



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
26 June 2023
Russian
Original: English

Совет по правам человека

Пятьдесят четвертая сессия

11 сентября — 6 октября 2023 года

Пункт 3 повестки дня

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

Право на развитие в международном инвестиционном праве

Исследование Экспертного механизма по праву на развитие

Резюме

В настоящем исследовании Экспертный механизм по праву на развитие рассматривает текущую и будущую роль права на развитие в международном инвестиционном праве, анализирует право на развитие в существующем международном инвестиционном праве, исследует меняющуюся роль инвесторов как носителей обязанностей, изучает влияние двух важных недавних изменений в области права, рассматривает роль *amicus curiae* и вопрос о том, должны ли арбитры иметь подтвержденный опыт работы в области прав человека в качестве предварительного условия их назначения для рассмотрения инвестиционных споров. В заключение доклада приводится ряд рекомендаций и предложений.



I. Цели

1. В настоящем исследовании Экспертный механизм по праву на развитие:

a) анализирует элементы права на развитие в том виде, в каком они отражены в существующем международном инвестиционном праве, как в международных инвестиционных соглашениях нового поколения, так и в арбитражных решениях, и выносит рекомендации и предложения по улучшению (как показано, отсутствие прямого включения права на развитие в международные инвестиционные соглашения не является препятствием для настоящего анализа);

b) изучает и рассматривает обязательства государств по защите прав человека своего населения, включая, прежде всего, право на развитие, наряду с их правом на регулирование в рамках международного инвестиционного права;

c) исследует меняющуюся роль инвесторов как носителей обязанностей в соблюдении обязательств в области прав человека, а также обязательств государств в области международного сотрудничества, содействии устойчивому развитию и достижении Целей устойчивого развития, определенных в Повестке дня в области устойчивого развития на период до 2030 года, как это предусмотрено в международных инвестиционных соглашениях, как двусторонних, так и многосторонних;

d) изучает влияние двух важных недавних изменений в области права, принимая во внимание: i) прямое включение права на развитие в преамбулу Парижского соглашения 2015 года; и ii) сохраняющееся противоречие между обязательствами государств по достижению целей в области климата и их обязательствами перед иностранными инвесторами;

e) рассматривает роль *amicus curiae* (т. е. аргументов, представленных заинтересованными лицами, которые не являются сторонами в конкретном деле) в делах об урегулировании споров между инвесторами и государствами как в качестве источника экспертных знаний в области прав человека, так и в качестве средства участия групп лиц или народов, чьи права человека затрагиваются событиями, лежащими в основе таких споров; разрешение споров является неотъемлемой частью международного инвестиционного права, которое оказывает непосредственное влияние на право на развитие как отдельных лиц, так и народов;

f) рассматривает связанный с этим вопрос о том, должны ли арбитры иметь подтвержденный опыт работы в области прав человека (в том числе в области устойчивого развития и целей в области устойчивого развития) в качестве предварительного условия их назначения для рассмотрения инвестиционных споров, в которых затрагиваются вопросы прав человека или целей в области устойчивого развития, или же более эффективными могут быть альтернативные способы выбора суда, имеющего необходимую квалификацию;

g) освещает передовую государственную практику и выносит рекомендации в соответствии с мандатом Экспертного механизма.

II. Мандат и методология

2. В исследовании, основанном на обзоре соответствующей литературы, также используется информация, полученная в ответ на анкету, распространенную среди различных заинтересованных сторон, включая государства-члены, организации гражданского общества, межправительственные организации и учреждения Организации Объединенных Наций, а также на открытый призыв к представлению материалов.

3. Полезные выводы были извлечены из итогов двадцать седьмой сессии Конференции Сторон Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата, в частности о целях в области климата в контексте действующего режима международных инвестиционных соглашений. Дополнительная полезная

информация была получена в результате взаимодействия с учеными и благодаря визитам в академических целях, а также в результате работы, проведенной в этой области Конференцией Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД), Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), Центром Юга и другими исследовательскими центрами и организациями гражданского общества.

4. Рекомендации, сделанные в исследовании, также были основаны на изучении типовых двусторонних инвестиционных договоров, отдельных прогрессивных международных инвестиционных соглашений, которые в той или иной форме включают положения о правах человека, арбитражных решений и других судебных постановлений. Важно иметь в виду, что эта тема относится к постоянно меняющейся сфере интересов.

III. Право на развитие в международном инвестиционном праве

5. В этом исследовании право на развитие рассматривается в контексте международного инвестиционного права, основанного на базовых принципах, изложенных в Декларации о праве на развитие (1986), и симбиотической взаимосвязи между правом на развитие и устойчивым развитием, рассматриваемой вместе с целями в области устойчивого развития и Повесткой дня на период до 2030 года¹.

6. Для целей исследования важно особо выделить три аспекта устойчивого развития, а именно: социальное развитие, экономическое развитие и охрана окружающей среды². Концепция социального развития включает в себя давно устоявшуюся концепцию прав человека; невозможно достичь социального развития и устойчивого развития, если права человека ущемляются. Семнадцать целей в области устойчивого развития и 169 задач, включенных в Повестку дня на период до 2030 года, представляют собой текущий глобальный консенсус в отношении масштабов и содержания устойчивого развития³.

7. С учетом вышесказанного, в исследовании рассматриваются взаимодействия, противоречия и потенциальное сосуществование в области прав человека и международного инвестиционного права. Наряду с правом государств на регулирование в общественных интересах внимание уделяется обязанности международного сотрудничества между государствами и праву отдельных лиц и народов на участие, оба из которых являются важными аспектами права на развитие. С точки зрения права на развитие, в исследовании инвестиции рассматриваются как средство достижения цели, т. е. реализации развития, как это описано в преамбуле Декларации о праве на развитие. В целом целью инвестиций и, следовательно, международного инвестиционного права должно быть «постоянное повышение благосостояния всего населения и всех людей»⁴.

8. Вышеизложенные вопросы исследуются, в частности, путем изучения тем, поднятых в вышеупомянутой анкете, распространенной среди различных заинтересованных сторон, и полученных ответов. Экспертный механизм выражает признательность государствам, межправительственным организациям, учреждениям Организации Объединенных Наций, членам организаций гражданского общества и ученым, которые внесли свой вклад в исследование.

¹ A/HRC/48/63, пп. 19–23.

² См. A/42/427, приложение.

³ См. резолюцию 70/1 Генеральной Ассамблеи.

⁴ См. резолюцию 41/128 Генеральной Ассамблеи, приложение.

IV. Обзор устойчивого развития в международных инвестиционных соглашениях

9. Многочисленные международные инвестиционные соглашения, особенно последние, содержат уточнения и разъяснения, направленные на защиту прав государств на регулирование в общественных интересах. Важно отметить, что вопросы устойчивого развития, целей в области устойчивого развития и прав человека фигурируют в ряде международных инвестиционных соглашений и типовых двусторонних инвестиционных договоров⁵.

10. С момента принятия Повестки дня на период до 2030 года Генеральной Ассамблеей в 2015 году было заключено 224 международных инвестиционных соглашения, 31 процент из которых содержат положения, непосредственно касающиеся целей в области устойчивого развития.

11. В международных инвестиционных соглашениях устойчивое развитие и цели в области устойчивого развития рассматриваются по-разному: либо путем выделения права государств на регулирование в общественных интересах, либо путем возложения обязанностей на иностранных инвесторов, последние из которых включают обязанности вносить вклад в устойчивое развитие, соблюдать определенные стандарты и соблюдать права человека в целом, а также принципы корпоративной социальной ответственности.

12. Примеры того, как в международных инвестиционных соглашениях⁶ рассматриваются вопросы устойчивого развития и цели в области устойчивого развития, включают:

а) ссылки на устойчивое развитие в их преамбулах (например, двусторонний инвестиционный договор между Бразилией и Индией (2020 год) и двусторонний инвестиционный договор между Исламской Республикой Иран и Словакией (2016 год));

б) использование определения «инвестиции», которое требует содействия устойчивому развитию принимающей страны для того, чтобы соответствовать требованиям (например, двусторонний инвестиционный договор между Марокко и Нигерией (2016 год));

в) допущение исключений из государственной политики, которые позволяют принимающему государству принимать меры для защиты целей государственной политики, таких как охрана здоровья населения и окружающей среды (например, двусторонний инвестиционный договор между Канадой и Монголией (2016 год) и двусторонний инвестиционный договор между Грузией и Японией (2021 год));

г) возложение на государства обязательства не ослаблять трудовые или экологические стандарты для привлечения иностранных инвестиций (например, двусторонний инвестиционный договор между Колумбией и Объединенными Арабскими Эмиратами (2017 год) и двусторонний инвестиционный договор между Японией и Марокко (2020 год));

⁵ Среди международных инвестиционных соглашений, собранных ЮНКТАД (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>), некоторые из которых были расторгнуты, а другие подписаны, но еще не вступили в силу, более 200 содержат термин «устойчивое развитие». Самым старым документом, содержащим этот термин, является Рамочное соглашение о сотрудничестве между Европейским экономическим сообществом и Бразилией (1992 год).

⁶ Перечисленные здесь международные инвестиционные соглашения доступны в «Путеводителе по международным инвестиционным соглашениям» ЮНКТАД (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>).

е) возложение на инвесторов обязательств в отношении ответственного ведения бизнеса (например, двусторонний инвестиционный договор между Бразилией и Эфиопией (2018 год));

ф) положения, исключающие коррупционную практику (например, двусторонний инвестиционный договор между Грузией и Японией (2021 год));

г) положения, способствующие соблюдению принципов устойчивого развития при осуществлении прямых иностранных инвестиций (например, соглашение о свободной торговле между Европейским союзом и Сингапуром (2019 год)).

