوب الأصلية.

٢٣- وتتضمن معايير عدد متزايد من المبادرات المتعددة الأطراف معيار احترام حقوق الشعوب الأصلية على النحو الذي يؤكده إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية؛ ومن ثم، فهي تشترط موافقة هذه الشعوب موافقةً حرة ومسبقة ومستنيرة قبل الموافقة على أي مشروع استثمار أو على تنفيذه. وقد حققت بعض هيئات الصناعات الاستخراجية والشركات الموردة لزيت النخيل، والسكر، والصويا وموارد أخرى تقدماً في سياساتها صوب الاعتراف بالحقوق الواردة في الإعلان، بما في ذلك استيفاء شرط الحصول على هذه الموافقة، على نحو

ما جاء في الاتفاق العالمي للأمم المتحدة. وتعكس هذه التطورات عموماً اعتراف الشركات عبر الوطنية بمسؤوليتها عن احترام حقوق الشعوب الأصلية.

٢٤- ومع ذلك، ما تزال عملية إنفاذ هذه الالتزامات ضعيفة، وما تزال تكتنفها قضايا تتعلق بتأويل حقوق الشعوب الأصلية، وبخاصة حقها في إبداء موافقتها الحرة والمسبقة والمستنيرة أو حجبها.

٢٥- ومن شأن معالجة المسألة التي تنطوي عليها مشاركة الشركات في انتهاكات حقوق الشعوب الأصلية أن تسهم إسهاماً كبيراً في التصدي للاختلال وعدم الاتساق اللذين يعتريان القانون الدولي حالياً. واقتُرحت آليات من أجل معالجة مسألة الأعمال التجارية وحقوق الإنسان، مثل اللجوء إلى هيئات التحكيم المخصصة لإنصاف الأفراد المتضررين والشعوب المتضررة. وقد أثارت المناقشات التي جرت على المستوى الحكومي الدولي بشأن وضع معاهدة تتعلق بالأعمال التجارية وحقوق الإنسان الكثير من القضايا التي أُثيرت في سياق تعزيز التزامات المستثمرين بموجب اتفاقات الاستثمار الدولية.

خامساً- آثار الاستثمارات، واتفاقات الاستثمار الدولية، وتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول على حقوق الشعوب الأصلية

ألف- آثار الاستثمارات على الشعوب الأصلية

٢٦- كشف العمل البحثي الذي اضطلعت به المقررة الخاصة عن عدد من الحالات المثيرة للقلق والمتمثلة في مشاريع استثمار أجنبي في قطاعات التعدين، والنفط والغاز، والطاقة الكهرمائية، والصناعات الزراعية أسفرت عن انتهاكات جسيمة لحقوق الشعوب الأصلية في الأرض، والحكم الذاتي، والحقوق الثقافية. وقد تصدت الهيئات الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان على نطاق واسع، وضمن توصياتها وسوابقها القضائية، لهذه الانتهاكات التي قد تتساوى والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية.

٢٧- وعادة ما تتبع الدول المضيفة المعنية سياسات تنمية اقتصادية تهدف إلى استغلال موارد الطاقة، أو المعادن، أو الأراضي، أو موارد أخرى توجد في الغالب في أراضي الشعوب الأصلية. وتعتبر الوكالات الحكومية المسؤولة عن تنفيذ هذه السياسات أن لا قيود على استغلال ما يتوافر في هذه الأراضي من موارد، وتعمل من ثم بنشاط على تسويقها في الخارج تعزيزاً لحجم تدفقات رؤوس الأموال إليها. ولا يعترف الإطار القانوني المحلي بحقوق الشعوب الأصلية أصلاً، أو أنه يعترف بها جزئياً، أو أنه لا ينفذها بالمرة. وحيثما وُجدت معنية بصون حقوق الشعوب الأصلية، فإن هذه المؤسسات تكون إما ضعيفة سياسياً، أو لا تخضع للمساءلة، أو ينقصها التمويل. ولا تتاح للشعوب الأصلية إمكانية الوصول إلى سبل الانتصاف في دول الموطن أو في الدول المضيفة، فتضطر إلى تعبئة صفوفها، الأمر الذي يفضي إلى تجريم أنشطتها، وإلى ارتكاب أعمال

عنف ضدها، وإلى حدوث وفيات في صفوفها. وتعاني الشعوب الأصلية من انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان نتيجة الضرر الذي يلحق أراضيها، وسبل عيشها، وثقافاتها، وما هو متاح لها من خيارات إنمائية، وهياكل حوكمتها، وهي انتهاكات تهدد أحياناً بقاءها الثقافي والمادي ذاته. وقد تعطلت بعض المشاريع، وظهر اتجاه صوب تسوية منازعات بين المستثمرين والدول تتعلق بمسائل المعاملة العادلة والمنصفة، والحماية والأمن، الكاملين، ومصادرة الممتلكات.

٢٨- وعلى الرغم من التطورات الهامة في مجال الاعتراف بحقوق الشعوب الأصلية والضمانات الموفرة لها بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان، فإن الاستثمار في هذه القطاعات له "آثار على حياة الشعوب الأصلية ما فتئت تتزايد وتنتشر على نطاق واسع"[٥] لأن الفراغ القانوني الناشئ عن عدم الاعتراف بحقوق هذه الشعوب في الأرض أو إنفاذها ييسر عمليات مصادرة أراضيها تعسفاً، ويُمكّن المسؤولين الوطنيين والمحليين من تحويل ما هو متوافر من هذه الأراضي إلى مشاريع استثمارية. وفي الوقت نفسه، فإن الغالبية العظمى من هذه الأراضي محمية بموجب اتفاقات الاستثمار الدولية؛ ويُتوقع تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول فيما يتصل بالمنازعات في قطاع الأعمال التجارية الزراعية، والقطاعات الاستخراجية في أفريقيا وآسيا؛ ويوجد في أمريكا اللاتينية عدد متزايد من الدعاوى المتعلقة بالتسويات ذات الصلة بهذه الأنشطة المنفذة في أقاليم الشعوب الأصلية أو بالقرب منها.

٢٩- وقد قدّم المقررون الخاصون، وهيئات معاهدات الأمم المتحدة، واللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان توصيات عديدة تحث دول الموطن على اعتماد تدابير تنظيمية تخص الشركات التي تنشط داخل ولاياتها القضائية لمنع انتهاكات حقوق الشعوب الأصلية في الخارج، والمعاقبة عليها، وجبر ما تحدثه من أضرار عندما تكون هذه الشركات مسؤولة عن تلك الانتهاكات أو متواطئة فيها[٦].

٣٠- ولاحظت لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان أن معالجة المسائل المتعلقة بالولايات القضائية ذات الصلة قد تتطلب إجراء مفاوضات بين الدول أثناء عمليات إبرام اتفاقات ثنائية أو غيرها من الاتفاقات وقبل السماح للشركات الأجنبية ببدء نشاطها.

باء- آثار اتفاقات الاستثمار العالمية وتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

٣١- يمكن أن تسفر اتفاقات الاستثمار الدولية عن آثار خطيرة على حقوق الشعوب الأصلية نتيجة ثلاث مسائل رئيسية مترابطة: (أ) عدم معالجة مسألة حقوق الإنسان معالجة وافية في ديباجة هذه الاتفاقات وأحكامها الموضوعية؛ و(ب) الخطر الفعلي أو المتصور لإنفاذ حماية المستثمرين في إطار تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول عن طريق التحكيم، وهو ما يفضي

(٥) انظر الفقرة ١ من الوثيقة A/HRC/24/41.

(٦) انظر الفقرة ٤٨ من الوثيقة A/HRC/24/41، والفقرة ١٤ من الوثيقة CERD/CAN/CO/19-20.

إلى جمود تنظيمي؛ و(ج) استبعاد الشعوب الأصلية من عمليات صياغة الاتفاقات والتفاوض عليها وإقرارها ومن عمليات تسوية المنازعات.

٣٢- ويتعين النظر في الآثار المحتملة لاتفاقات الاستثمار الدولية هذه على ضوء الاعتراف الناقص حالياً بحقوق الشعوب الأصلية، وعدم إنفاذها ضمن الأطر القانونية المحلية. وتنحو هذه الاتفاقات، وعمليات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، إلى تعطيل ما هو ضروري لتقدم وتطور الأطر القانونية المحلية من حيث علاقتها بأنشطة الاستثمار. وهي تقيّد إرادة الدولة وحريتها في فرض وإنفاذ التزامات على الشركات عبر الوطنية في مجال حقوق الإنسان وفي إعمالها التدريجي لحقوق الإنسان. وإذ ترسخ هذه الاتفاقات حماية المستثمرين، فإنها ترسخ أيضاً ما تنطوي عليه الأطر القانونية القائمة من جوانب إنكار الحقوق، وتُسهم من ثم في تعطيل الإصلاح المطلوب من منظور حقوق الإنسان.

٣٣- ويؤدي القانون الدولي لحقوق الإنسان واتفاقات الاستثمار الدولية أدواراً هامة في تنظيم سلوك الدول المضيفة وفيما يتصل باستخراج الموارد الموجودة في أراضي الشعوب الأصلية أو بالقرب منها. فهذه الاتفاقات تساعد على حماية وتنظيم حقوق الملكية الخاصة بالمستثمرين فيما يتصل باستغلال الأراضي والموارد أو الانتفاع بها. وقد تتعارض حقوق المستثمرين هذه تعارضاً مباشراً مع الحقوق الأصلية للشعوب الأصلية المكرسة في القانون العرفي وحقوق ملكيتها التي تستند إلى وضع الملكية السابق، وهي حقوق يحميها القانون الدولي لحقوق الإنسان وإن كانت حقوقاً غير معترف بها رسمياً وليس لها سند ملكية.

٣٤- ويعترف القانون الدولي لحقوق الإنسان بأنه يجوز في بعض السياقات وضع بعض القيود على حقوق الشعوب الأصلية في الملكية. بيد أنه لكي تكون هذه القيود مشروعة، يجب أن: (أ) ينص عليها القانون؛ و(ب) تكون ضرورية؛ و(ج) تتناسب مع الغرض منها؛ و(د) لا تقيد بقاء هذه الشعوب[٧]. وفي سياق حقوق الشعوب الأصلية في الملكية، يؤكد القانون الدولي لحقوق الإنسان أن هذه الشروط تنطوي ضمنياً على وجوب إجراء مشاورات بحسن نية للحصول على موافقة حرة ومسبقة ومستنيرة من هذه الشعوب قبل اعتبار أي تدبير يمس حقوق ملكيتها تدبيراً مشروعاً.

٣٥- ويشكل عدم احترام وحماية حقوق الشعوب الأصلية في أراضيها وحقوقها في الموافقة الحرة والمسبقة والمستنيرة احتراماً وحماية كافيين عند منح حقوق للمستثمرين في أراضي هذه الشعوب السبب الجذري لحدوث انتهاكات لاحقة وأوسع نطاقاً لحقوقها. وفي هذه السياقات، تُسهم اتفاقات الاستثمار الدولية التي لا تلتزم بأحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان في حماية حقوق المستثمرين على حساب حقوق الشعوب الأصلية، لأن هذه الحماية تصبح عائقاً أمام الاعتراف بالحقوق السابقة للشعوب الأصلية في المستقبل.

(٧) انظر شعب *ساراماكا ضد سورينام*، محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان (٢٠٠٧).

٣٦- وبغية معالجة الحالة الشاذة التي تنشأ عندما تُمنع الشعوب الأصلية من إعمال حقوقها في أراضيها ومواردها بسبب الحماية المكفولة للمستثمرين، فقد أكد أحد المقررين الخاصين السابقين أنه:

> ينبغي أن تعلو قضايا حقوق الأرض على التنمية التجارية. ويجب الاعتراف بتغليب حق المجتمعات التقليدية، ليس في القانون فحسب، بل في الممارسة أيضاً. ويجب وضع حد لفكرة تغليب حق شركة تعدين تجارية أو غيرها بدلاً من مجتمع محلي أقام على الأرض ورعاها عبر الأجيال، لأن ذلك يشين نظام حماية حقوق الإنسان للشعوب الأصلية برمته[٨].

