



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
7 August 2015
Russian
Original: English

Семидесятая сессия

Пункт 70(а) предварительной повестки дня*

Права коренных народов

Права коренных народов

Записка Генерального секретаря

Генеральный секретарь имеет честь препроводить, в соответствии с резолюцией 27/13 Совета по правам человека, доклад Специального докладчика Совета по правам человека по вопросу о правах коренных народов Виктории Таули-Корпус.

* A/70/150.



Доклад Специального докладчика Совета по правам человека по вопросу о правах коренных народов о влиянии международных инвестиций и свободной торговли на права человека коренных народов

Резюме

Настоящий доклад представляется Генеральной Ассамблее Специальным докладчиком по вопросу о правах коренных народов в соответствии с мандатом, предоставленным ей резолюцией 27/13 Совета по правам человека. В своем докладе Специальный докладчик представляет краткую информацию о своей деятельности с момента представления Генеральной Ассамблее предыдущего доклада. Она посвящает тематический раздел настоящего доклада анализу международных инвестиционных соглашений, инвестиционных условий режимов свободной торговли и их воздействию на права коренных народов. Она рассматривает настоящий доклад в качестве отправной точки по данной проблеме, неизменно важную которой она намерена учитывать ныне и впредь при осуществлении своего мандата.

В качестве отправной точки в своей текущей работе в области международной инвестиционной политики и режимов свободной торговли Специальный докладчик рассматривает ряд вызывающих озабоченность вопросов, связанных как с непосредственными нарушениями прав коренных народов, так и с системным воздействием данных режимов на их жизнь и общины.

Специальный докладчик утверждает, что инвестиционные положения соглашений о свободной торговле, а также двусторонних и многосторонних инвестиционных соглашений в соответствии с нынешней концепцией и формой реализации обуславливают фактическое и потенциальное негативное воздействие на права коренных народов, в частности на осуществление права на самоопределение, права на землю, территории и ресурсы, права на участие и на свободное, предварительное и осознанное согласие. Вместе с тем это не предполагает, что инвестиции неизбежно оказывают разрушительное воздействие. В дальнейших исследованиях основной акцент ставится на пользе, которую инвестиционные соглашения способны приносить в равной степени коренным народам и инвесторам.

В настоящем докладе уделяется внимание проведенному Специальным докладчиком анализу несправедливых аспектов преобладающей системы глобального экономического и финансового управления, а также факторов, ограничивающих потенциал защиты, имеющийся у государств и местных систем управления. Рассматривается проблема того, как коренные народы, входящие в число наиболее маргинализованных категорий населения в мире, несоразмерно больше других страдают под гнетом системы, в которой присутствуют различные формы дисбаланса системного характера между правами корпоративных инвесторов и правами человека. В заключении содержится вывод о необходимости более тщательно проанализировать возможные последствия международных инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле, а также провести более глубокие политические и системные реформы с целью обеспечить уважение, защиту и соблюдение прав коренных народов.

I. Введение

1. Настоящий доклад представляется Генеральной Ассамблее Специальным докладчиком по вопросу о правах коренных народов в соответствии с мандатом, предоставленным ей резолюциями 15/14 и 24/9 Совета по правам человека. В докладе Специальный докладчик представляет краткую информацию о своей деятельности с момента представления Генеральной Ассамблее предыдущего доклада (A/69/267), а также тематический анализ международной инвестиционной политики, режимов свободной торговли и их воздействия на права коренных народов.

2. Специальный докладчик с признательностью отмечает помощь, предоставленную Управлением Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека (УВКПЧ). Она также выражает благодарность многим коренным народам, государствам, органам и учреждениям Организации Объединенных Наций, равно как неправительственным организациям, сотрудничество с которыми в течение прошедшего года способствовало выполнению ею своего мандата.

II. Деятельность Специального докладчика

A. Участие в международных и национальных конференциях и диалогах

3. В рамках осуществления своего мандата Специальный докладчик принимала участие в ряде международных и национальных диалогов и конференций, например:

а) Специальный докладчик приняла участие в двадцатой сессии Конференции сторон Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата, организованной в Лиме в декабре 2014 года, в рамках которой она предпринимала усилия по включению проблематики прав человека, в особенности прав коренных народов, в решения Конференции сторон. Она провела встречи с заместителем министра межкультурных связей Перу и несколькими представителями коренных народов Перу и других стран;

б) Специальный докладчик тесно координировала свою деятельность с Постоянным форумом по вопросам коренных народов и Экспертным механизмом по правам коренных народов, в том числе выступала с докладами на пленарных сессиях и проводила параллельные заседания с коренными народами и организациями в ходе этих сессий. При этом в Женеве и Нью-Йорке она также провела прямые диалоги с различными Постоянными представителями при Организации Объединенных Наций от десяти правительств Латинской Америки, Северной Америки и Тихоокеанского региона;

с) в ходе четырнадцатой сессии Постоянного форума по вопросам коренных народов, состоявшейся в апреле и мае 2015 года, Специальный докладчик поделилась своими взглядами в отношении права коренных народов на развитие на основе самоопределения и соответствующих экономических, социальных и культурных прав, а также их роли в контексте повестки дня в области развития на период после 2015 года;

d) в январе 2015 года она приняла участие в совещании международной экспертной группы по факультативному протоколу к Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов. В феврале 2015 года она приняла участие в сходном совещании экспертной группы по культурному наследию и правам коренных народов Экспертного механизма по правам коренных народов;

e) в марте 2015 года Специальный докладчик выступала в качестве эксперта в составе группы высокого уровня Совета по правам человека по вопросам прав человека и изменения климата;

f) в апреле 2015 года она приняла участие в глобальном диалоге Всемирного банка с коренными народами, в ходе которого выступила со вступительными замечаниями и провела совещания с участием лидеров коренных народов с одной стороны и президента, исполнительных директоров и высшего руководства Всемирного банка с другой;

g) в июле 2015 года она выступила с основным докладом на первой сессии межправительственной рабочей группы открытого состава по транснациональным корпорациям и другим предприятиям в аспекте прав человека;

h) в сентябре 2015 года она участвовала во Всемирной конференции по коренным народам и выступила на экспертной дискуссии, затронув вопрос согласованности действий между специализированными учреждениями Организации Объединенных Наций, программами, службами и фондами, занимающимися проблемами коренных народов.

В. Посещение стран

4. В период с 20 по 28 ноября 2014 года Специальный докладчик посетила Парагвай. В своем заявлении по итогам визита¹ она сообщает, что страна ратифицировала все основные международные и региональные стандарты в области прав человека, однако при этом отмечается ряд случаев, связанных с нарушением прав коренных народов. По ее словам, наиболее острым вопросом для коренных народов по-прежнему является защита их прав на земли, территории и ресурсы. Она рассказала о недавних исключительных темпах экономического роста в Парагвае, однако отметила, что этот рост достигнут за счет масштабного разрушения окружающей среды и ряда нарушений прав коренных народов и при этом не способствовал значительному снижению уровня бедности среди коренных народов. Она также обратила внимание на недостаток социальных услуг, доступных коренным народам, что обусловлено отсутствием участия государства в жизни некоторых общин коренных народов, а также серьезными препятствиями, с которыми сталкиваются коренные народы, добиваясь доступа к правосудию.

¹ Доступно по адресу: ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15361&LangID=E.

С. Доклад о правах женщин и девочек — представительниц коренных народов

5. Специальный докладчик выступила с докладом на тридцатой сессии Совета по правам человека. В своем тематическом докладе (A/HRC/30/41), посвященном правам женщин и девочек — представительниц коренных народов, она обратила внимание на страдания, которые они вынуждены испытывать ввиду сложного комплекса взаимодополняющих и взаимосвязанных нарушений их коллективных политических, гражданских, экономических, социальных и культурных прав. В совокупности эти нарушения прав являются одной из форм структурного насилия в отношении женщин и девочек — представительниц коренных народов и дополняют другие формы насилия, с которыми обычно сталкиваются эти люди. Специальный докладчик отметила незначительное повышение внимания к правам женщин и девочек — представительниц коренных народов в работе некоторых специализированных служб и механизмов Организации Объединенных Наций и подчеркнула, что для улучшения положения женщин и девочек необходимы многоаспектный подход и изменение парадигмы. В своем докладе Специальный докладчик изложила ряд рекомендаций, адресованных государствам-членам и организациям системы Организации Объединенных Наций.

III. Международные инвестиционные соглашения и соглашения о свободной торговле

A. Справочная информация

6. Увеличение иностранных инвестиций, связанных с земельными и водными ресурсами коренных народов, а также добычей природных ресурсов, таких как минералы, металлы, нефть, газ, лес и другие ресурсы, по-прежнему вызывает у Специального докладчика серьезную обеспокоенность. Эта проблема вынудила Специального докладчика более тщательно изучить международные инвестиционные режимы с точки зрения уважения или нарушения прав человека коренных народов. Международные инвестиционные договоры или соглашения являются инструментами, обеспечивающими правовую защиту в первую очередь интересов иностранных инвесторов в отношении инвестиций в принимающих государствах. Действительно, либерализация торговли и финансовой сферы играет центральную роль в стратегиях экономического развития многих развивающихся стран, обеспечивая экономические возможности и рост. Однако в принимающих странах воздействие инвестиционных проектов на права человека граждан нельзя оценить как исключительно или даже по преимуществу положительное.

