



# Генеральная Ассамблея

Distr.: General

8 March 2016

Russian

Original: English

## Комиссия международного права

### Шестдесят восьмая сессия

Женева, 2 мая — 10 июня и 4 июля — 12 августа 2016 года

## Первый доклад о *jus cogens*, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Дире Глади\*

### Содержание

	Стр.
I. Введение .....	3
II. Обсуждение темы в Шестом комитете .....	4
III. Методологический подход .....	7
IV. Историческая эволюция концепции <i>jus cogens</i> .....	9
A. Период до Второй мировой войны .....	9

\* Специальный докладчик желает выразить признательность Германскому исследовательскому фонду (ГИФ) и, в частности, профессору Георгу Нольте, любезное предложение которого позволило Специальному докладчику подготовить настоящий доклад в качестве участника Берлинской (Потсдамской) исследовательской группы по верховенству права на международном уровне при Университете им. Гумбольдта в Берлине. Особой благодарности заслуживает Юлиан Кулага, младший научный сотрудник исследовательской группы, который добровольно перевел с немецкого языка несколько текстов, упоминаемых в настоящем докладе. Специальный докладчик хотел бы также поблагодарить следующих лиц за их неоценимый вклад в изучение различных аспектов, затронутых в этом докладе: Эмили Бунст-Катервуд (Нью-Йоркский университет), Манар Мохсен (Женевская академия международного гуманитарного права и прав человека), Мавузе Вормавор (Гарвардский университет), Тьяса Танко и Эвелин Могер (Институт процессуального права им. Макса Планка, Люксембург), Анбель де Беер (Университет Притории), Ромэн Пишон (Университет Экс-Марсель, Совет Европы), Мария Дордеска (юридический факультет Университета Джорджа Вашингтона), Кристина Юрес, Ами Бельшер и Алдана Рохр (Университет Буэнос-Айреса) и Аннелиз Ньенабер (Университет Притории). Я также признателен сотрудникам Отдела кодификации Управления по правовым вопросам за их помощь в проведении исследования. Я благодарен также всем тем, кто ознакомился с предыдущими проектами настоящего доклада и высказал по ним замечания.



---

В.	Период после Второй мировой войны до принятия Венской конвенции о праве международных договоров .....	17
V.	Правовой характер <i>jus cogens</i> .....	27
А.	Место <i>jus cogens</i> в международном праве .....	28
В.	Теоретическая основа императивного характера норм <i>jus cogens</i> .....	35
С.	Основные элементы нормы <i>jus cogens</i> .....	45
VI.	Форма, которую может принять результат работы Комиссии .....	53
VII.	Выводы .....	53
	Проект вывода 1	
	Сфера применения .....	53
	Проект вывода 2	
	Изменение норм международного права, отклонение от них и их отмена .....	53
	Проект вывода 3	
	Общий характер норм <i>jus cogens</i> .....	53
VIII.	Будущая работа .....	54

## I. Введение

1. На своей шестьдесят шестой сессии (2014 год) Комиссия постановила включить в свою долгосрочную программу работы тему “*jus cogens*”<sup>1</sup>. На своей шестьдесят девятой сессии Генеральная Ассамблея приняла к сведению включение этой темы в долгосрочную программу работы Комиссии<sup>2</sup>. На своей шестьдесят седьмой сессии (2015 год) Комиссия постановила включить эту тему в свою нынешнюю программу работы и назначить Специального докладчика. Впоследствии Генеральная Ассамблея приняла к сведению это решение<sup>3</sup>.

2. Этот первый доклад преследует две основные цели, и в нем предлагаются три проекта выводов, в которых определяются рамки исследования и излагается общий характер норм международного права *jus cogens*. Первая цель доклада состоит в том, чтобы сформулировать общий подход Специального докладчика к данной теме и на этой основе выяснить мнения Комиссии в отношении предпочтительного подхода. Вторая цель — это дать общий анализ концептуальных вопросов, относящихся к *jus cogens*. Как общий подход, так и концептуальные моменты неизбежно будут носить предварительный характер. Их нужно будет переосмыслить и, возможно, скорректировать в ходе дальнейшей работы над этой темой. Иными словами, методика работы по данной теме обязательно должна быть гибкой и не слишком зарегламентированной, чтобы ее можно было корректировать по мере продвижения вперед.

3. Первая цель доклада касается методологических вопросов, связанных с общим рассмотрением темы. Ряд таких вопросов обусловлен самим характером темы. В первую очередь речь идет о хронологическом порядке, в котором будут рассматриваться основные вопросы, намеченные в плане<sup>4</sup>. Во-вторых, надлежит определить относительное значение, которое следует придавать разным материалам. По тематике *jus cogens* теоретической литературы имеется гораздо больше, чем материалов практики государств или юриспруденции. В этой связи возникает вопрос, из чего должна исходить Комиссия при выборе материалов для формулирования выводов. Третий методологический вопрос состоит в том, должен ли данный проект предусматривать, как это указано в плане, подготовку иллюстративного перечня норм, которые в настоящее время могут быть квалифицированы как нормы *jus cogens*, или же лучше отказаться от составления такого перечня. И наконец, в качестве методологического вопроса в докладе будет также рассмотрена программа работы.

4. Вторая цель — общий анализ концептуальных вопросов — является более предметной. В данном случае речь идет в первую очередь о характере и опре-

<sup>1</sup> Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят шестой сессии (5 мая — 6 июня и 7 июля — 8 августа 2014 года), Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10), пункт 268 и приложение. С предыдущим предложением г-на Андреаса Яковидеса о включении этой темы в программу работы Комиссии можно ознакомиться в *Yearbook...1993*, vol. II (Part One), A/CN.4/454, at p. 213.

<sup>2</sup> См. пункт 8 резолюции 69/118 Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 2014 года.

<sup>3</sup> См. пункт 7 резолюции 70/236 Генеральной Ассамблеи от 23 декабря 2015 года.

<sup>4</sup> В плане намечено рассмотреть следующие четыре вопроса: а) характер норм *jus cogens*; б) требования к определению нормы в качестве нормы *jus cogens*; в) иллюстративный перечень норм; д) результаты и последствия *jus cogens*. См. сноску 1, приложение, пункт 13.

делении норм *jus cogens*. Хотя в настоящем докладе можно было бы рассмотреть и другие концептуальные вопросы, как, например, связь между нормами *jus cogens* и обязательствами *erga omnes*, а также связь между нормами *jus cogens* и принципом недопустимости отступления от таких норм, Специальный докладчик считает, что разумнее эти вопросы рассмотреть в последующих докладах. Связь между обязательствами *erga omnes* и нормами *jus cogens* будет рассмотрена в связи с анализом результатов и последствий *jus cogens*, а вопрос о положениях правозащитных договоров, касающихся недопустимости отступления от провозглашенных в них принципов, будет затронут во втором докладе, посвященном определению норм императивного характера. Таким образом, настоящий доклад сводится к задаче определения основной природы *jus cogens*. Этот вопрос будет рассмотрен на основе краткого исторического обзора концепции *jus cogens*, практики государств, работы, ранее проделанной Комиссией, юриспруденции и имеющейся литературы. Как уже отмечалось, к вопросам определения и, в частности, природы норм *jus cogens* необходимо будет возвращаться вновь по мере продвижения работы над проектом и анализа новых случаев правовой практики.

5. Прежде чем приступить к рассмотрению вышеупомянутых вопросов и чтобы заложить необходимую для этого контекстуальную базу, доклад начнется с приведенного в разделе II краткого обзора мнений, выраженных государствами в связи с включением данной темы в повестку дня Комиссии. Затем в разделе III доклада будут кратко рассмотрены методологические вопросы, упомянутые выше. В разделе IV будет приведен обзор исторической эволюции концепции *jus cogens* в целях раскрытия ее нынешнего характера и выявления ее основных элементов. В разделе V будет содержаться обобщенное описание характера нормы *jus cogens* и предложено рабочее определение. В разделе VII будет предложено три проекта выводов, а в разделе VIII будет приведена будущая программа работы.

## II. Обсуждение темы в Шестом комитете

6. Следует начать с того, что государства приветствовали решение Комиссии включить эту тему сначала в свою долгосрочную программу работы, а затем и текущую программу работы. Об этом свидетельствует тот факт, что в 2014 году из 18 заявлений, в которых государства комментировали решение Комиссии включить эту тему в ее долгосрочную программу работы, в 13 заявлениях, отражающих мнения 48 государств, была выражена поддержка этого решения. Позиция двух государств была неоднозначной. Польша предложила в связи с *jus cogens* включить дополнительную тему, касающуюся обязанности не признавать в качестве законных ситуации, возникшие в результате серьезного нарушения государствами обязательства, вытекающего из императивной нормы *jus cogens*, но не высказала своего мнения по самой теме, а Япония выразила одновременно и скептицизм, и интерес в связи с данной темой. Только три государства, а именно Франция, Нидерланды и Соединенные Штаты Америки, выразили сомнения в отношении целесообразности и уместности рассмотрения Комиссией этой темы<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Делегация Соединенных Штатов «не считала, что добавление темы *jus cogens* в повестку дня Комиссии — продуктивный шаг», A/C.6/69/SR.20, пункт 123. Франция «скептически

7. В 2015 году в Шестом комитете большое число государств также поддержало включение этой темы в повестку дня Комиссии<sup>6</sup>. В то же время несколько государств продолжали высказывать оговорки в отношении решения Комиссии включить данную тему в ее повестку дня<sup>7</sup>. Несколько государств, в том числе те, которые в целом высказались в поддержку принятого решения, заявили, что Комиссии следует осторожно подходить к рассмотрению данной темы<sup>8</sup>.

8. Значительное число государств отметили, что, хотя концепция *jus cogens* является общепринятой, ее конкретные рамки и содержание остаются неопределенными<sup>9</sup>. Многие из этих государств придерживались мнения, что изучение Комиссией данной темы может способствовать внесению ясности в нормы международного права, касающиеся *jus cogens*<sup>10</sup>. В то же время государства по-разному расставляли акценты. Некоторые государства считали, что следует рассмотреть все четыре элемента, предложенные в плане<sup>11</sup>. Многие государства придерживались того мнения, что наибольший вклад в понимание концепции *jus cogens* Комиссия может сделать в области определения требований к присвоению той или иной нормы статуса *jus cogens*<sup>12</sup>.

---

относилось к возможности достижения консенсуса по этой теме», A/C.6/69/SR.22, пункт 36. По мнению Нидерландов, «сложно определить конкретную потребность государств в отношении кодификации или прогрессивного развития понятия *jus cogens*», A/C.6/69/SR.20, пункт 13.

<sup>6</sup> См., например, заявление Эквадора (от имени СЕЛАК), A/C.6/70/SR.17, пункт 32; заявление Перу, A/C.6/70/SR.17, пункт 51; заявление Румынии, A/C.6/70/SR.17, пункт 96; заявление Соединенного Королевства, A/C.6/70/SR.18, пункт 9; заявление Японии, A/C.6/70/SR.18, пункт 23; и заявление Сальвадора, A/C.6/70/SR.18, пункт 50.

<sup>7</sup> Помимо трех государств, которые выразили оговорки на шестьдесят девятой сессии, см. заявление Израиля, A/C.6/70/SR.18, пункт 6. См. также заявление Китая, A/C.6/70/SR.18, пункт 19, который предложил Комиссии «собрать информацию о практике государств, прежде чем браться за глубокое изучение этой темы». См. также заявление Нидерландов, A/C.6/70/SR.17, пункт 78; заявление Франции, A/C.6/70/SR.20, пункт 25; и заявление Соединенных Штатов, A/C.6/70/SR.19, пункт 17.

<sup>8</sup> См., например, заявление Испании, A/C.6/70/SR.18, пункт 60.

<sup>9</sup> См., например, заявление Австрии, A/C.6/69/SR.19, пункт 110; заявление Финляндии (от имени государств Северной Европы), A/C.6/69/SR.19, пункт 86; заявление Японии, A/C.6/69/SR.20, пункт 50; и заявление Словацкой Республики, A/C.6/69/SR.20, пункт 76. Южная Африка заявила, что «концепция норм *jus cogens* остается расплывчатой», A/C.6/69/SR.20, пункт 109. Франция отметила, что «до сих пор имеются большие разногласия относительно теоретических основ, сферы применения и содержания *jus cogens*», A/C.6/69/SR.22, пункт 36.

<sup>10</sup> См., например, заявление от имени государств Северной Европы, там же, пункт 86. См. также заявление Соединенного Королевства («Работа Комиссии поможет прояснить, что входит и — не менее важно — что не входит в концепцию *jus cogens*»), A/C.6/69/SR.19, пункт 178; заявление Сальвадора, A/C.6/69/SR.20, пункт 91; заявление Южной Африки, там же, пункт 109; заявление Новой Зеландии, A/C.6/69/SR.20, пункт 33; и заявление Кипра, A/C.6/69/SR.24, пункт 69.

<sup>11</sup> См., например, заявление Австрии (сноска 5), пункт 110; заявление Соединенного Королевства, там же, пункт 178. См. также заявление Румынии, A/C.6/69/SR.19, пункт 146.

<sup>12</sup> См. заявление Южной Африки (сноска 9), пункт 109. См. также заявление государств Северной Европы (сноска 9), пункт 86 (работа Комиссии может способствовать «прояснению точного правового содержания *jus cogens*, включая процесс, с помощью которого международные нормы могут быть отнесены к императивным нормам»). Нидерланды, хотя и не поддерживали рассмотрения данной темы, отметили, что «возможно, имеет смысл провести широкий обзор того, каким образом та или иная норма определяется как *jus cogens*», заявление Нидерландов (сноска 5), пункт 14.

9. Однако по вопросу о том, следует ли Комиссии составлять иллюстративный перечень, возникло больше разногласий. Несколько государств, в том числе те, которые в целом поддерживали рассмотрение данной темы, высказали некоторые сомнения в отношении необходимости подготовки такого перечня. Государства Северной Европы, сославшись на предупреждение Комиссии в отношении того, что иллюстративный перечень по определению не будет исчерпывающим, выразили обеспокоенность тем, что такой список может привести к тому, что другим, не менее важным нормам международного права, по сути дела может быть придан более низкий статус<sup>13</sup>. Испания также выразила мнение, что подобный список, хотя он предусмотрительно назван иллюстративным, со временем может рассматриваться как «исчерпывающий перечень»<sup>14</sup>. Южная Африка в своем выступлении затронула вопрос о том, что иллюстративный перечень, даже если он будет достоверным на момент публикации, со временем неизбежно станет неполным<sup>15</sup>. Тем не менее, по мнению ряда государств, подготовка иллюстративного перечня может явиться важным вкладом в развитие международного права. Словакия заявила, что «с интересом ожидает определения норм *jus cogens*»<sup>16</sup>. Австрия просто выразила мнение, что Комиссии «следует разработать иллюстративный перечень норм, которые приобрели статус *jus cogens*»<sup>17</sup>. С точки зрения Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии определение норм, которые не достигли уровня *jus cogens*, имеет не менее важное значение, чем выявление норм, которые уже достигли этого уровня<sup>18</sup>. С другой стороны, Новая Зеландия заняла выжидательную позицию, выразив мнение, что предметная работа над требованиями, которым должны отвечать нормы, чтобы приобрести статус *jus cogens*, может «заложить основу для рассмотрения вопроса о том, целесообразно ли приступать к еще более трудной задаче — разработке иллюстрированного перечня норм, которые достигли статуса *jus cogens*»<sup>19</sup>.

10. Многие делегации говорили о развитии юриспруденции по теме *jus cogens*. Финляндия в своем заявлении, сделанном от имени государств Северной Европы, отметила, что решения со ссылками на нормы *jus cogens* принимаются как на «международном, так и национальном уровнях»<sup>20</sup>. Высказывалось мнение, что рассмотрение данной темы Комиссией поможет судьям, особенно судьям национальных судов, понять концепцию *jus cogens*, на которую все чаще делаются ссылки в судах<sup>21</sup>. В то же время вопрос о судебной практике связан с важным методологическим аспектом. Некоторые государства говорили, что рассмотрение этой темы должно основываться на соответствующей практике государств, а не на судебной практике. Так, Соединенные Штаты, вы-

<sup>13</sup> Заявление государств Северной Европы (сноска 9), пункт 87.

<sup>14</sup> Заявление Испании, A/C.6/69/SR.20, пункт 42.

<sup>15</sup> Заявление Южной Африки (сноска 9), пункт 113.

<sup>16</sup> Заявление Словацкой Республики (сноска 9), пункт 76.

<sup>17</sup> Заявление Австрии (сноска 9), пункт 110.

<sup>18</sup> Заявление Соединенного Королевства (сноска 10), пункт 176.

<sup>19</sup> Заявление Новой Зеландии (сноска 10), пункт 33.

<sup>20</sup> Заявление государств Северной Европы (сноска 9), пункт 85. Что касается других заявлений, в которых говорится о существовании юриспруденции в области *jus cogens*, см. заявление Южной Африки (сноска 9), пункты 108, 109 и 110; заявление Республики Корея, A/C.6/69/SR.20, пункт 46; заявление Соединенных Штатов (сноска 5), пункт 123.

<sup>21</sup> См. заявления государств Северной Европы (сноска 9), пункт 85, и заявления Южной Африки (сноска 9), пункт 86. См. также заявление Румынии (сноска 11), пункт 146.

ступая против этого проекта и частично основывая свою позицию на том, что в предлагаемом плане, хотя и содержатся полезные соображения в отношении подхода Международного Суда к концепции *jus cogens*, указали, что имеется немного примеров реальной практики государств в этой области<sup>22</sup>. Это может говорить в пользу того, что Комиссия, если она все-таки приступит к изучению данной темы, делала это на основе фактической практики государств, а не исключительно на основе судебной практики. Другие государства, главным образом государства Северной Европы, выражали мнение, что рассмотрение данной темы должно основываться на судебной практике, в частности на юриспруденции Международного Суда<sup>23</sup>.

11. Большинство государств отметило, что важное значение этой темы требует от Комиссии осмотрительности и деликатности. Например, Тринидад и Тобаго, приветствуя включение данной темы в долгосрочную программу работы Комиссии, подчеркнул, что ее «следует рассматривать с должной осторожностью и осмотрительностью»<sup>24</sup>. Специальный докладчик разделяет эти призывы к осмотрительности и намерен серьезнейшим образом позаботиться о том, чтобы его доклады отражали современную практику и не углублялись в беспочвенные теории. В частности, следует подчеркнуть, что цель проводимого Комиссией исследования этой темы состоит не в том, чтобы разрешить теоретические споры — хотя на них неизбежно придется ссылаться, — а чтобы сформулировать ряд выводов, которые отражали бы нынешнее состояние международного права в связи с концепцией *jus cogens*.

### III. Методологический подход

12. В плане изучения темы перечислены четыре основных элемента, которые предлагаются Комиссии для рассмотрения, а именно характер норм *jus cogens*, требования, предъявляемые к нормам для повышения ее до уровня *jus cogens*, составление иллюстративного перечня норм *jus cogens* и результаты и последствия *jus cogens*. Все эти вопросы в той или иной мере взаимосвязаны между собой. На упомянутые требования несомненно будет оказывать влияние характер норм *jus cogens*. От теоретического обоснования *jus cogens* будут зависеть правила, применимые к определению нормы в качестве нормы *jus cogens*. Например, подход, основанный на позитивном праве, по всей видимости, будет связан с так называемой «теорией двойного согласия»<sup>25</sup>, а подход, базирующийся на естественном праве, скорее всего, предполагает использование ценностей, не зависящих от воли государств<sup>26</sup>. Кроме того, как характер норм *jus*

<sup>22</sup> См. заявление Соединенных Штатов (сноска 5), пункт 123.

<sup>23</sup> См. заявление государств Северной Европы (сноска 9), пункт 85.

<sup>24</sup> Заявление Тринидада и Тобаго, A/C.6/69/SR.26, пункт 118. См. также заявление Японии, A/C.6/69/SR.20, пункт 50 («Комиссии необходимо действовать благоразумно и на прочных основаниях»); Новая Зеландия (сноска 10), пункт 33 (призвала Комиссию провести «тщательный и подробный анализ»); и заявление Республики Корея (сноска 20), пункт 46.

<sup>25</sup> См., например, Lauri Hannikainen *Peremptory Norms (Jus cogens) in International Law* (Helsinki, 1988), at. 12 («статья 53 требует «двойного согласия»»). См. Jure Vidmar “Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?” in Erika de Wet и Jure Vidmar (Eds.) *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* (Oxford, 2012), at 25.

<sup>26</sup> См., например, Mark Janis “The Nature of *Jus cogens*” in Larry May и Jeff Brown (Eds.) *Philosophy of Law: Classical and Contemporary Readings* (Chichester, 2010).

*cogens*, так и требования, которым должны отвечать такие нормы, имеют первостепенное значение для определения того, какие нормы являются нормами *jus cogens*. И многое о характере норм *jus cogens* и предъявляемых в этой связи требованиях предстоит узнать из анализа некоторых норм, которые подпадают под категорию *jus cogens*. Как будет наглядно показано, Венская конвенция о праве международных договоров определяет норму *jus cogens* с точки зрения ее последствий — «как норму, отклонение от которой недопустимо»<sup>27</sup>. Таким образом, последствия также оказывают влияние на три остальных элемента и находятся под их влиянием.

13. Вследствие взаимосвязанного характера элементов, перечисленных в плане, возникает методологический вопрос, касающийся последовательности изучения. Можно сказать, что вопрос последовательности зависит от того, какой будет применяться подход — дедуктивный или индуктивный. По мнению Специального докладчика, отвечая на этот методологический вопрос, нет необходимости исходить из жесткой позиции. Напротив, сознавая взаимосвязанный характер упомянутых элементов, Специальный докладчик намерен применять не жесткий, а гибкий подход. Может так случиться, что проекты выводов, будь то предлагаемые или уже принятые, придется пересматривать в свете новых определений, касающихся последующих элементов. Чтобы избежать ненужных осложнений, корректировку следует производить до принятия проектов выводов в первом чтении. Руководствуясь этим, Специальный докладчик намерен действовать в том порядке, в котором данные элементы перечисляются в плане.

14. Еще один методологический вопрос, который возникает в связи с обсуждениями, проходившими в Шестом комитете, состоит в том, должна ли работа Комиссии основываться на практике государств, юриспруденции или правовой литературе. Как говорилось выше, нехватка практики государств в этой области, пожалуй, в какой-то мере объясняет колебания некоторых государств в отношении всестороннего охвата данной темы<sup>28</sup>. По мнению Специального докладчика, нет необходимости отступать от обычного метода работы Комиссии. Комиссии следует применить проверенный метод комплексного рассмотрения самых различных материалов и источников. Обычно Комиссия начинает рассмотрение тем своей повестки дня с проведения тщательного анализа практики государств во всех ее формах<sup>29</sup>, судебной практики, правовой литературы и всех других соответствующих материалов. Как и в случае рассмотрения других тем, Комиссии необходимо будет определить конкретную важность различных имеющихся материалов.

<sup>27</sup> Статья 53 Венской конвенции. См. Robert Kolb *Peremptory International Law: Jus cogens* (Oxford, 2015), at 2 («иными словами, норма *jus cogens* определяется как норма, обладающая особым качеством, а именно как правовой факт, который не допускает отступления»).

<sup>28</sup> См. заявление Соединенных Штатов (сноска 5), пункт 123.

