



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
5 August 2015
Russian
Original: English

Семидесятая сессия

Пункт 73(b) предварительной повестки дня*

Поощрение и защита прав человека: вопросы прав человека, включая альтернативные подходы в деле содействия эффективному осуществлению прав человека и основных свобод

Содействие установлению демократического и справедливого международного порядка

Записка Генерального секретаря

Генеральный секретарь имеет честь препроводить Генеральной Ассамблее четвертый доклад Независимого эксперта по вопросу о содействии установлению демократического и справедливого международного порядка Альфреда Мориса де Зайаса, представляемый в соответствии с резолюцией 69/178 Ассамблеи.

* A/70/150.



Доклад Независимого эксперта по вопросу о содействии установлению демократического и справедливого международного порядка

Резюме

Настоящий четвертый доклад Независимого эксперта Генеральной Ассамблеи посвящен воздействию урегулирования споров между инвесторами и государством на установление демократического и справедливого международного порядка и подготовлен с использованием материалов готовящегося доклада Совету по правам человека о международных инвестиционных договорах (A/HRC/30/44). Независимый эксперт призывает Генеральную Ассамблею запросить у Международного Суда консультативное заключение о преимущественной силе Устава Организации Объединенных Наций и конвенций Организации Объединенных Наций по правам человека по отношению к другим договорам.

I. Введение

1. Согласно Докладу о мировых инвестициях за 2015 год рост недовольства нынешним функционированием глобального режима международных инвестиционных договоров, в совокупности с сегодняшним императивом устойчивого развития, усилением роли государства в экономике и изменением инвестиционного ландшафта, дал импульс процессу реформирования международных инвестиционных норм, призванному сделать их более созвучными стратегическим вызовам современности. В результате этого данный режим находится на этапе анализа, критического обзора и пересмотра. Как показывают итоги Всемирного инвестиционного форума, прошедшего в октябре 2014 года под эгидой Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД), жаркие дискуссии, развернувшиеся во многих странах, а также различные парламентские слушания, в том числе и на региональном уровне, складывается общее мнение о необходимости реформировать режим международных инвестиционных договоров таким образом, чтобы он действовал во благо всех заинтересованных сторон. Вопрос не в том, проводить ли реформу, а в том, что именно реформировать, как и в какой мере¹.

2. Настоящий четвертый доклад Независимого эксперта Генеральной Ассамблеи следует рассматривать совместно с его докладом, представляемым предстоящей тридцатой сессии Совета по правам человека (A/HRC/30/44), в котором он анализирует действие международных инвестиционных договоров. Настоящий доклад посвящен механизмам урегулирования споров между инвесторами и государством, создаваемым в связи со многими международными инвестиционными договорами, и неблагоприятным последствиям их действия для установления демократического и справедливого международного порядка. В своем докладе Независимый эксперт сводит воедино анализ подготовленных ЮНКТАД Доклада о торговле и развитии за 2014 год² и Доклада о мировых инвестициях за 2015 год, а также докладов учрежденной Советом по правам человека Рабочей группы по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях³ и специальных докладчиков по вопросам об иностранной задолженности, о правах на питание, питьевую воду, охрану здоровья, об окружающей среде, о крайней нищете, правах коренных народов, независимости судей и адвокатов и международной солидарности. Он принимает к сведению научные труды по вопросу об обязательствах негосударственных субъектов в области прав человека⁴.

¹ UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, United Nations publication, Sales No. E.15.II.D.5, chap. IV, introduction.

² United Nations publication, Sales No. E.14.II.D.4.

³ Доступно на www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx.

⁴ A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Oxford University Press, 2006); A. Clapham, ed., *Human Rights and Non-State Actors* (Elgar, 2013); O. De Schutter, "The accountability of multinationals for human rights violations in European law", New York University School of Law, 2004; O. De Schutter, "Human rights and transnational corporations: paving the way for a legally binding instrument", workshop convened by Ecuador on 11 and 12 March 2014 during the twenty-fifth session of the Human Rights Council; H. Verbitsky and J. Bohoslavsky, *Cuentas Pendientes: Los Cómplices Económicos de la Dictadura* (Buenos Aires, Siglo XXI, 2013); International Commission of Jurists, *Needs and Options for a New International Instrument in the Field of Business and Human Rights*; Amnesty International,

3. Полезность доклада связана с тем, что в нем идентифицированы угрозы установлению демократического и справедливого международного порядка, создаваемые международными инвестиционными договорами, не основанными на правах человека, и арбитражными механизмами урегулирования споров между инвесторами и государством, поскольку они сужают государству пространство для маневра в области нормативного регулирования и не обязывают арбитров отдавать приоритет нормам договоров о правах человека. В докладе подчеркивается насущная необходимость разрабатывать будущие договоры таким образом, чтобы предотвратить злоупотребления, имевшие место в прошлом, и содержится призыв к коренному пересмотру 3200 действующих международных инвестиционных договоров, включая свыше 1500 договоров с истекающим сроком действия⁵. Независимый эксперт излагает новый взгляд на данный вопрос, основываясь на независимом подходе, в котором отводится центральное место правам человека и особо подчеркиваются положения Венской конвенции о праве международных договоров, непосредственно касающиеся возможности пересмотра или прекращения действия некоторых инвестиционных договоров, а также упразднения механизмов урегулирования споров между инвесторами и государством как противоречащих добрым обычаям и традициям и несовместимых с положениями Международного пакта о гражданских и политических правах и Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах.

4. В соответствии с пунктом 6 резолюции 69/178 Генеральной Ассамблеи Независимый эксперт признает, что для установления демократического и справедливого международного порядка требуется, в частности, обеспечить следующее: реализацию права народов и наций на постоянный суверенитет над своими природными богатствами и ресурсами; реализацию права каждого человека и всех народов на развитие; международную солидарность; содействие справедливому доступу к благам международного распределения богатства благодаря более активному международному сотрудничеству, в частности в рамках международных экономических, торговых и финансовых отношений; общую ответственность народов мира за управление глобальным социально-экономическим развитием, а также устранение угроз международному миру и безопасности на многосторонней основе.

5. Во исполнение пункта 11 резолюции он стремился выявлять препятствия и обязался продолжать настойчиво добиваться установления нового международного экономического порядка, основанного на справедливости, суверенном равенстве, взаимозависимости, общности интересов и сотрудничестве всех государств. Он также осознает, что одним из аспектов его мандата является профилактический аспект, и напоминает содержащееся в пункте 12 подтверждение того, что международному сообществу следует разработать пути и средства для устранения нынешних препятствий и решения проблем, стоящих на пути полного осуществления всех прав человека, и для предотвращения дальнейших связанных с ними нарушений прав человека во всем мире.

"India: court decision requires Dow Chemical to respond to Bhopal gas tragedy", 3 July 2013; J. Wronka, *Human Rights and Social Justice: Social Action and Service for the Helping and Health Professions* (Sage, 2008); V. Nerlich, "Core crimes and transnational business corporations", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, No. 3 (July 2010), pp. 895–908.

⁵ UNCTAD, *World Investment Report*, chap. IV, p. 162.

б. В последние годы государства, межправительственные организации, неправительственные организации и религиозные учреждения⁶ все яснее осознают, что режим международных инвестиционных договоров создает серьезные угрозы осуществлению прав человека, однако никакого глобального решения не найдено, возможно, из-за сложности этих проблем и влияния транснациональных компаний и инвесторов, последовательно выступающих против реформ. Непредвзятому наблюдателю не составит труда понять суть двух основополагающих онтологических конструкций, о которых идет речь. Первая из них — это онтология государства, смысл которой — в законотворчестве в интересах общества: принятии законов, нормативных актов и практических мер, обеспечивающих благополучие проживающих в его юрисдикции лиц, включая совершенствование трудовых норм, укрепление продовольственной безопасности, обеспечение чистой водой, медицинское обслуживание, обеспечение здоровой окружающей среды, надлежащего жилья и отправление правосудия прозрачной и подотчетной системой судов. Некоторые считают эту онтологическую конструкцию социальным контрактом. Вторая онтологическая конструкция — это онтология инвестиций, бизнеса, предпринимательства, банковского дела и иной свободной экономической деятельности. В силу своей природы эти виды деятельности предполагают готовность идти на риск, что оправдывает ожидания прибыли. Но можно ли во всех случаях гарантировать прибыль инвестору, играющему на бирже, или банку, выдающему кредиты без надлежащего залога? Нет, потому что иногда инвесторы оказываются в выигрыше, а иногда — в проигрыше. А вот если инвестор требует гарантий прибыли, создания параллельной системы внесудебного разрешения споров (которая зачастую не является независимой, прозрачной и подотчетной, а ее решения даже не подлежат обжалованию), пытается узурпировать функции государства и посягнуть на государственное регулирование налогово-бюджетных вопросов в интересах общества, — это уже ненормально. Последние 25 лет изобилуют примерами злоупотребления правами со стороны инвесторов и беспринципных арбитражных решений, которые не только повлекли за собой нарушения прав человека, но и "охладил пыл" регулирующих органов или даже "связали им руки", вынудив государства воздержаться от принятия мер регулирования в области удаления отходов или борьбы против табака из опасения их опротестования в судах по урегулированию споров между инвесторами и государствами, которые защищают игроков, осуществляющих рискованные инвестиции, и препятствуют осуществлению государствами нормативного регулирования, навязывая вместо этого "меры жесткой экономии" на социальных услугах. Здесь можно провести параллель с мерами по спасению терпевших бедствие банков во время финансового кризиса 2007–2008 годов, на которые были затрачены миллиарды долларов из государственного бюджета, а также с нынешней практикой спасения спекулятивных инвесторов, осуществляющих риско-

⁶ См., в частности, речь папы Франциска в Санта-Круссе, Боливия, 10 июля 2015 года: "Проявления нового колониализма разнообразны. Подчас он проявляется во влиянии безличной власти денег: деятельности корпораций, кредитных учреждений, в действии определенных договоров о "свободной торговле" и во введении мер "жесткой экономии", всегда вынуждающих трудящихся и бедняков затягивать свои пояса". Быть может, это созвучно словам Св. Иеронима: *Homo mercator vix aut nunquam potest Deo placere* ("Торговец едва ли может — или вовсе не может — быть угодным Богу"). http://en.radiovaticana.va/news/2015/07/10/pope_francis_speech_at_world_meeting_of_popular_movements/1157291; www.latribunadejulianromero.blogspot.com.es/2014/10/couple-of-couplespar-de-pares.html?m=1.