13. Аналогичным образом, принципы сотрудничества и наращивания потенциала иногда прямо упоминаются в двусторонних инвестиционных договорах, например в двустороннем инвестиционном договоре между Бразилией и Малави (2015 год)⁷, в котором подчеркивается важность укрепления местного потенциала путем тесного сотрудничества со структурами на уровне общин в целях содействия устойчивому развитию принимающей страны.

14. Примерами прогрессивных типовых инвестиционных соглашений являются соглашения между Королевством Нидерландов (2019 год)⁸ и Бельгийско-Люксембургским экономическим союзом (2019 год)⁹.

15. В типовом двустороннем инвестиционном договоре о Бельгийско-Люксембургском экономическом союзе, который включает многочисленные элементы права на развитие, в частности устойчивое развитие, подчеркивается важность международного сотрудничества в достижении устойчивого развития и признается, что экономические, социальные и экологические аспекты устойчивого развития являются взаимозависимыми и взаимоусиливающими¹⁰. Важно отметить, что помимо поощрения диалога между договаривающимися сторонами, этот типовой договор также поощряет государства вести диалог со своими организациями гражданского общества.

16. Типовой двусторонний инвестиционный договор Королевства Нидерландов (2019 год) содержит многочисленные ссылки на устойчивое развитие и права человека¹¹, включая прямую ссылку на Всеобщую декларацию прав человека¹². Типовой двусторонний инвестиционный договор, возможно, уже использовался в переговорах, поскольку Королевство Нидерландов, как сообщается, получило разрешение Европейской комиссии на пересмотр существующих двусторонних инвестиционных договоров с несколькими странами, включая Аргентину, Буркина-Фасо, Нигерию, Объединенную Республику Танзания, Объединенные Арабские Эмираты, Турцию, Уганду и Эквадор, а также на начало переговоров о новых двусторонних инвестиционных договорах с Ираком и Катаром¹³.

V. Значение недавних событий

17. После принятия Повестки дня на период до 2030 года был достигнут прогресс в деле включения вопросов устойчивого развития, целей в области устойчивого

⁷ Важность сотрудничества также отражена в соглашениях о свободной торговле (см. art. 22.20 of the agreement between Australia and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (2021)).

⁸ Kingdom of the Netherlands, Agreement on reciprocal promotion and investments (March 2019), arts. 2, 3, 6 and 7.

⁹ Belgium-Luxembourg Economic Union model bilateral investment treaty, arts. 14–18.

¹⁰ Ibid., art. 14 (3).

¹¹ Kingdom of the Netherlands, Agreement on reciprocal promotion and investments (March 2019), preamble and arts. 2, 3, 5 and 6.

¹² См. пункт 6 статьи 6. Однако до настоящего времени в международных инвестиционных соглашениях не было прямых ссылок на Декларацию о праве на развитие (1986 год).

¹³ Jones Day, “Renegotiation of existing BITs by the Netherlands may directly affect current investments”, July 2019.

развития и прав человека в международные инвестиционные соглашения. Однако следует сделать ряд важных оговорок.

18. Во-первых, если рассматривать все международные инвестиционные соглашения, которые находятся в силе или были подписаны, но еще не вступили в силу (примерно 3300 международных инвестиционных соглашений)¹⁴, то все они, за исключением 245, были подписаны до принятия целей в области устойчивого развития в 2015 году. Поэтому неудивительно, что подавляющее большинство международных инвестиционных соглашений не содержат конкретных положений, касающихся целей устойчивого развития, будь то их формулировок или их сути. Из примерно 70 международных инвестиционных соглашений, содержащих такие положения, практически все были подписаны после принятия целей в области устойчивого развития. Однако эти соглашения составляют лишь меньшую часть (около 30 процентов) международных инвестиционных соглашений, подписанных после 2015 года, что свидетельствует о том, что включение вопросов устойчивого развития и целей в области устойчивого развития в международные инвестиционные соглашения еще не стало преобладающей нормой при разработке договоров и национальной инвестиционной политики. Для осуществления изменений потребуется более широкий международный консенсус и более активное лидерство со стороны крупнейших экономик, которые, как правило, определяют повестку дня переговоров по договорам.

19. Во-вторых, большинство новых международных инвестиционных соглашений, которые включают устойчивое развитие в свои основные положения, как представляется, ограничивают его роль главным образом исключениями, рекомендациями и политическими обязательствами, а не возлагают на государства или инвесторов юридически связывающие обязательства по содействию устойчивому развитию¹⁵. Кроме того, обязательство по содействию устойчивому развитию в настоящее время не является ни системным, ни широко распространенным. Например, двусторонний инвестиционный договор между Марокко и Нигерией (2016 год) подписан обеими странами, но ратифицирован только Марокко. Хотя положения об устойчивом развитии были включены в последующий типовой двусторонний инвестиционный договор Марокко (2019 год), и Марокко включило их в другие двусторонние инвестиционные договоры, оно не включило их в свои инвестиционные соглашения с Бразилией и Японией¹⁶. Другие страны заняли еще более консервативную позицию при разработке своих типовых двусторонних инвестиционных договоров и решили вообще не затрагивать вопрос о том, способствуют ли иностранные инвестиции развитию принимающего государства¹⁷.

20. В-третьих, в некоторых случаях включение устойчивого развития в определение понятия «инвестиции» в международных инвестиционных соглашениях подкрепляется положениями о том, каким образом устойчивое развитие может быть достигнуто в контексте международного инвестиционного права, а именно посредством международного сотрудничества и признания его экономических, социальных и экологических аспектов как взаимозависимых и взаимоусиливающих, а также путем прямого поощрения диалога между государствами и между государствами и гражданским обществом¹⁸.

¹⁴ UNCTAD, “The international investment treaty regime and climate action”, *International Investment Agreements Issues Note*, Issue No. 3 (2022).

¹⁵ Ole Kristian Fauchald, “International investment law in support of the right to development?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 34, No. 1 (2021), p. 189.

¹⁶ Arpan Banerjee and Simon Weber, “The 2019 Morocco model BIT: moving forwards, backwards or roundabout in circles?”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, No. 3 (2021), p. 539.

¹⁷ См., например, типовой двусторонний инвестиционный договор Колумбии (2017 год), в котором составители уклонились от обсуждения этого вопроса; и Banerjee and Weber, “The 2019 Morocco model BIT”.

¹⁸ См. Belgium-Luxembourg Economic Union model bilateral investment treaty.

21. В этом контексте реализация концепции устойчивого развития в международном инвестиционном праве будет зависеть от того, как ее включение в новое поколение двусторонних инвестиционных договоров будет интерпретироваться международными арбитражами, рассматривающими инвестиционные споры.

22. В значительной степени именно арбитражам предстоит проверить практическую и юридическую значимость концепции устойчивого развития и принять решение о том, является ли она просто стремлением или действующим правом¹⁹. Это, вероятно, будет иметь особое значение в тех случаях, когда концепция устойчивого развития включена в основные разделы международных инвестиционных соглашений, например, в описание понятия «инвестиции» (например, в пункте 3 статьи 1 двустороннего инвестиционного договора между Марокко и Нигерией (2016 год), пункте 3 статьи 3 типового двустороннего инвестиционного договора Марокко (2019 год) и пункте 1 статьи 1 двустороннего инвестиционного договора между Египтом и Маврикием (2014 год)). Поскольку такие инструменты являются относительно новыми, еще предстоит выяснить, решат ли принимающие государства в возможных спорах ссылаться на концепцию устойчивого развития как на часть своей защиты от потенциальных исков инвесторов и будут ли арбитражи интерпретировать ссылки на устойчивое развитие как представляющие собой существенное требование защищаемых инвестиций или как носящие лишь рекомендательный характер²⁰.

23. Кроме того, на правовое значение концепции устойчивого развития в международном инвестиционном праве и на то, как оно может быть достигнуто на практике, вероятно, повлияют соответствующие параллельные изменения во внутреннем праве государств, особенно в том случае, если их влияние выходит за пределы их собственных территорий.

24. В этом отношении примером может служить недавнее дело, в котором Федеральный конституционный суд Германии рассматривал возможность рассмотрения в судебном порядке вопроса об устойчивом развитии в контексте законодательства по экологии и климату в Германии²¹. Суд, не ссылаясь напрямую на концепцию устойчивого развития, рассмотрел концепцию «внутрипоколенческого равенства» (т. е. равенства и справедливости между нынешними поколениями) не только в пределах одного государства, но и за его пределами, и концепцию «межпоколенческого равенства» (т. е. обязательств и ответственности перед будущими поколениями)²² при рассмотрении обязанностей Германии в рамках Парижского соглашения (2015 год)²³. Хотя это дело не имеет прямого отношения к международному инвестиционному праву, оно является актуальным параллельным событием, подтверждающим растущую роль концепции устойчивого развития в международном праве²⁴ и объясняющим ее юридическое толкование в будущем.

¹⁹ Klentiana Mahmutaj, “Will the Morocco-Nigeria bilateral investment treaty transform sustainable development into hard law?”, *European Journal of International Law*, EJIL: Talk!, January 2022.

²⁰ В связи с одним из вопросов, фигурировавших в анкете, одно государство отметило, что концепцию устойчивого развития следует четко определить в международных инвестиционных соглашениях и что исключение целей в области устойчивого развития из положений об инвестициях может привести к нежелательным последствиям, когда инвесторы будут заниматься деятельностью, которая не является устойчивой, и при этом претендовать на право на защиту в соответствии с международным инвестиционным соглашением. Другие государства обошли этот вопрос молчанием, а одно из них высказало мнение о том, что включение такой концепции может сделать соглашение более обременительным и, следовательно, менее привлекательным для инвесторов.