<sup>29</sup> Проект вывода 6 текста проектов выводов о выявлении международного обычного права, принятых Редакционным комитетом, гласит «формы практики государств включают, не ограничиваясь этим: дипломатические шаги и дипломатическую переписку; поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции; поведение в связи с договорами; поведение исполнительной власти, включая практическое поведение «на местах»; законодательные и административные акты, а также решения национальных судов». См. A/CN.4/L.869.



15. Как говорилось выше, делегации в Шестом комитете выражали разные мнения в отношении предложения о составлении иллюстративного перечня норм. Некоторые государства высказывали озабоченность тем, что иллюстративный перечень, сколь бы Комиссия не убеждала их в том, что он будет носить лишь иллюстративный характер, тем не менее будет восприниматься некоторыми как исчерпывающий список. Но, по мнению Специального докладчика, Комиссии не следует воздерживаться от подготовки такого перечня только потому, что, несмотря на четкие заверения в противном, такой перечень может быть кем-то воспринят как исчерпывающий.

16. Тем не менее могут существовать другие причины по иному взглянуть на иллюстративный перечень. Данная тема, как она изложена в плане, по своей сути сводится к определению процесса и методики, а не содержания конкретных правил и норм. Иными словами, как и при рассмотрении Комиссией темы международного обычного права, настоящая тема посвящена не материальным нормам, а процессу выявления норм *jus cogens* и последствий этого. Иллюстративный перечень может привести к размыванию данной темы, которая прежде всего ориентирована на процесс, посредством переноса акцента в обсуждении на правовой статус конкретных норм вместо того, чтобы сосредоточиться на выявлении общих требований, предъявляемых к определению таких норм, и последствий *jus cogens*.

17. Однако, даже не составляя иллюстративного перечня, Комиссии неизбежно придется привести некоторые примеры норм *jus cogens*, чтобы можно было получить хоть какое-то представление о том, что такое нормы *jus cogens*. Иными словами, рассматривая разные элементы данной темы, в частности характер норм *jus cogens*, критерии определения нормы в качестве *jus cogens* и последствия *jus cogens*, Комиссии в своих комментариях нужно будет привести какие-то примеры для обоснования своих выводов. Таким образом, хотя и опосредованно, возникнет примерный перечень. По завершении рассмотрения данной темы Комиссия может даже решить собрать примеры, которые использовались в комментариях, посвященных нормам *jus cogens*, и поместить их в приложение в качестве иллюстративной подборки норм, на которые она ссылалась. Специальный докладчик будет признателен, если члены Комиссии — и государства-члены — выскажут свои мнения по этому чрезвычайно важному вопросу. В частности, в комментариях можно было бы указать, следует ли вообще включать такое приложение, а если такое приложение будет сочтено целесообразным, как определить, какие примеры следует указать в нем: только те нормы, которые, по мнению Комиссии, отвечают критериям *jus cogens*; все нормы, которые Комиссия приводила в качестве примеров тех или иных аспектов *jus cogens*; или нормы, содержащиеся в судебных решениях, на которые ссылалась Комиссия.

## IV. Историческая эволюция концепции *jus cogens*

### A. Период до Второй мировой войны

18. Можно сказать, процесс формирования характера *jus cogens* в современном международном праве имеет богатую историю. Некоторые авторы считают, что роль концепции *jus cogens* в международном праве возросла в первой

половине двадцатого столетия, и зачастую ссылаются в этой связи на влиятельную работу Альфреда Вердросса<sup>30</sup>. Однако концепция или идея и тот принцип, что в международном праве содержатся основополагающие нормы, которые не допускают отступления, существовали гораздо раньше<sup>31</sup>. Здесь нужно сделать небольшое отступление. Хотя приводимый ниже исторический анализ может оказать какое-то влияние на выявление отдельных элементов *jus cogens*, главная цель этого обзора состоит лишь в изложении событий, которые способствовали формированию концепции *jus cogens*. Некоторые из этих событий, имея, пожалуй, сходство с *jus cogens*, сами по себе таковыми не являются. Не следует делать вывод, что события такого рода сами по себе являются доказательством существования императивных норм в международном праве. Напротив, они лишь закладывали основу для принятия императивных норм в международном праве.

19. Как представляется, идея правовых норм, не допускающих отступления, уходит своими корнями в классическое римское право. Сам термин *jure cogente* (*jus cogens*) впервые появляется, хотя и несколько в ином контексте, в *Дигестах* Юстиниана<sup>32</sup>. Однако идея норм, отступление от которых недопустимо, присутствовала также в римском праве. В нескольких положениях *Дигестов* встречается изречение "*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*", которое буквально означает «Публичное право не может быть изменено соглашением частных лиц»<sup>33</sup>. Кайзер считает, что понятие "*jus publicum*" имеет более широкий смысл, чем «публичное право», и относится ко всем тем нормам, отступать от соблюдения которых на основании отдельных соглашений физические лица не имеют права<sup>34</sup>. Иными словами, концепцию *jus publicum*, относящуюся к нормам, отступать от соблюдения которых, даже на основании взаимного согласия, недопустимо, можно назвать *jus cogens*<sup>35</sup>. В *Кодексе* Юстиниана также говорится: "*Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos*

<sup>30</sup> Markus Petsche "*Jus cogens as a Vision of the International Legal Order*" (2010) 29 *Penn State International Law Review* 233, at 238-239. См. также Levan Alexidze "*The Legal Nature of Ius Cogens in Contemporary International Law*" (1981-III) 172 *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye* 229, at 228, где говорится, что «в теории международного права термин *jus cogens* возник относительно недавно (в начале 1930-х годов)». См. Alfred Verdross "*Forbidden Treaties in International Law*" (1937) 31 *American Journal of International Law*, at 571. В то же время см. Paul B Stephan "*The Political Economy of Jus cogens*" (2011) 44 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1073, at 1081, сноска 21, где говорится, что первое упоминание концепции *jus cogens* в базе данных «Уэстло» содержится в работе Ernest G Lorenz "*Commercial Arbitration – International and Interstate Aspects*" (1934) 43 *Yale Law Journal* 716. См. также Jochen Frowein "*Ius Cogens*" in Rudiger Wolfrum (ed.) *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* (сетевая версия 2012 года), at 1, где говорится, что «с точки зрения международного права в том виде, как оно существовало в первой половине двадцатого столетия, концепцию *jus cogens* едва ли можно было себе представить, поскольку в то время определяющее значение имела воля государств».

<sup>31</sup> Подробную историю концепции или идеи и термина *jus cogens* см. Carnegie Endowment for International Peace "*The Concept of Jus cogens in Public International Law*" in *Papers and Proceedings: Report of a Conference in Lagonisi, Greece, April, 1966* (Geneva, 1976), at 18.

<sup>32</sup> См. D. 39.25 Pr 1.29, в котором Папиний говорит: "*Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur*" (можно перевести как «Даром считается то, что дано без какого-либо правового принуждения»).

<sup>33</sup> D. II 14.38. Эта цитата присутствует также в D. XI 7.

<sup>34</sup> Max Kaser *Das Römische Privatrecht* (Munich, 1955), at 174-175.

<sup>35</sup> Carnegie Endowment (сноска 31), at 18.

*mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est*<sup>36</sup>, что означает «Соглашения, заключенные в нарушение законов или конституций или вопреки нравственности, не имеют силы». Идея о том, что соглашения, заключенные вопреки нравственности, не имеют законной силы, сыграла определенную роль в возникновении концепции *jus cogens*.

20. В докладе, подготовленном в 1965 году видными юристами, включая Эрика Сюи, говорится, что термин *jus cogens* не найти «в текстах, опубликованных до девятнадцатого века», но идея некой абсолютной правовой нормы, отступление от которой недопустимо, «проходит красной нитью через всю теорию и философию права»<sup>37</sup>. В докладе указано, что впервые выражение *jus cogens* использовали пандектисты-участники германского движения XIX века, которые занимались изучением *Дигестов* Юстиниана (известных также под названием «Пандекты»), — которые считали само собой разумеющимся различие между “*jus cogens*” и “*jus dispositivum*”<sup>38</sup>.

21. Однако идея о том, что есть некие нормы международного права, которые применяются независимо от воли государств, существовала задолго до XIX века и зачастую приписывается таким авторам, как Гуго де Гроут (широко известный международным юристам под именем «Гроций»), Эммер де Ваттель и Христиан Вольф<sup>39</sup>. Эти авторы являются представителями школы естественного права, которая восходит своими корнями к греческой философии и предполагает существование некоего «свода правовых норм», являющихся «основополагающими, неизменными и часто неписанными»<sup>40</sup>. В первой главе первой книги Гроция “*De Jure Belli Ac Pacis*” («О праве войны и мира») содержатся многочисленные ссылки на непреложный закон, который, по его мнению, является естественным правом<sup>41</sup>. В часто цитируемой выдержке он утверждает следующее: «Естественное право столь незыблемо, что не может быть изменено даже самим Богом... Действительно, подобно тому, как Бог не может сделать, чтобы дважды два не равнялось четырем, так точно не может он зло по внутреннему смыслу обратить в добро»<sup>42</sup>. Он говорит, что естественное право не только неизменно, но и «справедливо» и «всеобще»<sup>43</sup>. Ваттель, развивая док-

<sup>36</sup> *Domini Nostri Sacratissimi Principis Iustiniani Codex, Libri Secundus, 2.3.6.*

<sup>37</sup> Carnegie Endowment (сноска 31), at 19.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> См. Alexidze (сноска 30), at 228, который пишет: «отцы буржуазной науки международного права — Франциско де Виттория, Франсиско Суарес, Айала Бальтазар, Альберико Джентили, Гуго Гроций — подчеркивали императивный характер норм естественного права, ставя его выше позитивного права». См. также A. Jacovides “*Treaties Conflicting with Peremptory Norms of International Law and the Zurich-London Agreement*” in Andrew Jacovides (ed.) *International Law and Diplomacy* (The Hague, 2011), at 18.

<sup>40</sup> Полную историю эволюции этой концепции см. Lord Lloyd of Hampstead и MDA Freeman *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (London, 1985), at 106 *et seq.*

<sup>41</sup> Hugo Grotius *The Rights of War and Peace in Three Books* (Paris, 1652, translated by J Barbeyrag, 1738).

<sup>42</sup> Там же, книга I, глава I, раздел X.5. См. также книга I, глава I, раздел XVII («следовательно, то, что разрешено законом, не может противоречить естественному праву»).

<sup>43</sup> Там же, книга I, глава I, раздел XVII.1 («так как естественное право... вечно и незыблемо, то Бог, которому чужда неправда, не мог предписывать чего-либо, противного этому праву); книга I, глава I, X.6 («хотя изменяется не самое естественное право, прибывающее неизменным, но каждая вещь, на которую распространяется естественное право, испытывает [то или иное изменение]»); книга I, глава I, раздел III.1 («Противоречит же справедливости то, что противно природе существ, обладающих разумом»); книга I, глава I, раз-

трину Гроция, говорит, что «непременное естественное право неизменно» и что в силу этого государства «не могут ни изменить его своими соглашениями, ни отказаться следовать ему в своем поведении, ни прекратить по взаимному согласию соблюдать его»<sup>44</sup>. Это, продолжает он, «является тем принципом, с помощью которого мы отделяем законные соглашения или договоры от незаконных и невинные и разумные обычаи от обычаев несправедливых или предосудительных»<sup>45</sup>. Последователи школы естественного права, которые в XVII веке определяли развитие правовой доктрины, легко восприняли ту идею, что естественное право неизменно и что позитивное право — договорное право и международное обычное право — должно соответствовать естественному праву<sup>46</sup>.

22. Усиление влияния позитивизма в международном праве в XIX веке сопровождалось тем, что суверенитет и воля государства в понимании международного права и его обязательной силы стали восприниматься как доминирующий фактор<sup>47</sup>. В свою очередь, теории естественного права с их идеей неизменности права постепенно отступили на второй план. Тем не менее подход к международному праву с позиций естественного права даже в эпоху позитивизма не был полностью искоренен и прослеживается в юридической литературе XIX и XX веков<sup>48</sup>. Ханникайнен называет авторов, которые в XIX веке полагались на школу естественного права — или по крайней мере на элементы, не вписывающиеся в рамки позитивного права, — а также юристов, которые, основываясь на позитивном праве, считали, что существуют нормы международного права, которые защищают интересы международного сообщества и которые нельзя игнорировать и отступление от которых недопустимо<sup>49</sup>. Кроме того, даже в период утверждения позитивизма юристы считали, что существуют определенные нормы, которые служат защите общих интересов<sup>50</sup>. В этой

---

дел XII («Естественное право... признается таковым [всеобщим] у всех или, по крайней мере, у всех наиболее образованных народов. Ибо общераспространенное следствие предполагает всеобщую причину. Причина же столь всеобщего убеждения едва ли может быть иной, кроме так называемого здравого смысла»).

<sup>44</sup> Emer de Vattel *Law of Nations, or Principles of the Law of Nature Applied to Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns* (1758, translated by CG and J Robinson, London, 1797), at para 9.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> См. See J.L. Brierly *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace* (Oxford, 6<sup>th</sup> Edition, edited by Humphrey Waldock, 1963), at 18-20.

<sup>47</sup> О повышении роли позитивизма в международном праве и усилении его влияния в развитии права см. Dire Tladi и Polina Dlagnekova “The Will of the State, State Consent and International Law: Piercing the Veil of Positivism” (2006) 21 *SA Public Law* 111, at 112 *et seq.*

<sup>48</sup> См., например, Antonio Gómez Robledo, *El Ius Cogens Internacional: Estudio Histórico crítico* (Mexico, 1982), at 5–6, где содержатся ссылки на работы Христиана Фридриха Глюка и Бернхарда Виндшейда.

<sup>49</sup> Ханникайнен (сноска 25), at 45–48. Авторами, которые, по мнению Ханникайнена, придерживались принципов естественного права или подобных принципов и толковали нормы, отступление от которых недопустимо, являлись, в частности: Филлимор в работе *Commentaries upon IL Vols I-II* (1879), фон Мартенс в работе *Precis de Droit de gens* (1864), Кохлер в работе *Grundlagen des Volkerrechts* (1918). Одним из авторов, который, по мнению Ханникайнена, разъянял идею императивных норм с позиций позитивного права, является Отфрид Ниппольд в его работе *Der Völkerrechtliche Vertrag — seine Stellung im Rechtssystem und seine Bedeutung für das international recht* (1894).

<sup>50</sup> Hannikainen (сноска 25), at 35. См. также Lassa Oppenheim *International Law: A Treatise* (London, 1905), at 528 и William Hall, *A Treatise on International Law*, (8<sup>th</sup> Edition 1924,

связи Алексидзе отмечает, что «позитивисты девятнадцатого и двадцатого столетий, не считая самых радикальных из них, не соглашались с тем, что государства пользуются полной свободой воли в области заключения договоров, и считали императивными основные принципы международного права, «признаваемые всеми цивилизованными государствами»<sup>51</sup>. В 1880 году Георг Еллинек писал, что договор может быть недействительным, если предусмотренные им обязательства невозможно выполнить и что невозможность следует понимать как физическую, так и моральную невозможность<sup>52</sup>. Эту двойственность пози-

originally published in 1884), 382–83 (где утверждалось, что «основополагающие принципы международного права могут «лишать законной силы или, по крайней мере, делать недействительными противоречивые международные соглашения»). См. также Christian Tomuschat “The Security Council and *Jus cogens*” in Enzo Cannizzaro (ed.) *The Present and Future of Jus cogens* (Rome, 2015), at 11, где более осторожно отмечается, что «даже в XIX веке, когда от правовой аргументации, основанной на естественном праве, окончательно отказались и когда основательно утвердилась доктрина позитивизма в том смысле, что международное право проистекает из согласованной воли государств, некоторые авторы считали, что существуют определенные нормы более высокого порядка, которые устанавливают пределы правотворческих полномочий государств».

<sup>51</sup> См. Alexidze (сноска 30), at 229. См., например, e.g. Antoine Pillet “Le Droit International Public, Ses Éléments Constitutifs, Son Domaine, Son Object” (1894) 1 *Revue Générale de Droit International Public* 1, at 20, где содержится ссылка на “droit absolu et impérieux” («абсолютное и императивное право»), которое является “le droit commun de l’humanité” («общим правом человечества»). At 13–14 Антуан Пийе не ставит знака равенства между этим общим правом человечества и классическим естественным правом частично потому, что “la pratique des nation a toujours reconnu et observe” («в практике государств всегда признается и соблюдается») общее право человечества. См. также Антуан Ружье в своей работе “La Théorie de l’intervention d’humanité” 1910 *Revue Générale de Droit International Public* 468, выдвигая постулат о “l’existence d’une règle de droit supérieure aux législations positives, le droit humain” («существовании нормы права более высокого уровня, нежели позитивное право, — права человека»), который можно истолковать как ссылку на естественное право, заявляет также, что “la notion de droit naturel, beaucoup plus morale que juridique ne permettait pas d’arriver à précision suffisante dans la détermination des actes permettait ou prohiber cette règle supreme” («концепция естественного права, которое носит скорее моральный, нежели правовой характер, не позволяла с достаточной точностью определять деяния, которые разрешаются или запрещаются такой нормой высшего порядка»).

<sup>52</sup> Georg Jellinek *Die Rechtliche Natur der Staatenverträge: Ein Beitrag Zur Juristischen Construction des Völkerrechts* (Wien, 1880), at 59–60 (Daher kann ein vertrag nur zu stande kommen, wenn eine zulässige *causa* vorhanden ist. Dass nur das rechtlich und sittlich mögliche gewollt werden darf, ergibt sich vor Allem aus der erwägung dass man durch die zulässigkeit des rechtlich und sittlich unmöglichen als vertragsinhalte dem volkenrechtliche unrecht könnte ja sonst dadurch zum rechte erhoben werden, dass man es zum rechtsgiltigen inhalt eines vertrages erhebt ...[und] ganze vertrasrecht wäre somit illusorisch. Was insbesondere das sittliche mögliche anbelangt, so folgt die ausschliessliche zulässigkeit derselben als vertraginhalt aus dem ethischen character des rechts, welches seiner natur nach nie das aus dem ethischen gebiete gänzlich ausgewiesenen billigen darf. [«...договор может быть заключен только в том случае, если соблюдается критерий дозволенности. Причина, по которой договор должен быть допустимым в правовом и моральном отношении, вытекает главным образом из того соображения, что если в качестве содержания договора допустить нечто недозволенное в правовом и моральном отношении, то этим можно подорвать сами основы международного права. Любая несправедливость по международному праву может быть возведена до уровня закона в результате придания договору обязательной юридической силы, ...[и] в итоге все международное право может превратиться лишь в иллюзию. Что касается морально допустимого, то исключительная допустимость в содержании договора вытекает из этического характера закона,

тивизма в отношении идеала «непреложного закона» обстоятельно разъясняет Ганс Кельзен в своей работе “Pure Theory of Law” («Чистая теория права») <sup>53</sup>. Отфрид Нипполь, например, признает, что аморальные договоры, например договоры, допускающие рабство, следует считать недействительными по международному праву <sup>54</sup>. Однако этот вывод основывается исключительно на позитивном праве и существующих договорах <sup>55</sup>. Сам Ханникайнен, проанализировав литературу за период до окончания Второй мировой войны, высказывает следующее замечание в отношении концепции императивных норм:

*«нельзя сделать вывод, что в доктрине содержались убедительные доказательства незаконности или недействительности договоров, объект которых является незаконным. Однако очень часто приходилось слышать настойчивые требования считать такие договоры незаконными или недействительными, что говорило об убежденности многих авторов в том, что существуют определенные нормы абсолютного характера, защищающие жизненно важные общие интересы государств и международный порядок и не допускающие отступления»* <sup>56</sup>.

23. Суть этого заявления состоит в том, что, хотя высказывалось немало теоретических утверждений о незаконности договоров на основании норм, не допускающих отступлений, существовало мало доказательств из практики государств, которые можно было бы выдвинуть в поддержку этих утверждений. Тем не менее, эти слова Ханникайнена дают основание полагать, что письменные работы, в которых выдвигался постулат недопустимости отступления от некоторых норм, пошли на убыль с точки зрения как количества, так и убедительности <sup>57</sup>. Трудно сказать, так это или нет, но сам Ханникайнен писал, что уже в девятнадцатом столетии «запрещение пиратства было глубоко укоренившейся нормой и что пираты считались *hostis humani generis* (врагами человечества)» <sup>58</sup>. Поэтому можно предположить, что уже на этом этапе государствам невозможно было договориться о заключении договоров, способствующих

---

*который по своей природе не должен допускать того, что является совершенно неприемлемым по этическим соображениям»*). См. также Tomuschat (сноска 50), at 11, где рассматривается работа Вильгельма Хефтера, который также рассматривал правовую и моральную невозможность в качестве вытекающего из позитивного права основания для признания договоров недействительными.

<sup>53</sup> Hans Kelsen *The Pure Theory of Law: Its Method and Fundamental Concepts*, 1934, translation by Charles H Wilson in (1934) 50 *The Law Quarterly Review* 474, at 483–484 (глава II, пункт 10) («Право, по существу, уже не считается неизменной или абсолютной категорией... В то же время идея абсолютной правовой ценности еще не полностью утрачена и все еще существует в форме этического понятия справедливости, за которую продолжает цепляться позитивистская юриспруденция... Правоведение еще не полностью стало позитивистским, хотя преимущественно является таковым»).

<sup>54</sup> Nippold (сноска 49), at 187.

<sup>55</sup> *Ibid.* at 187 (‘Die Beispiele welche die völkerrechtliche Geltung jenes Postulates beweisen sollen dürfen nur aus positiven Verträgen geschöpft werden. Sobald man anfängt selbst Beispiele zu konstruieren, predigt man — Naturrecht.’ [«Примеры, с помощью которых следует доказывать действительность этих постулатов по международному праву, необходимо брать исключительно из договоров позитивного права. Как только вы начнете приводить собственные примеры, вы начинаете читать проповедь, какой является естественное право»]).

<sup>56</sup> Hannikainen (сноска 25), at 48–49.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> *Ibid.* at 36.

ших совершению актов пиратства. Рассматривая исторический факт исполнения незаконных договоров, заключенных в прошлом, как практику государств, Еллинек отмечает, что «вытекающие из этого правовые последствия столь же несущественны, как и правовые последствия по частному праву, которые вытекают из того факта, что в настоящее время заключается и исполняется несметное число неэтичных контрактов»<sup>59</sup>. Таким образом, даже в конце девятнадцатого и начале двадцатого столетия, до Первой мировой войны, т.е. в период, когда доминировало позитивное право, концепция норм, которые государства не имели права нарушать, судя по всему, была признанной, по крайней мере, в теории.