ванные операции без страховки. Это равносильно приватизации прибыли и перекладыванию бремени убытков на общество. Связанный с мандатом докладчика вопрос о препятствиях на пути установления демократического и справедливого международного порядка требует признать, что международные инвестиционные договоры и механизмы урегулирования споров между инвесторами и государством оказывают неблагоприятное воздействие на права человека.

II. Парадоксы

7. В течение прошедших 70 лет Организация Объединенных Наций дирижировала великолепным нормотворческим оркестром, усилиями которого на мировую арену вышла не только Всеобщая декларация прав человека, но и ряд имеющих обязательную юридическую силу документов, включая 10 основных международных договоров по правам человека и бесчисленные декларации и резолюции, такие как Декларация об установлении нового международного экономического порядка, Декларация о праве на развитие и Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов. Решение благородной задачи кодификации и совершенствования норм в области прав человека продолжается. Кроме того, Организация Объединенных Наций создала механизмы осуществления, в том числе договорные органы, такие, как Комитет по правам человека и Комитет по экономическим, социальным и культурным правам, которые способствовали прогрессу в области нормотворчества посредством принятия замечаний общего порядка по отдельным положениям международных пактов, а также осуществляли наблюдение, рассматривали периодические доклады государств-участников и проводили поездки на места. Комиссия по правам человека учредила механизм специальных процедур, состоящий из рабочих групп, специальных докладчиков и независимых экспертов, на каждого из которых возлагается конкретный тематический или страновой мандат. Пришедший на смену Комиссии Совет по правам человека расширил круг вопросов, охватываемых специальными процедурами, и разработал механизм универсального периодического обзора. Государства принимали на себя обязательства, например, в связи с целями в области развития, сформулированными в Декларации тысячелетия, и повесткой дня в области развития на период после 2015 года. Итогом третьей Международной конференции по финансированию развития, состоявшейся в июле 2015 года в Аддис-Абебе, стало принятие Аддис-Абейской программы действий и согласование проекта итогового документа⁷ саммита Организации Объединенных Наций для принятия повестки дня в области развития на период после 2015 года, который запланировано провести в Нью-Йорке в сентябре 2015 года; формулировки этого документа заслуживают существенного усиления. Независимый докладчик приветствует тот факт, что финансированию развития уделяется больше внимания, однако выражает озабоченность тем, что в условиях существования 3200 международных инвестиционных договоров, особенно механизмов урегулирования споров между инвесторами и государством, перспективы осуществления Программы действий могут оказаться иллюзорными.

⁷ "Преобразование нашего мира: повестка дня в области устойчивого развития на период до 2030 года". Доступно на <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/7891TRANSFORMING%20OUR%20WORLD.pdf>.

8. На региональном уровне мы были свидетелями принятия Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Европейской конвенции о правах человека) и Протоколов к ней, Американской конвенции о правах человека и Африканской хартии прав человека и народов; всеми этими документами предусмотрено учреждение судов по правам человека, полномочных выносить постановления, имеющие обязательную юридическую силу. Эта широкомасштабная деятельность по нормотворчеству, мониторингу и осуществлению представляет собой проявление *opinio juris*, служащее источником международного обычного права в области прав человека, которое не может игнорировать ни одно государство, ни один негосударственный субъект. Имеется много работ, в которых показано, что международная система прав человека носит характер *erga omnes*. Теперь необходимо разъяснение того, как наилучшим образом претворить этот принцип в жизнь и недвусмысленное заявление Международного Суда о примате обязательств по международным договорам о правах человека над другими договорами.

9. Как ни парадоксально, государства заключают двусторонние и многосторонние договоры о свободной торговле и инвестициях, которые препятствуют соблюдению ими обязательств по международным договорам о правах человека и приводят к нарушению гражданских, культурных, экономических, политических и социальных прав. Возможно, их влекут сладкоголосые посулы экономического роста и занятости, но они редко отдают себе отчет в том, что инвесторы приходят в их страны за прибылью, что они будут противиться проверке их деятельности органами по правам человека и что они отвергают обязательства, имеющие силу закона. Вместе с тем государства остаются связанными нормами международных пактов и обязаны принять меры к тому, чтобы негосударственные субъекты, ведущие деятельность на их территории, не нарушали права человека. На государства возложена ответственность по защите, особенно в части отправления правосудия. Статья 14 Международного пакта о гражданских и политических правах требует от государств обеспечить рассмотрение гражданских исков компетентным и независимым судом в условиях прозрачности и подотчетности⁸. Как ни парадоксально, государства соглашаются на учреждение специальных арбитражных судов по разрешению споров между инвесторами и государством, которые зачастую не являются независимыми, прозрачными и подотчетными. В ряде опубликованных исследований были преданы огласке вопиющие злоупотребления, совершенные специализированными юридическими фирмами в сговоре с арбитрами и корпорациями, воспользовавшимися этой системой "приватизированного правосудия", чтобы избежать рассмотрения споров в государственных судах в соответствии со статьей 14. При наличии устоявшейся и эффективно функционирующей национальной правовой системы механизм урегулирования споров между инвесторами и государством не приносит особой пользы, однако в нем непосредственно заинтересованы влиятельные инвесторы и транснациональные корпорации, и это затрудняет его упразднение⁹.

⁸ Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 32 (2007).

⁹ P. Eberhardt and C. Olivet, *Profiting From Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fuelling an Investment Arbitration Boom* (Brussels/Amsterdam, Corporate Europe Observatory, 2012); Corporate Europe Observatory, "Profiting from crisis. How corporations and lawyers are scavenging profits from Europe's crisis countries". 2014.

10. Парадоксально, что, хотя государства обязаны соблюдать положение об участии граждан в ведении государственных дел, содержащееся в статье 25 Международного пакта, они заключают договоры втайне и не допускают к этому процессу важнейшие заинтересованные стороны, в том числе профсоюзы, общества потребителей, работников здравоохранения и природоохранные общественные объединения. Иногда тайные договоры проводят через парламенты в ускоренном порядке, чтобы не допустить участия общественности в этом процессе. С точки зрения демократии такие договоры нелегитимны.

11. Так что же, в отсутствие суда, полномочного налагать санкции на государства, не исполняющие свою обязанность по защите, и механизма принуждения инвесторов к исполнению обязательств, имеющие силу закона обязательства государств по договорам о правах человека ничего не значат? Имеют ли юридические обязательства по договорам о правах человека меньший вес по сравнению с обязательствами по договорам о свободной торговле и инвестиционным договорам? Являются ли договоры о правах человека всего лишь моральным "фиговым листком" глобализации?

12. Невзирая на качественную диагностику, выполненную, например, ЮНКТАД, и на пронизательный анализ, проведенный рядом экспертов, в том числе Джозефом Стиглицем, Полом Кругманом и Иеронимом Капальдо, правительства под давлением транснациональных корпораций продолжают заключать новые международные инвестиционные договоры, содержащие положения о разрешении споров между инвесторами и государством, которые лишь ухудшат ситуацию и в конечном итоге приведут к распаду этой системы или даже к возникновению кризисной ситуации, угрожающей миру и безопасности на местном, региональном или международном уровнях.

13. В качестве одной из причин создания арбитражных судов по урегулированию споров между инвесторами и государством называлось недоверие инвесторов к национальным системам правосудия и предпочтение, которое они отдавали созданию отдельного судебного органа для разрешения торговых споров. Трудно понять, по каким причинам какое-либо государство согласится с подразумеваемым признанием его национальных судов непригодными к отправлению правосудия и пойдет на создание приватизированной системы разрешения споров, которая, по общему признанию, не отличается ни независимостью, ни прозрачностью, ни подотчетностью.

III. Ключевые нормы и принципы

14. Все государства — члены Организации Объединенных Наций связаны ее Уставом, представляющим собой нечто вроде мировой конституции. В статье 103 Устава говорится: "В том случае, когда обязательства Членов Организации по настоящему Уставу окажутся в противоречии с их обязательствами по какому-либо другому международному соглашению, преимущественную силу имеют обязательства по настоящему Уставу". Это означает, что двусторонние и многосторонние договоры о свободной торговле и инвестициях, содержащие противоречащие Уставу положения, должны быть переработаны или расторг-

нуты, а несовместимые положения подлежат отделению в соответствии с доктриной делимости¹⁰.

15. В соответствии с основополагающим принципом международного права *pacta sunt servanda*, закрепленном в статье 26 Венской конвенции о праве международных договоров, существующие договоры надлежит исполнять "добросовестно", и никакой последующий договор не может считаться легитимным, если он препятствует исполнению обязательств по существующим договорам, если только стороны прямо не договорятся о внесении изменений в прежние договоры. Проблема случайно возникшей несовместимости может быть разрешена в конструктивном духе путем толкования последующего договора в ракурсе, соответствующем предшествующему договору, с применением статей 31 и 32 Конвенции. В соответствии со статьей 103 Устава последующие договоры должны в любом случае соответствовать Уставу и являются недействительными, если они препятствуют осуществлению его целей и принципов, включая его положения о правах человека. Данный аргумент представляется обоснованным в том смысле, что, поскольку на момент заключения международных инвестиционных договоров большинство подписавших их государств уже являлись сторонами договоров Организации Объединенных Наций о правах человека, в том числе Международных пактов, принцип *pacta sunt servanda* требует исполнения этих договоров Организации Объединенных Наций, и международные инвестиционные договоры надлежит трактовать и применять таким образом, чтобы это не противоречило Уставу или договорам Организации Объединенных Наций, в том числе Конвенции 1989 года о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни (№ 169) Международной организации труда (МОТ), Рамочной конвенции Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ) по борьбе против табака, конвенций Продовольственной и сельскохозяйственной организации Объединенных Наций (ФАО) и Детского фонда Организации Объединенных Наций (ЮНИСЕФ), а также Конвенции о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды (Орхусская конвенция) Европейской экономической комиссии.

16. Согласно обычному международному праву и статье 53 Венской конвенции договоры или положения договоров, противоречащие императивным нормам международного права (*jus cogens*), противоречат добрым обычаям и традициям и, следовательно, являются ничтожными¹¹. К ним относится род кон-

¹⁰ См. краткие отчеты о работе Комиссии международного права; Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 24 (1994); Roslyn Moloney, "Incompatible reservations to human rights treaties: severability and the problem of State consent", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 5, No. 1 (May 2004).