٣٧- وكثيراً ما اقترنت اتفاقات الاستثمار الدولية التي يسَّرت وحمت الاستثمارات في أراضي الشعوب الأصلية بانتشار قوات عسكرية وقوات أمن خاصة في هذه الأراضي. وتترتب على ذلك آثار تثير قلقاً كبيراً في الكثير من البلدان، ولا سيما تلك التي لها تاريخ من النزاعات منخفضة الحدة. وبموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان، وعلى النحو المبين في المادة ٣٠ من إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية، لا ينبغي القيام بأي نشاط عسكري في أراضي الشعوب الأصلية أو أقاليمها، ما لم تبرره مصلحة عامة وجيهة، أو توافق عليه الشعوب الأصلية المعنية، أو تطلبه بكل حرية[٩]. ومع ذلك، فهذا الوجود الأمني مسموح به في واقع الأمر وفقاً لبعض تأويلات أحكام هذه الاتفاقات المتعلقة بتوفير كامل الحماية والأمن للمستثمرين، الأمر الذي يفضي إلى نشوء تضارب مباشر بين قانون الاستثمار الدولي والقانون الدولي لحقوق الإنسان.

٣٨- وفي بعض الحالات، أفضت اتفاقات الاستثمار الدولية والتدابير التي تعتبر ضرورية لتيسير تنفيذها إلى اندلاع نزاعات واسعة النطاق وخسائر كبيرة في الأرواح. فعندما دخل اتفاق التجارة الحرة لأمريكا الشمالية حيز النفاذ في ١ كانون الثاني/يناير ١٩٩٤ وبدأت عملية خصخصة الأراضي الجماعية للشعوب الأصلية، أعلن جيش زاباطا للتحرير الوطني المؤلف من الشعوب الأصلية في تشياباس تمرده المسلح واعتبر هذا الاتفاق "حكماً بالإعدام" في حق الشعوب الأصلية.

٣٩- وبعد مرور ١٤ عاماً، استُخدم اتفاق التجارة الحرة بين الولايات المتحدة وبيرو ذريعة لسن سلسلة من المراسيم التشريعية الليبرالية الجديدة، كان لعشرة منها آثار سلبية خطيرة على حقوق شعوب الأمازون الأصلية في الأرض. وأدى رفض حكومة بيرو قبول اقتراحات الشعوب الأصلية إلى تعبئة صفوفها، ما أسفر عن مقتل ٣٠ شخصاً بعد أن انتشرت القوات العسكرية للرد على ذلك.

---

(٨) انظر الفقرة ٦٧(هـ) من الوثيقة E/CN.4/2003/90/Add.3.

(٩) انظر الفقرة ٥٠ من الوثيقة A/HRC/24/41/Add.3.

٤٠- ويتيح النظر في دعاوى تسوية النزاعات بين المستثمرين والدول ذات الصلة بحقوق الشعوب الأصلية فرصةَ لتقييم ممارسات المحاكم، وحجج الدول والمستثمرين، والمجال المتاح لمشاركة الشعوب الأصلية، والسياقات التي تندلع فيها المنازعات بين اتفاقات الاستثمار الدولية والقانون الدولي لحقوق الإنسان.

جيم- أمثلة على تسويات المنازعات بين المستثمرين والدول التي تنطوي على حقوق الشعوب الأصلية

٤١- ادعت شركة البترول والغاز، في قضية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار *بورلينغتون ريزورسيز إينك ضد إكوادور* (٢٠١٠)[١٠] أن إكوادور لم تف بالتزاماتها بتوفير كامل الحماية والأمن لها لمواجهة معارضة الشعوب الأصلية التي اتخذت شكل احتجاجات عنيفة أحياناً. ودفعت الدولة بأن أعمال الشعوب الأصلية شكلت حالة من حالات القوة القاهرة، ولم تتصد في دفوعاتها لمسألة حقوق هذه الشعوب. ورُفض الجانب الأمني من الدعوى لأسباب إجرائية من دون تناول قضايا حقوق الشعوب الأصلية. وبموازاة ذلك، نظرت لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان ومحكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان في هذه القضية، وقضت المحكمة في عام ٢٠١٢ بأن عدم استشارة الشعوب الأصلية، وعدم الحصول على موافقتها الحرة والمسبقة والمستنيرة، واستخدام الدولة للقوة، أمور هددت جميعها بقاء الشعوب الأصلية[١١].

٤٢- وفي قضية *شيفرون ضد إكوادور* (٢٠١٤)، لجأت الشركة إلى الدفع بسلسلة من قضايا التحكيم بغية التهرب من دفع التعويضات التي قضت بها المحاكم الإكوادورية في عام ٢٠١١. فبعد رفع دعوى جماعية، قضت المحكمة بدفع مبلغ ٨,٦ بلايين دولار تعويضاً عن الضرر الذي لحق الشعوب الأصلية جراء تلوث بيئتها. وتُظهر هذه القضية التفسير الواسع للغاية لمصطلح "الاستثمار"، وما يحتمل أن ينطوي عليه من إنكار لحقوق الشعوب الأصلية. فهي تنطوي على دعوى قضائية أمام محاكم محلية، وعلى قرار بدفع تعويضات لأشخاص تضرروا بسبب عدم وجود سبل للانتصاف. وطُلب في وقت لاحق إلى اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان اتخاذ تدابير احترازية لمنع أي عمل قد ينشأ جراء قرار التعويض الصادر في إطار تسوية لمنازعات بين المستثمرين والدول يخالف، أو يقوض، أو يهدد حقوق الإنسان للشعوب الأصلية المعنية.

٤٣- وفي قضية *فون بيزولد وبورد تيمبرز ضد زمبابوي* (٢٠١٥) طالبت الشركة بنزع الملكية بموجب معاهدتي الاستثمار الثنائيتين بين ألمانيا وزمبابوي، وبين سويسرا وزمبابوي في سياق نزع الدولة لملكية أراض. وادعت أربع جماعات من الشعوب الأصلية، التي كانت أراضيها التقليدية موضوع الدعوى، في مذكرة صديق المحكمة أن للدولة وللشركة التزامات باحترام حقوق الإنسان الخاصة بهذه الجماعات. واعترفت محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، في أمرها

(١٠) قضية *بورلينتون ريسورسز ضد إكوادور*، قرار بشأن الاختصاص (٢٠١٠).

(١١) قضية *ساراياكو ضد إكوادور*، محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان (٢٠١٢).

الأولي الصادر في حزيران/يونيه ٢٠١٢، بمطالبات هذه الجماعات بأراضيها وبأن قراراتها قد يؤثر على مصالح مجتمعات الشعوب الأصلية. غير أن المحكمة رفضت مذكرة هذه الجماعات استناداً إلى الأسس التالية: (أ) افتقار هذه الجماعات وزعماؤها لعنصر "الاستقلالية"، كونهم مرتبطين بأشخاص ينتسبون إلى الحكومة، وبالتالي فإن مشاركتهم هذه يمكن أن تضر بمصالح أصحاب الدعوى؛ (ب) أن المحكمة لا تستطيع أن تقرر ما إذا كانت هذه الجماعات شعوب أصلية أم لا، وأن اختصاصها لا يشمل اختصاص تفسير حقوق الشعوب الأصلية؛ (ج) أنها غير مقتنعة بأن النظر في الالتزامات بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان، بما في ذلك المادة ٢٦ من إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية، يدخل في نطاق ولايتها، وأن القواعد العامة للقانون الدولي لا تشمل القانون الدولي لحقوق الإنسان؛ (د) أنه لا الدولة ولا الشركة أثارا مسائل حقوق الشعوب الأصلية. وخلُصت المحكمة إلى أن الحقوق المزعومة لهذه الجماعات، بوصفها "شعوباً أصلية" بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان، مسألة لا تدخل في نطاق هذا النزاع.

٤٤- ورفضت هيئة التحكيم في قضية *غلاميس غولد ضد الولايات المتحدة* (٢٠٠٩) دعوى الشركة التي مُنعت من الوصول إلى منطقة يعتبرها شعب كويتشان مقدسة. وتعلق هذا القرار بموقف المحكمة القائل بأن دورها ينحصر في تقييم ما إذا كان معيار المعاملة العادلة والمنصفة في إطار القانون الدولي العرفي قد انتهك، وليس تقييم ما إذا كانت الدولة قد تمكنت من تحقيق توازن بين حقوق متنافسة لشعب كويتشان وللشركة. وأشار القرار إلى أن الدولة كانت على صواب عندما استندت إلى رأي من استشارتهم من المهنيين، وأنها لم تستحث إدراج توقعات المستثمر في ما يشبه نصاً تعاقدياً، وأنها لم تُخل بأحكام المعاهدة. وأشار القرار أيضاً إلى الأهمية التي تنطوي عليها القوانين الصارمة المنظِمة لشؤون البيئة في كاليفورنيا فيما يتعلق بالتدابير البيئية بشكل عام، والتنقيب عن المعادن بوجه خاص؛ ومن ثم، فإنه كان على المستثمر أن يخفض سقف توقعاته. وقبلت المحكمة مذكرة صديق المحكمة التي رفعها شعب كويتشان، لكنها لم تأخذ بحجتها القائلة بأن القانون الدولي لحقوق الإنسان ذي الصلة بالشعوب الأصلية ينطبق على هذه القضية.

٤٥- وفي قضية *غراند ريفير إنتربرايز سيكس نايشنز ليمتيد ضد الولايات المتحدة* (٢٠١١)، طعنت شركة للتبغ يملكها أفراد من شعوب الهاودنسوني الكندية في تدابير اتخذتها الولايات المتحدة. ومن المسائل التي أثارتها الشركة مسألة عدم التشاور المسبق معها بشأن بعض التدابير. فقد ذكرت المحكمة، بعد أن أقرت أنها لم تستنتج حدوث أي نزع للملكية، أنه قد يكون ثمة مبدأ في القانون الدولي العرفي يلزم السلطات الحكومية بالتشاور مع الشعوب الأصلية، كجماعات، بشأن السياسات أو الإجراءات الحكومية التي تؤثر على هذه الشعوب تأثيراً ذا شأن. ولما كان مالكو الشركة من الأفراد، فإن المحكمة ارتأت عدم النظر في مسألة التشاور المسبق. لكنها أضافت أنه يمكن الأخذ بأنه كان ينبغي عقد مشاورات مع حكومات الجماعات أو القبائل الأمريكية الأصلية في الولايات المتحدة التي قد تتضرَّر مصالح أفرادها ومصالحها السيادية، بل يبدو أنها تضررت بالفعل من جراء تدابير تنظيم تجارة التبغ[١٢].

(١٢) انظر قضية *غراند ريفير إنتربرايز سيكس نايشنز ليمتيد ضد الولايات المتحدة*، الفقرتان ٢١٠ و٢١٢، المتاحة على الرابط: www.state.gov/documents/organization/156820.pdf.

٤٦- وفي قضية *محكمة التحكيم الدائمة ساوث أمريكان سيلفر ماينينغ ضد دولة بوليفيا المتعددة القوميات*، تطالب الشركة بتعويض قدره ٣٨٧ مليون دولار عن نزع ملكية مزعوم لما مجموعة ١٠ امتيازات تعدين، وعدم معاملة الشركة معاملة عادلة ومنصفة عملاً بمعاهدة الاستثمار الثنائية بين المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وآيرلندا الشمالية ودولة بوليفيا المتعددة القوميات. وتدفع الشركة بأنها بذلت جهوداً مشروعة لدى الجماعات المحلية من أجل الحصول على موافقة عامة، وأن مجموعة صغيرة من عمال المناجم غير الشرعيين وبعض منظمات الشعوب الأصلية هي التي عارضت المشروع، وأن الحكومة أججت النزاع. وتزعم الشركة أيضاً أن الجماعات المحلية طلبت منها مراراً وتكراراً بمباشرة المشروع، وتدّعي أن دولة بوليفيا المتعددة القوميات تخلفت عن توفير كامل الحماية والأمن لها، ولاحظت أن قرار الحكومة عدم ملاحقة قادة الشعوب الأصلية قرار "غير معقول بالمرة"، وذلك بالنظر إلى الأضرار التي تكبدها استثمارها[١٣].