24. В период после Первой мировой войны доктрина норм более высокого порядка стала вновь набирать силу. Принятие Статута Лиги Наций сыграло важную роль в утверждении концепции норм, не допускающих отступлений, как важного направления мысли в области международного права. Так, Ханникайнен приводит примеры императивных норм, а иногда и норм подобного рода, ссылаясь на Статут Лиги Наций<sup>60</sup>. Разумеется, в Статуте Лиги Наций имеется ряд положений, в которых ощущаются идеи императивности, но которые нельзя называть нормами *jus cogens*<sup>61</sup>. Во-первых, как видно из приведенного выше описания исторической эволюции данной концепции, идея «общности» или «общих интересов» является важным элементом, который следует иметь в виду, если мы хотим понять принцип недопустимости отступления от некоторых норм — вне зависимости от того, на каком праве эти идеи основаны, естественном или позитивном. Статья 11 Статута гласит, что «война или угроза войны... является предметом, вызывающим общую обеспокоенность Лиги в целом». Что более важно, в статье 20 Статута говорится, что Статут отменяет все обязательства, несовместимые с его условиями, и что члены Лиги обязуются не брать на себя обязательств, несовместимых с условиями Статута. Будучи сама по себе договорной нормой, применимой только к участникам данного договора и допускающей ее изменение и даже аннулирование на основании какого-либо последующего соглашения, статья 20 не может использоваться в качестве примера императивности, по крайней мере, в классическом понимании *jus cogens*. Тем не менее, это — важный пример эволюции практики государств в применении принципа недопустимости отступления от некоторых норм, основанных на главных ценностях международного сообщества. Эта эволюция была замечена в период между войнами в известной статье Альфреда Вердросса, посвященной запрещенным договорам. Основываясь на естественном праве, он писал, что «никакой правовой порядок не может... допускать договоров между субъектами права, которые явно противоречат этике определенной общности людей»<sup>62</sup>. Так, Вердросс, будучи сам членом Комиссии, заявил, что на подготовленные Комиссией тексты проектов статей, посвященных *jus cogens*, эта статья явно оказала влияние<sup>63</sup>. Стефан пишет, что именно ужасы Второй мировой войны, и зверства нацистов в частности, побудили правоведов «попы-

<sup>59</sup> Jellinek (сноска 52), at 59.

<sup>60</sup> Hannikainen (сноска 25), at 114–116.

<sup>61</sup> Статут Лиги Наций, принятый в Париже 29 апреля 1919 года.

<sup>62</sup> Verdross (сноска 30), at 572.

<sup>63</sup> См. Alfred Verdross “*Jus Dispositivum and Jus cogens in International Law*” (1966) 60 *American Journal of International Law* 55, at 55.

таться применить концепцию [*jus cogens*] в качестве средства борьбы» с этими зверствами<sup>64</sup>.

25. Помимо юридической литературы и ограниченной практики государств, о которой говорил Ханникайнен, имели также место отдельные случаи, когда на императивные нормы делались ссылки в судебной практике. В особом мнении судьи Шукинга в деле *Оскара Шина*, которое рассматривалось в 1934 году в Постоянной палате Международного Суда, содержится конкретная ссылка на *jus cogens*<sup>65</sup>. В своем особом мнении судья Шукинг назвал договор недействительным, если тот не соответствует одной норме международного права, содержащейся в Берлинском генеральном акте<sup>66</sup>. В своем особом мнении судья Шукинг признает, что «в вопросах такого рода доктрина международного права не разработана достаточно хорошо»<sup>67</sup>. Тем не менее, он заявляет, что можно «ввести принцип *jus cogens*, в результате чего — если государства достигнут соглашения по определенным правовым нормам, а также придут к договоренности о том, что эти нормы не могут быть изменены лишь некоторыми из них — любой правовой акт, принятый в нарушение этой договоренности, будет автоматически считаться недействительным»<sup>68</sup>. Хотя это принцип недопустимости отступления от конкретных норм, принятый на основе договора и имеющий обязательную силу не для всех, а лишь для участников предшествующего договора, он все-таки отражает готовность согласиться с идеей недопустимости отступления от оговоренных правовых норм.

26. На *jus cogens* была также сделана ссылка в арбитражном решении, вынесенном Смешанной франко-мексиканской комиссией по претензиям по делу *Пабло Нахеры*<sup>69</sup>. В этом решении Комиссия толковала статью 18 Статута Лиги Наций — положение, требующее регистрации договоров, — как положение, имеющее «характер правовой нормы, отступать от которой посредством заключения особых соглашений между собой государства — члены Лиги Наций не имеют права (*jus cogens*)»<sup>70</sup>. Естественно, Комиссия определила, что эта норма действует только в отношениях между членами Лиги Наций и что она не применяется в отношениях между членами Лиги и государствами, не являющимися ее членами<sup>71</sup>. Это определение Комиссии по претензиям, хотя и не основывается на современном понимании норм *jus cogens*, имеет важное значение в том смысле, что в нем признается идея, что нормы, не допускающие отступлений, в принципе существуют.

27. Хотя имеется немного случаев практики, которые можно было бы привести в поддержку концепции норм, не допускающих отклонений, — практику такого рода можно обнаружить в связи с положениями отдельных договоров, касающимися запрета на отступление от закрепленных в них норм и не подпа-

<sup>64</sup> Stephan (сноска 26), at 1081, см. также Frowein (сноска 30), at 1.

<sup>65</sup> Separate opinion of Judge Schücking in *The Oscar Chinn case*, Judgment of 12 December 1934, *Permanent Court of International Justice*, Ser. A/B No. 63, p. 65, at 148.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> *Ibid.* at 148

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> *Pablo Najera (France) v. United Mexican States*, Decision No. 30-A of 19 October 1928, Vol. V *UNRIAA* 466, at 470.

<sup>70</sup> *Ibid.* (статья 18 «обладает характером нормы, отступать от которой государства — члены Лиги Наций не имеют права»).

<sup>71</sup> *Ibid.* at 472.



дающими под категорию *jus cogens*, — идея о том, что определенные нормы, от соблюдения которых государство не вправе уклониться, существуют, широко признавалась, по крайней мере в правовой литературе, еще до Второй мировой войны. Можно было оспорить основание для применения этого принципа, но не сам принцип.

## **В. Период после Второй мировой войны до принятия Венской конвенции о праве международных договоров**

28. В период после Второй мировой войны важнейшими событиями, связанными с *jus cogens*, явились принятие Венской конвенции о праве международных договоров (далее «Венская конвенция») <sup>72</sup> и работа Комиссии, которая привела к ее принятию. Как и статья 20 Статута Лиги Наций, статья 103 Устава Организации Объединенных Наций также является примером положения, не допускающего отступлений <sup>73</sup>. Как и в случае статьи 20 Статута, статья 103 представляет собой договорное положение, устанавливающее преимущественную силу конкретного договора, и как таковая не является нормой *jus cogens*. Тем не менее, можно сказать, что она также свидетельствует о согласии государств с иерархией норм в международном праве. Но именно работа Комиссии, в сочетании с последующим принятием Венской конвенции, внесла особый вклад в закрепление концепции *jus cogens* в рамках свода норм международного права. Поэтому важно кратко описать ту трансформацию, которую претерпело это конкретное положение в ходе прений в Комиссии, замечаний государств по тексту, подготовленному Комиссией, а также дебатов на Конференции Организации Объединенных Наций по праву международных договоров, прежде чем оно в конечном итоге стало статьей 53 Венской конвенции. Хотя имеются и другие положения Конвенции, касающиеся *jus cogens*, — статья 64 (возникновение новой императивной нормы) и подпункт (а) статьи 66 (споры о толковании и применении статей 53 и 64) — главное внимание, учитывая цели настоящего первого концептуального доклада, уделяется тексту, который стал статьей 53, поскольку на основе этого положения сформировался характер *jus cogens* в его нынешнем понимании.

29. Термин “*jus cogens*” впервые появился в третьем докладе сэра Джеральда Фицмориса — восьмом докладе, посвященном праву международных договоров <sup>74</sup>. В этом докладе Фицморис предложил два положения, содержащих ссылки на *jus cogens*. Как говорилось в тексте, предложенном Фицморисом, чтобы договор был действительным, «он должен соответствовать и не противоречить тем принципам международного права, которые имеют характер *jus cogens*, и его осуществление не должно сопровождаться нарушением этих принципов» <sup>75</sup>. В тексте признавалось, что государства всегда могут отступить от соблюдения норм международного права, заключив между собой соглашение, — *jus*

<sup>72</sup> United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

<sup>73</sup> Статья 103 Устава предусматривает, что обязательства членов Организации по Уставу имеют «преимущественную силу» по сравнению с «обязательствами по какому-либо другому международному соглашению».

<sup>74</sup> См. Third Report on the Law of Treaties by Mr. GG Fitzmaurice, Special Rapporteur, A/CN.4/115 and Corr. 1, under the title “legality of the object”, *Yearbook...1958, Vol. II*, 26–27.

<sup>75</sup> *Ibid.*, Art. 16(2), at 26.

dispositivum<sup>76</sup>. Однако отступление от таких общих норм международного права допустимо только в том случае, если соответствующая общая норма не имеет характера *jus cogens*<sup>77</sup>. Разъясняя это положение, Фицморис ссылается на различие, существующее между обязательными нормами (*jus cogens*) и теми нормами, «изменение или модификация которых допустимы в рамках согласованного режима», — то есть нормами *jus dispositivum*<sup>78</sup>. В комментарии поясняется, что в качестве общего правила государства могут договориться об изменении общеприменимых норм в своих отношениях друг с другом<sup>79</sup>. В комментарии уточнялось, что «только в отношении норм международного права, имеющих абсолютный и неопровержимый характер (то есть не допускающих «иных вариантов»)», возникает вопрос недействительности договора<sup>80</sup>.

30. Концепция *jus cogens* упоминается в докладе Фицмориса, а принцип недействительности договора в случае его несоответствия нормам международного права появился раньше — в четвертом докладе по этой теме, а именно в первом докладе сэра Херша Лаутерпахта<sup>81</sup>. Положение, предложенное Лаутерпахтом, гласило, что договор считается недействительным в случае, во-первых, если его исполнение сопряжено с «деянием, которое является незаконным по международному праву», и, во-вторых, если Международный Суд объявил его незаконным<sup>82</sup>. Хотя в своем комментарии Лаутерпахт высказывает мысль, что этот принцип в его нынешней формулировке «пользуется общим — если не всеобщим — признанием», толковать его следует очень осторожно<sup>83</sup>. Лаутерпахт рассматривает случай недействительности договора, которым нарушаются права третьей стороны, и приходит к выводу, что «подлинная причина» недействительности в подобных случаях состоит в том, что объектом таких договоров является «деяние, которое незаконно по международному обычному праву»<sup>84</sup>. Но даже если договор непосредственно не затрагивает интересы третьих государств, он все равно может считаться незаконным<sup>85</sup>. По мнению Лаутерпахта, основанием для незаконности является то, что подобные договоры «нарушают нормы, которые приобрели статус общепринятых — и, в этом смысле, обычных — норм международного права»<sup>86</sup>. В этом смысле суть незаконности договора, по Лаутерпахту, состоит в том, что договор противоречит международному праву. То есть, из этого можно сделать вывод, что договор не должен отступать от норм международного обычного права. Такое утверждение не могло найти поддержки в международном праве. Чтобы устранить это явное противоречие, Лаутерпахт поясняет, что критерием незаконности «является не столько несоответствие договора международному обычному праву как таковому», сколько «его несоответствие таким важнейшим принципам между-

<sup>76</sup> *Ibid.*, Art. 17, at 27.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> *Ibid.*, Para. 76 of the Commentary, at 40.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> *Ibid.* (выделено автором).

<sup>81</sup> Доклад о праве международных договоров, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Х. Лаутерпахтом, A/CN.4/63, *Yearbook...1953, vol. II.*

<sup>82</sup> *Ibid.*, Art. 15, at. 154.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> *Ibid.*, at. 155.

народного права, которые могут рассматриваться как составляющие принципы международного общественного порядка»<sup>87</sup>.

31. После Фицмориса сэра Хэмфри Уолдок, будучи последним Специальным докладчиком Комиссии по теме права международных договоров, также предложил текст, касающийся незаконности договора в силу его несоответствия нормам *jus cogens*<sup>88</sup>. В соответствующем проекте статьи сэра Хэмфри Уолдок высказал мысль о том, что договор «противоречит международному праву и является недействительным, если его объект и его исполнение предполагают нарушение общей нормы или принципа международного права, имеющего характер *jus cogens*»<sup>89</sup>. В комментарии к этому положению он отмечает, что, хотя концепция *jus cogens* вызывает споры<sup>90</sup>, «становится все труднее обосновать мнение, что в конечном итоге не существует такого международного общественного порядка или такой нормы, от которой государства не могут отступить по своей воле»<sup>91</sup>. Тем не менее он предупреждает, что нормы, имеющие характер *jus cogens*, являются скорее исключением, чем правилом<sup>92</sup>.

32. Идея о том, что договор является ничтожным, если он противоречит основополагающим нормам международного права, была в целом положительно воспринята как в Комиссии, так и за ее пределами<sup>93</sup>. По мнению членов Комиссии, принцип недействительности договора по причине его несоответствия нормам *jus cogens* имеет важное значение<sup>94</sup>. Хотя имелись разногласия в отношении формулировки, а также правовой и теоретической основы этого предложения, само по себе оно не ставилось под сомнение<sup>95</sup>. В 1966 году, выразив

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> Второй доклад о праве международных договоров, подготовленный Специальным докладчиком г-ном сэром Хэмфри Уолдоком, A/CN.4/156 и Add 1–3, *Yearbook...1963*, vol. II, at 36.

<sup>89</sup> *Ibid.*, Art. 13, at. 52.

<sup>90</sup> *Ibid.*, para. 1 of Commentary to Art. 13, at 52.

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> *Ibid.*, para. 2 of Commentary to Article 13, at 53 («Кроме того, неоспорим тот факт, что большинство общих норм международного права не имеют такого характера и что государства могут отступать от них посредством заключения соглашения»).

<sup>93</sup> См., например Alexidze (n 30), at 230.

<sup>94</sup> например, Summary Record of the 682<sup>nd</sup> Meeting, *Yearbook...1963*, para. 18, at 54, г-н Розен заявил, что этот принцип с политической и моральной точек зрения имеет «огромное значение». См. также Summary Record of the 683<sup>rd</sup> Meeting, para. 37, at 63, г-н Яссин заявил, что этот принцип «столь важен, сколь и деликатен»; para. 44, at 63, г-н Табиби придерживался того мнения, что «ни одно государство не может игнорировать определенные нормы международного права»; para. 64, at 65, г-н Пал заявил, что «не может быть никаких сомнений в том, что международный общественный порядок в настоящее время существует и что определенные принципы международного права имеют характер *jus cogens*»; Summary Record of the 684<sup>th</sup> Meeting, para. 6, at 68, г-н Ляхс отметил, что концепция *jus cogens* «имеет очень важное значение для современного международного права».

<sup>95</sup> См., например, *ibid.*, Summary Records of the 683<sup>rd</sup> Meeting, para. 29, at 61, г-н Бриггс высказал сомнения в отношении употребления термина «*jus cogens*» и предложил изменить формулировку текста проекта статьи 13 следующим образом: «Договор является недействительным, если его объект противоречит императивной норме общего международного права, отступление от которой допускается исключительно на основании принятой впоследствии нормы общего международного права». Г-н Амаду также выразил мнение, что, возможно, было бы уместнее сослаться на «основополагающую норму права» (Summary Record of the 684<sup>th</sup> Meeting, para. 16, at 68). По вопросу о философской основе

удовлетворение по поводу одобрения правительствами текстов, подготовленных Комиссией, г-н Яссин отметил, что «концепция *jus cogens* в международном праве является неизменной, и ... ни один специалист в области международного права не может оспорить утверждение о том, что два государства не могут договориться об учреждении института рабства или о разрешении пиратства и что любое официальное соглашение на этот счет будет считаться ни больше, ни меньше — ничтожным»<sup>96</sup>. В результате в своем комментарии к версии текста, который в конечном итоге стал статьей 50 проекта статей о праве международных договоров<sup>97</sup>, Комиссия заявила, что «в процессе кодификации права международных договоров следует иметь в виду *то обстоятельство, что в настоящее время существуют определенные нормы и принципы, от соблюдения которых государства не вправе отступать на основании того или иного договорного соглашения*»<sup>98</sup>. В комментарии к проекту статьи 50 Комиссия также заявила, что становится все трудней доказать, что «не существует такой нормы, от которой не могли бы отступить государства по своей воле»<sup>99</sup>. Таким образом, Комиссия четко дала понять, что предлагаемые ею текст является не *lex ferenda*, а *lex lata*.

33. Мнение Комиссии о том, что международное право в том виде, в каком оно находилось на момент принятия проекта статей о праве международных договоров, признает существование общих норм международного права, отступление от которых не допускается, получило широкую поддержку государств в ходе работы Комиссии и на Венской конференции. Например, в своих замечаниях, представленных Комиссии, Нидерланды «одобрили принцип», на котором основывается это положение<sup>100</sup>. Португалия также сочла, что позиция, занятая Комиссией, является «сбалансированной»<sup>101</sup>. В настоящем докладе не-

---

этого понятия см. выступление г-на де Луны, Summary Record of the 684<sup>th</sup> Meeting, para. 58 *et seq.*, at 71. См. также, Summary Record of the 685<sup>th</sup> Meeting, para. 19, г-н де Луна, заслушав обсуждение, касающееся философской базы *jus cogens*, высказал следующие замечания: «Общепризнано, что *jus cogens* составляет часть позитивного права; нет единого мнения в отношении содержания позитивного права, что порождает трудности. Если термин «позитивное право» понимается в значении норм, установленных государствами, то *jus cogens* по определению не является позитивным правом. Но если «позитивное право» понимается как действующие нормы в практике международного сообщества, то тогда *jus cogens* действительно представляет собой позитивное право». См. также Evan Criddle and Evan Fox-Decent 'A Fiduciary Theory of *Jus cogens*' (2009) 34 *The Yale Journal of International Law* 331, at 337.

<sup>96</sup> Summary Record of the 828<sup>th</sup> Meeting, *Yearbook...1966*, vol. I (Part I), para. 26, at p. 38.

<sup>97</sup> See para. 1 of the Commentary to Draft Article 37 of the Draft Articles on the Law of Treaties provisionally adopted by the Commission, in *Yearbook...1963*, vol. II, para. 17, at 189.

<sup>98</sup> *Ibid.*, para. 1 of the Commentary to Draft Article 37 of the Draft Articles on the Law of Treaties (выделено автором).

<sup>99</sup> Para. 1 of the Commentary to Draft Article 37 of the Draft Articles on the Law of Treaties, *Yearbook...1966*, Vol II, 187 at 247. В этом же пункте комментария говорится также, что: «в процессе кодификации права международных договоров необходимо исходить из того, что в настоящее время существуют определенные нормы, отступить от которых с помощью того или иного договорного соглашения государства вовсе не имеют права и изменить которые можно только другой нормой такого же характера».

<sup>100</sup> См. пятый доклад о праве международных договоров, подготовленный Специальным докладчиком сэром Хемфри Волдоком, A/CN.4/183 и Add 1–4, *Yearbook...1966*, vol II, p.1, at p. 21.

<sup>101</sup> *Ibid.* В качестве примеров см. также мнения Соединенных Штатов, at p. 21 («концепция, воплощенная в этой статье, в случае ее правильного применения, будет в значительной

возможно воспроизвести все замечания с выражением поддержки, но можно с уверенностью сказать, что почти все государства поддержали это положение.

34. Хотя замечания государств в целом носили одобрительный характер, несколько государств выразили оговорки. Но возражений против этого положения высказано не было, если не считать одно государство<sup>102</sup>. Так, Соединенное Королевство, не возражая против идеи незаконности договора по причине его несовместимости с императивной нормой, предупредило, что «применение этого принципа должно быть строго ограниченным»<sup>103</sup>. Ирак, со своей стороны, сослался на трудности переноса иерархии правовых норм из внутригосударственного в международное право, в котором, как он отметил, принадлежность «нормы к договорному или обычному праву не определяет ее ценности»<sup>104</sup>. Тем не менее, Ирак заявил, что, хотя в этом вопросе следует действовать очень осторожно, «существование концепции *jus cogens* в международном праве неоспоримо»<sup>105</sup>. Лишь одно государство, Люксембург, не одобрило этого положения<sup>106</sup>. Люксембург выразил мнение, что это положение может вызвать путаницу<sup>107</sup>. Он заявил, что, по его разумению, это положение призвано «привнести в качестве причин ничтожности договора критерии морали и «общественного порядка», подобные тем, которые используются во внутригосударственном праве», и усомнился в том, что «такие концепции можно привнести в международные отношения, которые характеризуются отсутствием какой бы то ни было власти, будь то политической или судебной, способной навязать всем государствам нормы международного правосудия и морали»<sup>108</sup>. Ни одно другое государство, не считая Люксембурга, не поставило под сомнение основной тезис Комиссии в отношении того, что международное право в его нынешнем

степени способствовать утверждению верховенства права в международных отношениях»; Алжира, at p. 21 («делегация Алжира одобряет подход Комиссии к вопросу *jus cogens*»); Бразилии, at p. 21 («несмотря ни на какие теоретические разногласия, эволюция международного сообщества после Второй мировой войны указывает на то, что необходимо признать императивный характер определенных норм»); Чехословакии, at p. 22 («это положение находит широкую поддержку в практике государств и международном праве, и его одобряют власти многих стран»); Эквадора, at p. 22 («делегация Эквадора одобряет предложение Комиссии рассматривать нарушение нормы *jus cogens* как основание для признания договора недействительным»); Франции, at p. 22 («это в самом деле одно из важнейших положений проекта статей»); Ганы, at p. 22 («делегация Ганы одобряет подход Комиссии к концепции *jus cogens*»); и Филиппин, at p. 22 («делегация Филиппин приветствует решение Комиссии признать существование императивных норм международного права»).

<sup>102</sup> См. пункт (1) комментария к проекту статьи 50 (сноска 99) («кроме того, хотя некоторые правительства в своих замечаниях выразили сомнение в отношении целесообразности сохранения этой статьи, если она не будет подкреплена независимым суждением, лишь одно государство поставило под сомнение существование правил *jus cogens* в нынешнем международном праве»).

<sup>103</sup> *Yearbook...1966, vol II*, p. 22.

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> *Ibid.*, at p. 21. См. противоположное мнение Grigory Tunkin “*Jus cogens* in Contemporary International Law” (1971) 3 *University of Toledo Law Review* 107, at 112 («однако замечания правительств Соединенных Штатов, Соединенного Королевства, Франции и некоторых других стран ... указывают на то, что эти правительства фактически выступали против статьи, посвященной *jus cogens*»).

<sup>107</sup> *Yearbook...1966, vol II*, at p. 21.

<sup>108</sup> *Ibid.*

виде дает основание считать ничтожными договоры, которые противоречат некоторым основополагающим нормам. Полагаясь на преобладающую поддержку данного положения, Комиссия приняла проект статьи 50, который гласит:

Договор является ничтожным, если он противоречит императивной норме общего международного права, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер.

35. Проект статьи 50 текста, разработанного Комиссией, — это предшественник того, что в настоящее время является статьей 53 Венской конвенции. О поддержке принципа, на котором основывается проект статьи 50, можно судить по ходу переговоров по тексту, который стал статьей 53 Венской конвенции. Так, Советский Союз заявил, что «договоры, противоречащие [норме *jus cogens*] должны считаться ничтожными *ab initio*», отметив при этом, что эта концепция признается не только Комиссией, но и «видными юристами»<sup>109</sup>. Мексика также заявила, что «характер [*jus cogens*] не вызывает никаких сомнений»<sup>110</sup>, а Израиль отметил, что «сама концепция *jus cogens* является признанным элементом современного позитивного международного права»<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> Г-н Хлестов (Советский Союз), *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26 March — 24 May 1968, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole (A/CONF.39/11)*, Fifty-second Meeting, 4 May 1968, para. 3.