7. Фактическое и потенциальное пагубное воздействие международных инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле на права коренных народов вызывает все большее беспокойство Специального докладчика. Хотя целью настоящего доклада является общая оценка ключевых направлений воздействия данных соглашений на коренные народы и осуществление их прав согласно Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, Специальный докладчик также намерена уделять постоянное внимание данной проблеме на всем протяжении оставшегося срока ее мандата.

Настоящий доклад очерчивает широкий спектр вопросов, вызывающих беспокойство Специального докладчика, в области международных инвестиционных соглашений и договоров, а также положений о защите инвестиций, которые содержатся в многосторонних и региональных соглашениях о свободной торговле, и тем самым позволяет Специальному докладчику определить область своей непрерывной деятельности. В этой связи Специальный докладчик планирует разослать анкеты государствам-членам и организациям гражданского общества и провести ряд региональных консультаций в целях более глубокого понимания сложившейся ситуации.

8. В своей работе над настоящим докладом, а также в ходе непрерывной работы по данной проблеме Специальный докладчик опирается на результаты работы других мандатариев специальных процедур и механизмов Организации Объединенных Наций. Она ознакомилась с докладом Независимого эксперта по вопросу о поощрении демократического и справедливого международного порядка, представленным на тридцатой сессии Совета по правам человека (A/HRC/30/44) и посвященным негативному воздействию международных инвестиционных соглашений, двусторонних инвестиционных договоров и международных соглашений о свободной торговле на права человека и на мировой порядок. Специальный докладчик осведомлена о предстоящем докладе Независимого эксперта на семидесятой сессии Генеральной Ассамблеи, посвященном последующему влиянию механизмов урегулирования споров между инвесторами и государствами на права человека.

9. Специальный докладчик обратилась к докладу Специального докладчика по вопросу о праве на питание перед Советом по правам человека (A/HRC/19/59/Add.5), в котором изложены руководящие принципы, адресованные государствам-членам с целью обеспечить соответствие заключаемых ими торговых и инвестиционных соглашений обязательствам, принятым ими в рамках международных договоров по правам человека, а также к докладу Специального докладчика по вопросу о праве каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья, представленному на шестьдесят девятой сессии Генеральной Ассамблеи (A/69/299), в котором изучается воздействие инвестиционных соглашений на осуществление права на здоровье. Кроме того, в 2015 году десять мандатариев заявили об общественной обеспокоенности воздействием на права человека инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле².

В. Обзор международных инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле

10. Международные инвестиции, как правило, регулируются положениями договоров международного права. Существует несколько различных механизмов, в совокупности известных как международные инвестиционные договоры. Международные инвестиционные договоры необходимы для защиты иностранных инвесторов и их интересов в государствах, принимающих иностранные инвестиции. Существует три основных типа международных инвестиционных договоров:

² Доступно по ссылке: ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031&LangID=E.

- а) двусторонние инвестиционные договоры, которые заключаются между двумя государствами и регулируют инвестиции;
- б) региональные инвестиционные договоры, которые заключаются между несколькими странами одного региона и также регулируют инвестиции;
- в) условия многосторонних и плюрилатеральных торговых и инвестиционных соглашений, в которых содержатся положения об инвестициях и свободной торговле, например Североамериканское соглашение о свободной торговле, Генеральное соглашение о торговле услугами и Договор к Энергетической хартии.

11. Эти правовые механизмы, которые являются основным источником международного публичного права, впервые вступили в силу в конце 1960-х годов, а в 1990-х годах их число стало увеличиваться в геометрической прогрессии. На конец 2014 года юридическую силу имели 2923 двусторонних инвестиционных договора и 345 других инвестиционных соглашений, что в совокупности составляло 3268 международных инвестиционных соглашений³. Хотя количество двусторонних инвестиционных договоров сокращается, число международных инвестиционных соглашений в целом остается в достаточной степени неизменным в свете недавней тенденции все чаще включать положения об инвестициях, равноценные положениям, как правило, содержащимся в двусторонних инвестиционных договорах, в состав более широких соглашений о свободной торговле. Например, Соединенные Штаты Америки завершают переговоры со странами Азии по Транстихоокеанскому соглашению о партнерстве, в котором присутствуют формулировки, касающиеся инвестиций, подобные тем, которые обычно встречаются в двусторонних инвестиционных договорах. Включение положений об управлении инвестициями в соглашения о свободной торговле свидетельствует о наличии тесных связей между международными инвестициями и свободной торговлей, а также общих неолиберальных интеллектуальных основ.

12. При заключении большей части инвестиционных договоров участниками переговоров являются развивающиеся и развитые страны. Например, согласно оценкам, 75 процентов двусторонних инвестиционных договоров заключены между развивающимися и развитыми странами⁴. Однако инвестиционные соглашения Юг — Юг находят все большую поддержку. Развивающиеся страны заключают данные соглашения с целью открыть свои рынки для иностранных инвесторов, поскольку таким образом они надеются создать новые рабочие места, привлечь инвестиции и обеспечить рост валового внутреннего продукта (ВВП). Эти ожидания опираются на преобладающие парадигмы развития, в которых прямые иностранные инвестиции (ПИИ) и либерализация торговли являются мощной движущей силой роста ВВП.

13. Международные инвестиционные соглашения нацелены на предоставление инвесторам значительного объема прав, касающихся защиты от попыток

³ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), “IIA issues note: recent trends in IIAs and ISDs” IIA issues notes, No. 1 (February 2015). Размещено на веб-сайте по адресу http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf.

⁴ Howard Mann, “International investment agreements, business and human rights: key issues and opportunities”, prepared by the International Institute for Sustainable Development for John Ruggie, Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights, transnational corporations and other business enterprises, February 2008.

экспроприации, действий несправедливого и дискриминационного характера со стороны принимающих государств, в которых реализуются инвестиционные проекты. Несмотря на некоторые различия, международные инвестиционные соглашения зачастую составлены по достаточно стандартному формату, а во многих странах существуют типовые двусторонние инвестиционные договоры, которые используются в качестве основы при выработке таких соглашений. Стандартные условия инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле содержат положения, касающиеся стабилизации, экспроприации, справедливого и равноправного отношения и недопущения дискриминации:

а) условия о стабилизации являются положениями о «выборе права», в которых, как правило, оговаривается, в соответствии с законодательством какого государства устанавливаются параметры инвестиционного проекта. Кроме того, эти положения, как правило, содержат формулировку о том, что любые нежелательные для инвестора изменения этого законодательства в будущем не могут быть применены ретроспективно;

б) условия об экспроприации направлены на то, чтобы ограничить вмешательство государственных служб посредством изъятия собственности иностранных инвесторов для использования в общественных целях. В инвестиционных соглашениях часто прописывается, что любая экспроприация, предпринимаемая в отношении инвестиционных проектов, должна осуществляться в общественных целях, носить недискриминационный характер и подлежать компенсации по рыночной цене;

в) условия справедливого и равноправного отношения составляют центральную часть инвестиционных соглашений. Они представляют собой широкие положения, которые призваны заставить государства действовать «последовательно, рационально, в духе гласности, беспристрастности и недопущения двусмысленности, привилегий или дискриминации в целях обеспечения соблюдения надлежащих процедур в процессе принятия решений и уважения законных ожиданий инвесторов»⁵. Например, на условия справедливого и равноправного отношения ссылались, чтобы оспорить повышение налогов и предотвратить попытки правительства регулировать рынок вредной для здоровья продукции, такой как табак (см. A/HRC30/44, пункты 25–27);

г) в условиях о недопущении дискриминации оговаривается, что иностранным инвесторам из стран базирования необходимо гарантировать подход на равных условиях с гражданами принимающего государства или гражданами другой третьей стороны.

14. Наряду с вышеупомянутыми механизмами урегулирования споров между инвесторами и государствами, в совокупности положения предоставляют инвесторам широкий спектр прав, которые чреваты для прав коренных народов разнообразными серьезными последствиями и влияют на способность государств выполнять защитные функции.

⁵ См. *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (United Nations publication, Sales No. E.11.II.D.15).

С. Урегулирование споров между инвесторами и государствами

15. Одной существенной особенностью инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле являются положения об установлении механизмов урегулирования споров между инвесторами и государствами. В соответствии с этими положениями инвесторы, считающие действия государства нарушающими их права по международному инвестиционному соглашению, могут оспорить такие действия в рамках механизма обязательного арбитражного разбирательства. Инвесторам доступно большое число площадок для арбитража, каждая из которых имеет свои правила, в том числе Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), Стокгольмская торговая палата и Международная торговая палата.

