



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
11 August 2016
Russian
Original: English

Совет по правам человека

Тридцать третья сессия

Пункт 3 повестки дня

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

Доклад Специального докладчика по вопросу о правах коренных народов*, **

Записка секретариата

Настоящим препровождается доклад, содержащий анализ последствий международных инвестиционных соглашений, включая двусторонние инвестиционные договоры и разделы соглашений о свободной торговле, касающиеся инвестиций, для прав коренных народов.

* Настоящий документ представлен с опозданием, с тем чтобы в него можно было включить самую последнюю информацию.

** Приложения к настоящему докладу воспроизводятся только на том языке, на котором они были представлены.

GE.16-13924 (EXT)



* 1 6 1 3 9 2 4 *

Просьба отправить на вторичную переработку 



Доклад Специального докладчика по вопросу о правах коренных народов

Содержание

Стр.

I.	Введение	3
II.	Деятельность Специального докладчика	3
	A. Посещение стран.....	3
	B. Доклад о мерах по сохранению окружающей среды	3
III.	Международные инвестиционные соглашения.....	3
	A. Справочная информация.....	3
	B. Обзор международных инвестиционных соглашений	4
IV.	Права коренных народов	5
	A. Общий обзор.....	5
	B. Признание и обеспечение соблюдения	7
	C. Предпринимательская деятельность и права коренных народов	7
V.	Последствия инвестиций, международных инвестиционных соглашений и урегулирования споров между инвесторами и государствами для прав коренных народов	8
	A. Последствия инвестиций для прав коренных народов.....	8
	B. Последствия международных инвестиционных соглашений и урегулирования споров между инвесторами и государствами	9
	C. Примеры урегулирования споров между инвесторами и государствами, касающихся прав коренных народов.....	12
	D. Замечания в отношении урегулирования споров между инвесторами и государствами.....	17
VI.	Транстихоокеанское партнерство.....	20
VII.	Выводы и рекомендации.....	22
	A. Выводы	22
	B. Рекомендации	24
 Annexes		
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

I. Введение

1. Настоящий доклад представляется Совету по правам человека Специальным докладчиком по вопросу о правах коренных народов в соответствии с резолюциями 15/14 и 24/9 Совета. В докладе приводится краткое резюме деятельности Специального докладчика со времени ее предыдущего доклада (A/HRC/30/41) и тематический анализ воздействия международных инвестиционных соглашений на права коренных народов.

II. Деятельность Специального докладчика

A. Посещение стран

2. После тридцатой сессии Совета Специальный докладчик совершила официальные поездки в три страны – в Лапландию в августе 2015 года, Гондурас в ноябре 2015 года и Бразилию в марте 2016 года, отчеты о которых будут изданы в качестве добавлений к настоящему докладу.

B. Доклад о мерах по сохранению окружающей среды

3. Специальный докладчик представит тематический доклад, посвященный мерам по сохранению окружающей среды и их воздействию на права коренных народов, Генеральной Ассамблее на ее семьдесят первой сессии.

III. Международные инвестиционные соглашения

A. Справочная информация

4. В своем докладе за 2015 год, представленном Генеральной Ассамблее (A/70/301), Специальный докладчик пришла к выводу, что средства защиты прав иностранных инвесторов, предусмотренные международными инвестиционными соглашениями, могут иметь серьезные последствия для прав коренных народов. В целях более глубокого понимания сложившейся ситуации докладчик разослала анкеты государствам – членам Организации Объединенных Наций и организациям коренных народов и гражданского общества и в сотрудничестве с Международной рабочей группой по делам коренного населения, Пактом коренных народов Азии, Колумбийским центром по вопросам устойчивых инвестиций и Международным центром коренных народов для политических исследований и образования (Фондом Тебтебба) организовала ряд региональных и международных консультаций с коренными народами и экспертами в области международного инвестиционного права и прав человека.

5. Результаты данного исследования указывают на наличие серьезных последствий для прав коренных народов, возникающих вследствие международного инвестиционного режима, помимо тех, которые связаны с собственно инвестициями. Данные последствия проявляются в подчиненности этих прав по отношению к мерам по защите прав инвесторов, которая, как правило, является следствием явления, именуемого замораживающим эффектом в вопросах нормативного регулирования, и серьезных недостатков процесса урегулирования споров, предусмотренного в рамках инвестиционного режима.

6. Настоящий доклад является вторым из трех докладов Специального докладчика, посвященных этому вопросу. В предыдущем докладе Специальный докладчик представила эту тему и коснулась некоторых последствий международных инвестиционных соглашений для прав коренных народов и вопросов более системного характера, связанных с международным режимом инвестиционного права. В настоящем докладе Специальный докладчик стремится расширить контекст и изучить данные последствия в разрезе дел, связанных с такими соглашениями и правами. В своем заключительном докладе Специальный докладчик проанализирует стандарты защиты, предусмотренные такими соглашениями, в контексте изменений международного права прав человека и повестки дня в области устойчивого развития, в части, касающейся вопросов коренных народов.

7. В связи с этим деятельность Специального докладчика направлена на повышение согласованности международного инвестиционного права и международного права прав человека и обеспечение того, чтобы меры по защите интересов инвесторов не препятствовали выполнению государствами своих обязательств в отношении прав коренных народов.

В. Обзор международных инвестиционных соглашений

8. Международный инвестиционный режим состоит из 3 268 международных инвестиционных соглашений, включая почти 3 000 двусторонних инвестиционных договоров и более 300 положений об инвестициях, которые содержатся в двусторонних и региональных соглашениях о свободной торговле¹. Данные межгосударственные соглашения предусматривают для инвесторов государств происхождения меры по защите их инвестиций в принимающих государствах.

9. Международные инвестиционные соглашения, как правило, готовятся в стандартной форме, включающей следующие положения: о запрете экспроприации или отчуждения в порядке регулирования без компенсации; национальном режиме или недискриминации, т.е. о том, что иностранные инвесторы пользуются не менее благоприятным режимом, чем внутренние инвесторы; режиме наиболее благоприятствуемой нации, требующем одинакового стандартного режима, доступного для других иностранных инвесторов; справедливом и равноправном режиме или минимальных международных стандартах режима, которые в широком смысле включают защиту законных ожиданий инвесторов²; и обеспечении защиты и безопасности инвестиций в полном объеме.

10. Как правило, международные инвестиционные соглашения обеспечивают инвесторам доступ к процессу урегулирования споров между инвесторами и государствами, посредством которого инвесторы могут возбуждать арбитражные дела против принимающего государства в связи с предполагаемыми случаями необеспечения защиты их инвестиций, предусмотренной положениями соглашений. Как правило, они не предусматривают обязательство об исчерпании внутренних средств правовой защиты или возможностей системы обжалования

¹ См. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Recent trends in international investment agreements and investor-State disputes*, International Investment Agreement – Issues Note (February 2015), доступно по адресу http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf.

² См. UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, Series on Issues in International Investment Agreements II (New York, 2012), доступно по адресу http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf.

и содержат требования к обеспечению минимального уровня прозрачности или возможностей для вмешательства третьей стороны. Выполнение арбитражных решений обеспечивается посредством приобретения зарубежных активов государства; размер компенсации по этим решениям не подлежит никаким финансовым ограничениям и может исчисляться миллиардами долларов.

11. Согласно данным Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) расторжение или предполагаемые нарушения условий контрактов, а также отзыв или отказ в выдаче лицензий относятся к числу наиболее часто оспариваемых действий государств, составляющих примерно 30% всех дел по урегулированию споров в добывающей и энергетической отраслях, на долю которых приходится большая часть новых инвестиций³. Такие дела возбуждаются главным образом против государств с многочисленными группами коренных народов, на территориях которых расположены эксплуатируемые минеральные, энергетические или лесные ресурсы.

12. В последние годы наблюдался рост числа мегарегиональных соглашений о свободной торговле, сфера охвата которых выходит далеко за рамки торговли и включает инвестиционные и регламентационные аспекты, имеющие особенно важное значение для соглашений по созданию глобальных экономических структур. Самым последним примером является Соглашение о транстихоокеанском партнерстве. Наибольшие противоречия вызывает, в частности, его глава, посвященная инвестициям, в которой содержатся многие стандартные положения типового двустороннего инвестиционного договора Соединенных Штатов. Эта глава подверглась широкой критике, в том числе со стороны Специального докладчика, поскольку она сужает демократическое пространство посредством фактической передачи государственных полномочий по принятию решений по вопросам управления экономической, социальной и культурной жизнью корпоративным субъектам.

IV. Права коренных народов

A. Общий обзор

13. В соответствии с международным правом прав человека коренными считаются народы, имеющие право на самоопределение, как это утверждается в Международном пакте о гражданских и политических правах, Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах и Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации, в силу которой они имеют право определять свое социальное, культурное и экономическое развитие. Права, закрепленные в этих получивших широкое признание договорах, приобретают конкретные характеристики, когда они толкуются в свете реального положения коренных народов, их потребностей, мировоззрения и исторического контекста и запрещения расовой дискриминации на основании принципа *jus cogens*. Наиболее четкое разъяснение и толкование таких прав коренных народов приводится в Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов.

14. Это нашло отражение в судебной практике договорных органов Организации Объединенных Наций по правам человека, в соответствии с которой государствам рекомендуется применять Декларацию Организации Объединен-

³ См. UNCTAD, «Recent trends».