¹¹ Герш Лаутерпахт высказал в первом докладе Комиссии международного права по теме "Право международных договоров" предположение о том, что "столь убедительные правила международной морали" могли бы представлять собой принципы международного публичного порядка, способные лишать договоры юридической силы. См. *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol II. См. также работу Майкла Эйкхерста, который утверждает, что мораль является основой процесса приобретения императивного характера нормами договорного или обычного права. М. Akehurst, "The hierarchy of sources in international law", *British Yearbook of International Law*, vol. 47, No. 1 (1975), pp. 273, 283. См. далее краткий отчет о 683-м заседании Комиссии международного права (A/CN.4/SR.683) (1963 год), пункт 45, размещенный на http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/summary_records/a_cn4_sr683.pdf&lang=EFS. Альфред

трактов и договоров, которые приводят к неэтичной деятельности либо предвидимые последствия которых вступают в противоречие с защитными функциями государства. Таким образом, любой договор, ограничивающий возможность государства исполнять свои обязательства по договорам Организации Объединенных Наций о правах человека, несовместим с международным публичным порядком и обязательствами, которые все государства приняли на себя согласно Уставу. Аналогичным образом, так называемые "кабальные", или неравные, договоры, например заключенные между некоторыми новыми государствами и бывшими колониальными державами, надлежит считать противоречащими Уставу и несовместимыми с принципом равенства государств. Более подробные разъяснения смысла понятия *jus cogens* были даны в процессе кодификации статьи 41 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (см. A/56/10 и Согг. 1), принятого Комиссией международного права в 2001 году¹².

17. Решение макроэкономических проблем и устранение нарушений прав человека, возникших вследствие узурпации функций государства транснациональными компаниями, требует применения "общих принципов права", упоминаемых в пункте 1 статьи 38 Статута Международного Суда, в том числе таких, как лишение права возражения, принцип *ex injuria non oritur jus* ("право не может возникнуть из правонарушения"), запрещение злоупотребления правами¹³, поведение *ultra vires* и недействительность договоров, противоречащих добрым обычаям и традициям. Действительно, все системы правосудия признают существование определенных неписаных законов человечества, как в "Антигоне" Софокла, самого духа законов (Монтескье), тех имманентных ценностей, что предшествуют кодификации норм. В связи с действием существующих международных инвестиционных договоров, особенно в связи с деятельностью

Фердросс придерживался той позиции, что "высшие интересы всего международного сообщества" способны лишить юридической силы "аморальные договоры", нарушающие какую-либо императивную норму общего международного права. A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (Vienna, Springer, 1926), pp. 21 ff. См., кроме того, A. Verdross, "Jus dispositivum and jus cogens", in *International Law in the Twentieth Century*, L. Gross, ed. (New York, Appleton-Century-Crofts, 1969), pp. 222-223; Hermann Mosler, *The International Society as a Legal Community* (Springer, 1980), p. 142; R. Y. Jennings, "Nullity and effectiveness in international law" in *Cambridge Essays in International Law: Essays in Honour of Lord McNair* (London, 1965), pp. 64, 74; G. Hernandez, "A reluctant guardian: the International Court of Justice and the concept of 'international community'", *British Yearbook of International Law*, vol. 83, No. 1 (2012), pp. 13-60.

¹² C. Tams and others, eds., *Research Handbook on the Law of Treaties* (Elgar, 2014). S. Talmon, "The duty not to recognize as lawful a situation created by the illegal use of force or other serious breaches of a *jus cogens* obligation" in C. Tomuschat and J.-M. Thouvenin, eds., *The Fundamental Rules of the International Legal Order* (Nijhoff, 2006).

¹³ A. Kiss, "Abuse of rights" in R. Wulfrum, *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. I (2006), pp. 20-26. M. Byers, "Abuse of rights: an old principle, a new age", *McGill Law Journal*, vol. 47 (2002), pp. 389-431. См., например, упоминание злоупотребления правами в деле о литейном заводе в Трейле (*Trail smelter case (United States, Canada)*, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III, p. 1905) и в статье 300 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву: "Государства-участники добросовестно выполняют... обязательства... таким образом, чтобы не допускать злоупотребления правами". См. также V. Paul, "Abuse of rights and bona fides in international law" in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 28 (1977), pp. 107-130; B. O. Iluyomade, "The scope and content of a complaint of abuse of right in international law", *Harvard International Law Journal*, vol. 16 (1975), pp. 47-92.

арбитражных судов по урегулированию споров между инвесторами и государствами, возникает целый ряд вопросов, касающихся злоупотребления правами. Суть доктрины злоупотребления правами выражает принцип римского права *sic utere jure tuo ut alienum non laedas*, устанавливающий необходимость осуществления своих прав таким образом, чтобы не причинить вред другим. Неотъемлемой частью правового мышления является идея о том, что, поскольку все субъекты международного права способны злоупотребить правом, за осуществлением этих прав надлежит обеспечить контроль, относящийся к сфере публичного порядка. Суды, в том числе арбитражные, обязаны уважать эти общие принципы права и принцип равенства, признанный в Статуте Международного Суда (пункт 2 статьи 38).

18. Нормы национального и международного уголовного права, а также Статут Международного уголовного суда могут оказаться актуальными в связи с экономическими преступлениями, особенно если экономическая и финансовая деятельность приводит к грубым нарушениям прав человека, в том числе к массовой безработице, нарушению нормального функционирования сельскохозяйственной отрасли, подрыву продовольственной безопасности или даже голоду, фальсификации продуктов питания, опустошению окружающей среды, загрязнению воды, радиоактивному заражению, несущему смерть от рака и прочих осложнений, генетическим отклонениям и разрушению экосистем (экоциду). Такие деяния представляют собой посягательство на человеческое достоинство и преступления против человечности, подсудные в соответствии с подпунктом к) пункта 1 статьи 7 Статута, а также на основании закрепленного в уголовном праве понятия опасного опрометчивого поведения. Эти деяния могут совершать фармацевтические предприятия, горнодобывающие предприятия, особенно предприятия по добыче золота и урановой руды, газо- и нефтедобывающие предприятия, а также предприятия, ведущие добычу сланцевого газа методом гидроразрыва пласта, и предприятия, чья деятельность ведет к разрушению озонового слоя. В отношении таких преступлений следует установить универсальную юрисдикцию¹⁴. Принятая в 2003 году Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции может оказаться актуальной в связи с определенными деяниями компаний, включая подкуп публичных должностных лиц. До сих пор от арбитражных судов по урегулированию споров между инвесторами и государством не требовалось принимать эти договоры во внимание, и они были склонны ставить экономические интересы инвесторов выше императива защиты прав человека и охраны окружающей среды.

19. Договоры о правах человека, общие принципы права, обычное международное право, декларации и резолюции представляют собой симбиоз норм жесткого права и мягкого права, свод норм международного публичного порядка, без которого невозможно установление демократического и справедливого международного порядка. В совокупности с нормами национального публичного порядка этот правовой режим блокирует любые попытки инвесторов подорвать принцип верховенства закона за счет применения международных инвестиционных договоров, бросающих вызов демократическим гарантиям, обеспечиваемым национальными законодательными и судебными органами.

¹⁴ Н. Pontell and G. Geis, eds., *White Collar and Corporate Crime* (Springer, 2007). Cp. Cesare Lombroso, "Delitti vecchi e delitti nuove", 1902, – работу, предвосхитившую труд Эдвина Сазерленда: Edwin Sutherland, *White Collar Crime*, 1949.

20. Он соответствует возложенной на Организацию Объединенных Наций задаче способствовать стабильности и сотрудничеству, призывая государства регулировать деятельность инвесторов и транснациональных компаний, зарегистрированных или ведущих деятельность на их территории, и не допускать угрозы экономической силой или ее применения каким-либо образом, несовместимым с Уставом.

IV. Урегулирование споров между инвесторами и государством

21. Урегулирование споров между инвесторами и государством — это относительно недавно возникшая произвольная конструкция, форма частного урегулирования споров, предусматриваемая многими международными инвестиционными договорами. Вместо того чтобы вести процесс в местных судах или прибегнуть к средствам дипломатической защиты, инвесторы полагаются на принятие решения о том, нанесло ли государство ущерб их правам и инвестициям, тремя арбитрами в рамках конфиденциальной процедуры. Арбитражные суды по урегулированию споров между инвесторами и государствами могут принимать к рассмотрению иски инвесторов к государствам, однако не принимают к рассмотрению иски государств к инвесторам, например, в случаях нарушения инвесторами национальных законодательных и нормативных актов, загрязнения ими окружающей среды и водных ресурсов, интродуцирования потенциально опасных генетически модифицированных организмов и т.д. Один из "врожденных дефектов" механизма урегулирования споров между инвесторами и государством состоит в том, что по своему характеру этот механизм напоминает "троянского коня": его включение в международные инвестиционные договоры происходило без полного раскрытия сведений о потенциальном навязывании его применения, без участия важнейших заинтересованных сторон в его разработке и без проведения всенародного референдума, а значит, не обладает демократической легитимностью. С учетом последствий применения этих договоров правительства обязаны в инициативном порядке информировать о них избирателей. Не делая этого, они фактически нарушают статьи 19 и 25 Международного пакта о гражданских и политических правах. Тексты многих международных инвестиционных договоров были получены лишь благодаря искам о защите свободы информации и разоблачениям "Викиликс".

22. В Докладе о мировых инвестициях за 2015 год содержится обзор ситуации и перечень возможных вариантов. Одной из причин создания и сохранения арбитражных судов по урегулированию споров между инвесторами и государством названо то, что это — дополнительный путь получения правовой помощи и более эффективная система обеспечения исполнения решений. Этот довод не затрагивает вопрос о том, действительно ли такой путь необходим и не способствует ли он фрагментации международного права, усилению непоследовательности арбитражной практики и снижению предсказуемости в целом, заставляя государства воздерживаться от законных мер регулирования в интересах общества. Еще один довод, который иногда выдвигается в пользу механизма урегулирования споров между инвесторами и государством, — это уход от обременительной дипломатической защиты. Но насколько этот довод убедителен с точки зрения Устава и обычного международного права? Действительно, в международных отношениях существуют давние традиции использования

средств дипломатической защиты, зарекомендовавшей себя как полезный и зачастую действенный способ урегулирования споров, целиком и полностью в духе статей 1 и 2 Устава.

