

Dr Mahir Muharemović,*
Naučni saradnik
Program vladavine prava za Jugoistočnu Evropu
Konrad Adenauer fondacije

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1982183M

UDK: 347.7
342.7:347.9

Раđ примљен: 20.12.2018.
Раđ прихваћен: 02.04.2019.

ZAŠTITA TEMELJNIH LJUDSKIH PRAVA PRED MEĐUNARODNIM INVESTICIJSKIM ARBITRAŽAMA KROZ POSEBAN OSVRT NA PRAVO NA VODU

Apstrakt: *Koncept ljudskih prava prodire u sve sfere prava, djelujući kao ograničavajući, korektivni i zaštitni mehanizam protiv zloupotrebe prava od strane država i drugih subjekata. Upravo ljudska prava predstavljaju jednu "kočnicu" razvoju neoliberalnog ekspanzionizma, otjelotvorenog u režimu zaštite stranih investicija putem međunarodnih investicijskih ugovora. Kada države uđu u takve ugovore, oni unose u iste svoje prethodno preuzete obaveze, a naročito obaveze zaštite ljudskih prava. Međutim, ta obaveza nije samo rezultat postojećih međunarodnih ugovora, nego države moraju poštovati u svom ponašanju i norme međunarodnog prava višeg ranga (ius cogens norme), u koje spadaju i temeljna ljudska prava, sa ishodištem u pravu na život. U takvom pravnom okviru je primjetan porast sukoba između zaštite prava stranog investitora u međunarodnim investicijskim sporovima i zaštite temeljnih ljudskih prava. Pravo na vodu, kao indirektno pravo na život, poseban je indikator navedenog sukoba u praksi međunarodnih investicijskih tribunala. Postavlja se pitanje prvenstva prava, odnosno pitanje koje obaveze za države, po međunarodnom pravu, imaju prioritet: zaštita stranih investicija ili zaštita temeljnih ljudskih prava, a naročito prava na vodu? Dosadašnja praksa međunarodnih investicijskih tribunala je raznovrsna i nekonzistentna po tom pitanju, odnosno ne daje jasan odgovor na ovo ključno pitanje.*

Ključne riječi: *Međunarodne investicijske arbitraže, temeljna ljudska prava, pravo na vodu, ius cogens norme, Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, suprematija.*

* mahir.muharemovic@kas.de

1. Uvod

Iako se, na prvi pogled, u ovom radu spaja „nespojivo“, odnosno stavljaju se u korelaciju međunarodni investicijski ugovori sa ljudskim pravima, tokom izlaganja ove, nadasve, interesantne materije, argumentovano će se prikazati da ljudska prava i te kako igraju važnu ulogu unutar međunarodnog investicijskog režima. Koncept ljudskih prava prodire u sve sfere prava, djelujući kao ograničavajući, korektivni i zaštitni mehanizam protiv zloupotrebe prava od strane država i drugih subjekata. Zbog navedenog, ljudska prava imaju svoje mjesto u sferi međunarodnog investicijskog prava. Štaviše, ljudska prava su posebno bitna u međunarodnoj trgovini i stranim ulaganjima, u kojima se kao ključni akteri pojavljuju države i moćne multinacionalne korporacije, bez efektivnog učešća pojedinaca, odnosno grupa, koji su potencijalno pogođeni sporazumima iz oblasti trgovine i investicija.

Države se u investicijskim sporovima pred međunarodnim arbitražama nalaze u pasivnoj ulozi, jer su uvijek tužena strana¹. Shodno tome, države mogu samo reagovati na tvrdnje stranog investitora te iznositi svoje razloge i opravdanja za postupanje koje je okarakterisano od strane investitora kao kršenje investicijskog ugovora i prava investitora. Međutim, kako Sornarajah (2015: 300) primjećuje jednu očiglednu „kočnicu“ razvoju neoliberalnog ekspanzionizma predstavlja „otkriće“ novih pravnih argumentacija tuženih država pred međunarodnim investicijskim arbitražama. Zbog navedenog, noviji ugovori su počeli da prepoznaju odbrane zasnovane na potrebi države da reguliše u javnom interesu, s ciljem da stvore ravnotežu u ugovorima između zaštite ulaganja i regulatornog prostora države-domaćina radi djelovanja u javnom interesu. Diskusija i priznavanje ovih odbrana od odgovornosti u posljednjih nekoliko odluka arbitražnih tribunala ima za posljedicu neizvjesnost zaštite investitora. Ovim je učinjen pomak sa pozicije apsolutne zaštite investitora do pozicije kvalifikovane zaštite investitora (Sornarajah, 2015: 302). Odbrane koje se pojavljuju su rezultat sukoba interesa, odnosno sukoba do sada fragmentiranih režima. U ovom sudaru vrijednosti na kojima su nastala pojedina područja međunarodnog prava u periodu njegove fragmentacije, reintegracija ovih fragmentiranih područja u zajedničke principe je nužna, a na osnovu konstruisanja jasne hijerarhije vrijednosti. U neoliberalnom periodu, veću vrijednost je imala zaštita stranih investicija, kao osnov ekonomskog razvoja. Ta teza više nije održiva. Kao rezultat toga, razvija se pravo koje nastoji demontirati vrijednosti neoliberalizma. Dakle, prava investitora, zagarantovana bilateralnim ugovorom, ne mogu se koristiti kako bi se kršili principi prava ljudskih prava (Sornarajah, 2015: 319). Tako, država porijekla investitora

1 Samo nekoliko bilateralnih investicijskih ugovora (BIU) dozvoljava državi da pokrene postupak pred međunarodnom investicijskom arbitražom, ali takvi postupci do sada nisu pokrenuti (Kube & Petersmann, 2016: 80).

ne može štiti prava svog državljana koji krši ljudska prava. Vrhovni sud SAD je priznao nadležnosti sudova za američke multinacionalne korporacije koje krše međunarodno pravo dok posluju u stranim državama (vidi: *Sosa V. Alvarez-Machain et al.*, (03-339) 542 U.S. 692 (2004); *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 569 U. S. (2013)). Također, engleski sudovi su utvrdili građansku odgovornost matičnih kompanija čije podružnice u inostranstvu svojim poslovanjem prouzrokuju štetu u stranim državama (vidi predmete protiv kompanija: *Tonkolili Iron Ore Ltd*, *Equion Energia Ltd* i dr.²). Sami državljani, koji su djelovali u suprotnosti sa principima ljudskih prava, ne mogu tražiti zaštitu po investicijskim ugovorima od strane države svog porijekla. Nadalje, bilo bi teško tvrditi da država porijekla investitora nema obavezu da spriječi svoje korporacije da saučestvuju u kršenju ljudskih prava. Ako to kršenje ljudskih prava uključuje kršenje *ius cogens* normi, jasno je da neće biti odgovornost u državi domaćina. Umjesto toga, odgovornost stranih investitora treba da se utvrdi pred posebnim tribunalima, a ne pred investicijskim arbitražama. Tako u slučaju *Desert Line v. Yemen* uključena je bila i mogućnost genocida. Prethodna praksa arbitražnih tribunala ukazuje da su investicijski ugovori koji uključuju ropstvo ili podmićivanje ništavni po svojoj prirodi (Sornarajah, 2015: 321). S druge strane, treba konstatovati da se nije do sada jasno, konzistentno i jednoobrazno, kroz praksu međunarodnih investicijskih arbitraža, razvilo stajalište prema kojem strani investitor koji krši *ius cogens* norme ne uživa zaštitu (De Wet & Vidmar, 2012: 498).

Zbog svega navedenog, predmet ovog istraživanja je, upravo, situacija kada su prava investitora suprostavljena temeljnim ljudskim pravima. U radu je, radi boljeg i jasnijeg razumijevanja tematike, pravo na vodu uzeto kao primjer temeljnog ljudskog prava koje se narušava ponašanjem pojedinih stranih investitora. Ovo pravo će biti analizirano kako kroz svoju teorijsku dimenziju (definiciju i položaj u međunarodnom pravu), tako i kroz praksu međunarodnih investicijskih arbitraža (predmeti u kojima je pravo na vodu tangirano). Cilj istraživanja je određivanje hijerarhijskog odnosa (u međunarodnom pravu) temeljnih ljudskih prava (kroz primjer prava na vodu) prema pravima investitora u režimu međunarodnih investicija.

