



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
16 March 2017
Russian
Original: English

Комиссия международного права

Шестидесят девятая сессия

Женева, 1 мая — 2 июня и 3 июля — 4 августа 2017 года

**Второй доклад о *jus cogens*, подготовленный
Специальным докладчиком Дире Тлади***

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	3
II. Предыдущее рассмотрение темы	3
A. Прения в Комиссии	3
B. Прения в Шестом комитете	5
C. Вопросы, вытекающие из состоявшихся прений	7
III. Критерии для <i>jus cogens</i>	15
A. Общие соображения	15
B. Первый критерий: норма общего международного права	18
C. Второй критерий: признание и принятие	30
IV. Предложения	44
A. Название темы	44
B. Проекты выводов	44
Проект вывода 4	
Критерии для <i>jus cogens</i>	44
Проект вывода 5	
Нормы <i>jus cogens</i> как нормы общего международного права	44
Проект вывода 6	
Принятие и признание как критерий для квалификации в качестве <i>jus cogens</i>	45

* Специальный докладчик хотел бы поблагодарить Альдану Рор (Буэнос-Айресский университет) и Хуана Пабло Переса-Леона-Асеведо (Университет Осло, PluriCourts).



Проект вывода 7	
Международное сообщество государств в целом	45
Проект вывода 8	
Принятие и признание	45
Проект вывода 9	
Свидетельства принятия и признания	45
V. Будущая программа работы	46

I. Введение

1. На своей шестьдесят шестой сессии (2014 год) Комиссия международного права решила включить в свою долгосрочную программу работы тему «*Jus cogens*»¹. Генеральная Ассамблея на своей шестьдесят девятой сессии приняла к сведению включение этой темы в долгосрочную программу работы Комиссии². На своей шестьдесят седьмой сессии (2015 год) Комиссия постановила включить тему в свою текущую программу работы и назначить Специального докладчика. Генеральная Ассамблея на своей семидесятой сессии приняла к сведению решение Комиссии включить тему в свою повестку дня и назначить Специального докладчика³.

2. На своей шестьдесят восьмой сессии Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика и решила передать два проекта выводов Редакционному комитету⁴.

3. В первом докладе Специального докладчика были разобраны концептуальные вопросы. В том же докладе Специальный докладчик предложил, чтобы во втором докладе были рассмотрены критерии для *jus cogens*. Это предложение было в целом поддержано Комиссией. Цель настоящего доклада — рассмотреть критерии для *jus cogens*. Поскольку Комиссия решила опираться при рассмотрении темы на Венскую конвенцию о праве международных договоров 1969 года (далее — «Венская конвенция»), Конвенция берется в докладе за отправную точку в разработке этих критериев.

II. Предыдущее рассмотрение темы

A. Прения в Комиссии

4. В первом докладе Специальный докладчик предложил три проекта выводов. Проект вывода 1 задавал общие рамки темы⁵. В проекте вывода 2 говорилось, что *jus cogens* является исключением из общего правила, согласно которому нормы международного права являются *jus dispositivum*⁶. В проекте вы-

¹ См. доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят шестой сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, п. 268 и приложение.

² См. резолюцию 69/118 Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 2014 года, п. 8.

³ См. резолюцию 70/236 Генеральной Ассамблеи от 23 декабря 2015 года.

⁴ См. первый доклад Специального докладчика о *jus cogens* (A/CN.4/693). Решение передать два проекта выводов Редакционному комитету см. в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, семьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/71/10)*, п. 100.

⁵ Предложенный Специальным докладчиком проект вывода 1 (см. A/CN.4/693, п. 74) гласил: «Настоящие проекты выводов касаются способа определения норм *jus cogens* и вытекающих из них правовых последствий». Редакционный комитет утвердил этот проект в следующей редакции: «Настоящие проекты выводов касаются квалификации и правовых последствий императивных норм общего международного права (*jus cogens*)». См. Statement of the Chairman of the Drafting Committee, *Jus cogens*, 9 August 2016 (http://legal.un.org/ilc/documentation/english/statements/2016_dc_chairman_statement_jc.pdf).

⁶ Предложенный Специальным докладчиком проект вывода 2 (см. A/CN.4/693, п. 74) гласил: «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.

вода 3 излагались общие характеристики *jus cogens*⁷. В первом докладе также поднимался ряд методологических вопросов, включая вопрос о том, не следует ли Комиссии в рамках рассмотрения этой темы составить иллюстративный перечень норм, квалифицируемых как *jus cogens*. Наконец, в докладе прослеживались исторические и теоретические истоки *jus cogens*.

5. Доклад был в целом хорошо воспринят членами Комиссии. Однако некоторые из них выступили с критикой отдельных выводов и тех методов, с помощью которых они были сделаны. Нет необходимости резюмировать все аспекты прений, которые хорошо освещены в докладе Комиссии⁸. Вместе с тем некоторые вопросы, поднятые в ходе прений, будут влиять на будущую работу Комиссии по теме. Эти вопросы сжато обсуждаются ниже, в разделе II.C. Первый из них касается названия темы. Несколькими членами Комиссии было отмечено, что название «*Jus cogens*» не совсем передает суть темы⁹. Было указано, что нормы *jus cogens* присутствуют и во внутригосударственном праве, которое рамками темы не охватывается. Закрепление за темой названия «*Jus cogens*» может породить впечатление, что Комиссия рассматривает и эти нормы тоже. Некоторые члены Комиссии высказались за использование названия, употребленного в Венской конвенции, а именно «Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*)»¹⁰. Прозвучало также предложение переименовать тему в «Императивные нормы (*jus cogens*) общего международного права», однако преимущество оказалось за вариантом «Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*)». Некоторые члены выразили сомнение в том, что эта тема в ее нынешней формулировке охватывает сферы, не относящиеся к договорам, но большинство согласилось с тем, что тема охватывает и должна охватывать те сферы международного права, которые не укладываются в рамки права договоров, но имеют отношение к *jus cogens*.

6. Основное внимание в ходе прений по первому докладу было уделено проектам выводов, подготовленным Специальным докладчиком. Проект вывода 1 получил в целом поддержку, хотя некоторые члены Комиссии предложили прямо озвучить в нем намерение охватить правовые нормы, касающиеся ответственности государств. Проект вывода 2 подвергся почти всеобщей критике, и лишь немногие члены высказались в его поддержку¹¹. Учитывая эту критику, Специальный докладчик решил отозвать предложенный им проект вывода 2 при том понимании, что пункт 2 этого проекта будет отражен в тех местах проекта вывода 3, которые посвящены дефинициям.

7. Наиболее разноречивые мнения были высказаны по проекту вывода 3. Что касается пункта 1 этого проекта, то, если не считать кое-каких предложений об изменении формулировок, его содержание не стало предметом сколь-

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».

⁷ Предложенный Специальным докладчиком проект вывода 3 (см. A/CN.4/693, п. 74) гласил: «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».

⁸ См. A/71/10, пп. 112–129.

⁹ См., например, A/CN.4/SR.3317, заявление г-на Кандиоти.

¹⁰ Там же.

¹¹ См. A/71/10, п. 124. Поддержка содержания проекта вывода 2 прозвучала, в частности, в заявлении г-на Кафлиша (см. A/CN.4/SR.3314).

нибудь серьезных разногласий. Однако пункт 2 вызвал горячую полемику. Большинство членов Комиссии, выступивших по рассматриваемой теме, высказалось в поддержку содержания этого пункта¹². Несколько членов отвергло его содержание, заявив об отсутствии в международном праве признания того, что нормы *jus cogens* «защищают основополагающие ценности международного сообщества, стоят в иерархическом отношении выше других норм международного права и являются универсально применимыми»¹³. Еще несколько членов выразило согласие с содержанием пункта 2, но указало, что в первом докладе не приведено достаточного обоснования для стержневых характеристик, указываемых в этом пункте.

8. Наконец, объектом значительного внимания со стороны Комиссии стал вопрос о том, не следует ли ей в рамках рассмотрения темы составить иллюстративный перечень. Взгляды членов Комиссии разделились поровну: если одни из них предлагали, чтобы Комиссия составила иллюстративный перечень, как это изначально планировалось в наброске темы, то другие предлагали такой перечень не составлять¹⁴. Специальный докладчик рассмотрит озвученные мнения вместе с мнениями, выраженными государствами, и представит Комиссии в должное время рекомендацию.

9. Учитывая проведенные ею прения, Комиссия решила передать проекты выводов 1 и 3 Редакционному комитету.

В. Прения в Шестом комитете

10. Многие делегации приветствовали включение этой темы в программу работы Комиссии. Кроме того, делегации в целом приветствовали рассмотрение Комиссией темы, равно как и первого доклада Специального докладчика. Несколькими делегациями были опять высказаны оговорки по поводу принятого Комиссией решения заняться рассмотрением этой темы. Особенно критические высказывания про подход Специального докладчика к *jus cogens* прозвучали со стороны Франции, которая назвала этот подход не уделяющим должного внимания практике и мнениям государств и «чрезмерно теоретическим и идеологическим»¹⁵. Касаясь всё того же вопроса о практике и мнениях государств, Франция в своем заявлении указала, что Специальный докладчик, «невзирая на хорошо известные оговорки [Франции]... заключает, что Франция не имеет настойчивых возражений»¹⁶.

11. Идея переименовать тему в «Императивные нормы международного права (*jus cogens*)» получила поддержку как минимум одной делегации и не встретила возражений со стороны других¹⁷. Что касается охвата темы, то разные делегации выразили разные точки зрения. Некоторые делегации говорили о том,

¹² Краткое изложение прений по проекту вывода 3 см. в A/71/10, пп. 125–127.

¹³ Там же.

¹⁴ См. A/71/10, пп. 116–118.

¹⁵ A/C.6/71/SR.20, п. 77.

¹⁶ См. письменное заявление Франции (текст хранится у Специального докладчика): «В своем докладе г-н Тлади проявляет особый интерес к французской позиции. Невзирая на хорошо известные оговорки моей страны в отношении понятия *jus cogens*, он заключает, что Франция не имеет настойчивых возражений... и что она с этим понятием в принципе согласилась. При этом он не учитывает оговорки, высказывавшиеся французской делегацией по поводу этого понятия, особенно за последние годы» (курсив добавлен).

¹⁷ См. заявление Австрии (A/C.6/71/SR.25, п. 87: «Выражение “императивные нормы международного права (*jus cogens*)” было бы предпочтительнее»). Притом что у Австрии вызвала озабоченность формулировка пункта 1 проекта вывода 3, она согласилась, что говорить об «императивных нормах международного права (*jus cogens*)» будет правильнее.

что Комиссии следует при рассмотрении темы «*Jus cogens*» ограничиться правом договоров¹⁸. Однако большинство делегаций, которые высказались по этому вопросу, встали на ту точку зрения, что тема должна иметь широкий охват и затрагивать не только право договоров, но и другие сферы¹⁹.