23. Есть целый ряд причин выступать против механизма урегулирования споров между инвесторами и государством — они основываются на потребностях демократического управления, отправления правосудия прозрачными и подотчетными судами, на доктрине государственного суверенитета и праве в области прав человека. Трудно оправдать то, что механизм урегулирования споров между инвесторами и государством предоставляет иностранным инвесторам больше прав, нежели отечественным, и, таким образом, приводит к неравенству условий конкуренции. Непрозрачность деятельности арбитражных судов по урегулированию споров между инвесторами и государством и озабоченность вопросами независимости и беспристрастности арбитров — это фундаментальные проблемы, которые невозможно решить путем модификации существующих механизмов урегулирования споров между инвесторами и государством, применения фильтров или ограничения доступа инвесторов, например сокращения охвата рассматриваемых вопросов. Урегулирование споров между инвесторами и государством создает искусственные стимулы для получения доступа к частному арбитражу, что чревато серьезными юридическими и финансовыми рисками для государств, принимающих инвестиции. Собственно говоря, размеры и вознаграждения арбитров, и гонораров юристов чрезмерно высоки. Решения арбитражных судов по урегулированию споров между инвесторами и государством вынуждают государства отказываться от мер по охране здоровья населения и снижать стандарты охраны окружающей среды. Само существование системы урегулирования споров между инвесторами и государством уже заставляло государства — и, возможно, будет заставлять их и в будущем — воздерживаться от принятия мер по соблюдению, отстаиванию и исполнению своих обязательств в области прав человека и, таким образом, неблагоприятно скажется на перспективах установления демократического и справедливого международного порядка.

24. Глава организации "Публичный гражданин" Лори Уоллек описала, каким образом инвестиционные договоры "дают компаниям возможность оспаривать принимаемые в интересах общества нормы права за пределами национальной судебной системы — в арбитражном суде, состоящем из трех профессиональных юристов из частного сектора, практически или вообще не связанных правилами в отношении конфликта интересов". Ска Келлер, член Европарламента от Европейской партии зеленых, писала, что "международный арбитраж убивает демократический процесс принятия решений. У обвиняемых государств только два пути: или, по примеру других, отменить принятые решения, или выплатить инвестору гигантскую компенсацию". Сотрудник Института Катона Дэниел Дж. Айкенсон делает вывод, что "механизм урегулирования споров между инвесторами и государством ставит национальный режим с ног на голову, давая иностранным компаниям привилегии, которых лишены отечественные компании"¹⁵. На самом деле, механизм урегулирования споров между инвесторами и государством бросает серьезный вызов демократическому порядку, особенно в случае, когда правительства, избранные демократическим путем для осуществления конкретных мер социальной политики, оказываются ответ-

¹⁵ http://csis.org/files/publication/141029_investor_state_dispute_settlement.pdf. См. также <http://tip2015.eu/blog-detail/blog/isds%20risks.html>.

чиками по искам инвесторов, вчиненным именно из-за принятия ими тех мер политики, на проведение которых они демократическим путем получили мандат.

25. Хотя международные арбитражные суды могут и должны признавать явно необоснованные правопритязания неприемлемыми по причине злоупотребления правом на подачу иска (см. статью 3 Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах) или злоупотребления процедурой, арбитражные суды по урегулированию споров между инвесторами и государством редко поступают таким образом и принимают к рассмотрению явно необоснованные и сутяжнические иски, что крайне дорого обходится сторонам и наносит особый ущерб развивающимся странам.

26. Согласно Докладу о мировых инвестициях за 2015 год известно о 608 случаях урегулирования споров между инвесторами и государством, в которых ответчиками по одному или нескольким известным искам выступали правительства 99 стран. Известно, что в 2014 году инвесторы подали 42 иска: 35 из них были поданы инвесторами из развитых стран, пять — инвесторами из развивающихся стран, в двух случаях страна происхождения истцов осталась неизвестной. За весь рассматриваемый период среди стран происхождения истцов чаще всего упоминались Соединенные Штаты Америки (129), Нидерланды (67), Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии (51), Германия (42) и Франция (36). В роли государств-ответчиков чаще всего выступали Аргентина (56), Венесуэла (36), Чешская Республика (29) и Египет (24). ЮНКТАД публикует красноречивую диаграмму, на которой показаны результаты принятия решений по существу исков: 60 процентов вынесены в пользу инвесторов, а 40 процентов — в пользу государств. Следует напомнить, что в рамках урегулирования споров между инвесторами и государствами рассматриваются только иски инвесторов к государствам, а иски государств к инвесторам не принимаются. Таким образом, эти 60 процентов удовлетворенных исков к государствам наносят им реальный ущерб, и миллиарды долларов компенсации, присужденной инвесторам, в конечном итоге выплачивают обществу, а значит, именно на эту сумму сократится объем средств, доступных для финансирования образования, здравоохранения или развития инфраструктуры. По статистике, около 64 процентов присужденных выплат достались компаниям с годовым доходом свыше 10 млрд. долл. США, а 29 процентов — компаниям с годовым доходом от 1 млрд. до 10 млрд. долл. США и частным лицам, чьи чистые активы превышают 100 млн. долл. США: это означает, что основными выгодоприобретателями от выплат, предусмотренных судебными решениями по спорам между инвесторами и государством, оказались сверхкрупные компании и сверхбогатые бизнесмены. Крупнейшее возмещение было присуждено по делам "Юкос универсал лимитед" (*остров Мэн*) против *Российской Федерации*: оно превысило 50 млрд. долл. США, а размер судебных издержек составил свыше 60 млн. долл. США. Другие решения о выплатах затронули такие страны, как Эквадор, которому в 2012 году было предписано выплатить 2,3 млрд. долл. США компании "Оксидентал петролеум" (см. пункт 30 ниже).

27. Объем доклада Генеральной Ассамблеи слишком мал для подробного описания проявлений несовместимости механизма урегулирования споров между инвесторами и государством с правами человека, но в нем можно рассмотреть несколько симптоматичных проблем, быстрого решения которых не

существует. Перечень арбитражных решений по спорам между инвесторами и государством, противоречащих добрым обычаям и традициям, велик, и свести их все воедино в настоящем докладе не представляется возможным – не только ввиду ограниченности его объема, но и потому, что это грозит потерей моральных ориентиров.

28. "*Металклэд*" против *Мексики*. Это дело связано с Североамериканским соглашением о свободной торговле (НАФТА) и касалось компании по удалению и обезвреживанию отходов "*Металклэд*", которая подала иск к Мексике, обвинив ее в "косвенной экспроприации" (E/CN.4/Sub.2/2003/9, пункты 33 и посл.). В 1993 году "*Металклэд*" приобрела местную компанию по удалению и обезвреживанию отходов с целью создания и эксплуатации полигона захоронения отходов. На осуществление этого проекта надлежало получить разрешения муниципалитета, властей штата и федерального правительства. Хотя муниципалитет ранее отказал в выдаче разрешения, компания "*Металклэд*" приступила к реализации проекта. По экологическим соображениям и ввиду оппозиции местных жителей муниципальные власти разрешение так и не выдали. В конечном итоге власти штата издали экологический декрет, в соответствии с которым данный район был объявлен природным заказником, и проект захоронения отходов пришлось закрыть. Арбитражный суд по урегулированию споров между инвесторами и государством решил, что принятая правительством мера была равносильна экспроприации, и обязал Мексику выплатить компенсацию в размере 16,7 млн. долл. США. После подачи Мексикой ходатайства о пересмотре принятого решения в силу закона в процесс вступило правительство Канады. Судья Верховного суда штата Британская Колумбия установил следующее:

"Арбитраж применил для целей статьи 1110 [Соглашения] крайне расширенное толкование понятия экспроприации. Арбитраж решил, что, помимо более традиционного понятия экспроприации как изъятия собственности, по условиям НАФТА экспроприация включает также скрытое или побочное воспрепятствование пользованию собственностью, вследствие чего владелец полностью или в существенной мере лишается возможности пользоваться собственностью или ожидаемой разумной экономической выгоды от пользования ею. Характер этого определения достаточно широк для того, чтобы оно включало и законное зонирование собственности муниципалитетом или иным органом власти, отвечающим за зонирование"¹⁶.

29. В опубликованном в 2003 году исследовании Подкомиссии по поощрению и защите прав человека отмечалось:

"Такие широкие трактовки положений об экспроприации могли бы напрямую повлиять на правовые нормы, призванные поощрять и защищать права человека... меры, принимаемые правительством в отношении химических веществ и токсичных отходов, оказывают непосредственное воздействие на осуществление прав человека, таких как право на здоровье или право на воду... Один комментатор высказал мнение, что расширенные трактовки положений об экспроприации могли бы выхолостить устоявшийся принцип природоохранной политики, заключающийся в том,

¹⁶ *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*, Supreme Court of British Columbia, Reasons for judgement of the Honourable Mr. Justice Tyson, 22 May 2001, para. (99).

что загрязнители должны покрывать издержки, связанные с этим загрязнением, а не получать плату за то, чтобы не загрязнять окружающую среду" (E/CN.4/Sub.2/2003/9, пункт 35)¹⁷.

30. "*Оксидентал петролеум*" против *Эквадора*. 5 октября 2012 года арбитраж Международного центра по урегулированию инвестиционных споров большинством голосов решил, что Эквадор нарушил двусторонний инвестиционный договор между Соединенными Штатами и Эквадором, и присудил компенсацию за убытки в размере 2,3 млрд. долл. США — крупнейшую на тот момент компенсацию, когда-либо присуждавшуюся таким арбитражным судом. Это решение показывает, сколь велики полномочия арбитражей, и служит поводом к тому, чтобы поднять важные вопросы нормативного характера относительно Международного центра¹⁸. Несмотря на то что арбитраж установил, что компания "Оксидентал" незаконно уступила 40-процентную долю своих прав на добычу другой компании без одобрения правительства, хотя в концессионном договоре содержалось специальное положение о том, что уступка прав на добычу без предварительного одобрения правительства является существенным нарушением договора, и невзирая на то что договор прямо предусматривал соблюдение эквадорского закона об углеводородном сырье, защищающем прерогативы правительства по предварительной проверке компаний, желающих добывать нефть в экологически уязвимом Амазонском регионе, двое из трех арбитров решили не принимать во внимание озабоченность Эквадора нарушением договора со стороны "Оксидентала" и приняли решение в пользу этой транснациональной компании, опираясь на маловразумительный довод о соразмерности. Арбитр, высказавший особое мнение, заявил о своем полном несогласии с этим решением¹⁹. Впоследствии Эквадор подал ходатайство об отмене этого постановления; решение пока не принято.

31. "*Ренко*" против *Перу*. В настоящее время группа компаний "Ренко" пытается с помощью механизма урегулирования споров между инвесторами и государством уйти от судебной ответственности за вызванное ее деятельностью крупномасштабное загрязнение окружающей среды в Ла-Оройе, Перу, где ее дочерняя компания "Доу Ран" не сумела выполнить взятые на себя обязательства по ограничению выбросов и устранению опасного загрязнения окружающей среды. Перуанское правительство дважды продлевало компании "Доу Ран" срок прекращения загрязнения. Когда же оно отказалось продлить в третий раз срок исполнения компанией не выполненного с 1997 года обязательства по установке оборудования для уменьшения загрязнения окружающей среды и принятию на себя ответственности за возмещение уже нанесенного вреда здоровью, "Ренко" воспользовалась механизмом урегулирования споров между инвестором и государством как тактическим средством оказания давления на правительство, с тем чтобы оно разрешило ей вновь открыть ее металлургический завод без установки очистных устройств. Таким образом, механизм уре-

¹⁷ Цитируется работа *Private Rights, Public Problems: A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights* (Winnipeg, Canada, International Institute for Sustainable Development and World Wildlife Fund, 2001), p. 33. См. также <https://gusvanharten.files.wordpress.com/2015/05/appendix-c-opinion-articles-of-g-van-harten.pdf>.