²¹ Jelena Bäumler, “Sustainable development made justiciable: the German Constitutional Court’s climate ruling on intra- and inter-generational equity”, *European Journal of International Law*, EJIL: Talk!, June 2021.

²² Ibid.

²³ Концепция устойчивого развития фигурирует в ряде основных положений Парижского соглашения.

²⁴ Недавний пример того, как невыполнение государством обязательств, касающихся климата, негативно влияет на выживание и дальнейшее развитие культурной самобытности, см. Комитет по правам человека, сообщение № 3624/2019, *Дэниел Билли и др. против Австралии*, Соображения, принятые 22 сентября 2022 года.

инвестиционных спорах, особенно потому, что экологический элемент концепции устойчивого развития в международных инвестиционных соглашениях, рассматриваемый через призму изменения климата, имеет важное значение для осуществления права на развитие.

25. В целом нынешняя ситуация свидетельствует о значительном потенциале для дальнейшего включения концепции устойчивого развития в международные инвестиционные соглашения. Хотя вопросы, касающиеся ее правового статуса и толкования, будут решаться будущими арбитражами, включение концепции устойчивого развития в определение понятия «инвестиции» является шагом в правильном направлении, поскольку как минимум оно обеспечивает базирующуюся на праве на развитие основу для принятия решений об иностранных инвестициях и о том, чего принимающим государствам и инвесторам следует ожидать друг от друга.

26. Кроме того, для осуществления права на развитие в международном инвестиционном праве необходима согласованная правовая база, включая последовательность в толковании концепции устойчивого развития.

VI. Права человека, корпоративная социальная ответственность и право на развитие

27. Права человека являются неотъемлемой частью устойчивого развития и целей в области устойчивого развития. Они также были элементом в области урегулирования споров между инвесторами и государствами в течение некоторого времени, еще до появления нового поколения международных инвестиционных соглашений.

A. История вопроса

28. До сих пор арбитражные решения по урегулированию споров между инвесторами и государствами содержали лишь фрагментарный и непоследовательный анализ роли прав человека в международном инвестиционном праве. Зачастую аргументы, выдвигавшиеся государствами на основании их права на регулирование для защиты прав человека своих граждан, оказывались несостоятельными, что вызывало серьезные опасения в отношении того, имеют ли государства достаточные возможности для защиты прав своего населения, а также в отношении риска, связанного со свертыванием регулирования. Чаще всего суды выносят решения об отсутствии у них юрисдикции даже для рассмотрения вопросов прав человека²⁵, например в делах, когда государства выдвигают встречные иски, основанные на предполагаемых нарушениях прав человека инвесторами²⁶.

29. Однако существуют исключения, в том числе:

- a) в деле *Урбасер С. А. против Аргентины*²⁷ Аргентине, в принципе, было разрешено подать встречный иск о том, что концессионер не обеспечил определенный уровень инвестиций и тем самым нарушил права аргентинского народа на воду;
- b) в деле *«Бурлингтон Рисорсиз инк.» против Республики Эквадор* Эквадору было разрешено подать встречный иск о нарушениях эквадорского

²⁵ Fabio Giuseppe Santacroce, "The applicability of human rights law in international investment disputes", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 34, No. 1 (2019), pp. 136–155.

²⁶ Примеры включают *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. ARB(AF)/12/5; *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. ARB/13/1; и *Anglo American PLC v. Bolivarian Republic of Venezuela*, International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. ARB(AF)/14/1.

²⁷ International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. ARB/07/26. См. также Edward Guntrip, "Urbaser v. Argentina: the origins of a host State human rights counterclaim in ICSID arbitration?", *European Journal of International Law*, EJIL: Talk! 10 February 2017.

природоохранного законодательства и договорных обязательств, а инвестору было предписано выплатить 41,7 млн долл. США²⁸;

с) в деле «*Copper Mesa Майнинг Корпорэйшн*» против Республики Эквадор²⁹, несмотря на то, что Эквадор нарушил несколько положений двустороннего инвестиционного договора между Канадой и Эквадором, суд уменьшил сумму компенсации на 30 процентов, чтобы отразить, что инвестор своими незаконными действиями в отношении протестующих против добычи полезных ископаемых способствовал своим собственным убыткам³⁰.

В. Новое поколение международных инвестиционных соглашений

30. Новое поколение международных инвестиционных соглашений может стать переломным моментом в защите прав человека при урегулировании споров между инвесторами и государствами, что в ряде аспектов может расширить возможности государств ссылаться на права человека в таких спорах, как описано ниже.

1. Прямые ссылки на право на регулирование

31. В некоторых новых международных инвестиционных соглашениях прямо сформулировано право государств на самостоятельное регулирование. Однако такие ссылки носят чисто декларативный характер; они не создают новых прав или обязательств, обладающих исковой силой, и поэтому сами по себе вряд ли смогут адекватно уравновесить положения о защите, содержащиеся в международных инвестиционных соглашениях³¹. Юридически обязывающий документ о праве на развитие, содержащий конкретное положение о праве на регулирование, возможно, укрепил бы позиции государств-участников в международных инвестиционных соглашениях. Однако такой сценарий является преждевременным³². Тем не менее тот факт, что в некоторых новых международных инвестиционных соглашениях, хотя и относительно немногочисленных, прямо говорится о праве на регулирование, обязательствах в области прав человека и документах по правам человека³³ и возлагаются обязательства на инвесторов соблюдать стандарты корпоративной социальной ответственности³⁴, значительно способствует осуществлению права на развитие.

2. Поведение инвесторов может повлиять на размер компенсации

32. В некоторых новых международных инвестиционных соглашениях применяется подход к определению размера компенсации, использованный в деле

²⁸ International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. ARB/08/5: согласие на предъявление встречного иска было предоставлено в соответствии с контрактом и не должно было вытекать из международного инвестиционного соглашения.

²⁹ *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA [Permanent Court of Arbitration] Case No. 2012–2.

³⁰ Peter Muchlinski, “Can international investment law punish investor’s human rights violations? Copper Mesa, contributory fault and its alternatives”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 37, No. 1–2 (2022), pp. 359–377: заявитель нанял более 50 вооруженных охранников со стороны военизированных формирований для защиты инвестиций. Учет противоправного поведения сторон как значимого фактора при определении приемлемости и принятии решения по существу иска является устоявшимся принципом в международном арбитраже.

³¹ Barnali Choudhury, “International investment law and non-economic issues”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 53, No. 1 (2020).

³² См. A/HRC/WG.2/23/2, приложение, п. h) ст. 3 и п. c) ст. 11.

³³ См. Kingdom of the Netherlands model bilateral investment treaty, art. 6 (6).

³⁴ См. Economic Community of West African States, Common Investment Code, article 34 (2); и African Union Commission, draft Pan-African Investment Code (2016), art. 24 (a) and (b).

«*Konner Meca*»³⁵. Например, в пункте 5) статьи 20 типового двустороннего инвестиционного договора Марокко (2019 год) содержится требование о том, чтобы при определении размера компенсации принималось во внимание соблюдение инвесторами норм международного права прав человека и природоохранного законодательства³⁶, а типовой двусторонний инвестиционный договор Королевства Нидерландов (2019 год) требует, чтобы несоблюдение инвесторами Руководящих принципов предпринимательской деятельности в аспекте прав человека и Руководящих принципов Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) для многонациональных предприятий рассматривалось судом³⁷.

3. Возложение на инвесторов обязанностей по соблюдению прав человека в соответствии с законодательством принимающего государства

33. Некоторые новые международные инвестиционные соглашения³⁸ прямо возлагают на инвесторов обязанность соблюдать обязательства в области прав человека, предусмотренные внутренним законодательством принимающего государства. Такой подход имеет практическое значение³⁹ по двум основным причинам. Во-первых, это напоминание о том, что нарушения прав человека имеют реальные последствия⁴⁰. Во-вторых, такое прямое включение может минимизировать или устранить юрисдикционные возражения против встречных исков государств, касающихся прав человека.

34. Однако не следует преувеличивать значение этого подхода. Поскольку государства не могут инициировать урегулирование споров с инвесторами, такой подход представляет собой лишь возможность предъявления встречного иска. Возможно, существует необходимость в более жестком подходе, с тем чтобы нарушения прав человека можно было использовать в качестве основания для отказа инвесторам в защите по договору⁴¹. В качестве альтернативы арбитражи могли бы использовать соблюдение прав человека в качестве критерия приемлемости, основанного на международном публичном порядке⁴².

4. Возложение на инвесторов обязанностей по соблюдению прав человека в соответствии с законодательством государства происхождения

35. В некоторых новых международных инвестиционных соглашениях конкретно говорится о потенциальной ответственности инвесторов за нарушения прав человека в соответствии с законами государств происхождения, которые практически ничего не добавляют к обязательствам инвесторов, а лишь выделяют их, при этом не расширяя

³⁵ Критический анализ того, следует ли рассматривать иски, основанные на правах человека, как вопросы, касающиеся встречной вины, в связи с определением размера ущерба, см. Muchlinski, "Can international investment law punish investor's human rights violations?".

³⁶ См. также India model bilateral investment treaty (2015), art. 26 (3).

³⁷ Руководящие принципы ОЭСР для многонациональных предприятий, ст. 23.

³⁸ Southern African Development Community model bilateral investment treaty (2012), art. 15 (1); the Kingdom of the Netherlands model bilateral investment treaty, art. 7 (1); India model bilateral investment treaty (2016), art. 12; Morocco-Nigeria bilateral investment treaty, art. 14; и draft Pan-African Investment Code, art. 22.

³⁹ Eric De Brabandere, "Human rights counterclaims in investment treaty arbitration", *Investment Claims*, 25 October 2018.