16. У инвесторов есть прямой доступ к этим механизмам в случае любых разногласий в связи с международными инвестиционными соглашениями, а поскольку согласно положениям международных инвестиционных соглашений инвесторы не обязаны предварительно исчерпать все внутренние средства правовой защиты, любые формы судебного контроля исключены. По итогам внесудебного арбитражного разбирательства инвесторам может быть присуждена компенсация, если будет признано, что со стороны государства имело место нарушение условий инвестиционного договора. Ограничения по сумме присуждаемой компенсации отсутствуют. По данным Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД), в 2014 году одно из государств было вынуждено выплатить корпорации компенсацию размером в 50 млрд. долл. США по трем тесно взаимосвязанным судебным делам³. Такие решения не подлежат обжалованию и являются строго обязательными к исполнению государствами-участниками. От государства может потребоваться выплата ретроактивного сложного процента, начисляемого по коммерческим ставкам с даты осуществления действия, которое является предметом спора между инвестором и государством. Сообщается, что однажды государство-участника обязали выплатить корпорации проценты в размере 589 млн. долл. США наряду с компенсацией в 1 млрд. долл. США⁶.

17. Большая часть исков по урегулированию споров между инвесторами и государствами возбуждается против развивающихся стран. Развивающиеся страны являются ответчиками примерно по 78 процентам из 608 известных исков, поданных инвесторами против 101 государства. Вместе с тем, судя по недавним тенденциям, в общем числе дел об урегулировании споров между инвесторами и государствами растет доля исков против развитых стран. За 2014 год против таких государств было возбуждено 40 процентов новых дел³. Инициаторами дел против развитых стран становятся по преимуществу инвесторы из других продвинутых в экономическом плане стран, таких как страны Северной Америки и Европейского союза⁷. Так, на конец 2014 года наибольшее число дел о спорах между инвесторами и государствами было возбуждено против Аргентины, Боливарианской Республики Венесуэла, Чешской

⁶ Public Citizen, "Memorandum". Available from citizen.org/documents/oxy-v-ecuador-memo.pdf.

⁷ UNCTAD, "IA issues note: investor-State dispute settlement: an information note on the United States and the European Union", IA issues notes, No. 2 (June 2014). Размещено на веб-сайте по адресу http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d4_en.pdf.

Республики, Египта, Канады, Мексики, Эквадора, Индии, Украины, Польши и Соединенных Штатов. Хотя в этом перечне представлены как развитые, так и развивающиеся страны, арбитражные разбирательства воздействуют на них отнюдь не в равной степени. Например, Соединенные Штаты при рассмотрении дел о спорах с инвесторами используют для своей защиты имеющиеся в распоряжении государства правовые и финансовые ресурсы и до сих пор не проиграли ни одного дела и ни разу не были вынуждены выплачивать инвестору компенсацию⁸.

18. В 2014 году дела об урегулировании споров между инвесторами и государствами по преимуществу возбуждали инвесторы из развитых стран. Как правило, государствами базирования выступали Соединенные Штаты, Нидерланды, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Германия, Франция, Канада, Италия, Испания, Швейцария, Турция, Бельгия и Австрия. Эти данные находятся в русле длительное время продолжающихся тенденций, согласно которым на долю инвесторов из высокоразвитых стран Северной Америки и Европейского союза приходится 80 процентов возбуждаемых исков³.

19. Большая часть дел об урегулировании споров между инвесторами и государствами в недавний период возбуждена на основании двусторонних инвестиционных договоров: за 2014 год на основании таких договоров возбуждено 30 из известных 42 дел. Однако в целом большая часть дел о спорах между инвесторами и государствами возбуждена на основании соглашений о свободной торговле, причем чаще всего истцы опираются на такие нормы, как Североамериканское соглашение о свободной торговле и Договор к Энергетической хартии³. Иногда инвесторы возбуждают иски одновременно по соглашениям о свободной торговле и по двусторонним инвестиционным договорам, если принимающее государство и государство базирования подписали оба документа. В 2014 году в рамках споров инвесторов с государствами чаще всего оспаривались такие действия государств, как расторжение или заявленное нарушение условий контрактов и концессий, а также отзыв или отказ в выдаче лицензий или разрешений. В числе других оснований для спора выступают законодательная реформа, дискриминация в отношении иностранных инвесторов, регулирование тарифов на воду и меры, связанные с налогообложением и вопросах экологии³.

IV. Международные инвестиции, свободная торговля и права человека коренных народов

20. Общеизвестно, что воздействие соглашений о свободной торговле и международных инвестиционных соглашений на права человека затрагивает такие проблемы, как земельные права, ухудшение состояния окружающей среды, нищета, регулятивный и защитный потенциал государства, дефицит демократии и подрыв верховенства права, связанный с разработкой и применением таких соглашений, а также снижение потенциала государства в плане предоставления услуг в сфере здравоохранения и снабжения водой. Этим проблемам отводится должное место в повестке дня в области прав человека и предприни-

⁸ Congressional Research Service, "International investment agreements (IIAs): frequently asked questions", 15 May 2015. Доступно по ссылке: <http://fas.org/sgp/crs/misc/R44015.pdf>.

мательской деятельности. Этот вопрос обсуждался Специальным представителем Генерального секретаря по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях и содержится в тексте принципа 9 Руководящих принципов предпринимательской деятельности в аспекте прав человека. Принцип гласит: «Государствам следует сохранять необходимую свободу маневра в сфере внутренней политики для соблюдения своих правозащитных обязательств в процессе достижения связанных с предпринимательством политических целей с другими государствами или предприятиями, например в рамках инвестиционных соглашений или контрактов».

21. В следующем разделе более подробно пойдет речь о том, каким образом инвестиционные режимы и режимы свободной торговли сказываются на правах человека коренных народов непосредственно и системно. Оба этих понятия находятся в тесной взаимосвязи и взаимодополняют друг друга, однако имеет смысл рассматривать их по отдельности, что позволяет понять глубинную и многоуровневую структуру воздействия на права человека коренных народов, которое оказывают соглашения о свободной торговле, инвестиционные соглашения и их применение. Данные об этом воздействии ограничены ввиду сложного, разнородного и непрозрачного характера этих режимов. В связи с этим при рассмотрении заявленных вопросов проводится краткий обзор имеющихся сведений и обозначается перечень областей, подлежащих дальнейшему изучению Специальным докладчиком в ходе осуществления своего мандата.

А. Непосредственное воздействие на права коренных народов

Права на землю, территории и ресурсы

22. Тесная связь с землями, территориями и природными ресурсами — это черта, как правило, присущая коренным народам. Как сформулировано, в частности, в статьях 8, 25, 26, 29 и 32 Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, коренные народы имеют право на земли, территории и ресурсы, которыми они традиционно владели, которые они традиционно занимали или иным образом использовали или приобретали, а также имеют право иметь в собственности, использовать, осваивать или контролировать данные ресурсы. Статья 1 Международного пакта о гражданских и политических правах, которая закрепляет коллективное и частное право на владение собственностью, дополняет положения Декларации.

23. Положения о недискриминации и экспроприации, которые содержатся в инвестиционных соглашениях и в соглашениях о свободной торговле, в значительной мере способны ослабить права коренных народов на землю и тесно связанные с ними культурные права. Как обсуждалось выше, положения о недискриминации ставят инвесторов в один ряд с гражданами и третьими сторонами. На практике это означает, что если права коренных народов не указываются в оговорке об изъятии, то любая особая защита земель коренных народов, будь то обычное право или даже особое законодательство в области прав на исконные земли, может быть сведена на нет, когда речь идет об инвестициях.

24. Положения инвестиционных соглашений, касающиеся экспроприации, также могут стать существенным препятствием в случае претензий на земли коренных народов. Если принимающие государства, заключившие междуна-

родные инвестиционные соглашения, начнут предпринимать позитивные меры по перераспределению исконных земель, выделенных иностранным инвесторам, с целью передать эти земли обратно коренным народам и таким образом осуществить Декларацию и другие стандарты в области прав человека, то им, возможно, придется выплачивать компенсацию на коммерческих рыночных условиях. Арбитражные суды, рассматривающие споры между инвесторами и государствами, применяли это требование о компенсации на рыночных условиях даже к случаям, когда экспроприация земли осуществлялись в общественных целях или с целью исправить положение, сложившееся в результате несправедливого присвоения земель коренных народов и их территорий⁹.

25. Кроме того, еще одно препятствие может касаться издержек по отчуждению земли в целях осуществления прав коренных народов. Государствам всегда было трудно найти средства, чтобы выкупить исконную землю. В отсутствие ограничений на размер компенсации применение положений об экспроприации в рамках международных инвестиционных соглашений может только существенно увеличить эти трудности. Возможно, что вопреки положениям Декларации и договоров в области прав человека многие правительства, в том числе местные органы управления и органы управления коренных народов, просто не смогут покрыть издержки по отчуждению коренных земель, даже если эти земли уже находятся под защитой.