12. Некоторые делегации выражали сомнения в существовании и наличии практики. Например, Соединенные Штаты Америки с озабоченностью отметили, что, с методологической точки зрения, существующая международная практика носит ограниченный характер и что это может затруднить получение обоснованных выводов²⁰. Нидерланды высказались более прямо, заявив, что явное большинство источников, упомянутых Специальным докладчиком в его первом докладе, следует охарактеризовать как «доктрину»²¹. Нидерланды далее указали, что в первом докладе не уточняется, как государства реализуют концепцию *jus cogens* на практике, и предостерегли, что результат работы Комиссии, какую бы форму он ни принял, должен учитывать практику государств и исходить из нее²².

13. Как это было и в Комиссии, основное внимание в ходе прений в Шестом комитете было уделено проектам выводов. Делегации высказывались в целом в поддержку этих проектов, хотя по поводу проекта вывода 2 прозвучали всё же некоторые предостережения и слова критики²³. Опять же, как и в случае прений в Комиссии, ораторы разошлись во мнениях относительно пункта 2 проекта вывода 3. Следует напомнить, что в этом пункте названы три характерных элемента норм *jus cogens*, заключающиеся в том, что эти нормы иерархически выше других норм, что они универсально применимы и что они отражают ценности международного сообщества. Некоторые государства отвергли эти характерные элементы²⁴. Другие же государства эти элементы поддержали²⁵.

¹⁸ См. заявление Франции (A/C.6/71/SR.20, п. 77).

¹⁹ См., например, заявления Кипра (A/C.6/71/SR.22, п. 55), Греции (A/C.6/71/SR.25, п. 39), Республики Корея (A/C.6/71/SR.24, п. 86), Португалии (текст этого заявления хранится у Специального докладчика) и Российской Федерации (A/C.6/71/SR.25, п. 67).

²⁰ Заявление Соединенных Штатов, A/C.6/71/SR.26, п. 125.

²¹ Заявление Нидерландов, A/C.6/71/SR.26, п. 43.

²² Там же.

²³ О проекте вывода критически отозвалась Греция (см. A/C.6/71/SR.25, п. 41). Не критикуя содержание проекта, следующие государства высказались тем не менее за осторожный подход: Румыния (A/C.6/71/SR.26), Испания (A/C.6/71/SR.26, п. 12: «Испания не полностью убеждена в том, что в проекте вывода 2 следует упоминать нормы *jus dispositivum*... в контексте международного права») и Малайзия (A/C.6/71/SR.26). Австрия высказалась в поддержку содержания проекта вывода 2, отметив, что согласна с предложением провести различие между *jus dispositivum* и *jus cogens* (A/C.6/71/SR.25, п. 87).

²⁴ Против элементов, перечисленных в пункте 2 проекта вывода 3, высказались такие государства, как Китай (A/C.6/71/SR.24, п. 89: по мнению Китая, эти элементы расходятся со статьей 53 Венской конвенции) и Соединенные Штаты (A/C.6/71/SR.26, п. 126).

²⁵ В поддержку элементов, перечисленных в пункте 2 проекта вывода 3, высказались такие государства, как Бразилия (A/C.6/71/SR.26, п. 91), Чехия (A/C.6/71/SR.24, п. 72: «Нормы *jus cogens* отличаются от других норм международного права. Они защищают фундаментальные ценности международного сообщества и являются универсально применимыми»), Сальвадор (A/C.6/71/25, п. 62), Словения (текст заявления хранится у Специального докладчика: «[Словения] отмечает тщательное рассмотрение характеристик, присущих нормам *jus cogens*, и хотела бы подчеркнуть, что соглашается с утверждением об их особом и исключительном характере, отражающем общие и главенствующие ценности... [и о том, что они требуют] универсального следования им») и Южная Африка (A/C.6/71/SR.26, п. 87: «[Южная Африка] разочарована неспособностью членов Комиссии договориться о том, что, по мнению Южной Африки, является основными и бесспорными характеристиками. Повсеместно признано, что нормы *jus cogens* имеют универсальную обязательную силу, отражают основополагающие ценности и интересы и иерархически выше других норм»).

Были и третьи государства, которые прокомментировали лишь некоторые из элементов проекта вывода²⁶.

14. Притом что большинство тех государств, которые высказались по поводу пункта 2 проекта вывода 3, явно поддержало его содержание, полезно сфокусироваться на критике, прозвучавшей в отношении элементов этого пункта. Китай счел эти элементы проблемными, так как они «явно расходятся с основными элементами нормы *jus cogens*, закрепленными в статье 53 Венской конвенции»²⁷. Элементы, перечисленные в пункте 2, были названы привносящими новые ключевые элементы или требования²⁸. Что касается иерархического превосходства, то Китай задался вопросом о том, не станет ли этот «новый» элемент диктовать, что *jus cogens* должен превалировать над Уставом Организации Объединенных Наций, статья 103 которого предусматривает, что обязательства по Уставу имеют преимущественную силу по отношению к другим обязательствам²⁹. В свою очередь, Соединенные Штаты выразили опасение по поводу того, что перечисленные в пункте 2 элементы, в частности квалификация норм *jus cogens* как универсально применимых и отражающих основополагающие ценности международного сообщества, откроют двери для попыток вывести нормы *jus cogens* из расплывчатых и спорных принципов естественного права без учета их фактического принятия и признания государствами³⁰.

15. Наконец, нужно упомянуть еще один момент, возникший в ходе прений в Шестом комитете. Турецкой делегации не понравилось, как в первом докладе был освещен Договор о гарантиях³¹ и что некоторые государства ссылаются на Договор как на объект применимости *jus cogens*³². По поводу этой озабоченности Специальный докладчик хотел бы уточнить, что все примеры, приводимые в первом и втором докладах, равно как и в любом будущем докладе, призваны служить лишь примерами практики и не предрешают вопроса о качестве практики или о правильности взглядов, подразумеваемых этой практикой. Вместе с тем нельзя запрещать Комиссии опираться на ту или иную практику по той причине, что эта практика оспаривается государствами.

С. Вопросы, вытекающие из состоявшихся прений

16. Пожалуй, целесообразно начать с замечаний, касающихся необходимости опираться на практику. Точка зрения Специального докладчика отражена в первом докладе. Специальный докладчик заявил там, что «Комиссия начинает рассмотрение тем своей повестки дня с проведения тщательного анализа практики государств во всех ее формах, судебной практики, правовой литературы и

²⁶ Кипр высказался в поддержку элемента «иерархическое верховенство» (A/C.6/71/SR.22, п. 56), тогда как Испания выразила сомнение в отношении этого понятия (A/C.6/71/SR.26, п. 12). Исландия, выступая от имени стран Северной Европы, усомнилась в необходимости ссылаться на «ценности международного сообщества» (A/C.6/71/SR.24, п. 63), тогда как Словакия согласилась, что *jus cogens* отражает «основополагающие ценности международного сообщества» (A/C.6/71/SR.26, п. 147). Исламская Республика Иран поддержала идею об универсальной применимости норм *jus cogens* (A/C.6/71/SR.26, п. 122).

²⁷ A/C.6/71/SR.24, п. 89.

²⁸ Там же.

²⁹ Там же, п. 90.

³⁰ A/C.6/71/SR.26, п. 126.

³¹ См. A/CN.4/693, п. 39 («Например, в 1964 году Кипр, сославшись на концепцию императивных норм, оспорил действительность Договора о гарантиях 1960 года между Кипром, Соединенным Королевством, Грецией и Турцией»). Текст Договора о гарантиях см. в United Nations, *Treaty Series*, vol. 382, No. 5475.

³² Заявление Турции, A/C.6/71/SR.29, п. 68.

всех других соответствующих материалов»³³. При этом данная точка зрения подчеркивалась и в ходе прений в Шестом комитете³⁴. У Специального докладчика сложилось убеждение, что подход, принятый в первом и нынешнем докладах, остается верен вышеизложенному.

17. Хотя, как можно понять из заявления Нидерландов³⁵, проявления «доктрины» здесь многочисленнее проявлений практики, в равной степени верно и то, что ни в первом, ни в настоящем докладе нет ни одного вывода, который не основывался бы на практике. В кратком изложении прений, состоявшихся в Комиссии, Специальный докладчик на примерах показал, что многие из текстов по другим рассматривавшимся Комиссией темам принимались ею с опорой на практику, которая по своему объему значительно уступает практике, приведенной в обоснование содержания пункта 2 проекта вывода 3³⁶. Эта практика тщательно проанализирована и оценена. Франция верно отметила, что ее практика особенно интересовала Специального докладчика. Это объясняется тем, что Франция известна своими высказываниями против самой идеи *jus cogens*. Однако, как видно из заявлений самой Франции, реальная практика указывает на неточность этого. Проведенная оценка не касалась вопроса о том, является ли Франция настойчивым противником концепции или нет, и в первом докладе не делалось никаких выводов на этот счет. Всё сказанное в докладе по поводу Франции воспроизводит тот хорошо задокументированный факт, что при принятии Венской конвенции Франция не возражала против идеи *jus cogens*. На самом деле Франция выразила озабоченность по поводу отсутствия ясности в том, как эта концепция будет применяться, и по поводу возможности злоупотребления ею.

18. Что касается пункта 2 проекта вывода 3, то важно напомнить, что, вопреки заявлению Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, этот пункт вообще-то передан Комиссией Редакционному комитету и что этот текст получил солидную поддержку как в Комиссии, так и во время прений в Шестом комитете. Если говорить о существовании названного пункта, то полезно начать с рассмотрения озабоченности, высказанной Соединенными Штатами. Как указывалось в первом докладе, у Специального докладчика нет намерения разрешить дебатированный вопрос о выборе между естественным правом и правом позитивным или отдать предпочтение тому или иному из подходов. Элементы, перечисленные в пункте 2 проекта вывода 3, не следует рассматривать как попытку украдкой привнести в работу Комиссии естественно-правовой подход. Как будет видно из настоящего доклада, критерии для определения того, достигла ли какая-то норма статуса *jus cogens*, остаются теми же, что перечислены в статье 53 Венской конвенции. Что же касается озабоченности, высказанной Китаем, то названные элементы не следует рассматривать в качестве дополнительных. Их следует рассматривать скорее как элементы, описывающие и характеризующие нормы *jus cogens*, а не как элементы, их об-

³³ A/CN.4/693, п. 14. См. также п. 45 («Для целей Комиссии важно ответить на вопрос, пользуется ли концепция *jus cogens* поддержкой в практике государств и правовой практике международных и национальных судов, т. е. в той области, которой занимается Комиссия. 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»).

³⁴ См. заявление Чехии (A/C.6/71/SR.24, п. 72: работа Комиссии по этой теме «должна основываться на государственной и судебной практике, а также на научных трудах»). См. также заявление Ирландии (A/C.6/71/SR.27, п. 18).

³⁵ См. A/C.6/71/SR.26, п. 43.

³⁶ См. A/CN.4/SR.3323, заявление Специального докладчика, в котором он подводит итоги прений.

разующие (или их критерии)³⁷. Однако такие характеризующие элементы могут быть значимыми при оценке критериев для причисления международно-правовых норм к *jus cogens*.