2. Odnos prava investitora i ljudskih prava

Uobičajan je pristup da se sistem za zaštitu investitora i sistem za zaštitu ljudskih prava promatraju kao dva odvojena režima u međunarodnom pravu. Naime, zajednički je osjećaj da su ljudska prava tipičan atribut pojedinaca, ljudskog bića. Strani investitori mogu, naravno, biti pojedinci, ali najčešće se radi o kompani-

² Izvor: <http://conflictflaws.net/2016/uk-court-on-tort-litigation-against-transnational-corporations/> (pristup: 01. 10. 2018).

jama ili, općenito, o pravnim licima (Dupuy et al., 2009: 45), koje imaju kapacitet da zaključe međunarodne sporazume. To je, vjerojatno, jedan od razloga zašto norme koje se tiču ljudskih prava nisu tako često predmet raspravljanja pred investicijskim arbitražama. Ipak, ne može se poreći činjenica da se sve više pitanja vezanih za zaštitu ljudskih prava postavlja pred investicijskim arbitražama, a sve u interakciji sa međunarodnim investicijskim pravom (Berzero, 2014:18–19). Ovdje treba primijetiti da su ljudska prava koja su zaštićena u vodećim konvencijama o ljudskim pravima i nacionalnim ustavima fokusirana na građanske i političke slobode. U većini slučajeva njihov originalni cilj bio je da zaštiti pojedince i grupe protiv zloupotrebe vlasti od strane vlada. Stoga, postavlja se opravdano pitanje kako ova građanska i politička prava mogu imati ikakve veze sa pitanjima kao što su garancije poslovnih kredita i sl. (Collins, 2012: 2). Međutim, s druge strane, međunarodno investicijsko pravo, kao cjelina, ne može predstavljati zaseban i nezavisan režim, odvojen od općeg međunarodnog prava (Braun, 2013: 39). Tako je bitno istaći, prema Simma-u (2011: 584), da se prilikom tumačenja odredbi BIU, barem indirektno prilikom definisanja smisla pojedinih pojmova BIU, trebaju uzeti u razmatranje međunarodni ugovori o ljudskim pravima (ako su obje strane potpisnice BIU i potpisnice relevantnog međunarodnog ugovora o ljudskim pravima), a sve prema odredbama člana 31(3) (c) *Bečke konvencije o pravu ugovora*.

Iako su oba pravna režima (investicijsko pravo i ljudska prava) razvila na proceduralnom nivou skoro suprotstavljene karakteristike (ljudska prava se odnose na sva ljudska bića dok su prava investitora rezervisana za investitore na osnovu državljanstva; ne postoji obaveza kod investitora da iscrpi sve domaće pravne lijekove prije obraćanja arbitraži; mehanizam izvršenja je u arbitražnim postupcima efikasniji i dr.), određene materijalno pravne odredbe (standardi) u međunarodnom investicijskom pravu imaju karakteristike ljudskih prava (npr. pravo na kompenzaciju u slučaju eksproprijacije; pravo na pošten i pravičan tretman, bez diskriminacije i dr.), dok su druge u fazi kretanja prema ljudskim pravima (Klein, 2012: 206). Tako u predmetu *Biloune v. Ghana* (UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, Oct. 27, 1989) investitor, pored tvrdnji o nepoštivanju ugovornih odredbi, istakao i tvrdnju da su mu prekršena ljudska prava, jer je neosnovano i arbitrarno lišen slobode (u ovom slučaju arbitražni tribunal se oglasio nenadležnim po pitanju kršenja ljudskih prava). Slično u predmetima *Corona Materials v. Dominican Republic* (ICSID Case No. ARB(AF)/14/3) i *Philip Morris v. Uruguay* (ICSID Case No. ARB/10/7) u kojima se investitor pozvao na grubo kršenje prava na “pristup pravdi” zbog odluka upravnih organa države-domaćina, a u predmetima *Philip Morris v. Uruguay* i *Rusoro Mining v. Venezuela* (ICSID Case No. ARB(AF)/12/5), investitor je istakao prigovor kršenja prava na imovinu nezakonitom eksproprijacijom.

Tokom konstantne evolucije BIU primijećena je određena neravnoteža između prava i obaveza stranaka u BIU, pa je danas uspostavljeni režim u BIU podložan kritikama, jer se stranim investitorima daju široke ovlasti i prava u odnosu na državu-domaćina, konkretnije, u odnosu na same građane te države (Berzero, 2014: 7–9). Ipak, treba primijetiti da u slučajevima investicijskih arbitraža baziranih na BIU, arbitri se moraju pozvati na druge sisteme, kao npr. na ljudska prava, jer nije moguće odrediti sadržinu prava vezanih za eksproprijaciju ili pošten i pravičan tretman analizirajući samo odredbe bilateralnih investicijskih ugovora (Castillo, 2012: 67). U tom smislu, primjer iz arbitražne prakse je predmet *Tecmed vs Mexico* (ICSID Case No. ARB (AF)/00/2). U spomenutom predmetu arbitražni tribunal se pozvao na praksu Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) kako bi odredio opravdanost eksproprijacije investitora od strane države, koristeći se analizom proporcionalnosti mjera javne vlasti. Isto tako u predmetu *Azurix vs The Argentine Republic*, 2006 (ICSID Case No. ARB/01/12) arbitražni tribunal se referisao na praksu ESLJP kako bi odredio šta se podrazumijeva pod eksproprijacijom.

3. Međunarodni investicijski ugovori i kršenja ljudskih prava

Što se tiče same interakcije ljudskih prava i prava investitora, u teoriji postoje dva oprečna stajališta. Tako, Fry (2007) tvrdi da arbitražni tribunali primjenjuju zakone koji su kompatibilni i podržavaju ljudska prava. Međutim, njegova analiza se bavi raspravom iz perspektive osnovnih prava koja pripadaju investitorima. Svi slučajevi koje analizira spomenuti autor bave se situacijama u kojima su prava investitora bila narušena, odnosno u kojima se raspravljalo o pitanjima opravdanosti eksproprijacija pozivanjem na razloge javnog interesa i sl.

S druge strane, javni interes može implicirati pitanja koja su od zajedničkog interesa za cijelo čovječanstvo. Primjeri ovog uključuju pitanja zaštite okoliša i ljudskih prava. U tom kontekstu, pitanja od javnog interesa mogu se izjednačiti sa ekonomskim pojmom javnih dobara. Dakle, predmet javnih usluga zaštite okoliša, opskrbljivanja vodom za piće i dr. su javna dobra (Choudhury, 2008: 791), što je ujedno i predmet pojedinih investicijskih ugovora putem koncesija i sl. Postalo je jasno da je regulatorna funkcija država u tim segmentima ugrožena (UN Human Rights Council – Izvještaj nezavisnog eksperta, 2015: 6).

Problem je otežan obeshrabrujućim efektima odluka arbitražnih tijela kojima su države kažnjene dosuđivanjem ogromnih iznosa na ime naknade štete investitorima za donošenje propisa za zaštitu okoliša, sigurnosti hrane, pristup generičkim lijekovima i smanjenje pušenja, pristup pitkoj vodi i sl. Posmatrači

su primijetili nazadovanje u zaštiti prava, uključujući prava na život ³, hranu (Human Rights Council, Doc. A/ HRC/ 25/ 57), vodu i kanalizaciju, zdravlje, stanovanje, obrazovanje, kulturu, standarde rada, nezavisno sudstvo, čist okoliš i pravo da čovjek ne bude podvrgnut prisilnom preseljenju. Dakle, primjetan je trend sve većeg broja investicijskih sporova u kojima su investitori osporili osjetljive nacionalne zakonodavne i administrativne mjere. To uključuje i sporove u okviru NAFTA-e u kojima su investitori osporili ekološke i socijalne regulacije država (Spears, 2011: 272).