٤٧- وردَّت دولة بوليفيا المتعددة القوميات على ذلك بالقول: (أ) إنها تصرفت حفاظاً على المصلحة العامة وأن ثمة ما يبرر قرارها إرجاع الملكية إلى الدولة وفقاً لمبدأي التناسب والضرورة، ومن أجل تجاوز الشواغل الأمنية التي نشأت عن معارضة الشعوب الأصلية لهذا المشروع، واستعادة النظام العام؛ (ب) إنها كانت تنفذ تشريعاتها المحلية وكان ينبغي للشركة أن تخفض سقف توقعاتها المشروعة، إذ لم تقدم الدولة أي التزام بضمان الاستقرار؛ (ج) إن المشروع ينتهك الحقوق التي يقرها إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية؛ (د) إن الشركة حاولت اختلاق موافقة الشعوب الأصلية المعنية في تجاهل تام لحق هذه الشعوب في حكم نفسها بنفسها؛ (هـ) إن معاهدة الاستثمار الثنائية لا تتضمن أي حكم يتعلق بالقانون المنطبق، ومن ثم، ينبغي الأخذ بوجود "تفسير منهجي"، وفقاً للمادة ٣١(٣)(ج) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، بما في ذلك التزامات حقوق الإنسان ذات الصلة بالشعوب الأصلية بموجب القانونين الوطني والدولي لأن هذا يتسق مع الطبيعة المتغيرة للمعايير المتعلقة بالمعاملة العادلة والمنصفة، وتوفير كامل الحماية والأمن، والتعسف، ونزع الملكية؛ (و) إن القانون الدولي العرفي يقرّ بأولوية حقوق الإنسان على حماية المستثمرين؛ وقد استشهدت الدولة، في هذا السياق، بقرار المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان في قضية *ساوهوياماكسا ضد باراغواي*، والمادة ١٠٣ من ميثاق الأمم المتحدة[١٤].

٤٨- ورداً على ذلك، دفعت الشركة بأن: (أ) الدولة لم تبيّن كيف يفضي التفسير المنهجي إلى الانتقاص من حماية الشركة بموجب المعاهدة من أجل إعمال الحقوق المزعومة للمجتمعات الأصلية بموجب القانون الدولي؛ (ب) إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية، والمبادئ التوجيهية لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، والمبادئ التوجيهية المتعلقة بالأعمال التجارية وحقوق الإنسان، صكوك غير ملزمة؛ (ج) اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الشعوب الأصلية والقبلية لعام، ١٩٨٩ (رقم ١٦٩)، وقرارات اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان، والسوابق القضائية للمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان، ليست ملزمة للمملكة

(١٣) انظر قرار التحكيم ورد صاحب الدعوى المتاحين على الرابط: https://pcacases.com/web/view/54.

(١٤) انظر رد المذكرة المقابلة لصاحب الدعوى المتاحة على الرابط: https://pcacases.com/web/view/54.

المتحدة؛ ومن ثم، فإنها ليست قواعد من قواعد القانون الدولي التي تنطبق على العلاقات بين الطرفين؛ (د) الدولة فشلت في إثبات أن حماية حقوق الشعوب الأصلية ارتقت إلى مستوى "الالتزامات *تجاه الكافة*"، أو بيان السبب الذي يجعل حقوق الإنسان تعلو على حماية المستثمرين.

٤٩- واحتجت الشركة برأي كندا في قضية *غراند ريفير إنتربرايز سيكس نايشنز ليميتد ضد الولايات المتحدة* (انظر الفقرة ٤٨) القائل بأن اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الشعوب الأصلية والقبلية (رقم ١٦٩) لعام ١٩٨٩، وإعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية، ليسا جزءاً من القانون الدولي العرفي، كما احتجت بقرارات المحاكم القضائية السابقة في قضية *غلاميس ضد الولايات المتحدة* (انظر الفقرة ٤٧) بعدم الفصل في مسألة انطباق حقوق الشعوب الأصلية، وقضية *فون بتسولد أند بوردر تيمبرز ضد زمبابوي* (انظر الفقرة ٤٦) بأن حقوق الشعوب الأصلية لا تندرج ضمن نطاق معاهدات الاستثمار الثنائية. ودفعت الشركة بأن من الضروري إدراج شرط يكرس تغليب حقوق الشعوب الأصلية على حماية حقوق المستثمرين يكون هدفه "خفض درجة" حماية المستثمرين، وأشارت في هذا الصدد إلى معيار الاشتراط الماوري الذي يرد في معاهدات الاستثمار الثنائية في نيوزيلندا كدليل على ذلك[١٥].

٥٠- وفي قضية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار *بير كريك ماينينغ كوربوريشن ضد بيرو*، تطالب الشركة بأكثر من ٥٠٠ مليون دولار تعويضاً عما ادعت أنه نزع غير مباشر للملكية، وعدم معاملتها معاملة عادلة ومنصفة، والتمييز ضدها، وعدم توفير كامل الحماية والأمن لما تراه حقوقاً تعدينية مفترضة في منطقة الامتيازات في سانتا آنا، وذلك بموجب اتفاق التجارة الحرة بين بيرو وكندا. وقدمت الشركة مطالبتها هذه عقب اندلاع احتجاجات الشعوب الأصلية، الأمر الذي أفضى إلى سحب امتياز للتعدين الممنوح لها.

٥١- وتزعم الشركة أن الاحتجاجات، التي كان بعضها عنيفاً، لها دوافع سياسية، وأن حركة معادية للأجانب ولعمليات التعدين تقف وراء هذه الاحتجاجات وتحظى بدعم من شعب أيمارا الأصلي. وتدّعي الشركة أن حكومة بيرو تصرفت بانتهازية سياسية عوض أن تقيِّم الظروف الاجتماعية والبيئية، وأنها رضخت لهذا العنف الشديد. وتشير الشركة إلى أنها كانت تعتزم الوفاء بالمقتضيات البيئية وبمسؤوليتها الاجتماعية، وأنها أجرت مشاورات مع جماعات الشعوب الأصلية المؤيدة للمشروع التي كانت ستستفيد كثيراً من فرص العمل والإيرادات التي ينطوي عليها[١٦].

٥٢- وتناول رد الدولة طبيعة الاستثمار، وضرورة اتخاذ ما اتخذته من إجراءات، وعدم كفاية التشاور، وعدم الحصول على الموافقة الحرة والمسبقة والمستنيرة. ودفعت الدولة بأن المشروع لم يبلغ مستوى الاستثمار لأن الشركة لم تحصل بعد على التصاريح اللازمة، بما في ذلك موافقة الجهة المسؤولة عن تقييم الآثار الاجتماعية البيئية للمشروع. ومن ثم، لم يكن للشركة قط أي حق في

(١٥) المرجع نفسه.

(١٦) انظر مذكرة صاحب الدعوى وأسسها الموضوعية المتاحة على الرابط: https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/21&tab=DOC.

التعدين. وقالت الدولة إن احتجاجات الشعوب الأصلية شلّت المدن الكبرى في بونو، بيرو، لأكثر من شهر؛ وأفضت إلى اضطرابات اجتماعية عنيفة نتيجة للاعتراض المتجذر لجماعات الشعوب الأصلية على أنشطة التعدين وليس، كما زعمت الشركة، بسبب "عروض دمى يحركها سياسيون" أو "مسرحية سياسية". وذكرت الدولة أن قرار إلغاء امتياز التعدين استند إلى إنفاذ رجال الشرطة إجراءات غير تمييزية كانت ضرورية لضمان السلامة العامة(١٧).

٥٣- ودفعت الدولة في تناولها شروط التشاور والموافقة بأن من مسؤولية الشركة مراعاة شواغل الشعوب الأصلية المتضررة من المشروع، لكن الشركة لم تتشاور ولم تحصل على موافقة جميع الشعوب الأصلية والجماعات المتضررة، وفقاً لما تقتضيه المعايير ذات الصلة للقانون الدولي لحقوق الإنسان وقوانين بيرو، والممارسات التي أوصت بها حكومة كندا، والمبادئ التوجيهية للمجلس الدولي للتعدين والفلزات. وفي هذا الصدد، دفعت الدولة بأن قانون بيرو يتوخى تنفيذ اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الشعوب الأصلية والقبلية، لعام ١٩٨٩(رقم ١٦٩)، التي تشترط تشاوراً مسبقاً وتعتبره في الممارسة أحد شروط "الموافقة". وذكرت الدولة أنه لا يتعين على الشركة التماس التشاور مع الجماعات الأصلية المتضررة فحسب، بل يتعين عليها في واقع الأمر الحصول على الموافقة المسبقة لهذه الجماعات لأن المشروع لن ينجح من دون هذه الموافقة أو القبول. وذكرت الدولة أيضاً أنه ما كان للشركة أن تحصل على الموافقة لو كان من الممكن التنبؤ بالاحتجاجات العنيفة التي اندلعت اعتراضاً على مشروعها. وبدلاً عن ذلك، استندت الشركة إلى دعم قلّة من الجماعات المحلية التي لها نفوذ في منطقة المشروع، وأغفلت الجماعات المحلية المجاورة التي رأت أنها ستتضرر من هذا المشروع فعارضته. وقد أشعل هذا النهج الانتقائي المثير للخلاف نار الاستياء والنزاع، وكانت له آثار عبر الحدود(١٨).

٥٤- وطلب مركز كولومبيا للاستثمار المستدام تقديم مذكرة صديق المحكمة تتعلق بهذه القضية لكن المحكمة رفضت الطلب(١٩). وقد أشارت هذه المذكرة إلى عدم توافق فهم المستثمر لمصطلح "الاستثمار" مع التعريف الوارد في اتفاق التجارة الحرة. وأثارت هذه المذكرة، علاوة على ذلك، مسألة عدم انطباق معيار المعاملة العادلة والمنصفة، وعدم القدرة على إثبات أن توقعات الشركة كانت مشروعة، ولو أن هذا المعيار سبق أن طُبق. كما أشارت إلى الدور المحوري الذي ينطوي عليه شرط التماس وتلقي الموافقة الحرة والمسبقة والمستنيرة في تقييم الوقائع وتحديد التعويض، وضرورة كفالة الامتثال لهذا الشرط على ضوء النزاعات الاجتماعية الواسعة النطاق والمتصلة بالتعدين في جميع أنحاء بيرو. ووفقاً للمذكرة، فإن تعويض الشركة سيتساوى ومنحها حقاً في الاستغلال، وسيتجاهل بذلك حقوق الشعوب الأصلية.

(١٧) انظر الأسس الموضوعية للدعوى المضادة، ودعوى الاختصاص المتاحة على الرابط: https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/21&tab=DOC.

(١٨) المرجع نفسه.

(١٩) انظر http://ccsi.columbia.edu/work/projects/participation-in-investor-state-disputes/.

دال- ملاحظات بشأن تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول

٥٥- يمكن إبداء عدد من الملاحظات بشأن القضايا المشار إليها أعلاه. أولاً، لم يُعتبر القانون الدولي لحقوق الإنسان، من حيث صلته بحقوق الشعوب الأصلية، مصدراً للقانون الواجب التطبيق في جميع القضايا التي صدر فيها حكم بالتعويض. وقد تجاهلت المحاكم في واقع الأمر حقوق الشعوب الأصلية ومصالحها، باستثناء المحكمة التي نظرت في قضية *غلاميس ضد الولايات المتحدة*، واعتبرتها غير ذات أهمية بالنسبة لإجراءاتها، رغم أن انتهاكات حقوق هذه الشعوب وجهودها الرامية إلى تأكيد تلك الحقوق كانت قضايا جوهرية في المنازعات المذكورة، وأن قرارات المحاكم في تلك الدعاوى قد تنطوي على آثار عميقة على حقوق الشعوب الأصلية ورفاهها.

٥٦- ويعتبر القرار الصادر في القضية المذكورة أعلاه تقدمياً من حيث ضمانه احترام وحماية الأماكن المقدسة للشعوب الأصلية، وإثباته أن قرارات التعويض تراعي قضايا الشعوب الأصلية وتشملها. فقرار المحكمة أن تخفض بنسبة ٥٠ في المائة مبلغ الإيرادات المتوقعة، الناشئ عن تدبير يرمي إلى حماية الأماكن المقدسة للشعوب الأصلية، لم يشكل نزعاً غير مباشر للملكية، وأن التدابير لا تشكل إنكاراً "تعسفياً واضحاً" للعدالة يؤيد هذا الرأي.