ных Наций о правах коренных народов при выполнении своих договорных обязательств. Национальные и региональные суды и комиссии в Латинской Америке и Африке также занимались толкованием договоров в свете положений Декларации и Конвенции Международной организации труда 1989 года (№ 169) о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, в независимых странах, что указывает на универсальную применимость этих документов и свидетельствует о возникновении международного обычного права в области прав коренных народов.

15. В международном праве отсутствует определение понятия коренные народы. Вместе с тем к его общепринятым характеристикам относятся: самоопределение в качестве коренного народа; существование особой взаимосвязи с исконными территориями и желание ее сохранять; наличие социальных, экономических или политических систем, отличных от тех, которые преобладают в обществе, которые могут отражаться в языке, культуре, верованиях и обычном праве; и исторически сложившееся недоминирующее положение в обществе. Этот набор характеристик применяется независимо от принятого в государстве понятийного аппарата.

16. Территориальные и имущественные права коренных народов носят уникальный характер. Они распространяются на территории и ресурсы, которыми они традиционно владели, которые они традиционно занимали или иным образом использовали или приобретали, а также имеют право иметь в собственности, использовать, осваивать или контролировать данные ресурсы. Эти коллективные права существуют независимо от наличия государственных правообладателей документов и основаны: на их статусе как самоопределяющихся народов, имеющих право на земли и ресурсы, необходимые для их физического и культурного выживания; их традиционном режиме землевладения; и продолжительном владении исконными территориями.

17. Соответственно государства обязаны учредить приемлемые с точки зрения культуры механизмы, обеспечивающие эффективное участие коренных народов в процессах принятия решений, которые напрямую затрагивают их права. С целью обеспечения этого международное право прав человека требует проводить с ними добросовестные консультации, с тем чтобы получить добровольное, предварительное и осознанное согласие. Это требование применяется на этапе, предшествующем принятию законодательных или административных мер, разработке инвестиционных планов или предоставлению концессий и выдаче лицензий или разрешений на реализацию проектов на их территориях или поблизости от них.

18. Согласно соответствующим разъяснениям правозащитных органов экономический рост или национальное развитие не могут использоваться в качестве основания для посягательств на территориальные и культурные права коренных народов без их согласия⁴. Это подкрепляется имеющим характер *erga omnes* правом всех народов на самоопределение, запретом на расовую дискриминацию и тем фактом, что их защита является вопросом, представляющим общественный интерес.

⁴ См. CCPR/C/52/D/511/1992.

В. Признание и обеспечение соблюдения

19. Коренные народы являются самой маргинализованной и дискриминируемой группой в мире. Международный механизм, защищающий их права, возник главным образом в ответ на существующее положение дел. В некоторых юрисдикциях, в частности в Латинской Америке, были достигнуты значительные успехи в отношении признания их прав, которое в различной степени нашло свое отражение во внутренней нормативно-правовой базе других стран. Однако в большинстве районов Азии и Африки признание прав, которые согласно международному праву относятся к группам, отвечающим характеристикам коренных народов, как правило, не соответствует международным стандартам в области прав человека, и во многих случаях такая категория международного права, как коренные народы, не признается на официальном уровне.

20. Даже в странах, где международные стандарты в области прав человека были включены во внутреннее законодательство, необходимы дальнейшие меры по приведению законодательства в полное соответствие с этими международными стандартами и обеспечению их соблюдения. Связанный с этим разрыв между законодательством и практическими шагами по его осуществлению зачастую имеет признаки дисбаланса сил между уязвимыми коренными народами и могущественными политическими элитами, стремящимися получить выгоду от эксплуатации ресурсов, обнаруженных на их территориях.

21. Данный дисбаланс сил, как правило, отражается на взаимосвязи между учреждениями, созданными для защиты прав коренных народов, и теми, кто отвечает за стимулирование и содействие эксплуатации природных ресурсов. Поэтому даже в юрисдикциях с более передовой законодательной базой глубоко укоренившаяся структурная дискриминация и корыстные интересы могут подрывать эффективность механизмов правовой защиты, предоставляемой коренным народам.

С. Предпринимательская деятельность и права коренных народов

22. В Руководящих принципах предпринимательской деятельности в аспекте прав человека подтверждается ответственность независимых корпораций за соблюдение прав коренных народов, как это признано в международном праве прав человека. Включение указанных Принципов в стандарты, такие как Руководящие принципы Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) в отношении многонациональных корпораций, придает этой ответственности большую значимость. Существует целый ряд стандартов, число которых растет, в отношении инвестиций, затрагивающих права коренных народов на землю, включая стандарты деятельности, разработанные в большинстве международных финансовых учреждений, таких как Международная финансовая корпорация, которые применяются к частным банкам, придерживающимся Экваториальных принципов, требующих от клиентов уважать права коренных народов, включая свободное, предварительное и осознанное согласие. Всемирный банк включил требование в отношении такого согласия в проект своей пересмотренной политики. Вместе с тем другим банкам, таким как Африканский банк развития и Бразильский банк развития, еще предстоит разработать директивы по защите коренных народов.

23. Стандарты, разработанные в рамках все большего числа инициатив с участием многих заинтересованных сторон, предусматривают уважение прав ко-

ренных народов, подтвержденных в Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, и соответственно требуют получения свободного, предварительного и осознанного согласия для одобрения или осуществления инвестиций. Некоторые органы добывающей промышленности и компании – поставщики пальмового масла, сахара, сои и других ресурсов – также добились прогресса в деле признания прав, закрепленных в Декларации, включая требование в отношении такого согласия, аналогичного тому, которое содержится в Глобальном договоре Организации Объединенных Наций. Эти события отражают общую тенденцию в отношении признания транснациональными корпорациями своей ответственности за соблюдение прав коренных народов.

24. Вместе с тем положение дел с выполнением этих обязательств остается неудовлетворительным, и по-прежнему имеют место проблемы, связанные с толкованием прав коренных народов, в частности права предоставлять свободное, предварительное и осознанное согласие или отказываться в нем.

25. Решение такой основополагающей проблемы, как нарушение корпорациями прав коренных народов, стало бы значительным вкладом в устранение существующего дисбаланса и несогласованности международного права. Для решения вопросов, касающихся предпринимательской деятельности и прав человека, были предложены такие механизмы, как арбитражные суды, призванные обеспечивать средства правовой защиты для затрагиваемых народов и отдельных лиц. В ходе проводившихся на межправительственном уровне обсуждений по договору о предпринимательской деятельности в аспекте прав человека также были подняты многие проблемы, встречающиеся в контексте содействия инвесторам в выполнении обязательств по международным инвестиционным соглашениям.

V. Последствия инвестиций, международных инвестиционных соглашений и урегулирования споров между инвесторами и государствами для прав коренных народов

A. Последствия инвестиций для прав коренных народов

26. Результаты проведенного Специальным докладчиком исследования свидетельствуют о вызывающем тревогу числе случаев серьезных нарушений прав коренных народов на землю, самоуправление, а также их культурных прав в ходе реализации проектов с привлечением иностранных инвестиций в таких секторах, как добыча полезных ископаемых, нефтяная и газовая промышленность, гидроэнергетика и агропромышленный комплекс. Эти нарушения, которые могут включать и преступления против человечности, были обстоятельно рассмотрены в рекомендациях и судебной практике международных и региональных правозащитных органов.

27. Как правило, причастные принимающие государства проводят политику экономического развития, направленную на эксплуатацию энергетических, минеральных, земельных и других ресурсов, которые преимущественно расположены на территориях коренных народов. Государственные учреждения, отвечающие за осуществление этой политики, рассматривают такие земли и ресурсы как объекты, доступные для неограниченной эксплуатации, и поэтому активно рекламируют их в качестве таковых за рубежом с целью привлечения потоков

капитала. Во внутренней законодательной базе признание прав коренных народов либо отсутствует, либо недостаточно прописано или же его соблюдение не обеспечивается. Там, где это имеет место, учреждения, уполномоченные отстаивать права коренных народов, слабы в политическом плане, неподотчетны и недостаточно обеспечены финансовыми ресурсами. Поскольку у коренных народов нет доступа к средствам правовой защиты ни в государствах базирования, ни в принимающих государствах, они вынуждены мобилизовать свои собственные силы, что ведет к преступности, насилию и гибели людей. Они сталкиваются с вопиющими нарушениями прав человека в результате воздействия на их земли, источники средств к существованию, культуру, возможности для развития и структуры управления, в некоторых случаях ставится под угрозу их культурное и физическое выживание. Реализация проектов приостанавливается, и наблюдается тенденция к урегулированию споров между инвесторами и государствами по вопросам справедливого и равноправного режима, полной защиты и безопасности и экспроприации.

28. Несмотря на существенные подвижки в плане признания прав коренных народов и создания механизмов их защиты в соответствии с международным правом прав человека, инвестиции в этих секторах являются источником растущего и все более широкого воздействия на жизнь коренных народов⁵, поскольку правовой вакуум, порождаемый отсутствием признания или необеспечением соблюдения их земельных прав, содействует произвольной экспроприации земель, позволяя национальным и местным должностным лицам предоставлять эти земли для реализации инвестиционных проектов. В то же время львиная доля этих земель защищена международными инвестиционными соглашениями, и хотя в Африке и Азии ожидается урегулирование соответствующих споров между инвесторами и государствами в агропромышленном и добывающем секторах, в Латинской Америке отмечается рост количества исков по урегулированию споров, связанных с такой деятельностью, которая осуществляется на исконных территориях или поблизости от них.