Nadalje, postoje ozbiljne zamjerke i na rad arbitražnih tribunala u pogledu zaštite ljudskih prava, pa tako se navodi da je među glavnim prijetnjama za demokratski i pravedan međunarodni poredak rad arbitražnih tribunala koji se ponašaju kao da su iznad međunarodnog režima ljudskih prava, te da su te arbitraže čuvari korporativnog interesa umjesto javnog interesa (UN Human Rights Council – Izvještaj nezavisnog eksperta, 2015: 9). U 2009. godini švedski energetske konglomerat *Vattenfall* tužio je Njemačku na osnovu Evropske energetske povelje, tražeći isplatu na ime naknade štete od 1,4 milijarde eura, jer je Njemačka država svojim propisima nastojala zaštititi rijeku Elbu od nekontrolisanog ispuštanja vode za hlađenje iz postrojenja navedene kompanije. Tek nakon što je Njemačka vlada pristala da spusti ekološke standarde, postignut je sporazum. Međutim, nakon katastrofe u Fukušimi njemačka javnost je počela zagovarati zatvaranje svih atomskih centrala, a kojem zahtjevu su njemačke vlasti udovoljile odlukom o zatvaranju svih atomskih centrala, što je dovelo do nove tužbe *Vattenfall*-a u iznosu od 4 milijarde eura na ime naknade štete. Slučaj *Aguas del Turani S. A. protiv Republike Bolivije* ticao se ugovora kojim je privatizirana opskrba vode u gradu Cochabamba, u vidu četrdesetogodišnje koncesije. Navedeni ugovor je sklopljen pod patronatom Svjetske banke kao uvjet za kredit. Većinski vlasnici navedene kompanije-koncesionara bile su američka kompanija *Bechtel* i španjolska kompanija *Spanish multinational Abengoa*. Nakon potpisivanja ugovora o koncesiji, došlo je do naglog povećanja cijene vode, što je dovelo do masovnih demonstracija stanovništva koje je tražilo svoje pravo na pristup pitkoj vodi pod prihvatljivim cijenama. Odgovor vlade je bio brutalan, te su uz pomoć vojske razbijene demonstracije, a tek nakon smrti jednog sedamnaestogodišnjeg tinejdžera vlada je raskinula ugovor o privatizaciji sa kompanijom *Aguas*, što je dovelo sa druge strane do podizanja tužbe pred međunarodnom arbitražom u vrijednosti od 50 miliona dolara (UN Human Rights Council – Izvještaj nezavisnog eksperta, 2015: 11–12). U tom kontekstu ističe se tvrdnja da „najvažnije

3 Pravo na život je uvijek ugroženo kada jedna osoba umire zbog neadekvatnog pristupa lijekovima jer su farmaceutske kuće privatizirale pojedine lijekove putem patentiranja, što otežava proizvodnju jeftinijih generičkih lijekova. Pravo na život je, također, povrijeđeno kada se farmerima i drugim radnicima uništavaju kroz slobodnu trgovinu izvori prihoda, bez adekvatne regulatorne zaštite države.

pravo države-domaćina – pravo da reguliše nije sastavni dio poklona datog u obliku investicijskog ugovora“ (Subedi, 2008: 170).

Na kraju, treba istaći zanimljivu empirijsku analizu Bodea & Ye (b. d.) prema kojoj države koje ratifikuju veći broj BIU-a imaju lošiju zaštitu ljudskih prava, te da time BIU negativno utiču na zaštitu ljudskih prava u nedemokratskim državama.⁴

4. Primjena ljudskih prava pred međunarodnim investicijskim arbitražama

Tokom mnogih postupaka pred investicijskim tribunalima, ponekad od strane tužitelja (strani investitori)⁵ a ponekad od strane tužene države⁶, iznijeta je argumentacija o primjenjivosti ljudskih prava u konkretnim sporovima. U tom pogledu, investicijski tribunali su ponudili razne razloge zbog kojih imaju rezervirani pristup u primjeni instrumenata ljudskih prava u investicijskim sporovima. Ti razlozi uključuju nedostatak dovoljno razrađenih argumenata od strane stranaka, nedostatak nadležnosti i razlike između dviju grana međunarodnog prava (Baetens, 2013: 89). Generalno govoreći, međunarodni arbitražni tribunali nemaju jurisdikciju da utvrđuju povrede ljudskih prava. Kao tribunali ograničene jurisdikcije arbitraže mogu samo utvrditi da li je određena odredba investicijskog ugovora povrijeđena. Međutim, ovo ne znači da se međunarodno pravo ljudskih prava ne može primjenjivati i da se odredbe investicijskih ugovora ne mogu tumačiti u skladu sa ljudskim pravima. Postoji rastuća spoznaja da investicijski sporovi nisu „izolirani od dinamike i napetosti ostatka pravnog svemira, i stoga imaju potencijal da utiču na ljudska prava“ (Meshel, 2015: 278).

Jasno je, naime, da međunarodne arbitraže, kao međunarodna tijela, ne egzistiraju samostalno, van međunarodnopravnog okvira, a u koji spadaju, svakako, međunarodno priznata ljudska prava. Međunarodne arbitraže su formirane međunarodnim ugovorima, po pravilima Bečke konvencije i međunarodnog običajnog prava, a države potpisnice pored obaveza iz investicijskih ugovora imaju i druge obaveze po međunarodnom pravu. Ipak, praksa arbitraža po tom pitanju nije ujednačena.

Već 1980-ih godina jedno međunarodno arbitražno tijelo je priznalo činjenicu da druge međunarodne obaveze država, uspostavljene drugim ugovorima, mogu biti relevantne prilikom iznošenja opravdanja za kršenje investicijskih ugovora

4 Analiza dostupna na: http://wp.peio.me/wpcontent/uploads/PEIO9/102_80_1432544970788_Bodea_Ye_25_05_2015_peio.pdf

5 Kao primjer vidi predmete u ovom radu: *Yukos v. Russia* ili *Desert Line Projects v. Yemen*.

6 Kao primjer vidi predmete u ovom radu: *Southern Pacific Properties Limited v. Egypt* ili *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon*.

na štetu investitora. Riječ je, naime, o slučaju *SPP v. Egypt (Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt*, ICSID Case no. ARB/84/3, Award of May 20, 1992, 32 I.L.M. 933 (1993), par. 154). U tom slučaju arbitri su ozbiljno razmatrali pitanje da li obaveze Egipta po UNESCO-voj Konvenciji o zaštiti kulturnog naslijeđa imaju relevantnost u predmetnom slučaju kršenja obaveza iz investicijskog ugovora. Iako navedena arbitraža nije usvojila na kraju ovaj prigovor Egipta, jer je investicijski ugovor ranije potpisan, prije stupanja na snagu same Konvencije, ipak je ovaj prigovor ozbiljno razmatran kao legitimna odbrana države pred međunarodnom arbitražom. Dakle, i po samoj Bečkoj konvenciji (član 31.3. c.) arbitri su dužni tumačiti investicijske ugovore u svjetlu relevantnih pravila međunarodnog prava primjenjivih u odnosu na ugovorne strane. Iako arbitri često ne koriste ove odredbe Bečke konvencije, po međunarodnom pravu bi bili dužni učiniti to (Peterson, 2009: 22). Primjer navedenog predstavlja odluka arbitražnog tribunala u predmetu *Grand River Enterprises Six Nations Ltd. v United States of America*. NAFTA Award (12 January 2011) koji je odbio uzeti u razmatranje druge izvore međunarodnog prava prilikom tumačenja odredbi NAFTA-e. Tako i Đajić (2015) primjećuje da se u međunarodnoj investicijskoj praksi odstupa od općeg pravila o tumačenju te da postoji tendencija davanja prednosti pojedinim metodima tumačenja kao što je to ciljno tumačenje. Isti autor kritikuje ovu tendenciju i smatra da nisu ubjedljivi razlozi arbitražnih sudova koji prednost daju ciljevima iz preambule u odnosu na dispozitivni dio međunarodnih ugovora, i da su protivni općem pravilu o tumačenju. Na kraju, navedeni autor smatra da opredjeljivanje arbitražnih sudova da ciljno tumače međunarodne ugovore o zaštiti stranih ulaganja, uglavnom, vodi ka proinvestitorskom stavu u njihovim odlukama. Nadalje, Peterson (2009: 21) primjećuje da arbitraže uopće nemaju u vidu druge međunarodne instrumente za zaštitu ljudskih prava, pogotovo odredbu o poštivanju i zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda sadržanu u *Povelji Ujedinjenih nacija iz 1945. godine* (Povelja UN-a). Ipak, u predmetu *Chevron Corporation (U. S.) & Texaco Petroleum Corporation (U.S.) v. Republic of Ecuador* (PCA Case No. 34877, Interim Award, para.244, Dec. 1, 2008), arbitražni tribunal konstatuje (iako se kasnije u odluci ne bavi ovim pitanjem) da "...interpretacija odredbi BIU treba biti u svjetlu pravila međunarodnog prava..." Slično navedenom, iako je primjena međunarodnog prava eksplicitno navedena u predmetnom BIU, arbitražni tribunal u predmetu *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon* (ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, Sept. 11, 2009) bavio se pitanjem koji međunarodni instrumenti za zaštitu ljudskih prava se odnose na tuženu državu, posebno ističući Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima.