<sup>110</sup> Г-н Суарес (Мексика), *ibid.*, paras 6-8. См. также г-н Кастерн (Финляндия), *ibid.*, para. 11 («в статье 50 справедливо устанавливается важный принцип, который необходимо сохранить в проекте»); г-н Ясин (Ирак), *ibid.*, para. 21 («содержание статьи 50 представляет собой важный элемент любой конвенции по праву международных договоров. Статья отражает реальную ситуацию, определяя последствия существования норм *jus cogens* в области договорного права. Существование таких норм не вызывает никаких сомнений. Ни один юрист не будет отрицать, что договор, противоречащий таким нормам, как запрещение торговли рабами, ничтожен»); г-н Мвендва (Кения), *ibid.*, para. 28 («включив в проект положение, касающееся *jus cogens*, Комиссия международного права одновременно признала реально существующий факт и внесла позитивный вклад в кодификацию и прогрессивное развитие международного права»); г-н Фаттал (Ливан), *ibid.*, para. 42 («почти все юристы и почти все государства признали существование ряда основополагающих норм международного права, отступление от которых недопустимо и на которых основывается организация международного сообщества»); г-н Огундере (Нигерия), *ibid.*, para. 48 («международная мораль теперь воспринимается как один из важнейших элементов международного права, и видные юристы подтвердили принцип существования *jus cogens*, основанный на всеобщем признании устойчивого международного общественного порядка, проистекающего из императивной нормы общего международного права»); г-н Руис Варела (Колумбия), *ibid.*, Fifty-third Meeting, para. 26 («в принципе весь мир признает существование общественного международного порядка, основанного на нормах, отступать от которых государства не имеют права»); г-н Нахлик (Польша), *ibid.*, para. 32 («иерархия норм международного права ... является логичным итогом современного развития международного права [и] больше ни у кого не вызывает сомнений»); г-н Яковидес (Кипр), *ibid.*, para. 68, («признав существование соответствующей нормы в публичном международном праве, Комиссия международного права внесла огромный вклад в кодификацию и прогрессивное развитие международного права»); г-н де ле Гвардия (Аргентина), *ibid.*, Fifty-fourth Meeting, para. 22 («авторы спорят о существовании *jus cogens*. Однако он готов признать, что общее международное право, нарушать которое государства не имеют права, на самом деле существует; признание существования международных норм *jus cogens* попросту является признанием реального факта»); г-н де Кастро (Испания), *ibid.*, Fifty-fifth Meeting, para. 1 («существование

36. Однако несколько государств, поддержав текст, выразили — или дали понять, что испытывают — некоторые сомнения в том, что он является частью *lex lata*<sup>112</sup>. Но в целом государства на Венской конференции восприняли идею *jus cogens* как составной части международного права, и обсуждения в большей степени касались базовых принципов *jus cogens* и предложений редакционного характера. Как отметила Чехословакия, разногласия в отношении статьи 50 проекта статей по праву международных договоров, подготовленного Комиссией, касались того, «как определить *jus cogens*, чтобы обеспечить защиту стабильности договорных отношений»<sup>113</sup>. Большинство поправок, предложенных к проекту статьи, а следовательно и значительная часть обсуждения, были посвящены основным и процедурным принципам определения норм *jus cogens*. Например, Франция, которая многими считалась главным оппонентом концепции *jus cogens* на Венской конференции, не только не возражала против этого принципа, но и настаивала на его ясности<sup>114</sup>. В знак безоговорочной поддержки концепции *jus cogens* Франция заявила на Венской конференции, что «сущность *jus cogens* — это то, что представляет собой неоспоримое выражение всеобщего сознания, общий критерий того, что люди всех национальностей считают священным, а именно уважение к правам человеческой личности и защита этих прав»<sup>115</sup>. Обеспокоенность Франции подготовленным Комиссией проектом статьи 50, которую разделяли несколько других делегаций, сводилась к критериям определения этих норм, чтобы не допустить злоупотребления понятием *jus cogens* в результате одностороннего применения<sup>116</sup>. Опасения Со-

---

императивных норм международного права представляется столь очевидным, что даже говорить об этом излишне. Тем не менее Комиссия международного права поступила правильно, включив статью 50 в проект конвенции, учитывая настойчивость меньшинства, либо полностью отрицающего существование *jus cogens*, либо жестко ограничивающего рамки этого понятия); г-н Флайшхауэр (Германия), *ibid.*, para. 31 («отметил, что лишь несколько ораторов отрицают существование определенных норм *jus cogens* в международном праве, и заявил, что его делегация, как и большинство других делегаций, считает, что в международном праве такие нормы существуют»).

<sup>111</sup> Г-н Розен (Израиль), *ibid.*, Fifty-fourth Meeting, para. 36.

<sup>112</sup> Г-н Альварес Табио (Куба), *ibid.*, Fifty-second Meeting, para. 34 («статья 50 представляет собой важный вклад в прогрессивное развитие международного права, и его делегация решительно выступает в ее поддержку»); г-н Фаттал (Ливан), *ibid.*, Fifty-second Meeting, para. 42 («несмотря на идеологические трудности, в настоящее время рождается общая философия ценностей»); г-н Ратсимбазафи (Мадагаскар), *ibid.*, Fifty-third Meeting, para. 21 («сформировавшись и будучи признана как таковая, эта концепция будет играть все более важную роль в праве и жизни международного сообщества»).

<sup>113</sup> Г-н Смейкал (Чехословакия), *ibid.*, Fifty-fifth Meeting, para. 24.

<sup>114</sup> Г-н де Брессон (Франция), *ibid.*, Fifty-fourth Meeting, para. 27 (Франция «едва ли может что-либо возразить против такой нормы [*jus cogens*]»).

<sup>115</sup> *Ibid.*, para. 32.

<sup>116</sup> *Ibid.*, para. 28 («проблема, которая возникла на нечетко обозначенной границе между моралью и законом, состоит в том, как узнать, какие принципы предлагаются в качестве имеющих столь серьезные последствия, что они делают международные соглашения ничтожными, независимо от воли заключивших их государств»); para. 29 («в этой статье в ее нынешнем виде ничего не говорится о том, как можно признать правовую норму в качестве имеющей характер *jus cogens*, если в ходе обсуждений предлагались разные и зачастую противоречивые толкования ее содержания... Кроме того, не предусматривается никакого юрисдикционного контроля за применением этой новой и нечетко сформулированной концепции»). См. также г-н Рей (Монако), *ibid.*, Fifty-sixth Meeting, para. 32 («Монако приветствует введение концепции *jus cogens* в позитивное международное право, но испытывает обеспокоенность тем, как она может быть

единенных Штатов также показательны в этом плане. Соединенные Штаты «приняли принцип *jus cogens* и согласны с его включением в конвенцию»<sup>117</sup>. Однако, по мнению Соединенных Штатов, «государство не может выйти из договора, внезапно приняв в одностороннем порядке концепцию *jus cogens* в применяемых международных нормах, и не может претендовать на то, чтобы навязать другим государствам свое мнение о более высокой морали, воплощенной в норме *jus cogens*»<sup>118</sup>. Поэтому, как и Франция, Соединенные Штаты предложили поправку, предписывающую более конкретно изложить критерии определения норм *jus cogens*. Соединенное Королевство также «не оспаривало, что в настоящее время международное право содержит определенные императивные нормы, имеющие смысл, который вкладывается в термин, используемый в статье 50»<sup>119</sup>. Тем не менее у Соединенного Королевства «вызывала беспокойство неопределенность, которую порождает статья 50, в отсутствие достаточно четкого определения методов выявления соответствующих императивных норм»<sup>120</sup>. Таким образом, хотя и продолжались серьезные споры и некоторые государства высказывали беспокойство в отношении концепции *jus cogens*, эта беспокойность в большей степени касалась деталей и применения нормы, содержащейся в тексте, чем самой нормы. Чтобы снять беспокойность некоторых государств в отношении неопределенности, Венская конференция приняла подпункт (а) статьи 66, который разрешает любой из сторон в споре о применении или толковании статей Венской конвенции, касающихся *jus cogens*, «передать [этот спор] на решение Международного Суда».

использована»); г-н Донс (Норвегия), *ibid.*, Fifty-sixth Meeting, para. 37, («статья не дает ответа на ряд важных вопросов, а именно, что представляют собой существующие нормы *jus cogens* и каким образом такие нормы возникли? В тексте, подготовленном Комиссией, говорится о последствиях таких норм, но не дается их определение, что может привести к возникновению серьезных споров между государствами, и не предусматриваются эффективные методы урегулирования таких споров. В результате это может серьезно подорвать стабильность и надежность международных договорных отношений»); г-н Эвригенис (Греция), *ibid.*, Fifty-second Meeting, para. 18 («можно говорить о всеобщем признании существования *jus cogens* на данном этапе развития международного права, но все еще сохраняются некоторые сомнения в отношении содержания этой нормы»). В то же время см. заявление г-на Болитиняну (Румыния), *ibid.*, Fifty-fourth Meeting, para. 58 («моя делегация не считает, что имеются какие-либо веские основания утверждать, что будет трудно объективно установить содержание нормы *jus cogens* и есть опасность того, что каждое государство будет произвольно определять ее содержание») и г-н Кутиков (Болгария), *ibid.*, para. 70 («моя делегация удивлена, что другие делегации сомневаются, принимать ли принцип, провозглашенной в статье 50, исключительно по той причине, что его содержание еще не определено. Ни один важный принцип, регулирующий международную жизнь, до своего провозглашения никогда не откладывался до той поры, пока не будут подробно учтены все его возможные практические последствия»).

Г-н Фаттал (Ливан) (сноска 112), para. 45, отвечая на опасения в отношении злоупотребления этой нормой, заявил также, что «здесь нет ничего нового; любая норма международного права может быть использована в качестве предлога».

<sup>117</sup> Г-н Суини (Соединенные Штаты), *ibid.*, Fifty-second Meeting, para. 16.

<sup>118</sup> *Ibid.*, para. 15.

<sup>119</sup> Г-н Синклер (Соединенное Королевство), *ibid.*, Fifty-third Meeting, para. 53.

<sup>120</sup> *Ibid.* См. также г-н Фуджисаки (Япония), *ibid.*, Fifty-fifth Meeting, para. 30 («его делегация твердо убеждена в том, что ни одно государство не вправе прибегать к статье 50, не согласившись с обязательной юрисдикцией Суда»).



37. Однако на Венской конференции несколько государств выразили оговорки в отношении самого принципа *jus cogens*. В то время Турция считала, что концепция *jus cogens* и ее формулировка, предложенная Комиссией в проекте статей, «были абсолютно новыми»<sup>121</sup>. По ее мнению, проект статьи 50 касается «не вполне устоявшейся, а новой нормы, с помощью которой предпринимается попытка привнести в международное право на основе договора концепцию „общественного порядка“»<sup>122</sup>. Турция заявила, что по этой причине она не может поддержать включение этого положения<sup>123</sup>. Австралия, сославшись на отсутствие практики в области *jus cogens*, также заявила, что «без какого-либо, хотя бы иллюстративного, всеобъемлющего перечня или четкого определения тех норм общего международного права, которые имели бы характер *jus cogens*, правительство Австралии считает, что было бы неправильно включать в конвенцию о праве международных договоров статью в ее нынешней формулировке»<sup>124</sup>.

38. Из сказанного выше становится ясно, что во время принятия Венской конвенции как члены Комиссии, так и государства, за немногими исключениями, были согласны с идеей *jus cogens*. Кроме того, теоретики права в то время также в целом соглашались, что существуют определенные нормы общего международного права, которые государства не могут нарушать. Например, Макнейр, в своей работе, написанной за пять лет до принятия подготовленного Комиссией проекта статей о праве международных договоров, отмечал, что «трудно представить общество... законодательство которого не устанавливало бы никаких ограничений свободы заключения договоров»<sup>125</sup>. То же самое относится, продолжал он, к международному праву, «хотя судебные и арбитражные источники не дают достаточного количества рекомендаций в отношении применения этих принципов»<sup>126</sup>.

39. Кроме того, были случаи, даже до принятия проекта статей Комиссии или Венской конвенции, когда государства ссылались на действительность норм *jus cogens*. Например, в 1964 году Кипр, сославшись на концепцию императивных норм, оспорил действительность Договора о гарантиях 1960 года между Кипром, Соединенным Королевством, Грецией и Турцией<sup>127</sup>. Кроме того, хотя в этот период Международный Суд и не применял концепцию *jus cogens*, она явно имела в его арсенале. Сам Суд, не вынося решения по *jus cogens*, упоминал эту концепцию в *делах о континентальном шельфе Северного моря*<sup>128</sup>. Кроме того, судьи Международного Суда в своих мнениях непосредственно ссылались на концепцию *jus cogens*. Например, судья Фернандес, говоря об ис-

<sup>121</sup> Г-н Мирас (Турция), *Ibid.*, Fifty-third Meeting, para. 1.

<sup>122</sup> *Ibid.*, para. 6.

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> Г-н Харри, *Ibid.*, Fifty-fifth Meeting, para. 13.

<sup>125</sup> McNair, *Law of Treaties* (Oxford University Press, 1961), at 213 *et seq.*

<sup>126</sup> *Ibid.* at 214.

<sup>127</sup> Hannikainen (n 25), at 148. Подробное обсуждение этого вопроса см., в частности, Jacovides (n 39), at 39 *et seq.*

<sup>128</sup> *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, *ICJ Reports* 1969, p. 3, para. 72 («даже если и не пытаться вникать в суть вопроса *jus cogens*, не говоря о том, чтобы высказываться на эту тему, хорошо известно, что на практике в конкретных обстоятельствах или между конкретными сторонами могут быть случаи отступления от норм международного права на основании соглашения»).

ключении из нормы *lex specialis*, заявил, что «несколько норм *cogente* имеют преимущественную силу над любыми конкретными нормами»<sup>129</sup>. Судья Танака в своем особом мнении *по делам, касающимся Юго-Западной Африки (второй этап)*, заявил, что «закон, касающийся защиты прав человека, можно считать относящимся к категории *jus cogens*»<sup>130</sup>. В период, предшествующий принятию Венской конвенции, были даже случаи ссылок на концепцию *jus cogens* в национальных судах<sup>131</sup>.

40. После обстоятельного обсуждения, которое продемонстрировало общую поддержку идеи императивных норм, Венская конференция приняла несколько измененный вариант текста, предложенного Комиссией, в качестве статьи 53<sup>132</sup>:

Договор является ничтожным, если в момент заключения он противоречит императивной норме общего международного права. Для целей настоящей Конвенции императивная норма общего международного права является нормой, которая принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер.

41. Этот краткий исторический анализ показывает, что, по крайней мере до принятия Венской конвенции в 1969 году, идея императивных норм международного права являлась элементом международного права. Государства, которые ставили под сомнение целесообразность включения такой нормы в Венскую конвенцию, делали это не потому, что считали, что такие нормы не являются частью международного права, а потому, что их смущало отсутствие ясности в отношении конкретных норм, которые достигли статуса *jus cogens*. Как отмечалось в пункте 36 выше, эта конкретная проблема была решена за счет включения положения об урегулировании споров, которое дает государствам возможность обращаться в Международный Суд в случае возникновения спора в отношении *jus cogens*. Эта концепция пережила разные этапы развития международного права и выдержала испытание различными философскими док-

<sup>129</sup> *Case Concerning Right of Passage over Indian Territories (Portugal v. India) Merits*, Judgment of 12 April 1960, *ICJ Reports* 1960, p. 6, Dissenting opinion of Judge *ad hoc* Fernandez, at para. 29.

<sup>130</sup> *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase*, Judgment of 18 July 1966, *ICJ Reports* 1966, p. 6, Dissenting opinion of Judge Tanaka, at p. 298. См. также *North Sea Continental Shelf Cases* (n 118), dissenting opinion of Judge Tanaka, at p. 182, в своем особом мнении судья Танака отметил, что оговорки, противоречащие принципу *jus cogens*, являются ничтожными; см. также особое мнение судьи Морено Кинтаны, *Case Concerning the Application of the Convention of 1902 Governing Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, Judgment of 28 November 1958, *ICJ Reports* 1958, p. 55, at pp. 106-107, в котором он признал, что ряд норм имеет «императивный характер и всеобщий охват».

<sup>131</sup> См., например, *Beschluß des Zweiten Senats*, 7 April 1965, *BVerfGE*, 18, 441 (449), в этой работе говорится, что Конституционный суд Германии поддержал договор, в частности, потому, что норма, на основании которой оспаривалось конкретное положение, 'würde nicht zu den zwingenden Regeln des Völkerrechts gehören' («не относилась к категории императивных норм международного права»).

<sup>132</sup> Комиссия также включила статью 64 (о возникновении новой императивной нормы общего международного права) и статью 71 (о последствиях недействительности договора, противоречащего императивной норме общего международного права).

тринами, которые выдвигались для объяснения основы международного права и его обязательного характера. В то же время исторический анализ показывает также, что содержание и критерии императивных норм, особенно на этапе кодификации, который завершился принятием Венской конвенции, были трудны для восприятия.

## V. Правовой характер *jus cogens*

42. Хотя концепция *jus cogens* как составной части международного права, то есть *lex lata*, не вызывает серьезных сомнений<sup>133</sup>, критерии ее определения и ее содержание по-прежнему порождают споры. Разногласия в отношении критериев определения норм *jus cogens* и некоторых норм, которые подпадают под эту категорию, проистекают главным образом из разного философского подхода к основам *jus cogens* и разного толкования содержания этой концепции. Для объяснения понятия *jus cogens* выдвигался ряд фундаментальных теорий — от доктрины естественного права до позитивизма. Хотя разрешение теоретических споров, касающихся *jus cogens*, не является целью настоящего доклада или рассмотрения данной темы, любые попытки выделить критерии для определения этого понятия — а также его последствий — должны основываться на анализе теоретических размышлений о происхождении этой концепции. Поэтому разбора споров избежать не удастся. Кроме того, даже если это не позволит найти «решение» теоретических споров, работа Комиссии должна основываться на конкретном и практическом понимании природы *jus cogens*, что требует анализа некоторых теоретических базовых принципов, которые выдвигались в качестве обоснования. Именно исходя из этих соображений в настоящем разделе приводится обзор теоретических споров о *jus cogens*.

43. Правовая природа *jus cogens* затрагивает не только теоретические или философские основы этой концепции. Она затрагивает также ту роль *jus cogens*, без учета Венской конвенции, которая уже признается Комиссией<sup>134</sup>. Хотя общепризнано, что концепция *jus cogens* является составной частью международного права, некоторые авторы по-прежнему не уверены в том, какое место она занимает в позитивном международном праве<sup>135</sup>. В этой связи необ-

<sup>133</sup> Pavel Šturma, “Human Rights as an Example of Peremptory Norms of General International Law”, in Pavel Šturma, Narciso Leandro Xavier Baez (Eds.) *International and Internal Mechanisms of Fundamental Rights Effectiveness* (Bayern, 2015), at 12.

<sup>134</sup> См., например, статьи 26 и 40 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, резолюция 56/83 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2001 года, приложение; комментарий к проекту руководящих положений 3.1.5.4 и 4.4.3 Руководства по практике в отношении оговорок к международным договорам, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение No. 10 (A/66/10/Add.1)*; пункт 374 доклада Исследовательской группы Комиссии международного права о фрагментации международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права, 13 апреля 2006 года, A/CN.4/L.682, и вывод 33 *Выводов по итогам работы Исследовательской группы по фрагментации международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права, Yearbook...2006*, vol. II (Part Two), para. 251.

<sup>135</sup> См., например, Michael Glennon, “De l’absurdité du Droit Imperatif (*Jus cogens*)” (2006) 11 *Revue Générale de Droit International Public* 529; Arthur M Weisburd “The Emptiness of the Concept of *Jus cogens* as Illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina” (1995) 17 *Michigan*

ходимо высказать короткое замечание в отношении ее позиции в международном праве с учетом событий, произошедших после принятия Венской конвенции.

## A. Место *jus cogens* в международном праве

44. В различных публикациях содержатся критические замечания и возражения против *jus cogens*<sup>136</sup>. Хотя, как уже отмечалось, число тех, кто ставит под сомнение существование этого понятия, быстро уменьшается<sup>137</sup>, необходимо однозначно сказать, что концепция *jus cogens* твердо утвердилась как составная часть современного международного права. Выдвигались самые различные доводы с целью доказать, что она не является — а в некоторых случаях, что не должна являться — элементом международного права. Например, Орахелашвили в качестве доводов, выдвигаемых против *jus cogens*, ссылается на отсутствие практики<sup>138</sup>, на опасения в отношении нерушимости договоров и на несовместимость этого понятия с *pacta sunt servanda*<sup>139</sup>. Кольб в качестве аргументов против *jus cogens* приводит также критические высказывания о том, что концепция *jus cogens* попросту не соответствует характеру и структуре международного права<sup>140</sup>, что *jus cogens* не признается в международном правовом порядке<sup>141</sup>, что в практическом плане *jus cogens* не имеет никаких реальных

---

*Journal of International Law* 1; Gordon Christenson “*Jus cogens*: Guarding Interests Fundamental to International Society” (1988) 28 *Virginia Journal of International Law* 585. Robert Barnidge “Questioning the Legitimacy of *Jus cogens* in the Global Legal Order” (2008) 38 *Israel Yearbook of Human Rights* 199. См. также особое мнение судьи *ad hoc* Сюра в отношении *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment of 20 July 2012, *ICJ Reports* 2012, p. 422, para. 4 («рассмотрим ссылку на *jus cogens*, которая приводится в обосновании, ссылку, которая является совершенно не нужной и не способствует урегулированию споров, как это будет показано далее. Цель этой ссылки *obiter dictum* состоит в том, чтобы добиться признания и придать правовой вес спорной концепции, содержание которой до сих пор не установлено»).

<sup>136</sup> См., например, Kolb (n 27), 15-29. См. также Alexander Orakhelashvili *Peremptory Norms in International Law* (2006), 32-35.

<sup>137</sup> Ulf Linderfalk “The Effect of *Jus cogens* Norms: Whoever Opened Pandora’s Box, Did you Ever Think About the Consequences?” (2008) 18 *European Journal of International Law* 853, at 855.

<sup>138</sup> Orakhelashvili (n 136), at 32, citing Guggenheim.

<sup>139</sup> *Ibid.*, ссылка на Шварценбергера.

<sup>140</sup> See Kolb (n 27), at 15-22. По сути дела, Кольб приводит несколько критических замечаний, которые представляют собой один из вариантов довода в отношении несовместимости. Эти замечания сводятся к следующему: во-первых, концепция *jus cogens* предполагает наличие «некой вышестоящей инстанции, на которую возложена задача обеспечивать исполнение этих норм», чего не может быть в международном праве (16-18); во-вторых, *jus cogens* предполагает проведение различия между «общей законодательной властью» и «субъектами» международного права, что неприемлемо в международном праве, поскольку законотворцы — государства — также являются субъектами международного права (18-21); идея *jus cogens* предполагает наличие иерархии норм, а международное право еще не настолько развито, чтобы иметь такую иерархию (21-22).

<sup>141</sup> *Ibid.*, at 23.