29. Специальные докладчики, договорные органы Организации Объединенных Наций и Межамериканская комиссия по правам человека подготовили множество рекомендаций, настоятельно призывающих государства базирования принимать в отношении компаний, подпадающих под их юрисдикцию, регулятивные меры, направленные на недопущение нарушений прав коренных народов за рубежом, за которые эти компании несут ответственность или соучастниками которых они являются, и применение наказания за такие нарушения и устранение их последствий⁶.

30. Как отмечала Межамериканская комиссия по правам человека, для решения юрисдикционных вопросов может потребоваться проведение межгосударственных переговоров в ходе подготовки двусторонних или других соглашений и на этапе, предшествующем допуску иностранных компаний к осуществлению предпринимательской деятельности.

В. Последствия международных инвестиционных соглашений и урегулирования споров между инвесторами и государствами

31. Международные инвестиционные соглашения могут иметь серьезные последствия для прав коренных народов, что обусловлено тремя взаимосвязанными

⁵ См. A/HRC/24/41, пункт 1.

⁶ См. A/HRC/24/41, пункт 48, и CERD/CAN/CO/19-20, пункт 14.

ми проблемами: а) недостаточное уделение внимания правам человека в преамбулах и предметных положениях таких соглашений; б) фактическая или предполагаемая угроза обеспечения применения мер по защите инвесторов в рамках арбитражного разбирательства по урегулированию инвестиционных споров между инвесторами и государствами, ведущая к эффекту замораживания в вопросах нормативного регулирования; и с) исключение коренных народов из процессов подготовки, обсуждения и утверждения соглашений и урегулирования споров.

32. Эти возможные последствия международных инвестиционных соглашений должны рассматриваться в свете недостаточного признания и отсутствия обеспечительных положений по соблюдению прав коренных народов во внутренних правовых базах. Такие соглашения и процессы по урегулированию споров между инвесторами и государствами, как правило, препятствуют необходимым усилиям по совершенствованию и развитию внутренних правовых баз, поскольку они связаны с инвестиционной деятельностью. Они ограничивают волю и свободу государства налагать на транснациональные корпорации обязательства в отношении прав коренных народов и обеспечивать их выполнение и неуклонно осуществлять права человека. Укрепляя средства защиты прав инвесторов, они также укрепляют игнорирующие права аспекты существующих законодательных основ и вносят вклад в предотвращение проведения необходимых реформ в контексте правозащитного подхода.

33. Международное право прав человека и международные инвестиционные соглашения играют значительную роль в регулировании поведения государств происхождения в отношении добычи ресурсов на территориях коренных народов или поблизости от них. Соглашения служат для защиты и регулирования прав инвесторов, касающихся эксплуатации или использования земель и ресурсов. Эти права могут вступать в прямое противоречие с уже существующими, но не обязательно официально признанными и оформленными нормами обычного права и основанными на владении имущественными правами коренных народов, подпадающих под защиту международного права прав человека.

34. Международное право прав человека признает, что в некоторых обстоятельствах могут устанавливаться ограничения в отношении имущественных прав коренных народов. Однако, чтобы такие ограничения были законными, они должны: а) устанавливаться законом; б) быть необходимыми; с) соизмеримыми со своей целью; и d) не носить ограничительный характер в отношении выживания народов⁷. В нем подтверждается, что в контексте имущественных прав коренных народов эти условия подразумевают обязательность проведения добросовестных консультаций в целях получения свободного, предварительного и осознанного согласия, прежде чем любые меры, которые затрагивают эти права, могут считаться законными.

35. Недостаточное уважение и недостаточная защита земельных прав коренных народов и прав на свободное, предварительное и осознанное согласие в процессе предоставления прав инвесторам на территории коренных народов являются основными причинами последующих более масштабных нарушений прав коренных народов. В таких обстоятельствах в международных инвестиционных соглашениях отсутствует признание того, что международные обязательства в области прав человека содействуют тому, что права коренных народов находятся в подчиненном положении по отношению к средствам защиты прав

⁷ См. *Saramaka People v. Suriname*, Inter-American Court of Human Rights (2007).

инвесторов, поскольку эти средства защиты становятся препятствием на пути к признанию уже существующих прав коренных народов в будущем.

36. В целях устранения порочной ситуации, возникающей тогда, когда коренные народы лишены возможности осуществлять свои права на землю и ресурсы из-за предоставляемых инвесторам средств защиты, бывший Специальный докладчик подчеркивал, что

урегулирование вопросов, связанных с земельными правами [коренных народов], должно при любых обстоятельствах быть более приоритетным, чем коммерческие интересы. Необходимо признать не только законодательно, но и на практике приоритетное право традиционных общин. Следует прекратить практику предоставления приоритетного права горнодобывающим или иным компаниям, а не общинам, которые владели землей и заботились о ней на протяжении многих поколений, поскольку такая практика дискредитирует всю систему защиты прав человека коренных народов⁸.

37. Международные инвестиционные соглашения, которые способствовали инвестициям и обеспечивали их защиту на исконных территориях, зачастую сопровождалось развертыванием военных и частных охранных служб. Последствия этого представляют собой одну из главных проблем во многих юрисдикциях, в частности в тех, где ранее имел место конфликт низкой интенсивности. Поэтому в соответствии с международным правом прав человека и положениями, изложенными в статье 30 Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, военная деятельность на землях или территориях коренных народов не должна проводиться, за исключением случаев, когда ее проведение оправдано наличием соответствующих государственных интересов или в ее отношении имеется иным образом свободно выраженное согласие или просьба со стороны соответствующих коренных народов⁹. Вместе с тем присутствие служб безопасности, судя по некоторым существующим трактовкам, фактически предусматривается положениями таких соглашений об обеспечении полной защиты и безопасности, что непосредственно ведет к возникновению коллизии между нормами международного инвестиционного права и международного права прав человека.

38. В некоторых случаях международные инвестиционные соглашения и считающиеся необходимыми меры содействия их осуществлению способствовали возникновению широкомасштабного конфликта и привели к значительным человеческим жертвам. 1 января 1994 года, когда вступило в силу Североамериканское соглашение о свободной торговле, давшее толчок приватизации общинных земель коренных народов, Сапатистская армия национального освобождения, членами которой являются представители коренных народов из штата Чьяпас, организовала вооруженный мятеж, назвав соглашение смертным приговором для коренных народов.

39. Спустя примерно 14 лет соглашение о свободной торговле между Соединенными Штатами и Перу было использовано в качестве предлога для ряда неолиберальных законодательных декретов, десять из которых имели серьезные негативные последствия для территориальных прав проживающих в Амазонии коренных народов. Отказ правительства Перу принять предложения, выдвинутые коренными народами, дало толчок для их мобилизации, что привело к тра-

⁸ См. E/CN.4/2003/90/Add.3, пункт 67 е).

⁹ См. A/HRC/24/41/Add.3, пункт 50.

гической гибели 30 человек в результате столкновения с военными подразделениями, которые были развернуты в ответ на это.

40. Рассмотрение исков по урегулированию споров между инвесторами и государствами, касающихся прав коренных народов, дает возможность оценить судебную практику, доводы государств и инвесторов, а также имеющееся пространство для участия коренных народов и пути, которые могут привести к возникновению коллизии между нормами международного инвестиционного права и международного права прав человека.

С. Примеры урегулирования споров между инвесторами и государствами, касающихся прав коренных народов

41. В деле *Берлингтон ресорсис инк. против Эквадора* (2010 год)¹⁰, рассматривавшемся в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров, компания утверждала, что Эквадор не выполнил свои обязательства по обеспечению полной защиты и безопасности ее деятельности, против которой выступали коренные народы, во время насильственных протестов. Государство утверждало, что действия коренных народов представляли собой форс-мажорную ситуацию и не касались вопроса защиты прав коренных народов. Связанный с безопасностью аспект иска был отклонен по процедурным основаниям, а вопросы, касающиеся прав коренных народов, остались без рассмотрения. Дело также было предметом параллельного разбирательства в Межамериканской комиссии по правам человека и Межамериканском суде по правам человека. В 2012 году Суд постановил, что неспособность провести консультации с коренными народами и заручиться их свободным предварительным и осознанным согласием и применение силы государством поставили под угрозу выживание коренных народов¹¹.

42. В деле *Шеврон против Эквадора* (2014 год) компания возбудила ряд арбитражных дел, с тем чтобы избежать выплат компенсации за ущерб, присужденных эквадорскими судами в 2011 году. Компенсация в размере 8,6 млрд. долл. США была назначена по коллективному иску о возмещении нанесенного коренным народам ущерба вследствие загрязнения окружающей среды. Дело представляет собой наглядный пример чрезвычайно широкого и допускающего возможность отрицания прав коренных народов толкования понятия инвестиция, поскольку включает иск, поданный во внутренние суды, и выплаты пострадавшим, связанные с принятием мер по восстановлению. Впоследствии Межамериканской комиссии по правам человека был направлен запрос на принятие обеспечительных мер, с тем чтобы предупредить любые действия, связанные с решением, вынесенным по разбирательству споров между инвесторами и государствами, которые бы препятствовали, подрывали или угрожали осуществлению прав человека соответствующих коренных общин.