⁴⁰ Интересный взгляд на нарушения инвесторов и компенсацию см. в статье 2 двустороннего инвестиционного договора между Бангладеш и Данией (2009 год), в которой говорится о нанесении ущерба здоровью, жизни или окружающей среде, в результате которого инвесторы несут ответственность за компенсацию принимающему государству либо по внутреннему, либо по международному праву.

⁴¹ Похоже, это имеет место только в рамках типового двустороннего инвестиционного договора Колумбии (2017 год) (глава об отказе в льготах).

⁴² О проблемах, связанных с таким подходом, см. Muchlinski, "Can international investment law punish investor's human rights violations?", p. 373.

их существующие обязательства⁴³. Кроме того, эти положения, по-видимому, не возлагают никаких обязательств на государства происхождения⁴⁴.

5. Корпоративная социальная ответственность

36. В некоторых новых международных инвестиционных соглашениях содержатся ссылки на Руководящие принципы ОЭСР для многонациональных предприятий и Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека, которые являются основными источниками для рассмотрения на международном уровне корпоративной социальной ответственности. Поскольку ни одно из этих соглашений не имеет обязательной юридической силы, они фигурируют в международных инвестиционных соглашениях только в рекомендательном ключе. Например, статья 16 двустороннего инвестиционного договора между Буркина-Фасо и Канадой (2015 год) призывает инвесторов включать международно признанные стандарты как в свою политику, так и в практику, а статья 12 двустороннего инвестиционного договора между Индией и Беларусью (2018 год) рекомендует инвесторам делать то же самое на добровольной основе⁴⁵. Тем не менее, по крайней мере в одном международном инвестиционном соглашении — китайско-швейцарском соглашении о свободной торговле (2013 год), — прямо признается важность корпоративной социальной ответственности для устойчивого развития. Хотя такие положения являются формирующимися нормами права, они, тем не менее, демонстрируют растущее понимание важности прав человека в международном инвестиционном праве.

6. Заключение

37. Пока еще слишком рано определять, представляют ли собой последние изменения в законодательстве государств, исторически являвшихся экспортерами капитала, важный культурный сдвиг, который может повлиять на надлежащую роль международных инвестиционных соглашений в защите прав человека в принимающих государствах. Отсутствие аналогичных изменений во внутреннем законодательстве крупных экономик глобального Юга свидетельствует о значительной асимметрии. Все, что можно сказать в настоящее время, это то, что подтверждение прав человека в международных инвестиционных соглашениях все еще находится на начальном этапе и что для достижения последовательного и согласованного подхода потребуется более широкое включение прав человека.

VII. Влияние изменения климата на право на развитие в рамках международного инвестиционного права

38. Взаимосвязь между изменением климата и правом на развитие хорошо известна⁴⁶. Изменение климата представляет собой экзистенциальную угрозу для осуществления людьми права на развитие⁴⁷, как это подчеркивается в Парижском соглашении.

⁴³ См. article 7 (4) of the Kingdom of the Netherlands model bilateral investment treaty (2019); и article 20 of the Morocco-Nigeria bilateral investment treaty (2016).

⁴⁴ Eric De Brabandere, "The 2019 Dutch model bilateral investment treaty: navigating the turbulent ocean of investment treaty reform", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, No. 2 (2021), p. 328.

⁴⁵ См. также Argentina-Japan bilateral investment treaty (2018), art. 17, и Australia-Hong Kong free trade agreement (2019), art. 16.

⁴⁶ См. [A/76/154](#).

⁴⁷ См. Управление Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека (УВКПЧ), «Понимание прав человека в контексте изменения климата» (2015 год). [A/76/154](#); и Nandita Banerji, "Heatwaves in India could soon break human survivability limit, says World Bank analysis", *Down to Earth*, 7 December 2022.

39. Прогресс в отношении изменения климата и права на развитие был достигнут в 2022 году на двадцать седьмой сессии Конференции Сторон Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата, на которой было достигнуто соглашение о создании фонда возмещения убытков и ущерба для уязвимых стран⁴⁸. Однако для достижения целей в области климата⁴⁹ и устранения всеохватного характера угрозы изменения климата требуются дальнейшие междисциплинарные действия, в частности сокращение выбросов углерода и расширение использования возобновляемых источников энергии⁵⁰, причем оба этих аспекта тесно взаимосвязаны с глобальной инвестиционной системой. Очевидно, что для этого процесса требуются постоянные преобразования и гибкость во многих взаимосвязанных областях, включая изменения в области международного инвестиционного права — области, которая может либо сдерживать, либо ускорять прогресс.

40. В настоящее время в существующих или новых международных инвестиционных соглашениях имеется мало конкретных положений об изменении климата. Такие положения в основном включены в последние международные инвестиционные соглашения (или типовые двусторонние инвестиционные договоры)⁵¹ и чаще всего в соглашения о свободной торговле, включая разделы, касающиеся изменения климата⁵². В настоящее время в этих положениях не проводится различия между инвестициями, приводящими к высоким и низким уровням выбросов, и не уточняются стандарты защиты⁵³, а скорее подчеркивается важность международного сотрудничества между государствами в достижении целей в области климата⁵⁴. Соответственно, необходимо внести поправки как в старые, так и в новые международные инвестиционные соглашения. Такие поправки должны включать положения, поощряющие прямые иностранные инвестиции, защищающие климат⁵⁵, которые должны быть включены в новые инвестиционные соглашения.

⁴⁸ United Nations Climate Change News, “COP27 reaches breakthrough agreement on new ‘loss and damage’ fund for vulnerable countries”, 20 November 2022.

⁴⁹ Georgina Rannard, “COP27: climate costs deal struck, but no fossil fuel progress”, BBC News, 20 November 2022.

⁵⁰ Специальный докладчик по вопросу о поощрении и защите прав человека в контексте изменения климата рекомендует «привлекать к ответственности правительства, предприятия и финансовые учреждения за их текущие инвестиции в ископаемые виды топлива и углеродоемкие отрасли и за соответствующие последствия для прав человека, которые влекут за собой такие инвестиции» (A/77/226, подп. d) п. 90). См. также OHCHR, “Renewable energy and the right to development: realizing human rights for sustainable development” (2022).

⁵¹ См., например, ст. 3 типового двустороннего инвестиционного договора Канады (2021 год):

Стороны подтверждают право каждой Стороны осуществлять регулирование на своей территории для достижения законных политических целей, например в отношении защиты окружающей среды и решения проблемы изменения климата; социальной защиты или защиты прав потребителей; или поощрения и защиты здоровья, безопасности, прав коренных народов, гендерного равенства и культурного разнообразия.

⁵² См. free trade agreement between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and New Zealand (2022), art. 14.18 (2); и Australia–United Kingdom free trade agreement (2021), arts. 13.18 and 22.5.

⁵³ UNCTAD and International Institute for Environment and Development, “Policy brief on international investment agreements and climate action” (March 2022); и OECD, *Investment Treaties and Climate Change: OECD Public Consultation (January–March 2022) – Compilation of Submissions*, 13 April 2022. Некоторые ученые скептически относятся к возможности приведения инвестиционного режима в соответствие с целями в области климата; см. Kyla Tienhaara and Lorenzo Cotula, “Raising the cost of climate action?: investor-State dispute settlement and compensation for stranded fossil fuel assets”, *Investment, Land and Rights series* (London, International Institute for Environment and Development, 2020); и Kyla Tienhaara and others, “Investor-State disputes threaten the global green energy transition”, *Science*, vol. 376, No. 6594 (2022). См. также Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change* (2022), p. 74.

⁵⁴ См. Australia–United Kingdom free trade agreement (2021), art. 13.18. См. также art. 22.5.

⁵⁵ Мэтью Стивенсон и Джеймс Чжан представили следующие комментарии в статье “What is climate FDI? How can we help grow it?” (Think20 Indonesia, 2022):

Для поддержки целей в области изменения климата прямые иностранные инвестиции должны способствовать переходу от инвестиций, приводящих к высоким уровням выбросов, к инвестициям, приводящим к низким уровням выбросов, как это предусмотрено пунктом 1 с) статьи 2 Парижского соглашения и в соответствии с принципом общей, но дифференцированной ответственности и с учетом соответствующих возможностей в свете различных национальных условий⁵⁶.

41. Однако, реформирования международных инвестиционных соглашений недостаточно⁵⁷: права инвесторов уже в значительной степени защищены существующими международными инвестиционными соглашениями, что порождает противоречия между функцией государств по регулированию для достижения целей в области климата путем принятия внутреннего законодательства, нормативных актов или политики, с одной стороны, и их обязательствами перед иностранными инвесторами — с другой⁵⁸. В настоящее время инвесторы в ископаемые виды топлива пользуются многими видами защиты, которые международные инвестиционные соглашения предоставляют им по отношению к принимающим государствам, в связи с чем вышеупомянутые противоречия, вероятно, сохранятся⁵⁹.

42. На практике существующие международные инвестиционные соглашения могут в лучшем случае быть просто нейтральными в отношении связанных с климатом аспектов права на развитие, а в худшем — наказывать государства за соблюдение обязательств, связанных с климатом. Это лучше всего видно на примере нескольких арбитражных решений, включая упомянутые выше, в которых, несмотря на признание таких противоречий, арбитражи принимали решения в пользу инвесторов⁶⁰. Такие иски могут приводить к присуждению инвесторам крупных компенсационных

Включение положений о ПИИ в области климата в международные инвестиционные соглашения (МИС) может способствовать защите, продвижению, содействию или иной поддержке ПИИ, которые способствуют снижению выбросов углерода, являются углеродно-нейтральными или углеродно-негативными. Это обеспечивает очень четкий механизм поощрения таких инвестиций, поскольку он является частью законодательной базы, обеспечивая тем самым большую ясность и определенность для инвесторов, а также предусматривая последствия и средства правовой защиты в случае несоблюдения данного положения.