Iako su neki arbitražni tribunali odbacili tvrdnje ove vrste pozivajući se na nadležnost, i ovi tribunali su ipak naglašavali važnost ljudskih prava i njihovu

potencijalnu relevantnost u investicijskim sporovima. Ipak, pojedini arbitražni tribunali su utvrdili da takve tvrdnje ipak spadaju u okvire njihove nadležnosti. U seriji arbitraža između *Yukosa i Rusije* (vidi: UNCITRAL, PCA Case No. AA 227), na primjer, Tribunal je utvrdio da, iako nije bio "sud za ljudska prava", da pitanja ljudskih prava ipak spadaju u okvir njegove nadležnosti, odnosno da, konkretno, razmotri navode uznemiravanja i zastrašivanja kao srž koji formira činjenične tvrdnje tužitelja. Do sličnog zaključka su došli i arbitražni tribunali u predmetu *Desert Line Projects v. Yemen*, gdje je Tribunal utvrdio da su rukovodioci investitora "maltretirani i protivpravno zadržani", ili u predmetu *Funnkotter v. Zimbabwe*, gdje su protivpravne uzurpacije zemljišta od strane ratnih veterana dovele do napuštanja investitora zemlje (Meshel, 2015: 279). Suprotno navedenoj praksi, u predmetima *Quasar de Valors SICAV S.A. v. Russia* (SCC Case No. 24/2007, Award, para. 25, July 20, 2012) i *Veteran Petroleum v. Russia* (PCA Case No. AA 228, Final Award, para. 765, July 18, 2014) arbitražni tribunali su naglasili da ne postoji obaveza tribunala da se referiše na ljudska prava i praksu ESLJP, ali uz konstataciju da će se pitanjem ljudskih prava baviti kada je to potrebno.

Treba istaći i činjenicu da nisu sve međunarodne obaveze sadržane u ugovorima, nego da su neke sadržane i u običajnom međunarodnom pravu, koje obavezuje sve države bez obzira na njihov pristanak (*erga omnes* dejstvo). U tom kontekstu sadržinu običajnog prava u oblasti ljudskog prava je teško odrediti u cijelosti, jer je to oblast koja se stalno širi, ali zasigurno postoje ljudska prava koja su dostigla status običaja u međunarodnom pravu (Peterson, 2009: 22). Dakle, iako većina investicijskih ugovora ne sadrži odredbe o ljudskim pravima, to ne znači da ista nisu relevantna i primjenjiva u investicijskim sporovima pred međunarodnim arbitražama.

U velikom broju novijih slučajeva, arbitri su pribjegli sudskoj praksi sudova i tribunala za ljudska prava u toku tumačenja klauzula o eksproprijaciji u investicijskim ugovorima. Tako u slučaju *Mondev protiv SAD* (2002), po odredbama NAFTA-e, tribunal se susreo sa tvrdnjom investitora da sudovi SAD nisu istog tretirali u skladu sa "međunarodnim pravom", te uvažavajući ovakvu tvrdnju, tribunal se osvrnuo na sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava u pogledu prava na pristup sudu iz člana 6 (1) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava u svom obrazloženju. Dok u slučaju *CMS Gas Transmission protiv Republike Argentine* (2005) arbitri su odbacili prigovor Argentine o nužnosti mjera poduzetih protiv investitora uslijed finansijske krize, a radi zaštite ljudskih prava svojih građana.

U slučaju *Tecmed vs Mexico*, tužitelj Tecmed (španska firma) podnijela je tužbu protiv Meksika. U toj tužbi tužitelj je tvrdio da je izvršena eksproprijacija suprotno važećem BIU. Naime, tužitelj je osporio mjere Meksika, koje su bile

usmjerene ka zaštiti životne sredine, te kojim mjerama je bila zabranjena daljnja aktivnost tužitelja. Kako bi se ispitala pravičnost i proporcionalnost takve mjere, arbitražni tribunal je, pozivajući se na praksu Evropskog suda za ljudska prava (ECHR), izvršio test proporcionalnosti (Castillo, 2012: 68).

U predmetu *Hesham Talaat M. Al-Warraq v Indonesia*, tužilac je tvrdio da termin "osnovna prava" koji se koristi u investicijskom ugovoru uključuje i ljudska prava (vidi u: Kube & Petersmann, 2016: 75–78).

Dakle, kako se može vidjeti, investitori ističu usku primjenjivost ljudskih prava, vezanu za imovinska prava investitora i pravo na pravično suđenje, a raznovrsni arbitražni tribunali po pitanju primjenjivosti takvih ljudskih prava zauzimaju različita stajališta. S druge strane, u slučajevima kada države istaknu pitanje ljudskih prava, uvijek se radi o ugrožavanju ljudskih prava trećih lica, tj. građana države koja je poduzela mjere protiv investitora radi zaštite individualnih prava svojih građana.

5. Pravo na vodu kao temeljno ljudsko pravo

Nesporno je da se sva ona ljudska prava čije narušavanje dovodi do narušavanja prava na život mogu smatrati općim i temeljnim ljudskim pravima. Tako je i Evropski sud za ljudska prava ne samo okarakterizirao pravo na život, spomenuto u članu 2 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, kao najfundamentalniju odredbu Konvencije, nego je isto pravo podigao na najvišu vrijednost u hijerarhiji ljudskih prava (Klein, 2008: 486). Dakle, time Evropski sud za ljudska prava prihvata hijerarhiju ljudskih prava, na čijem vrhu se nalazi pravo na život, kao *ius cogens* pravo, ali ujedno kao i izvor svih drugih ljudskih prava.

Temeljna ljudska prava su navedena u *Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima UN-a* iz 1948. godine. Iako navedena Deklaracija formalno-pravno nije obavezujuća, ona je zasigurno postala obavezujuća kao dio međunarodnog običajnog prava (vidi: Alston & Goodman, 2012: 158), Tome u prilog ide i konstatacija Generalne skupštine UN-a izražena u Rezoluciji 2625 iz 1970. godine, prema kojoj „Principi koji su zapisani u važećoj Deklaraciji čine temeljne principe međunarodnog prava“, a imajući, pri tome, u vidu da su opći principi prava *ius cogens* karaktera (Montpellier, 2012: 17). Prema Betlehemu (2016) suprematija međunarodnog prava ogleda se, upravo, u obavezi zaštite ljudskih prava koja krše države. Ovdje treba naglasiti da postoji opće mišljenje da Povelja Ujedinjenih nacija čini ne samo osnovu savremenog međunarodnog prava već i glavni materijalni izvor normi *jus cogens-a* (Jović, b. d., s. 187).

Dakle, sva ona ljudska prava iz Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima UN-a, koja štite samu egzistenciju čovjeka, a koja po automatizmu čine *ius cogens*

norme, čine korpus temeljnih ljudskih prava. Dakle, ta temeljna ljudska prava se *a priori* i *in concreto* definišu kroz pravo na život. Samim time, racionalno je argumentacijom *a maiore ad minus* izvući zaključak da ona ljudska prava koja potpadaju pod temeljna ljudska prava iz Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima UN-a, spadaju u hijerarhijski nadređene norme u odnosu na ostale norme međunarodnog prava.

Imajući u vidu sve navedeno, jasno je da pravo na vodu spada u temeljno ljudsko pravo, jer navedeno pravo direktno utiče na pravo na život, a koju vezu je, također, potvrdila Američka komisija za ljudska prava u svom *Izvještaju o stanju ljudskih prava u Ekvadoru* (1997).