43. В деле *Ван Пезолд и Бордер Тимберс против Зимбабве* (2015 год) компания подала иск в связи с экспроприацией в соответствии с двусторонними инвестиционными договорами, заключенными между Германией и Зимбабве и между Швейцарией и Зимбабве, в контексте изъятия государством земель. Четыре коренные общины, земли которых были предметом разбирательства, подали представление *amicus*, заявив, что у государства и компании имеются обязательства в области прав человека перед ними. В июне 2012 года в своем

¹⁰ *Burlington Resources Inc. v. Ecuador* Decision on Jurisdiction (2010).

¹¹ *Sarayaku v. Ecuador*, Inter-American Court of Human Rights (2012).

предварительном приказе арбитражный суд Международного центра по урегулированию инвестиционных споров признал их требования в отношении земель, а также то, что вынесенные им определения могут сказаться на интересах коренных общин. Однако суд отклонил их представление *amicus* на том основании, что: а) общины и их вожди не являются независимыми, поскольку они связаны с лицами, имеющими отношение к органам исполнительной власти, и поэтому их участие может привести к несправедливому ущемлению интересов истцов; б) суд не может принять решение о том, являются ли они коренными или нет, и толкование прав коренных народов не входит в его компетенцию; в) суд не убежден в том, что уполномочен рассматривать обязательства по международному праву прав человека, в том числе в соответствии со статьей 26 Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, и что нормы общего международного права не обязательно распространяются на международное право прав человека; и d) ни государство, ни компания не поднимали вопросы прав коренных народов. Суд пришел к выводу о том, что предполагаемые права коренных общин как коренных народов в соответствии с международным правом прав человека являются вопросом, не относящимся к существу спора.

44. В деле *Гламис Голд против Соединенных Штатов* (2009 год) арбитражная комиссия вынесла решение не в пользу компании, которая отказывалась в доступе к священному для племенного народа кечуа месту. Решение было основано на позиции арбитража: его роль состояла в том, чтобы оценить, были ли нарушены норма обычного международного права о справедливом и равноправном режиме, а не в том, чтобы оценить, обеспечило ли государство справедливый баланс коллизионных прав народа кечуа и компании. Комиссия решила, что у государства были основания полагаться на заключение нанятых им специалистов и, что поскольку ожидания инвесторов не были обусловлены обязательствами государства, данными в квазидоговорном порядке, они не являются причиной нарушения договора. В решении также подчеркивается значение высокой степени регулирования осуществляемой в Калифорнии деятельности в отношении мер по охране окружающей среды в целом и разведки полезных ископаемых в частности, которая призвана умерить ожидания инвесторов. Арбитражный суд принял представление *amicus* народа кечуа, но отклонил его довод о том, что международное право прав человека в части, касающейся прав коренных народов, применимо к данному делу.

45. В деле *Гранд Ривер Энтерпрайс Сикс Нэйшнс лтд. против Соединенных Штатов* (2011 год) табачная компания, принадлежащая представителям канадской народности ирокезов, оспорила меры, принятые Соединенными Штатами. Один из поднятых компанией вопросов касался отсутствия предварительных консультаций в отношении некоторых мер. Хотя было установлено, что экспроприация не имела места, арбитражный суд заявил, что вполне может оказаться так, что все же существует принцип обычного международного права, требующий от органов государственной власти проводить консультации с коренными народами как с группами лиц по вопросам государственной политики или мер, которые в значительной степени затрагивают их. Поскольку владельцами предприятия являются отдельные лица, арбитражный суд решил, что он не должен рассматривать вопрос о предварительной консультации. Вместе с тем дополнительно все же было заявлено, что можно было бы привести веские доводы в пользу проведения консультации с органами власти коренных американских племен или народов в Соединенных Штатах, представители которых и их суве-

ренные права могут затрагиваться и, очевидно, затрагиваются мерами по регулированию торговли табачными изделиями¹².

46. В деле *Саус Америкэн Силвер Майнинг против Многонационального Государства Боливия*, рассматривавшемся Постоянной палатой третейского суда, компания подала иск на сумму 387 млн. долл. США в связи с предполагаемой экспроприацией 10 горнодобывающих концессий и нарушениями справедливого и равноправного режима в соответствии с двусторонним инвестиционным договором между Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии и Многонациональным Государством Боливия. Компания заявила, что приложила законные усилия, с тем чтобы заручиться общим согласием общин, и что против реализации проекта выступает небольшая группа лиц, занимающихся незаконной добычей, и некоторые организации коренных народов при поддержке правительства, разжигающего конфликт. Компания утверждает, что общины неоднократно просили ее продолжить реализацию проекта и что Многонациональное Государство Боливия не обеспечило полную защиту и безопасность, отмечая при этом его явно необоснованное решение не преследовать руководителей коренных общин, учитывая последствия для ее инвестиций¹³.

47. Многонациональное Государство Боливия ответило, что: а) оно действовало в государственных интересах и имело все основания для возврата государственной собственности в соответствии с принципами соразмерности и необходимости, с тем чтобы избежать проблем с безопасностью, связанных с протестами коренных народов, выступающих против реализации проекта, и восстановления общественного порядка; б) оно обеспечивало соблюдение внутреннего законодательства, которое должно было умерить законные ожидания компании, поскольку государство не принимало на себя никаких обязательств по поддержанию стабильности; в) проект нарушает права, признанные в Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов; г) компания пыталась обманным путем заручиться согласием при полном пренебрежении правом соответствующих коренных народов на самоуправление; д) двусторонний инвестиционный договор не содержит положение применимого права, поэтому следует придерживаться системного толкования в соответствии с пунктом 3 с) статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров, в том числе в отношении обязательств в области прав человека, касающихся коренных народов, согласно национальному и международному праву, так как это соответствовало бы изменяющемуся характеру норм, которые касаются справедливого и равноправного режима, обеспечения полной защиты и безопасности, произвольности и экспроприации; и ф) обычное международное право признает верховенство международного права прав человека над защитой интересов инвесторов, ссылаясь на постановление Межамериканского суда по правам человека по делу *Савхоямакса против Парагвая* и статью 103 Устава Организации Объединенных Наций¹⁴.

48. В ответ компания утверждает, что: а) государство не смогло продемонстрировать, как системное толкование приведет к необходимости ослабить средства защиты, предоставленные компании в соответствии с договором, с тем чтобы обеспечить соблюдение предполагаемых прав коренных общин согласно

¹² См. *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. v. United States*, пункты 210 и 212, размещено по адресу www.state.gov/documents/organization/156820.pdf.

¹³ См. уведомление об арбитраже и ответ истца, доступны по адресу <https://pcacases.com/web/view/54>.

¹⁴ См. ответ истца на соответствующий контрмеморандум ответчика, доступен по адресу <https://pcacases.com/web/view/54>.

международному праву; b) Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, Руководящие принципы ОЭСР и Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека являются документами, не имеющими обязательной силы, в то же время Конвенция 1989 года о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни (№ 169), и юридическая практика Межамериканской комиссии по правам человека не носят обязательного характера для Соединенного Королевства и, соответственно, они не являются нормами международного права, применимыми к отношениям между сторонами; c) государство не смогло продемонстрировать, что защита прав коренных народов вышла на уровень обязательств *erga omnes* или почему права человека имеют приоритет перед защитой прав инвесторов.

49. Компания сослалась на позицию Канады по делу *Гранд Ривер Энтерпрайз Сикс Нэйшнс лтд. против Соединенных Штатов* (см. пункт 48), согласно которой Конвенция 1989 года о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни (№ 169), и Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов не являются частью обычного международного права и в решениях предыдущих арбитражных судов по делу *Гламис Голд против Соединенных Штатов* (см. пункт 47) не говорится о применимости прав коренных народов, а по делу *Вон Пезолд и Бордер Тимберс против Зимбабве* (см. пункт 46) о том, что права коренных народов подпадают под сферу действия инвестиционных договоров. Компания считает, что для ослабления средств защиты, предоставляемых инвесторам, необходимо исключение, обеспечивающее приоритет прав коренных народов перед средствами защиты прав инвесторов, и в качестве доказательства этого ссылается на исключение в отношении народности маори, которое используется в качестве стандарта в новозеландских инвестиционных договорах¹⁵.

50. В деле *Бэр Крик Майнинг корп. против Перу*, рассматривавшемся в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров, компания требует возместить более 500 млн. долл. США в связи с якобы имевшей место косвенной экспроприацией, отсутствием справедливого и равноправного режима, дискриминацией и отсутствием полной защиты и безопасности в отношении ее предполагаемых прав на разработку месторождения Санта-Ана, переданного ей в концессию в соответствии с соглашением о свободной торговле между Перу и Канадой. Иск был подан в ответ на протесты коренных народов, которые послужили основанием для отзыва выданного ей разрешения на добычу полезных ископаемых.

51. По утверждению компании протесты, часть из которых носили насильственный характер, были организованы исходя из политических соображений движением, выступающим против деятельности иностранных горнодобывающих компаний, при поддержке коренного народа аймара. Она заявляет, что вместо проведения оценки социальных и экологических условий правительство Перу действовало, исходя из соображений политической целесообразности, и капитулировало на фоне крайнего насилия. Компания заявляет, что она намеревалась соблюдать требования природоохранной разрешительной документации и корпоративной социальной ответственности и провела консультации

¹⁵ Там же.

с коренными народами, поддержавшими проект, реализация которого позволила бы в значительной мере повысить уровень их занятости и доходы¹⁶.