⁵⁶ Парижское соглашение, п. 2) ст.2 и п. 19 ст. 4.

⁵⁷ Как отмечалось на двадцать седьмой сессии Конференции сторон Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата, некоторые предприятия были обеспокоены потерей конкурентоспособности в случае участия в декарбонизации, тогда как другие рассматривали это как создание дополнительного фактора для обеспечения экономической жизнеспособности.

⁵⁸ UNCTAD, “Treaty-based investor-State dispute settlement cases and climate action”, *International Investment Agreements Issues Note* (Issue No. 4 (2022)): «Инвесторы в секторе ископаемого топлива часто подают иски в рамках механизма УСИГ, инициировав по меньшей мере 192 дела в связи с различными видами поведения государства. Последнее десятилетие также ознаменовалось появлением и ростом числа исков в рамках механизма УСИГ, поданных инвесторами в секторе освоения возобновляемых источников энергии, при этом известно о 80 таких делах». Все эти дела, за исключением одного, были возбуждены в рамках международных инвестиционных соглашений, заключенных до принятия Повестки дня на период до 2030 года.

⁵⁹ Недавними примерами такой напряженности являются споры между инвесторами и государством в деле *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, дело № ARB/16/41, Решение о юрисдикции, ответственности и рекомендациях в отношении размера компенсации, 9 сентября 2021 года, отражающие «борьбу между конкурирующими общественными целями, являющимися разнонаправленными: с одной стороны, защита договорных прав международного инвестора; а с другой стороны, способность общества принимать законные меры для сохранения своей окружающей среды» (Philippe Sands, Partial Dissenting Opinion, para. 1); и *Westmoreland Mining Holdings, LLC v. Canada (II)*, International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. UNCT/20/3.

⁶⁰ Что касается другого дела, то см. *Rockhopper v. Italy*, International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. ARB/17/14.

выплат⁶¹, что может лишить государства стремления проводить политику, не оказывающую негативного влияния на климат⁶², или, по меньшей мере, сделать ее более дорогостоящей, тем самым подорвав доверие общественности к борьбе с изменением климата⁶³ и достижению целей в области климата⁶⁴.

43. Кроме того, перспектива присуждения инвесторам больших компенсационных выплат и издания постановлений об оплате судебных издержек⁶⁵ рискует сделать амбициозные действия государств в области климата довольно дорогостоящими или даже привести к свертыванию таких действий⁶⁶. Согласно недавнему исследованию этого вопроса сумма исков по делам, касающимся урегулирования споров между инвесторами и государствами, связанных с адаптацией к изменению климата, может достигать 340 млрд долл. США⁶⁷.

44. Недавний пример касается группы инвесторов, подавших иск в соответствии с Договором к Энергетической хартии (1994 год), в рамках которого они потребовали от четырех государств — членов Европейского союза возмещения ущерба на общую сумму в размере 4 млрд евро в связи с проектами, связанными с ископаемыми видами топлива⁶⁸. Наличие большого числа конкурирующих факторов, включая Европейский «зеленый курс», сильную зависимость некоторых государств-членов от ископаемых видов топлива и отсутствие реформы Договора к Энергетической хартии, свидетельствует о взаимосвязи и потенциальных противоречиях между устойчивым развитием, изменением климата и правами инвесторов в международном инвестиционном праве⁶⁹.

⁶¹ UNCTAD, “Treaty-based investor-State dispute settlement cases and climate action”.

⁶² Lora Verheecke and others, “Blocking climate change laws with ISDS threats: Vermilion vs. France”, in *Red Carpet Courts: 10 Stories of How the Rich and Powerful Hijacked Justice* (Brussels and Amsterdam, Friends of the Earth Europe and International, Transnational Institute and Corporate Europe Observatory, 2019).

⁶³ Mala Sharma, “Integrating, reconciling, and prioritising climate aspirations in investor-State arbitration for a sustainable future: the role of different players”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 23, No. 5-6 (2022), pp. 746–777.

⁶⁴ Как отмечается в докладе Межправительственной группы экспертов по изменению климата за 2022 год, некоторые иски иностранных инвесторов против принимающих государств оспаривают меры, направленные на достижение целей, касающихся борьбы с изменением климата и охраны окружающей среды (*Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change*, p. 1499): «Хотя международные инвестиционные соглашения обладают потенциалом для увеличения низкоуглеродных инвестиций в принимающие страны, эти соглашения, как правило, защищают права инвесторов, ограничивая свободу действий принимающих стран в принятии экологической политики», со ссылкой на *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Kate Miles, ed. (Edward Elgar, 2019). См. также UNCTAD, “Treaty-based investor-State dispute settlement cases and climate action”; и Lea Di Salvatore, “Investor-State disputes in the fossil fuel industry” (International Institute for Sustainable Development, 2021), p. 41, где говорится о том, что в системе арбитража между инвесторами и государствами наибольшая доля исков (около 20 процентов всех известных дел) касается отрасли ископаемых видов топлива.

⁶⁵ Государства-ответчики, проигравшие такие дела, могут столкнуться с расходами, исчисляемыми миллионами долларов, которые могут быть особенно обременительными для развивающихся и наименее развитых стран.

⁶⁶ См. *Westmoreland Mining Holdings, LLC v. Canada (II)*, International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. UNCT/20/3 (спор относительно постепенного отказа от использования угольных электростанций); и Tarald Laudal Berge and Axel Berger, “Do investor-State dispute settlement cases influence domestic environmental regulation? The role of Respondent State bureaucratic capacity”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 12, No. 1 (2021), pp. 1–41.

⁶⁷ Rachel Thrasher, “With a potential \$340 billion price tag, investor-State disputes threaten the global green energy transition”, Boston University Global Development Policy Center, 5 May 2022.

⁶⁸ Camilla Hodgson, “European energy groups seek €4bn damages over fossil fuel projects”, *Financial Times*, 21 February 2022.

⁶⁹ Может вызывать обеспокоенность тот факт, что «большинство известных дел, касающихся ископаемых видов топлива [споров между инвесторами и государствами], были решены в

45. Важно, чтобы при урегулировании споров между инвесторами и государствами был найден баланс между необходимостью государств изменять и адаптировать свое законодательство в ответ на климатический кризис и связанные с ним экологические преобразования, с одной стороны, и стабильностью и предсказуемостью нормативно-правовой базы принимающих государств, которые гарантируются инвесторам в рамках некоторых международных инвестиционных соглашений, — с другой⁷⁰.

46. Для достижения необходимого баланса требуется гибкость. Экологическое право, нормативно-правовые акты и политика, касающиеся вопросов изменения климата, очень динамичны и требуют нелинейной и непредсказуемой адаптации для реагирования на текущие климатические риски и постоянное появление данных, свидетельствующих о характере и масштабах деградации окружающей среды⁷¹. Государства стремятся защищать окружающую среду и бороться с изменением климата, а также осуществлять стратегии экономического развития, охватывающие, в частности, горнодобывающую деятельность, как средство повышения уровня экономического процветания⁷² и обеспечения экономического благополучия⁷³.

47. Необходимость реформы в области международных инвестиционных соглашений и международного сотрудничества⁷⁴, а также связанные с этим практические трудности, отражаются в предпринимаемых в настоящее время усилиях по модернизации Договора к Энергетической Хартии в части, касающейся влияния урегулирования споров между инвесторами и государствами на ситуацию, связанную с изменением климата, в том числе посредством значительного числа споров, касающихся возобновляемых источников энергии. Возможность отмены мер по защите инвестиций в ископаемые виды топлива (в рамках отказа от ископаемых видов топлива) является шагом в правильном направлении. Однако нынешний проект по отказу не только не отражает чрезвычайную ситуацию в области климата, но и, даже если бы удалось достичь по нему многостороннего консенсуса, все равно обеспечивал бы дополнительные 10 лет защиты инвестиций в ископаемые виды топлива.

48. Несмотря на такие трудности, реформа международных инвестиционных соглашений необходима для уменьшения противоречий, о которых говорилось выше⁷⁵. Более быстрое и эффективное решение могло бы заключаться в том, чтобы

пользу инвесторов» (Di Salvatore, "Investor-State disputes in the fossil fuel industry"). В итоге эти дела были урегулированы.

⁷⁰ Jack Biggs, "The scope of investors' legitimate expectations under the FET standard in the European renewable energy cases", *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, No. 1 (2021), pp. 99–128.

⁷¹ Richard J. Lazarus, *The Making of Environmental Law* (University of Chicago Press, 2006), p. 22.

⁷² О важности защиты инвесторов/инвестиций как фактора привлечения иностранных инвестиций см. School of International Arbitration, Queen Mary University of London, and Corporate Counsel International Arbitration Group, "2020 QMUL-CCIAAG survey: investors' perceptions of ISDS" (2020), в котором респонденты заявили, что наличие договорных мер по защите инвесторов, доступность механизма урегулирования споров между инвесторами и государствами и история участия принимающего государства в таких спорах сильно влияют на инвестиционные решения инвесторов.

⁷³ См. *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. ARB/16/41.

⁷⁴ По вопросу о том, влечет ли за собой обязанность сотрудничать обязанность вести добросовестные переговоры, см. Olivier De Schutter, "A duty to negotiate in good faith as part of the duty to cooperate to establish 'an international legal order in which human rights can be fully realized': the new frontier of the right to development", Interdisciplinary Research Cell in Human Rights Working Paper 2018/5 (University of Louvain, 2018).