19. Стоит напомнить, что при рассмотрении элементов, перечисленных в пункте 2 проекта вывода 3, всеми выступившими делегациями и подавляющим большинством выступивших членов Комиссии было выражено мнение о том, что эта тема должна опираться на практику³⁸. Названные элементы повсеместно применяются в практике, будь то практика государств или судебная практика, и, как отметила в ходе прений в Шестом комитете южноафриканская делегация, они «повсеместно признаны» и являются «основными и бесспорными». По мнению Специального докладчика, в первом докладе уже приведено достаточно примеров практики, на основе которой можно составить выводы³⁹. Тем не менее, учитывая прозвучавшие со стороны нескольких членов Комиссии⁴⁰ высказывания о недостаточности практики, Специальный докладчик привел в своем заявлении об итогах прений дополнительные материалы. Поскольку эти материалы не были отражены в первом докладе, в настоящем докладе дается их краткое изложение, хотя проекты выводов уже переданы Редакционному комитету.

1. Основополагающие ценности

20. В дополнение к многочисленным заявлениям государств⁴¹, решениям Международного Суда по делам «Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории»⁴² и «Хорватия против Сербии»⁴³ и его консультативному заключению по делу «Оговорки к Конвенции по геноциду»⁴⁴, решению Международного

³⁷ См. A/CN.4/693, п. 72: «Хотя перечисленные элементы являются основополагающими характеристиками норм *jus cogens*... они не сообщают нам ничего о том, как нормы *jus cogens* следует идентифицировать в современном международном праве».

³⁸ Единственным членом Комиссии, который предложил, чтобы Комиссия опиралась в своей работе на доктрину, стал г-н Валенсия-Оспина (см. A/CN.4/SR.3323).

³⁹ См. A/CN.4/693, пп. 61–72.

⁴⁰ Г-н Вуд (A/CN.4/SR.3314), г-н Форто (A/CN.4/SR.3317), г-н Макрей (A/CN.4/SR.3315), г-н Валенсия-Оспина (A/CN.4/SR.3323), г-н Хмуд (A/CN.4/SR.3322) и г-н Мерфи (A/CN.4/SR.3316).

⁴¹ См., например, заявления Германии (A/C.6/55/SR.14, п. 56: «[Германское] правительство подтверждает свою убежденность в необходимости более четкого определения императивных норм международного права, обеспечивающих защиту основных гуманитарных ценностей»), Италии (A/C.6/56/SR.13, п. 15: «В Венской конвенции о праве международных договоров содержится тавтологическое определение императивного права, которое в доктрине и практике юриспруденции пытались толковать как совокупность норм, запрещающих поведение, считающееся недопустимым в силу его угрозы для существования государств и народов, а также для основополагающих человеческих ценностей»), Мексики (A/C.6/56/SR.14, п. 13: «Сама концепция императивных норм была разработана для сохранения наиболее ценных юридических принципов сообщества государств») и Португалии (A/C.6/56/SR.14, п. 66: «Понятия *jus cogens*, обязательств *erga omnes* и международных преступлений государства или серьезных нарушений обязательств, вытекающих из императивных норм общего международного права, основываются на общем признании определенных фундаментальных ценностей международного права»).

⁴² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 43.

⁴³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 412; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment of 3 February 2015 (<http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf>).

⁴⁴ *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 15, at p. 23.

трибунала по бывшей Югославии по делу Фурунджии⁴⁵ и решению Межамериканской комиссии по правам человека по делу Майкла Домингеса⁴⁶ существует бессчетное количество особых и несогласных мнений и научных трудов, где тоже поддерживается идея о том, что нормы *jus cogens* защищают основополагающие ценности международного сообщества. Уже одни только эти авторитетные источники должны быть достаточным основанием для элемента, согласно которому нормы *jus cogens* защищают основополагающие ценности международного права⁴⁷.

21. Подытоживая состоявшиеся прения, Специальный докладчик привел еще несколько авторитетных источников. В решении по делу «Сидерман де Блейк против Аргентинской Республики» Апелляционный суд Соединенных Штатов по девятому округу заявил, что нормы *jus cogens* «выводятся из ценностей, считающихся основополагающими для международного сообщества»⁴⁸. Сходным образом выразился и Окружной суд Соединенных Штатов по восточному округу Нью-Йорка, который приравнял *jus cogens* к нормам, занимающим «самое высокое положение среди международно-правовых норм»⁴⁹. Такие же или похожие чувства выражались судами и в других юрисдикциях⁵⁰. Конституционный трибунал Перу, например, указал на «чрезвычайную важность ценно-

⁴⁵ *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Trial Chamber, Judgement of 10 December 1998, paras. 153 and 154; в этом решении Трибунал прямо увязал статус запрещения пыток как одной из норм *jus cogens* с «важностью тех ценностей, которое оно защищает», отметив: «Принадлежность запрещения пыток к *jus cogens* явно передает понимание того, что это запрещение превратилось сейчас в один из наиболее фундаментальных стандартов международного сообщества». Данный пассаж был одобрительно процитирован в одном из решений Европейского суда по правам человека (*Al-Adsani v. United Kingdom* (Application No. 35763/97), Judgement of 21 November 2001, para. 30).

⁴⁶ *Michael Domingues v. United States*, Case No. 12.285 (2002), Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 62/02, para. 49.

⁴⁷ При подытоживании прений Специальный докладчик, говоря об адекватности этих источников, отметил в порядке сравнения, что требование о последовательно возражающей стороне было одобрено Комиссией на основании, по сути, двух *obiter dicta*, одно из которых было сделано по делу «Рыбные промыслы», а другое — по делу «Убежище», и что в данном случае примеров приведено гораздо больше (A/CN.4/SR.3323, с. 17).

⁴⁸ *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 965 F.2d 699 (1992 U.S. App.), p. 715. Это решение с одобрением цитировалось по нескольким другим делам, рассматривавшимся в Соединенных Штатах: *Estate of Hernandez-Rojas v. United States*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 136922 (S.D. Cal. 2013), p. 14; *Estate of Hernandez-Rojas v. United States*, 2014 U.S. Dist. LEXIS 101385 (S.D. Cal. 2014), p. 9; *Doe I v. Reddy*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 26120 (ND Cal 2003); *Alvarez-Machain v. United States*, 331 F.3d 604 (9th Cir. 2003), p. 613 (мнение судьи Маккьюна). См. также *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, 671 F.3d 736 (9th Cir. 2010), p. 778 (судья Прегерсон в своем несогласном мнении указывает, что «нормы *jus cogens* представляют собой основополагающие компоненты упорядоченного международного сообщества»).

⁴⁹ *Nguyen Thang Loi v. Dow Chemical Company (in re "Agent Orange" Product Liability Litigation)*, 373 F. Supp. 2d (E.D.N.Y., 2005), p. 136.

⁵⁰ См., например, *R (Al Rawi and Others) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Another*, [2006] EWCA Civ 1279, para. 101. Верховый суд Канады отнес к нормам *jus cogens* нормы, которые «имеют жизненно важное или основополагающее значение для понимания нами как обществом того, что есть справедливость...» (*Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, [2014] Supreme Court of Canada 62, 3 SCR 176, para. 151). «Основополагающими императивными нормами международного права» назвал нормы *jus cogens* и Пленум Верховного суда Российской Федерации («О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации», постановление Пленума Верховного суда Российской Федерации № 5 от 10 октября 2003 года в редакции постановления от 5 марта 2013 года).

стей, лежащих в основе» обязательств *jus cogens*⁵¹. В свою очередь, Верховный суд Филиппин, давая определение *jus cogens*, отметил, что соответствующие нормы «считаются... основополагающими для существования справедливого международного порядка»⁵². В решении по делу Арансибии Клавеля Верховный суд Аргентины назвал цель *jus cogens* состоящей в том, чтобы «защищать государства от соглашений, заключаемых вопреки некоторым ценностям и общим интересам международного сообщества государств в целом»⁵³. Сходным образом Конституционный суд Южной Африки отметил, что нормы *jus cogens* «отражают основополагающие ценности международного сообщества»⁵⁴.

22. Из вышеизложенного явствует, что нормы *jus cogens* отражают и защищают основополагающие ценности международного сообщества. Данное понятие никогда не подвергалось серьезному сомнению. Например, Колб (обозреватель, который это понятие критикует) назвал его на сегодняшний день «абсолютно преобладающей теорией»⁵⁵. Разумеется, в разных источниках это центральное понятие описывается разными словами, но само оно является в международном праве общепринятым. Так, в одних источниках говорится, что нормы *jus cogens* «защищают» основополагающие ценности; в других — что они эти ценности «отражают». Далее, в одних говорится об «основополагающих ценностях»; в других — об «основополагающих интересах». Однако общая тональность одинакова.

2. Иерархическое превосходство

23. Наряду с идеей о том, что нормы *jus cogens* отражают основополагающие ценности, общепринятым является и мнение об иерархическом превосходстве этих норм над другими положениями и нормами международного права⁵⁶. Более того, Комиссия уже делала вывод об иерархическом превосходстве норм *jus cogens* над другими нормами⁵⁷, и этому выводу полагается быть достаточным основанием для включения такого превосходства в число характерных элементов *jus cogens*.

24. В уже представленном первом докладе в поддержку иерархического превосходства были, наряду с прецедентами из предыдущей работы Комиссии,

⁵¹ EXP. N° 0024-2010-PI/TC, Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, 21 de marzo de 2011, párr. 53 (“de la extraordinaria importancia de los valores que subyacen a tal [*jus cogens*] obligación”).

⁵² *Bayan Muna as represented by Representative Satur Ocampo et al. v. Alberto Romulo, in his capacity as Executive Secretary et al.*, Supreme Court of the Republic of the Philippines (2011).

⁵³ *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ Homicidio Calificado y Asociación Ilicita y Otros*, Causa n° 259, Sentencia del 24 de agosto de 2004 (“es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto”).

⁵⁴ Constitutional Court of South Africa, *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa*, 2005 (4) SA 235 (CC), p. 169; это приводимая с одобрением цитата из первого доклада по вопросу о дипломатической защите, подготовленного Специальным докладчиком Джоном Дугардом (A/CN.4/506).

⁵⁵ Robert Kolb, *Peremptory International Law: Jus Cogens — A General Inventory* (Oxford and Portland, Hart Publishing, 2015), p. 32.

⁵⁶ См. Maarten den Heijer and Harmen van der Wilt, “*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law”, in *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, *Jus Cogens — Quo Vadis?* (T.M.C. Asser Press, 2016).

⁵⁷ См. выводы по итогам работы Исследовательской группы по фрагментации международного права, *Ежегодник Комиссии международного права, 2006*, т. II, ч. 2-я (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.12.V.13), гл. XII, разд. D.2, пп. (33) и (34).

приведены заявления государств⁵⁸, судебные решения⁵⁹ и научные труды⁶⁰. Здесь стоит вспомнить на секунду о том, что в прошлом Комиссии доводилось принимать тексты с опорой на гораздо меньший массив практики. Тем не менее вслед за окончанием прений Специальный докладчик привел дополнительные авторитетные источники в поддержку идеи о том, данный элемент совершенно очевидным образом является для *jus cogens* характерным.