52. В своем ответе государство изложило характер инвестиций, обосновало необходимость своих действий и указало на нарушение установленного порядка проведения консультации и отсутствие свободного, предварительного и осознанного согласия. Утверждается, что проект не носит инвестиционный характер, так как до сих пор не выданы разрешения на его реализацию, включая утверждение оценки воздействия на окружающую среду и общество. Следовательно, у компании никогда не было прав на проведение горнодобывающих работ. Протесты коренных народов более чем на месяц парализовали жизнь в крупнейших городах региона Пуно (Перу) и бурные социальные беспорядки являются следствием глубоко укоренившегося отрицательного отношения коренной общины к горнодобывающей деятельности, а не кукольными представлениями, срежиссированными политиками или политическим театром, как это утверждает компания. Государство утверждает, что лишение концессии, соответственно, не носило дискриминационный характер, и осуществление им своих правоприменительных полномочий было направлено на обеспечение общественной безопасности¹⁷.

53. Что касается требований к проведению консультации и получения согласия, государство утверждает, что компания отвечала за взаимодействие с коренными народами, затрагиваемых проектом, и изучение волнующих их вопросов. Однако компания не смогла организовать консультацию и заручиться согласием всех затрагиваемых коренных народов и общин, как это требовалось от нее согласно соответствующим нормам международного права прав человека, перуанскому законодательству, практике, рекомендуемой правительством Канады и руководящим принципам Международного совета по горнодобывающей деятельности и металлам. В связи с этим государство утверждает, что перуанское законодательство направлено на осуществление Конвенции МОТ 1989 года № 169 о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, которая требует проведения предварительной консультации и на практике означает требование о получении согласия. Государство заявляет, что компания не только должна была организовать процесс консультирования с затрагиваемыми коренными общинами, но и также фактически получить предварительное одобрение, поскольку успешная реализация проекта невозможна без такого одобрения или согласия. Государство также заявляет, что компания не получила бы согласие, если заранее было бы известно о насильственных протестах против нее, продолжавшихся в течение нескольких месяцев. Вместо этого компании удалось заручиться поддержкой горстки общин, расположенных в районе воздействия проекта, однако не соседних общин, которые также были бы затронуты проектом и выступали против него. Такой избирательный и вносящий раскол подход к проведению консультации привел к разжиганию недовольства и конфликта с трансграничными последствиями¹⁸.

54. Колумбийский центр по вопросам устойчивых инвестиций направил ходатайство о приобщении к делу письменного представления, которое, однако,

¹⁶ См. меморандум по существу дела истца, доступен по адресу <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/21&tab=DOC>.

¹⁷ См. контрмеморандум по существу дела и меморандум о юрисдикции ответчика, доступны по адресу <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/21&tab=DOC>.

¹⁸ Там же.

было отклонено арбитражным судом¹⁹. В представлении *amicus* отмечалось несоответствие между пониманием инвестором того, что означает инвестиция, и определением, приведенным в соглашении о свободной торговле. Кроме того, в нем поднимался вопрос о последующей неприменимости нормы справедливого и равноправного режима и неспособности продемонстрировать законные ожидания, даже если исходить из того, что данная норма была применима. Аналогичным образом, в нем указывалось на центральную роль, которую требование запрашивать и получать свободное, предварительное и осознанное согласие должно было бы сыграть в оценке фактов и принятии решения, и на неотложную необходимость обеспечения соблюдения данного требования в свете масштабного, связанного с добывающей деятельностью социального конфликта на всей территории Перу. Согласно представлению, выплата компании компенсации была бы равнозначна предоставлению ей права на эксплуатацию и игнорированию прав коренных народов.

D. Замечания в отношении урегулирования споров между инвесторами и государствами

55. В отношении рассмотренных выше дел можно сделать ряд замечаний. Во-первых, по всем делам, по которым было вынесено решение, международное право прав человека в отношении коренных народов не рассматривалось в качестве источника применимого права. За исключением дела *Гламис Голд против Соединенных Штатов*, права и интересы коренных народов фактически игнорировались арбитражными судами и считались несущественными для разбирательства, несмотря на тот факт, что нарушения их прав и усилия, направленные на то, чтобы их отстоять, были основными вопросами, составлявшими суть разбиравшихся споров, и решения по ним могли иметь глубокие последствия для их прав и благополучия.

56. Решение по этому делу считается перспективным в плане обеспечения уважения и охраны священных для коренных народов мест и свидетельствует о том, что решения могут приниматься с учетом проблем коренных народов и носить инклюзивный характер. Решение арбитражного суда о том, что сокращение на 50% предполагаемых поступлений в результате принятия мер, направленных на охрану священных для коренных народов мест, не представляет собой косвенную экспроприацию и что такие меры не представляют собой явно произвольный отказ в правосудии, подтверждает данную точку зрения.

57. Вместе с тем арбитражный суд, по сути, проигнорировал позицию, изложенную в представлении *amicus* народа кечуа, заключающуюся в том, что международное право прав человека в отношении прав, связанных с делом, должно считаться применимым правом. В связи с этим следует также заметить, что арбитражный суд при определении того, что считается законным ожиданием инвестора, в значительной степени опирался на основательную калифорнийскую законодательную практику в области окружающей среды, создавая тем самым опасный прецедент в юрисдикциях, которые не имеют такой практики.

58. Как отреагировал бы арбитражный суд на такой довод, неизвестно. Альтернативой этому доводу может быть то, что в государствах со слабой системой верховенства права неизбежна законодательная реформа с целью обеспечения уважения прав человека, как только политическая обстановка в них станет достаточно зрелой. Поскольку у государства имеются обязательства в отношении

¹⁹ См. <http://ccsi.columbia.edu/work/projects/participation-in-investor-state-disputes/>.

коренных народов по международному праву прав человека, разумный инвестор должен ожидать, что они в конечном счете будут выполнены, так как любое ожидание, что они не будут выполнены, носит явно необоснованный и незаконный характер. Избежать этой двусмысленности позволила бы более четкая позиция от имени арбитражного суда, заключающаяся в том, что государство оставляет за собой право регулирования с целью защиты прав коренных народов, как это признано международным правом прав человека.

59. Одна из причин, по которой арбитражные суды не способны решать проблемы прав коренных народов, заключается в неспособности государства аргументированно поднимать вопросы прав человека, что также отмечалось арбитражными судами в других делах. Это дело существенно отличается от таких незакрытых дел, как *Бэр Крик Майнинг корп. против Перу* и *Саус Америкэн Силвер Майнинг против Многонационального Государства Боливия*, в которых государства уделяют значительное внимание правам коренных народов, в частности на консультацию и свободное предварительное обоснованное согласие, которые считаются арбитражными судами относящимися к делу. Эта тенденция свидетельствует о возможном наличии синергии между обеспечением защиты прав коренных народов во внутренних нормативно-правовых актах и международных инвестиционных договорах и сокращением риска возбуждения потенциально дорогостоящих судебных исков в контексте мер, сказывающихся на средствах защиты прав инвесторов.

60. Эти дела позволили также поднять важные вопросы, касающиеся ответственности корпораций и государства в отношении проведения консультаций с целью получения свободного, предварительного и осознанного согласия коренных народов, и взаимосвязи такого согласия с созданием возможностей для инвестиционной деятельности, в отношении которой инвестор может требовать защиту. При этом дела также дали возможность арбитражным судам решить вопрос, имеющий первостепенное значение для прав коренных народов, и обеспечить большую согласованность между международным инвестиционным правом и международным правом прав человека. В этой связи возникает всеобъемлющий вопрос, касающийся роли корпоративной политики должной осмотрительности в вопросах прав человека в определении законных ожиданий в условиях, когда социальный конфликт и нарушения прав представляются неизбежными в отсутствие свободного, предварительного и осознанного согласия.

61. Эти дела также служат наглядным примером частых разногласий, которые возникают между режимами международного права прав человека и международного инвестиционного права. В деле *Берлингтон ресурсы инк. против Эквадора* отмечаются разительные различия между выводами Межамериканского суда по правам человека о неоправданном и чрезмерном применении государством силы против коренных народов, что стало угрозой их существованию, и утверждением компании, участвовавшей в урегулировании спора между инвестором и государством, которое состоит в том, что государство не в достаточной мере использовало силу для защиты ее инвестиций от действий коренных народов. Представляется, что ни компания, ни государство в своих доводах не уделили достаточного внимания правам коренных народов.

62. Факт увеличения количества дел по урегулированию споров между инвесторами и государствами может быть обусловлен спекулятивным характером такого урегулирования, поощряющим инвесторов, в частности горнодобывающие компании, деятельность которых сопряжена с риском, добиваться расширенного толкования средств защиты, предусматриваемых соответствующими

международными инвестиционными соглашениями. Аналогичным образом среди государств, находящихся в неблагоприятных с точки зрения рисков условиях, имеет место ожидание того, что тенденция будет и далее идти в направлении снижения вероятности принятия государствами неотложных мер по обеспечению признания, защиты, уважения и соблюдения прав коренных народов, в том числе по устранению исторической несправедливости в отношении претензий на земли.

63. Наглядным примером этого служит решение Межамериканского суда по правам человека по делу *Коренная община Савхоямакса против Парагвая*²⁰. Государство утверждало, что оно не могло осуществлять программы реституции земель, направленные на обеспечение прав коренных народов, из-за средств защиты, предоставленных инвесторам по двустороннему инвестиционному договору с Германией. Суд постановил, что договор не мог толковаться в свете обязательств государства в области прав человека, и, что изъятие земель с целью их возвращения коренному народу может быть оправдано наличием общественной цели или общественного интереса. Хотя это одно из немногих дел, в рамках которых была предпринята попытка согласовать обязательства по международному инвестиционному праву и международному праву прав человека, оно не может служить руководством в отношении того, в какой степени следует предоставлять инвестору компенсацию или какие соображения следует принимать во внимание, чтобы определить, требуется компенсация или нет. Это указывает на необходимость получения от правозащитных органов дальнейших руководящих указаний по этим вопросам.