¹⁸ <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/19/icsids-largest-award-in-history-an-overview-of-occidental-petroleum-corporation-v-the-republic-of-ecuador/>

¹⁹ International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Occidental Petroleum Corporation v. Ecuador* (case No. ARB/06/11), award, 5 October 2012, para. 527.

гулирования споров между инвестором и государством использовался для того, чтобы избежать правосудия в Перу. Между тем начиная с октября 1997 года в Соединенных Штатах в суды штата Миссури от имени 162 больных детей из Ла-Оройи были поданы 11 исков о возмещении личного вреда к компаниям "Ренко" и "Доу Ран". Рассмотрение этих исков приостановлено в ожидании исхода арбитражного разбирательства по спору между инвестором и государством²⁰.

32. "Шеврон" против Эквадора. Один из наиболее проблемных споров между инвестором и государством в смысле противоречащего добрым обычаям поведения истца и злоупотребления им своими правами — это дело "Шеврон" против Эквадора. Начало этому делу положил ряд судебных процессов, в ходе которых компания "Тексако" (так прежде называлась компания "Шеврон") была привлечена к ответственности по эквадорскому законодательству за ущерб, нанесенный окружающей среде ее деятельностью в Амазонии. "Тексако" пробурила в девственных тропических лесах 350 нефтяных скважин, а покидая Эквадор, оставила около тысячи открытых, необлицованных резервуаров, заполненных сырой нефтью и токсичным шламом. Впоследствии содержимое резервуаров стало просачиваться на горизонт грунтовых вод, что привело к загрязнению рек и ручьев, из которых десятки тысяч людей берут воду для питья и приготовления пищи, в которых они купаются и ловят рыбу. Кроме того, компанию "Шеврон" обвиняют в том, что она ответственна за сброс в реки свыше 18 млрд. галлонов токсичных сточных вод, образовавшихся в процессе бурения скважин. Когда размах деятельности компании в стране достиг максимума, объем сброса стоков составлял 4 млн. галлонов в день, притом что в крупнейших нефтедобывающих штатах США эта практика была запрещена еще за несколько десятков лет до того, как в 1967 году компания начала работу в Эквадоре. Обращаясь со своими токсичными отходами в Эквадоре способами, запрещенными в стране ее происхождения, "Тексако" сэкономила около 3 долл. США на каждом добытом барреле нефти. В эквадорской Амазонии разразился кризис гигантских масштабов в сфере здравоохранения, первопричиной которого было широкомасштабное загрязнение окружающей среды в течение 40-летнего периода нефтедобычи. Это загрязнение способствовало онкологическим заболеваниям, выкидышам, врожденным дефектам и иным недугам. В 2011 году Верховный суд Эквадора приговорил "Шеврон" к выплате компенсации за ущерб в размере 9,5 млрд. долл. США. Компания отказалась платить и вместо этого подала иск к Эквадору о возмещении упущенной выгоды на основании двустороннего инвестиционного договора между Соединенными Штатами и Эквадором (см. A/HRC/21/47 и A/HRC/24/41). Дело рассматривается уже несколько лет, и вознаграждение адвокатов исчисляется миллионами долларов.

33. Между тем Постоянная палата третейского суда в Гааге вынесла решение в пользу Эквадора, который продолжает добиваться удовлетворения своего требования о возмещении компанией "Шеврон" ущерба, нанесенного окружа-

²⁰ www.italaw.com/cases/906. <https://systemicdisorder.wordpress.com/tag/trans-pacific-partnership/>

ющей среде, невзирая на принятое по этому делу решение²¹; неизвестно, однако, каким в конечном итоге будет исход этого дела.

34. *"Ваттенфалл"* против *Германии*. Шведская энергетическая компания "Ваттенфалл" подала в мае 2012 года иск к Германии в порядке урегулирования спора между инвестором и государством на основании Договора об Энергетической хартии. Как сообщается, компания потребовала от Германии компенсации в размере 5 млрд. долл. США за ущерб, нанесенный ей решением Германии о постепенном выводе из эксплуатации атомных электростанций, принятым в ответ на оппозицию широких слоев немецкой общественности производству электроэнергии на АЭС, сложившуюся после катастрофы на АЭС "Фукусима" в Японии в 2011 году. Немецкий парламент внес в Закон об атомной энергии поправки, предусматривающие отмену принятого в 2010 году решения о продлении срока эксплуатации атомных электростанций и прекращение использования ядерной энергии к 2022 году. По утверждению компании "Ваттенфалл", изменив свою политику, Германия нарушила свои обязательства перед иностранными инвесторами по Договору об Энергетической хартии. И хотя Германия выдвинула возражения против иска компании "Ваттенфалл", охарактеризовав его как "явно необоснованный", в 2013 году арбитражный суд по урегулированию споров между инвесторами и государством решил принять иск к рассмотрению²².

35. *"Филип Моррис"* против *Уругвая*. ВОЗ неоднократно предупреждала о том, что табак представляет опасность мирового масштаба для здоровья, и к Рамочной конвенции по борьбе против табака присоединились 180 государств. По некоторым оценкам, в 2020 году 70 процентов из 8,4 млн. смертей, связанных с последствиями табакокурения, придется на развивающиеся страны. Одна из стран, которые серьезно отнеслись к Рамочной конвенции, — это Уругвай. Подобно противостоянию Голиафа и Давида, табачный гигант "Филип Моррис" судится с Уругваем из-за антитабачного законодательства этой страны. В 2013 году валовый внутренний продукт Уругвая составлял около 55,7 млрд. долл. США, тогда как доходы компании "Филип Моррис" достигли в том же году 80,2 млрд. долл. США. "Филип Моррис" добивается от Уругвая компенсации в размере 25 млн. долл. США. Если "Филип Моррис" выиграет дело, это, по всей вероятности, серьезно осложнит антитабачную кампанию ВОЗ²³. Ожидается, что Международный центр по урегулированию инвестиционных споров вынесет решение по этому делу в конце 2015 года.

36. *"Филип Моррис"* против *Австралии*²⁴. По существу, это дело похоже на предыдущее, но с процедурной точки зрения служит иллюстрацией злоупотребления правами, часто встречающегося в системе урегулирования споров между инвесторами и государством. Чтобы подать иск к Австралии, корпорация "Филип Моррис" создала "фиктивную компанию" в Гонконге, дабы вос-

²¹ <http://business-humanrights.org/en/hague-tribunal-rules-for-ecuador-in-investment-arbitration-with-chevron-govt%E2%80%99s-settlement-with-firm-did-not-preclude-oil-pollution-case-by-ecuadorian-plaintiffs>.

²² www.isdscorporateattacks.org/#!energy/cqoo.

²³ www.who.int/fctc/signatories_parties/en/. www.triplepundit.com/2015/04/philip-morris-vs-uruguay-lawsuit-a-threat-to-smoking-restrictions-worldwide/. www.italaw.com/cases/460

²⁴ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Order of the High Court of Australia (Tobacco Plain Packaging Act). www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1103.pdf www.ag.gov.au/tobaccoplainpackaging.

пользоваться двусторонним инвестиционным договором между Гонконгом и Австралией²⁵.

37. "Водафон" против Индии²⁶. С помощью своей нидерландской дочерней компании корпорация "Водафон" подала иск к Индии на 2,2 млрд. долл. США в связи с тем, что Индия потребовала от "Водафона" уплатить налоги в связи со сделкой, совершенной в "налоговой гавани" (на Каймановых Островах), хотя все активы находятся в Индии. Спор идет о том, может ли государство принимать законодательство, направленное на борьбу с уклонением от уплаты налогов, например Общие правила противодействия уклонению от уплаты налогов в рамках Закона о финансах 2012 года.

А. Коллизии с региональным законодательством, решениями трибуналов по правам человека и с конституционным принципом разделения властей

38. Коллизии между решениями, принимавшимися в рамках урегулирования споров между инвесторами и государством, и законодательством Европейского союза привели к правовой неопределенности и возникновению коллидирующих обязательств у государств-членов. Дело "Микула" против Румынии связано с инвестициями, осуществленными этой шведской компанией в Румынии до вступления страны в Европейский союз. Компания воспользовалась стимулами предпринимательской деятельности, предлагавшимися правительством Румынии. Однако после вступления в Европейский союз Румыния была обязана соблюдать правила оказания государственной помощи и поэтому прекратила свою программу стимулирования предпринимательства. Компания "Микула" подала иск к Румынии на основании двустороннего инвестиционного договора между Румынией и Швецией. Арбитражный суд по урегулированию споров между инвесторами и государством присудил "Микуле" компенсацию в размере 250 млн. долл. США за нарушение этого инвестиционного договора. В 2014 году по ходатайству Европейского союза был издан судебный запрет, согласно которому Румынии временно запрещается выплачивать эту компенсацию, поскольку ее выплата противоречит законодательству Европейского союза. Эта ситуация служит иллюстрацией риска, с которым сталкиваются государства-члены, приводя свое законодательство в соответствие со стандартами Европейского союза²⁷.

39. Рассматривая дело о шахте "Марлин" в Гватемале, эксплуатировавшейся компанией "Голдкорп", Межамериканская комиссия по правам человека решила, что шахту следует закрыть, так как ее эксплуатация создает угрозу здоровью населения. Однако в результате серьезного давления рекомендация Межамериканского суда по правам человека была отозвана, хотя Суд и продолжает рассмотрение этого дела на основании неполучения свободного, предварительного и осознанного согласия²⁸. Дело о шахте "Майок" было признано Су-

²⁵ www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_january_2012_en.pdf.

²⁶ www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/07/IPB3_India's-Experience-with-BITs_ENdf.

²⁷ www.beuc.eu/blog/the-micula-case-when-isds-messes-with-eu-law/.

²⁸ <https://intercontinentalcry.org/inter-american-commission-on-human-rights-gives-in-to-pressure-from-guatemala/>; www.oas.org/en/iachr/indigenous/protection/precautionary.asp; http://en.centralamericadata.com/en/article/home/Temporary_Closure_of_Marlin_Mine_Ordered

дом приемлемым, однако он не распорядился о приостановлении ее эксплуатации, невзирая на опасность для здоровья коренного населения данного региона²⁹. В других случаях, связанных с горнодобывающими предприятиями, для подавления протестов общественности, главным образом местного коренного населения, применялась военная сила.