25. В решении по делу «Кади против Совета и Комиссии» мы встречаем знаменитое высказывание Суда первой инстанции Суда Европейского союза о том, что *jus cogens* является «корпусом более высоких норм международного публичного права»⁶¹. Сходное описание *jus cogens* находим у Европейского суда по правам человека: «норма, которая пользуется в международной иерархии более высоким рангом, чем договорные положения и даже “ординарные” обычно-правовые нормы»⁶². Межамериканская комиссия в решении по делу Майкла Домингеса заявила, что нормы *jus cogens* выводятся из «вышестоящих норм правового порядка»⁶³.

26. Бесспорность иерархического превосходства *jus cogens* была признана судьей Прегерсоном из Апелляционного суда Соединенных Штатов в его несогласном мнении по делу «Сареи против “Rio Tinto”»⁶⁴. Уместно упомянуть тот факт, что если в этом случае речь идет о несогласном мнении, то в решении по

⁵⁸ См. заявления Нидерландов (A/C.6/68/SR.25, п. 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») и Соединенного Королевства (*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* (United Nations publication, Sales No. E.68.V.7), 53rd meeting, para. 53: «В надлежаще организованном международном обществе существует необходимость в международно-правовых нормах более высокого порядка, нежели нормы чисто диспозитивного характера, от соблюдения которых государства могут на договорной основе отказаться»).

⁵⁹ См., например, *Furundžija* (сноска 45 выше), para. 153 (один из параметров запрещения пыток «относится к иерархии правил в международном нормативном порядке... этот принцип превратился в императивную норму, или *jus cogens*, т. е. норму, которая пользуется в международной иерархии более высоким рангом, чем договорные положения и даже “ординарные” обычно-правовые нормы»).

⁶⁰ См., например, Gennady Danilenko, “International *jus cogens*: issues of law-making”, *European Journal of International Law*, vol. 2, No. 1 (1991); William E. Conklin, “The peremptory norms of the international community”, *European Journal of International Law*, vol. 23, No. 3 (Oxford University Press, 2012), p. 838 («Сама возможность императивной нормы вновь подводит к мысли об иерархии международно-правовых норм, в которой верхнее место занимают императивные нормы, являющиеся “основополагающими стандартами международного сообщества”»); см. также Marjorie Whiteman, “*Jus cogens* in international law, with a projected list”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, No. 2 (1977), p. 609; Mark Janis, “The nature of *jus cogens*”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, No. 2 (1988), p. 360.

⁶¹ *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, [2005] ECR II-3649 (21 September 2005), para. 226.

⁶² *Al-Adsani* (см. сноску 45 выше), para. 60; это цитата из решения Международного трибунала по бывшей Югославии по делу Фурунджии (*Furundžija*; см. сноску 45 выше). См. также *Al-Adsani*, joint dissenting opinion of Judges Rozakis and Caflisch, para. 1 («Большинством признается, что [нормы *jus cogens*] иерархически выше любой другой нормы международного права»). См. далее *Al-Dumini and Montana Management Inc v. Switzerland*, [2016] ECHR 576 (21 June 2016), concurring opinion of Judges Pinto de Albuquerque, Hajiyevev, Pejchal and Dedov, para. 34.

⁶³ *Michael Domingues* (см. сноску 46 выше), para. 49. См. *Hassan v. Council of the European Union and Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance*, 12 July 2006, para. 92.

⁶⁴ *Sarei* (см. сноску 48 выше), p. 19395.

делу Сидермана де Блейка большинство судей признало нормы *jus cogens* «заслуживающими самого высокого статуса в международном праве»⁶⁵. В деле «Манн против Республики Экваториальная Гвинея» Верховный суд Зимбабве указал, что нормы *jus cogens* «наделены приматом в иерархии правил, образующих собой международный нормативный порядок»⁶⁶. *Jus cogens* характеризовался также как занимающий «высшее иерархическое положение по отношению ко всем другим обычно-правовым нормам и принципам»⁶⁷, как стоящий «не только над правом договоров, но и над всеми источниками права»⁶⁸, как пользующийся «приоритетом над другими нормами международного права»⁶⁹ и как комплекс норм, которые «превалируют и над международно-правовым обычаем, и над договорами»⁷⁰. Наличие у норм *jus cogens* более высокого ранга, чем у других норм, усматривалось и итальянскими судами⁷¹.

27. Из вышесказанного должно быть ясно, что иерархическое превосходство как элемент, описывающий и характеризующий *jus cogens*, не может подвергаться серьезному сомнению. Термины могут использоваться разные, но идея об иерархическом превосходстве или более высоком статусе *jus cogens* является общепринятой.

3. Универсальное применение

28. Идея о том, что нормы *jus cogens* являются универсально применимыми, означает, что они применяются ко всем государствам. Наличие этого элемента, как и двух других, хорошо поддерживается практикой государств и международной судебной практикой (далее — «государственная и судебная практика»). В первом докладе были приведены обоснования этого элемента в виде судебных решений⁷² и научных трудов⁷³.

⁶⁵ *Siderman de Blake* (см. сноску 48 выше), p. 717.

⁶⁶ См. *Mann v. Republic of Equatorial Guinea*, [2008] ZWHNC 1, Judgment of 23 January 2008. См. также *Nguyen Thang Loi* (сноска 49 выше), at 136; там нормы *jus cogens* названы занимающими «самое высокое положение среди международно-правовых норм».

⁶⁷ *Bayan Muna* (см. сноску 52 выше). См. также *Certain Employees of Sidhu and Sons Nursery Ltd.*, [2012] BCLR No. B28/2012, para. 44; в решении по этому делу Совет по трудовым отношениям Британской Колумбии (Канада) со ссылкой на дело Фурунджии (*Furundžija*; сноска 45 выше) назвал нормы *jus cogens* пользующимися «в международной иерархии более высоким рангом, чем договорные положения и даже “ординарные” обычно-правовые нормы». См. также *R (Al Rawi and Others)* (сноска 50 выше), para. 101; там дается отсылка к делу: *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others: Ex Parte Pinochet (No. 3)*, [2000] 1 AC 147, p. 198.

⁶⁸ *Julio Héctor Simón y Otros s/ Privación Ilegítima de la Libertad*, Causa n° 17/768, Sentencia del 14 de junio de 2005, párr. 48 (“que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho”). См. также *Julio Lilo Mazzeo y Otros s/ Rec. de Casación e Inconstitucionalidad*, Sentencia del 13 de julio de 2007, párr. 15 (“se trata de la más alta fuente del derecho internacional” [*jus cogens* «является наивысшим источником международного права»]).

⁶⁹ См. *Jones v. Ministry of Interior for the Kingdom of Saudi Arabia and Others*, [2007] 1 AC 270, para. 39 (совпадающее мнение лорда Хоффмана).

⁷⁰ *Mani Kumari Sabbithi et al. v. Major Waleed KH N.S. Al Saleh*, 605 F. Supp 2d 122 (United States District Court for the District of Columbia), p. 129.

⁷¹ *Mario Luiz Lozano c. Procuratore Generale della Repubblica Italiana*, Sentenza cassazione del 24 luglio 2008, Corte suprema di cassazione, Sezione I penale, Italia, Caso n. 31171/2008, p. 6 (“Dandosi prevalenza al principio di rango più elevato e di *jus cogens*” [«Приоритет следует отдавать принципу с более высоким рангом и *jus cogens*»]). См. также *Germany v. De Guglielmi and De Guglielmi and Italy (joining)*, Appeal Judgment of 14 May 2012, Turin Court of Appeal, Case No. 941/2012, ILDC 1905 (IT 2012), p. 15.

⁷² См. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at para. 190 («Соединенные Штаты в своем контрмеморандуме по вопросу о юрисдикции и приемлемости сочли

29. Межамериканский суд назвал нормы *jus cogens* «применимыми ко всем государствам» и «имеющими обязательную силу для всех государств»⁷⁴. В свою очередь, Межамериканская комиссия в решении по делу Майкла Домингеса установила, что нормы *jus cogens* имеют «обязательную силу для международного сообщества в целом, независимо от опротестования, признания или согласия»⁷⁵. Апелляционный суд Соединенных Штатов указал, что нормы *jus cogens* «не зависят от согласия отдельных государств, но являются универсально обязывающими в силу самого своего характера»⁷⁶. При этом Апелляционный суд Соединенных Штатов по округу Колумбия в решении по делу «Бельхас против Моше Яалона» назвал нормы *jus cogens* «настолько универсально признанными, что все государства считаются связанными ими по международному праву»⁷⁷. Сходным образом, Федеральный суд (верховная судебная инстанция) Швейцарии постановил, что нормы *jus cogens* имеют «обязательную силу для всех субъектов международного права»⁷⁸.

существенным привести мнения исследователей о том, что этот принцип является «универсальной нормой», «универсальной международно-правой нормой», «повсеместно признанным принципом международного права» и «принципом *jus cogens*»). См. также *Reservations to the Convention on Genocide* (сноска 44 выше), p. 23 (в своем заключении Международный Суд говорит о «всеобщем характере... осуждения геноцида»); *Separate opinion of Judge Moreno Quintana [in Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden), Judgment of 28 November 1958]* (www.icj-cij.org/docket/files/33/2271.pdf), pp. 106–107 («Эти принципы имеют императивный характер и универсальную сферу действия»); *Hanoch Tel-Oren et al. v Libyan Arab Republic et al.*, Judgment of the United States Court of Appeal, District of Columbia, 3 February 1984, 726 F.2d 774 (233 U.S. App. D.C.), p. 384 (насчитывается «несколько гнусных деяний, каждое из которых нарушает вполне определенные, универсальные и обязательные нормы»).

⁷³ См., например, Conklin (сноска 60 выше). См. также Christos Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties* (Amsterdam, North-Holland Publishing Company 1976), p. 78; Giorgio Gaja, “*Jus cogens* beyond the Vienna Convention”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 172 (1981), p. 283; Gennadii Danilenko, *Law-making in the International Community* (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993), p. 211; Levon Alexidze, “Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 172 (1981), p. 246; Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat, *Droit international public* (11e édition, Paris, 2012), p. 322 (“La cohésion de cet ensemble normatif exige la reconnaissance par tout ses sujets d’un minimum de règles imperatives” [«Цельность этого нормативного корпуса требует признания всеми субъектами некоего минимума императивных правил»]); Aldana Rohr, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens* (Buenos Aires, 2015), p. 6; Dan Dubois, “The authority of peremptory norms in international law: State consent or natural law?”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 78 (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), p. 135 («Норма *jus cogens*... применима ко всем государствам независимо от их согласия на ее обязательность»); Matthew Saul, “Identifying *jus cogens* norms: the interaction of scholars and international judges”, *Asian Journal of International Law* (2014), p. 31 («Предполагается, что нормы *jus cogens* обязательны для всех государств»).