последствий<sup>142</sup> и что *jus cogens* может подорвать основы международного правового порядка<sup>143</sup>.

45. Нет необходимости выдвигать теоретические доводы для опровержения различных критических замечаний, на которые в любом случае уже дан квалифицированный ответ<sup>144</sup>. Для целей Комиссии важно ответить на вопрос, пользуется ли концепция *jus cogens* поддержкой в практике государств и правовой практике международных и национальных судов, то есть в той области, которой занимается Комиссия<sup>145</sup>. Хотя мнения, содержащиеся в юридической литературе, помогают разобраться в правовой практике и заложить основу для ее систематизации, мы должны руководствоваться именно практикой государств и судебными решениями. Как отмечалось в предыдущем разделе, во время принятия Венской конвенции большинство государств считало, что концепция *jus cogens* является составной частью международного права.

46. После принятия Венской конвенции, возможно, именно благодаря этому событию, количество упоминаний *jus cogens* в практике государств и в судебных решениях возросло многократно. Конкретные ссылки на концепцию *jus cogens* в судебной практике Международного Суда говорят сами за себя. После принятия в 1969 году Венской конвенции в вынесенных большинством голосов решениях и постановлениях Международного Суда содержалось 11 конкретных ссылок на *jus cogens*, причем во всех них предполагалось «или, по крайней мере, создавалось впечатление, что предполагается» существование норм *jus cogens* в качестве составной части современного международного права<sup>146</sup>.

<sup>142</sup> *Ibid.*, at 23-24.

<sup>143</sup> *Ibid.*, at 25-27. Кольт отмечает, что имеются различные основания для подобной критики понятия *jus cogens*, в том числе потому, что оно «сопряжена с той опасностью, что некоторые элиты, руководствуясь своими собственными тайными интересами, могут претендовать на то, чтобы говорить от имени международного сообщества (тем самым скрывая свои интересы за красивыми словами) и навязывать угодную им идеологию, прикрываясь убаюкивающими либеральными рассуждениями об императивных нормах». См. также заявление Южной Африки, A/C.6/66/SR/13, пункт 7, («некоторые правовые комментаторы утверждают, что концепции *jus cogens* и обязательства *erga omnes*, которые имеют центральное значение для принципа универсальной юрисдикции, на практике зачастую используются в качестве инструментов борьбы за гегемонию»). Сравни высказывания Томушата (сноска 50), at 20, который заявил, что «могущественные государства никогда не дружили с *jus cogens*. Они сознают, что последствия *jus cogens* могут привести к изменению расстановки сил в пользу международных судебных органов...». Интересно, что, возражая против предложенной Комиссией формулировки *jus cogens*, Франция заявила, что отсутствие ясности невыгодно «более слабым» государствам. См. заявление де Брессона (Франция), *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26 March — 24 May 1968, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*, A/CONF.39/11, Fifty-fourth Meeting, para. 28.

<sup>144</sup> См. Kolb (n 27), at 15 *seq.* и Orakhleshvili (n 136), at 32 *et seq.*

<sup>145</sup> См. заявление Соединенных Штатов (сноска 7), at p. 20 («учитывая относительную скудность прецедентов по данному вопросу, он настоятельно призывает Комиссию обратить особое внимание на договорную практику, особенно практическую реализацию норм, закрепленных в Венской конвенции, и на другую практику государств, которая отражает характер и содержание концепции *jus cogens*, критерии ее формирования и вытекающие отсюда последствия. Любая исследовательская и аналитическая работа, основанная на мнениях, выраженных государствами, вполне может принести пользу»).

<sup>146</sup> Недавние ссылки Суда на *jus cogens* см. следующие дела: *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and*

Например, в деле о действиях военного или полувоенного характера Суд, не принимая конкретного решения по концепции *jus cogens*, заявил, что государства и Комиссия рассматривают запрещение применения силы как норму *jus cogens*<sup>147</sup>. Если говорить о той двойственности, которая присутствует в заявлении Суда о *jus cogens*, то, как представляется, она в большей степени относится к вопросу о том, подпадает ли запрещение под категорию *jus cogens*, чем к самой концепции *jus cogens*<sup>148</sup>. Консультативное заключение Международного Суда о законности угрозы ядерным оружием или его применения представляет собой еще один пример того, как Суд признает концепцию *jus cogens*, не принимая по ней решения<sup>149</sup>. Хотя Суд и заявляет, что «ему нет необходимости выносить решение по данному вопросу», это очевидно объясняется тем, что, по мнению Суда, стоящая перед ним проблема не требует отвечать на «вопрос о характере нормы гуманитарного права, которая распространяется на применение ядерного оружия»<sup>150</sup>. Но Суд, конкретно высказавшись в отношении характера *jus cogens*, явно признает это понятие в качестве составной части международного права<sup>151</sup>. Гораздо более определенным в вопросе о признании *jus cogens* как составной части современного международного права Суд был в деле *Вооруженная деятельность на территории Конго*, в котором он не только сослался на *jus cogens*, но и квалифицировал запрещение геноцида как норму, «несомненно» имеющую характер *jus cogens*<sup>152</sup>.

47. Помимо конкретного упоминания концепции *jus cogens* в решениях и заключениях Международного Суда, вынесенных большинством голосов, на эту концепцию было сделано в общей сложности 78 прямых ссылок в особых мне-

*Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Judgment of 26 February 2007, *ICJ Reports* 2007, p. 43, para. 147-184; *Accordance with International Law of The Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion of 22 July 2010, *ICJ Reports* 2010, p. 403; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, *ICJ Reports* 2012, p. 99, at para. 92 *et seq*; *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment of 20 July 2012, *ICJ Reports* 2012, p. 422, para. 99-100; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, ICJ Judgment of 3 February 2015, para. 87.

<sup>147</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, *ICJ Reports* 1986, p. 14, para. 190 («представители государств в своих заявлениях часто называют *jus cogens* не просто принципом обычного международного права, а его основополагающим или важнейшим принципом... [и] Комиссия международного права в ходе своей работы по кодификации права международных договоров выразила мнение, что «содержащиеся в Уставе нормы, касающиеся запрещения применения силы, сами по себе представляют явный пример нормы, имеющей характер *jus cogens*»).

<sup>148</sup> Cf. James Green 'Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force' (2011) *Michigan Journal of International Law* 215, at 223 («этот автор считает, что Суд пришел к выводу, что запрещение применения силы является императивной нормой, хотя следует признать, что другие авторы иначе трактуют данное заключение»).

<sup>149</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, *ICJ Reports* 1996, 226.

<sup>150</sup> *Ibid.*

<sup>151</sup> *Ibid.* («вопрос о том, подпадает ли та или иная норма под категорию *jus cogens*, относится к характеру этой нормы»).

<sup>152</sup> *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v. Rwanda)*, Judgment of 3 February 2006, *ICJ Reports* 2006, p. 6, para. 64.

ниях членов Суда<sup>153</sup>. Эта концепция пользуется также явным признанием в юриспруденции других международных судов и трибуналов<sup>154</sup>. Например, в деле *Кайшемы* Международный уголовный трибунал по Руанде заявил, что «[запрещение] преступления геноцида считается нормой международного обычного права и, более того, нормой *jus cogens*»<sup>155</sup>. По делу *Ниурамасухуко* Апелляционная камера Трибунала также отметила, что на дискреционные право Совета Безопасности определять преступления против человечности «распространяется действие императивных норм международного права (*jus cogens*)»<sup>156</sup>. На концепцию *jus cogens* делаются ссылки и в решениях национальных судов<sup>157</sup>. Например, в деле *Юсуф* против *Самантара* Апелляционный суд Соединенных Штатов заявил, что «будучи предметом международного и внутрисударственного права, нарушения норм *jus cogens* по определению яв-

<sup>153</sup> Примеры мнений отдельных судей после принятия Венской конвенции включают: особое мнение судьи Аммуна по делу *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain) Second Phase*, Judgment of 5 February 1970, *ICJ Reports* 1970, p. 3, at 304 («таким образом, и в без того обширной практике Организации Объединенных Наций концепция *jus cogens* обретает еще большую действительность в результате ратификации в качестве императивной нормы международного права принципов, содержащихся в преамбуле к Уставу»); особое мнение заместителя Председателя Аммуна в деле *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, *ICJ Reports* 1971, p. 16, at 77 *et seq* («справедливо рассматривал акт применения силы с целью подорвать реализацию права на самоопределение в качестве акта агрессии, который является тем более вопиющим, что право на самоопределение является нормой, имеющей характер *jus cogens*, отступление от которой недопустимо ни при каких обстоятельствах»); особое мнение судьи Швелеба в деле *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application*, Judgment of 26 November 1984, *ICJ Reports* 1984, p. 392, para. 88 («хотя и существуют немалые разногласия в отношении сферы применения *jus cogens*, важно напомнить, что в Комиссии международного права и на Венской конференции по праву международных договоров было достигнуто общее мнение в отношении того, что, если *jus cogens* и имеет какое-либо согласованное зерно, то это пункт 4 статьи 2»); особое мнение судьи Лаутерпахта по делу *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)) Further Requests for the Indication of Provisional Measures*, Order of 13 September 1993, *ICJ Reports* 1993, p. 325, para. 100 («это объясняется тем, что запрещение геноцида... по общему признанию имеет статус не обычной нормы международного права, а нормы *jus cogens*. Иными словами, запрещение геноцида давно рассматривается в качестве одного из немногих несомненных примеров нормы *jus cogens*»); особое мнение судьи Рандзевы по делу *Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment of 30 June 1995, *ICJ Reports* 1995, p. 90, at 45 («концепция *jus cogens* входит в сферу позитивного права»); и особое мнение судьи Кансаду Триндаде по вопросу *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, Counter-Claim, Order of 6 July 2010, *ICJ Reports* 2010, p. 310 at («основной принцип равенства перед законом и недискриминации является неотъемлемой составляющей всего функционирования государственной власти и в настоящее время переходит в область *jus cogens*»).

<sup>154</sup> См., например, *Prosecutor v. Furundžija* (IT-95-17/1), 10 December 1998 (ICTY) и *Delimitation of Maritime Boundary between Guinea-Bissau and Senegal*, Arbitral Award, 31 July 1989, UNRIIAA, vol. XX, p. 119.

<sup>155</sup> *Prosecutor v. Kayishema et al* (ICTR-95-1), Trial Judgement, 21 May 1999 (ICTR), para. 88.

<sup>156</sup> *Prosecutor v. Nyiramasuhuko* (ICTR-98-42), Appeals Judgement, 14 December 2015, para. 2136.

<sup>157</sup> См. известное дело *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), 24 March 1999, House of Lords, [2000] 1 AC p. 147.

ляются актами, которые официально не могут быть разрешены сувереном»<sup>158</sup>. Высокий суд Кении в деле *Кенийская секция Международной комиссии юристов против Генерального атторнея* также постановил, что «обязанность осуществлять судебное преследование в связи с международными преступлениями превратилась в норму *jus cogens* и международного обычного права»<sup>159</sup>. Конституционный суд Южной Африки, со своей стороны, отметил, что «обязанность государства не допускать безнаказанности... особенно проявляется в отношении таких норм, как запрещение пыток, которые широко признаются в качестве императивных норм, а следовательно, не допускающих отступления»<sup>160</sup>. Концепция существования императивных норм в международном праве отражена также в региональной судебной и квазисудебной практике<sup>161</sup>. В деле о высланных доминиканцах и гаитянах Межамериканский суд по правам человека заявил, что «принцип равной и эффективной защиты со стороны закона и недискриминации» является нормой *jus cogens*<sup>162</sup>.

48. Государства также часто ссылаются на *jus cogens* или императивные нормы в своих выступлениях на различных форумах. Помимо выступлений, кон-

<sup>158</sup> *Yousuf v. Samantar*, Judgement of 2 November 2012 of the United States Court of Appeal, 699 F.3d 763, 776–77 (4th Cir. 2012), at 19). См. также *Farhan Mahamoud Tani Warfaav Yusuf Abdi Ali*, Judgment of 1 February 2016 of the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, No 14-1880, at 18 declining to overturn the holding in *Samantar*.

<sup>159</sup> *Kenya Section of the International Commission of Jurists v. Attorney General & Another*, Judgement of 28 November 2011 of the High Court of Kenya, [2011] *E-Kenyan Law Reports* at 14.

<sup>160</sup> *National Commissioner of the South African Police Service v. the Southern African Human Rights Litigation Centre and Others*, Judgment of 30 October 2014 of the South African Constitutional Court, 2014 (12) *BCLR* 1428 (CC) at para. 4. См. также *East German Expropriation case: Mr. van der M*, judgment of 26 October 2004 of the German Constitutional Court, *B v. R 955/00 ILDC 66 (DE)*, para. 97 («основной закон допускает постепенное признание существования обязательных положений, ... которые не подлежат обсуждению государствами (*jus cogens*)»); *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Judgement of 4 May 2000 of the Hellenic Supreme Court, Case No 11/2000, решение, в котором признается, что преступления, совершенные подразделением СС против гражданского населения греческой деревни, представляют собой нарушение норм *jus cogens*. См. также *Ferrini v. Republica Federale di Germania*, Judgement of 11 March 2004 of the Italian Corte di Cassazione, Case no. 5044, в котором Суд признал, что депортация и использование принудительного труда являются международными преступлениями, на которые распространяются нормы *jus cogens*.

<sup>161</sup> См., например, *Al-Adsani v. UK* (Application No. 35763/97), Judgment of 21 November 2001 of the European Court of Human Rights; см. также *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. Netherlands*, App No. 65542/12 (ECHR 2013), Judgment of 11 June 2013 of the European Court of Human Rights, para.4.3.9; («Что касается права на гражданство, то суд вновь подчеркивает, что норма *jus cogens* требует, чтобы государство (*sic*) ...воздерживалось от принятия постановлений дискриминационного характера...»); см. также *Mohammed Abdullah Saleh Al-Asad v. The Republic of Djibouti* (Communication 383/10), Decision of May 2014 of the African Commission on Human and Peoples' Rights, para. 179. Подробный анализ правовой практики Межамериканского и Европейского судов см. Šturma (n 133), at 15 *et seq.*

<sup>162</sup> *Case of Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, Judgement of 28 August 2014 of the Inter-American Court of Human Rights, para. 264. См. также *Case of Mendoza et al v. Argentina*, Judgement of 14 May 2013 of the Inter-American Court of Human Rights, para. 199 («во-первых, Суд вновь ссылается на положение своего прецедентного права, которое гласит, что в настоящее время абсолютное запрещение пыток, как физических, так и психологических, подпадает под действие международной концепции *jus cogens*...»).



кретно посвященных работе Комиссии по теме права международных договоров, можно привести большое количество заявлений, сделанных, например, в Генеральной Ассамблее, особенно в Шестом комитете Генеральной Ассамблее<sup>163</sup>. Государства также нередко упоминают *jus cogens* в своих заявлениях в Совете Безопасности<sup>164</sup>. Заявления, сделанные в международных судах и трибуналах, — где государства зачастую руководствуются в первую очередь стремлением добиться определенного результата, — следует воспринимать с некоторой осторожностью. Тем не менее это говорит о том, что государства часто ссылаются на нормы *jus cogens* в своих заявлениях в международных судебных органах, и Специальному докладчику неизвестно о случаях, когда в международном суде или трибунале государство оспаривало бы концепцию *jus cogens* как составную часть современного международного права<sup>165</sup>. Но что более показательно, даже в случаях, когда в интересах государства было бы от-

<sup>163</sup> Разумеется, имеется бесчисленное количество заявлений, посвященных *jus cogens*, в контексте работы Комиссии, особенно ее работы в области права международных договоров. Но было сделано немало ссылок на *jus cogens* и в других контекстах. См., например, заявление Казахстана, A/C.6/63/SR.7, пункт 55 (делегация «высказывается в поддержку строгого и безусловного соблюдения императивных норм международного права, которые формируют основу современного миропорядка, и поддерживает усилия международного сообщества по решению важных насущных проблем на основе международного права»); заявление Азербайджана, A/C.6/63/SR.8, пункт 12; и заявление Туниса, A/C.6/64/SR12, пункт 16.

<sup>164</sup> См., например, заявление г-на Нисиробу (Япония), 2350-е заседание Совета Безопасности от 3 апреля 1982 года («мы подчеркиваем, ... что это не только один из самых основополагающих принципов Устава, но и одна из важнейших норм общего международного права, отступление от которой не допускается международным сообществом. Иными словами, принцип неприменения силы является императивной нормой международного права»); заявление г-на аль-Араби (Египет), 3505-е заседание Совета Безопасности от 28 февраля 1995 года (S/PV.3505) («в области права в международном сообществе сложился консенсус, что существуют императивные (*sic*) нормы международного права, более известные как нормы *jus cogens*. Эти нормы нельзя нарушать...»); заявление г-на Коштуницы (Сербия и Черногория), 5289-е заседание Совета Безопасности от 24 октября 2005 года (S/PV.5289) («... мы не обсуждаем сейчас обязательства государств, не имеющие обязательной силы, речь в данном случае идет о самых строгих нормах международного права — нормах *jus cogens*, — соблюдение которых является непременным условием для всего международного сообщества»); заявление г-на Адеканье (Нигерия), 5474-е заседание Совета Безопасности от 22 июня 2006 года (S/PV.5474) («ситуация, в которой физическое или юридическое лицо включается в список до того, как об этом поставлены в известность затронутые государства, противоречит как императивным нормам справедливого судебного разбирательства, так и принципу верховенства права. Поэтому Нигерия выступает против любого нарушения таких императивных норм»); заявление г-на Майорала, 5679-е заседание Совета Безопасности от 22 мая 2007 года (S/PV.5679) («... борьба с терроризмом должна осуществляться с применением правовых механизмов, основанных на международном уголовном праве и его основных принципах. Вспомним о том, что существуют нормы *jus cogens* международного права, отступить от которых мы не можем»); г-н ан-Насер (Катар), 5779-е заседание Совета Безопасности (S/PV.5779) («статья 103 Устава гласит, что обязательства по Уставу превалируют над всеми другими обязательствами, но это вовсе не означает их преимущества или превосходства над упреждающими (*sic*) нормами *jus cogens*»).

<sup>165</sup> См., например, заявление адвоката Бельгии по делу *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Oral Proceedings, 13 March 2012 (CR 2012/3), para. 3.

рицать существование *jus cogens* в конкретных делах, они не делают этого<sup>166</sup>. Практически ссылки на *jus cogens* содержались не только в заявлениях отдельных стран. Сами органы системы Организации Объединенных Наций в своих резолюциях признавали эту концепцию в качестве составной части международного права. Не считая резолюций о работе Комиссии, в которых часто содержались ссылки на *jus cogens*, Генеральная Ассамблея упоминала *jus cogens*, по крайней мере, в 12 резолюциях, посвященных главным образом запрещению пыток<sup>167</sup>. Следует также отметить, что после принятия проекта статей о праве международных договоров Комиссия стала признавать *jus cogens* и его последствия и в других областях, помимо договорного права<sup>168</sup>.

49. Так, хотя и настоящее время могут продолжаться теоретические споры о существовании в современном международном праве концепции *jus cogens*, сами государства никогда не ставили ее существование под сомнение. Даже те три государства, которые не были убеждены в целесообразности рассмотрения Комиссией нынешней темы, не ставили под сомнение саму концепцию *jus cogens*<sup>169</sup>. Так, Паулюс пишет «как представляется, концепция *jus cogens* утратила спорный характер», и «ее последний стойкий противник среди государств, Франция, судя по всему, готова смириться с этой концепцией»<sup>170</sup>. Памятуя о целях работы Комиссии по данной теме, ее обсуждение вполне может содействовать устранению некоторых неопределенностей, связанных с нормами *jus cogens*, но не следует забывать о том, с чего мы начинали, а именно тот

<sup>166</sup> Например, стремясь ограничить действие норм *jus cogens* при рассмотрении дела *Jurisdictional Immunities*, Германия в своем заявлении ни только не оспаривала существование *jus cogens*, но по сути дела положительно оценивала характер отдельных норм в качестве норм *jus cogens*. См., например, Memorial of the Federal Republic of Germany in the *Jurisdiction Immunities case* (n 146), 12 June 2009, para. 86, в котором Германия заявила: «Например, не вызывает сомнения тот факт, что *jus cogens* запрещает геноцид». См. также заявление адвоката Сенегала в деле *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (n 146), Oral Proceedings, 15 March 2012 (CR 2012/4), para. 39, и см. также Counter-Memorial of Senegal in *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, para. 51.

<sup>167</sup> См., например, третий пункт преамбулы резолюции 68/156 Генеральной Ассамблеи о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания («напоминая также, что запрет на пытки является одной из императивных норм международного права и что запрет на жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания признавался международными, региональными и национальными судами в качестве международно-правового обычая»); третий пункт преамбулы резолюций Генеральной Ассамблеи 60/148, 61/153 и 62/148 о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания («напоминая также, что ряд международных, региональных и национальных судов, включая Международный трибунал для судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии с 1991 года, признал, что запрет пыток является одной из императивных норм международного права, и счел, что запрет жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания установлен в международном обычном праве»).

<sup>168</sup> См. примеры, приведенные выше в сноске 134.

<sup>169</sup> См. раздел II, выше.

<sup>170</sup> Andreas Paulus 'Jus cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation: An Attempt at Re-appraisal' (2005) 74 *Nordic Journal of International Law* 297, at 297–298. См., однако, Tomuschat (n 50), at 18 («Тем не менее статьи 53 и 64 по-прежнему относятся к числу тех немногих спорных положений Венской конвенции о праве международных договоров, которые содержат идею прогрессивного развития права»).

факт, что международное право признает, что существуют некоторые нормы, отступление от которых недопустимо.

## **В. Теоретическая основа императивного характера норм *jus cogens***

50. Как вытекает из сказанного выше, одним из наиболее постоянных элементов дискуссии о *jus cogens* является теоретическая основа императивного характера его норм. В разные периоды развития концепции *jus cogens* выдвигались разные теоретические подходы для разъяснения императивного характера норм *jus cogens* в соответствии с нормами международного права. Существуют две основные школы, стремящиеся объяснить характер *jus cogens*, а именно школа естественного права и школа позитивизма<sup>171</sup>. Помимо этих более общих теорий выдвигались и другие. Тем не менее, в обсуждении доктрины превалируют теории именно естественного и позитивного права, и было бы полезно начать оценку с краткого описания и оценки этих теорий. Цель настоящего анализа заключается не в том, чтобы разрешить спор между позитивным правом и естественным правом. Как и в случае спора между позитивным правом и естественным правом в общем контексте международного права, разрешить его, по-видимому, невозможно, да в этом и нет необходимости. Различные теории, выдвигаемые для разъяснения *jus cogens*, подвергаются здесь анализу и оценке для выявления глубинного характера концепции *jus cogens*. Здесь необходимо оговориться: никакой взаимосвязи теории естественного права с *jus cogens*, равно как и взаимосвязи теории позитивного права с *jus cogens* не существует; существуют, скорее, естественно-правовые и позитивистские теории. Однако, время и объем настоящего сочинения не позволяют подробно говорить о каждой из них, по крайней мере, задача написания теоретического исследования в данном случае не ставится. Вместо этого приводятся общие соображения, касающиеся каждой школы мысли.