٥٧- ومع ذلك، تجاهلت المحكمة جوهرياً الموقف الوارد في مذكرة صديق المحكمة الذي ترافع عن شعب كويتشان ومفاده أن القانون الدولي لحقوق الإنسان، من حيث صلته بالحقوق التي تنطوي عليها هذه القضية، ينبغي أن يُعتبر القانون الواجب التطبيق. ومن بين الانتقادات ذات الصلة بهذه القضية أن المحكمة قد اعتمدت اعتماداً كبيراً على التاريخ التشريعي القوي في كاليفورنيا فيما يتصل بالبيئة، في تحديد ماهية التوقعات المشروعة للمستثمر، الأمر الذي أرسى سابقة خطيرة في الولايات القضائية التي ليس لها مثل هذا التاريخ.

٥٨- ويُجهل كيف ستستجيب محكمة أخرى لحجة من هذا القبيل. لكن يمكن طرح حجة بديلة مفادها أنه في الدول التي يكون فيها وضع سيادة القانون ضعيفاً، يصبح إصلاح التشريعات دعماً لاحترام حقوق الإنسان أمراً لا مفر منه عندما تنضج البيئة السياسية إلى حدّ كافٍ. ولما كانت التزامات الدول تجاه الشعوب الأصلية قائمة بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان، فمن المعقول أن يتوقع المستثمر تنفيذها؛ وأي توقعات بأن الدول لن تنفذ هذه الالتزامات تكون غير عادلة بتاتاً وغير مشروعة. وكان في مقدور المحكمة أن تتجنب هذا اللبس لو أنها اتخذت موقفاً أوضح بقولها إن للدولة الحق في التشريع بغية حماية حقوق شعوبها الأصلية على النحو المعترف به بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان.

٥٩- ويتمثل أحد الأسباب التي طُرحت لتفسير فشل المحاكم في معالجة قضايا حقوق الشعوب الأصلية في أن الدول لم تُثر أصلاً قضايا حقوق الإنسان في سياق حججها، وهو رأي أعربت عنه المحاكم أيضاً في سياق آرائها في قضايا أخرى. ويتعارض هذا الأمر مع القضيتين العالقتين *كريك ماينينغ كورب ضد بيرو*، و*ساوث أمريكان سيلفر ماينينغ ضد دولة بوليفيا المتعددة القوميات*، حيث ركزت الدولتان تركيزاً كبيراً على حقوق الشعوب الأصلية، ولا سيما

حقوقها المتعلقة بالتشاور والموافقة الحرة والمسبقة والمستنيرة، واعتبرتا أن هذه الحقوق تستحق أن تنظر المحاكم فيها. ويشير هذا التطور إلى وجود تآزر محتمل بين توفير الحماية لحقوق الشعوب الأصلية في القوانين المحلية واتفاقات الاستثمار الدولية، والحد من مخاطر رفع دعاوى قضائية باهظة التكاليف في سياق التدابير التي تضر بحماية المستثمرين.

٦٠- وتثير هذه القضايا أيضاً مسائل هامة تتعلق بمسؤوليات الشركات والدول فيما يتصل بالتشاور من أجل الحصول على موافقة حرة ومسبقة ومستنيرة من الشعوب الأصلية، وما ينشأ عن هذه الموافقة من استثمار يحق لصاحبه المطالبة بحمايته. ومن ثم، فإن هذه القضايا تمنح المحاكم فرصة لمعالجة مسألة ذات أهمية أساسية بالنسبة لحقوق الشعوب الأصلية وضمان وجود قدر أكبر من الاتساق بين قانون الاستثمار الدولي والقانون الدولي لحقوق الإنسان. وتتعلق إحدى المسائل الأوسع نطاقاً بواجب العناية الواجبة الذي يقع على عاتق الشركات في مجال احترام حقوق الإنسان والدور الذي يؤديه في تحديد توقعاتها المشروعة ضمن سياقات يبدو فيها الصراع الاجتماعي وانتهاكات الحقوق من الأمور الحتمية في غياب الموافقة الحرة والمسبقة والمستنيرة.

٦١- وتُظهر هذه القضايا أيضاً التوترات المتكررة التي تنشأ بين القانون الدولي لحقوق الإنسان ونظم قانون الاستثمار الدولي. ففي قضية *بورلينغتون ريسورسز إينك ضد إكوادور*، يظهر هذا التضارب بشكل ملفت بين استنتاجات محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان بأن الدولة استخدمت قوة مفرطة وغير ضرورية ضد الشعوب الأصلية، الأمر الذي هدد بقاءها، وادعاء الشركة التي كانت طرفاً في عملية تسوية النزاع بين المستثمر والدولة أن الدولة لم تستخدم قوة كافية لحماية استثمارها من معارضة الشعوب الأصلية، إذ لم تُعر الشركة والدولة على السواء كبير اهتمام، في مرافعتيهما، بمسألة حقوق الشعوب الأصلية.

٦٢- وما فتئ يتزايد عدد حالات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول التي لها صلة بحقوق الشعوب الأصلية؛ وقد يكون لهذه الزيادة صلة بالطابع التخميني لهذه التسويات، ما يشجع المستثمرين، ولا سيما شركات الصناعات الاستخراجية التي تغامر باستثماراتها، على التماس تفسيرات أوسع في كل مرة لمسألة الحماية المرتبطة باتفاقات الاستثمار الدولية. وبالمثل، فإن توقعات الدول التي تهاب أن يتواصل هذا التوجه تقليل احتمال أن تتخذ الدول التدابير التي تمسّ الحاجة إليها للاعتراف بحقوق الشعوب الأصلية وحمايتها، واحترامها، وإعمالها، بما في ذلك عن طريق معالجة المظالم التاريخية المتصلة بمطالبات هذه الشعوب بالأرض.

٦٣- ويوضح هذه المسألة قرار محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان في قضية *ساوهوياماكسا ضد باراغواي*[٢٠]. فقد دفعت الدولة بأنها لا تستطيع تنفيذ برامج لإعادة الأراضي، من أجل ضمان حقوق الشعوب الأصلية بسبب الحماية المتاحة للمستثمرين في إطار معاهدة الاستثمار الثنائية مع ألمانيا. وقضت المحكمة بأن أحكام المعاهدة ينبغي أن تُفسّر على

(٢٠) انظر الوثيقة على الرابط: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf.

ضوء التزامات الدولة في مجال حقوق الإنسان، وأن مصادرة الأراضي لإعادتها إلى السكان الأصليين إجراء مبرر على أساس أنه "لغرض عام أو مصلحة عامة". وعلى الرغم من أن هذه القضية هي إحدى القضايا القليلة التي تُعتبر محاولة للتوفيق بين الالتزامات بموجب قانون الاستثمار الدولي وبموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان، فإنها لا توضح إلى أي مدى ينبغي تعويض المستثمرين، أو ما هي الاعتبارات التي ينبغي أن تحدد متى يكون التعويض ضرورياً ومتى لا يكون كذلك. وتشير هذه القضية إلى أنه ينبغي لهيئات حقوق الإنسان تقديم مزيد من الإرشادات بشأن هذه المسائل.

٦٤- ويظهر من هذه القضايا الاهتمام المحدود وغير المتسق الذي توليه المحاكم في مداولاتها لمذكرات صديق المحكمة التي تقدمها الشعوب الأصلية. ويثير الأساس الذي استند إليه رفض المحكمة مذكرة صديق المحكمة في قضية *فون بيزولد وبورد تيمبرز ضد زمبابوي* عدداً من الشواغل العميقة في حال استرشدت بها محاكم أخرى في المستقبل، وهو ما توحي به قضية ساوث أمريكان سيلفر.

٦٥- فالفكرة القائلة بأنه يتعين على الشعوب الأصلية إثبات "استقلاليتها" عن الدولة في المسائل المتصلة بحقوق هذه الشعوب فكرةٌ تتعارض مع دور الدولة، باعتبارها الجهة المسؤولة عن القضايا المرتبطة بهذه الحقوق. ثم إن رفض المحكمة الدور الأساسي للشعوب الأصلية في تحديد هويتها بنفسها هو أمر يثير قلقاً بالغاً ويتعارض مع القانون الدولي لحقوق الإنسان.

٦٦- وقد نأت المحكمة في الأصل بنفسها عن أي ضرر قد يترتب على قرارها بالنسبة لحقوق الشعوب الأصلية، فأقرت بأن حكمها قد يؤثر على هذه الحقوق، لكنها أصرت على أنها خارجة عن نطاق النزاع المعروض عليها، وأنها ليست جزءاً من القانون المنطبق. ويتساوى هذا الموقف مع تغليب حماية المستثمرين على حقوق الشعوب الأصلية من دون إتاحة خيار المشاركة أو الطعن. وتمسّ هذه الحجج صلب أزمة الشرعية التي يواجهها نظام قانون الاستثمار الدولي. ثم إن المبررات التي تستند إلى القول بعدم الاختصاص فيما يتصل بحقوق الشعوب الأصلية دليلٌ آخر على أوجه قصور في النظام.

٦٧- ويعكس كل ما ذُكر أعلاه حقيقة أن نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول هو، في جوهره، نظام تخاصم قضائي يستند إلى نظام القانون الخاص أي اهتمام بالأطراف الثالثة من الجهات الفاعلة المتضررة، مثل الشعوب الأصلية، ولا يتيح لها سوى فرص محدودة جداً للمشاركة. ومذكرات ومشاركات صديق المحكمة التي تطلبها الدول غير مناسبة على الإطلاق ضمن سياق تُلحق فيه الدول والمستثمرون معاً أضراراً بحقوق الشعوب الأصلية ويستفيدون من ذلك.

٦٨- وقد أشارت ردود عدد من الدول على الاستبيانات إلى النهج الذي اعتمده الاتحاد الأوروبي ويرد إلى حد ما في الفصل ٨ من الاتفاق التجاري والاقتصادي الشامل بين كندا والاتحاد الأوروبي، باعتباره خطوة نحو إصلاح نظم تسوية المنازعات. فمن بين سمات هذا النهج المحسَّنة

وجود نموذج منقح لعملية تعيين المحكّمين الذين تسمّيهم الدولة الطرف، واستبعاد تضارب المصالح الذي ينشأ عن وجود محكمين يعملون في الوقت نفسه كمستشارين وإتاحة الوصول إلى كل عمليات المراجعة في إطار الاستئناف بعد صدور قرارات التعويض. وتجدر الإشارة أيضاً إلى النهج الذي اعتمدته البرازيل في الآونة الأخيرة في ما تبرمه من معاهدات الاستثمار الثنائية، التي لا تتيح إمكانية اللجوء إلى هيئات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول لكنها تعتمد، بدلاً من ذلك، على مزيج من الوساطة والنهج الدبلوماسية، والتحكيم الثنائي بين الدول.

٦٩- وبالإضافة إلى اعتراف الدول بالحاجة إلى إصلاح نظم تسوية المنازعات، فقد شددت أيضاً على ضرورة ضمان توفر فضاء تنظيمي يتيح إعمال حقوق الشعوب الأصلية، بما في ذلك اشتراط التشاور المسبق بهدف الحصول على موافقة حرة ومسبقة ومستنيرة. وتوحي الردود بأن مقاصد وتوقعات دول الموطن والدول المضيفة عند الدخول في اتفاقات استثمار دولية ليست وضع قيود تحدّ من قدرتها على الوفاء بحقوق الشعوب الأصلية، وباعتبار أن الدولة ستحتفظ بحقها في التنظيم دون مواجهة مطالب بالتعويض، وأنه يجب، عند الاقتضاء، موازنة الحماية المكفولة للمستثمرين بطريقة تتناسب مع واجب الدولة المتمثل في حماية حقوق الشعوب الأصلية. وتشجع المقررة الخاصة مزيداً من الدول على الرد على استبياناتها، المتاحة بالإنكليزية والفرنسية والإسبانية، وهي سوف تسترشد بهذه الردود في تقريرها النهائي بشأن هذه المسألة.