40. В ходе продолжающегося разбирательства по делу "*Шеврон*" против *Эквадора* члены арбитражного суда по урегулированию споров между инвесторами и государством неоднократно издавали в адрес исполнительных органов власти Эквадора распоряжения о запрете исполнения решений высших судебных инстанций страны. Это равносильно демонтажу системы сдержек и противовесов и представляет собой нарушение статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах. И, вне всякого сомнения, такое посягательство на принципы верховенства закона и конституционного разделения властей противоречит добрым обычаям и традициям.

В. Сдерживающее воздействие

41. В своем докладе (A/69/299), представленном Генеральной Ассамблее в 2014 году, Специальный докладчик по вопросу о праве каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья отметил, что государства оказываются уязвимыми перед лицом процедур урегулирования споров, если они отдают приоритет своим обязательствам по договорам о правах человека и, таким образом, нарушают какое-либо обязательство по международному инвестиционному договору. Именно так обстояло дело в случае, когда корпорация *Ethyl* представила иск против решения правительства Канады в области медицинского обслуживания о введении запрета на торговлю добавкой к бензину, которая производится этой корпорацией³⁰. С учетом высоких издержек арбитражного разбирательства и риска вынесения неблагоприятного судебного решения Канада решила пойти на попятный. Это — пример того, как само существование механизмов урегулирования споров между инвесторами и государством может оказывать сдерживающее воздействие на государства и заставить их не исполнять своих обязательств, касающихся права на здоровье³¹. Такие споры могут также привести к истощению ресурсов государств, что может повлиять на их возможность реализовать зависящие от финансирования компоненты права на здоровье. Тот факт, что международные инвестиционные соглашения рассматриваются как "отдельный правовой кодекс" и зачастую не содержат упоминаний о праве на здоровье, противоречит публичному порядку. Таким образом, международные инвестиционные соглашения надлежит толковать таким образом, чтобы это не вступало в коллизию с правом прав человека, поскольку "цель соглашений о стимулировании инвестиций в области развития и норм в области прав человека должна отвечать интересам отдельных людей" (A/69/299, пункты 45 и 55).

_in_Guatemala; http://en.centralamericadata.com/en/search?q1=content_en_le:%22Inter-American+Commission+on+Human+Rights+%28IACHR%29%22.

²⁹ www1.umn.edu/humanrts/cases/69-04.html.

³⁰ *Ethyl Corporation v. Canada*, award on jurisdiction, judgement of 24 June 1998.

³¹ D. Gantz, "The evolution of FTA investment provisions: from NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement", *American University International Law Review*, vol. 19, No. 4 (2003), p. 684.

42. В упомянутом выше исследовании Подкомиссии по поощрению и защите прав человека, опубликованном в 2003 году, привлекалось внимание к злоупотреблению правами, которое допускают арбитражные суды по урегулированию споров между инвесторами и государством (E/CN.4/Sub.2/2003/9, пункт 32). В этом докладе приводится много примеров такого сдерживающего воздействия, включая недобросовестный иск, поданный корпорацией Ethyl против Канады³²; они служат иллюстрацией того, как государственные ресурсы растрачиваются на судебные разбирательства и как механизмы урегулирования споров между инвесторами и государством препятствуют принятию законных мер государствами.

43. Дело "*Филип Моррис*" против *Уругвая*, по-видимому, закончилось бы капитуляцией Уругвая. Ошеломленный перспективой в течение нескольких лет платить нанятым юристам по 1500 долл. США в час, президент Хосе Мухика почти согласился удовлетворить иск и решился защищать уругвайские законы только после того, как бывший президент Васкес выступил с протестом, а бывший мэр Нью-Йорка Майкл Блумберг решил помочь оплатить услуги группы адвокатов, представлявших интересы Уругвая³³. Это служит обоснованием создания международного фонда финансирования защиты по делам о спорах между инвесторами и государством по модели Целевого фонда технической экспертизы, созданного при Всемирной торговой организации (ВТО) для содействия урегулированию споров³⁴.

44. По некоторым сообщениям, для того чтобы Канада отказалась от включения в свое антитабачное законодательство запрета на слова "легкие" и "мягкие", хватило одной лишь угрозы открытия дела в рамках механизма урегулирования споров между инвестором и государством³⁵.

45. По словам бывшего канадского государственного чиновника, природоохранное законодательство его страны также подвергалось нападкам: "Я видел письма, которые вашингтонские и нью-йоркские юридические фирмы направляли канадскому правительству при появлении практически каждой новой правовой нормы в природоохранной сфере [...]. Они брали на прицел практически каждую новую инициативу, и большинство этих мер так никогда и не было реализовано"³⁶.

46. Угрозы дорогостоящего разбирательства по искам к правительствам сейчас появляются чаще самих исков. Таким образом, механизм урегулирования споров между инвесторами и государством превратился из средства защиты корпораций от якобы несправедливых действий государств в тактическое средство, призванное затянуть принятие правовых норм, ослабить их или вовсе "похоронить". Специализированные юридические фирмы фактически рекомендуют своим клиентам из числа транснациональных корпораций запугивать

³² Дело корпорации Ethyl (1996–1998 годы) рассматривается в работе *Private Rights, Public Problems*, pp. 71-72.

³³ R. Stumberg, "Safeguards for tobacco control: options for the TPPA", *American Journal of Law and Medicine*, vol. 39, Nos. 2 and 3 (2013), pp. 382-441. TPPA — Транстихоокеанское соглашение о партнерстве.

³⁴ www.acwl.ch/e/disputes/tech_exp_fund.html.

³⁵ www.citizen.org/documents/NAFTAReport_Final.pdf.

³⁶ <http://corporateeurope.org/international-trade/2014/04/still-not-loving-isds-10-reasons-oppose-investors-super-rights-eu-trade>.

правительства, чтобы заставить их подчиниться: "Это — лоббистский прием, в том смысле, что вы можете прийти к ним и сказать: "Ладно, если вы так поступите, мы вчиним вам иск о компенсации ущерба". Иногда после этого их поведение меняется"³⁷.

С. Сомнительная беспристрастность арбитражных судов по урегулированию споров между инвесторами и государством

47. Критики системы урегулирования споров между инвесторами и государством отмечают, что отношения между многими арбитрами и корпорациями являются "подозрительно близкими". Блестящим примером дисфункции процедуры признания недействительности решения вследствие конфликта интересов служит дело *"Вивенди"* против *Аргентины*³⁸.

48. Аргентина заявила, что входившая в число членов арбитража Габриэла Кауфман-Колер являлась членом совета директоров и комитета по корпоративной ответственности швейцарского банка UBS — крупнейшего акционера компании "Вивенди". Кроме того, Аргентина утверждала, что г-жа Кауфман-Колер получала частичное вознаграждение в виде акций UBS. Аргентина признала, что любые вопросы, касающиеся правомочности арбитра, следует незамедлительно поднимать в ходе арбитражного разбирательства, однако отметила, что поступить таким образом в этом случае не представлялось возможным, поскольку Аргентина узнала о фактах и обстоятельствах, влияющих на способность указанного лица выступать в качестве арбитра, в ноябре 2007 года — после вынесения арбитражным судом решения от 20 августа 2007 года. Комитет по пересмотру критически отнесся к решению арбитра и согласился с мнением Аргентины о том, что состав арбитражного суда был сформирован ненадлежащим образом и что речь могла бы идти об отмене его решения на основании подпункта а) пункта 1 статьи 52 Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств, однако отказался отменить решение, определив, что а) способность арбитра выносить независимое суждение фактически не была ограничена, б) было бы несправедливо отказать истцу в исполнении решения суда по причине несостоятельности одного из арбитров; и с) следует "завершить" это длительное разбирательство. Это дело, рассматривавшееся Международным центром по урегулированию инвестиционных споров, показывает, что правила Международного центра недостаточны для устранения конфликта интересов.

49. Процедура отмены решений, действующая ныне в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров, не позволяет пересмотреть даже необоснованные арбитражные решения. Пересмотр дела по существу не допускается; пересмотр ограничивается лишь такими основаниями, как ненадлежащий состав или подкуп арбитражного суда, серьезное отклонение от какого-либо основополагающего правила процедуры, неуказание оснований принятия арбитражного решения или явное злоупотребление властью. Таким образом, даже при обнаружении в арбитражном решении "явных правовых оши-

³⁷ Там же.

³⁸ www.italaw.com/documents/VivendiSecondAnnulmentDecision.pdf.

бок" учрежденный Международным центром комитет по отмене может оказаться не в состоянии аннулировать такое решение или исправить ошибку³⁹.

50. В целях противодействия злоупотреблениям механизмом урегулирования споров между инвесторами и государством национальным судам следует отказывать в исполнении арбитражных решений, если такое исполнение противоречит публичному порядку их стран. Это "исключение по мотивам публичного порядка" из правил исполнения арбитражных решений присутствует в пункте 2 статьи V Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года (Нью-Йоркская конвенция) и Типовом законе о международном торговом арбитраже 1985 года Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ)⁴⁰. Для противодействия злоупотреблениям механизмом урегулирования споров между инвесторами и государством следует применять правовые нормы и кодексы этических норм и поведения⁴¹, чтобы покончить с безнаказанностью, которой до сих пор пользуется система урегулирования споров между инвесторами и государством. Если будет установлено, что юристы прямо или косвенно извлекали выгоду из вынесенных ими арбитражных решений, например впоследствии были наняты на работу теми же инвесторами, интересы которых они представляли, то их действия необходимо расследовать, а при необходимости – лишать лицензии. В соответствии с установившимися нормами о предупреждении конфликта интересов и стовора следует систематически проводить расследования действий юридических фирм и арбитров с целью выявления нарушений этических норм поведения.

51. Вне всякого сомнения, международные инвестиционные договоры надлежит пересмотреть, чтобы обеспечить их соответствие современным нормам международного права, в частности признание в них преимущественной силы Устава Организации Объединенных Наций в соответствии с его статьей 103. Неизбежно напрашивается вывод о том, что если международные инвестиционные договоры можно реформировать таким образом, чтобы они способствовали уважению прав человека и устойчивому развитию, то арбитражные суды по урегулированию споров между инвесторами и государством ущербны с онтологической и концептуальной точек зрения и не проходят тест на совместимость с Уставом и нормами в области прав человека. Опыт прошлых десятилетий показывает, что случаи "надлежащей практики" в сфере урегулирования споров между инвесторами и государством весьма редки и что вред, наносимый системой урегулирования споров между инвесторами и государством, оправдывает ее ликвидацию. Далее, возникает вопрос об уголовной ответственности инвесторов и транснациональных корпораций, в случае когда их деятельность наносит серьезный ущерб окружающей среде, приводит к загрязнению водных ресурсов, ставит под угрозу здоровье граждан, подрывает продовольственную безопасность или приводит к массовому переселению граждан, например в связи с "мегапроектами" в области развития, подчас сопро-

³⁹ UNCTAD, *World Investment Report 2015*, p. 180.