51. Полезно начать с рассмотрения естественно-правового подхода, поскольку корни *jus cogens*, вне всякого сомнения, следует искать именно в естественно-правовом подходе к международному праву (см. раздел IV.A, выше)<sup>172</sup>. Кроме того, в той мере, в какой *jus cogens* предполагает иерархию, естественное право, основывающееся на идее более высоких норм, независимо от того,

<sup>171</sup> В своей работе 2014 года «Развенчание загадки *jus cogens* в международном праве» (Asif Nameed 'Unravelling the Mystery of *Jus cogens* in International Law' (2014) 84 *British Yearbook of International Law* 52), Асиф Хамид отмечает, что противоборствующие теории следует рассматривать, скорее, как «основанные на согласии», чем как «основанные на несогласии», и что в основе нынешних рассуждений лежит непонимание позитивизма в международном праве. См. в частности, at 55.

<sup>172</sup> См. также Gennady Danilenko *Law Making in the International Community* (Геннадий Даниленко. Законотворчество в международном праве) (Dordrecht, 1993), at 214 и Bruno Simma 'The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law' (Бруно Симма. «Вклад Альфреда Вердросса в теорию международного права») (1995) 6 *European Journal of International Law* 33, at 50. См. также, Orakhelashvili (n 136), at 37–38 («Возможно, «концепция *jus cogens* останется неполной до тех пор, пока в ее основе не будет положена философия ценностей, аналогичных естественному праву», поскольку концепция *jus cogens* вышла из естественной школы ... Не будучи продуктом волеизъявления государств, *jus cogens* аналогичен естественному праву и поэтому недоступен для понимания при применении сугубо позитивистского подхода»).

проистекают ли они из божественного, разумного или какого-либо иного источника морали, послужит, по всей видимости, естественной основой для *jus cogens*<sup>173</sup>. К приверженцам естественно-правового подхода относятся, среди прочих, Марк Джанис и Мери-Эллен О'Коннелл<sup>174</sup>. Эти ученые отмечают, что идея международных норм, превалирующих и выходящих за рамки согласия государства (или свободного волеизъявления государства), может быть объяснена только через естественно-правовую идею высшего закона, основанную на нормах морали и признанных ценностях.

52. Естественно-правовой подход с его историческими привязками к *jus cogens* и схожестью с ним является привлекательным, хотя и у него есть свои сложности<sup>175</sup>. Главную сложность по-прежнему представляет вопрос о том, кто определяет содержательную часть естественного права. Как отмечает О'Коннелл, «представляется, что современная теория естественного права по-

<sup>173</sup> Что касается иерархических моментов *jus cogens*, см. Danilenko, *ibid.* at 211. См. также Hugh Thirlway *The Sources of International Law* (Хью Селуэй. Источники международного права) (Oxford, 2014), at 155 («Концепция императивных норм предполагает иерархию норм: нормы *jus cogens* по определению имеют преимущественную силу по сравнению с договорным положением от противного»). См. также Pierre-Marie Dupuy and Yann Kerbrat *Droit International Public* (Пьер-Мари Дюпуи и Янн Кербрат. Публичное международное право), (11th Edition, Paris, 2012), at 323, относительно новой логики ('celle, révolutionnaire, de l'objectivisme inhérent à la notion de normes impératif, lesquelles s'imposent aux Etats devenus ainsi, au sens le plus littéral, sujets d'un ordre juridique alors doté d'une hiérarchie normative, dominée par le *jus cogens*') («революционная логика объективизма, неизменно присущая понятию императивных норм, имеющих обязательную силу для государств, заставляет их в самом буквальном смысле становиться субъектами правового порядка, в нормативной иерархии которого доминирующую роль играет *jus cogens*»). См. далее, Raphaële Rivier *Droit International Public* (Рафаэль Ривьер. Публичное международное право) (2<sup>nd</sup> Edition, Paris, 2013), at 565.

<sup>174</sup> См., например, Mark Janis 'The Nature of *Jus cogens*' (Марк Джанис. Природа *jus cogens*) (1987) 3 *Connecticut Journal of International Law* 359, at 361 («отличительная характерная суть *jus cogens* такова, я полагаю, что она трансформирует данную концепцию в традиционные представления естественного права»); Janis *An Introduction to International Law* (Джанис. Введение в международное право) (New York, 2008), at 66 *et seq.*; Louis Sohn *The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather than the State* (Луис Сон. Защита прав физических лиц, а не на государства) (1981) 32 *American University Law Review* 1, at 14–15, где содержится ссылка на *jus cogens* как на «практически неизменные» нормы — формулировка, напоминающая доктрину естественного права. Dan Dubois 'The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law? (Дэн Дюбуа. Авторитет императивных норм в международном праве: согласие государства или естественное право?)' (2009) 78 *Nordic Journal of International Law* 133, at 134 («... делается вывод о том, что в случае любой связанной теории императивных норм у субъекта неизбежно есть право прибегнуть к использованию некоторых понятий естественного права»). См. также Mary-Ellen O'Connell 'Jus cogens: International Law's Higher Ethical Norms' (Мари-Эллен О'Коннелл. Юс когенс: Более высокие этические нормы международного права) in Donald Childress (ed.) *The Role of Ethics in International Law* (в издании Дональда Чайлдресса «Роль этики в международном праве») (New York, 2012), especially at 97.

<sup>175</sup> Обсуждение этих моментов, см. Kolb (n 27), at 31. См. также Prosper Weil 'Le droit international en quête de son identité: cour général de droit international public' (Проспер Уэйл. Международное право в поисках своего лица: общий курс публичного международного права) (1992) 237 *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye* 11, at 274; Maurice Kamto, "La volonté de l'État en droit international" (Морис Камто. Воля государства в международном праве), (2004) 310, *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 133, 353

прежнему страдает из-за субъективной зависимости от мнения ученых, судей и должностных лиц». Аналогичным образом, Кольб, критикуя естественно-правовой подход, говорит, что «каждый из нас способен постулировать нормы правосудия [, но] вопрос о том, являются ли эти нормы частью позитивного права, [остаётся] нерешённым»<sup>176</sup>. Помимо момента неопределённости, естественно-правовые подходы к *jus cogens* неизменно вступают в противоречие с текстом Венской конвенции, если только не согласиться с тем, что и она не является действительной<sup>177</sup>. Как отмечает Кольб, утверждая, что императивные нормы могут изменяться только лишь на основании других императивных норм, статья 53 признаёт, что нормы *jus cogens* не являются «неизменными», а именно это составляет отличительную черту естественного права<sup>178</sup>. Далее, если бы естественное право существовало вне времени и пространства — в условиях «неизменности» — то статью 64 Венской конвенции, в которой признаётся возможность возникновения новой императивной нормы, можно было бы назвать, мягко говоря, странной<sup>179</sup>. Ещё один вопрос естественно-правового подхода к *jus cogens* возникает в связи с содержащимся в статье 53 требованием о том, что норма должна «признаваться международно-правовым сообществом государств» — что предполагает некоторое место для «воли» государств в условиях возникновения нормы *jus cogens*.

53. В этой связи многие современные авторы рассматривают *jus cogens* с точки зрения позитивистской школы<sup>180</sup>. В чистом виде позитивное право основывается на идее свободного волеизъявления государств и постулате о том, что нормы международного права создаются только при наличии согласия. Следовательно, государства не могут быть связаны нормами, с которыми они не согласились<sup>181</sup>. Согласно позитивистскому подходу к *jus cogens*, нормы могут стать частью в *jus cogens* только после того, как государства тем или иным образом выразят согласие с ними. Однако, как представляется, это противоречит или, по меньшей мере, не соответствует идее более высокого свода норм, отступления от которого, даже при наличии согласия или волеизъявления государств, не допускаются<sup>182</sup>. В конце концов, *jus cogens* называют даже револю-

<sup>176</sup> O'Connell (n 174), at 86–87. В 79, излагая подход многих приверженцев естественного права, она говорит, что «в настоящее время, как представляется, судьи и ученые при определении норм *jus cogens* просто прислушиваются к своей совести».

<sup>177</sup> Kolb (n 27), at 31.

<sup>178</sup> Id., at 33. По вопросу о неизменности, см. источники, указанные в сноске 43.

<sup>179</sup> Matthew Saul 'Identifying *Jus cogens* Norms: The Interaction of Scholars and International Judges' (Мэтью Сол. Определение норм *jus cogens*: взаимодействие ученых и международных судей) (2015) *5 Asian Journal of International Law* 26 at 31 («... естественно-правовые теории концентрируются вокруг определения ряда установившихся принципов естественного права, в том числе принципов, связанных с человеческими потребностями, тогда как предполагается, что число и характер норм *jus cogens* эволюционирует с учетом меняющегося характера международного сообщества»).

<sup>180</sup> См. Criddle and Fox-Decent (n 95), at 339. См., например, Tunkin (n 106), at 115 («На мой взгляд, нормы общего международного права, имеющие характер *jus cogens*, могут создаваться и, по сути, создаются по согласию между государствами, как и другие нормы общего международного права»).

<sup>181</sup> См. Criddle and Fox-Decent (n 95), at 339.

<sup>182</sup> См. например, Rivier (n 173), at 565 'L'introduction du droit impératif en droit international est une révolution ... Avec le droit impératif, l'accord de volonté n'est plus en tout hypothèse un mécanisme créateur de droit. La validité des relations dépend aussi de leur contenu. Une définition matérielle du droit est ainsi consacrée, et l'on passe d'une conception traditionnelle du droit internationale à un modèle objectif dans lequel l'Etat souverain est assujéti à des

цией против «расчетливого позитивистского цинизма»<sup>183</sup>. Кроме того, трудно понять, почему, если государства обладают свободной волей для установления любых норм, нельзя при наличии согласия отступать от некоторых из них<sup>184</sup>. Даже если будет возможность решить вопрос о возникновении императивных норм на основе согласия или консенсуса, не понятно, почему те государства, которые присоединились к консенсусу, не могут на более позднем этапе отказаться от своего согласия, нанеся таким образом ущерб консенсусу<sup>185</sup>. Вопрос о том, является ли, как об этом было высказано мнение, принятие международного обычного права за основу для *jus cogens* проявлением позитивно-правового подхода, будет предметом рассмотрения второго доклада<sup>186</sup>.

54. Вряд ли можно удивляться тому, что в судебной практике можно найти примеры в поддержку обоих подходов. Даже решения Международного Суда далеко не отличаются ясностью в отношении основы *jus cogens*. В одних случаях Суд, похоже, продвигает естественно-правовой подход к *jus cogens*, а в других, как представляется, полагается на позитивизм и принимает за основу принцип согласия<sup>187</sup>. В не меньшей степени отличаются друг от друга и инди-

---

exigences matérielles supérieurs à sa volonté («применение императивных норм в международном праве — явление революционное ... С применением императивных норм добровольное согласие государств перестает быть законодательским механизмом. Действительность отношений зависит теперь от их сущности. В этом состоит материальное определение права, при этом происходит переход от традиционного понимания международного права к объективной модели, в рамках которой суверенное образование вынуждено действовать в соответствии с материальными факторами более высокого порядка, чем их воля»).

<sup>183</sup> Alain Pellet 'Conclusions' in Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds.) *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus cogens and Obligations Erga Omnes* (Boston, 2005), at 419 (Ален Пеле. «Выводы» в работе под редакцией Кристиана Томшата и Жан-Марка Тувенана «Основные нормы международного правового порядка: *jus cogens* и обязательства *erga omnes*»).

<sup>184</sup> Там же, разъясняя критику позитивистских подходов к *jus cogens* со стороны приверженцев естественного права, Кольб (n 27), at 30, говорит, что она «уходит корнями как раз в согласие или волю государств, которые должны ограничивать и даже оставлять в стороне *jus cogens*. Поэтому разъяснение норм *jus cogens* на основе согласия или воли было бы повтором исходных постулатов». См. также для общего восприятия, Tladi and Dlagnekoва (Тлади и Длагнекова) (n 41), at 112.

<sup>185</sup> Criddle and Fox-Decent (n 95), at 339.

<sup>186</sup> Мнение о том, что нормы обычного международного права как основа *jus cogens* неизбежно подразумевают позитивно-правовой подход, см. там же, at 339 («В ведущей позитивистской теории *jus cogens* императивные нормы трактуются как нормы обычного международного права, приобретшие императивный характер за счет практики государств и *opinio juris*»).

<sup>187</sup> Хотя в консультативном заключении от 28 мая 1951 года *Оговорки к Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него* (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951, *ICJ Reports* 1951, p. 15, p. 4, at p. 23) Суд не квалифицирует запрещение геноцида как *jus cogens*, он, похоже, квалифицирует этот запрет таким образом, который это предполагает, и, кроме того, таким образом, в котором придается меньшее значение согласию государств как элементу права (Суд признает «геноцид „преступлением согласно нормам международного права“», связанным с отказом в праве на существование целых групп населения, отказом, который шокирует совесть человечества и приводит к огромным потерям человечества и идет вразрез с моральными принципами права... Первое следствие этой концепции заключается в том, что принципы, лежащие в основе Конвенции, — это принципы, признанные цивилизованными нациями как имеющие обязательную силу для государств, даже без каких-либо договорных обязательств. Вторым

видуальные мнения судей Международного Суда. Во многих из этих мнений *jus cogens* рассматривается как отрицание позитивизма и как принятие неизменяемого естественно-правового подхода, в то время как в других продвигается подход к *jus cogens*, основанный на позитивном праве<sup>188</sup>.

следствием является универсальный характер как осуждения геноцида, так и сотрудничества, необходимого для освобождения человечества от такого одиозного бедствия... его задача, с одной стороны, состоит в защите самого существования определенных групп населения, а с другой стороны — в подтверждении и защите самых элементарных принципов нравственности”). См. также р. 24, где Суд подчеркивает, что в основе запрещения геноцида лежат «моральные и гуманитарные принципы». См. также дело *Обвинитель против Елишича* (IT-95-10-T), 14 декабря 1999 года (МТБЮ), где Трибунал утверждает, что в консультативном заключении об *Оговорках к Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него* Международный Суд выносит преступление геноцида на уровень *jus cogens*. Однако в том, что можно, по-видимому, считать наиболее ясно выраженной ссылкой Суда на *jus cogens* (Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать) (п 146), пара. 99, Суд применил то, что можно было бы истолковать как подход к идентификации *jus cogens*, основанный на согласии, по крайней мере в той степени, в какой основанным на согласии считается обычное международное право («это запрещение основано на широко распространенной международной практике и на *opinio juris* государств»). Аналогичным образом, носящая предварительный характер ссылка Суда на запрещение применения силы как часть *jus cogens* в деле *О деятельности военных и военизированных подразделений* (п 146), at 190 основана, помимо работы Комиссии, на согласии государств с этим запрещением. В этом документе Суд, помимо работы Комиссии, цитирует частые ссылки представителей государств на запрещение по *jus cogens* и приводит тот факт, что обе стороны в споре согласились с запрещением как частью *jus cogens*.

<sup>188</sup> См., например, заявление судьи Беджауи в консультативном заключении по вопросу *о законности применения ядерного оружия* (п 146), пара. 21 («символичным во всех этих случаях является место, которое сегодня отводится в международном праве таким концепциями, как обязательства *erga omnes* и нормы *jus cogens* ... Сугубо позитивистский, основанный на воле подход в международном праве, еще практиковавшийся в начале нынешнего столетия, ... заменен объективной концепцией международного права»); См. особое мнение судьи *ad hoc* Кречи по делу *о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина против Югославии)*, *Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, ICJ Reports 1996*, р. 595, пара. 43 («*Jus cogens* создает основания для внесения глобальных изменений в связи с государственным суверенитетом в правопорядок, существующий в рамках международного сообщества, и для создания условий, в которых принцип верховенства права может иметь преимущественную силу по отношению к воле государств»); отдельное мнение судьи Рандзеви по делу *о сухопутной и морской границе между Камеруном и Нигерией (Камерун против Нигерии: вступление в дело Экваториальной Гвинеи)*, *Judgment of 10 October 2002, ICJ Reports 2002*, р. 303, пара. 3 («оправданием любого оспаривания принципа консенсуса могут служить только нормы *jus cogens*»); см. отдельное мнение судьи *ad hoc* Дугарда по делу *о вооруженной деятельности на территории Конго (новое заявление: 2002) (Демократическая Республика Конго против Руанды)*, *Юрисдикция Суда и приемлемость заявления*, решение от 3 февраля 2006 года, *ICJ Reports 2006*, р. 6, пара. 10; особое мнение судьи Кансаду Триндаде по делу *о юрисдикционных иммунитетах государства (Германия против Италии)*, *Counter-Claim, Order of 6 July 2010, ICJ Reports 2010*, р. 310, пара. 134 *et seq.* and at 141 («принцип согласия и нормы *jus cogens* настолько несопоставимы, насколько это практически возможно»). Подход, явно основанный на позитивном праве, просматривается в отдельном мнении судьи Оскара Чинна (п 61), at 149, в котором свойственный *jus cogens* характер нормы базируется на согласии государств на применение конкретной нормы и обязательстве в отношении того, что никто из них не будет стремиться к изменению такой нормы; см. также отдельное мнение судьи Аммуна по делу *о компании «Барселона трэкин»* (п 153), at 311–312. См. в частности, особое мнение

55. Судебная практика других судов и трибуналов также не позволяет сделать однозначный вывод в отношении основы императивного характера норм *jus cogens*. В деле Фурунджии, например, Международный трибунал по бывшей Югославии установил связь между имеющим характер *jus cogens* запрещением применения пыток и моральными принципами, лежащими в основе этого запрещения<sup>189</sup>. С другой стороны, в решениях Международного трибунала по бывшей Югославии подчеркивается согласие государств с нормами *jus cogens*<sup>190</sup>. Межамериканский суд по правам человека в одном из своих первых решений, содержащих ссылки на *jus cogens*, придерживался явно естественно-правового подхода, сопоставив «основанную на воле концепцию международного права» с «идеалом построения международного сообщества, отличающегося большей сплоченностью ... с точки зрения права и стремлением к справедливости», при этом последнее должно отражать переход от *jus dispositivum* к *jus cogens*<sup>191</sup>. Отметим также, что в более ранних решениях Суда, касавшихся оценок характера пыток с точки зрения *jus cogens*, основное внимание уделялось не согласию государств с запрещением, а характеру и тяжести преступления пыток<sup>192</sup>. Тем не менее, в ряде решений Межамериканского суда просматривалась тенденция к уделению основного внимания согласию и консенсусу как основе для признания за некоторыми нормами характера *jus cogens*<sup>193</sup>. Кроме того, в нескольких решениях Межамериканского суда отмеча-

---

судьи де Кастро по делу о ядерных испытаниях (*Австралия против Франции*) от 30 декабря 1974 года, *ICJ Reports* 1974, p. 253, at 388 («идея о том, что Московский договор в силу своего характера имеет черты обычного права или *jus cogens*, открыта для некоторых сомнений в силу отсутствия у него универсальности»).

<sup>189</sup> См. например, *Фурунджия* (п 154), para. 153 («в силу тех ценностей, которые призвано защищать [запрещения пыток], данный принцип становится императивной нормой или *jus cogens*»). См. также *Обвинитель против Галича*, (IT-98-29-T), 5 December 2003 (ICTY), para. 98. См. также *дело Елишича* (п 187), para. 60, в котором МТБЮ принял основанное на ценностном принципе определение запрещения геноцида, получившее дальнейшее развитие благодаря определению геноцида, данному Международным уголовным судом.

<sup>190</sup> *Обвинитель против Стакича*, (IT-97-24-T), 31 July 2003 (ICTY), para. 500 («широко признается, что нормы права, изложенные в Конвенции, являются частью обычного международного права и представляют собой *jus cogens*»). См. также *дело Елишича* (п 187), para. 60, в котором Суд, говоря о преступлении геноцида, ссылается на тот факт, что Конвенция о геноциде стала «одним из наиболее широко признанных международных документов в области прав человека».

<sup>191</sup> *Константин и др. против Тринидада и Тобаго*, Judgment of 1 September 2001 (Inter-American Court of Human Rights), para. 38.

<sup>192</sup> *Тибби против Эквадора*, Judgment of September 2004 (МАКПЧ), para. 143, («имеется международно-правовая система, предусматривающая полное запрещение всех форм пыток ... и эта система в настоящее время является частью *jus cogens*»). См. также *Братья Гомес-Пакийяури против Перу*, Judgment of 8 July 2004 (Межамериканский суд по правам человека), para. 112 и *Маррица Уррутия против Гватемалы*, Judgment of 27 November 2003, para. 92. Аналогичная тенденция наблюдается и в ранних решениях, касающихся основанного на *jus cogens* характера насильственных исчезновений. См. например, *Гойбуру и др. против Парагвая*, Judgment of 22 September 2006 (Межамериканский суд по правам человека), para. 84 («сталкиваясь с особой тяжестью таких преступлений и характером ущемленных прав, запрещение насильственных исчезновений людей и соответствующая обязанность проводить расследования приобрели статус *jus cogens*»).

<sup>193</sup> *Осорио Ривера и члены его семьи против Перу*, решение от 26 ноября 2013 года (Межамериканский суд по правам человека), para. 112, в котором Суд постановил, что запрещение насильственного исчезновения приобрело статус *jus cogens* на основе, в частности, «международного соглашения»; *Мендоса и др. против Аргентины*, решение от 14 мая 2013 года (Межамериканский суд по правам человека), para. 199, в котором Суд



ется, что в отличие от подхода, основанного на принципах неизменности естественно-правового подхода, нормы *jus cogens* эволюционируют<sup>194</sup>. Утверждения в подтверждение подходов, основанных как на согласии, так и на принципах естественного права, можно найти и во внутригосударственной судебной практике<sup>195</sup>.

56. Выше приведенный анализ свидетельствует о том, что международные суды и трибуналы не считают ни одну из этих двух доминирующих теорий, используемых для объяснения обязательного характера *jus cogens*, в отдельности достаточной<sup>196</sup>. Есть, конечно же, и другие теории, выдвигаемые для истолко-

назвал в качестве основы для утверждения о носящем характер *jus cogens* запрещении пыток «универсальные и региональные договоры», в которых «устанавливается это запрещение и не допускающее отступлений право не быть подвергнутым пыткам», а также «многочисленные международные документы, [которые] предусматривают это право и подтверждают такое запрещение даже в соответствии с нормами международного гуманитарного права». Аналогичным образом, в решении по делу *Альмонасида-Арельяно и др. против Чили* от 26 сентября 2006 года, пункты 99–99, Суд приходит к выводу, что в 1973 году запрещение преступлений против человечности уже было нормой *jus cogens* на основании нескольких резолюций Генеральной Ассамблеи и общей статьи 3 Женевских конвенций.

<sup>194</sup> См. например, решение Межамериканского суда по правам человека по делу *Надеге Дорзима и др. против Доминиканской Республики* от 24 октября 2012 года, пункт 225 («на сегодняшнем этапе развития международного права основополагающий принцип равенства и недискриминации перешел в область *jus cogens*»); см. также решение Межамериканского суда по правам человека по делу *Атала Риффе и дочери против Чили* от 24 февраля 2012 года, пункт 79. См. в частности, решение Межамериканского суда по правам человека по делу *Дакоста Кадоган против Барбадоса* от 24 сентября 2009 года, пункт 5 («наступит день, когда всеобщим консенсусом, который сегодня представляется не таким уж быстрым делом, будет введено запрещение смертной казни в соответствии с нормами *jus cogens*, как это было в случае запрещения пыток»).