⁷⁵ UNCTAD, "The international investment treaty regime and climate action" International Investment Agreements Issues Note, Issue No. 3 (2022):

Реформа существующих МИС необходима для того, чтобы МИС не препятствовали государствам осуществлять меры по борьбе с изменением климата и добиваться справедливого перехода к низкоуглеродной экономике. Реформа должна минимизировать риск государств столкнуться с исками в рамках УСИГ, связанными с политикой в области изменения климата и с инвестициями в высокоуглеродные технологии.

убедить арбитров пересмотреть свой подход к противоречиям между целями в области климата и правами инвесторов при урегулировании споров между инвесторами и государствами при осуществлении ими своих полномочий по толкованию⁷⁶. Однако это может быть достигнуто только в рамках параметров и юрисдикции конкретного спора, включая связанные с этим технические и процессуальные проблемы. Тем не менее арбитрам следует рекомендовать при принятии решений учитывать: а) положения Парижского соглашения и содержащуюся в нем прямую ссылку на право на развитие; б) резолюцию 76/300 Генеральной Ассамблеи о праве человека на чистую, здоровую и устойчивую окружающую среду; и с) социальные лицензии на осуществление деятельности, включая ценность участия общественности и консультаций с ней.

49. На практике такой целостный подход может быть достигнут за счет более инклюзивного подхода к вкладу *amici curiae* (см. раздел IX ниже) и путем требования того, чтобы профессиональная квалификация арбитров включала знания в области прав человека, устойчивого развития (см. раздел X ниже) и экологического права, что позволило бы им уделять вопросам, связанным с климатом, должное внимание в рамках международного инвестиционного права.

VIII. Право на участие в развитии через консультации с соответствующими заинтересованными сторонами и социальные лицензии на осуществление деятельности

50. Соглашения о социальной лицензии на осуществление деятельности представляют собой новшество, поддерживающее право отдельных лиц и народов активно участвовать в политическом, социальном, культурном и экономическом развитии и пользоваться преимуществами такого участия таким образом, чтобы они могли осуществлять свои права человека, которые лежат в основе права на развитие⁷⁷. Благодаря таким соглашениям, которые заключаются между инвесторами и местными заинтересованными сторонами, затрагиваемые общины могут непосредственно участвовать в принятии решений о целесообразности и приемлемости предлагаемых инвестиций. Социальные лицензии на осуществление деятельности выдаются не принимающим государством, а затрагиваемыми местными общинами или гражданским обществом в целом⁷⁸. В число признаков, свидетельствующих об отсутствии социальной лицензии на осуществление деятельности, могут входить ухудшение качества проектов и/или массовые волнения⁷⁹.

51. Многие новейшие международные инвестиционные соглашения требуют составления заключений об оценке воздействия на социальные условия и окружающую среду, подготовка которых включает консультации с местными общинами. Однако они конкретно не требуют, чтобы иностранные инвесторы консультировались с местными общинами и получали социальную лицензию на осуществление деятельности до начала инвестирования, не говоря уже о сохранении лицензии на протяжении всего срока инвестирования⁸⁰. Социальные лицензии на

⁷⁶ См. Sharma, “Integrating, reconciling, and prioritising climate aspirations in investor-State arbitration”; and Laura Letourneau Tremblay, “In need of a paradigm shift: reimagining *Eco Oro v Colombia* in light of new treaty language”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 23, No. 5–6 (2022), pp. 915–946. См. также Toni Marzal, “Polluter doesn’t pay: the *Rockhopper v. Italy* award”, EJIL: Talk!, 19 January 2023.

⁷⁷ Декларация о праве на развитие, ст. 1. Право на консультации закреплено в Конвенции Международной организации труда (МОТ) о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, 1989 года (№ 169) и в Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов.

⁷⁸ Mihaela-Maria Barnes, “The ‘social license to operate’: an emerging concept in the practice of international investment tribunals”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 10, No. 2, pp. 328–360.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ В анкете задавался вопрос о том, должны ли международные инвестиционные соглашения прямо требовать от государств проведения консультаций с заинтересованными сторонами в

осуществление деятельности уже фигурировали в спорах между инвесторами и государствами, хотя и с разной степенью интереса к ним и точности, а также с разными толкованиями арбитров⁸¹, отчасти из-за их неопределенного характера в международном инвестиционном праве.

52. Первое очевидное упоминание о социальной лицензии на осуществление деятельности в споре между инвестором и государством содержится в решении арбитражного суда по делу *«Бэа Крик Майнинг Корпорэйшн» против Республики Перу*⁸². Преобладающим мнением арбитража было то, что инвестор, выполнив свою обязанность по принятию обязательных мер, требуемых правительством, выполнил свое обязательство по получению социальной лицензии на осуществление деятельности от затронутых общин, которые являются коренными общинами. Один из членов арбитража, выразив частично несогласное мнение, заявил, что в свете Конвенции Международной организации труда (МОТ) о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, 1989 года (№ 169) на инвестора возложена более широкая юридическая обязанность консультироваться и делиться выгодами от проекта с самого начала и что компенсация за ущерб, присужденная Перу, должна была быть уменьшена вдвое как из-за отсутствия социальной лицензии на осуществление деятельности, так и из-за того, что обязательства инвестора были равны обязательствам правительства Перу⁸³.

53. В деле *«Коппер Меса»* правительство Эквадора отозвало концессию у канадского инвестора, вероятно, из-за массовых волнений, вызванных присутствием инвестора, и последующих действий в местной общине (руководящий персонал был признан виновным в организации актов преступного насилия от имени компании). Как бы то ни было, это не позволило инвестору завершить консультации с местной общиной. Несмотря на то, что иск был удовлетворен, арбитраж постановил уменьшить размер компенсации за ущерб на 30 процентов из-за неправомерного поведения инвестора.

54. На данный момент представляется, что неполучение инвесторами социальных лицензий на осуществление деятельности приводит лишь к уменьшению размера компенсаций, присуждаемых инвесторам, а не к полному лишению их самих или их инвестиции защиты (или к сведению на нет ответственности принимающих государств).

55. Такая ситуация может быть отчасти обусловлена неопределенным правовым статусом социальных лицензий на осуществление деятельности, которые в судебной аргументации описываются как составное понятие с той или иной формой нормативного статуса⁸⁴. Несмотря на то, что на данный момент статус социальных лицензий в международном инвестиционном праве остается неопределенным, имеет место очевидное противодействие отсутствию социальных лицензий, проявляющееся, в частности, в виде протестов, блокад и нестабильной социально-политической обстановки.

гражданском обществе до разрешения иностранному инвестору инвестировать на их территории и должно ли это ограничиваться определенными видами инвестиций и заинтересованными сторонами. Некоторые государства высказали оговорки, включая опасения, что этот процесс может препятствовать иностранным инвестициям или что он может негативно повлиять на способность государств объективно и последовательно оценивать достоинства инвестиций.

⁸¹ См. частично несогласные мнения Филиппа Сэндса в делах *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. ARB/16/41; и *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. ARB/14/21.

⁸² International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. ARB/14/21, Award, 30 November 2017.

⁸³ Частично несогласное мнение Филиппа Сэндса, 30 ноября 2017 года, пп. 13 и 39.

⁸⁴ Barnes, "The 'social license to operate'". Даже опытные арбитры в области права прав человека путают понятия свободного, предварительного и осознанного согласия и социальной лицензии на осуществление деятельности. См. также сноску 115 ниже.

56. В ходе консультаций с иностранными инвесторами, особенно с инвесторами в добывающей промышленности, социальные лицензии на осуществление деятельности, несмотря на их правовой статус, рассматривались как положительный фактор, который будет способствовать успеху инвестиций в долгосрочной перспективе за счет создания большей определенности и снижения репутационного и финансового риска.

57. Важность прямых контактов между иностранными инвесторами и общинами для получения и сохранения социальных лицензий на осуществление деятельности является очевидной⁸⁵: это эффективный способ защиты прав человека отдельных лиц и населения и реализации их права на развитие. Кроме того, социальные лицензии могут помочь принимающим государствам предотвращать массовые беспорядки, стимулировать иностранные инвестиции, делая их менее рискованными, снижать риск возникновения споров между инвесторами и принимающими государствами и уменьшать риск того, что им придется выплачивать компенсации и покрывать судебные издержки.

58. В свете вышесказанного, в каждом конкретном случае арбитрам следует учитывать, что социальные лицензии действуют как один из важных элементов международной государственной политики. Только с использованием такого процесса будущая практика будет изменена таким образом, чтобы согласие, полученное на инвестиции, было основано на постоянной приверженности инвесторов участию общин и их развитию, а не просто являлось частью формальной процедуры⁸⁶.

IX. Участие третьих сторон в урегулировании споров между инвесторами и государствами

59. Еще одним средством, с помощью которого гражданское общество и затрагиваемые общины могут участвовать в формировании международного инвестиционного права и результатов рассмотрения конкретных дел, является использование третьих сторон, *amici curiae* (что буквально означает «друзья суда») в урегулировании споров между инвесторами и государствами⁸⁷. По усмотрению суда или арбитража третьим сторонам, не являющимся сторонами споров, разрешается представлять имеющие отношение к делам аргументы и доказательства, которые суд или арбитраж может по своему усмотрению принимать во внимание⁸⁸. Благодаря показаниям *amici curiae* местные общины и организации гражданского общества могут представлять аргументы или доказательства, которые в противном случае могут быть не услышаны, поскольку инвесторы или принимающие государства могут их не представить (а в некоторых случаях могут быть заинтересованы в их непредставлении).

60. Однако заключения *amicus curiae* по-прежнему воспринимаются арбитражами неоднозначно⁸⁹. В феврале 2019 года в деле «Эко Оро Минералз корп.» против

⁸⁵ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. ARB/14/2.