64. Из дел также следует, что арбитражным судам отводится ограниченная и непоследовательная роль в рассмотрении представлений *amicus* коренных народов. Глубокую обеспокоенность вызывает основание для отклонения представления *amicus* в деле *Вон Пезолд и Бордер Тимберс против Зимбабве*. Как считает компания «Саус Америкэн Силвер», материалы этого дела должны послужить руководством для арбитражных судов в будущем.

65. Точка зрения о том, что коренные народы должны демонстрировать независимость от государства в вопросах, касающихся их прав, не согласуется с ролью государства, как носителя обязательств в отношении этих прав. Отказ арбитражного суда играть основную роль в определении того, что представляет собой коренной народ, вызывает не меньшую тревогу и противоречит международному праву прав человека.

66. По сути, арбитражный суд дистанцировался от любого ущерба, который мог быть причинен правам коренных народов его решением, признав, что его постановление могло сказаться на таких правах, однако пришел к выводу о том, что они не относятся к существу спора и не являются частью применимого права. Это ставит права коренных народов в подчиненное положение по отношению к средствам защиты прав инвесторов и не предусматривает какие-либо варианты для участия или обжалования. Такие доводы касаются самой сути кризиса законности, который претерпевает система международного инвестиционного права. Аргументация, не основанная на компетентности в отношении прав коренных народов, является еще одним доказательством недостатков данной системы.

67. Все сказанное выше отражает факт того, что, по сути, система урегулирования споров между инвесторами и государствами носит состязательный харак-

²⁰ См. www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf.

тер и основана на частном праве, в рамках которого затрагиваемые субъекты третьей стороны, такие как коренные народы, не имеют никакого правового статуса и обладают чрезвычайно ограниченными возможностями для участия. Совершенно недостаточно информации о представлениях и участии *amicus* по просьбе государств в контексте, когда государства и инвесторы причастны к причинению вреда правам коренных народов и извлекают из этого пользу.

68. В своих ответах на вопросники ряд государств указали на подход, принятый Европейским союзом, который в некоторой степени отражен в главе 8 Всеобъемлющего экономического и торгового соглашения между Канадой и Европейским союзом в качестве шага на пути к реформированию систем урегулирования споров. Одной из его прогрессивных особенностей является пересмотренная модель выдвижения государствами-участниками кандидатур арбитров, позволяющая устранить коллизию интересов, возникающую в связи с тем, что арбитры действуют как в качестве советника, так и эксперта, и обеспечить полный доступ к пересмотру дела в апелляционном порядке после вынесения решений. Также следует отметить позицию Бразилии в отношении ее последних двусторонних инвестиционных договоров, которая вместо обеспечения доступа к урегулированию споров между инвесторами и государствами опирается на совокупность посреднических и дипломатических подходов и арбитраж между государствами.

69. Помимо признания необходимости реформирования систем урегулирования споров, государства подчеркивали необходимость гарантировать нормативное пространство, необходимое для реализации прав коренных народов, включая требование о проведении предварительной консультации с целью получения свободного, предварительного и осознанного согласия. Ответы позволяют предположить, что намерения и ожидания государства базирования и принимающего государства при заключении международных инвестиционных соглашений не ограничивают их способность осуществлять права коренных народов. Суть данного предположения состоит в том, что государство оставляет за собой право осуществлять регулирование, не подвергаясь требованиям о компенсации, и что, когда это необходимо, должен обеспечиваться баланс между средствами защиты, которые предоставляются инвесторам, и обязанностью защищать права коренных народов с учетом принципа соразмерности. Специальный докладчик призывает другие государства ответить на ее вопросники, которые предлагаются на английском, французском и испанском языках и будут использоваться для подготовки ее заключительного доклада по данному вопросу.

VI. Транстихоокеанское партнерство

70. Транстихоокеанское соглашение о партнерстве было подписано в 2015 году 12 странами, расположенными на трех континентах, на которые в совокупности приходится львиная доля объема мировой торговли. Значительную долю населения 11 из этих стран составляют коренные народы, все большая часть которых сталкивается с негативным воздействием крупномасштабных проектов, реализуемых на их территориях. Эти народы выражали обеспокоенность по поводу незащищенности их прав в отличие от прав иностранных инвесторов и дисбаланса в отношении средств правовой защиты. Они также раскритиковали отсутствие консультаций в ходе переговоров по Партнерству и каких-либо оценок воздействия на права человека. Как отмечается в докладе Трибунала Вайтанги, неспособность надлежащим образом провести консультацию по Партнерству наносит вред отношениям [с коренными народами]

и в перспективе увеличивает вероятность низкого доверия и враждебных отношений²¹. В этой связи коренные народы требуют проведения добросовестных консультаций перед ратификацией, так как они опасаются, что если не будут предусмотрены надлежащие средства защиты, Партнерство будет способствовать осуществлению проектов и деятельности, которые приведут к дальнейшему конфликту и серьезным нарушениям прав на землю, территории и природные ресурсы, включая их права на традиционные знания.

71. В Транстихоокеанском соглашении о партнерстве ничего не говорится о правах человека. Хотя в нем все же упоминается право регулирования, касающееся целей охраны окружающей среды, здравоохранения или других целей регулирования, оно обосновывается тем, что меры должны соответствовать главам соглашения об инвестициях, что фактически сужает сферу охвата данного права, определенную на основе расширенного толкования средств защиты инвестиций²².

72. Единственным коренным народом, который упоминается в главе об исключениях, является новозеландский народ маори²³. Положение предусматривает благоприятный режим для маори и исключает толкование Договора Вайтанги из процесса урегулирования споров между инвесторами и государствами. Вместе с тем народ маори считает это исключение недостаточным²⁴. Выразив свою обеспокоенность в отношении возможных последствий урегулирования споров между инвесторами и государствами, Трибунал Вайтанги рекомендовал, чтобы народ маори участвовал в назначении арбитров, когда затрагиваются их права.

73. Из положения Транстихоокеанского соглашения о партнерстве об исключении в отношении народа маори следует, что средства защиты прав инвесторов по соглашению и предусматриваемый им механизм урегулирования споров между инвесторами и государствами могут негативно сказаться на признании прав народа маори и, соответственно, прав других коренных народов. Поэтому фактом является также и то, что средства защиты, предоставляемые народу маори в соответствии с этим исключением, по сути, не будут распространяться на все другие коренные народы из-за отсутствия положений об исключении в их отношении.

74. Один из вопросов, на который обратили внимание коренные народы в связи Партнерством, касается его воздействия на контроль коренных народов над своими традиционными знаниями, поскольку в соответствующей главе соглашения о Партнерстве предусматривается укрепление прав корпораций, владеющих правами интеллектуальной собственности, и отсутствует положение о какой-либо защите традиционных знаний, на которые не распространяется режим интеллектуальной собственности. Накопленный на сегодняшний день опыт свидетельствует о том, что в отсутствие надлежащих гарантий возможна коммерциализация традиционных знаний. Аналогичная обеспокоенность существует в отношении генетических ресурсов и биоразнообразия.

²¹ См. Waitangi Tribunal report on the Trans-Pacific Partnership (pre-publication version), размещенный по адресу https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/WT/wt_DOC_104833137/Report%20on%20the%20TPPA%20W.pdf.

²² См. Trans-Pacific Partnership, article 9.15, доступно по адресу <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf>.

²³ Ibid., article 29.6.

²⁴ См. Waitangi Tribunal (сноска 21 выше).

75. Исключение, позволяющее сторонам принимать меры в отношении традиционных знаний в соответствии с их международными обязательствами, включено в главу об исключениях, однако на практике оно может игнорироваться или толковаться арбитрами как малозначимое. Требования по международному праву прав человека и международному экологическому праву в отношении равноправного распределения выгод и общее требование в отношении свободного, предварительного и осознанного согласия не были включены в Транстихоокеанское соглашение о партнерстве, предусматривающее получение согласия лишь в случаях, когда это требуется национальным законодательством.

76. Транстихоокеанское соглашение о партнерстве, закрепляющее права инвесторов и ограничивающее права коренных народов, может иметь особенно серьезные последствия для прав коренных народов во многих богатых ресурсами странах Партнерства, учитывая количество базирующихся в Австралии, Канаде, Малайзии, Новой Зеландии и Соединенных Штатах компаний в таких секторах, как добывающая промышленность, лесоводство, производство пальмового масла и энергетика. Эти ресурсы зачастую расположены в районах, в которых в настоящее время имеют место споры и конфликты между коренными народами и иностранными инвесторами.