سادساً- شراكة المحيط الهادئ

٧٠- وقّع ١٢ بلداً من ثلاث قارات تمثّل معاً جزءاً كبيراً من التجارة العالمية اتفاق شراكة المحيط الهادئ في عام ٢٠١٥. وتوجد في ١١ بلداً من هذه البلدان أعداد كبيرة من الشعوب الأصلية التي يتضرر عدد متزايد منها من جراء مشاريع الاستثمار الأجنبي الكبيرة في أراضيها. وقد أعربت هذه الشعوب عن شواغلها فيما يتعلق بضعف الحماية المكفولة لحقوقها مقارنة بحماية المستثمرين الأجانب، وعدم توازن سبل الانتصاف بينهما. وانتقدت هذه الشعوب أيضاً عدم التشاور معها عند التفاوض على هذه الشراكة، وعدم إجراء أي تقييم لأثرها على حقوق الإنسان. وكما أوضحت محكمة وايتانغي، فإن عدم التشاور تشاوراً كافياً بشأن هذه الشراكة "يُضر بالعلاقات [مع الشعوب الأصلية] ويزيد من احتمال انخفاض مستوى الثقة ونشوء خصومات"(٢١). وتطالب الشعوب الأصلية في هذا الصدد بعقد مشاورات بحسن نية قبل التصديق على اتفاق الشراكة لأن هذه الشعوب تخشى، في غياب حماية كافية، أن تؤدي هذه الشراكة إلى تيسير تنفيذ مشاريع وأنشطة تفضي إلى مزيد من النزاع والانتهاكات الخطيرة لحقوقها في الأرض وفي أقاليمها، ومواردها الطبيعية، بما في ذلك حقوقها في المعارف التقليدية.

(٢١) انظر تقرير محكمة وايتانغي بشأن اتفاق شراكة المحيط الهادئ (النسخة السابقة للنشر)، المتاح على الرابط: https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/WT/wt_DOC_104833137/Report%20on%20the%20TPPA%20W.pdf.

٧١- ولا يتضمن اتفاق شراكة المحيط الهادئ أي إشارة إلى حقوق الإنسان. وفي حين أن الاتفاق يشير إلى الحق في التنظيم فيما يتعلق بـ "الأهداف التنظيمية البيئية والصحية أو غيرها"، فإنه يشترط أن تكون هذه التدابير "متسقة مع" ما يرد في فصل الاتفاق المتعلق بالاستثمارات، ومن ثم فإنه يقيد بالفعل هذا الحق ويقصره على ذلك النطاق الذي تحدده التفسيرات الفضفاضة لحماية الاستثمار الواسعة النطاق(٢٢).

٧٢- وشعب ماوري نيوزيلندا هو الشعب الأصلي الوحيد الذي يتطرق إليه فصل الاستثناءات(٢٣). ويتيح الحكم ذو الصلة من هذا الفصل "معاملة تفضيلية لشعب الماوري"، ويستبعد تفسير معاهدة وايتانغي من تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. ومع ذلك، يرى شعب الماوري أن هذا الاستثناء غير كاف(٢٤). وقد أعربت محكمة وايتانغي عن قلقها فيما يتعلق بالآثار المحتملة لتسويات المنازعات بين المستثمر والدولة، وأوصت بأن يشارك شعب الماوري في تعيين المحكِّمين فيها عندما تتعرض حقوقه للضرر.

٧٣- وهذا الاستثناء لشعب الماوري في إطار اتفاق شراكة المحيط الهادئ يعني ضمنياً الاعتراف بأن حقوق هذا الشعب، وبالتالي حقوق الشعوب الأصلية الأخرى، يمكن أن تتضرر من جراء حماية المستثمرين بموجب اتفاق الشراكة وآليته الخاصة بتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. وهذا يعني أيضاً أن الحماية المكفولة لشعب الماوري بموجب هذا الاستثناء غير مكفولة أصلاً لسائر الشعوب الأصلية المتضررة وذلك لعدم إدراج استثناءات خاصة بها.

٧٤- ومن بين المسائل التي شددت عليها الشعوب الأصلية فيما يتعلق باتفاق الشراكة مسألة تأثير هذا الاتفاق على سيطرتها على معارفها التقليدية، وذلك لأن الفصل ذا الصلة من الاتفاق يعزز حقوق الشركات في الملكية الفكرية، بينما لا يوفر أي حماية لحقوق الشعوب الأصلية في المعارف التقليدية التي تقع خارج نطاق نظام الملكية الفكرية. وتدل التجربة حتى الآن على أن المعارف التقليدية يمكن أن تُسوّق في غياب ضمانات كافية. وثمة شواغل مماثلة تتعلق بالموارد الجينية والتنوع البيولوجي.

٧٥- وقد أُدرج في فصل الاستثناءات استثناء يسمح للأطراف باتخاذ التدابير اللازمة فيما يتعلق بالمعارف التقليدية وفقاً لالتزاماتها الدولية، لكنه في واقع الممارسة استثناء يمكن أن يتجاهله المحكمون أو أن يفسروه بأنه دون أهمية تذكر. ولم تُدرج في اتفاق الشراكة هذا الاشتراطات التي يقتضيها القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون البيئي الدولي بشأن التقاسم المنصف للمنافع، وشرط الموافقة الحرة والمسبقة والمستنيرة للشعوب الأصلية، ولم يُشر إلى شرط الموافقة إلا حيثما يرد في القوانين الوطنية التي تشترط ذلك.

---

(٢٢) انظر شراكة المحيط الهادئ، المادة ٩-١٥، المتاحة على الرابط: https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf.

(٢٣) المرجع نفسه، المادة ٢٩-٦.

(٢٤) انظر محكمة وايتانغي (الحاشية ٢١ أعلاه).

٧٦- ومن شأن آثار شراكة المحيط الهادئ، حيث حقوق المستثمرين راسخة وحقوق الشعوب الأصلية مقيدة، أن تكون شديدة الوطأة على الشعوب الأصلية، خاصة في العديد من البلدان الغنية بالموارد الأعضاءُ في الشراكة، وذلك بالنظر إلى العدد الهائل من شركات الصناعات الاستخراجية، والحراجة، وزيت النخيل، والطاقة العاملة في أستراليا، وكندا، وماليزيا، ونيوزيلندا، والولايات المتحدة الأمريكية. وغالباً ما توجد هذه الموارد في مناطق تدور فيها صراعات ونزاعات بين الشعوب الأصلية والمستثمرين الأجانب.

سابعاً- الاستنتاجات والتوصيات

ألف- الاستنتاجات

٧٧- يمكن للاستثمار الأجنبي أن يسهم في النمو الاقتصادي وفي التنمية. ومع ذلك، يدور نقاش منذ أمد طويل بشأن الظروف اللازمة التي تمكن البلدان النامية من الاستفادة من هذه الاستثمارات، وإلى أي حد يمكن لاتفاقات الاستثمار الدولية أن تيسر تهيئة هذه الظروف[٢٥].

٧٨- ويقتضي النظام العام الدولي الحديث أن تكون التنمية مستدامة ومتسقة مع حقوق الإنسان ومع المبادئ الديمقراطية. وفي حين اتُخذت بعض الخطوات الأولية في محاولة لإدراج هذه الأهداف السياساتية العامة ضمن اتفاقات الاستثمار الدولية بالإشارة إلى حق الدولة الحر في التنظيم من أجل المصلحة العامة في ديباجات معاهدات الاستثمار الثنائية النموذجية وفي أحكامها الموضوعية، فإن الإشارات إلى حقوق الإنسان لا تُدرج في هذه الاتفاقات إلا نادراً بحيث ظلت الاستجابة الأوسع نطاقاً لنظام قانون الاستثمار الدولي حتى الآن غير كافية. ولا يزال التشكيك في شرعيته قائماً نتيجة لذلك.

٧٩- ويدل البحث الذي أجرته المقررة الخاصة لإعداد هذا التقرير، بما في ذلك حلقات العمل والاستبيانات، على أن الاستثمارات الأجنبية والمحلية تنطوي على أثر خطير على حقوق الشعوب الأصلية، حتى عندما لا يتعلق الأمر باتفاقات الاستثمار الدولية. ومن ثم، فإن ضمان حقوق الشعوب الأصلية لن يتطلب إصلاح نظام قانون الاستثمار الدولي فحسب، بل مشاركة استباقية أوسع للدول فيما يتعلق بأداء التزاماتها في مجال حقوق الإنسان. بيد أن البحث الذي أجرته المقررة الخاصة يدل على أن هذه الاتفاقات يمكن أن تؤدي، بل إنها تؤدي بالفعل في عدد متزايد من السياقات، إلى تفاقم هذه الآثار الخطيرة، وأن تسهم فيها وتزيد من حدّتها.

(٢٥) انظر: K. Mohamadieh and M. Montes, "Throwing Away Industrial Development Tools: Investment Protection Treaties and Performance Requirements", in *Investment Treaties: Views and Experiences from Developing Countries* (South Centre, Geneva, 2015).

٨٠- وقد خلصت محكمة وايتانغي في سياق اتفاق شراكة المحيط الهادئ، إلى أنه حتى عندما يُدرج استثناء ما في اتفاق هذه الشراكة بهدف حماية حقوق الشعوب الأصلية، فإننا:

> **لا نستطيع التوصل إلى استنتاجات قاطعة تبين كيف يمكن لتسويات المنازعات بين المستثمرين والدول في إطار شراكة المحيط الهادئ أن تُخل بمعاهدة حقوق ومصالح شعب الماوري، لكننا نعتبرها مسألة خطيرة تستحق مزيداً من التدقيق والنقاش والحوار بين الشركاء في المعاهدة. ولا نقبل في هذا الصدد حجة التاج القائلة بأن مخاوف صاحب الدعوى مخاوف مبالغ فيها[٢٦].**

٨١- ومواءمة قانون الاستثمار الدولي مع القانون الدولي لحقوق الإنسان شرط مسبق من أجل التصدي لأزمة الشرعية هذه، واحترام حقوق الشعوب الأصلية، وكفالة وجود مجموعة أحكام متناسقة في القانون الدولي. ومن خلال التأكد من أن اتفاقات الاستثمار الدولية لا تقيد الفضاء التنظيمي، ومن خلال اتخاذ تدابير لحماية حقوق الشعوب الأصلية في سياق أنشطة المستثمرين، تستطيع الدول أن تحد من حالات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول لأنها باهظة التكاليف، وأن تُنهي حالة عدم اليقين المرتبطة بالقيود التي يضعها قانون الاستثمار الدولي على سيادة الدولة وسيادة الشعوب الأصلية. وبالإضافة إلى ذلك، ومن خلال إثارة حجج القانون الدولي لحقوق الإنسان في سياق تسوية المنازعات، ستمارس الدول مزيداً من الضغط على المستثمرين لإيلاء ما يكفي من العناية الواجبة بحقوق الإنسان قبل الشروع في تسوية المنازعات.

٨٢- ولذلك فثمة تآزر بين حماية حق الدولة في التنظيم خدمةً للمصلحة العامة وبين كفالة حماية حقوق الشعوب الأصلية؛ لأن الاعتراف بحقوق الشعوب الأصلية يتيح للدول وسيلة للحد من تخلي الدولة للمستثمرين الأجانب وللمحاكم التي تحمي مصالحهم عن السيطرة على القرارات المتصلة بالموارد الطبيعية.

٨٣- وتعتقد المقررة الخاصة أن من الممكن وضع نظام قانون استثمار دولي يقلل الخطر على حقوق الشعوب الأصلية، ويعود بالفائدة عليها وعلى الدول، ويوفر في الوقت نفسه قدراً أكبر من الأمن لاستثمارات المستثمرين الأجانب. وينبغي من أجل تحقيق هذه الغاية إجراء إصلاحات قصيرة وطويلة الأجل لقانون الاستثمار الدولي وللأطر التنظيمية المحلية لدول الموطن والدول المضيفة، ولسياسات المستثمرين وممارساتهم والتزاماتهم.

٨٤- وتوجد حجج قوية لإجراء إصلاح جذري لنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، وإصلاح نظام منازعات الاستثمار. وقد اقتُرحت في هذا الصدد آليات لحل المنازعات بين المستثمرين والدول يمتد نطاقها ليشمل الجماعات المحلية والأفراد

(٢٦) انظر محكمة وايتانغي (الحاشية ٢١ أعلاه).

المتضررين، وذلك باستخدام إجراءات تقصي الحقائق، والوساطة، وربما اللجوء إلى هيئات قضائية مثل المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان.