⁷⁴ *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, Advisory Opinion OC-18/03 of 17 September 2003, requested by the United Mexican States, paras. 4 and 5. См. также Written statement of 19 June 1995 by the Government of Mexico on the request for an advisory opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* submitted to the International Court of Justice by the General Assembly in its resolution 49/75 K, para. 7 («Эти нормы... имеют юридически обязательный характер для всех государств (*jus cogens*)»). Текст этого письменного доклада см. по адресу: www.icj-cij.org/docket/files/95/8694.pdf.

⁷⁵ *Michael Domingues* (см. сноску 46 выше), para. 49.

⁷⁶ *Smith v. Socialist People’s Libyan Arab Jamahiriya*, 101 F.3d 239 (2nd. Cir. 1996), p. 242.

⁷⁷ *Belhas v. Moshe Ya’Alon*, 515 F.3d 1279 (District of Columbia Cir. 2008 Cir. 2008), pp. 1291–1292.

⁷⁸ *Youssef Nada v. State Secretariat for Economic Affairs and Federal Department of Economic Affairs*, Administrative Appeal, Judgment of 14 November 2007, Federal Supreme Court of Switzerland, Case No. 1A 45/2007, ILDC 461 (CH 2007), para. 7.

30. Как свидетельствуют приведенные выше материалы, государства и суды в своей практике последовательно признавали, что нормы *jus cogens* защищают и отражают основополагающие ценности международного сообщества, являются универсально применимыми и стоят в иерархическом отношении выше других норм международного права. То обстоятельство, что в этих материалах для выражения одних и тех же базовых идей могут порой использоваться разные формулировки, не должно умалять факт широкого признания этих характеристик.

III. Критерии для *jus cogens*

A. Общие соображения

31. Пожалуй, целесообразно сделать два предварительных замечания. Первое: вопрос о том, кто определяет соблюдение критериев, выходит за рамки темы. Вместе с тем в будущих докладах, где будут обсуждаться последствия *jus cogens* для права договоров, в частности превращение договора в недействительный, придется разобрать статью 66 Венской конвенции применительно к случаю обязательного урегулирования спора, касающегося недействительности договора из-за его несоответствия *jus cogens*. Второе: элементы, которые перечислены в пункте 2 проекта вывода 3, предложенного в первом докладе Специального докладчика, не являются критериями для *jus cogens*. Они являются описательными элементами норм *jus cogens*. Под критериями (или требованиями) для отнесения международно-правовых норм к *jus cogens* имеются в виду такие элементы, которые должны наличествовать, прежде чем какое-либо правило или принцип можно будет назвать нормой *jus cogens*. Эти критерии и являются предметом данного раздела второго доклада.

32. Как отмечалось Суданом, идентификация норм *jus cogens* является сложным процессом⁷⁹. Сходное мнение было выражено Комиссией в комментарии к проекту статьи 50 проектов статей о праве договоров 1966 года, где указывается, что «не существует простого критерия», посредством которого можно было бы идентифицировать норму *jus cogens*⁸⁰. В ходе прений в Шестом комитете в 2016 году многие государства подчеркивали, что критерии для *jus cogens* должны основываться на статье 53 Венской конвенции⁸¹. Специальный докладчик не воспринял мнение о том, что эти критерии должны основываться на статье 53 Венской конвенции, как запрещающее (насколько можно понять из заявления Малайзии⁸²) Комиссии выходить за рамки этой статьи *даже в том*

⁷⁹ Заявление Судана, A/C.6/71/SR.25, п. 73.

⁸⁰ См. п. (2) комментария к проекту статьи 50 проектов статей о праве договоров (1966 год) (*Yearbook of the International Law Commission, 1966*, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.67.V.2), Part II, chap. II, sect. C).

⁸¹ См., например заявление Чехии (A/C.6/71/SR.24, п. 72). См. также заявления Канады (A/C.6/71/SR.27, п. 9), Чили (A/C.6/71/SR.25, п. 101), Китая (A/C.6/71/SR.24, п. 89), Исламской Республики Иран (A/C.6/71/SR.26, п. 118: «Смысл работы Комиссии по этой теме заключается не в том, чтобы оспорить правильность двух критериев, установленных в статье 53 Венской конвенции... а в том, чтобы разъяснить значение и определить сферу применения этих двух критериев») и Польши (A/C.6/71/SR.26, п. 56). См. далее заявление Ирландии (A/C.6/71/SR.27, п. 19: «Ирландская делегация разделяет мнение о том, что статьи 53 и 64 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года должны занимать центральное место в работе по данной теме...»).

⁸² См. заявление Малайзии (A/C.6/71/SR.26, para. 75: «Что касается темы "*Jus cogens*", то [малайзийская] делегация предостерегает от того, чтобы сфера применения принципа выходила за рамки формулировки статьи 53 Венской конвенции о праве международных договоров. Поскольку международное право развивается на основе документов,

случае, если на это ориентирует практика. Поэтому в настоящем докладе элементы статьи 53 Венской конвенции берутся за отправную точку — как основа для критериев, позволяющих идентифицировать нормы *jus cogens*. Вместе с тем ради наполнения статьи 53 реальным содержанием и смыслом привлекаются прецеденты из практики государств и решений международных судов и трибуналов.

33. Решение взять за основу статью 53 базируется не только на мнениях, выраженных государствами в прениях на Генеральной Ассамблее. Оно в целом согласуется с практикой и научными трудами. Заводя речь о *jus cogens*, международные суды и трибуналы обычно ссылались на статью 53 Конвенции⁸³. Более того, значительная часть академической литературы исходит из той посылки, что статья 53 дает определение *jus cogens*⁸⁴. Наконец, в наброске, в котором были заданы параметры рассмотрения темы, статья 53 Венской конвенции тоже признается в качестве «отправного пункта для любого исследования *jus cogens*»⁸⁵.

34. Прежде чем разбирать текст статьи 53, важно подчеркнуть, что критерии, выработанные в настоящем докладе, основываются не на заранее сложившихся у Специального докладчика мнениях или его специфических философских предпочтениях, а на соответствующих материалах из практики. В их основе не лежит (и не должно лежать) намерение пропагандировать узкий, широкий, естественно-правовой или же позитивно-правовой подход.

35. Поскольку критерии для *jus cogens* основаны на статье 53 Венской конвенции, стоит напомнить положения этой статьи:

«Договор является ничтожным, если в момент заключения он противоречит императивной норме общего международного права. Поскольку это касается 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».

предусматривающих согласие сторон, было бы нецелесообразно расширять сферу действия принципа, в соответствии с которым некоторые универсальные нормы могут иметь обязательную силу для государств как с их согласия, так и без него»).

⁸³ См., например, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, para. 83; *Furundžija* (сноска 45 выше), para. 155; *Prosecutor v. Jelisić, Case No. IT-95-10-T, Judgement of 14 December 1999*, para. 60. См. также *Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, Causa n° C-578/95*. Этот момент особенно акцентируется Дугардом: см. *Separate opinion of Judge ad hoc Dugard [in Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment]* (www.icj-cij.org/docket/files/126/10449.pdf), para. 8.

⁸⁴ См., например, Sévrine Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms* (Zurich, Schulthess, 2015), p. 19 («Поскольку единственное письменное определение последствий *jus cogens*... а также процесса, посредством которого такие нормы появляются на свет, дается в статье 53... она неизбежно становится отправной точкой в анализе этой концепции»); Ulf Linderfalk, «Understanding the *jus cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism», in *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, *Jus Cogens — Quo Vadis?* (T.M.C. Asser Press, 2016), p. 52. См. также Stefan Kadelbach, «Genesis, function and identification of *jus cogens* norms», in *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, *Jus Cogens — Quo Vadis?* (T.M.C. Asser Press, 2016), p. 166; этот автор отмечает, что «посвященные *jus cogens* научные трактаты обычно начинаются» с разбора статьи 53 Венской конвенции.

⁸⁵ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, приложение, п. 7.

36. В первом предложении статьи 53 излагается не дефиниция. Нет, там излагаются последствия коллизии с *jus cogens*, усматриваемые с позиций права договоров. Дефиниция же международно-правовых норм, относящихся к *jus cogens*, содержится во втором предложении⁸⁶. В статье 53 поясняется, что эта дефиниция дается для целей Венской конвенции. Вместе с тем, как указано в пунктах 32 и 33 выше, приводимая в Венской конвенции дефиниция признана в качестве общего определения *jus cogens* даже за рамками права международных договоров⁸⁷. Сама Комиссия в каждом случае, когда она рассматривала *jus cogens* в контексте других вопросов, опиралась на определение из статьи 53 Венской конвенции⁸⁸.

37. В статье 53 излагаются два совокупных критерия для идентификации *jus cogens*. Во-первых, соответствующая норма должна быть нормой общего международного права. Во-вторых, эта норма общего международного права должна приниматься и признаваться в качестве нормы, характеризующейся определенными свойствами, а именно тем, что она не допускает от себя отклонений и может быть изменена только последующей нормой *jus cogens*⁸⁹. Се-

⁸⁶ Dinah Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*”, in *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, *Jus Cogens — Quo Vadis?* (T.M.C. Asser Press, 2016), p. 26. См. также Ulf Linderfalk, “The creation of *jus cogens*: making sense of Article 53 of the Vienna Convention”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* [Heidelberg Journal of International Law], vol. 71, No. 2 (2011) pp. 359–378.

⁸⁷ Thomas Weatherall, *Jus Cogens: International Law and Social Contract* (Cambridge, Cambridge University Press, 2015), p. 6 («Хотя Венская конвенция посвящена праву международных договоров и обязательна только для подписавших ее сторон... статья 53 стала отражением концепции, чье юридическое действие выходит за рамки договорного контекста»).

⁸⁸ См. п. (5) комментария к статье 26 проектов статей об ответственности государств за международно противоправные деяния (2001 год), *Ежегодник Комиссии международного права, 2001*, т. II, ч. 2-я (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.04.V.17), с. 102 («Для определения императивных норм общего международного права используются жесткие критерии. Статья 53 Венской конвенции 1969 года требует не только того, чтобы рассматриваемая норма соответствовала всем критериям для признания в качестве нормы общего международного права... но и [чтобы она была] признана в качестве императивной нормы международным сообществом государств в целом»). См. также выводы по итогам работы Исследовательской группы по фрагментации международного права (сноска 57 выше), п. (32) («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 Венской конвенции 1969 года), т. е. норм, которые “принимаются и признаются международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо”»). См. далее доклад Исследовательской группы (он, правда, не является продуктом самой Комиссии), A/CN.4/L.682, п. 375 (при установлении критериев «необходимо исходить из формулировки самой статьи 53, в которой *jus cogens* идентифицируется ссылкой на норму, которая “принимается и признается международным сообществом государств в целом”»).