⁸⁶ Это подлежит дальнейшему анализу с целью изучения оснований, на которых арбитраж будет принимать во внимание наличие социальной лицензии на осуществление деятельности, включая наличие минимального набора доказательств существования такой лицензии и сведений, которые должны использоваться для определения такого порога доказательств.

⁸⁷ Первый зарегистрированный случай, когда арбитраж принял к сведению заключение *amicus curiae* в рамках урегулирования спора между инвестором и государством, имел место в ходе рассмотрения дела *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA/UNCITRAL, Decision, 15 January 2001.

⁸⁸ Как правило, не существует механизма, позволяющего местным общинам или организациям гражданского общества становиться сторонами в делах между инвесторами и государствами, поскольку такие дела представляют собой арбитражные разбирательства, в которых единственными сторонами, предусмотренными международным инвестиционным соглашением, являются иностранный инвестор и принимающее государство.

⁸⁹ Примерами арбитражных разбирательств, в ходе которых заключения *amicus curiae* были приняты, являются дела *Suez and Vivendi v. Argentina*, International Centre for Settlement of

Республики Колумбия⁹⁰ арбитраж Международного центра по урегулированию инвестиционных споров отклонил приемлемость показаний *amicus curiae* о праве на здоровую окружающую среду, отметив, что заявители не объяснили характер своей «точки зрения, знания и понимания», а лишь утверждали, что она будет отличаться от точки зрения сторон спора⁹¹. В аналогичном случае, в 2021 году, другой арбитраж отклонил ходатайство о представлении *amicus curiae* заключения по правам человека и международному экологическому праву в споре по Североамериканскому соглашению о свободной торговле между инвестиционной компанией из Соединенных Штатов Америки и правительством Мексики. Помимо вывода о том, что стороны обладают достаточным опытом, большинство судей постановило, что заключения *amicus curiae* не помогут арбитражу в разрешении рассматриваемого спора, который не касался деятельности истца на территории, где действовал один из заявителей⁹².

61. Даже в тех случаях, когда заключения *amicus curiae* принимались, их участие обычно ограничивалось подачей материалов, а их доступ к большей части доказательств и документов, представленных сторонами разбирательства, являлся весьма ограниченным. Некоторые комментаторы предполагают, что это ограничивает положительное влияние, которое они могут оказать на принятие решений⁹³.

62. Если провести подробное эмпирическое исследование судебной практики, которое, судя по всему, не проводилось, можно как минимум отметить, что арбитражам приходится находить равновесие между конкурирующими императивами, включая удержание расходов в разумных пределах и получение соответствующих доказательств и аргументов, которые могут помочь им в отправлении правосудия по конкретному делу. Арбитражи, как правило, не хотят допускать, чтобы предполагаемые *amici curiae* («друзья суда») превращались в *inimici curiae* («недрузья суда»), занимая слишком много времени и заставляя стороны нести еще большие расходы, которые не оправданы тем вкладом, который они могут внести в рассмотрение конкретного дела.

63. Целесообразность представления *amicus curiae* своих заключений и способы содействия этому были рассмотрены рабочими группами ЮНСИТРАЛ. На пятьдесят третьей сессии Рабочей группы II ЮНСИТРАЛ (2010 год) «многие делегации выразили решительную поддержку разрешению представления материалов третьими сторонами», но при этом выразили мнение о том, что «для таких представлений должны существовать определенные ограничивающие критерии»⁹⁴. Впоследствии, на тридцать седьмой сессии Рабочей группы III ЮНСИТРАЛ (2019 год), обсуждался вопрос о том, достаточно ли Маврикийской конвенции о прозрачности и Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте основанных на договорах арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами для обеспечения того, чтобы представления *amicus curiae* направлялись в арбитражи и надлежащим образом рассматривались ими⁹⁵.

Investment Disputes case No. ARB/03/19, Order in Response to Amicus Petition; и *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 5, 12 February 2007. Примерами арбитражных разбирательств, в ходе которых заключения *amicus curiae* были отклонены, являются дела *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. ARB/02/3, Letter from President of Tribunal Responding to Petition, 29 January 2003; и *Chevron Corporation (U.S.A.) and Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) v. Republic of Ecuador II*, PCA [Permanent Court of Arbitration] Case No. 2009-23, Procedural Order No. 8, 18 April 2011.

⁹⁰ Procedural Order No. 6: Decision on Non-Disputing Parties' Application, 18 February 2019.

⁹¹ Ibid., para. 32.

⁹² *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. Mexico*, International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. UNCT/20/1, Procedural Order No. 6, 20 December 2021; см. пп. 22–23.

⁹³ См. Charles H. Brower, II, "Structure, legitimacy, и NAFTA's investment chapter", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, No. 1 (2003), pp. 72–73.

⁹⁴ A/CN.9/712, пп. 46 и 47.

⁹⁵ A/CN.9/970, п. 32.

64. Кроме того, о растущем значении *amicus curiae* свидетельствуют инвестиционные договоры и арбитражные регламенты, которые теперь прямо допускают их представление их заключений⁹⁶. Совсем недавно в соответствии с правилом 67 нового Арбитражного регламента Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (2022 год) было отменено требование, согласно которому арбитражи должны были консультироваться со сторонами спора до рассмотрения представлений *amicus curiae*. С учетом этого изменения и растущей потребности в том, чтобы международные инвестиционные соглашения функционировали в дополнение к Парижскому соглашению, вполне вероятно, что попытки представить заключения *amicus curiae* будут продолжаться и даже активизироваться⁹⁷. Трудно сказать, приведет ли это к усилению позитивного воздействия *amicus curiae* на принятие решений и к более эффективным консультациям с заинтересованными сторонами, такими как местные общины.

65. Некоторые комментаторы считают, что, поскольку механизм *amicus curiae* «не предназначен для предоставления эффективного голоса или защиты субъектам, чьи права являются предметом непосредственного обсуждения в споре», он никогда не будет хорошо функционировать в этом отношении⁹⁸. Альтернативные предложения включают (возможно, в качестве дополнения к созданию постоянного многостороннего суда или трибунала по инвестициям) по аналогии с различными национальными правовыми системами⁹⁹:

а) разрешение лицам, которые не имеют прямого интереса к разбирательству, таким как представители организаций гражданского общества и неправительственных организаций, участвовать в ходе разбирательства (в более широком смысле, чем *amicus curiae*);

б) разрешение или требование о привлечении заинтересованных или затрагиваемых третьих сторон в качестве сторон судебного разбирательства, обладающих своими собственными правами;

в) разрешение или требование о прекращении рассмотрения дел в случаях, когда затрагиваемая третья сторона не может участвовать в разбирательстве, а воздействие на права третьей стороны будет слишком велико, чтобы позволить продолжить рассмотрение иска по всей справедливости;

⁹⁶ См. Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (2017), art. 8.38; Singapore International Arbitration Centre, Investment Arbitration Rules, 1st ed. (2017), rule 29.2; и Stockholm Chamber of Commerce, Arbitration Rules (2017), appendix III, art. 3.

⁹⁷ Gian Maria Farnelli, "Investors as environmental guardians? On climate change policy objectives and compliance with investment agreements", *Journal of World Investment & Trade*, vol. 23, No. 5–6 (2022), pp. 887–914.

⁹⁸ Columbia Center on Sustainable Investment, International Institute for Environment and Development and International Institute for Sustainable Development, "Third party rights in investor-State dispute settlement: options for reform", submission to UNCITRAL Working Group III on ISDS Reform, 15 July 2019. 3 апреля 2023 года Рабочая группа III ЮНСИТРАЛ завершила работу над проектом кодекса поведения арбитров при урегулировании международных инвестиционных споров. Текст будет представлен ЮНСИТРАЛ для принятия на ее пятьдесят шестой сессии (3–21 июля 2023 года) в Вене (см. <https://unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2023/unisl343.html>). Согласно пункту 2) статьи 3 проекта арбитр не должен, в частности, «а) находиться под влиянием лояльности к любой стороне спора или любому другому физическому или юридическому лицу» или «б) получать инструкции от любой организации, правительства или частного лица относительно любого вопроса, рассматриваемого в рамках разбирательства международного инвестиционного спора» (A/CN.9/1148). Пункты 24 и 26 проекта комментария, рассматриваемые вместе, означают, что, хотя арбитры не должны находиться под влиянием сторон, не участвующих в споре, им не запрещается рассматривать заключения *amicus curiae*.

⁹⁹ Columbia Center on Sustainable Investment, International Institute for Environment and Development and International Institute for Sustainable Development, "Third party rights in investor-State dispute settlement"; см. также A/CN.9/WG.III/WP.213.

d) разрешение или требование к трибуналам переформулировать иски таким образом, чтобы минимизировать последствия для затрагиваемых третьих сторон.

66. Другие альтернативы *amicus curiae*, предложенные некоторыми авторами, включают создание нового постоянного учреждения, занимающегося исключительно защитой коллективных интересов, в качестве своего рода универсального посредника или *amicus curiae* с расширенными правами, или выполнение аналогичной функции тем или иным образом путем создания «многостороннего консультативного центра», который предусмотрен ЮНСИТРАЛ в качестве консультативного бюро для оказания помощи государствам в защите исков в рамках урегулирования споров между инвесторами и государствами.

67. Тем не менее существующие системные сложности не должны препятствовать способности гражданского общества и затрагиваемых общин эффективно участвовать в процессе урегулирования споров между инвесторами и государствами.