٨٥- ويجب كشف زيف الاعتقاد البالي الذي يوحي للدول بأنها قادرة على أن تضمن الأمن للمستثمرين وأن تتجاهل حقوق الإنسان للشعوب الأصلية. ويجب أن يتحمل المستثمرون مسؤولية تقييم المخاطر الاجتماعية والسياسية المرتبطة باستثماراتهم، وإلا أصبحت توقعاتهم غير مشروعة. ولم يعد من الممكن لنظم تسوية المنازعات أن تستبعد من هم الأشدّ تضرراً من المنازعات التي تزعم هي أنها قادرة على حلها، وإلا فإن قراراتها ستكون غير مشروعة. ثم إن المشاركة الكاملة والفعالة للشعوب الأصلية، وفقاً لحقها في منح الموافقة أو رفض منحها، إلى جانب كفالة تساوي سبل الانتصاف، هما من المبادئ الأساسية لتجاوز عدم النظام الحالي غير المتوازن وغير المتسق. وتشجع المقررة الخاصة على التعاون والتفكير الخلاق في هذا الصدد، وتتطلع إلى وضع تقريرها النهائي الذي ستدرس فيه مسألة التفاعل بين حماية المستثمرين وضمان حقوق الشعوب الأصلية، وتنظر في كيف يمكن لنهجي حقوق الإنسان والتنمية المستدامة أن يساعدا على إثراء قانون الاستثمار الدولي في المستقبل.

باء- التوصيات

محتويات اتفاقات الاستثمار الدولية

٨٦- يجب أن تتضمن اتفاقات الاستثمار الدولية أحكاماً تُصاغ على النحو الواجب فيما يتعلق بالحق في التنظيم. وينبغي لهذه الأحكام أن:

(أ) تتجنب استخدام صيغة تقييدية فيما يتعلق بالحق في التنظيم خدمة للمصلحة العامة؛

(ب) تحفظ هذا الحق بطريقة تتسق صراحة مع واجبات الدولة المتمثلة في حماية واحترام وإعمال حقوق الشعوب الأصلية وفقاً لالتزاماتها بموجب القانون الدولي، بما في ذلك القانون الدولي لحقوق الإنسان؛

(ج) تنطبق على جميع معايير حماية المستثمرين، مثل المعاملة العادلة والمنصفة، وكامل الحماية والأمن، ونزع الملكية بطريقة غير مباشرة؛

(د) تنص صراحة على أن التدابير التي تسعى حقيقةً إلى إعمال حقوق الإنسان لا تشكل انتهاكاً لاتفاقات الاستثمار الدولية ولا تستوجب التعويض.

٨٧- وينبغي وضع آليات بغية تعديل اتفاقات الاستثمار الدولية القائمة لتتضمن الحق في التنظيم، والالتزام باحترام حقوق الإنسان.

٨٨- وينبغي أن تتضمن اتفاقات الاستثمار الدولية في ديباجاتها احترام حقوق الإنسان باعتباره هدفاً سياساتياً[٢٧].

٨٩- وحيث لا يكون للحق في التنظيم حماية كافية ضمن اتفاقات الاستثمار الدولية، ينبغي أن تدرج في هذه الاتفاقات استثناءات عامة تتعلق بالتدابير الرامية إلى تعزيز المساواة والتصدي للتمييز التاريخي الطويل الأجل، أو استثناءات معينة، أو تسويات بصيغ محددة للمنازعات بين المستثمرين والدول تتعلق بتدابير معالجة حقوق الشعوب الأصلية[٢٨]. وينبغي وضع استثناءات محدّدة بالتعاون مع الشعوب الأصلية.

٩٠- وينبغي لأحكام الاختصاص أن تحظر المطالبات التي:

(أ) تتعلق بالاستثمارات التي لا تمتثل القانون، بما في ذلك القانون الدولي لحقوق الإنسان؛

(ب) تقدمها الشركات الصورية، أو "شركات صندوق البريد" التي قررت التوطن ضمن حدود الولاية القضائية بدافع وحيد أو أساسي هو الاستفادة من الحماية التي تتيحها اتفاقات الاستثمار الدولية.

٩١- وينبغي ألاّ تنطبق حماية الاستثمار، مثل المعاملة العادلة والمنصفة، وكامل الحماية والأمن، وحظر نزع الملكية على غير الاستثمارات المتوطنة. وينبغي ألاّ تنطبق قبل إجراء مشاورات مع الشعوب الأصلية للحصول على موافقتها الحرة والمسبقة والمستنيرة، أو قبل إبرام اتفاقات تعاقدية مع الشعوب الأصلية المعنية.

٩٢- وينبغي أن تخول اتفاقات الاستثمار الدولية ونصوصها التفسيرية للدول حق تقديم مطالبات مضادة لجبر الضرر الذي ينشأ عن تدخل المستثمرين في أداء الدول لالتزاماتها بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان.

عملية التفاوض

٩٣- ووفقاً لتوصيات المقررة الخاصة في تقريرها المقدم إلى الجمعية العامة عام ٢٠١٥ (A/70/301):

(أ) ينبغي وضع إجراءات وآليات ملائمة للتشاور، بالتعاون مع الشعوب الأصلية، فيما يتعلق بصياغة اتفاقات الاستثمار الدولية، والتفاوض بشأنها، والموافقة عليها؛ وينبغي ضمان حق هذه الشعوب في التشاور معها قبل التصديق على اتفاق شراكة المحيط الهادئ؛

(٢٧) انظر على سبيل المثال اتفاقات معاهدة الاستثمار الثنائية النموذجية للنرويج، والمعهد الدولي للتنمية المستدامة، والجماعة الإنمائية للجنوب الأفريقي.

(٢٨) انظر معاهدة الاستثمار الثنائية النموذجية للمعهد الدولي للتنمية المستدامة.

(ب) ينبغي تقييم آثار جميع اتفاقات التجارة والاستثمار على حقوق الإنسان، وذلك على غرار تقييمات الأثر التي أُجريت في إطار المبادئ التوجيهية المتعلقة بالأعمال التجارية وحقوق الإنسان التي وضعها المقرر الخاص المعني بالحق في الغذاء.

٩٤- وينبغي للدول أن تتفاوض بشأن اتفاقات الاستثمار الدولية وفقاً لالتزاماتها في مجال التعاون الدولي بموجب العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وتمشياً مع مبدأ "الأيدي النظيفة" ذي الصلة بحقوق الشعوب الأصلية.

٩٥- وينبغي للدول أن تتفاوض بشأن اتفاقات الاستثمار الدولية وفقاً للالتزامات الدولية بالتعاون بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان، وبما يتماشى مع مبدأ "الأيدي النظيفة"، ومن خلال تقييم الأثر على حقوق الإنسان، وتوخي العناية الواجبة، وتوليد المعارف المناسبة ذات الصلة بجميع الآثار المحتملة على حقوق الشعوب الأصلية، سواء في الداخل أو في الخارج.

تسوية منازعات الاستثمار

٩٦- وينبغي لهيئات تسوية منازعات الاستثمار التي تعالج قضايا لها أثر على حقوق الشعوب الأصلية تعزيز تقاطع حقوق الإنسان مع اتفاقات الاستثمار الدولية من خلال ما يلي:

(أ) اعتماد نُهج تستند إلى القانون الدولي لحقوق الإنسان عند تقييم جميع الحقوق ذات الصلة بنزاع ما، ومعالجة القضايا الضرورية استناداً إلى متطلبات حقوق الإنسان مثل القضاء على التمييز العنصري، وتطبيق مبدأ التناسب، والاعتراف بالآثار الشديدة للمشاريع الكبيرة على حقوق الشعوب الأصلية في تقرير مصيرها ورفاهها؛

(ب) إيلاء الاعتبار الواجب للقانون الدولي لحقوق الإنسان عند تفسير مفهوم حماية الاستثمار، وتعريف الاستثمار، وضمان احترام قراراتها لواجب الدولة المتمثل في التنظيم بموجب القانون، بصرف النظر عمّا إذا كان الحق في التنظيم مؤكداً صراحة في اتفاقات الاستثمار الدولية ذات الصلة أم لا؛

(ج) مراعاة مسؤوليات المستثمرين في مجال حقوق الإنسان على النحو المبين في المبادئ التوجيهية المتعلقة بالأعمال التجارية وحقوق الإنسان؛

(د) التأكد من أن القانون المنطبق يتضمن جميع معاهدات القانون الدولي لحقوق الإنسان التي صدقت عليها كل دولة طرف، وإعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية، باعتباره دليلاً تفسيرياً ينطبق على الشعوب الأصلية؛

(ه) إيلاء أهمية للتوقعات المشروعة للدول فيما يتعلق بقدرتها على حماية حقوق الشعوب الأصلية؛

(و) الاعتراف بحق تدخل الشعوب الأصلية المعنية من خلال تقديم مذكرات صديق المحكمة، وإيلاء حججها الاعتبار الكامل؛

(ز) تفسير بنود العقد المبرم بين الدولة والمستثمرين، بما في ذلك شروط تحقيق الاستقرار، التي تغطيها بنود جامعة في هذه الاتفاقات، بطريقة لا تفرض قيوداً على قدرة الدولة على حماية حقوق الشعوب الأصلية؛

(ح) إدراك مساهمات الشركات الأجنبية في انتهاكات حقوق الشعوب الأصلية، والعقبات القضائية، والمالية، والثقافية، والتقنية، واللوجستية، والسياسية التي تواجه الشعوب الأصلية عندما تحاول مساءلة هذه الشركات؛

(ط) تفادي منح تعويضات تسهم في تجميد تنظيم حقوق الشعوب الأصلية، أو تُقرّ فعلياً ضلوع الشركات في إلحاق الإضرار بحقوق الشعوب الأصلية؛

(ي) رفض الموافقة على شرط مراعاة السرية التجارية في جميع الحالات، باستثناء الحالات القصوى، باعتبار هذه السريّة عائقاً للشفافية في سياق الإجراءات التنظيمية ذات الصلة بحقوق الإنسان الأساسية.

٩٧- وينبغي للدول:

(أ) تعزيز الممارسات المذكورة أعلاه من خلال النصوص التفسيرية؛

(ب) التصديق على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول؛

(ج) تعيين محكِّمين من ذوي المعرفة بحقوق الشعوب الأصلية، والتعاون معاً لتفسير اتفاقات الاستثمار الدولية فيما يتصل بحقوق الشعوب الأصلية؛

(د) تفادي إدراج شروط جامعة في معاهدات الاستثمار الثنائية؛

(هـ) تعزيز حجج حقوق الإنسان عند ردّها على دعاوى تسوية المنازعات بين المستثمر والدولة، والتأكيد على مسؤوليتها في مجال التنظيم من أجل حماية حقوق الشعوب الأصلية، ومسؤولية الشركات عن احترام هذه الحقوق.

التزامات الشركات

٩٨- ينبغي لاتفاقات الاستثمار الدولية أن:

(أ) تتناول مسؤولية الشركات فيما يتصل باحترام حقوق الإنسان، بما في ذلك شرط إيلاء العناية الواجبة لحقوق الإنسان، وينبغي أن تمنع الشركات وتخفف وتجبر الأضرار التي تمس حقوق الإنسان والتي قد تكون هي متورطة فيها، ولا سيما فيما يتعلق بالفئات الضعيفة مثل الشعوب الأصلية؛

(ب) لا تحمي إلاّ الاستثمارات. وإذا كانت هناك أدلة على عدم كفاية العناية الواجبة بحقوق الإنسان، أو مشاركة الشركات في الإضرار بحقوق الشعوب الأصلية، فينبغي أن تكون ثمة أحكام صريحة تحرم المستثمر من مزايا حماية المستثمرين ذات الصلة بتسويات المنازعات بين المستثمرين والدول، وهي المنازعات التي يتعين على المحاكم رفض النظر فيها، استناداً إلى آليات إبطال حقوق الشركات في هذه السياقات؛

(ج) تشترط على الشركات أن تبلغ علناً بالآثار المحتملة لعملياتها على حقوق الشعوب الأصلية، وبما اتخذته من تدابير لمنع هذه الآثار والتخفيف من حدتها.