⁸⁹ См. также заявление Ирландии (A/C.6/71/SR.27, п. 20). В порядке особенно яркого примера см. Court of Appeal for Ontario, *Bouzari and Others v. Islamic Republic of Iran*, (2013) 71 OR (3d) 675, para. 86; в этом решении Апелляционный суд по Онтарио, определив, что *jus cogens* является более высокой формой международно-правового обычая, ясно говорит о том, что те элементы статьи 53, которые говорят о недопустимости отклонений, оговариваются тем ее элементом, который предусматривает признание и принятие. («Императивная норма международного обычного права, или норма *jus cogens*, — это более высокая форма международного обычного права. Она принимается и признается международным сообществом государств как норма, отклонение от которой недопустимо».) См. также Erika de Wet, “*Jus cogens* and obligations *erga omnes*”, in Dinah Shelton, ed., *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 542 («По сути, это означает, что та или иная норма признается сначала в качестве международно-правового обычая, после чего международное

врин Кнухель рассматривает статью 53 как включающую три элемента, а именно: речь идет о норме общего международного права; эта норма принимается и признается как не допускающая отклонений; эта норма может быть изменена только последующей нормой *jus cogens*⁹⁰. Однако с точки зрения дефиниции третий элемент является вообще-то не критерием, а лишь описанием того, как существующая норма *jus cogens* может быть изменена. Такое изменение происходит *после* того, как норма идентифицирована в качестве относящейся к *jus cogens*, а значит, не может служить критерием такой идентификации⁹¹. Более того, даже если счесть этот элемент частью определения, он будет не независимым критерием, а, скорее, компонентом критерия «принятие и признание».

38. Текстовая интерпретация статьи 53 может выглядеть и иначе. Препарируя текст статьи, фразу «принимается и признается» можно истолковать как относящуюся к «общему международному праву», а не к недопустимости отклонений. Рассматриваемая под таким углом, статья 53 будет содержать три критерия: а) речь идет о норме общего международного права, которая признается (в качестве таковой) международным сообществом государств в целом; б) речь идет о норме, отклонение от которой недопустимо; в) речь идет о норме, которая может быть изменена только другой нормой *jus cogens*. Однако подобная интерпретация не подтверждается ни практикой, ни историей согласования статьи 53, а также породит ряд трудностей. Во-первых, она сделает первый критерий тавтологичным, поскольку «общее международное право» уже подразумевает общее принятие и признание международным сообществом. Во-вторых, при ней второй и третий критерии окажутся не критериями, а, скорее, следствием *jus cogens* (второй) и описанием того, как нормы *jus cogens* могут быть изменены (третий).

39. Из вышесказанного вытекает, что для того, чтобы норму можно было квалифицировать как относящуюся к *jus cogens*, она должна быть нормой общего международного права, причем принимаемой и признаваемой в качестве нормы, отклонение от которой недопустимо. В докладе эти критерии будут рассмотрены по очереди.

В. Первый критерий: норма общего международного права

40. Первый критерий, согласно которому *jus cogens* — это нормы общего международного права, четко прописан в статье 53. Более того, мнение о том, что под *jus cogens* понимаются «нормы общего международного права», несколько раз повторяется в комментарии к проекту статьи 50 из составленных

сообщество государств в целом соглашается считать ее нормой, не допускающей отклонений»); см. далее Jure Vidmar, “Norm conflicts and hierarchy in international law: towards a vertical international legal system?”, in Erika de Wet and Jure Vidmar, eds., *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* (Oxford, Oxford Scholarship Online, 2011), p. 25.

⁹⁰ Кнухель (см. сноску 84 выше), pp. 49–136. См. также заявление Исламской Республики Иран (A/C.6/71/SR.26, п. 118), которая озвучила эти два критерия следующим образом: во-первых, норма признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо; во-вторых, норма может быть изменена только последующей нормой, тоже относящейся к *jus cogens*.

⁹¹ См. также заявление Греции (*Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session* (сноска 58 выше), 52nd meeting, para. 19. («По мнению оратора, третий элемент породил порочный круг, поскольку тот факт, что норма *jus cogens* может быть изменена только нормой, “имеющей тот же характер”, не может быть одним из условий, регулирующих “характер” нормы».)

Комиссией статей о праве договоров⁹². Стоит отметить, что на Венской конференции было сделано много предложений по внесению поправок в этот текст Комиссии, но ни одно из них не затрагивало понятие «норма общего международного права». Оно было принято как данность, и все делегаты, говорившие в своих выступлениях о различных аспектах *jus cogens*, определяли данное понятие в этих терминах⁹³. Подход, согласно которому международно-правовые нормы, относящиеся к *jus cogens*, появляются из норм общего международного права, последовательно применяется также в решениях и международных, и внутригосударственных судов⁹⁴. Вторя данному тезису, Кнухель отмечает, что этот первый критерий «посвящен процессу, посредством которого создается норма, в отличие от процесса, посредством которого она приобретает императивный статус»⁹⁵. Отсюда вытекает, что первый критерий подразумевает двухэтапный процесс формирования норм *jus cogens*: становление «ординарной» нормы в общем международном праве и «возвышение» этой нормы до статуса *jus cogens*⁹⁶. Кстати, двухэтапность процесса констатируется Комиссией в комментариях к статьям об ответственности государств:

«Для определения императивных норм общего международного права используются жесткие критерии. Статья 53 Венской конвенции 1969 года требует не только того, чтобы рассматриваемая норма соответствовала всем критериям для признания в качестве нормы общего международного права, имеющей обязательный характер, но и [чтобы она была] признана в качестве императивной нормы международным сообществом государств в целом»⁹⁷.

41. Таким образом, понятие «норма общего международного права» в качестве критерия сомнений не вызывало. Проблема может возникать с выяснением того, что именно этот критерий означает. Учрежденная Комиссией международного права Исследовательская группа по фрагментации международного права отметила, что «общепринятого определения “общего международного

⁹² См., например, п. (2) комментария к проекту статьи 50 (сноска 80 выше).

⁹³ См., например, заявления разных государств в *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session* (сноска 91 выше), 52nd meeting, para. 3 (Союз Советских Социалистических Республик), para. 19 (Греция) and para. 34 (Куба); 53rd meeting, para. 48 (Нигерия), para. 42 (Австрия) and para. 51 (Уругвай).

⁹⁴ См., например, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, p. 422, para. 99 («Запрещение пыток является частью международного обычного права и превратилось в императивную норму (*jus cogens*)»); *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 2010*, p. 403, para. 81 («вопиющие нарушения норм общего международного права, в частности норм императивного характера (*jus cogens*)»); *Buell v. Mitchell*, 274 F.3d 337 (6th Cir. 1988) (United States of America), at 373 («Некоторые основанные на обычае нормы международного права достигают “более высокого статуса”, при получении которого они “признаются международным сообществом государств за императивные...”»); *Kazemi Estate* (сноска 50 выше), p. 209.

⁹⁵ См. Кнухель (сноска 84 выше), p. 49. См. также Linderfalk (сноска 86 выше), p. 371 («...под “созданием нормы *jus cogens*” я подразумеваю не создание правовой нормы, а, скорее, возвышение правовой нормы до статуса *jus cogens*»).

⁹⁶ Raphaële Rivier, *Droit international public*, 2e édition (Paris, Presses universitaires de France, 2013), p. 566 («Ne peut accéder au rang de règle imperative qu’une provision déjà formalisée en droit positif et universellement acceptée comme règle de droit» [«Ранга императивной нормы может достичь только такое положение, которое уже формализовано в позитивном праве и повсеместно признается в качестве правовой нормы»]).

⁹⁷ П. (5) комментария к статье 26 проектов статей об ответственности государств за международно противоправные деяния (см. сноску 88 выше).

права” не существует»⁹⁸. Тем не менее элементы этого понятия выводимы из практики и литературы. Сама Исследовательская группа разграничивает, в частности, общее международное право, с одной стороны, и *lex specialis*⁹⁹ и право договоров¹⁰⁰, с другой. Можно говорить о том, что разграничение между общим международным правом, с одной стороны, и правом договоров и *lex specialis*, с другой, подтверждено Международным Судом в решении по делу «Военная и полувоенная деятельность»¹⁰¹. Вместе с тем такое разграничение *может* воспрепятствовать обретению статуса *jus cogens* некоторыми нормами, например нормами международного гуманитарного права. Иллюстрацией этому служит пассаж из решения по делу «Габчиково — Надьмарош»¹⁰², на который опиралась сама Исследовательская комиссия. В нем Суд сослался на специальные нормы, которые выработались в отношениях между сторонами (Словакия и Венгрия) и которые отличаются от норм, являющихся общеприменимыми по отношению к международному сообществу государств.

42. Таким образом, представляется, что слово «общее» во фразе «норма общего международного права» из статьи 53 относится к сфере применимости. Это понимание выглядит согласующимся с тем подходом, который применялся в судебных решениях Международного Суда, его консультативных заключениях и индивидуальных мнениях его судей. Хотя в решениях по делам «Континентальный шельф Северного моря» Суд не использовал слово «общее», проведя различие между «нормами международного права, [которые] могут по договоренности допускать отклонения в отдельных случаях или между отдельными сторонами» и нормами *jus cogens*, которые отклонений не допускают, первые из названных норм имеют общее применение в отношениях между государствами, но могут допускать отклонения в силу (более) конкретных норм, к которым отсылает термин «общие нормы международного права»¹⁰³. Различие между общим международным правом и *lex specialis*, на которое ссылается Исследовательская комиссия, получило со стороны Суда привязку к контексту: Суд разграничил «чисто конвенционные нормы и обязательства, [для которых] может в определенных пределах допускаться возможность односторонних оговорок» и «нормы и обязательства общего или обычного права, которые... должны иметь равную силу для всех членов международного сообщества»¹⁰⁴.

43. Наиболее очевидным проявлением общего международного права является международное обычное право¹⁰⁵. Действительно, многие усматривают в

⁹⁸ *Ежегодник Комиссии международного права, 2006*, т. II, ч. 2-я (см. сноску 57 выше), гл. XII, разд. D.2, п. (10), сноска 976. Исследовательская группа указала, что значение этого термина зависит вообще-то от контекста.

⁹⁹ См. *A/CN.4/L.682*, п. 8 («То, что раньше регулировалось “общим международным правом”, превратилось в сферу действия специальных систем, например “торгового права”, “права прав человека”, “права окружающей среды”, “морского права”, “европейского права” и даже таких экзотических и узкоспециализированных отраслей, как “инвестиционное право” или “международное беженское право” и т. д.)). См. также пп. 81 и 194.

¹⁰⁰ Там же, п. 92. Следует отметить, что в некоторых отношениях Исследовательская группа трактует право договоров как *lex specialis*.

¹⁰¹ *Military and Paramilitary Activities* (см. сноску 72 выше), п. 274. См. также *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, п. 76, para. 132.

¹⁰² *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (см. сноску 101 выше), para. 132; в своем решении Суд отметил, что отношения между Словакией и Венгрией регулируются, в частности, «нормами международного общего права» и «сверх того, применимыми положениями Договора 1977 года в качестве *lex specialis*».

¹⁰³ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, п. 3, para. 72.

¹⁰⁴ *Ibid.*, para. 63.