Pravo na vodu možda nije pravno obavezujuće pravo, ali se spominje u nekoliko važnih univerzalnih i regionalnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava (Dupoy *et al.* 2009: 488). Ipak, ovo pravo se pojavljuje već u Ženevskim konvencijama sa protokolima u kojima je navedeno da se ratnim zarobljenicima mora obezbijediti dovoljna količina pitke vode⁷, te da je zabranjeno uništavanje infrastrukture povezane sa snabdjevanjem stanovništva pitkom vodom.⁸ Također, ovo pravo se spominje u *Konvenciji za eliminaciju diskriminacije protiv žena* (1979) u kojoj se države potpisnice obavezuju (vidi član 14-2h) da osiguraju ženama u ruralnim područjima adekvatan životni standard, a posebno pristup pitkoj vodi. Članovi 24(1) i 2(c) *Konvencije o pravima djeteta* (1989) indirektno sadrže ovo pravo, u sklopu obaveze državama da obezbijede sve uslove u borbi protiv bolesti i neuhranjenosti djece.

Tijela Ujedinjenih nacija sve više naglašavaju pravo na vodu kao ljudsko pravo, što se može zaključiti iz nekoliko međunarodnih dokumenata kao npr. *Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima* ili *Konvencije o pravima djeteta*. Tako *UN Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava* u svom Komentaru broj 15 (2002, para. 3) na odredbe člana 11 Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine ističe „da pravo na vodu zasigurno spada u kategoriju garancija koje su esencijalne za osiguranje adekvatnog standarda života, posebno što je to pravo jedno od najfundamentalnijih preduslova za preživljavanje“, te posebno naglašava (2002, para. 12) da „voda i vodosnabdjevanje moraju biti dostupni svakome, bez diskriminacije, unutar jurisdikcije države potpisnice“. Shodno tome, države moraju osigurati da prilikom sklapanja međunarodnih ugovora (posebno investicijskih) takvi ugovori negativno ne utiču na ostvarivanje prava na vodu (2002, para. 35). Tako i Generalna skupština UN-a, Rezolucijom broj 64/292 od 28. jula 2010. godine,

7 Vidi Ženevsku konvenciju III, član 29.

8 Vidi član 54 Protokola I (1977) na Ženevsku konvenciju iz 1949. godine i član 14 Protokola II (1977).

priznaje pravo na sigurnu i čistu pitku vodu kao ljudsko pravo koje je esencijalno za pravo na život i sva druga ljudska prava. U tom duhu, nekoliko mjeseci kasnije, Vijeće za ljudska prava UN-a (HRC Res. 15/9 od 30. septembra 2010. godine) ističe da „pravo na pitku i sanitarnu vodu proističe iz prava na adekvatan standard života i da je neizbježno povezano sa pravom na najviši dostupni standard fizičkog i mentalnog zdravlja, kao i sa pravom na život i ljudsko dostojanstvo“. Da bi se pravo na vodu u punom kapacitetu realizovalo, a kako je navedeno u spomenutim dokumentima, voda mora biti: dostupna u dovoljnim i stalnim količinama za svakodnevne potrebe čovjeka, fizički pristupačna za svakoga u neposrednoj blizini mjesta boravka, dostupna po prihvatljivoj cijeni za sve ljude i mora biti prihvatljiva sa aspekta njene upotrebe (Marrella, 2010: 341). Na kraju, bitno je naglasiti i da novija praksa Evropskog suda za ljudska prava, širim tumačenjem odredbi Evropske konvencije, ima tendenciju kristalizacije obaveze država-potpisnica da obezbijede zdravu životnu sredinu, što uključuje i moguću pristup pitkoj vodi (vidi više u: Vučić, 2017: 521–522).

6. Relevantna praksa pred međunarodnim arbitražama vezana za pristup pitkoj vodi

Pred međunarodnim investicijskim arbitražama sve češće se postavlja pitanje narušavanja prava na pristup pitkoj vodi uslijed ponašanja stranih investitora. U posljednjoj dekadi postojalo je dvanaest javno dostupnih takvih predmeta, od toga deset protiv Argentine, a ostala dva protiv Bolivije i Tanzanije.⁹ U nastavku ćemo analizirati neke od značajnijih.

⁹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/97/3); *Aguas Provinciales de Santa Fe, S. A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S. A. v. Argentine Republic* (Case no. ARB/03/17); *Aguas Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. v. Argentine Republic* (Case no. ARB/03/18); *Aguas Argentinas, S. A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S. A. v. Argentine Republic* (Case no. ARB/03/19); *Azurix Corp. v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/01/12); *Aguas del Tunari S. A. v. Republic of Bolivia* (ICSID Case no. ARB/02/3); *Azurix Corp. v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/03/30); *SAUR International v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/04/4); *Anglian Water Group v. Argentine Republic*, UNCITRAL arbitration filed in 2003; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania* (ICSID Case no. ARB/05/22); *Impregilo S. p. A. v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/07/17); *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/07/26).

6.1. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A., and Vivendi Universal S. A. vs. The Argentine Republic*

Jedan od najpoznatijih slučajeva pred međunarodnim arbitražama, a vezanih za pravo na vodu kao temeljno ljudsko pravo, jeste slučaj *Aguas Argentinas S. A. protiv Republike Argentine* koji je proistekao iz činjenice da je Argentina ograničila maksimalnu cijenu vode, jer je investitor (konglomerat od nekoliko stranih kompanija), nakon privatizacije vodosnabdjevanja, povećao cijene pitke vode što je u velikoj mjeri ugrozilo pravo velikog broja stanovništva, a koje je bilo pogođeno teškom finansijskom krizom, na pristup pitkoj vodi. U navedenom sporu Argentina, i nekolicina nevladinih organizacija, pojavljujući se u svojstu *amicus curiae*, istakli su da se obaveze po predmetnom investicijskom ugovoru moraju sagledati u kontekstu drugih međunarodnih obaveza Argentine, posebno u smislu zaštite ljudskih prava. Dakle, Argentina je pravdala indirektnu eksproprijaciju investitora (zamrzavanja cijene vode) svojom obavezom po međunarodnom pravu da zaštiti temeljna ljudska prava svojih građana, te da je time takva reakcija bila legitimna i srazmjerna po međunarodnom pravu, a ne indirektna eksproprijacija po bilateralnom investicijskom ugovoru (Peterson, 2009, s. 28). Nadalje, Argentina je istakla da nije prekršila ni odredbu o „poštenom i pravičnom tretmanu“ investitora, jer su poduzete mjere bile rezultat vanrednog stanja uzrokovanog finansijskom krizom, a koje su za cilj imale da obezbijede velikom dijelu svog stanovništva pristup vodi (u ekonomskom i fizičkom smislu), a kao jednom od temeljnih ljudskih prava (Peterson, 2009, s. 30). Na kraju, Argentina je istakla da nije prekršena ni odredba o pravu „legitimnog očekivanja“ investitora, jer isto pravo ne može postojati u uslovima nagle inflacije domaće valute i povećanja cijene vode.

Međutim, arbitražni tribunal nije prihvatio argumentaciju Argentine u smislu superiornosti ljudskih prava u konkretnom slučaju, ističući da obaveze Argentine po međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima nisu nekonzistentne i u kontradiktornosti sa obavezama iz predmetnog investicijskog ugovora, te da je Argentina mogla ispoštovati i jedne i druge obaveze (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A., and Vivendi Universal S. A. vs. The Argentine Republic*, 2010, para. 260–262). Arbitri su striktno tumačili istaknutu odbranu krajnje nužde od strane Argentine kako bi ista opravdala svoj neuspjeh da revidira tarifu vode prema odredbama ugovora o koncesiji, te su zaključili da Bečka konvencija o pravu ugovora za primjenu ovog instituta (krajnje nužde) postavlja stroge uslove koji prevazilaze po ozbiljnosti jednu finansijsku krizu, a kako bi poduzete mjere države, u konačnici, mogle se smatrati opravdanim u smislu krajnje nužde.

„Jačina krize, bez obzira na stepen, nije dovoljna kako bi se država pozvala na institut krajnje nužde s ciljem ekskulpiranja od obaveza iz ugovora. Međunarod-

no običajno pravo, kako je navedeno i u članu 25 Nacrta članova o odgovornosti država Komisije za međunarodno pravo, postavlja dodatne uslove. Razlog tome leži u činjenici da sve države, velike i male, povremeno se suočavaju sa krizama raznih razmjera, te ako bi se svakoj od njih dozvolilo da u takvim situacijama izbjegnu svoje ugovorne obaveze došlo bi do ugrožavanja samih temelja međunarodnog prava i stabilnosti međunarodnih odnosa“ (para. 258).