⁴⁰ Winnie Ma, "Public policy in the judicial enforcement of arbitral awards", thesis submitted for the degree of Doctor of Juridical Science, Bond University, Australia, 2005.

⁴¹ C. Olivet and P. Eberhardt, *Profiting from Crisis: How Corporations and Lawyers are Scavenging Profits from Europe's Crisis Countries* (Amsterdam/Brussels, Transnational Institute and Corporate Europe Observatory, 2014). См. также www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/04/us-trade-deal-full-frontal-assault-on-democracy.

вождаемому насилием и гибелью людей. В этой сфере постепенно формируется международное уголовное право⁴². Как представляется, до сих пор эти соображения совершенно не затрагивали систему урегулирования споров между инвесторами и государством.

52. Самым фундаментальным доводом против механизма урегулирования споров между инвесторами и государством является то, что своими попытками приватизировать правосудие он подрывает систему верховенства закона, которая столь кропотливо выстраивалась последние 200 лет. Создание параллельной системы урегулирования споров, не являющейся ни прозрачной, ни подотчетной, ни независимой, совершенно неприемлемо. Более того, это не означает несправедливого обхождения с инвесторами: они располагают эффективными средствами правовой защиты и всегда могут положиться на действенное отправление правосудия национальными судами и/или на дипломатическую защиту.

V. Перспективы

53. "Инвестиционный арбитраж в его нынешнем виде не является справедливым, независимым и сбалансированным методом разрешения споров между суверенными государствами и частными инвесторами"⁴³.

54. Набор мер, изложенный ЮНКТАД в Докладе о мировых инвестициях за 2015 год, содержит несколько вариантов реформирования, однако авторы доклада не рискнули предложить упразднить режим урегулирования споров между инвесторами и государством. Независимый эксперт твердо убежден в том, что вариант сохранения механизма урегулирования споров между инвесторами и государством неприемлем, и делает вывод о желательности его упразднения, поскольку, представляя собой фундаментально ущербную систему, он пагубно влияет на права человека и подрывает международный порядок, ослабляя государства, вторгаясь в сферу их нормативно-правового регулирования и усугубляя неравенство и социальную несправедливость в мире. Шлейф злоупотреблений со стороны арбитров и практика толкования, выходящая далеко за пределы статей 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров,

⁴² www.chathamhouse.org/event/corporate-responsibility-international-crimes; www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/field/field_publication_docs/INTA91_1_03_Ainpley.pdf. На важной конференции по проблемам экономических преступлений и универсальной юрисдикции, проведенной отделением международного права Университета Хаэна, Испания, 20–24 июля 2015 года, в частности, работала секция под названием "Экономические и финансовые преступления", работой которой руководили судья Бальтасар Гарсон и профессор Кармен Маркес; участники конференции сошлись во мнениях о том, что последствия некоторых экономических преступлений оправдывают распространение универсальной юрисдикции на такие преступления. См. также С. Wells, *Corporations and Criminal Responsibility*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2002). L. Kaplan, "Some reflections on corporate criminal responsibility", address before the New York State Bar Association, 24 January 2007. Мадридские принципы универсальной юрисдикции, размещены по адресу <https://ujprinciples.wordpress.com/principles/>.

⁴³ Цит. по http://works.bepress.com/matthew_rimmer/178/. Это отражает и открытое письмо, подписанное 100 видными учеными, судьями и юристами из стран Транстихоокеанского партнерства, в том числе бывшим членом Комитета по правам человека судьей Элизабет Эватт, с требованием отвергнуть механизм урегулирования споров между инвесторами и государством. Доступно на <https://tpplegal.wordpress.com/open-letter/>.

лишают эту систему юридической легитимности. Однако выводы целого ряда органов Организации Объединенных Наций, в том числе содержащиеся в докладе Подкомиссии 2003 года и докладах нескольких мандатариев специальных процедур⁴⁴, не возымели действия: арбитры продолжают придерживаться практики расширительного толкования и игнорирования последствий для прав человека. Руководствуясь доктриной злоупотребления правами и запрета договоров, противоречащих добрым обычаям и традициям, следует упразднить механизм урегулирования споров между инвесторами и государством вкуче с "сальваторскими оговорками", предусматривающими продолжение применения норм договоров после прекращения их действия. Это можно сделать, руководствуясь доктриной делимости и не отказываясь от международных инвестиционных договоров в целом.

55. Механизм урегулирования споров между инвесторами и государством можно было бы заменить любым из нижеперечисленных вариантов или каким-либо их сочетанием:

а) создание международного инвестиционного суда, судьи которого были бы обязаны не только принимать во внимание Устав и основные договоры Организации Объединенных Наций о правах человека, но и отдавать им приоритет; суда, в компетенцию которого входило бы рассмотрение исков, поданных инвесторами против государств и государствами против инвесторов, и который допускал бы предъявление взаимных претензий. Такой постоянно действующий международный инвестиционный суд заменил бы множество специальных арбитражных судов единой институциональной структурой. Такой суд был бы создан на основе договора и мог бы иметь определенные институциональные отношения с Организацией Объединенных Наций подобно Международному уголовному трибуналу по бывшей Югославии, Международному уголовному трибуналу по Руанде и Международному уголовному суду. Этот суд мог бы даже быть включен в систему Организации Объединенных Наций в соответствии со статьями 57 и 63 Устава, например, подобно пока еще не созданному всемирному суду по правам человека или всемирному суду по окружающей среде. Судьи назначались или избирались бы государствами на постоянной основе. Чрезвычайно важно, что в составе международного инвестиционного суда будет действовать апелляционная палата;

б) механизм урегулирования межгосударственных споров, подобный существующему в ВТО. В рамках этой процедуры право принятия решения о подаче иска будет иметь государство инвестора, и государства будут решать, какой суд будет рассматривать дело, например Международный Суд или специальные арбитражные суды с апелляционными палатами;

в) ориентация исключительно на внутреннее урегулирование споров. В случае принятия этого варианта право инвесторов подавать в международные арбитражные суды иски к государствам, в которые осуществлялись инвестиции, будет упразднено, и инвесторы должны будут обращаться в судебные

⁴⁴ A/69/299, A/HRC/19/59/Add.5, A/HRC 25/57 и доклады, которые Независимый эксперт по вопросу о последствиях внешней задолженности и других соответствующих международных финансовых обязательств государств для полного осуществления всех прав человека, в частности экономических, социальных и культурных прав, и Специальный докладчик по вопросу о правах коренных народов готовятся представить Генеральной Ассамблее на ее текущей сессии.

инстанции государств, в которых они ведут деятельность и получают прибыль. В этом состоит суть доктрины Кальво⁴⁵.

56. Независимый эксперт одобряет выводы, сделанные Специальным докладчиком по вопросу о праве на здоровье в его предыдущем докладе Генеральной Ассамблее, в частности вывод о том, что, хотя международные инвестиционные соглашения могут содействовать экономическому развитию той или иной страны, государства должны обеспечивать, чтобы такими соглашениями предусматривалась защита прав человека, в том числе права на здоровье:

«...Необходимо обеспечивать уважение, защиту и реализацию прав человека во всех обстоятельствах, и это должно быть основной озабоченностью в рамках всех действий государств. Международные инвестиционные соглашения, таким образом, должны конкретно предусматривать обязательства государств в области прав человека, что в конкретных случаях должно иметь превалирующую силу в отношении прав инвесторов.

Возможность отдельных лиц реализовать свое право на здоровье нельзя ставить в зависимость от контрактных прав инвесторов, учитывая тот факт, что право на здоровье имеет основополагающее значение с точки зрения достоинства отдельных людей" (A/69/299, пункты 57–58)».

57. Независимый эксперт одобряет вывод Специального докладчика о том, что

"Масштабы нарушений, совершаемых транснациональными корпорациями, и легкость, с которой они могут избегать ответственности за такие нарушения, требуют необходимости создания международного механизма, который сможет привлекать транснациональные корпорации к ответственности за нарушения прав человека. Такой механизм должен дополнять национальное законодательство, а не ущемлять роль национальных законов. Соответственно, этот механизм должен предоставить в распоряжение государств и индивидуальных лиц возможность привлекать транснациональные корпорации к ответственности за совершаемые ими нарушения прав человека" (там же, пункт 38).

58. Независимый эксперт приходит к выводу о том, что упразднение механизма урегулирования споров между инвесторами и государством не означает несправедливого обхождения с инвесторами, которые по-прежнему могут обратиться в национальные суды и/или воспользоваться испытанным механизмом дипломатической защиты. Кроме того, Всемирный банк предлагает страхование рисков, которое следует учитывать в числе обычных издержек ведения бизнеса. Несмотря на введение ряда необходимых ограничений в отношении догм рыночного фундаментализма и восхваления свободы торговли, инвесторы продолжают получать немалые прибыли, и, соблюдая принципы прозрачности, подотчетности и иные разумные общественно ориентированные правовые

⁴⁵ P. Juillard, "Calvo Doctrine/Calvo Clause", in Wolfrum, pp. 1086-1093 (2012). См. также: Комиссия международного права, Третий доклад по вопросу о дипломатической защите, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Джоном Дугардом (2002 год) (A/CN.4/523/Add.1); C Dalrymple, "Politics and foreign direct investment: the Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo Clause", *Cornell International Law Journal*, vol. 29, No. 1 (1996), pp. 1161-1189.

нормы, они обеспечат сохранение здоровой системы свободных рынков в совокупности с устойчивым развитием.

VI. Рекомендации

59. В свете описанных выше препятствий к установлению демократического и справедливого международного порядка Независимый эксперт ссылается на План действий, сформулированный им в докладе Совету по правам человека (A/HRC/30/44, раздел VII), и представляет дополнительные рекомендации.

A. Государствам

60. Государствам следует упразднить систему урегулирования споров между инвесторами и государством и заменить ее международным инвестиционным судом, механизмом урегулирования межгосударственных споров в Международном Суде либо национальными судами, обязанными соблюдать статью 14 Международного пакта о гражданских и политических правах.