VII. Выводы и рекомендации

A. Выводы

77. **Иностранные инвестиции могут способствовать экономическому росту и развитию. Вместе с тем на протяжении продолжительного времени ведутся дискуссии об условиях, которые необходимы развивающимся странам, чтобы получать выгоды от таких инвестиций, и о том, в какой степени международные инвестиционные соглашения способствуют таким условиям²⁵.**

78. **Современный международный публичный порядок требует, чтобы развитие носило устойчивый характер и обеспечивало соблюдение прав человека и демократических принципов. Несмотря на первые шаги, принятые для того, чтобы включить эти стратегические цели в международные инвестиционные соглашения посредством ссылки на необремененное право государства осуществлять регулирование в общественных интересах в преамбулах и содержательных положениях типовых двусторонних инвестиционных договоров, в этих соглашениях редко приводятся ссылки на права человека, и в целом отдача от международного режима инвестиционного права на сегодняшний день недостаточна. Вследствие этого его законность по-прежнему подвергается сомнению.**

79. **Результаты исследования, проведенного Специальным докладчиком в процессе подготовки настоящего доклада, включая семинары и вопросники, указывают на то, что иностранные и внутренние инвестиции оказывают серьезное воздействие на права коренных народов, даже в отсутствие международных инвестиционных соглашений. Поэтому гарантирование**

²⁵ См. К. 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).

прав коренных народов требует не только реформ в рамках международного режима инвестиционного права, но также и значительно более инициативного участия со стороны государств в плане осуществления их обязательств в области прав человека. Однако результаты исследования Специального докладчика также указывают на то, что такие соглашения могут приводить, а в некоторых обстоятельствах, число которых возрастает, приводят к осложнению, стимулированию и усугублению этих серьезных последствий.

80. Как говорится в выводах Трибунала Вайтанги в отношении Транстихоокеанского соглашения о партнерстве, даже когда исключение предусматривается с целью защиты прав коренных народов,

мы не можем сделать однозначные выводы в отношении масштаба ущерба, который урегулирование споров между инвесторами и государствами по Транстихоокеанскому соглашению о партнерстве может причинить Договору о правах и интересах народа маори. Вместе с тем мы все же считаем это серьезным вопросом, достойным дальнейшего тщательного изучения, обсуждения и организации диалога между партнерами по Договору. Мы не принимаем довод Короны о том, что опасения истца в этой связи являются завышенными²⁶.

81. Гармонизация международного инвестиционного права с международным правом прав человека является основной предпосылкой разрешения кризиса законности, уважения прав коренных народов и обеспечения согласованного свода норм международного права. Обеспечивая недопустимость того, чтобы международные инвестиционные соглашения ограничивали область нормативного регулирования, государства могут предупредить возбуждение дел об урегулировании споров между инвесторами и государствами, связанных со значительными расходами, и устранить неопределенность в отношении установленных международным инвестиционным правом пределов суверенитета государства и коренных народов. Кроме того, ссылаясь на аргументы, основанные на международном праве прав человека, в делах по урегулированию споров, государства увеличивают нагрузку на инвесторов в плане проявления должной заботы о правах человека до возбуждения дел об урегулировании споров.

82. Следовательно, защита права государства на осуществление регулирования в общественных интересах взаимосвязана с обеспечением защиты прав коренными народами, так как признание прав коренных народов обеспечивает механизмы, с помощью которых государства могут ограничить упразднение контроля за решениями, касающимися природных ресурсов, для иностранных инвесторов и арбитражных судов, которые должны защищать их интересы.

83. Специальный докладчик считает, что возможно разработать систему международного инвестиционного права, которая снизит риск в отношении прав коренных народов и будет служить как их интересам, так и государства, обеспечив при этом более высокий уровень безопасности для иностранных инвесторов. В целях осуществления этого потребуются как краткосрочные, так и долгосрочные реформы на уровне международного инвестиционного права и внутренних регламентационных баз государств про-

²⁶ См. Waitangi Tribunal (сноска 21 выше).

исхождения и принимающих государств, а также в области политики, практики и обязательств инвесторов.

84. Имеются убедительные доводы в пользу радикального реформирования системы урегулирования споров между инвесторами и государствами и реформирования системы урегулирования инвестиционных споров. Были предложены механизмы, направленные на урегулирование споров между инвесторами и государствами, которые распространяются на затрагиваемые общины и физических лиц посредством использования миссий по установлению фактов и посредничеству и, возможно, судебных органов, учрежденных по образцу такого органа, как Межамериканский суд по правам человека.

85. Необходимо отказаться от устаревшего представления о том, что государства в состоянии гарантировать безопасность для инвесторов, игнорируя при этом права человека коренных народов. Инвесторы должны нести ответственность за оценку социальных и политических рисков, связанных с их инвестициями. В противном случае их ожидания не могут быть законными. Системы урегулирования споров не могут более исключать тех, кто в наибольшей степени затрагивается спорами, которые данные системы призваны урегулировать, в противном случае их решения не будут легитимными. Полное и эффективное участие коренных народов в соответствии с их правом предоставлять или отзывать согласие наряду с обеспечением равенства средств правовой защиты являются основными принципами выхода за рамки нынешней несбалансированной и непоследовательной системы. В этой связи Специальный докладчик призывает к сотрудничеству и творческому мышлению и надеется вскоре приступить к подготовке заключительного доклада, в котором она изучит взаимосвязь между средствами защиты прав инвесторов и правами коренных народов и рассмотрит вопрос о том, как правозащитный подход и подход, ориентированный на устойчивое развитие, могут стать источниками информации для будущего международного инвестиционного права.

В. Рекомендации

Содержание международных инвестиционных соглашений

86. Международные инвестиционные соглашения должны включать надлежащим образом сформулированные положения в отношении права осуществлять регулирование. Эти положения должны:

а) быть разработаны без использования обуславливающих формулировок в отношении права осуществлять регулирование в общественных интересах;

б) сохранять данное право при строгом соблюдении обязанностей государства защищать, уважать и осуществлять права коренных народов в соответствии с обязательствами по международному праву, включая международное право прав человека;

в) применяться ко всем стандартам защиты инвесторов, касающимся справедливого и равноправного режима, полной защиты и безопасности и косвенной экспроприации;

г) содержать четкие формулировки о том, что добросовестные меры, принимаемые с целью обеспечения соблюдения прав человека,

не представляют собой нарушение международных инвестиционных соглашений и не подлежат компенсации.

87. Следует разработать механизмы внесения поправок в существующие международные инвестиционные соглашения для включения права осуществлять регулирование и обеспечения уважения прав человека.

88. В преамбулы международных инвестиционных соглашений следует включить положения об уважении прав человека в качестве стратегической цели²⁷.

89. В случаях когда право осуществлять регулирование недостаточно защищено в международных инвестиционных соглашениях, в них следует включить положения об общих исключениях в отношении мер, направленных на поощрение равенства и устранение исторически сложившейся дискриминации, или положения об исключениях, применяющиеся в конкретных обстоятельствах, или положения, действующие только при урегулировании споров между инвесторами и государствами в отношении мер по обеспечению прав коренных народов²⁸. Положения об исключениях, применяющиеся в конкретных обстоятельствах, должны быть разработаны в сотрудничестве с коренными народами.

90. Положения о юрисдикции должны запрещать претензии, предъявляемые:

а) в отношении инвестиций, которые не отвечают законодательству, включая международное право прав человека;

б) номинальными компаниями и компаниями – почтовыми ящиками, учрежденными в юрисдикциях исключительно или прежде всего с целью воспользоваться преимуществами, обеспечиваемыми средствами защиты, предусмотренными в международных инвестиционных соглашениях.

91. Средства защиты инвестиций, в частности справедливый и равноправный режим, полная защита и безопасность и запрещение экспроприации, должны применяться только к инвестициям, осуществляемым в установленном порядке. Они не должны применяться до проведения консультаций, организуемых с целью получения свободного, предварительного и осознанного согласия коренных народов, или до заключения договорных соглашений с соответствующими коренными народами.

92. Международные инвестиционные соглашения и пояснительные комментарии к ним должны предоставлять государствам право выдвигать встречные претензии с целью удовлетворения встречного требования, возникающего в связи с вмешательством инвестора в выполнение ими своих обязательств по международному праву прав человека.

Переговорный процесс

93. В соответствии с рекомендациями Специального докладчика, изложенными в ее докладе Генеральной Ассамблее (A/70/301) за 2015 год:

²⁷ См., например, типовые двусторонние соглашения Норвегии, Международного института устойчивого развития и Сообщества по вопросам развития стран юга Африки.

²⁸ См. типовой двусторонний инвестиционный договор Международного института устойчивого развития.

а) в сотрудничестве с коренными народами должны быть разработаны надлежащие процедуры и механизмы проведения консультаций в отношении подготовки проектов международных инвестиционных соглашений, ведения переговоров по ним и их утверждения, а их право на консультацию должно быть гарантировано до ратификации Транстихоокеанского соглашения о партнерстве;

б) оценки воздействия на права человека должны проводиться при подготовке всех торговых и инвестиционных соглашений после проведения оценок воздействия, предусмотренных Руководящими принципами предпринимательской деятельности в аспекте прав человека, разработанными Специальным докладчиком по вопросу о праве на питание.

94. Государства должны проводить переговоры по международным инвестиционным соглашениям в соответствии со своими обязательствами по международному сотрудничеству по Международному пакту об экономических, социальных и культурных правах и согласно доктрине чистых рук в отношении прав коренных народов.

95. Государства должны проводить переговоры по международным инвестиционным соглашениям в соответствии со своими обязательствами по международному сотрудничеству по международному праву прав человека и согласно доктрине чистых рук путем проведения оценок воздействия на права человека, принятия надлежащих мер по обеспечению должной осмотрительности и формированию знаний в отношении всех потенциальных последствий для прав коренных народов как в государстве происхождения, так и за рубежом.