„...Tribunal smatra neosnovanim pozivanje Argentine na stanje krajnje nužde ...jer mjere kojima je Argentina prekršila odredbe BIU nisu bile jedine moguće mjere kako bi se zaštitio javni interes i Argentina je sama doprinijela nastanku vanredne situacije u periodu od 2001. do 2003. godine“ (para. 265).

Ipak, kako je vidljivo iz samog obrazloženja ove odluke, arbitražni tribunal priznaje postojanje i drugih međunarodnih obaveza država koje treba uzeti u obzir zajedno sa obavezama iz samih investicijskih ugovora. Međutim, prilikom donošenja ovog zaključka, Tribunal se nije direktno bavio pitanjem prava na vodu ili njegovog statusa u međunarodnom pravu. Također, ne spominje se ni veza između prava na vodu i prava na život.

6.2. SAUR International v. Republic of Argentina

U predmetu SAUR International v. Republic of Argentina, činjenično stanje bilo je skoro identično kao u predmetu *Aguas v. Argentina*, s tom razlikom da je arbitražni tribunal u ovom predmetu zauzeo bitno drugačiji stav. Naime, ovaj tribunal je pokazao veće razumijevanje važnosti prava na vodu, kako iz perspektive države, koju je Tribunal definisao kao “javni servis prvorazredne nužnosti”, tako i iz perspektive stanovništva, za koje je voda “temeljno pravo”. U ovom scenariju, arbitražni tribunal izričito je priznao da, s obzirom na samu prirodu prava na vodu, jedan pravni sistem mora ostaviti široke ovlasti javnim vlastima kako bi to pravo zaštitile. Arbitražni tribunal nije ostao na tome: nakon što je prihvatio da su prerogativi suverene države “kompatibilni” sa pravima investitora pod BIU, Tribunal je smatrao da pravo na vodu i prava investitora pod BIU se nalaze na različitim nivoima, i da kada strani investitori upravlja takvim javnim servisom “prvorazredne nužnost”, isti se nužno nalazi u situaciji “ovisnosti” od javne vlasti, koja ima, i dužna je, da svoje posebne ovlasti koristi kako bi garantovala uživanje “temeljnog prava na vodu”.

Ipak, pojedinosti o ovom slučaju nisu dozvolile državi-domaćinu da izbjegne plaćanje naknade štete investitoru, s obzirom na to da je argentinska pokrajina koristila svoje legitimne ovlasti tek nakon što je prekršila svoje obaveze iz ugovora o koncesiji. Data pokrajina nije prekršila prethodno odredbe tog ugovora, postojala bi velika mogućnost da arbitražni tribunal mjere države-domaćina svrsta u kategoriju legitimnih regulatornih ovlasti, nužne kako bi se osiguralo

uživanje temeljnih prava; a što ne bi onda dovelo do plaćanja naknade štete investitoru.

“Temeljno pravo na vodu i pravo investitora na koristi od zaštite koju nudi BIU funkcionišu na različitim nivoima. Koncesionar javne službe od vitalnog značaja se nalazi u situaciji ovisnosti od javne uprave, koja ima posebne ovlasti kako bi garantovala uživanje temeljnog prava na vodu” (para. 331).

6.3. Urbaser v. Argentina

Investicijski arbitražni tribunali rijetko ispituju suštinski argumente države-domaćina koji se temelje na međunarodnom pravu ljudskih prava. U predmetu ICSID arbitraže *Urbaser v. Argentina* prvi put je data detaljna diskusija na istaknute protivzahtjeve tužene države koji se temelje na pravu ljudskih prava. Spor u *Urbaser v. Argentina* je nastao kao rezultat finansijske krize u Argentini u periodu 2001–2002. Tužilac je bio dioničar u jednom koncesionaru koji pruža usluge vodovoda i kanalizacije u Buenos Airesu. Hitne mjere Argentine, izazvane finansijskom krizom, dovele su do finansijskog kolapsa i gubitka koncesije koncesionara. Tužilac je pokrenuo pred ICSID-om arbitražni postupak protiv Argentine zbog kršenja bilateralnog investicijskog ugovora (BIU) između Španije i Argentine. Argentina je podnijela protivtužbu na osnovu člana 46 ICSID Konvencije. Protivtužba tužene strane se temeljila na tvrdnji da neuspjeh koncesionara da pruži potrebnu razinu investicija u koncesiji je doveo do kršenja ljudskog prava na vodu. Tribunal u *Urbaser v. Argentina* je prvi arbitražni tribunal koji je prihvatio nadležnost za protivtužbu baziranu na tvrdnji kršenja ljudskih prava. Na taj način, pojednostavio je uslove za uspostavljanje nadležnosti kod ovakvih protivtužbi (Guntrip, 2017).

Navedeni Tribunal je utvrdio da postoji dovoljna veza između zahtjeva iz tužbe i zahtjeva iz protivtužbe države na osnovu toga što postoji očigledna činjenična veza između ta dva zahtjeva, jer oba zahtjeva proističu iz iste investicije (*Urbaser v. Argentina*, para. 1151). Ova pozicija je u suprotnosti sa odlukama ranijih arbitraža koje su tražile pravnu vezu između zahtjeva (npr. *Saluka v. Czech Republic*). Dozvoljavajući činjenične veze, Tribunal potencijalno omogućuje podnošenje širokog spektra protivtužbi od strane tužene države (Guntrip, 2017). Tribunal je odbacio stav da pitanja ljudskih prava ne spadaju u njegovu nadležnost, jer nije bio uvjeren da istaknuti protivzahtjevi i sam investicijski spor se međusobno isključuju (*Urbaser v. Argentina*, para. 1154). Stoga, ako su odredbe arbitražnog sporazuma dovoljno široke, protivzahtjev koji se temelji na ljudskim pravima nije automatski isključen iz djelokruga člana 46 ICSID Konvencije. Nadalje, Tribunal je samo zahtijevao da država prezentuje *prima facie* činjenice koje bi bile dovoljne za uspostavljanje nadležnost (Guntrip, 2017).

„Podnositelji zahtjeva posebno tvrde da je bilo koji zahtjev podnesen pred ovim Tribunalom putem protivtužbe na temelju navodne povrede ljudskih prava izvan nadležnosti Suda...“ (para. 1154).

Tribunal zaključuje da je nadležan da se bavi zahtjevom iz protivtužbe u skladu sa članovima 25 i 46 ICSID Konvencije i članom X BIU-a, te da je taj zahtjev dopušteno ispitati u meritumu“ (para. 1155).

Arbitražni tribunal je uzvratio argument tužioca da BIU ne predviđa nikakve obaveze za investitora (Urbaser v. Argentina Argentine, para. 1182). Tribunal je ispitao arbitražnu klauzulu (Urbaser v. Argentina Argentine, para. 1187), klauzulu o važećem pravu (ibid., para. 1188) i član VII (1) BIU između Španjolske i Argentine (klauzulu o povoljnijem pravu) [ibid., para. 1192], od kojih sve klauzule dozvoljavaju pozivanje na izvore prava izvan BIU, uključujući druge ugovore i opšte međunarodno pravo. Shodno tome, Tribunal je utvrdio da BIU nije dio “zatvorenog sistema” (ibid., para. 1191). Umjesto toga, dati BIU omogućava tuženoj strani da se pozove na određene pravne izvore izvan BIU pri utvrđivanju obaveza koje bi vezale tužioca. Nadalje, Tribunal je odbacio tvrdnje tužioca da, kao nedržavni akter, nije vezan obavezama zaštite ljudskih prava (ibid., para. 1194). Tribunal smatra da su korporacije, uzimajući u obzir da su primaoci prava iz BIU, subjekti međunarodnog prava i mogu imati obaveze po međunarodnom pravu (ibid., para. 1195). Tribunal se, pri tome, pozvao na Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima (eng. skrać. UDHR) i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (eng. skrać. ICESCR) kako bi utvrdio da je u konkretnom slučaju postojala obaveza iz spektra ljudskih prava, povezana sa pravom na vodu [ibid., para. 1196–1197]. Pored ovih prava, Tribunal je, koristeći se odredbama člana 30 UDLJP i člana 5 (1) ICESCR, utvrdio da su i privatna lica vezana obavezama iz ljudskih prava. Koristeći se terminologijom iz navedenih odredbi, Tribunal je zaključio da, pored ljudskih prava, u vidu prava na vodu, tu je i “obaveza koja se odnosi na sve, javne ili privatne subjekte, da ne učestvuju u aktivnostima koje su usmjerene na uništavanje takvih prava” (ibid., para. 1199). U smislu ove obaveze, prema tumačenju odredbi člana 30 UDHR i člana 5 (1) ICESCR navedenog Tribunala, tužilac (strani investitor) se ne može pozivati na svoja prava iz BIU kako bi kršio ljudska prava.