¹⁰⁵ Antonio Cassese, “For an enhanced role of *jus cogens*”, in Antonio Cassese, ed., *Realizing Utopia: The Future of International Law* (Oxford, 2012), p. 164 («Второй вопрос равнозначен вопросу о том, какими способами международный трибунал может выяснить, приобрели

международном обычном праве базу, на которой нормы *jus cogens* формируются чаще всего¹⁰⁶. Жерар Каин, например, отмечает, что международное обычное право является «нормальным и частым, если не исключительным, средством формирования норм *jus cogens*»¹⁰⁷. Сильная родственная связь норм *jus cogens* с нормами международного обычного права находит отражение в заявлениях, делавшихся на протяжении многих лет государствами на Генеральной Ассамблее¹⁰⁸. Понятие о том, что нормы *jus cogens* образуются из норм международного обычного права, подтверждается и прецедентами из практики как национальных, так и международных судов. В решении по делу «Вопросы, касающиеся обязательств осуществлять судебное преследование или выдавать» Международный Суд признал запрещение пыток «частью международного обычного права... превратившейся в императивную норму (*jus cogens*)»¹⁰⁹. Аналогичным образом, высказывание Суда о том, что «множество норм гуманитарного права» образует «незыблемые принципы международного обычного права», подтверждает идею о том, что нормы *jus cogens* (которые Суд именует «незыблемыми принципами») основываются на обычае¹¹⁰.

ли общая норма или принцип международного права статус императивной нормы. Это логически предполагает существование такой *обычно-правовой* нормы или принципа» (выделено курсивом в оригинале). См. также de Wet (сноска 89 выше), p. 542.

¹⁰⁶ См. обсуждение этого вопроса у Кнухель (Knuchel (сноска 84 выше), p. 86).

¹⁰⁷ Gérard Cahin, “La coutume internationale et les organisations internationales: l’incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier”, *Revue générale de droit international public*, no. 52 (Pédone, 2001), p. 615 (“voie normale et fréquente sinon exclusive”). См. также Rivier (сноска 96 выше), p. 566 (“Le mode coutumier est donc au premier rang pour donner naissance aux règles destinées à alimenter le droit impératif” [«Таким образом, нормы, призванные питать императивное право, зарождаются в первую очередь в лоне обычного права»]). См. далее Antonio Cassese, *International Law*, 2nd edition (Oxford, Oxford University Press, 2005), p. 199 («Особый класс *общих норм*, порожденных обычаем, обрел *особую правовую силу*: эти нормы являются императивными по своему характеру и образуют собой так называемый *jus cogens*»). Кроме того, см. João Ernesto Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (Zurich, Schulthess, 2016), p. 115 («Будучи наиболее вероятным источником общего международного права, обычно-правовые нормы будут составлять *ipso facto* и *ipso iure* привилегированный источник норм *jus cogens*»). Противоположная точка зрения высказывается Джейнисом (Janis (сноска 60 выше), p. 361).

¹⁰⁸ См. заявление Пакистана на тридцать четвертой сессии Генеральной Ассамблеи, A/C.6/34/SR.22, п. 8 («Принцип неприменения силы и его производные представляют собой *jus cogens* не только в силу... статьи 103 Устава, но и потому, что они являются нормами обычного международного права, признаваемыми международным сообществом»). См. также заявления Соединенного Королевства (A/C.6/34/SR.61, para. 46) и Ямайки (A/C.6/42/SR.29, п. 3: «Право народов на самоопределение и независимость является правом согласно международному обычному праву и, возможно, даже императивной нормой международного общего права»). См. далее Written statement of 30 January 2004 by the Hashemite Kingdom of Jordan on the request for an advisory opinion on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* submitted to the International Court of Justice (<http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1559.pdf>), paras. 5.42–5.45.

¹⁰⁹ *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (см. сноску 94 выше), para. 99. См. также *Military and Paramilitary Activities* (сноска 72 выше), para. 190.

¹¹⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (см. сноску 83 выше), para. 79. См. также *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* (сноска 42 выше), p. 161. См. далее Separate opinion of Judge Simma [in *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, judgment of 6 November 2003] (www.icj-cij.org/docket/files/90/9735.pdf), para. 6 («Я нахожу прискорбным, что Суду не хватило смелости вновь, только полнее изложить и тем самым подтвердить фундаментальные принципы права Организации Объединенных Наций, а также международного обычного права (принципы, которые, на мой взгляд, имеют характер *jus cogens*) в отношении применения силы или, скорее, запрещения применения вооруженной силы»).

44. Родственную связь норм *jus cogens* с международным обычным правом подтверждают и решения других международных судебных инстанций. Так, Международный трибунал по бывшей Югославии отметил, что запрещение пыток является «нормой международного обычного права» и «представляет собой также норму *jus cogens*»¹¹¹. В решении по делу Фурунджии Трибунал назвал нормы *jus cogens* пользующимися «в международной иерархии более высоким рангом, чем договорные положения и даже “ординарные” обычно-правовые нормы»¹¹². В процитированном пассаже проводится, судя по всему, различие между «ординарными» нормами международного обычного права и нормами *jus cogens* как особой формой международного обычного права. В решении по делу Елисича Трибунал сходным образом заявил, что «не может быть абсолютно никаких сомнений» в отношении того, что запрещение геноцида в Конвенции по геноциду относится к «международному обычному праву» и достигло ныне «уровня *jus cogens*»¹¹³.

45. Статус международного обычного права как источника многих норм *jus cogens* подтверждался и национальными судами. В решении по делу Сидермана де Блейка Апелляционный суд Соединенных Штатов назвал нормы *jus cogens* «элитной подгруппой норм, признаваемых в качестве международно-правового обычая»¹¹⁴. Суд также отметил, что, в отличие от ординарных норм международного обычного права, *jus cogens* «охватывает обычно-правовые нормы, считающиеся обязательным для всех государств»¹¹⁵. Кроме того, в решении по делу Бьюла Апелляционный суд Соединенных Штатов отметил по поводу *jus cogens*, что некоторые основанные на обычае нормы международного права достигают «более высокого статуса», а именно статуса *jus cogens*¹¹⁶. В решении по делу «Наследники Каземи» Верховный суд Канады назвал нормы *jus cogens* «более высокой формой международно-правового обычая»¹¹⁷.

46. В свою очередь, Верховный суд Аргентины признал, что нормы *jus cogens*, касающиеся военных преступлений и преступлений против человечности, появились из уже действующих норм международного обычного права¹¹⁸. Конституционный трибунал Перу сходным образом заявил, что под нормами *jus cogens* понимаются «нормы международного обычного права, находящиеся

¹¹¹ *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber, Judgement of 16 November 1998, para. 454.

¹¹² *Furundžija* (см. сноску 45 выше), para. 153.

¹¹³ *Jelisić* (см. сноску 83 выше), para. 60.

¹¹⁴ *Siderman de Blake* (см. сноску 48 выше), p. 715; там приводится ссылка на документ: *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan* 859 F.2d 929 (DC Cir. 1988), p. 940.

¹¹⁵ *Ibid.* Это противопоставление «ординарных» норм международного обычного права и *jus cogens* (намекающее на то, что последний состоит из экстраординарных норм международного обычного права) нередко выводится из решения, которое Международный трибунал по бывшей Югославии вынес по делу Фурунджии (*Furundžija* (см. сноску 45 выше), at para. 153) и в котором делается аналогичное противопоставление. Оно одобрительно упоминается в нескольких решениях, включая решения судов Соединенного Королевства. См., например, *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate* (сноска 67 выше), p. 198. См. также *R (Al Rawi and Others)* (сноска 50 выше), para. 101.

¹¹⁶ *Buell* (см. сноску 94 выше), p. 373.

¹¹⁷ См. *Kazemi Estate* (сноска 50 выше), para. 151. См. также *Steen v. Islamic Republic of Iran*, 2013 ONCA 30 (114 O.R. (3d) 206), para. 30 («Императивные нормы международного права, или *jus cogens*, являются высокими формами международно-правового обычая, отклонения от которых не допускаются»); *Bouzari and Others* (сноска 89 выше), para. 86 («Императивная норма международного права, или норма *jus cogens*, является более высокой формой международно-правового обычая»).

¹¹⁸ См. *Arancibia Clavel* (сноска 53 выше), para. 28.

в лоне *opinio juris seu necessitatis...*¹¹⁹. В решении по делу партии «Байян муна» Филиппины констатировали, что *jus cogens* «по своей иерархическому положению выше всех других обычно-правовых норм и принципов»¹²⁰. Аналогичным образом, Высокий суд Кении в решении по делу «Кенийская секция Международной комиссии юристов против Генерального прокурора и др.» определил, что «обязательность судебного преследования за международные преступления» является нормой и международного обычного права, и *jus cogens*¹²¹. Апелляционный суд Кении отметил, что, даже если бы Кения не ратифицировала Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания¹²², она «всё равно была бы обязана запрещать пытки на своей территории в соответствии с международным обычным правом», поскольку, по мнению Суда, такое запрещение является принципом *jus cogens* и императивной нормой международного права¹²³. Тот факт, что нормы *jus cogens* появились из норм международного обычного права, признавался и итальянскими судами¹²⁴.

47. Вышесказанное позволяет заключить, что нормы международного обычного права принадлежат к нормам общего международного права для целей критериев отнесения к *jus cogens*, выводимых из статьи 53 Венской конвенции.

48. Еще одним общим источником международного права являются упоминаемые в статье 38 (1) (с) Статута Международного Суда¹²⁵ общие принципы права, признанные цивилизованными нациями (далее — «общие принципы права»). Общие принципы права, подобно нормам международного обычного права, являются общеприменимыми. В отличие от права договоров, сфера действия общих принципов права не ограничивается конкретными участниками договора. Однако если в практике обнаруживается обильное количество авторитетных подтверждений тому, что основу норм *jus cogens* образуют нормы международного обычного права, то авторитетных подтверждений тому, что эту основу создают и общие принципы права, насчитывается значительно меньше.

49. Вместе с тем достаточно высказываний в поддержку последнего обнаруживается в литературе¹²⁶. Очевидно также, что, когда Комиссия определила

¹¹⁹ EXP. N° 0024-2010-PI/TC (см. сноску 51 выше), párr. 53 (“Las normas de *jus cogens* parecen pues encontrarse referidas a normas internacionales consuetudinarias que bajo el auspicio de una *opinio juris seu necessitatis...*”).

¹²⁰ *Bayan Muna* (см. сноску 52 выше).

¹²¹ *Kenya Section of the International Commission of Jurists v. the Attorney-General and Others*, Judgment of the High Court of Kenya, 28 November 2011, [2011] eKLR, para. 14.

¹²² United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, No. 24841.

¹²³ *Koigi Wamwere v. The Attorney-General*, Judgment of the Court of Appeal of Kenya, 6 March 2015, [2015] eKLR, para. 6.