61. Государствам следует стремиться модифицировать или расторгнуть действующие международные инвестиционные договоры и воздерживаться от заключения международных инвестиционных договоров, содержащих положения об урегулировании споров между инвесторами и государством. До заключения любых новых международных инвестиционных договоров государствам следует обеспечить проведение независимых предварительных оценок последствий для прав человека, охраны здоровья и окружающей среды. Следует предусмотреть проведение итоговых оценок.

62. Государствам следует использовать нормы национального и международного права, в том числе уголовного права, для борьбы с экономическими преступлениями и пресечения финансовых и банковских спекуляций, применять и укреплять принцип предосторожности в области охраны здоровья населения и окружающей среды и обеспечивать неукоснительное соблюдение экологических стандартов и стандартов в области здравоохранения.

63. Государствам следует назначать уголовные наказания за должностные преступления и коррупцию. Им следует ратифицировать Конвенцию Организации Объединенных Наций против коррупции.

64. Государствам следует завершить разработку и принять юридически обязательную конвенцию о корпоративной социальной ответственности, способствующую осуществлению Руководящих принципов по вопросам, касающимся предпринимательской деятельности и прав человека, а также Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов.

65. До тех пор пока механизм урегулирования споров между инвесторами и государством не упразднен, государствам следует создать фонд финансирования защиты по делам о спорах между инвесторами и государствами

по образцу Консультативного центра ВТО по законодательным документам ВТО.

В. Генеральной Ассамблее

66. Генеральная Ассамблея может рассмотреть возможность предложить ЮНКТАД созвать конференцию по вопросу о пересмотре или прекращении действия международных инвестиционных договоров, приведших к нарушениям прав человека.

67. Генеральная Ассамблея может рассмотреть возможность возложения на Совет по правам человека конкретного мандата по периодическому мониторингу неблагоприятных последствий международного инвестиционного режима для осуществления гражданских, культурных, экономических, политических и социальных прав, например, посредством расширения круга вопросов, изучаемых в рамках универсального периодического обзора.

68. Генеральная Ассамблея может рассмотреть способы реализации инициативы МОТ и Всемирного банка в области обеспечения всеобщей социальной защиты⁴⁶ и предусмотреть ее надлежащее финансирование.

69. Генеральная Ассамблея может рассмотреть возможность учреждения комиссии по мониторингу влияния арбитражных решений на исполнение государствами их основополагающего обязательства по поощрению и защите прав человека.

70. Принимая во внимание, что Международный Суд как высший судебный орган Организации Объединенных Наций может дать авторитетное юридическое заключение о международных инвестиционных договорах, в том числе об урегулировании споров между инвесторами и государством, Генеральная Ассамблея может, руководствуясь статьей 96 Устава, запросить консультативное заключение о:

а) правовых последствиях преимущественной силы Устава, в соответствии с его статьей 103, по отношению к другим договорам, в частности по отношению к международным инвестиционным договорам и решениям арбитражных судов об урегулировании споров между инвесторами и государством;

б) преимущественной силе международного режима в области прав человека, включая Международные пакты, а также конвенции ФАО, МОТ, ЮНИСЕФ и ВОЗ, в отношении коллидирующих обязательств по торговым и инвестиционным договорам;

в) применении норм обычного международного права к негосударственным субъектам, в частности уважении суверенитета и независимости государств и запрете вмешательства в дела, которые, по сути, относятся к внутренней юрисдикции государств;

⁴⁶ www.ilo.org/global/about-the-ilo/who-we-are/ilo-director-general/statements-and-speeches/WCMS_378984/lang--en/index.htm.

d) ответственности государства базирования или принимающего государства за действия транснациональной корпорации, зарегистрированной либо ведущей деятельность на его территории;

e) объеме государственного суверенитета и онтологической обязанности каждого государства по принятию законодательных и нормативных актов, обеспечивающих благополучие населения, в частности вытекающей из международных договоров о правах человека обязанности государств не снижать уровень защиты прав человека и не позволять внешним субъектам определять их политику по вопросам налогов, бюджета, социальной защиты, труда, здравоохранения, образования или охраны окружающей среды;

f) применении статьи 53 Венской конвенции о праве международных договоров к инвестиционным договорам, содержащим положения, которые противоречат добрым обычаям и традициям или нарушают *jus cogens*;

g) правовом статусе приватизированных систем правосудия, которые не являются прозрачными и подотчетными, а их решения не подлежат обжалованию, особенно в свете пункта 1 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах; совместимости системы арбитражных судов по урегулированию споров между инвесторами и государством с принципом верховенства закона; обязанности членов арбитражных судов по урегулированию споров между инвесторами и государством принимать во внимание нормы международных договоров о правах человека;

h) юридической действительности решений арбитражных судов по урегулированию споров между инвесторами и государством, необходимости обеспечить возможность их обжалования и последствиях их юридической недействительности *ex tunc*;

i) примате государственного суверенитета над юрисдикцией арбитражных судов и праве суверенных государств отказать в исполнении арбитражных решений, влекущих за собой нарушения прав человека;

j) праве третьих государств отказать в исполнении арбитражных решений, противоречащих добрым обычаям и традициям, невзирая на Конвенцию о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений;

k) обязанности государств пересмотреть или расторгнуть международные инвестиционные договоры, которые привели или, по всей вероятности, могут привести к нарушениям прав человека;

l) порядке изменения или расторжения двусторонних и многосторонних договоров о свободной торговле и инвестициях в соответствии с Венской конвенцией о праве международных договоров и применении принципа делимости;

m) обязанности государственных судов расследовать случаи подкупа и сговора в связи с функционированием механизма урегулирования споров между инвесторами и государством и налагать штрафные санкции

на инвесторов, явно необоснованным и сутяжническим образом оспаривающих нормативно-правовые полномочия государства.

С. Транснациональным компаниям

71. Во взаимосвязанном и взаимозависимом мире XXI века, который страдает от нищеты, в котором рост населения грозит подрывом продовольственной безопасности, ухудшением состояния окружающей среды, дефицитом энергии и т.д., международная солидарность должна выливаться в конкретные действия. Компаниям следует направлять больше полученной ими прибыли на поощрение прав человека в странах, где они ведут свою деятельность. Им следует принимать все необходимые меры к тому, чтобы их деятельность не наносила ущерба окружающей среде, не приводила к ее загрязнению, ограничению доступа к непатентованным лекарственным препаратам и т. д. Им следует соблюдать национальные и международные правовые нормы, в соответствии с которыми общественность надлежит информировать об опасности употребления табака, генетически модифицированных организмах, ликвидации отходов, загрязнении воды и пр.

72. Транснациональным компаниям, на положении которых неблагоприятно сказываются односторонние санкции, осужденные Генеральной Ассамблеей и Советом по правам человека, следует подтвердить обоснованность своих требований в рамках механизма урегулирования споров ВТО, ЮНСИТРАЛ или Международного центра по урегулированию инвестиционных споров и/или воспользоваться соответствующими статьями действующих договоров о дружбе, торговле и судоходстве для передачи споров на рассмотрение Международного Суда.

Д. Гражданскому обществу

73. С учетом серьезной ущербности международных инвестиционных договоров с точки зрения демократии, в частности тайного характера их подготовки и переговоров об их заключении, исключения важнейших заинтересованных сторон из этого процесса и неблагоприятного воздействия международных инвестиционных договоров и механизма урегулирования споров между инвесторами и государством на права человека, гражданскому обществу следует требовать проведения всеобщих референдумов по вопросам заключения всех будущих международных инвестиционных договоров, включая двусторонние инвестиционные договоры, Транстихоокеанское партнерство, Трансатлантическое торговое и инвестиционное партнерство и Соглашение о торговле услугами, а также организации референдумов по вопросу о безотлагательном пересмотре или расторжении существующих международных инвестиционных договоров, включая НАФТА и Соглашение о свободной торговле между Центральной Америкой, Доминиканской Республикой и Соединенными Штатами Америки (ЦАФТА).

74. Частным лицам и группам лиц следует подавать в региональные суды по правам человека иски о нарушениях прав человека вследствие

применения международных инвестиционных договоров и разоблачать такие нарушения в социальных медиа.

75. Гражданскому обществу следует требовать распространения понятия преступлений против человечности на экономические преступления, влекущие за собой разрушение экосистем либо серьезные финансовые диспропорции вследствие манипуляций сырьевыми рынками или валютных спекуляций, приводящих к крайне серьезным последствиям для миллионов людей.

VII. Постскрипtum

76. Независимый эксперт выражает удовлетворение в связи с тем, что благодаря ширящемуся признанию его мандата возрастает вклад со стороны правительств, межправительственных организаций, гражданского общества и научных кругов. Он приветствует контакты с заинтересованными сторонами из всех смежных областей и надеется на взаимодействие с ними в будущем отчетном году.

77. В заключение Независимый эксперт хотел бы выразить признательность исключительно усердным и компетентным сотрудникам Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам (УВКПЧ) и просит Генеральную Ассамблею выделять Управлению больше средств.

78. С известной долей оптимизма Независимый эксперт делает вывод о возможности — при наличии доброй воли и международной солидарности — установления мирного, демократического и справедливого международного порядка. Предстоит преодолеть серьезные препятствия, в том числе мифы и фундаменталистские представления о рынке. С трезвым анализом выступил на девятой Конференции министров ВТО, состоявшейся на Бали, Индонезия, в декабре 2013 года, представитель Святого Престола архиепископ Сильвано Томази:

"В то время как богатство меньшинства растет в геометрической прогрессии, ширится пропасть, отделяющая огромное большинство от благополучия, которым наслаждаются эти немногие счастливицы. Этот дисбаланс — следствие идеологических конструкций, защищающих абсолютную независимость рынка и финансовой спекуляции. Следовательно, с порога отвергается право государств, обязанных защищать общее благо, на контроль в какой бы то ни было форме. Итак, рождается новая тирания, невидимая, зачастую виртуальная, однако неустанно, в одностороннем порядке навязывающая собственные законы и правила. Гораздо хуже то, что такую политику закрепляют торговые правила, вырабатываемые в ВТО или в рамках двусторонних или региональных [соглашений о свободной торговле]. Кроме того, из-за роста долга и процентов странам трудно реализовать потенциал собственной экономики и дать гражданам возможность в полной мере пользоваться своей реальной покупательной способностью. Ко всему этому мы можем добавить разгул коррупции и своекорыстное уклонение от уплаты налогов, приобретшие всемирный масштаб. Жажда власти и приобретательства не знают пре-

делов. В этой системе, стремящейся поглотить все, что препятствует росту прибыли, все хрупкое, к примеру окружающая среда, оказывается беззащитным перед интересами обожествляемого рынка, которые становятся единственным правилом"⁴⁷.

⁴⁷ www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc9_e/stat_e/vat.pdf.