Međutim, Guntrip (2017) ističe ovdje da ova obaveza ne može proisteći iz tih odredbi. Član 30 UDHR i član 5 (1) ICESCR imaju za cilj sprečavanje namjernog pogrešnog tumačenja jedne obaveze iz spektra ljudskih prava da bi se opravdalo kršenje drugih ljudskih prava. Tako isti autor, ispravno, konstatuje, da je interpretacija prema kojoj se dejstvo člana 5(1) ICESCR proširuje na prava iz drugih ugovora, kao što su to BIU, u suprotnosti sa terminima korištenim u navedenom Paktu. Također, ovaj arbitražni tribunal nije razriješio koja to ljudska prava vežu

strane investitore. U skladu sa navedenim, Specijalni predstavnik UN za ljudska prava, nakon izvršene analize Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, dvije glavne UN-ove Konvencije o ljudskim pravima i drugih ključnih ugovora UN-a o ljudskim pravima, zaključio je da svi navedeni instrumenti za zaštitu ljudskih prava ne nameću nikakve direktne pravne obaveze korporacijama (Dupuy *et al.*, 2009: 87).

Do danas, nema poznatih slučajeva investicijskih sporova u kojima je država iznijela odbranu u kojoj tvrdi da je djelovala kako bi zaštitila temeljno ljudsko pravo (kao npr. pravo na vodu), kao pravo višeg reda. U predmetu *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic* (2009), arbitražni tribunal izrazio je mišljenje da se zaštita investitoru "ne bi trebala dati za investicije kojima za krše najosnovnija pravila za zaštitu ljudskih prava, kao što su investicije učinjene pod okolnostima mučenja ili genocida ili podrške ropstva ili trgovine ljudskim organima" (para. 78).

7. Zaključak

Kako je detaljno izloženo u ovom radu, prava stranih investitora, ponekad, mogu biti u direktnom sukobu sa ljudskim pravima, a koja je država domaćin dužna štiti, kako temeljem svog unutrašnjeg pravnog uređenja, tako, a na čemu je bio fokus ovog rada, temeljem preuzetih međunarodnih obaveza. Dakle, vidljivo je da odluke arbitražnih tribunala mogu uticati na ljudska prava pojedinaca, čime odluke arbitražnih tribunala ne djeluju samo *inter partes*.

Iz navedenih razloga nužno je staviti akcenat na zaštitu ljudskih prava i u segmentu međunarodnih investicijskih ugovora. Kako je u ovom radu detaljno analizirana praksa međunarodnih arbitražnih tijela u investicijskim sporovima, a kao jedini relevantni pokazatelj i odraz postojećeg međunarodnog investicijskog prava, nije teško doći do zaključka da postoji veliki deficit u zaštiti ljudskih prava pred međunarodnim arbitražnim tijelima, a što je u ovom radu empirijski prikazano kroz slučajeve ugrožavanja jednog od temeljnih ljudskih prava – prava na vodu.

Jasno je iz prethodne analize, da međunarodne investicijske arbitraže nemaju nadležnost da utvrđuju povrede ljudskih prava kao glavno pitanje, ali one moraju to pitanje uzeti u razmatranje kao argument i primjenjivo pravo prilikom odlučivanja o tome da li treba usvojiti zahtjev investitora za isplatu naknade štete, odnosno da li je država kršeći odredbe međunarodnog investicijskog ugovora postupala shodno međunarodnom pravu, odnosno višim pravnim normama koje regulišu temeljna ljudska prava sadržana u *ius cogens* normama.

U skladu sa navedenim, nadležne međunarodne investicijske arbitraže, u svakom pojedinačnom slučaju u kojem se istaknu od strane tužene države tvrdnje kršenja

temeljnih ljudskih prava, u većem obimu, od strane stranog investitora, naročito prava na vodu, trebale bi, kao prethodno pitanje, utvrditi postojanje činjenica koje bi potvrdile ili opovrgnule tvrdnje tužene države u tom pogledu. Ukoliko bi se utvrdilo postojanje odgovornosti stranog investitora za kršenja temeljnih ljudskih prava, međunarodni investicijski tribunali bi trebali odbacivati takve tužbe investitora, u formi odluke o nenadležnosti, jer ne postoji arbitrabilnost spora zbog prethodnog nedopuštenog kršenja normi međunarodnog prava višeg reda, a što je pitanje međunarodnog javnog prava, a ne međunarodnog trgovinskog prava. Alternativno, međunarodne arbitraže bi se mogle upustiti u meritum spora, te svojom meritornom odlukom utvrditi da su pojedine odredbe međunarodnih investicijskih ugovora ništavne (slučaj kršenja *ius cogens* normi) ili neprimjenjive u datim okolnostima jer je reakcija države bila usmjerena ka zaštiti temeljnih ljudskih prava, štiteći tako norme višeg ranga u međunarodnom pravu, što bi sve dovelo do odbijanja tužbenog zahtjeva stranog investitora. Takva praksa arbitražnih tijela u takvim slučajevima dovela bi do oslobađanja država od plaćanja enormnih naknada šteta investitorima kada države djeluju u skladu sa svojim prioritetnim međunarodnim obavezama, tj. kada štite temeljna ljudska prava.

Literatura/ References

- Alston, P., Goodman, R. (2012). *International Human Rights - The Successor to International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*. Oxford: Oxford University Press.
- Baetens, F. (ur.)(2013). *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Berzero, R. (2014). *The Double-Edged Sword of Human Rights Treaties as a 'Lock-In Formula' for Countries Seeking Foreign Investments: The Extent to Which Host States Can Invoke Human Rights Provisions as a Defense against Foreign Investors*. (doktorska disertacija). Rim: Scuola Dottorale in Scienze Politiche.
- Betlehem, D. (2016). *The Supremacy of International Law-Part One / Part Two*.
- Bodea, C. & Ye, F. (b. d.). *Bilateral Investment Treaties (BITs): The Global Investment Regime and Human Rights*.
- Braun, T. R. (2013). Globalization-driven Innovation: The Investor as a Partial Subject in Public International Law – An Inquiry into the Nature and Limits of Investor Rights. *Jean Monnet Working Paper 04/13*.
- Castillo, J. (2012). The Appeal to Human Rights in Arbitration and International Investment Agreements. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 12, 47–84.

Choudhury, B. (2008). Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 41, 775–832.

Collins, H. (2012). On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law. *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 7

Đajić, S. V. (2015). O ciljnom tumačenju međunarodnih ugovora o zaštiti stranih ulaganja: od preambule do preambule. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2, 577.

De Wet, E., Vidmar J. (2012). *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

Dupuy, P. M., Francioni, F. & Petersmann, E.U. (ur.) (2009). *Human rights in international investment law and arbitration*. New York: Oxford University Press.

Fry, J. D. (2007). International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law Unity. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 18, 77.

Garcia, L.G. (2013). The Role of Human Rights in International Investment Law.

Guntrip, E. (2017). Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration?

Jović, Nj. (b. d.). Jus Cogens kao osnov ništavosti i kao osnov prestanka dejstva međunarodnog ugovora. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci*, 183–200.

Klein, E. (2008). Establishing a hierarchy of human rights: Ideal or Fallacy? *ISR. L. REV.*, 41, 477–488.

Klein, N. (2012). Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right? *Goettingen Journal of International Law*, 4(1), 199–215.

Kube, V. & Petersmann, E.U. (2016). Human Rights Law in International Investment Arbitration. *AJWH*, 11 (1), 65–114.

Marrella, F. (2010). On the Changing Structure of International Investment Law: The Human Right to Water and ICSID Arbitration. *International Community Law Review*, 12, 335–359.

Meshel, T. (2015). Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond. *Journal of International Dispute Settlement*, 6 (2), 277–307.

Montpellier, M. (2012). *Introduction au Droit International Public*. Moscow: CUF.

Peterson, E. L. (2009). *Human Rights and Bilateral Investment Treaties: Mapping the role of human rights law within investor-state arbitration*. Rights & Democracy: Montreal.