Х. Квалификация арбитров в области прав человека и устойчивого развития

68. Арбитражные решения по делам об урегулировании споров между инвесторами и государствами, несомненно, могут влиять на финансовое положение принимающих государств, поскольку они влекут за собой выплату больших компенсаций и оплату судебных издержек. Однако их профилактическое воздействие потенциально приводит к еще более далеко идущим последствиям, в том числе для сторон, не являющихся участниками процесса, таких как местные общины. Такие решения, создавая неформальные и не имеющие обязательной силы прецеденты, могут повлиять на то, как инвесторы относятся к местным общинам, и на те условия, в которых они осуществляют свои первоначальные инвестиции. В некоторых случаях такие решения могут изменить отношение инвесторов к своим юридическим или моральным обязательствам или, как минимум, побудить их предпринять шаги для снижения риска негативного исхода потенциальных арбитражных разбирательств об урегулировании споров между инвесторами и государствами. Кроме того, возможно, рассматривать арбитражи в качестве органов, призванных вершить правосудие только в отношении сторон, чей спор они рассматривают, но не в отношении идентифицируемых субъектов, не являющихся сторонами разбирательства, которые могут быть затронуты их решениями, означало бы использовать слишком ограничительный подход, по крайней мере на этическом, если не на строго юридическом уровне.

69. Для достижения справедливого результата разбирательств об урегулировании споров между инвесторами и государствами, которые могут затрагивать вопросы прав человека и окружающей среды, что вероятно в большинстве случаев, важно, чтобы арбитры обладали достаточными знаниями и опытом в области права прав человека и экологического права (*a fortiori*, учитывая то влияние, которое решения по урегулированию споров между инвесторами и государствами могут оказывать на субъектов, не являющихся сторонами спора, и тот факт, что они могут приводить к появлению этической ответственности перед ними).

70. Незнание некоторыми арбитрами, участвующими в урегулировании споров между инвесторами и государствами, норм права прав человека вызывает озабоченность как у государств, так и у гражданского общества. В анкете участникам опроса был задан вопрос о том, может ли требование о наличии у арбитров официальной квалификации приводить к вынесению более справедливых решений, которые в полной мере учитывают обеспокоенности в отношении прав человека, выразившиеся в конкретных спорах.

71. Некоторые участники высказали мнение о том, что от арбитров следует требовать подтверждения их компетентности в области права прав человека¹⁰⁰, прежде чем допускать их к рассмотрению споров между инвесторами и государствами, в то время как другие посчитали, что лучшим подходом было бы назначение в арбитражи независимого эксперта для оказания им помощи в области прав человека и в смежных вопросах¹⁰¹.

72. Не затрагивая напрямую вопрос о правах человека, делегаты тридцать пятой сессии Рабочей группы III ЮНСИТРАЛ отметили, что арбитры, рассматривающие инвестиционные дела, несут общую ответственность перед международной системой правосудия¹⁰². Было предложено, чтобы заинтересованные стороны учитывали «влияние механизма и традиций системы урегулирования споров на порядок рассмотрения дел»¹⁰³. В итоге, хотя делегаты не смогли прийти к единому мнению по этому вопросу, они согласились с тем, что «квалификация лиц, принимающих решения, имеет большое значение»¹⁰⁴.

73. Взаимосвязь между правами человека и международным инвестиционным правом, вероятно, усилится, особенно с учетом обязательств государств по Парижскому соглашению и противоречий между этими обязательствами и их обязанностями как принимающих государств, подпадающих под действие международных инвестиционных соглашений (как обсуждалось в разделе VII выше). В свете вышеизложенного крайне важно, чтобы арбитры демонстрировали опыт в области права прав человека, включая судебные разбирательства по вопросам, касающимся устойчивого развития и климата, для достижения справедливого и разумного урегулирования споров между инвесторами и государствами.

XI. Выводы и рекомендации

A. Выводы

74. Право на развитие играет все более важную роль в международном инвестиционном праве благодаря включению вопросов устойчивого развития и целей в области устойчивого развития в новые международные инвестиционные

¹⁰⁰ См. пункт 5) статьи 20 типового двустороннего инвестиционного договора Королевства Нидерландов (2019 год), в котором говорится, что назначающий орган должен приложить все усилия для обеспечения того, чтобы члены арбитража, по отдельности или вместе, обладали необходимым опытом в области международного публичного права, включая опыт в области экологического права и права прав человека.

¹⁰¹ Очевидная опасность заключается в том, что эксперты, назначенные арбитражем, могут стать де-факто арбитрами, выбранными без какого-либо опыта участия, что может привести к отказу от ответственности за принятие решений со стороны других членов арбитража. Кроме того, учитывая различия во мнениях, обеспечение справедливости может потребовать, чтобы всем сторонам была предоставлена возможность оспорить мнения экспертов путем проведения перекрестного допроса и/или представления доказательств своих собственных экспертов, что может значительно увеличить расходы.

¹⁰² Выходя за пределы сферы арбитража между инвесторами и государствами, в 2017 году Рабочая группа по арбитражу в сфере предпринимательства и прав человека отметила, что сторонам арбитражных разбирательств по вопросам предпринимательства и прав человека необходимо иметь доступ к арбитрам, обладающим опытом в сфере предпринимательства и прав человека. Подпункт с) пункта 1) статьи 11 Гаагских правил арбитража по вопросам предпринимательской деятельности в аспекте прав человека предусматривает следующее:

Председательствующий или единоличный арбитр должен обладать продемонстрированными знаниями в области урегулирования международных споров и в областях, имеющих отношение к спору, которые могут включать, в зависимости от обстоятельств дела, законодательство и практику в области предпринимательства и прав человека, соответствующее внутригосударственное законодательство и международное право и знание соответствующей области или отрасли.

¹⁰³ A/CN.9/935, п. 86.

¹⁰⁴ Там же, п. 88.

соглашения, включая важность международного сотрудничества и участия общественности, все из которых неразрывно связаны с идеей права на развитие. В отсутствие деятельности по принятию новых многосторонних договоров для осуществления на практике права на развитие, будь то в контексте международного инвестиционного права или в более общем плане то, как право на развитие реализуется в международном инвестиционном праве, будет в значительной степени зависеть от того, как отдельные арбитражи толкуют его при рассмотрении конкретных дел (хотя конкретные арбитражные решения не являются обязательными для других судов, рассматривающих споры между разными сторонами). Такое толкование касается, в частности, существующих обеспокоенностей, связанных с изменением климата, в том числе того, как разрешить противоречия между обязательствами государств по Парижскому соглашению и их обязательствами перед иностранными инвесторами по международным инвестиционным соглашениям. Процесс толкования сам по себе свидетельствует о сохраняющихся противоречиях между правом государств на регулирование и их обязательствами перед иностранными инвесторами.

75. По данным ЮНКТАД¹⁰⁵, из 68 споров, начатых в 2020 году в рамках процедуры урегулирования споров между инвесторами и государствами, 65 процентов касались договоров, подписанных в 1990-х годах или ранее, а 97 процентов были начаты в рамках международных инвестиционных соглашений, подписанных до 2011 года. Поэтому пока рано говорить о том, как новые международные инвестиционные соглашения повлияют на развитие международного инвестиционного права и защиту прав человека в нем.

76. Если существующая система урегулирования споров между инвесторами и государствами сохранится, и государства не отдадут предпочтение более далеко идущим реформам, то, тем не менее, существуют способы, с помощью которых существующую систему можно сделать более эффективной для осуществления на практике права затронутых групп на развитие. К ним относятся реформы, осуществляемые в результате проведения переговоров по новым международным инвестиционным соглашениям (и пересмотра существующих соглашений) или изменения наиболее используемых арбитражных правил, таких как правила, принятые Международным центром по урегулированию инвестиционных споров и Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе договоров.

В. Рекомендации

77. Экспертный механизм рекомендует, чтобы в новых международных инвестиционных соглашениях, в том числе при пересмотре существующих международных инвестиционных соглашений, государства прямо:

а) использовали понятие «право на развитие», для того чтобы добиться большего признания этого права;

б) возложили на иностранных инвесторов значимые и подлежащие исполнению обязательства по соблюдению права народов на развитие, в первую очередь сделав это условием «защищенных инвестиций» и/или самостоятельным обязательством, которое может быть предъявлено принимающим государством посредством встречного иска;

в) определили понятие социальной лицензии на осуществление деятельности, установили минимальный порог доказывания для ее предоставления и обязали арбитров, назначенных для рассмотрения споров с иностранными инвесторами, принимать во внимание наличие или отсутствие

¹⁰⁵ ЮНКТАД, *Доклад о мировых инвестициях, 2021 год: инвестиции в устойчивое восстановление* (издание Организации Объединенных Наций, 2021 год), стр. 129–130 текста на английском языке.

социальной лицензии на осуществление деятельности в качестве вопроса международной публичной политики;

d) требовали, чтобы арбитры, назначенные для рассмотрения споров с иностранными инвесторами, обладали минимальным уровнем опыта и экспертных знаний в области международного права, включая право прав человека, устойчивого развития и, если это имеет отношение к спору, окружающей среды;

e) обеспечивали, чтобы заинтересованным или затронутым лицам было разрешено использовать эффективные средства участия в спорах, переданных в арбитраж иностранными инвесторами, в том числе, в соответствующих случаях, посредством использования процедур и/или вмешательства *amicus curiae*, или чтобы они могли присоединиться к рассмотрению спора в качестве самостоятельных сторон;

f) требовали, чтобы иностранные инвесторы, в качестве выполнения порогового обязательства, получали в соответствии с национальным законодательством или, в качестве альтернативы, согласно соответствующим международным инвестиционным соглашениям: i) социальные лицензии на осуществление деятельности от затрагиваемых местных общин; и ii) социальные и экологические оценки, предоставляемые принимающими государствами, для того чтобы пользоваться защитой своих инвестиций в соответствии с международными инвестиционными соглашениями; неполучение таких социальных лицензий и социальных и экологических оценок позволит принимающим государствам добиваться возмещения ущерба государствами соответствующих инвесторов посредством встречных исков.