<sup>195</sup> Пример очевидного применения естественно-правового подхода, см. решение Апелляционного суда Соединенных Штатов Америки, девятый округ, по делу *Сидерман против Аргентины* от 22 мая 1992 года, 965 F.2d 699, в частности, at 715, в котором дается определение и рассматривается характер *jus cogens* в международном праве, его связь и отличие от обычного международного права (*jus dispositivum*), в частности, место (или отсутствие) согласия при разработке норм *jus cogens*, преобладающее значение норм *jus cogens* по сравнению с другими нормами международного права («хотя нормы *jus cogens* и обычного международного права взаимосвязаны, они отличаются в одном существенном отношении. Нормы международного обычного права, например, определяемые в договорах и других международных соглашениях, основываются на согласии государств. Государство, последовательно выступающее против какой-либо нормы международного обычного права, ... не связано этой нормой. ... И напротив, нормы *jus cogens* ... возникают на основе ценностей, которые международно-правовое сообщество считает основополагающими, ... основополагающие и универсальные нормы, образующие *jus cogens*, выходят за рамки такого согласия»). См. также, дело *Кенийская секция Международной комиссии юристов против Генерального прокурора и еще одной стороны* (n 161) at 14. Отражение более позитивистского подхода, см. мнение лорда Хоупа по делу *Пиночета* (n 161), at 247, в котором он ссылается на дело *Сидерман против Аргентины* в качестве подтверждения наличия «широкого согласия» в вопросе о том, что запрещение пыток носит характер *jus cogens*.

<sup>196</sup> См., например, *Criddle and Fox-Decent* (n 95), at 332 («попытки позитивистов увязать императивность норм с согласием государств не убедительны, поскольку они не объясняют, почему большинство государств в составе международного сообщества может накладывать правовые обязательства на несогласное меньшинство. Обходя стороной эту сохраняющуюся проблему настойчиво возражающих государств, естественно-правовые теории пытаются установить критерии для определения императивных норм»).

вания характера *jus cogens*<sup>197</sup>. Вместе с тем, некоторые из них используются не столько для истолкования обязательного характера *jus cogens*, сколько для описания вида правовых норм, которые могут считаться *jus cogens*<sup>198</sup>. Так, например, толкование норм *jus cogens* с точки зрения общественного порядка (*ordre public*) дает нам меньшее представление об источнике их императивного характера и большее представление о характере соответствующих обязательств<sup>199</sup>. Иными словами, толкование запрещения геноцида и применения силы как нормы общественного порядка нормы не объясняет, почему оно является императивным, а лишь говорит о том, что эти нормы отражают фундаментальные ценности международного сообщества. Императивный характер норм общественного порядка сам по себе можно объяснить либо согласием, либо теориями, не связанными с согласием.

57. Другие теории, при их более внимательном рассмотрении, являются вариантами доминирующих теорий<sup>200</sup>. Альтернативная теория *jus cogens* Кольба, например, представляется результатом применения позитивистского подхода<sup>201</sup>. В качестве альтернативной теории Кольб выдвигает идею о том, что *jus cogens* представляет собой «правовой метод, привносимый законодательными органами в ряд международно-правовых норм, с тем чтобы защитить их от распада на конкретные правовые акты, в первую очередь применяемые *inter partes* по принципу *lex specialis*. Оправданы ли конкретные «виды» или категории норм *jus cogens*, которые были определены Кольбом, зависит от идентификации *jus cogens*<sup>202</sup>, что является темой второго доклада<sup>203</sup>. Более важное значе-

<sup>197</sup> См. Kolb (n 27) at 30 *et seq.*

<sup>198</sup> Наиболее важные из них, нормы *jus cogens* как нормы общественного порядка (*ordre public*) более подробно рассматриваются ниже. К числу других относятся нормы *jus cogens* как нормы международного конституционного права и нормы, касающиеся коллизий последовательно заключенных договоров.

<sup>199</sup> Рассмотрение вопроса, см. Criddle and Fox-Decent (n 95), at 344.

<sup>200</sup> Например, хотя Кольб утверждает, что судья Кансаду Триндади высказывает отдельную альтернативную теорию нового *jus gentium*, в действительности же внимательное знакомство с особыми мнениями и работами Кансаду Триндади свидетельствует о том, что в ее основе лежит также естественно-правовое понимание *jus cogens*. См. например, *Jus cogens: The Material and the Gradual Expansion of its Material Content in Contemporary International Case Law* (2008) 35 *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* 3, at 6 (Антониу Кансаду Триндади. Существенное и постепенное расширение существенного в современном международном прецедентном праве) («это последнее [*jus gentium*] вытекает не из «воли» государств, а, с моей точки зрения, из человеческого сознания»). В качестве одного из многих примеров особого и отдельного мнения судьи Кансаду Триндади, см. особое мнение по делу о *юрисдикционных иммунитетах государства* (n 136), at para. 139 («и никто сегодня не осмелится отрицать, что «принципы гуманизма» и «диктат общественного сознания», подразумеваемые в силу оговорки Мартенса, относятся к сфере *jus cogens*»).

<sup>201</sup> В общем плане, см. Robert Kolb “Conflits Entre Normes de *Jus cogens*” in Nicolas Angelet (ed.), *Droit du Pouvoir, Pouvoir du Droit: Mélanges Offerts à Jean Salmon*, (Bruxelles, 2007) and Kolb (n 27).

<sup>202</sup> Kolb (n 27), at 9. См. Andrea Bianchi ‘Human Rights and the Magic of *Jus cogens*’ (2008) 19 *European Journal of International Law* 491, at 495 (Андреа Бьянчи. Права человека и магия *jus cogens*) («утверждения о том, что *jus cogens* является не более чем правовым методом, преследующим цель сохранить формальную целостность системы, называя некоторые его процедурные нормы не допускающими отклонений, равнозначно упущению из виду того, для чего были предназначены нормы *jus cogens*»).

<sup>203</sup> Кольб (n 23), at 46, выделяет три категории норм *jus cogens*, называя «более четко три причины, которые могут привести к тому, что норма не будет допускать никаких

ние для данного рассмотрения, т.е., понимания императивного, не допускающего отступлений характера норм *jus cogens*, имеет то, что теория Кольба сама по себе предполагает решение «законодательного органа» или государств и, таким образом, берет на вооружение позитивистское, основанное на согласии учение<sup>204</sup>.

58. В не меньшей степени открыта для оспаривания и фидуциарная теория *jus cogens* Криддла и Фокс-Дисента, заявленная цель которой состоит в отходе как от естественного, так и от позитивного права, и в том плане, действительно ли она представляет собой отход от доминирующих теорий, и с точки зрения ее существа<sup>205</sup>. Согласно этой теории, «отношения между государством и его народом, требующие от государства соблюдения императивных норм, регулирует фидуциарный принцип»<sup>206</sup>. Во-первых, будучи нацеленным, в частности, на применение «расплывчатых понятий» «международного сознания» и «норм более высокого порядка»<sup>207</sup>, фидуциарный долг, в свою очередь, является не менее расплывчатым. Еще более важно, что посыл, согласно которому в основе *jus cogens* лежат фидуциарные отношения между государством и его гражданами, попросту не может объяснить многие общепризнанные нормы *jus cogens*, поскольку они запрещают поведение, наносящее ущерб интересам не только граждан того или иного государства. Так, например, геноцид является нарушением норм *jus cogens* в не меньшей степени, если он совершается в отношении граждан других государств. Следует признать, что Криддл и Фокс-Дисент отмечают, что «государства несут в отношении каждого индивидуума, находящегося во власти государства, фидуциарное обязательство уважать его права человека», но это не объясняет ни почему такое обязательство вытекает из *jus cogens*, ни то, каким образом нарушения норм *jus cogens*, которые как таковые не являются нарушением прав человека, подпадают под действие этой теории<sup>208</sup>. Кроме того, любая теория, нацеленная на объяснение *jus cogens* с точки зрения отношений между государством и индивидуумом, встретится с трудностями при объяснении запрещения применения силы как вытекающего из *jus cogens*, поскольку это запрещение связано с межгосударственными отношениями, а не с отношениями, по крайней мере, напрямую, между государством и индивидуумами.

---

отступлений и станет неделимой». К ним относятся нормы общественного порядка *jus order* или основополагающие нормы международного права (хотя он признает существование этой категории норм *jus cogens* с некоторыми колебаниями); нормы *jus cogens*, представляющие общественную полезность, и логические нормы *jus cogens*. В других работах Кольб выделял четыре категории *jus cogens*, добавляя к выше указанным императивные нормы Устава Организации Объединенных Наций, как об этом говорится в статье 103. См. Kolb (n 201), at 486.

<sup>204</sup> Kolb (n 27), at 9. На практике, даже в том, что касается норм общественного порядка *jus cogens*, Кольб иронизирует над «пафосностью чувств и в некоторых случаях неправдоподобным обожанием «основополагающих норм международного сообщества» (at 47).

<sup>205</sup> Общее изложение, см. Criddle and Fox-Decent (n 95).

<sup>206</sup> *Ibid.* at 347.

<sup>207</sup> *Ibid.* at 248.

<sup>208</sup> *Ibid.* at 359. На стр. 333 авторы соглашаются с тем, что запрещение «военной агрессии» квалифицируется как *jus cogens*, особенно в тех случаях, когда такая агрессия не приводит к нарушениям прав человека.

59. Ни одна отдельно взятая теория не объясняет уникальное место *jus cogens* в международном праве, т.е., императивный характер некоторых обязательств. Может даже случиться, как отмечает Коскенниemi, выдвигая общую теорию источников, что под обязательной силой и императивным характером *jus cogens* лучше всего понимать взаимодействие между естественным правом и позитивизмом<sup>209</sup>. Говоря об источниках и спорах между сторонниками естественного и позитивного права, Коскенниemi проводит мысль о том, что «естественному праву нужно позитивное право для объективного проявления своей сущности», в то время как «позитивному праву естественное право нужно для ответа на вопрос, «почему поведение, воля и интерес создают обязательства, имеющие обязательную силу?». Однако, задача разрешения данного теоретического спора в настоящем проекте не ставится<sup>210</sup>. Вместе с тем, данный теоретический спор важен по той причине, что на его основе можно раскрыть центральные элементы *jus cogens* — элементы, широко распространенные в рамках доктринальных направлений.

<sup>209</sup> См. Martti Koskenniemi *From Apology to Utopia: The Structure of Legal Argument (переиздание с новым эпилогом)* (Cambridge, 2006), at p. 307 *et seq.* especially at p. 308 («...ни одной из противопоставляемых позиций нельзя последовательно отдавать предпочтение, поскольку все они зависят друг от друга»). На стр. 323, касаясь непосредственно *jus cogens*, он отмечает: «На первый взгляд представляется, что нормы *jus cogens* идут сверху и не требуют согласия. Они накладывают обязательства на государства, независимо от согласия последних. Однако думается, что нормы права, не обусловленные тем, с чем согласны государства, превратятся в естественную мораль [ , если бы не] ссылка на признание со стороны «международного сообщества», которая заставляет их идти снизу вверх и ставит в зависимость от согласия». См. также Simma (n 172), at 34 («Я полагаю, что ни одна из [школ философии права] не способна дать всеобъемлющего определенного объяснения и оправдания данному феномену права, но вместе с тем я убежден, что они не исключают друг друга, а напротив, каждая из них может раскрыть и осветить те аспекты международного права, которые остаются недоступными или за пределами возможного для другой»). См. также Orakhelashvili (n 136), at 49 (где он говорит о «позитивном праве и морали как двух отдельных, но при этом взаимодополняющих концепциях»).

<sup>210</sup> Там же. В другой работе, Martti Koskenniemi *The Politics of International Law* (Oxford, 2011), 52 (Мартти Коскенниemi, Политика международного права), автор утверждает, что ни согласие (позитивизм), ни справедливость (естественное право) «не могут быть оправданы поодиночке ... Аргументы в пользу согласия должны объяснять актуальность и сущность с точки зрения того, что представляется справедливым. Аргументы в пользу справедливости должны демонстрировать свою правильность, ссылаясь на то, с чем согласились государства». См. также, Daniel Costelloe *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (unpublished PhD thesis, University of Cambridge, 2013), at 3 (Даниэл Костелло. Правовые последствия императивных норм в международном праве) («хотя “элементарные соображения гуманности” не являются независимым источником обязательства по международному праву, они могут способствовать выявлению таких норм и обязательств, в целостности и выполнении которых международное сообщество весьма заинтересовано»). См. также, работу Хамида (Hameed) (n 171), 54, где он продвигает не требующую согласия теорию *jus cogens*, в основе которой лежит мораль и которая, тем не менее, судя по всему, базируется на принятии государствами («в этом сочинении делается попытка показать, каким образом мы могли бы с большей эффективностью объяснить процесс формирования норм *jus cogens*, не привлекая идею согласия. Я считаю, что существующая норма международного права становится нормой *jus cogens* в том случае, если некоторые работники правовой сферы — в первую очередь представители государств — рассматривают ее как имеющую универсальное значение с точки зрения морали»).

60. Эти в большей мере теоретические вопросы помогут в будущих докладах пониманию судебной и государственной систем.

### С. Основные элементы нормы *jus cogens*

61. В статье 53 Венской конвенции излагаются базовые элементы нормы *jus cogens*. Во-первых, норма *jus cogens* не допускает отклонения. Во-вторых, она является нормой общего международного права. В-третьих, норма *jus cogens* является нормой, которая принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо. Вместе с тем, в дополнение к указанным элементам, практикой и доктриной определяется основной набор элементов, которые наполняют понятие *jus cogens* дополнительным содержанием.

62. Элемент недопустимости отклонения имеет двойную функцию. Во-первых, он является следствием безусловности. Вместе с тем он также является важным элементом характера нормы *jus cogens*<sup>211</sup>. Действительно, как показывает приведенный ниже анализ, недопустимость отклонения лежит в основе идеи *jus cogens*. Требование, в соответствии с которым, чтобы стать нормой *jus cogens*, норма должна являться нормой общего международного права, также является одним из ключевых требований безусловности. Оно является не только требованием безусловности, но также одним из элементов ее идентификации. Этот элемент будет рассматриваться во втором докладе не только в качестве элемента идентификации нормы *jus cogens*, но и для уточнения источников права, порождающих безусловность. Аналогичным образом, требование о том, что норма *jus cogens* должна «признаваться международным сообществом государств в целом», будет рассматриваться во втором докладе в качестве элемента идентификации нормы *jus cogens* или повышения обычной нормы общего международного права до статуса нормы *jus cogens*.

63. Вместе с тем в дополнение к элементам, прямо указанным в статье 53 Венской конвенции, доктрина и практика показывают, что существуют некоторые основные элементы, характеризующие нормы *jus cogens*. Во-первых, нормы *jus cogens* являются универсально применимыми. Во-вторых, нормы *jus cogens* являются высшими нормами по отношению к другим нормам международного права. И наконец, нормы *jus cogens* служат для защиты основополагающих ценностей международного сообщества, которые часто описываются понятием международный *ordre public* или публичный порядок. Хотя эти элементы прямо не излагаются в статье 53 Венской конвенции, как показывает приведенный ниже анализ, они в целом признаются в качестве составных компонентов важных элементов *jus cogens*.

64. Доктрина и практика показывают, что нормы *jus cogens* относятся к числу тех норм, отклонение от которых недопустимо. Хотя, как указано выше, это является следствием безусловности, это также является одной из фундаментальных особенностей норм *jus cogens*. Представляется целесообразным отметить, что в международном праве идея о том, что некоторые нормы носят без-

<sup>211</sup> Kolb (n 27), at 24 («Таким образом, ключевым термином для классификации формулировки *jus cogens* является «недопустимость» отклонения. Иными словами, *jus cogens* определяется особым качеством данной нормы, т.е. тем юридическим фактом, что она не допускает отклонения»).

условный характер и не могут быть отменены в рамках обычного нормотворческого процесса, носит исключительный характер<sup>212</sup>. Большинство норм международного права относятся к категории *jus dispositivum* и могут дополняться, допускать отклонение и даже отменяться консенсусными актами государств<sup>213</sup>. Вместе с тем в литературе также признается, в качестве исключения из общей структуры международного права, свод норм, от исполнения которых государства не могут отказаться на основании контракта<sup>214</sup>. Эти нормы, цитируя слова одного эксперта, «являются достаточно мощными, чтобы лишить юридической силы противоречащие им нормы, которые могли бы быть в противном случае установлены государствами путем консенсуса<sup>215</sup>. Вкратце можно отметить, что в документах по международному праву независимо от теоретических различий излагается общая идея о том, что большинство норм относятся к категории *jus dispositivum* и «допускают исключение или изменение в соответствии с надлежащим образом выраженной волей государств, и, в исключительных случаях, некоторые нормы относятся к категории *jus cogens* и не допускают такого исключения или изменения<sup>216</sup>».

<sup>212</sup> Carnegie Endowment (n 31), at 27 («Нормы общего международного права по сути носят диспозитивный характер»).

<sup>213</sup> Alfred Verdross 'Jus Dispositivum and Jus cogens in International Law' (1966) 60 *American Journal of International Law* 55, at 60 («В Комиссии достигнут очевидный консенсус по вопросу о том, что большинство норм международного права не обладают характером *jus cogens*»). Tomuschat (n 50), at 19 («большинство норм международного права носят характер *jus dispositivum*»). Merlin Magallona 'The Concept of *Jus cogens* in the Vienna Convention on the Law of the (sic) Treaties' (1976) 51 *Philippine Law Journal* 521, at 521 («нормы *jus dispositivum* [которые] не могут быть отменены частными контрактами»). См. также Alexidze (n 30), at 245. См. также Aldana Rohr *La Responsabilidad Internacional Del Estado Por Violación Al Jus cogens* (Buenos Aires, 2015), at 5 («с одной стороны, нормы диспозитивного характера *jus dispositivum* — наиболее многочисленные нормы, порождаемые добровольным соглашением, также могут быть отменены другим добровольным соглашением»).

<sup>214</sup> См., например, Rohr (n 213), at 5 («с другой стороны, существуют безусловные, т.е. императивные, нормы *jus cogens*, — принадлежащие к системе, которую можно считать квазисубординированной в нормативном отношении и которая в той или иной мере ограничивает волю государств, проистекающую из их суверенитета»). См. также Stefan Kadelbach 'Jus cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules: The Identification of Fundamental Norms' in Tomuschat and Thouvenin (n 183), at 29; Thirlway (173) («не все международные нормы относятся к категории *jus dispositivum*, т.е. ... нормы, применяемые в случае невыполнения соглашения об ином, но могущие быть определенными ... в силу соглашения»). См. далее Hannikainen (n 214), at 1.

<sup>215</sup> Janis 'The Nature of *Jus cogens*', (n 174), at 359. См. также Dubois (n 174), at 135 («Норма *jus cogens* или безусловная норма представляет собой норму, которая считается настолько фундаментальной, что отклонение от нее не допускается, будь то в рамках поведения государства или в силу договора ... Вследствие ее фундаментального характера принцип *jus cogens* аннулирует нормы, вытекающие из договора ... Это отделяет нормы *jus cogens* от норм *jus dispositivum*, т.е. нормы, которые могут быть исключены или изменены прямым выражением воли государств»). См. также Alexidze (n 30), at 246 («... воля государства относительно существующего международного правового порядка не является неограниченной. Хотя большинство норм международного права являются для государства обязательными лишь при условии, что оно прямо изъявило свою готовность принять указанную норму, в современном международном праве содержатся нормы, юридическая сила которых является абсолютной для всех членов международного сообщества государств»).

<sup>216</sup> Обсуждение см., Orakhelashvili (n 136), at 8–9.

65. Судебная практика также подтверждает тот факт, что, хотя существует общее правило, согласно которому государства могут изменять нормы международного права, допускать отклонение от них и отменять их, некоторые нормы могут носить столь фундаментальный характер, что государства не могут изменять их или допускать отклонение от них на основании консенсуса<sup>217</sup>. Еще в делах о континентальном шельфе Северного моря Международный Суд, хотя и не желая высказываться по вопросу об *jus cogens*, обратил внимание на разницу между *jus cogens* и *jus dispositivum*<sup>218</sup>. Таким образом, *jus cogens* может ограничивать договороспособность государств<sup>219</sup>.

<sup>217</sup> См. *Обвинитель против Купрешикича и др.* (IT-95-16-T), 14 января 2000 года (МТБЮ), пункт 520 («большинство норм международного гуманитарного права, в частности запрещающих военные преступления, преступления против человечности и преступления геноцида, также являются безусловными нормами или нормами *jus cogens*, т.е. не допускают отклонений и имеют преимущественный характер»). См. также *RM & another v. Attorney General*, Judgment of 1 December 2006 of the High Court of Kenya *Kenyan Law Reports*, at 12. См. также *Siderman v. Argentina* (n 195).

<sup>218</sup> См. *North Sea Continental Shelf Cases* (n 128), para. 72 («не вдаваясь в подробности и тем более не желая высказывать свое мнение по любым вопросам *jus cogens*, мы прекрасно понимаем, что на практике нормы международного права могут при наличии согласия допускать отклонение в соответствующих случаях или между соответствующими сторонами»). Более явное признание различия между *jus cogens* и *jus dispositivum* см. в отдельном мнении судьи Танаки в *South West Africa Cases* (n 130), at 298 («норма *jus cogens*, которая недавно рассматривалась Комиссией международного права, [является] своего рода нормой императивного права, которая отличается от нормы *jus dispositivum*, допускающей изменение по согласию между государствами») и отдельном мнении судьи Шахабуддина в *Case Concerning Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, Judgment of 14 June 1993, *ICJ Reports* 1993, p. 38, para. 135 («государства могут вступать в соглашения в целях отклонения от норм международного права помимо норм *jus cogens*»). См. также отдельное мнение судьи Ad Hoc Торрес в *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010, *ICJ Reports* 2010, p. 14, para. 43 («поскольку нормы, сформулированные в статьях 7–12 Статута реки Уругвай, не являются безусловными нормами (*jus cogens*), ничто не мешает сторонам принимать решения на основе «обоюдного согласия»»).