26. О сложности противоречий между правами коренных народов на земли и ресурсы и положениями международных инвестиционных соглашений красноречиво свидетельствуют несколько случаев, о которых далее пойдет речь.

27. В Эквадоре долгое время продолжался крайне сложный правовой спор об экологическом ущербе, причиненном земле коренных народов. Компанию «Тексако», которая в 2001 году стала дочерней компанией «Шеврон», обвинили в сильнейшем загрязнении тропических лесов и рек в период с 1964 по 1992 годы. Впоследствии две группы коренных народов возбудили коллективные иски. В 2011 году суд обязал «Тексако»/«Шеврон» возместить ущерб на сумму 8,6 млрд. долл. США или 18,6 млрд. долл. США, если корпорация откажется принести публичные извинения. «Тексако»/«Шеврон» заявила, что обвинения в ее адрес построены на подкупе и мошенничестве, и подала апелляцию на это постановление в несколько судов Эквадора. За время продолжающейся тяжбы сумма возмещения выросла до 18 млрд. долл. США. В 2012 году Верховный суд Эквадора поддержал обвинения, выдвинутые против «Тексако»/«Шеврон», однако снизил сумму штрафа вдвое до 9,51 млрд. долл. США. Компания несколько раз пыталась добиться выплаты компенсации по двустороннему соглашению между Соединенными Штатами и Эквадором. Арбитражный процесс продолжается до сих пор¹⁰.

28. В 2007 году правительство Перу выдало лицензию канадской добывающей компании «Бэр Крик Майнинг» на разработку серебряного месторождения Санта-Ана. Коренные народы были обеспокоены негативным воздействием на

⁹ Margaret B. Devaney, "Remedies in investor-State arbitration: a public interest perspective", *Investment Treaty News* of the International Institute for Sustainable Development, vol. 3, No. 3 (March 2013). Размещено на веб-сайте по адресу iisd.org/sites/default/files/pdf/2013/iisd_itn_march_2013_en.pdf.

¹⁰ Business & Human Rights Resource Centre, "Texaco/Chevron lawsuits (re Ecuador)". Доступно по ссылке: <http://business-humanrights.org/en/texacochevron-lawsuits-re-ecuador>.

озеро Титикака и провели ряд забастовок и блокад. В результате, после того как шестеро протестующих погибли, когда полиция открыла огонь по людям, вышедшим на демонстрацию против проведения горных работ, в основном из числа коренных народов, в 2011 году правительство было вынуждено отозвать разрешение на добычу у горнодобывающей компании. Вместе с тем правительство наделило коренные общины полномочиями разрешать или запрещать проведение горнодобывающих или буровых работ в этом районе. Теперь инвестор судится с правительством Перу по соглашению о свободной торговле, заключенному между канадской и перуанской сторонами, и можно ожидать, что суд с высокой долей вероятности признает экспроприацию инвестиций. Некоторые данные указывают на то, что правительство разрешит компании возобновить разработку месторождения с целью избежать колоссальных судебных издержек¹¹.

29. Местное коренное население Многонационального Государства Боливия выступило против горнодобывающего проекта в районе Малку Хота, опасаясь, что священным лагунам будет нанесен ущерб. После массовых акций протестов и признания правительства, что проект нарушает ряд положений Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов и Конвенции Международной организации труда № 169 о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, концессии инвестора были отозваны. Инвестор возбудил иск в соответствии с двусторонним инвестиционным договором между Соединенным Королевством и Боливией, заявив об экспроприации и о нарушении положения о справедливом равноправном отношении, а также других условий договора. В процессе урегулирования спора между инвестором и государством правительство пытается обратить внимание на проблемы прав человека, в том числе в соответствии с Декларацией, и в своих заявлениях обвиняет инвестора в нарушении прав человека, включая права, прописанные в Декларации¹².

30. Учитывая огромное количество горнодобывающих и нефтедобывающих проектов, инвестиции в агробизнес, специальные экономические зоны, проекты по развитию туризма и инфраструктуры, осуществляемые почти на всех континентах мира и зачастую на землях коренных народов, будь то специально выделенные территории или нет, противоречия между земельными правами с одной стороны и инвестиционными соглашениями и соглашениями о свободной торговле с другой будут все чаще давать о себе знать. Коренные народы в силу своей уязвимости в несоразмерной степени страдают от бремени этих противоречий, не только из-за частого использования их земель под связанные с инвестициями проекты, но и в результате утраты получаемых от земли культурных неэкономических благ.

¹¹ International Centre for Settlement of Investment Disputes, “Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID case No. ARB/14/2”. Доступно по ссылке: italaw.com/cases/2848; Mitra Taj, “Peru hopes to revive Bear Creek mine, avoid legal battle”, 15 August 2014. Available from <http://in.reuters.com/article/2014/08/15/peru-bear-creek-minng-santaana-idINL2N0QL00Z20140815>.

¹² Permanent Court of Arbitration, “South American Silver Limited v. Bolivia, UNCITRAL, PCA case No. 2013-15” 2013-2015. Доступно по ссылке: italaw.com/cases/2121.

Свободное, предварительное и осознанное согласие

31. Право на свободное, предварительное и осознанное согласие закреплено в Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, а право на проведение консультаций прописано в Конвенции МОТ № 169. Вопреки этим положениям, только представители национальных правительств ведут переговоры об инвестициях, составляют и заключают инвестиционные соглашения, часто в режиме строгой негласности. Специальному докладчику не известны случаи, когда представителей коренных народов и/или чиновников из структур самоуправления коренных народов приглашали бы принять участие в официальных переговорах и в процедуре составления инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле, которые оказывают непосредственное воздействие на коренные народы, что уже само по себе является нарушением прав на свободное, предварительное и осознанное согласие, участие, самоопределение и проведение консультаций.

32. В случае многих инвестиционных проектов, финансируемых иностранными инвесторами в рамках международных инвестиционных соглашений, свободное, предварительное и осознанное согласие коренных народов не было получено. Необходимо проводить добросовестные консультации с коренными народами по всем инвестиционным проектам, которые напрямую затрагивают их интересы, в соответствии со статьями 19 и 32 пункта 2 Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов и статьей 6 пункта 2 Конвенции МОТ № 169. Применение данных статей к инвестиционным соглашениям о свободной торговле позволяет учитывать потребности и мнения коренных народов в положениях этих соглашений и впоследствии предотвратить нарушения их прав человека. Если же такая возможность упущена, возрастает вероятность конфликтов, остановки проектов и потери прибыли.

33. Нарушения приобретают еще более вопиющий характер в связи с потенциальным риском перенесения финансовой ответственности государства-участника по возмещению ущерба на правительства коренных народов: например, некоторые национальные правительства, в частности Канады и Мексики, пытались возместить ущерб корпорациям за счет средств местных правительств. В Мексике после отказа муниципалитета выдать разрешение на строительство хранилища токсичных отходов правительство штата объявило район специальной экологической зоной. Впоследствии инвестор из Соединенных Штатов возбудил иск против мексиканского правительства в соответствии с Североамериканским соглашением о свободной торговле и потребовал выплатить 16 млн. долл. США¹³. Правительство Мексики попыталось удержать сумму из федеральных средств, выделяемых властям штата, которые отказались выдать разрешение, и тем самым заставить местные власти взять на себя финансовые обязательства по итогам спора между инвестором и государством. Власти штата обратились в Верховный суд Мексики, который постановил, что национальное правительство не имеет право предъявлять местным властям штата требование о возмещении ущерба. Несмотря на то что этот пример доказывает, что государства не могут автоматически переложить на местные власти ответственность по выплате компенсаций по результатам споров между инве-

¹³ Public Citizen, "NAFTA chapter 11 investor-State cases: lessons for the Central America Free Trade Agreement", *Public Citizen's Global Trade Watch*, No. E9014 (February 2005).

сторонами и государствами, существуют другие случаи, когда местным органам управления приходилось возмещать ущерб, связанный с инвестиционными соглашениями и соглашениями о свободной торговле. Хотя Специальному докладчику неизвестны случаи, когда какое-либо государство перекладывало финансовую ответственность на автономные правительства коренных народов, эта проблема может стать поводом для серьезного беспокойства в контексте права на свободное, предварительное и информированное согласие.

34. Нарушения права на свободное, предварительное и информированное согласие также могут способствовать дальнейшим нарушениям прав коренных народов в контексте международных инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле. Применение принципа свободного, предварительного и информированного согласия к инвестиционным соглашениям и соглашениям о свободной торговле позволяет учитывать потребности и мнения коренных народов в положениях этих соглашений и впоследствии предотвратить нарушения их прав человека. Если же такая возможность упущена, то предотвращение нарушений, которого позволяет добиться соблюдение права на свободное, предварительное и осознанное согласие, оказывается невозможным.