٩٩- وينبغي للدول النظر في ما يلي:

(أ) إدراج أحكام اتفاقات الاستثمار الدولية ذات الصلة بمسؤولية الشركات في القانون المحلي للتمكين من إنفاذها؛

(ب) وضع آلية لاستعراض امتثال الشركات لمسؤوليتها المتمثلة في احترام حقوق الإنسان، استناداً إلى العمليات القائمة، بما في ذلك عمليات هيئات ميثاق الأمم المتحدة ومعاهداتها، ونقاط الاتصال الوطنية في منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، وأفرقة تفتيش المؤسسات المالية الدولية وذلك بغية كفالة إيلاء الاعتبار الواجب للاستنتاجات المتعلقة بالمطالبات ذات الصلة بمنازعات الاستثمار.

١٠٠- وينبغي للمستثمرين أن:

(أ) يعملوا انطلاقاً من فرضية أن الأطر التنظيمية تتطور باستمرار صوب إعمال حقوق الإنسان للشعوب الأصلية إعمالاً تدريجياً، على النحو المطلوب صراحة بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان؛

(ب) يدعموا الانتقال نحو نموذج للاستثمار يعزز إعمال حقوق الإنسان.

التدابير التكميلية اللازمة للتخفيف من آثار اتفاقات الاستثمار الدولية

١٠١- ينبغي للهيئات الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان أن تواصل إصدار توصيات تتناول مسؤوليات دول الموطن والدول المضيفة عن تنظيم سلوك الشركات، وأن تنظر في وضع توصيات عامة أو آراء استشارية بشأن مسؤولية دول الموطن في مجال حقوق الشعوب الأصلية، وتقاطع حماية الاستثمار مع حقوق الإنسان.

١٠٢- وينبغي أن تعتمد دول الموطن وأن تنفذ لوائح تنظيمية تنطبق خارج نطاق ولايتها القضائية فيما يتصل بآثار عمليات شركاتها على الشعوب الأصلية في الخارج، وأن تضمن مساءلة هذه الشركات عن أي انتهاك للحقوق، بما في ذلك الحرمان من الحماية بموجب اتفاقات الاستثمار الدولية.

١٠٣- ويجب أن تمتثل الدول المضيفة لواجبها المتمثل في التنظيم ذي الصلة بحقوق الشعوب الأصلية في:

(أ) الأراضي والأقاليم والموارد التي تستلزم ترسيم حدودها استناداً إلى الحيازة العرفية للأراضي، والاستحواذ عليها، واستخدامها؛

(ب) إعادة الأراضي والأقاليم والموارد التي أُخذت منها من دون موافقتها الحرة والمسبقة والمستنيرة؛

(ج) تقرير مصيرها بحيث يتسنى لها أن تحدد طرق تنميتها الاجتماعية والثقافية والاقتصادية، وحفظ وتطوير مؤسساتها وأعرافها وعمليات صنع القرار فيها؛

(د) التشاور معها مسبقاً وبحسن نية لإعطاء أو رفض إعطاء موافقتها الحرة والمسبقة والمستنيرة فيما يتصل بالتدابير التي تمس حقوقها؛

(هـ) معتقداتها ومعارفها التقليدية؛

(و) أسلوب حياة متواصل ودائم تختاره هي بنفسها.

١٠٤- وينبغي للهيئات الحكومية المسؤولة عن حماية حقوق الشعوب الأصلية أن تكفل أن تتاح للمستثمرين الأجانب المعلومات المتصلة بضرورة احترام حقوق الشعوب الأصلية، والتزام الدولة بالإعمال التدريجي لهذه الحقوق.

١٠٥- ويمكن للشعوب الأصلية أن تنظر في الإعلان عن توقعاتها بشأن مشاريع الاستثمار المحتملة في أقاليمها، بوسائل منها مثلاً بروتوكولات للتشاور والموافقة الحرة والمسبقة والمستنيرة، فتؤثر من ثم على توقعات المستثمرين المحتملين المشروعة.

١٠٦- ويجب على المؤسسات المالية الدولية، بما فيها البنك الدولي، تطبيق معاييرها المتعلقة بالأداء على نحو يتفق وتطورات معايير القانون الدولي لحقوق الإنسان، بما في ذلك ما يتعلق باشتراط الموافقة الحرة والمسبقة والمستنيرة.

١٠٧- ومن أجل تعليق أو إنهاء أي اتفاق استثمار دولي يؤثر على حقوق الشعوب الأصلية، تستطيع الدول الاحتجاج بالمادة ٦٢(٢) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات فيما يتصل بحدوث تغير أساسي في الظروف، مثل الاعتراف بالشعوب الأصلية داخل حدودها. ولهذه الغاية، ينبغي للدول أن تبين أن: (أ) هذا الاعتراف لم يكن متوقعاً عند إبرام الاتفاق؛ الأمر الذي يمكن تفسيره بتطور فهم الدول في آسيا وأفريقيا لسمات الجماعات التي تشكل شعوباً أصلية في هاتين المنطقتين؛ و(ب) التغيير يحول جذرياً مدى الالتزامات التي لم تنفذ بعد بموجب المعاهدة، حسب مقتضى الحال بالنظر إلى شرط الحصول على الموافقة الحرة والمسبقة والمستنيرة للشعوب الأصلية على خطط الاستثمار؛ و(ج) التغيير لم ينشأ عن إخلال الطرف الذي طالب بالتغيير بأي التزام بموجب المعاهدة أو بأي التزام دولي آخر تجاه أي طرف آخر في المعاهدة؛ وهذه هي العتبة التي لا يفي بها الاعتراف بحقوق الشعوب الأصلية داخل الدولة المضيفة.

الإصلاح الطويل الأجل

١٠٨- يستلزم الإصلاح الطويل الأجل لقانون الاستثمار الدولي تحولاً في التفكير بشأن غرض وطبيعة اتفاقات الاستثمار الدولية وآليات تسوية المنازعات. فبدلاً من النظر إلى أن دورها يرمي أساساً، ولربما في المقام الأول، إلى حماية حقوق المستثمرين، ينبغي فهمها في إطار سياسة عامة أوسع، وفي إطار القانون الدولي، بما يتناسب مع مرحلة العولمة والترابط الاقتصادي، بحيث تنسجم الحماية المشروعة للمستثمر مع حقوق الشعوب الأصلية وحقوق الإنسان بدلاً من أن تكون قيداً يحول دون تحقيق أهداف السياسة العامة الطويلة الأجل، وتزيد من تجزؤ النظام الدولي. وينطوي هذا الأمر على إعادة تصميم جوانب من نظام قانون الاستثمار الدولي التي لا تفي بالغرض. وينبغي أن يكون الهدف هو حماية الحقوق المشروعة للمستثمرين واكتساب قدرة معقولة على التنبؤ، وضمان حق الدولة في التنظيم، وحماية حقوق الإنسان الأساسية، وضمان عدم تبعية حقوق الفئات الأكثر ضعفاً للمصالح الاقتصادية للأطراف الأقوى.

Annex I

Participation in international and national conferences and dialogues

The Special Rapporteur participated in a number of international dialogues and conferences, including:

(a) The twenty-first session of the Conference of Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change;

(b) A symposium in Canada addressing the national inquiry of the Government on missing and murdered indigenous women;

(c) A high-level dialogue on the World Bank's draft environmental and social standard on indigenous peoples, held in Addis Ababa;

(d) A seminar on litigation experiences in cases of violence against women and women's access to justice, held in Guatemala;

(e) An international seminar on indigenous jurisdiction and access to justice, held in Colombia;

(f) A panel discussion on conflict and peace negotiations and indigenous peoples, held in New York;

(g) A meeting with the World Bank and the Nordic Trust Fund on safeguarding indigenous peoples' rights.

Further details on those activities will be included in the forthcoming report of the Special Rapporteur to the General Assembly.

The Special Rapporteur also participated in the regular sessions of the Permanent Forum on Indigenous Issues and the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, and discussed how to better coordinate their mandates. She also held meetings with several State delegations and indigenous organizations.

Annex II

Regional and global workshops on the impact of investment agreements and the rights of indigenous peoples

In order to inform her thematic report, together with IWGIA, AIPP and Tebtebba, the Special Rapporteur organized a series of regional workshops on the impacts of investment treaties on the rights of indigenous peoples. The first was held in Lima, Peru, for Latin America and the second in Bangkok, Thailand for Asia. A third is planned for Africa. The Special Rapporteur also co-organized a global expert's seminar, together with CCSI, which was held in New York in May 2016.

The Special Rapporteur wishes to express her gratitude to all of the indigenous peoples' representatives, civil society organizations and individuals who participated in these meeting and contributed to deepening her knowledge of the impacts of investment treaties on the rights of indigenous peoples and potential avenues for addressing the challenges this poses. She looks forward to continued collaboration with them over the coming year in the development of her final report on the subject of investments and indigenous peoples' rights.

In particular, the Special Rapporteur would like to thank Jose Alywin, Lorenzo Cotula, Joshua Curtis, Howard Mann, Kinda Mohamadieh, Lone Wandahl Mouyal and Luis Vittor and for their expert input and Cathal Doyle for his assistance in the development of the report. She also expresses her gratitude to Asia Indigenous Peoples Pact (AIPP), Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) the International Working Group Indigenous Affairs (IWGIA) and Tebtebba for their assistance in organizing these workshops. She also thanks the staff and students of the University of Colorado Law School Clinic for research they conducted.

She also acknowledges with gratitude the assistance provided by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and her external team. She also expresses thanks to the many indigenous peoples, States, United Nations bodies and agencies and non-governmental organizations that cooperated with her over the past year in the implementation of her mandate.

The indigenous representatives and expert participants in the two regional workshops and the global workshop are listed below.

Workshop on Indigenous Peoples and International Investment

May 12, 2016, Ford Foundation headquarters

320 East 43rd St., New York

Participants

Jose Aylwin	Co-director, Observatorio Cuidadano, Chile
Rana Bahri	DLA Piper
Manja Bayang	Supporting the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Chhoun Borith	Indigenous representative, Cambodia
Patricia Borraz	Supporting the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Amy Brown	Ford Foundation
Stephanie Burgos	Oxfam America
Jesse Coleman	Columbia Center on Sustainable Investment
Kaitlin Cordes	Columbia Center on Sustainable Investment
Lorenzo Cotula	International Institute for Environment and Development
Penny Davies	Ford Foundation
Cathal Doyle	External advisor to the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Celeste Drake	Trade & Globalization Policy Specialist at AFL-CIO
Ben Hoffman	Columbia Law School Human Rights Clinic; Human Rights Institute
Atama Katama	CSO Partnership for Development Effectiveness
Birgit Kuba	World Bank Inspection Panel
Danika Littlechild	Canadian Commission for UNESCO
Howie Mann	International Institute for Sustainable Development
Soledad Mills	Equitable Origins
Terry Mitchell	Wilfrid Laurier University, Canada
Marcos Orellana	Center for International Environmental Law
Aaron Marr Page	Forum Nobis
Sochea Pheap	Cambodia Indigenous Youth Association
Nikki Reisch	New York University Center for Human Rights and Global Justice
Stanley Riamit	Indigenous Livelihoods Enhancement Partners, Kenya
Lisa Sachs	Columbia Center on Sustainable Investment
William Shipley	Centre for International Sustainable Development Law
Tui Shortland	Managing Director, Repo Consultancy
Indira Simbolon	Asian Development Bank
Joseph Ole Simmel	Mainyoito Pastoralist Integrated Development Organization
Rukka Sombolinggi	Aliansi Masyarakat Adat Nusantara
Casper Sonesson	United Nations Development Programme

Elsa Stamatopoulou	Columbia University
Sam Szoke-Burke	Columbia Center on Sustainable Investment
Victoria Tauli-Corpuz	Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Mong Vichet	Highland Association, Cambodia
Samoeun Vothy	Indigenous representative, Cambodia
Christina Warner	University of Colorado American Indian Law Clinic
Shawn Watts	Columbia Law School
Hee-Kyong Yoo	Supporting the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Michael Zaccaro	University of Colorado American Indian Law Clinic

Remote participants

Filip Balcerzak	SSW, Poland
Ilias Bantekas	Brunel University London
Graeme Everton	Indigenous Traders
Carla Fredericks	University of Colorado
Lise Johnson	Columbia Center on Sustainable Investment
Kinda Mohamadieh	South Centre
Brendan Plant	Cambridge University
Andrea Saldarriaga	London School of Economics
Shana Tabak	Georgia State University