<sup>219</sup> *Reservations to Genocide Convention Advisory Opinion* (n 187), at 24 («объект и цель Конвенции таким образом ограничивают свободу заявлять оговорки»). См. также отдельное мнение судьи Шукинга в *The Oscar Chinn case*, Judgment of 12 December 1934, PCIJ, Ser. A/B No. 63, p. 65, at 148 («и я не могу поверить в то, что Лига Наций уже не приступила бы к кодификации международного права, если бы не было возможным, даже сегодня, создать норму *jus cogens*, последствия которой заключались бы в том, что, когда государства соглашаются в отношении некоторых норм права, а также обязуются не допускать изменение этих норм лишь несколькими государствами, любой акт, совершенный в нарушение этого обязательства, автоматически стал бы недействительным»; отдельное мнение судьи Фернандеса в *Right of Passage case* (n 129), para. 29 («несколько норм *cogentes* превосходят любые специальные нормы. И общие принципы, на которые я укажу позднее, составляют подлинными нормы *ius cogens*, в отношении которых не может отдаваться предпочтения никакой специальной практике»); отдельное мнение судьи Сетт-Кама в *Military and Paramilitary Activities case* (n 146), at 199; отдельное мнение судьи Виранантри в *Case Concerning the Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Judgment of 12 November 1991, *ICJ Reports* 1991, p. 53, at 155 («... договор, нарушающий норму *jus cogens*, однако полностью соответствующий всем требованиям процедурного характера в процессе его заключения, может тем не менее являться недействительным в силу фактора, выходящего за рамки этих процедурных формальностей»). См. также отдельное мнение судьи Кастро в *Nuclear Tests case (Australia v. France)*, Judgment of 20 December 1974, *ICJ Reports* 1974, p. 253, at 389, где статус *jus*

66. Различие между нормами *jus dispositivum*, на которые распространяется действие соглашения между государствами, и нормами *jus cogens*, от исполнения которых государства не могут уклониться путем заключения соглашения, было также признано самими государствами<sup>220</sup>. Безусловно, это различие в целом было принято государствами в процессе, который повлек за собой принятие Венской конвенции, и стало основой согласия в отношении текста статьи 53 Конвенции<sup>221</sup>. Идея о том, что существуют нормы, от исполнения которых государства не могут отказаться, не вызвала особых разногласий в ходе Венской конференции<sup>222</sup>. Сама работа Комиссии над текстом, который в конечном итоге стал статьей 53 Конвенции, основывалась на том понимании, что в международном праве можно провести различие между *jus dispositivum* и *jus cogens*<sup>223</sup>.

*cogens* одного положения договора ставится под сомнение по причине, в частности, права выхода.

- <sup>220</sup> См., например, заявление г-на Элароби (Египет), 3505-е заседание Совета Безопасности, состоявшееся 28 февраля 1995 года (S/PV.3505) («с юридической точки зрения, в международном сообществе сложился консенсус в отношении того, что существуют нормы международного права, известные скорее как *jus cogens*. Они не могут нарушаться... В соответствии с этими всеобъемлющими и обязательными нормами ни одна сторона не может настаивать на том, что то или иное двустороннее соглашение — любого вида — позволяет ей не признавать права международного сообщества на выполнение своей основной обязанности»); заявление г-на Майорала, 5679-е заседание Совета Безопасности, состоявшееся 22 мая 2007 года (S/PV.5679) («давайте не будем забывать о том, что эти нормы международного права являются *jus cogens* и поэтому нам нельзя от них отходить»). См., в частности, заявление Швеции, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, двадцатая сессия, Краткие отчеты Шестого комитета*, 844-е заседание, пункт 11.
- <sup>221</sup> См., например, заявление г-на Яковидеса (Кипр), *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26 March – 24 May 1968, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*, A/CONF.39/11, Fifty-second Meeting, para. 68 («помимо норм *jus dispositivum* существуют нормы *jus cogens*»); заявление г-на Яссина (Ирак) *ibid.*, para. 23, и заявление г-на Огундеро (Нигерия), *ibid.*, para. 48. См. также заявление г-на Синклера (Соединенное Королевство), *ibid.*, Fifty-third meeting, para. 58 («В надлежащем образом организованном международном сообществе не существует необходимости в нормах международного права более высокого порядка по сравнению с нормами чисто диспозитивного характера, о исполнении которых государства могли бы отказаться в силу соглашения»).
- <sup>222</sup> См. заявления г-на Суареса (Мексика), *ibid.*, 52<sup>nd</sup> meeting, para. 9 («появление новой нормы *jus cogens* будет препятствовать заключению в будущем любого противоречащего ей договора»); г-на Евригениса (Греция), *ibid.*, para. 18 («... что свидетельствует о наличии границ, нерушимых в силу контракта»); заявление г-на Свиenea (Соединенные Штаты Америки), *ibid.*, para. 16 («самое основополагающее предложение Комиссии о том, что категория *jus cogens* включает нормы, не допускающие отклонения...»); заявление г-на Альвареса Табио (Куба), *ibid.*, para. 34 («нормы *jus cogens* имеют преимущество перед любыми другими нормами, вступающими с ними в конфликт, ... даже если второстепенная норма сформулирована в договоре, поскольку не допускается договорное отклонение от безусловной нормы общего международного права»). См. вместе с тем заявление г-на Мираса (Турция), *ibid.*, 53<sup>rd</sup> meeting, para. 1, и заявление г-на Харри (Австралия), *ibid.*, para. 13.
- <sup>223</sup> См., например, Third report on the law of treaties by Mr. GG Fitzmaurice, Special Rapporteur (p 74), at 40 para. 76 («нормы международного права в этом контексте в целом относятся к двум категориям — обязательные и императивные при любых обстоятельствах (*jus cogens*) и нормы (*jus dispositivum*), содержащие лишь правила применения в отсутствие любого другого согласованного режима, или, правильнее говоря, нормы, изменение или



67. Отличие норм *jus cogens* от норм *jus despositivum* также в целом считается универсально применимым<sup>224</sup>. В качестве отправной точки можно отметить, что большинство норм международного права носит обязательный характер для государств, согласившихся с ними, в случае договоров, или по крайней мере для государств, которые не выступают с постоянными возражениями против них, в случае обычного международного права (*jus despositivum*)<sup>225</sup>. Норма *jus cogens* в качестве исключения из этого общего правила предполагает наличие норм, «обязательных для всех членов международного сообщества»<sup>226</sup>. В действительности универсальная применимость проистекает из понятия недопустимости отклонения, т.е. трудно себе представить, каким образом норма, *не допускающая отклонения*, может применяться лишь к некоторым государствам. Действительно, как указала Комиссия в своем комментарии к проекту статьи 50 проекта статей 1966 года, многие из тех, кто оспаривал существова-

модификация которых в рамках согласованного режима допускаются при условии, что это не затрагивает позицию и права соответствующих государств»).

<sup>224</sup> См., например, William Conklin 'The Peremptory Norms of the International Community' (2012) 23 *European Journal of International Law* 837, at 837. См. также Christos Rozakis *The Concept of Jus cogens in the Law of Treaties* (Amsterdam, 1976), at 78. См. также Giorgio Gaja 'Jus cogens Beyond the Law of Treaties' (1981) 172 *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye* 271, at 283. См. далее Hannikainen (n 214), at 5 («Поскольку цель норм *jus cogens* заключается в защите некоторых высших интересов и ценностей международного сообщества государств и поскольку этому сообществу даны безусловные обязательства, лишь универсальный характер безусловных обязательств обеспечивает выполнение норм *jus cogens*») (выделено нами).

<sup>225</sup> Норму о настоячиво возражающем государстве см. в проекте вывода № 15 проектов выводов относительно выявления международного обычного права (№ 29).

<sup>226</sup> См., например, Danilenko (n 172), at 211; Alexidze (n 30), at 246; Dupuy and Kerbrat (n 170), at 322 («для согласования этого свода норм требуется признание всеми их субъектами минимальных безусловных норм»); Rohr (n 213), at 6; Criddle and Fox-Decent (n 95) at 361 («безусловные нормы должны отражать общие и универсальные принципы»); Dubois (n 174), at 135 («норма *jus cogens* ... применима ко всем государствам, независимо от их согласия с этой нормой»). См. также Orakhleshvili (n 136), at 40. См. также Saul (n 179), at 31 («нормы *jus cogens* должны быть обязательными для всех государств»). См. *Military and Paramilitary Activities case* (n 146), para. 190 («Соединенные Штаты Америки в представленном ими контрмеморандуме по вопросам юрисдикции и приемлемости сочли целесообразным процитировать мнение специалистов о том, что этот принцип является «универсальной нормой», «универсальным международным правом», «универсально признанным принципом международного права» и „принципом *jus cogens*“); см. также *Reservations to the Genocide Convention Advisory Opinion* (n 187), at 23, где Международный Суд указывает на «универсальный характер ... осуждения геноцида»; отдельное мнение судьи Морено Кинтаны в *Application of the Convention of 1902* (n 130), at 106 («эти принципы ... имеют безусловный характер и универсальную применимость»); отдельное мнение судьи *ad hoc* Крека *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (n 188), para. 101 («норма, запрещающая геноцид, в качестве универсальной нормы является обязательной для государств во всех частях мира»); отдельное мнение судьи Кансадо Триндаде *Questions Relating to the Obligation to Extradite or Prosecute* (n 135), para. 102 («норма *jus cogens* [основывается] на самом фундаменте подлинно универсального международного права); см. *Jelisić* (n 187), para. 60, где с согласия Международного Суда цитируется заявление об универсальной применимости запрета геноцида, который непосредственно увязывается с характером *jus cogens* этого запрета. См. *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, Judgment of 3 February 1984 of the United States Court of Appeal, District of Columbia, 726 F.2d 774, 233 U.S.App. D.C. 384 («существует „незначительное число отвратительных деяний, каждое из которых представляет собой нарушение, поддающееся определению, универсальной и обязательной нормы“»).

ние норм *jus cogens*, делали это на том основании, что нормы международного права не являются универсально применимыми<sup>227</sup>. Вместе с тем это также объясняется сформулированной в статье 53 Венской конвенции идеей о том, что нормы *jus cogens* являются нормами общего международного права, и эта особенность будет более подробно рассмотрена в следующем докладе.

68. Идея о том, что нормы *jus cogens* являются универсально применимыми, сама по себе имеет два следствия, которые будут более подробно изучены в последующих докладах, в связи с чем то, что сказано в настоящем докладе, носит временный характер. Во-первых, доктрина настойчиво возражающей стороны, не зависимо от ее статуса в отношении норм международного обычного права, не применима к нормам *jus cogens*<sup>228</sup>. Вместе с тем этот аспект заслуживает дальнейшего изучения и будет более подробно рассмотрен в докладе о последствиях *jus cogens*. Второе, и более сложное, следствие универсального применения, заключается в том, что нормы *jus cogens* не применяются на региональной или двусторонней основе<sup>229</sup>. Хотя некоторые авторы придерживаются той точки зрения, что региональные нормы возможны<sup>230</sup>, основания для такой точки зрения не совсем ясны. Таким образом, если концепция региональных норм *jus cogens* действительно существует, то она является исключением из общего принципа универсального применения норм *jus cogens*. Вопрос о том, согласуется ли доктрина региональных норм *jus cogens* с международным правом будет рассмотрен в заключительном докладе по различным вопросам.

69. С недопустимостью отклонения непосредственно связан тот факт, что нормы *jus cogens* в иерархическом отношении стоят выше норм международного права<sup>231</sup>. Идея о существовании норм, способных сделать ничтожными

<sup>227</sup> См. пункт (1) комментария к проекту статьи 50 проекта статей о праве договоров (№ 99) («некоторые юристы отрицают существование каких-либо норм *jus cogens* в международном праве, поскольку, по их мнению, даже самые общие нормы тем не менее не являются универсальными»).

<sup>228</sup> Criddle and Fox-Decent (n 95), at 340 *et seq.* Rohr (n 213), at 19. См. также Dino Kritsiotis 'On the Possibilities Of and For Persistent Objection' (2010) 21 *Duke Journal of Comparative and International Law* 121, at 133 *et seq.* См. далее Gennady Danilenko 'International *Jus cogens*: Issues of Law-Making' (1991) 2 *European Journal of International Law* 42, at 54 *et seq.*

<sup>229</sup> Orakhelashvili (n 136), at 39 *et seq.*

<sup>230</sup> См., например, Władysław Czapliński 'Jus cogens and the Law of Treaties' in Tomuschat and Thouvenin (n 183), at 93 and Kolb (n 27), at 98. См. Mathias Forteau 'Regional International Law' in Rudiger Wolfrum (ed.) *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* (2006, online edition), para. 21, хотя следует отметить, что автор придерживается достаточно ограниченной точки зрения «регионального международного права», включая *jus cogens* («в настоящее время тот факт, что международная нормы носит региональный характер, как таковой, не имеет никаких самостоятельных юридических последствий. Региональное международное право является не более чем фактологической, а не юридической концепцией»).

<sup>231</sup> См. *Furundžija* (n 154), para. 153 (вопрос о запрещении пыток «имеет отношение к иерархической структуре норм международной нормативной системы... этот принцип повлек за собой формирование безусловной нормы или нормы *jus cogens*, т.е. такой нормы, которая в международной иерархии стоит выше договорного права и даже норм «обычного» права). См. также отдельное мнение судьи Лотерпахта в *Application of the Genocide Convention case* (n 153), para. 100 («концепция *jus cogens* имеет преимущественную силу перед обычным международным правом и договорным правом»; отдельное мнение судьи *ad hoc* Дугарда в *Armed Activities in the Congo case* (n 188), para. 10. См. также особое мнение судьи Альхасавнеха в *Arrest Warrant of 11 April 2000*

другие нормы и не допускающих отклонения, подразумевают наличие иерархического старшинства норм<sup>232</sup>. Идея о том, что нормы *jus cogens* могут делать ничтожными другие нормы права, является результатом и следствием подчиненности норм<sup>233</sup>.

70. В своем консультативном заключении относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения Международный Суд отметил, что «вопрос о том, является ли какая-либо норма частью *jus cogens*, относится к правовому характеру данной нормы»<sup>234</sup>. Правовой характер норм *jus cogens* часто увязывается с ценностями, касающимися публичного порядка. Сам Колб, скептически относясь к подходу *jus cogens*, основанному на публичном порядке/ценности, заявляет, что сегодня «такой подход является наиболее распространенной теорией»<sup>235</sup>. Проще говоря, содержание этих публично-правовых норм призвано обеспечить защиту основополагающих ценностей международ-

---

(*Democratic Republic of Congo v. Belgium*), Judgement of 14 February 2002, *ICJ Reports* 2002, p. 3, para. 7. См. также заявление Нидерландов, A/C.6/68/SR.25, пункт 101 («в рамках международной правовой системы *jus cogens* находятся на более высокой иерархической ступени, вне зависимости от того, принимают ли они форму письменного закона или обычного права»). См., вместе с тем, Kolb (n 27), at 37, где говорится о том, что следует избегать иерархических формулировок и уделять особое внимание недействительности, поскольку первая концепция (иерархическая) порождает путаницу и непонимание.

<sup>232</sup> См. вывод 6 Выводов по итогам работы Исследовательской группы по теме «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права», принятых Комиссией международного права на ее пятьдесят восьмой сессии в 2006 году и представленных Генеральной Ассамблее в качестве части доклада Комиссии о работе указанной сессии (A/61/10, пункт 251), *Yearbook...2006*, vol. II (Part Two), p. 177, at p. 182 («норма международного права может иметь главенство перед другими нормами в силу важности ее содержания, а также всеобщего признания ее главенства. Таков случай императивных норм международного права (*jus cogens*, статья 53 ВКПМД), т.е. норм, которые «принимаются и признаются международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо»). См. также, например, Danilenko (n 228), at 42. Conklin (n 224), at 838 («сама возможность наличия безусловной нормы опять-таки подтверждает иерархическую структуру норм международного права, в которой безусловные нормы являются «основополагающими стандартами международного сообщества» по своей сути»). См. также Marjorie Whiteman 'Jus cogens in International Law, With a Projected List' (1977), 7 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 609, at 609; Janis 'The Nature of Jus cogens' (n 174), at 360. См. далее *Report of the Study Group of the International Law Commission on Fragmentation Of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law* (Finalized by Martti Koskeniemi), 13 April 2006 (A/CN.4/L.682); и Tomuschat 'Reconceptualising the Debate on Jus cogens and Obligations Erga Omnes: Concluding Observations' in Tomuschat and Thouvenin (n 183), at 425; («вместе с тем ясно одно: международное сообщество сегодня согласно с тем, что существует определенная категория правовых концепций, которая в иерархическом отношении стоит выше «обычных» норм международного права»). См. далее Dupuy and Kerbrat (n 170), at 323.

<sup>233</sup> Antonio Cassese 'For an Enhanced Role of Jus cogens' in Antonio Cassese (ed.) *Realizing Utopia: The Future of International Law* (Oxford, 2012), at 159.

<sup>234</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory opinion* (n 146), para. 83.

<sup>235</sup> Kolb (n 27), at 32. Хотя эта традиция проистекает из внутреннего права, в частности из традиции гражданского права, сегодня она прочно укоренилась в международном праве. См. Orakhelashvili (n 136), at 11 *et seq*; Rivier (n 173), at 567. См. также взаимосвязь между гражданско-правовой концепцией публичного порядка и международно-правовым публичным порядком, отдельное мнение судьи Морено Кинтаны в *Case Concerning the Application of the Convention of 1902*, at 106.

ного сообщества<sup>236</sup>. Как объяснялось ранее, публичный порядок часто рассматривается как отдельная теория, конкурирующая с теориями естественного и позитивного права в сфере разьяснения источника безусловности, однако, как представляется, она более четко объясняет качество соответствующих норм. Действительно, публично-правовые нормы можно разьяснить в контексте теорий позитивного или естественного права.

71. Ценности, находящиеся под защитой норм *jus cogens*, составляющих «основополагающие ценности международно-правового сообщества, являются теми ценностями, про которые говорилось, что они составляют основу цивилизации»<sup>237</sup>. В них учитываются основополагающие соображения человечности<sup>238</sup>. Представленное Международным Судом описание ценностей, лежащих в основе Конвенции о геноциде, не содержит прямой ссылки на *jus cogens*, однако содержит хорошее описание ценностей, характеризующих *jus cogens*<sup>239</sup>. В этом случае Суд описал ценности, лежащие в основе Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, следующим образом:

«Конвенция была явно принята с чисто гуманитарной и цивилизаторской целью... для защиты самого существования определенных человеческих групп и... подтверждения и одобрения наиболее элементарных принципов нравственности».

72. Хотя перечисленные элементы являются основополагающими характеристиками норм *jus cogens*, а не предъявляемыми к ним требованиями, они не сообщают нам ничего о том, как нормы *jus cogens* следует идентифицировать в современном международном праве. Более того, хотя некоторые из этих характеристик также отражают последствия применения *jus cogens*, эти последствия будут рассматриваться в одном из последующих более подробных докладов. Гибкая взаимосвязь между различными элементами этой темы — характер, требования, последствия — уже кратко затрагивалась в предыдущих частях

<sup>236</sup> *Furundžija* (n 154), para. 153, где говорится, что запрет пыток носит характер *jus cogens* «с учетом важности защищаемых им ценностей». См. также особое мнение судьи Кансадо Триндаде в *Jurisdictional Immunities of the State* (n 153), para. 143.

<sup>237</sup> Kolb (n 201), at 482.

<sup>238</sup> *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (2007) (n 146), para. 160 («это условие выполняется даже в том случае, если предполагаемые нарушения являются нарушениями обязательств по безусловным нормам или обязательств, призванных защищать основные гуманитарные ценности») и *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (2015) (n 146), para. 85. См. также несовпадающее особое мнение судьи Коромы в *Nuclear Weapons Advisory Opinion* (n 136) para. 573 (нормы *jus cogens* имеют «гуманитарную основу» и основываются на «ценностях государств-членов»); см. далее особое мнение судьи Аль-Хасавнеха в *Arrest Warrant case* (n 231), para. 7. См. также *Siderman v. Argentina* (n 195), at 715.

<sup>239</sup> *Reservations to Genocide Convention Advisory Opinion* (n 187), at 23 *et seq.* См. также Patrizia Bisazza “Les crimes à la frontières du *jus cogens*” in Laurent Moreillon, Andre Kuhn, Aude Bichovsky, Aline Willi-Jayet, Baptiste Viredaz (eds) *Droit Pénal Humanitaire* (Bruxelles, 2006), at 78, где содержится ссылка на «общее сознание человечества» и Laurence Boisson de Charzoune “Commentaire” in Karel Wellens, Rosario Huesa Vinaixa (eds) *L’influence des sources sur l’unité et la fragmentation du droit international: travaux du séminaire tenu à Palma, les 20 et 21 Mai 2005* (Bruxelles, 2006), at 77, где говорится «об универсальном сознании». См. также Stefanie Schmahl “An Example of *Jus cogens*: The Status of Prisoners of War” in Tomuschat and Thouvenin (n 183), at 49.

настоящего доклада, и взаимосвязи, описанные в этом разделе, являются отражением указанной взаимозависимости.

## **VI. Форма, которую может принять результат работы Комиссии**

73. Специальный докладчик придерживается той точки зрения, что проекты выводов являются наиболее подходящим результатом работы Комиссии над этой темой. В краткой программе, которая легла в основу решения Комиссии о начале работы над этим проектом, в качестве надлежащего формата предложены проекты выводов. Кроме того, проекты статей не являются надлежащим форматом, поскольку в отличие от работы Комиссии над выявлением норм международного обычного права, последующей практики и последующих соглашений в отношении толкования договоров суть работы над данной темой должна заключаться в том, чтобы разъяснить статус права на основе текущей практики. Подготовленные Комиссией проекты выводов позволят отразить текущее право и практику в отношении *jus cogens* и избежать теоретических прений, которые часто возникают при обсуждении вопросов *jus cogens*.

## **VII. Выводы**

74. В свете приведенного выше анализа Специальный докладчик предлагает приведенные ниже проекты выводов для рассмотрения Комиссией.

### **Проект вывода 1 Сфера применения**

Настоящие проекты выводов касаются способа определения норм *jus cogens* и вытекающих из них правовых последствий.

### **Проект вывода 2 Изменение норм международного права, отклонение от них и их отмена**

1. Нормы международного права могут меняться, допускать отклонение или отменяться по соглашению государств, к которому соответствующая норма является применимой, если такое изменение, отклонение или отмена не запрещаются соответствующей нормой (*jus dispositivum*). Изменение, отклонение и отмена могут происходить путем заключения договора, в рамках международного обычного права или на основании другого соглашения.

2. Исключением из нормы, изложенной в пункте 1, являются безусловные нормы общего международного права, которые могут допускать изменение, отклонение или отмену в силу норм, носящих такой же характер.

### **Проект вывода 3 Общий характер норм *jus cogens***

1. Безусловные нормы международного права (*jus cogens*) являются нормами общего международного права, принятыми и признанными международным сообществом государств в целом как нормы, изменение которых, отклонение от которых или отмена которых недопустимы.

2. Нормы *jus cogens* защищают основополагающие ценности международного сообщества, стоят в иерархическом отношении выше других норм международного права и являются универсально применимыми.

## **VIII. Будущая работа**

75. Вопросы будущей работы Комиссии будут решаться членами Комиссии в течение следующего пятилетнего периода. Вместе с тем Специальный докладчик хотел бы предложить рассмотреть в следующем докладе правила определения норм *jus cogens*. Это будет включать вопрос об источниках *jus cogens*, то есть вытекают ли нормы *jus cogens* из договорного права, международного обычного права, общих принципов права или других источников. Что касается вопроса об источниках, а также, в более общем плане, вопроса о выявлении норм *jus cogens*, то во втором докладе следует также рассмотреть взаимосвязь между нормами *jus cogens* и положениями о недопустимости отклонения, содержащимися в договорах о правах человека.

76. В третьем докладе в 2018 году можно будет рассмотреть последствия норм *jus cogens*. В четвертом докладе можно будет рассмотреть различные вопросы, которые возникнут в ходе прений в Комиссии и будут определены в комментариях государств. В этом же докладе можно будет рассмотреть уже принятые проекты выводов в целях повышения их общей согласованности.

77. Как указывалось выше, подход к этой теме должен носить гибкий характер, а предварительный план работы, описанный в настоящем докладе, не должен являться жестким руководством. Он может меняться в зависимости от направления, которое выберет Комиссия.

---