Культурные права

35. Существуют различные формы того, как инвестиционные соглашения и соглашения о свободной торговле могут ущемлять культурные права коренных народов. Во-первых, тяжелые последствия этих соглашений для прав коренных народов на земли и территории имеют еще более серьезный характер ввиду культурной значимости исконных земель и территорий. Как говорилось выше, связь с землей и водными ресурсами является неотъемлемой частью исконной культуры и самобытности. Поэтому препятствия в осуществлении владения исконной землей, создаваемые международными инвестиционными соглашениями и соглашениями о свободной торговле, являются посягательством на культурные права коренных народов. Кроме того, перемещение, часто вызванное утратой земли и территорий, равноценно дальнейшему посягательству на культурную целостность и защиту коренных общин. Любое посягательство на механизмы самоуправления коренных народов, связанное с международными инвестиционными соглашениями и соглашениями о свободной торговле, способствует дальнейшему нивелированию усилий по защите культурных прав.

36. Попытки коренных народов оспорить разрушительные действия, связанные с присвоением культурного наследия, могут потерять всякий смысл в свете положений международных инвестиционных соглашений. В качестве примера можно привести судебное разбирательство, инициированное коренными народами против футбольной команды «Вашингтон Редскинз» («Вашингтонские краснокожие») в связи с тем, что ее название носит оскорбительный характер. С тех пор в Соединенных Штатах была аннулирована регистрация шести товарных знаков команды. Эти решения до сих пор подлежат обжалованию, а футбольная команда заявляет о колоссальных потерях в связи с инвестициями в данные товарные знаки. Хотя соответствующие судебные разбирательства ведутся не в рамках трибуналов по урегулированию споров между инвесторами и государствами, такую форму отмены товарного знака можно было бы оспорить в соответствии с международными инвестиционными соглашениями, если бы торговая марка принадлежала иностранному инвестору.

Самоопределение, бедность и экономические и социальные права

37. Как упоминалось выше, коренные народы не участвуют в переговорах и в процедуре составления соглашений о свободной торговле. Вместе с тем положения этих соглашений обязательны к исполнению в области самоуправления и использования земель, территорий и ресурсов. Например, типовой двусторонний инвестиционный договор Соединенных Штатов является строго обязательным к исполнению на всех уровнях государственного управления, включая местные органы власти и другие структуры, которым национальное правительство передало полномочия по регулированию, администрации или управлению. Отсутствие у коренных народов возможности принять участие в составлении мощных юридических соглашений, которые затрагивают их интересы, является нарушением права коренных народов на самоопределение в соответствии со статьей 3 Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, а также права на развитие. Пункт 1 статьи 32 Декларации гласит: «Коренные народы имеют право определять приоритеты и разрабатывать стратегии освоения или использования своих земель или территорий и других ресурсов».

38. Ограниченная роль правительств коренных народов при разработке международных инвестиционных соглашений и отказ в праве на самоопределение особым образом проявляется в виде ограничений на взимание налогов. Опираясь на положения международных инвестиционных соглашений о справедливом и равноправном отношении, инвесторы оспаривают обязанность по уплате разного рода налогов, включая налог на добавленную стоимость, акцизный налог на табачную продукцию и налоговые марки, корпоративный подоходный налог и налоги на использование природных ресурсов. Любой налог, подлежащий уплате некоренным населением (к которому, по сути, принадлежат иностранные инвесторы), нарушал бы условия национального режима в соответствии с типовыми положениями двустороннего инвестиционного соглашения Соединенных Штатов.

39. Эта угроза, которую представляют инвестиционные соглашения и соглашения о свободной торговле для права на самоопределение и самоуправление, усугубляет длительные и системные нарушения прав коренных народов. В числе этих нарушений грубые и непрекращающиеся посягательства на культурную целостность коренных народов, очернение и непризнание обычного права и систем управления, отсутствие рамочной основы, которая бы позволила коренным народам осуществлять право на развитие и самоуправление, а также использование методов, которые лишают коренные народы возможности самостоятельно распоряжаться своей землей и природными ресурсами. Именно с этой точки зрения международные инвестиционные соглашения содействуют насаждению колониальных и постколониальных структур, которые привели к расизму системного характера, дискриминации, маргинализации и эксплуатации коренных народов.

40. Подобное неравномерное распределение власти между коренными народами с одной стороны и корпорациями и государствами с другой способствует повсеместной бедности среди коренных народов. На долю коренных народов приходится 5 процентов мирового населения и при этом они составляют 15 процентов мирового населения, живущего в условиях бедности. В мире на долю коренных общин приходится целых 33 процента всего населения, жи-

вущего в условиях крайней нищеты на селе. Эта статистика вызывает особенную тревогу, учитывая богатые природными ресурсами территории, на которых проживают коренные народы. Такая степень бедности является нарушением прав коренных народов на развитие, экономических и социальных прав на достойный уровень жизни, жилье, питание, воду, здоровье и образование.

41. Нарушения прав коренных народов на самоопределение, а также экономических и социальных прав тесно связаны с историческим прошлым коренных народов — маргинализацией, отчуждением родовых земель и разрушением их экологической среды, а также отсутствием возможности самостоятельно определять пути развития. Воздействие инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле усугубляет влияние этих факторов. Кроме того, системный характер воздействия этих соглашений, о котором далее пойдет речь, составляет еще одну причину бедности и отказа коренным общинам в праве на самоопределение.

42. Международные инвестиционные соглашения могут оказывать отрицательное воздействие на осуществление ряда экономических и социальных прав коренных народов. При урегулировании споров между инвесторами и государствами издержки государств по защите своих интересов в суде и размер компенсации, выплачиваемой инвестору в случае проигрыша, могут составить огромную сумму. Все это требует государственных ресурсов, которые в противном случае можно было бы направить на осуществление экономических и социальных прав. Международные инвестиционные соглашения могут способствовать расширению и закреплению механизмов приватизации государственных товаров и услуг, включая здравоохранение и воду. Например, положения об экспроприации и справедливом и равноправном подходе налагают на государства непомерные финансовые обязательства в случае аннулирования контрактов с частными поставщиками услуг в области здравоохранения. Поскольку, как показывает практика, деятельность частного сектора не способствует удовлетворению потребностей наиболее маргинализованного и уязвимого населения, примером чего является приватизация водных ресурсов, воздействие данных факторов на экономические и социальные права коренного населения является значительным.

43. Кроме того, как отражено в следующем докладе Независимого эксперта по вопросу о поощрении демократического и справедливого международного порядка, арбитражные процессы между инвесторами и государствами используются для того, чтобы оспорить усилия по совершенствованию государственного здравоохранения. В докладе Независимого эксперта упоминается дело «Филип Моррис» (Швейцария) против Уругвая (2010 год), в котором транснациональная табачная компания подала иск против Уругвая на основании двустороннего инвестиционного договора между Швейцарией и Уругваем, обвиняя Уругвай в принятии антитабачного законодательства и обесценивании своих инвестиций. Эта же компания предъявила иск Австралии в связи с попытками ограничить потребление табака. Проблемы в области общественного здравоохранения, такие как курение, сейчас все более остро проявляются в коренных общинах, а их распространенность может быть выше, чем среди некоренного населения. В этой связи подобные споры между инвесторами и государствами могут оказывать на коренные народы несоразмерно большое воздействие.

В. Системное воздействие инвестиционного режима и режима свободной торговли

44. Выше шла речь о том, что существует несколько форм прямого воздействия международных инвестиций и свободной торговли на права человека коренных народов. Хотя это обстоятельство само по себе вызывает крайнюю тревогу, не менее важно учитывать системные последствия совокупного воздействия такого рода соглашений и механизмов на национальном и международном уровне. Эти системные факторы серьезно влияют на права человека коренных народов, которые традиционно составляют одну из наиболее маргинализированных групп в рамках международной системы и зачастую сами по себе крайне уязвимы, больше других страдая под гнетом инвестиционного режима и режима свободной торговли.

Асимметрия между государственными и частными субъектами

45. Международные инвестиционные соглашения и соглашения о свободной торговле наделяют иностранных инвесторов и многонациональные компании крайне мощными правами и механизмами их осуществления. Вместе с тем правила, регулирующие ответственность частных субъектов, зачастую являются предметом так называемого «мягкого» международного права. Среди стандартов, некоторые из которых носят добровольный или необязательный характер или существуют в форме рекомендаций, отсутствуют юридически обязывающие инструменты, которые бы позволили установить равновесие между правами и обязанностями этих субъектов. Следовательно, в распоряжении инвесторов есть мощная и, как представляется, непропорционально существенная форма защиты, в то время как государства и/или коренное население часто не имеют возможности эффективно бороться в судебном порядке с действиями компаний, которые создают серьезные препятствия для осуществления прав человека. Это способствует опасной консолидации власти в руках международных корпоративных субъектов, что негативно сказывается на способности государств успешно функционировать в качестве регулятора и защитника прав человека и прав коренных народов.