Simma, B. (2011). Foreign Investment Arbitration: A Place For Human Rights? *ICLQ*, 60, 573–596.

Sornarajah, M. (2015). *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press.

Spears, S. (2011). Making way for the public interest in international investment agreements. U: Brown S. i Miles K. (ur), *Evolution in investment treaty law and arbitration* (ss. 271–298). Cambridge: Cambridge University Press.

Subedi, S.P. (2008). *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. Oxford: Hart Publishing.

Vučić, M. (2017). Ljudsko pravo na vodu između plemenite ideje i surove realnosti. *Pravni život*, 9, 515–528.

Relevantni međunarodni dokumenti:

Charter of the United Nations (1945).

Charter of Economic Rights and Duties of States. General Assembly resolution 3281 (XXIX)

New York, 12 December 1974. *European Energy Charter Treaty* (Dec. 17, 1994).

ESCR Committee (2002). *The Right to Water, General Comment No. 15*. UN Doc. E/C.12/2002/11.

Inter-American Commission on Human Rights. (1997). Report on the Situation of Human Rights in Ecuador, OEA/Ser.L/V/II.96, doc 10 rev 1 ch VIII.

Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. (1966).

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima. (1966).

North American Free Trade Agreement (Dec. 17, 1992, stupio na snagu 1. januara 1994).

The Universal Declaration of Human Rights (1948).

UN General Assembly (2010). *Dokument: Res. 64/292*.

UN Human Rights Council (2015). *Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order, Alfred Maurice de Zayas*. Dokument: A/HRC/30/4.

UN Human Rights Council (2010). *Human rights and access to safe drinking water and sanitation*. Dokument: Resolution No. 15/9.

Vienna Convention on the Law of Treaties. (1969).

Popis relevantne prakse međunarodnih arbitraža i sudova:

AAPL v Sri Lanka, (Merits) 4 ICSID Rep 250.

AES Corporation v Argentina, Decision on Jurisdiction of 26 April 2005, ICSID Case No ARB/02/17.

AES v. Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, Sept. 23, 2010.

Al-Jedda v The United Kingdom. (2011). ECHR, applic no 27021/08, Judgment of 7 July 2011

Azurix Corp. v. The Argentine Republic. ICSID Case No. ARB/01/12.

Biloune & Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability (Oct. 27, 1989), 19 Y.B. Comm. Arb. 11 (1994).

Chevron Corporation (U.S.) & Texaco Petroleum Corporation (U.S.) v. Republic of Ecuador (PCA Case No. 34877, Interim Award, 2, 3, 207 Dec. 1, 2008).

CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. Czech Republic (2003). Final Award, Separate Opinion of Sir Ian Brownlie. UNCITRAL.

Corona Materials, LLC v. Dominican Republic (ICSID Case No. ARB(AF)/14/3), Award on the Respondent's expedited preliminary objections in accordance with Article 10.20.5 of the DR-CAFTA, 31 May 2016.

Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB(AF)/11/2), Award, 4 April 2016.

EDFI v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/23 Award, June 11, 2012.

EnCana v Ecuador (Merits) 12 ICSID 427, 476/184.

Enron and Ponderosa v Argentina, Award of 22 May 2007, ICSID Case No ARB/01/3.

Feldman v. Mexico, Award of 16 December 2002, 18 ICSID-Rev.- FILJ 488 (2003).

Grand River Enterprises Six Nations Ltd. v United States of America. NAFTA Award (12 January 2011).

Joy Mining Machinery, Ltd. v. The Arabic Republic of Egypt. Award on Jurisdiction. ICSID case No. ARB/03/11, 6 August 2004.

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, 569 U. S. (2013).

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic. ICSID Case No. ARB/02/1, Preuzeto sa: <https://www.italaw.com/cases/621>

Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4.

Metalclad Corporation v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award of 30 August 2000.

Methanex v. United States, Transcripts for Merits, Hearing (2004).

Mondev International Ltd. v. USA. (2002). ICSID Case no. ARB/(AF)/99/2.

Murphy Exploration & Production Company – International v. The Republic of Ecuador (II) (PCA Case No. 2012-16), Partial Final Award. May 2016.

North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic Of Germany/ Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) JUDGMENT OF 20 FEBRUARY 1969. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE.

Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, LCIA Case No. UN 3467, Final Award, July 1, 2004.

Peter A. Allard v. The Government of Barbados (PCA Case No. 2012-06), Award, 27 June 2016.

Philip Morris International v. Australia. (2015).

Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S. A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7), Award, 8 July 2016.

Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic. (2009). ICSID Case No. ARB/06/5, April 15, 2009.

Revere Copper and Brass, Inc v Overseas Private Investment Corporation (Award, 24 August 1978) AAA Case No. 16/10/0137/76, 17 ILM 1321).

Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB(AF)/12/5), Award, 22 August 2016.

Salini Construttori SpA v. Marocco, Decision on Jurisdiction 23 July 2001, 6 ICSID Reports 400.

Saluka Investments BV v. Czech Republic. (2006). Permanent Court of Arbitration.

S.D. Myers Inc. v. Canada, UNCITRAL (First Partial Award of 13 November 2000).

SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Pakistan SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Pakistan, ICSID case No. ARB/01/13, decision on Jurisdiction, 6 August 2003.

SGS Société Générale de Surveillance SA v. the Republic of the Philippines, ICSID case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004.

Sosa V. Alvarez-Machain et al., (03-339) 542 U. S. 692 (2004).

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt. (1992). ICSID Case no. ARB/84/3.

Starrett Housing Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran before the Iran-US Claims Tribunal (Interlocutory Award, 4 Iran-US CTR, p. 122; 85 ILR).

SAUR International v. Republic of Argentina. ICSID Case No. ARB/04/4, Decision on Liability of 6 June 2012.

Suez, Societed General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S. A. v. Argentine Republic (2010). ICSID Case No. ARB/03/19. Preuzeto sa: <https://www.italaw.com/cases/1057>

Total v. Argentina, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, Dec. 27, 2010.

Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon. ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction (Sept. 11, 2009).

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States. ICSID Case No. ARB (AF)/00/2. Preuzeto sa: <https://www.italaw.com/cases/documents/1088>.

Transglobal Green Energy LLC and Transglobal Green Panama S.A. v. Republic of Panama. (2016). Preuzeto sa: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7336.pdf>

Quasar de Valors SICAV S. A. et al. v. Russian Federation, SCC Case No. 24/2007, Award, July 20, 2012.

Urbaser v Argentina. ICSID Case No. ARB/07/26.

Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany. (2012). ICSID Case No. ARB/12/12.

Veolia Propreté vs. Arab Republic of Egypt. ICSID Case No. ARB/12/15.

Veteran Petroleum Ltd. (Cyprus) v. Russian Federation, PCA Case No. AA 228, Final Award (July 18, 2014).

Vivendi v Argentina (Annulment) 6 ICSID Rep 340, 365/96, 367/101.

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation. UNCITRAL, PCA Case No. AA 227.

Mahir Muharemović, LL.D.

Research Associate,

Rule of Law Program South East Europe,

Konrad Adenauer Foundation

**PROTECTING FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS BEFORE
INTERNATIONAL INVESTMENT TRIBUNALS, WITH
SPECIFIC REFERENCE TO THE RIGHT TO WATER**

Summary

The concept of human rights penetrates into all spheres of law, acting as a protective mechanism against the abuse of rights by States and other entities. Human rights are a “counterweight” to the development of the neoliberal expansionism, embodied in the regime of foreign investment protection through international investment contracts. When states enter into such contracts, they bring along the previous commitments, in particular the obligation of protecting human rights. However, this obligation is not merely the result of existing international treaties because states are also obliged to respect the higher rank norms of international law (jus cogens norms), which include the fundamental human rights, concentrated around the right to life. In such a legal framework, there is a notable increasing conflict between the protection of foreign investors’ rights in international investment disputes and the protection of fundamental human rights. The right to water, as an indirect right to life, is a special indicator of this conflict in the practice of international investment tribunals. The issue of supremacy of rights is raised, particularly concerning the question which obligations have priority under international law: the protection of foreign investments or the protection of fundamental human rights, and especially the right to water? The hitherto practice of international investment tribunals is diverse and inconsistent in this regard; as such, it does not provide a clear answer to this key question.

Key words: *international investment arbitration, fundamental human rights, right to water, jus cogens norms, Universal Declaration of Human Rights, supremacy.*