Indigenous Peoples' International Seminar

Free Trade Agreements, Bilateral Investment Treaties and Large Scale Investment Projects (Megaprojects) and their Impacts on the Rights of Indigenous Peoples

Lima 25-26 April 2016

Participants

Alejandro Capetillo	Quebrada de Tarapaca, Aymara
Alejandro Parellada	IWGIA
Aline Papic	Quebrada de Tarapaca, Aymara
Ana Maria Llao	Ex Consejera Nacional Mapuche ante Conadi (2012-2016)
Armando Balbuena	Wayuu Representative
Baskut Tunkat	Special Rapporteur on Toxic Waste
Carwyn Jones	Victoria University of Wellington
Cathal Doyle	External advisor to the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Celso Padilla	Consejo Continental de la Nación Guaraní
Donald Rojas	MNICR
Emanuel Gomez	Universidad Autónoma Chapingo

Humberto Cholango	Former CONAIE President
Jorge Nahuel	Mapuche Confederation
Jose Aylwin	Observatorio Ciudadano
Jose Fernando Lopez Hernandez	Organización Campesina Emiliano Zapata – Coordinadora Nacional Plan de Ayala (OCEZ-CNPA)
Joseph Nkamasiai	African Inland Child & Community Agency for Development (AICCAD)
Lorenzo Cotula	IIED
Maíra Krenak	CASA
Marcos Cortez Basilio	Red de guardianes del maíz de Coyuca de Benítez, Guerrero
Maximiliano Mendieta	Tierraviva, Paraguay
Melaku Tegegn	ACHPR
Nancy Yanez	Observatorio Ciudadano
Nora Newball	Gobierno Creole de Bluefields
Ovide Mercredi	Former Chief of AFN
Patricia Borraz	External advisor to the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Paulina Acevedo	Observatorio Ciudadano
Raymundo Camacho	Support for Munduruku people Brazil
Rozeninho Saw Munduruku	Munduruku representative Brazil
Sergio Campusano	Diaguitas Huasco Altinos
Terry Mitchel	Wilfrid Laurier University
Thomas Jalong	JOAS
Victoria Tauli Corpus	Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples

Asia-Pacific Consultation on International Investment Agreements and Indigenous Peoples

Prince Palace Hotel, Bangkok

Thailand 2-3 May 2016

Participants

Victoria Tauli Corpuz	Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Catalino Corpuz Jr	Tebtebba
Helen Valdez	Tebtebba
Maribeth Bugtong	Tebtebba
Mary Ann Bayang	Tebtebba
Joan Carling	AIPP
Prabindra Shakya	AIPP
Benedict Mansul	Country Research- Malaysia
Abhay Flavian Xaxa	Country Research-India

Cleto Villacorta III	Country Research-Philippines
Ranja Sengupta	Third World Network
Abdul Fauwaz Aziz	Third World Network
Joseph Purugganan	Philippines Focus on the global south
Kate Lappin	Thailand-APWLD
Diyana Yahaya	Thailand-APWLD
Jacqueline Carino	Philippines CPA
“Nancy” Zhang, Nanjie	Thailand CYLR
Niabdulghafar Tohming	Thailand Focus on the Global South
Te Ringahuia Hata	Maori representative New Zealand
Myo Ko Ko	POINT Myanmar
Khamla Soubandith	CKSA Laos
Ruslan Khayrulin	Econforum Uzbekistan
Pianporn Deetes	International Rivers Thailand
Vicky Bowman	Myanmar
Khariroh	Komnas Perempuan Indonesia
Aflina Mustafainah	Komnas Perempuan Indonesia
Anne Tauli	CPA Philippines
Kate Ross	International Rivers
Joyce Godio	AIPP
Subhaqya Mangal Chakma	AIPP
Jocelyn Medd	IAP

Annex III

Bibliography

UN documents

A/HRC/24/41 Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya Extractive industries and indigenous peoples 1 July 2013

A/HRC/24/41/Add.3 Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya Consultation on the situation of indigenous peoples in Asia (31 July 2013)

CERD/CAN/CO/19-20 Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination to Canada (4 April 2012)

E/CN.4/2003/90/Add.3 Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Mr. Rodolfo Stavenhagen, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 2002/65 MISSION TO THE PHILIPPINES

Lansman et al. V. Finalnd Communication No. 511/1992 UN Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994)

UNCTAD, 2012. Fair and equitable treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II

UNCTAD, 2014, "IIA issue note 3: Reform of the IIA regime: four paths of action and a way forward

UNCTAD, 2015. 'IIA Issues Note: Recent trends in IIAs and ISDs"

Regional and national documents

ACHPR (2016), Study on the Impact of Extractive Industries and Land Rights (ACHPR, forthcoming 2016)

IACHR (2016), Indigenous Peoples, Afro-Descendent Communities, and Natural Resources: Human Rights Protection in the context of Extraction, Exploitation, and Development Activities (IACHR, 2016)

Model BITs

Waitangi Tribunal (2016), Report on the TPP WAI 2522 Waitangi Tribunal Report 2016

Howard Mann, Konrad von Moltke, Luke Eric Peterson, Aaron Cosbey IISD Model BIT IISD Model Agreement on Investment for Sustainable Development (April 2005) https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf

Norwegian Model BIT Draft version 13 05 15
https://www.regjeringen.no/contentassets/e47326b61f424d4c9c3d470896492623/draft-model-agreement-english.pdf

SADC Model BIT SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary (July 2012) http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf

Books and articles

Cotula (2011), Cotula L. Strengthening Citizens' Oversight of Foreign Investment: Investment Law and Sustainable Development Briefing 4:Foreign investment contracts (IIED, 2011)

Cotula & Berger, (2015), Cotula L. & T.Berger Land Deals and Investment Treaties: Visualising the interface, IIED, 2015

Curtis (2014). Curtis J. Human Rights and Foreign Investment, PhD Thesis (National University of Ireland, Galway, 2015) https://aran.library.nuigalway.ie/handle/10379/4932

Doyle & Whitmore (2014). Doyle C. & A. Whitmore Indigenous Peoples and the Extractive Industries: Towards a rights respecting engagement (Tebtebba, Middlesex University, PIPLinks 2014)

Doyle (2015), Doyle C. Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources: The Transformative Role of Free Prior and Informed Consent (Routledge, 2015)

Hepburn (2015). Hepburn J. Amicus Submission Rejected in Zimbabwe Case; Human Rights Law held inapplicable to ICSID Proceedings (27 June 2012) www.iareporter.com

Hirono et al. (2015). Hirono K, Haigh F, Gleeson D, Harris P and Thow, A M. Negotiating healthy trade in Australia: Health impact assessment of the proposed Trans-Pacific Partnership Agreement. (Liverpool, NSW: Centre for Health Equity Training Research and Evaluation, part of the Centre for Primary Health Care and Equity, Faculty of Medicine, UNSW Australia, 2015)

Johnson & Sach (2015). Johnson L & L Sachs Entrenching, rather than reforming, a flawed system (CCSI, 2015)

Mohamadieh & Montes (2015), Mohamadieh K. & M. F. Montes 'Throwing Away Industrial Development Tools: Investment Protection Treaties and Performance Requirements' in Investment Treaties Views and Experiences from Developing Countries (South Centre, 2015)

Kube & Petersmann (2016), Kube V & E.U. Petersmann Human Rights Law in International Investment Arbitration 11(1) AJWH 65 (2016)

Kurtz (2009), Kurtz, J., The Use and Abuse of WTO Law in Investor State Arbitration: Competition and Its Discontents European Journal of International Law 20 no. 3 (2009)

LSE (2016) Guide To Implementing The UN Guiding Principles On Business And Human Rights In Investment Policymaking (LSE, 2016) http://blogs.lse.ac.uk/investment-and-human-rights/files/2016/04/LSE_UNGPs_Guide_en.pdf

Mann (2008), Mann H. International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities (IISD, 2008)

Mohamadieh & Uribe (2016), Mohamadieh K. & D Uribe. The Rise of Investor-State Dispute Settlement in the Extractive Sectors (South Centre, 2016)

Mohamadieh et al (2015) Mohamadieh K., A. Bernardo & L Ka-Min (2015) Investment treaties: views and experiences from developing countries (South Centre, 2015)

Peterson (2016). Peterson L. E. Analysis: Canada-EU Treaty sees radical changes to investment dispute settlement, as Canada falls in line behind EU demands for reforms February 29, 2016 http://www.iareporter.com

Sauvant (2015), Sauvant K P The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations Experience and Lessons Learned The Journal of World Investment & Trade 16 (2015)

Trevino. (2015), Trevino C. South American Silver lays out $385 Million case against Bolivia; Government counters that UK Treaty should not protect "Canadian Investment" (Jun 14, 2015) http://www.iareporter.com/articles/23275/

Wandahl Mouyal (2016), Wandahl Mouyal L (2016). International Investment Law and the Right to Regulate: A human rights perspective (Routledge 2016)

Regional Cases

Saramaka People v. Suriname IACtHR (2007). Inter-American Court of Human Rights Case of the Saramaka People v. Suriname Judgment of November 28, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs)

Sarayaku v. Ecuador IACtHR (2012). Inter-American Court of Human Rights Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador Judgment of June 27, 2012 (Merits and reparations)

Sawhoyamaxa v. Paraguay IACtHR (2006) Inter-American Court of Human Rights Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay, Merits, reparations and costs, IACHR Series C No 146, 29th March 2006

ISDS Claims, Awards and Amicus

American Silver Mining v. Bolivia PCA CASE NO. 2013-15 In the matter of an arbitration under the rules of the United Nations Commission on International Trade Law South American Silver Limited Claimant V. The Plurinational State of Bolivia Respondent November 30, 2015

Bear Creek Mining Corp. v. Republic of Peru,. International Centre For Settlement Of Investment Disputes ICSID Case No. ARB/14/21 In the Matter of Bear Creek Mining Corporation, Claimant, v. The Republic of Peru, Respondent. Claimant's Memorial on the Merits

Burlington Resources Inc. v. Ecuador Decision on Jurisdiction (2010). Burlington Resources Inc. v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, 2 June 2010

Colombia Cosigo Resources, Ltd., Cosigo Resources Sucursal Colombia, Tobie Mining and Energy, Inc February 19, 2016. Notice of arbitration (2013) *American Silver Mining v. Bolivia* Under the Rules of Arbitration of United Nations Commission On International Trade Law The United States-Colombia Trade Promotion Agreement And The Laws Of Colombia

Glamis Gold v. USA Award, (2009) International Centre For Settlement Of Investment Disputes Washington, D.C. In accordance with the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules Glamis Gold, Ltd. (Claimant) - and - United States of America (Respondent) AWARD

Grand River Enterprises Six Nations, Ltd v. USA, Award, (2011), CLA-138, Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America, UNCITRAL, Award, Jan 12, 2011

Von Pezold v. Zimbabwe preliminary order (2012) International Centre For Settlement Of Investment Disputes Bernhard Von Pezold And Others (Claimants) V. Republic Of Zimbabwe (Respondent) (ICSID CASE NO. ARB/10/15) - and - Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited (Claimants) v. Republic of Zimbabwe (Respondent) (ICSID CASE NO. ARB/10/25) Procedural Order No. 2

CCSI Amicus submission on Bear Creek Case (2016)

Annex IV

Other ISDS cases impacting on indigenous peoples rights

In *Bechtel v. Bolivia* (2006), Bechtel, a US company, filed an arbitration case for $50 million in 2002 under the Bolivia-Netherlands BIT, in a context where the US had no BIT with Bolivia. The case arose when indigenous peoples' protests at privatization of the water supply lead to nationalization. The case was eventually settled when confrontation with the police turned violent led to an international campaign put significant pressure on the parent company.

In *Cosigo Resources Ltd and Tobie Mining & Energy Inc v. Colombia* Canadian and United States mining companies issued a notice of intent to take a $16.5 billion arbitration case against Colombia under the US-Colombia FTA. They hold that Colombia delayed signing its mining concession until a national park covering the area was established, and that there was inadequate consultation with indigenous peoples in relation to the park's creation. In September 2015, the Colombian Constitutional Court upheld the creation of the park. The companies acknowledge that the proposed mining activities face strong opposition from among the impacted indigenous peoples, but point to an agreement with one indigenous association as evidence of sufficient support to proceed.