Ограничение политической и законодательной инициативы государств

46. Положения международных инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле могут ограничивать политическое и правовое пространство, в котором функционируют государства. В литературе, посвященной международным инвестиционным соглашениям, это воздействие называется «сковывающим эффектом» — государство теряет возможность действовать в общественных интересах ввиду желания избежать многомиллиардных расходов на арбитражные процессы и урегулирование споров. Как сообщает Специальный докладчик по вопросу о праве каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья, «международные инвестиционные соглашения и системы урегулирования споров между инвесторами и государствами настроены в пользу транснациональных корпораций, сужая такие суверенные функции государства, как законодательное и судебное вмешательство» (см. A/69/299, пункт 4).

47. Справедливое и равноправное отношение и стабилизационные оговорки могут особенно ограничивать потенциал правительств. Например, некоторые

арбитражные суды по инвестиционным спорам считают, что требование о справедливом и равноправном отношении, которое содержится в типовом двустороннем инвестиционном договоре Соединенных Штатов, оказывает парализующий эффект на принятие новых законов и подзаконных актов. В своих постановлениях арбитражные суды поддерживают запрет на осуществление новых законов или подзаконных актов, наносящих ущерб интересам иностранного инвестора. Кроме того, для инвесторов положения о справедливом и равноправном отношении являются очень удобным поводом, чтобы в случае спора предъявить правительству иск в соответствии с инвестиционным и/или торговым договором. Положение о справедливом и равноправном отношении лежит в основе большого количества выигранных инвесторами дел. По данным некоторых источников, ссылка на нарушение данного положения фигурирует в 81 проценте всех выигранных инвесторами дел¹⁴.

48. Существуют и другие виды непосредственного воздействия ограничений политического и правового пространства правительств на коренные общины. «Сковывающий эффект» инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле может ослабить и без того зачастую вялую политическую волю государств предпринимать усилия по осуществлению полного объема прав коренных народов. Например, в 2010 году правительство Гватемалы остановило разработку месторождения Марлин после протестов коренных народов и рекомендаций МОТ и Межамериканской комиссии по правам человека. Однако в итоге месторождение осталось открытым, и средства массовой информации сообщают, что, судя по правительственным документам, полученным в рамках политики свободы информации Гватемалы, на решение правительства повлияли опасения, что окончательное закрытие месторождения может стать основанием для судебного разбирательства по урегулированию спора между инвестором и государством в соответствии с положениями об инвестициях соглашения о свободной торговле с Соединенными Штатами¹⁵.

49. Беспокойство по поводу «сковывающего эффекта» высказывалось в контексте нового Транстихоокеанского соглашения о партнерстве между Соединенными Штатами, Канадой и некоторыми странами Азиатско-Тихоокеанского региона. Трибунал Вайтанги — судебный орган, учрежденный в 1975 году в Новой Зеландии для расследования жалоб индейцев маори против правительства Новой Зеландии. Трибунал начал в срочном порядке расследовать действия правительства в связи с переговорами по Транстихоокеанскому соглашению о партнерстве. Профессор права, которую попросили представить доказательства по этому делу, отметила, что навязывание новых условий может отрицательно сказаться на инициативах по защите прав коренного населения. В числе возможных сценариев, которые она приводит в качестве примера нарушения содержащихся в Соглашении положений о справедливом и равноправном отношении, могут быть даже попытки заручиться предварительным согласием местного племени на проведение буровых работ и решение местного со-

¹⁴ Public Citizen, “Memorandum”, 5 September 2012. Доступно по ссылке: citizen.org/documents/MST-Memo.pdf.

¹⁵ Claire Provost and Matt Kennard, “The obscure legal system that lets corporations sue countries”, *The Guardian*, 10 June 2015.

вета об отказе выдать лицензию на землепользование после ознакомления с фактами, вызывающими обеспокоенность среди маори¹⁶.

Потеря государственных средств

50. «Сковывающий эффект» может оказывать еще более глубокое воздействие из-за практических последствий потери государством средств вследствие судебных расходов на защиту интересов в арбитражном суде с инвестором. Как уже говорилось, в некоторых арбитражных процессах размер компенсации исчисляется миллиардами долларов, при этом спор влечет за собой неизбежные судебные расходы на защиту. Компенсации подлежат выплате в обязательном порядке и в конечном счете выплачиваются за счет средств налогоплательщиков. Масштабная потеря государственных средств в пользу частных субъектов в целом истощает бюджет и не позволяет расходовать бюджетные средства на общественные блага в целом и на укрепление прав человека и прав коренного населения в частности.

51. На несправедливости этой ситуации дополнительно указывает вышеупомянутый факт того, что исторически большая часть государств, которым был предъявлен иск в рамках урегулирования спора между инвесторами и государствами, принадлежит к числу развивающихся стран. Поскольку многие коренные народы проживают в развивающихся странах и представляют одну из наиболее маргинализованных групп населения, они крайне уязвимы перед отрицательными последствиями потери бюджетных средств. Уязвимость положения коренных народов усугубляется особым риском того, что, как упоминалось выше, автономные коренные правительства могут лишиться бюджетного финансирования, поскольку национальное правительство может попытаться восполнить средства, потраченные в ходе урегулирования спора с инвестором, за счет урезания финансирования местных властей, среди которых могут оказаться племенные правительства и органы управления коренных народов.

Дефицит демократии и ослабление верховенства права

52. Механизмы, которым подчиняются международные инвестиционные соглашения и соглашения о свободе торговли, по многим вопросам идут в разрез с подходом, основанным на правах человека.

53. Переговоры и процедура составления международных инвестиционных соглашений лишены прозрачности, осуществляются вне социального диалога и правового надзора. Коренные народы и их официальные представители редко участвуют в переговорах и в составлении соглашений либо не участвуют вообще, несмотря на то что окончательный вариант соглашений является обязательным для их юрисдикций.

54. Судебный надзор в отношении международных инвестиционных соглашений также полностью отсутствует, что подрывает верховенство права. Как говорилось выше, у инвесторов есть прямой доступ к механизмам урегулирования споров с государствами и они не обязаны предварительно исчерпать все

¹⁶ New Zealand Ministry of Justice, “Affidavit of Professor Elizabeth Jane Kelsey”, June 2015. Доступно по ссылке: https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/WT/wt_DOC_92914254/Wai%202522%2C%20A0001.pdf.

внутренние средства правовой защиты, вследствие чего международные инвестиционные соглашения оказываются не подвержены судебному контролю. При отсутствии какого бы то ни было судебного надзора возникает много процедурных проблем, связанных с урегулированием споров между инвесторами и государствами, в том числе отсутствие порядка обжалования судебных решений, каких-либо механизмов координации и надзорных органов (что приводит к несогласованности практики), прозрачности в ходе разбирательства и внятных общедоступных сведений обо всех решениях, вынесенных судом. Помимо этого, имеются серьезные подозрения, что юристы, участвующие в рассмотрении дел, действуют необъективно и вовлечены в конфликт интересов. Как установил Специальный докладчик по вопросу о праве каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья, урегулирование споров контролируется небольшой кликой арбитров и адвокатов, и одни и те же лица в тот или иной момент времени могут служить в качестве адвокатов или советников как для инвесторов, так и для государств, либо выступать в качестве арбитров. Многие арбитры имеют тесные связи с коммерческими предприятиями и могут быть заинтересованы в том, чтобы защищать интересы инвесторов и их прибыли (см. A/69/299, пункт 62).

55. Учитывая, что международные инвестиционные соглашения и их осуществление затрагивают общественные интересы и проблему прав человека и что при этом цена вопроса иногда исчисляется огромными суммами бюджетных средств, отсутствие законодательного и судебного контроля не подлежит оправданию. Деятельность, которая на системном уровне подрывает принципы демократии и верховенства права, постепенно ограничивает способность государств и местных властей действовать в защиту прав человека и прав коренных народов.

Укоренение международного дисбаланса сил

56. Инвестиционные режимы и режимы свободной торговли могут усугублять неравенство между разными странами, поскольку различные формы дисбаланса, присущие международным структурам власти, могут влиять на процесс согласования данных механизмов и их применение. Как упоминалось выше, развивающиеся страны подвержены более серьезному влиянию международного инвестиционного режима и режима свободной торговли. Большая часть международных инвестиционных соглашений заключается между развивающимися и развитыми странами, а большинство исков по делам об урегулировании споров между инвесторами и государствами предъявляется менее развитым странам, тогда как инвесторы, как правило, базируются в развитых странах.

57. Международный инвестиционный режим, касающийся защиты прав иностранных инвесторов, стал причиной многочисленных споров между инвесторами и принимающими государствами. Решения и мощные механизмы внедрения этих режимов могут обернуться плачевными последствиями для осуществления прав человека в целом и прав коренных народов в частности.

58. Вопросы также вызывает способность международных структур власти повлиять на решения арбитражных судов по урегулированию споров между инвесторами и государствами в свете того, что у развитых стран существует больше возможностей избежать негативных последствий этих решений.

Например, Соединенные Штаты ни разу не проиграли ни одного дела об урегулировании споров. До сих пор не ясно, связано ли это с наличием у развитых стран бóльшего количества ресурсов, чтобы защитить свои интересы и опровергнуть иск, или же речь идет о пристрастном характере всей системы, отдающей предпочтение наиболее могущественным странам в экономическом и геополитическом плане.