Урегулирование инвестиционных споров

96. Органы по урегулированию инвестиционных споров при рассмотрении дел, связанных с воздействием на права коренных народов, должны содействовать сближению норм прав человека с положениями международных инвестиционных соглашений путем:

а) применения подходов, основанных на международном праве прав человека, при оценке всех прав, касающихся рассматриваемого спора, рассмотрения всех вопросов необходимости исходя из правозащитных требований, таких как ликвидация расовой дискриминации, применения принципа соразмерности и признания серьезных последствий реализации широкомасштабных проектов для прав коренных народов на самоопределение и благополучие;

б) уделения должного внимания международному праву прав человека при толковании средств защиты инвестиций и определения инвестиции и обеспечения того, чтобы их решения уважали обязанность государства осуществлять регулирование в соответствии с законом независимо от того, предусматривается ли прямо соответствующими международными инвестиционными соглашениями право на регулирование;

в) учета обязанностей инвесторов в области прав человека, как это предусмотрено Руководящими принципами предпринимательской деятельности в аспекте прав человека;

г) обеспечения того, чтобы применимое право включало все договора по международному праву прав человека, ратифицированные каждым государством-участником, и Декларацию Организации Объединенных

Наций о правах коренных народов; в качестве разъяснительного руководства по их применению к коренным народам;

e) придания значения законным ожиданиям государств в отношении их способности защищать права коренных народов;

f) признания права на вмешательство соответствующих коренных народов посредством представлений *amicus* и обеспечения всестороннего рассмотрения их доводов;

g) толкования положений договоров между инвесторами и государствами, включая стабилизационные оговорки, охватываемых такими соглашениями в рамках зонтичных оговорок, так чтобы это не ограничивало способность государства защищать права коренных народов;

h) осведомленность о роли вклада иностранных корпораций в нарушениях прав коренных народов и юрисдикционных, финансовых, культурных, технических, материально-технических и о политических препятствиях, с которыми сталкиваются коренные народы при попытках привлечь корпорации к ответственности;

i) предотвращения вынесения решений, которые содействуют эффекту замораживания в вопросах нормативного регулирования в отношении прав коренных народов или фактическому оправданию причастности корпораций к нанесению ущерба правам коренных народов;

j) отказа принимать коммерческую тайну во всех ситуациях, за исключением самых экстремальных, в качестве препятствия на пути обеспечения прозрачности в контексте регламентационной деятельности в отношении основных прав человека.

97. Государствам следует:

a) поощрять рассмотренную выше практику в пояснительных комментариях;

b) ратифицировать Конвенцию Организации Объединенных Наций о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров;

c) назначить арбитров, обладающих знаниями в области прав коренных народов, и принимать участие в совместных усилиях по толкованию соответствующих международных инвестиционных соглашений в отношении прав коренных народов;

d) избегать включения зонтичных оговорок в двусторонние инвестиционные договоры;

e) укреплять свою правозащитную аргументацию, используемую в ответах на претензии, предъявляемые в процессе урегулирования споров между инвесторами и государствами, подчеркивая свою обязанность осуществлять регулирование в целях защиты прав коренных народов и ответственность корпораций за уважение этих прав.

Корпоративные обязательства

98. Международные инвестиционные соглашения должны:

a) предусматривать ответственность корпораций за соблюдение прав человека, включая требование проявлять должную осмотритель-

ность, и предотвращение, смягчение и возмещение ущерба правам человека, к которому они могут быть причастны, в частности в отношении уязвимых групп, таких как коренные народы;

b) защищать только добросовестные инвестиции. При наличии доказательств недостаточного проявления должной осмотрительности или роли корпораций в причинении ущерба правам человека должны иметься четкие положения, предусматривающие лишение преимуществ, обеспечиваемых в рамках защиты прав инвесторов, в плане доступа к урегулированию споров между инвесторами и государствами через обязанность арбитражных судов не признавать юрисдикцию, используя механизмы лишения юридической силы корпоративных прав в таких обстоятельствах;

c) требовать предоставления корпорациями отчетности в отношении потенциального воздействия их деятельности на права коренных народов и мер, принимаемых с целью предотвращения и смягчения таких последствий.

99. Государствам следует рассмотреть возможность:

a) включения положений международных инвестиционных соглашений в отношении корпоративной ответственности во внутреннее законодательство, с тем чтобы обеспечить их соблюдение;

b) разработки механизма обзора соблюдения корпорациями своей обязанности уважать права человека, опираясь на существующие процессы, включая договорные и уставные органы Организации Объединенных Наций, национальные контактные пункты ОЭСР и инспекционные группы международных финансовых учреждений, в целях обеспечения должного внимания к выводам по соответствующим претензиям, предъявляемым в рамках инвестиционных споров.

100. Инвесторы должны:

a) осуществлять свою деятельность на основе допущения о непрерывности развития регламентационных баз, с тем чтобы неуклонно осуществлять права коренных народов, как это прямо предусматривается международным правом прав человека;

b) оказывать поддержку переходу к модели инвестиционной деятельности, которая поощряет осуществление прав человека.

Дополнительные меры, необходимые для смягчения последствий международных инвестиционных соглашений

101. Международные и региональные правозащитные органы должны продолжать выпускать рекомендации в отношении обязанностей государства происхождения и принимающего государства регулировать поведение корпораций и рассмотреть возможность разработки общих рекомендаций или консультативных заключений об ответственности государств происхождения в отношении прав коренных народов и взаимосвязи защиты инвестиций и прав человека.

102. Государства происхождения должны принять положение об экстерриториальном регулировании в отношении последствий деятельности своих корпораций для прав коренных народов за рубежом и обеспечить его соблюдение, а также привлечение корпораций к ответственности за любые

нарушения прав человека, включая лишение средств защиты, предусмотренных международными инвестиционными соглашениями.

103. Принимающие государства должны соблюдать свою обязанность осуществлять регулирование в отношении прав коренных народов:

- a) на земли, территории и ресурсы, требующие размежевания на основе традиционного землепользования, владения и распоряжения;
- b) реституцию земель, территорий и ресурсов, отчужденных без свободного, предварительного и осознанного согласия;
- c) самоопределение, в силу которого они могут определять свое социальное, культурное и экономическое развитие, сохранять и развивать свои учреждения, традиции и процессы принятия решений;
- d) проведение добросовестной консультации в целях предоставления свободного, предварительного и осознанного согласия в отношении мер, которые затрагивают их права;
- e) свои верования и традиционные знания;
- f) ведение постоянного и устойчивого образа жизни по своему собственному выбору.

104. Государственные учреждения, отвечающие за защиту прав коренных народов, должны обеспечивать, чтобы иностранным инвесторам предоставлялась информация о необходимости уважения прав коренных народов и обязательстве государства неуклонно осуществлять эти права.

105. Коренные народы могут рассмотреть возможность публичного декларирования своих ожиданий в отношении реализации любых возможных инвестиционных проектов на их территориях, например в рамках консультации и протоколов свободного, предварительного и осознанного согласия, чтобы таким образом влиять на потенциальные законные ожидания инвесторов.

106. Международные финансовые учреждения, включая Всемирный банк, должны обеспечить выполнение своих стандартов деятельности с учетом изменений международных норм в области прав человека, в том числе в отношении требования о свободном, предварительном и осознанном согласии.

107. В целях приостановления или прекращения действия международного инвестиционного соглашения, которое затрагивает права коренных народов, государства могут ссылаться на статью 62 (2) Венской конвенции о праве международных договоров в отношении коренного изменения обстоятельств, таких как признание коренных народов в пределах своих границ. Для этого им требуется продемонстрировать, что: a) такое признание нельзя было предвидеть при заключении договора, что может быть обусловлено изменением представлений в государствах Азии и Африки о том, что такое коренной народ в этих регионах; b) изменение коренным образом изменяет сферу действия обязательств, все еще подлежащих выполнению по договору, что может иметь место, учитывая требование о получении свободного, предварительного и осознанного согласия коренных народов в отношении инвестиционных планов; и c) изменение, на которое ссылается участник договора, не является результатом нарушения этим участником либо обязательства по договору, либо иного международного обязательства, взятого им на себя по отношению к любому другому участнику

договора, т.е. то, что в результате признания прав коренных народов в пределах границ принимающего государства не соблюдается этот критерий.

Долгосрочная реформа

108. Долгосрочная реформа международного инвестиционного права требует изменения представлений о цели и характере международных инвестиционных соглашений и механизмов урегулирования споров. На смену представлениям об их роли, заключающейся исключительно или даже, возможно, в первую очередь в защите прав инвесторов, должно прийти понимание в рамках более широкой государственной политики и системы международного права, соответствующее нынешнему этапу глобализации и взаимозависимости экономики, с тем чтобы законные средства защиты прав инвесторов гармонично взаимодействовали с правами коренных народов и правами человека и не служили препятствием на пути к достижению долгосрочных целей государственной политики и не содействовали дальнейшей фрагментации международного порядка. Это требует переосмысления аспектов системы международного инвестиционного права, которые не отвечают поставленной цели, заключающейся в том, чтобы обеспечить защиту законных прав инвесторов и потребность в разумной предсказуемости, гарантируя при этом право государства осуществлять регулирование и защищать основные права человека не были подчинены экономическим интересам наиболее могущественных групп.

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 meetings 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 Ciudadano, 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	Mainyoiito 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 Papić	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» (June 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 led 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.