59. Способствуя укоренению дисбаланса сил в международной системе, режимы свободной торговли и инвестиционные режимы обостряют смежную проблему неравномерного распределения ресурсов, находящихся в распоряжении стран. В свою очередь, нехватка ресурсов отрицательно сказывается на потенциале менее развитых стран в сфере защиты наиболее уязвимого населения, включая коренные народы.

Не инклюзивный характер национального экономического роста

60. Международные инвестиции и свободная торговля могут стать движущей силой экономического роста на национальном уровне за счет ПИИ и, как хочется верить, роста ВВП. Однако этот экономический рост зачастую не способствует сокращению масштабов бедности среди наиболее уязвимых граждан, включая коренные народы. Напротив, опыт показывает, что рост, основанный исключительно на либерализации торговли, ПИИ, правительственной политике жесткой экономии в отсутствие сильных механизмов регулирования только усугубляет неравенство и часто осуществляется за счет крупномасштабного разрушения окружающей среды. Подобные вторичные негативные последствия часто подрывают осуществление широкого спектра прав коренных народов, таких как права на землю, право самостоятельно определять пути развития, право на здоровье, питание и достойное качество жилья.

V. Основные задачи и перспективные виды практики

A. Задачи

61. Существует ряд тесно взаимосвязанных и взаимодополняющих задач по эффективному реформированию международных инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле, а также соответствующему усовершенствованию механизмов поощрения и защиты прав человека коренных народов. Подробнее эти задачи изложены в настоящем разделе.

Доминирующее положение неолиберализма и опора на добывающую деятельность

62. Неолиберальная экономическая теория во многом обусловила либерализацию международной торговли, открытие рынков для иностранных инвестиций и развитие международных правовых механизмов. Неолиберализм — экономическая теория, которая во главу угла ставит силу рынка и утверждает, что в отсутствие государственного регулирования рынок станет источником прогресса в мировом масштабе. Неолиберализм получил распространение во второй половине двадцатого века и лег в основу многих элементов стратегии развития. Неолиберализм содержит множество догматов, касающихся международных инвестиций и свободной торговли, включая содействие либерализации торговли, приватизации государственных услуг, ограниченную роль государ-

ственного регулирования и наличие связи между увеличением объема ПИИ и ростом ВВП.

63. Эти догматы находятся в русле положений международных инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле и тем самым придают им легитимность. Действительно, многие ведущие международные финансовые институты выступают на стороне неолиберализма как последовательной экономической теории, которая, если ее придерживаться, способна стать всеобщим источником развития. Вместе с тем за этими не допускающими ни тени сомнения формулировками скрываются корыстные интересы и серьезные последствия международного инвестиционного режима и режима свободной торговли для прав человека и прав коренных народов. Эта доктрина способствовала распространению модели развития, для которой мерилом является совокупный показатель роста и которая не придает большого значения тому, сократятся ли при этом неравенство и масштабы бедности, в том числе среди коренного населения. Более того, повсеместное и безоговорочное насаждение этой экономической теории и связанная с ней легитимизация инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле могут препятствовать формированию политической воли, необходимой для осуществления реформ.

64. Одновременно с доктриной неолиберализма многие правительства избрали путь развития, основанный на добывающей деятельности, которому следуют до сих пор. Под добывающей деятельностью подразумеваются формы экономической деятельности, основанные на извлечении из экосистемы колоссальных объемов природных ресурсов, в основном для продажи на экспорт. В число извлекаемых ресурсов входят минералы, металлы, нефть и/или газ, вода, а также лесная, сельскохозяйственная и рыбная продукция. С добывающей деятельностью связаны многие иностранные инвестиционные проекты, оказывающие непосредственное воздействие на коренные народы. Конкуренция между принимающими странами в борьбе за привлечение иностранных инвестиций часто оборачивается «гонкой на износ» в плане социальной защиты и защиты окружающей среды.

Отсутствие согласованности в системе международного права

65. Международный инвестиционный режим и режим свободной торговли разрабатывались как особая отрасль международного права отдельно от стандартов по правам человека и правам коренных народов. Несмотря на то что международные инвестиционные соглашения затрагивают важнейшие вопросы, представляющие общественный интерес, а многие принципы в области прав человека закреплены в обычном праве, не существует формальных механизмов, которые бы обеспечивали соблюдение прав человека в рамках торговых соглашений и соглашений о свободной торговле. Кроме того, как упоминалось выше, режим свободной торговли и инвестиционный режим сам по себе отличается рассогласованностью, сложностью и непрозрачностью. Существует множество различных механизмов арбитража, правил и соглашений в условиях общего недостатка прозрачности. Это мешает лицам, занимающимся разработкой политики, и законодателям получить необходимое для разработки эффективных реформ системное представление о международном инвестиционном режиме и режиме свободной торговли, а также их воздействии на права человека и права коренных народов.

Проблема международной конкуренции

66. Согласно ЮНКТАД, беспокойство государств в связи с международной конкуренцией препятствует масштабному реформированию инвестиционных режимов и режимов свободной торговли. Государства, уделяющие достаточно внимания правам коренных народов, проживающих на их территории, могут стать менее привлекательными для иностранных инвестиций и испытывать трудности из-за невозможности извлекать выгоду от инвестиционных проектов¹⁷. До тех пор пока условия не станут равными для всех государств, крупные реформы будут сталкиваться с мощными сдерживающими факторами. Таким образом, очевидна острая потребность в коллективных действиях по решению проблемы инвестиционных соглашений, соглашений о свободной торговле и прав человека.

В. Перспективные виды практики

67. Хотя Специальный докладчик убеждена в необходимости фундаментальной реформы международного управления корпоративной деятельностью, ее также интересуют возможности усовершенствования существующих механизмов в целях укрепления защиты прав коренного населения. Как отмечает ЮНКТАД, несмотря на то что почти все страны являются участниками одного или нескольких международных инвестиционных договоров, многие из них недовольны сложившимся режимом и обеспокоены воздействием этих соглашений на развитие, соотношением прав и обязанностей инвесторов и государств, механизмами урегулирования споров между инвесторами и государствами и системной сложностью режима международных инвестиционных соглашений³. Обеспокоенность государств этими вопросами открывает возможность для проведения коллективного форума по механизмам свободной торговли и инвестирования. Необходимо использовать эту возможность перемены к лучшему, опираясь на существующие перспективные практики, наглядные примеры которых приведены далее.

Оговорки об изъятиях как инструмент защиты прав коренных народов и поощрения устойчивого развития

68. Оговорки об изъятиях способны защитить коренные народы от любых посягательств на их права в рамках международных инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле. Например, коренные земли можно освободить от действия положений о недискриминации и экспроприации. Доступные сведения относительно применения оговорок об изъятиях для защиты прав коренных народов и их эффективности крайне ограничены, и Специальный докладчик планирует изучить этот аспект в ходе продолжающегося взаимодействия с государствами-членами.

69. Известны случаи, когда положения о содействии устойчивому развитию включались в текст международных инвестиционных соглашений, что может быть полезным для поощрения экономических и социальных прав коренных народов. Проведенный ЮНКТАД анализ 13 международных инвестиционных

¹⁷ UNCTAD, "IA issues note: reform of the IA regime: four paths of action and a way forward", IA issues notes, No. 3 (June 2014). Доступно по ссылке: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d6_en.pdf.

соглашений, заключенных в 2014 году, текст которых доступен (7 двусторонних инвестиционных договоров и 6 других инвестиционных соглашений), позволил прийти к выводу о том, что большая часть этих недавно подписанных договоров содержат признаки ориентированности на устойчивое развитие. Из этих договоров 11 содержат изъятия общего характера, например положения об охране человеческой жизни и здоровья, животного и растительного мира и истощаемых природных ресурсов. В 11 договорах содержится положение, в котором напрямую признается, что государства не должны привлекать инвестиции в ущерб здоровью, безопасности и соблюдению природоохранных норм. Из этих 11 договоров 9 в преамбуле содержат положения, касающиеся охраны здоровья и безопасности, трудовых прав, окружающей среды и устойчивого развития.

70. Такие ориентированные на устойчивое развитие условия договоров дополняются положениями, которые сохраняют за государством более широкую свободу действий в области нормативного регулирования и/или сводят к минимуму вероятность арбитражного инвестиционного спора. Эти положения содержат оговорки об исключении определенных типов активов из понятия инвестиций, четко прописывают обязанности государства по международному инвестиционному договору с целью исключить ряд оснований для возбуждения иска инвестором, включают оговорки об изъятии в отношении обязанностей по направлению средств и более тщательно регламентируют процессы урегулирования споров между инвесторами и государствами. Каждое из этих положений может стать полезным механизмом в области защиты прав коренных народов в контексте международных инвестиционных соглашений.

Конституционная реформа

71. Среди стран Латинской Америки известны случаи, когда государство предпринимало правовые меры по защите своих интересов и интересов граждан от воздействий международных инвестиционных соглашений. Например, как сообщает Специальный докладчик по вопросу о праве каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья, Эквадор внес поправки в конституцию, чтобы запретить заключение договоров, нарушающих суверенную юрисдикцию государства в рамках арбитражных разбирательств об урегулировании споров с частными лицами или корпорациями. Кроме того, Эквадор, Многонациональное Государство Боливия и Боливарианская Республика Венесуэла вышли из состава участников Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (см. A/69/299, пункт 70).

Многосторонние усилия по повышению прозрачности

72. Недавно были предприняты некоторые важные многосторонние усилия по повышению прозрачности инвестиционного режима и режима международной свободной торговли. Эти меры включают разработку и вступление в силу Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров и принятие Конвенции Организации Объединенных Наций о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров, которая была открыта для подписания в марте текущего года.

VI. Выводы и рекомендации

A. Выводы

73. Очевидно, что международные инвестиционные соглашения и соглашения о свободной торговле в значительной степени способны усугубить нарушения прав коренных народов. Угроза, которую представляют существующие режимы, заключается как в их прямом воздействии на права коренных народов, так и в обострении системного характера несправедливости и дисбаланса, которые оказывают непомерное воздействие на коренные народы, подверженные высокой степени маргинализации во всем мире. По этой причине Специальный докладчик намерена уделять этой проблеме постоянное внимание в ходе осуществления своего мандата.

74. Последствия международных инвестиционных соглашений для прав человека и прав коренных народов составляют сложную и многоаспектную проблему, которая требует от государств-членов Организации Объединенных Наций постоянного и многостороннего внимания, а также проведения непосредственных консультаций с коренными народами и официальными представителями. Специальный докладчик убеждена в необходимости фундаментальной и системной реформы международного управления инвестициями и свободной торговлей; такая деятельность станет частью более широких усилий, направленных на решение проблемы прав человека в сфере предпринимательской деятельности. Ситуация, когда компании и инвесторы наделены исключительно мощными правами и средствами защиты своих интересов, а механизмы, способные привлечь их к ответственности за нарушения каких бы то ни было прав человека и прав коренных народов, носят добровольный характер и/или слабо подкрепляются международным правом, не может продолжаться. Более того, коренные народы по-прежнему в большей степени страдают под гнетом тягостных последствий этой ситуации и целого ряда грубых нарушений прав, связанных с деятельностью корпораций и соответствующим управлением глобализированной экономикой.

75. Вместе с тем необходимость масштабной и коллективной реформы не исключает возможности немедленного начала более постепенных реформ. Специальному докладчику интересен потенциал новых перспективных практических подходов в сфере международных инвестиционных договоров, и она убеждена в том, что государства, каждое по отдельности, могут уже сейчас принять немедленные меры в целях усовершенствования защиты прав коренного населения.

76. Все большее число государств испытывает недовольство в связи с несправедливым характером инвестиционного режима и режима свободной торговли. В то же время ключевые заинтересованные стороны начали лучше осознавать глубинные связи между проявлениями дисбаланса в осуществлении корпоративных прав и прав человека. Эти тенденции открывают новую возможность по усовершенствованию механизмов защиты и поощрения прав человека и прав коренных народов, а также по реформированию международной системы глобального экономического управ-

ления с тем, чтобы сделать ее гораздо более справедливой и равноправной.

В. Рекомендации

77. В отношении реформы инвестиционной практики и практики свободной торговли Специальный докладчик рекомендует следующее:

а) с опорой на принцип свободного, предварительного и осознанного согласия, закрепленный в Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов и Конвенции МОТ № 169, государства-члены совместно с коренными народами, чьи интересы затронуты, должны осуществлять поиск механизмов, которые позволили бы им участвовать в процессе переговоров и составления всех соответствующих инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле или по крайней мере высказывать комментарии по ним. Эта мера должна осуществляться в рамках более широких усилий по повышению уровня социального диалога в процессе переговоров по таким соглашениям и их составлению;

б) помимо повышения уровня социального диалога, переговоры по международным инвестиционным соглашениям и их составление должны проводиться при участии парламентских надзорных органов и на основе консультаций с правительствами всех уровней. Все структуры самоуправления коренных народов должны быть официально задействованы в процессе принятия решений по международным инвестиционным договорам;

с) в соответствии с разработанными Специальным докладчиком по вопросу о праве на питание руководящими принципами об оценке воздействия всех торговых и инвестиционных соглашений на права человека государства до подписания всех подобных договоров должны произвести тщательную оценку их воздействия на права человека. При оценке воздействия на права человека в обязательном порядке должно проводиться отдельное изучение воздействия на коллективные и частные права коренных народов в ходе непосредственных консультаций с их общинами;

д) государства-члены должны содействовать интеграции гендерных вопросов в разработку системы оценки воздействия на права человека, а также изучению связей с другими источниками дискриминации, заостряя внимание на особой уязвимости женщин — представительниц коренных народов перед последствиями инвестиционной практики;

е) в случае выявления в процессе оценки возможного воздействия на коренные народы государства-члены должны привлекать представителей коренных народов, включая женщин, к процессу переговоров по всем инвестиционным соглашениям и соглашениям о свободной торговле;

ф) на основании консультаций с коренными народами государства-члены решают вопрос о включении оговорок об изъятии во все соответствующие инвестиционные соглашения и соглашения о свободной торговле в целях защиты прав коренного населения на ресурсы, автономное управление и родовые земли;

g) государства-члены должны обеспечить включение ссылок на обязательство правительств и предпринимателей уважать права человека в соответствии с Руководящими принципами предпринимательской деятельности в аспекте прав человека в текст всех новых и пересмотренных международных инвестиционных договоров;

h) до тех пор пока споры между инвесторами и государствами подлежат урегулированию в арбитражных судах, государства-члены должны неукоснительно следить за тем, чтобы международное право прав человека, в том числе особые положения о коренных народах, использовались в качестве источника права в ходе арбитражного разбирательства;

i) государства-члены должны публиковать результаты всех постановлений арбитражных судов по урегулированию споров между инвесторами и государствами, включая конкретную информацию о масштабах воздействия на права коренных народов;

j) государства-члены должны учитывать результаты изучения воздействия инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле на права коренных народов, а также ответные политические и юридические меры при разработке национальных планов действий в области предпринимательской деятельности в аспекте прав человека, равно как в процессе внедрения Руководящих принципов предпринимательской деятельности в аспекте прав человека;

k) государства-члены должны ратифицировать Конвенцию о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров, которая была открыта для подписания в марте;

l) государства-члены должны выделять средства на целенаправленный мониторинг, исследование и оценку воздействия международных инвестиционных договоров на коренные народы в целях более глубокого понимания ситуации, а также готовить отчеты об эффективности проводимой политики и правового вмешательства, направленных на смягчение последствий этого воздействия.

78. В отношении глубокой системной реформы Специальный докладчик рекомендует государствам-участникам:

a) действовать коллективно и осуществлять поиск средств для достижения большего баланса между правами инвесторов и корпораций с одной стороны и правами человека всех граждан с другой в рамках инвестиционного режима и режима свободной торговли;

b) принимать активное участие в работе Межправительственной рабочей группы открытого состава по международному юридически связывающему договору о транснациональных корпорациях и других предприятиях в аспекте прав человека, учрежденной резолюцией № 29/6 Совета по правам человека, с целью разработать подробный юридически обязывающий документ и стратегии по укреплению механизмов юридической ответственности и правовой защиты в случае нарушения корпорациями прав человека;

с) в контексте повестки дня в области развития на период после 2015 года пересмотреть парадигмы развития, которые не способствуют устойчивому и инклюзивному развитию, а также сокращению масштабов бедности среди всех групп населения, включая коренные народы, и обеспечить признание роли коренных народов в качестве участников процесса развития в рамках переосмысленной концепции экономического развития.

79. Специальный докладчик рекомендует организациям системы Организации Объединенных Наций и связанным с ней организациям:

а) предоставить государствам-членам любую необходимую техническую поддержку по осуществлению немедленной реформы инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле, а также более масштабной долгосрочной системной реформы;

б) обеспечить интеграцию стандартов по правам человека, включая все стандарты, имеющие отношение к правам коренных народов, в деятельность всех организаций системы Организации Объединенных Наций и связанных с ней организаций, которые работают над вопросами, связанными с инвестиционными соглашениями и соглашениями о свободной торговле, включая ЮНКТАД, Всемирную торговую организацию и Всемирный банк;

с) пополнять доказательную базу о воздействии инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле на права коренных народов посредством проведения целевых консультаций и исследований;

д) активно участвовать в координировании усилий правительства по повышению прозрачности и усилению надзора в отношении международных инвестиционных соглашений;

е) разрабатывать методы и руководства, которые государства-члены могут использовать, чтобы обеспечить включение положений о защите прав коренного населения в тексты всех инвестиционных соглашений и соглашений о свободной торговле.