¹²⁴ *Germany v. Milde (Max Josef)*, Appeal Judgment of 13 January 2009, 1st Criminal Section, Case No. 1072/2009, ILDC 1224 (IT 2009), para. 6 («Обычно-правовые нормы, направленные на защиту нерушимых прав человека, не допускают отклонений, поскольку принадлежат к императивным нормам международного права, или *jus cogens*»).

¹²⁵ Статья 38 (1) (с) Статута Международного Суда предусматривает, что Суд применяет «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями».

¹²⁶ См., например, Knuchel (сноска 84 выше), p. 52 («Общие принципы [права] могут возвыситься до уровня *jus cogens*, если будут признаны и приняты в качестве таковых международным сообществом государств»); Shelton (сноска 86 выше), paras. 30–34; Antônio Augusto Cançado Trindade, “*Jus cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case law”, in *XXXV Curso de Derecho Internacional* (Rio de Janeiro, Brazil, 2008), p. 27. См. также Weatherall (сноска 87 выше), p. 133; Thomas Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies”, in Maarten den Heijer and Harmen van der Wilt, eds., *Netherlands Yearbook of International Law 2015* (The Hague, T.M.C. Asser Press, 2015), p. 195 («Императивная норма

нормы *jus cogens* как «нормы общего международного права», в понятие «общее международное право» ею были включены и общие принципы права. Вопрос о недействительности договора по причине нарушения общей нормы международного права был впервые рассмотрен в четвертом по счету (и первом, который был подготовлен сэром Хершем Лаутерпахтом) докладе о праве международных договоров¹²⁷. В комментарии к проекту статьи 15 о праве договоров Лаутерпахт расценил нормы *jus cogens* как «основные принципы международного публичного порядка» и «составную часть... разделяемых всеми цивилизованными народами правовых принципов» (общих принципов права)¹²⁸. Члены Комиссии тоже в целом признавали, что из общих принципов права могут рождаться нормы *jus cogens*¹²⁹.

50. Высказывалось мнение, что на Венской конференции делегации не сочли общие принципы права способными служить источником норм *jus cogens*¹³⁰. Это мнение происходит, видимо, из представления о том, что внесенное Соединенными Штатами предложение по тексту Комиссии было отклонено на том основании, что некоторые государства истолковали его как «подразумевающее, что императивные нормы будут возникать из третьего источника международного права», т. е. общих принципов¹³¹. Представляется, однако, что суть этого предложения была не в этом¹³². Судя по всему, это предложение бы-

должна сначала стать частью международного общего права, т. е. международно-правового обычая или общих принципов права, согласно статье 38 (1) Статута Международного Суда». См. также Conklin (сноска 60 выше), p. 840; Omar M. Dajani, "Contractualism in the law of treaties", *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, No. 1 (2012), p. 60; Andrea Bianchi, "Human rights and the magic of *jus cogens*", *European Journal of International Law*, vol. 19, No. 3 (2008), p. 493 («Идея о возможности создания *jus cogens* на основании договора резко противостоит мнению о том, что императивные нормы могут появиться только из обычного права»); Rafael Nieto-Navia, "International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law", in Lal Chand Vorah and others, eds., *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (The Hague, 2003), pp. 613–615 («В целом можно сказать, что нормы *jus cogens* выводимы, как правило, из следующих обозначенных источников международного права: i) общие договоры... и ii) общие принципы права, признанные цивилизованными нациями»); Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (New York, Oxford University Press, 2006), p. 126; Elizabeth Santalla Vargas, "In quest of the practical value of *jus cogens* norms", in *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, p. 214 («*Jus cogens* проистекает из обычного права и общих принципов международного права»).

¹²⁷ Доклад о международных договорах Специального докладчика сэра Херша Лаутерпахта, содержащийся в документе A/CN.4/63 (воспроизводится в *Yearbook of the International Law Commission, 1953*, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.59.V.4, Vol. II)).

¹²⁸ Там же, пункт 4 комментария к статье 15.

¹²⁹ См., например, *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, vol. I, Part I, *Summary Records of the Second Part of the Seventeenth Session* (United Nations publication, Sales No. E.67.V.1), 828th meeting, statement by Mr. de Luna, para. 31 (де Луна цитирует там лорда Макнэра); *ibid.*, 1963, vol. I, *Summary Records of the Fifteenth Session* (United Nations publications, Sales No. 63.V.1), 684th meeting, statement by Mr. Tunkin, para. 21; *ibid.*, 682nd meeting, statement by Mr. Gros, para. 70.

¹³⁰ Кнучел (см. сноску 84 выше), para. 44 («Создается впечатление, что представители не стали рассматривать упоминаемые в статье 38 (1) (с) Статута Международного Суда общие принципы права, признанные цивилизованными нациями, в качестве возможной нормы *jus cogens*»).

¹³¹ *Ibid.*, para. 45.

¹³² Предложение Соединенных Штатов, содержащееся в документе A/CONF.39/C.1/L.302 (воспроизводится в *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Vienna 26 March – 24 May 1968 and 9 April – 22 May 1969, Documents of the Conference* (United Nations publication, Sales No. E.70.V.5), p. 174), предусматривало следующее: «Договор является ничтожным, если в момент его заключения он противоречит императивной норме общего международного права, которая

ло направлено на привнесение не нового источника *jus cogens*, а дополнительного требования, согласно которому рассматриваемая норма должна не только являться нормой общего международного права, но и пользоваться признанием национальных и региональных правовых систем¹³³. Скорее всего, американское предложение отвергалось государствами в основном из опасения того, что оно породит дополнительные требования, а значит, и дополнительное бремя при установлении норм *jus cogens*. Например, Куба несогласие с американской поправкой связала в своем заявлении с тем, что она «подчинит относящиеся к *jus cogens* международно-правовые нормы национальным и региональным системам» и «позволит государству отречься от любой нормы *jus cogens*, ссылаясь на свое отечественное законодательство»¹³⁴. Против американского предложения выступила и Польша, объяснив это тем, что оно создает впечатление о превосходстве национальных и региональных систем над международным правовым порядком¹³⁵. Даже те государства, которые поддержали это предложение, в целом восприняли его не как отсылку к общим принципам права, а как подтверждение признания и принятия нормы в качестве *jus cogens*¹³⁶. Более того, даже когда государства всё же истолковывали предложенную поправку как отсылающую к общим принципам права (или по крайней мере привязанную к ним), они отвергали ее не по этой причине. Так, Уругвай выступил против предложенной поправки из-за возможности ее истолкования как подразумевающей, что *все* общие принципы права имеют статус *jus cogens*¹³⁷. Иными словами, заявление Уругвая не исключало возможности того, что *некоторые* общие принципы права могут подняться до уровня *jus cogens*.

51. Наблюдаемая в реальной практике скудость случаев, когда общие принципы объявляются основой для нормы *jus cogens*, не оправдывает вывода о неспособности общих принципов служить такой основой¹³⁸. Ясно, что, когда в тексте статьи 53 говорится об «общем международном праве», это должно означать, что общие принципы права могут составлять основу для норм *jus cogens*. Как указывает Кнухель, общие принципы по смыслу статьи 38 (1) (с) Статута Международного Суда составляют «источник, генерирующий международное право» и тем самым «могут возвыситься до уровня *jus cogens*», если отвечают остальным критериям для такого возвышения¹³⁹. Общие принципы права, когда их приняли в качестве таковых, создают для государств общие права и обязанности по международному праву и тем самым подпадают под определение норм общего международного права. Сама Комиссия, подытоживая работу Исследовательской группы по фрагментации международного права, рассмотрела роль статьи 31 (3) (с) Венской конвенции в системной инте-

признается как национальными, так и региональными правовыми системами мира и отклонение от которой недопустимо».

¹³³ См. заявление Соединенных Штатов (*Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session* (сноска 58 выше), 52nd meeting, para. 17).

¹³⁴ См. заявление Кубы (*ibid.*, para. 38).

¹³⁵ См. заявление Польши (*ibid.*, 53rd meeting, para. 41).

¹³⁶ См., например, заявление Колумбии (*ibid.*, para. 30).

¹³⁷ См. заявление Уругвая (*ibid.*, para. 51). С другой стороны, см. заявление Тринидада и Тобаго (*ibid.*, 56th meeting, para. 64).

¹³⁸ Притом что эта практика не столь значительна, как практика в отношении международного обычного права, роль общих принципов права получает всё же некоторое признание. См., например, *Jelisić* (сноска 113 выше), para. 60: как отметил Трибунал, Международный Суд, констатируя, что запрещение геноцида является нормой *jus cogens*, заявил, что лежащие в основе этого запрещения принципы «признаны цивилизованными нациями». См. также заявление Исламской Республики Иран (A/C.6/71/SR.26, п. 120: «Лучшей нормативной базой для норм *jus cogens* являются общие принципы права, упоминаемые в статье 38 Статута Международного Суда»).

¹³⁹ Knuchel (см. сноску 84 выше), p. 52.

грации. Как известно, названная статья предусматривает, что при толковании договоров следует учитывать «любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками»¹⁴⁰. В своих выводах Комиссия, касаясь вопроса о толковании договора по смыслу статьи 31 (3) (с), провела различие между применением, с одной стороны, права договоров, а с другой — общего международного права¹⁴¹. Последнее, по мнению Комиссии, состоит как из международного обычного права, так и из общих принципов права¹⁴².

52. Таким образом, выражение «общее международное право» охватывает, наряду с международным обычным правом, еще и общие принципы права.

53. Ставился вопрос о том, может ли право договоров, вроде бы не относящееся к «общему международному праву», быть квалифицировано как «общее международное право» для целей статьи 53 Венской конвенции. Вообще говоря, статья 53 Венской конвенции к праву договоров не применяется. Как отмечалось выше, в выводах по итогам работы Исследовательской группы по фрагментации Комиссия провела различие между правом договоров и общим международным правом для целей, по ее словам, системной интеграции¹⁴³. Это может означать, что право договоров не будет квалифицироваться как общее международное право.

54. Григорий Тункин высказал мысль о возможности отнесения права договоров к общему международному праву¹⁴⁴. Возникает также впечатление, что и некоторые делегации на Венской конференции придерживались мнения о способности договоров служить источником норм *jus cogens*. Наиболее четко признание права договоров частью общего международного права прозвучало, пожалуй, в заявлении Польши, которая указала следующее:

«Форма или источник таких норм не имеет существенного значения для определения их императивного характера. Одни из них происходят из конвенций, другие — из обычая. Одни появились сначала как обычай, а затем были кодифицированы в многосторонних конвенциях. Другие же,

¹⁴⁰ Выводы по итогам работы Исследовательской группы по фрагментации международного права (см. сноску 57 выше), п. (17).

¹⁴¹ Там же, п. (20) (касается общего международного права) и п. (21) (касается права договоров).

¹⁴² Там же, п. (20).

¹⁴³ Там же, пп. (19)–(21). См. также доклад Исследовательской группы (A/CN.4/L.682), п. 77.

¹⁴⁴ Grigory Tunkin, “Is general international law customary law only?”, *European Journal of International Law*, vol. 4 (особенно примечателен пассаж на с. 541: «Мне думается, что юристам-международникам следует признать, что общее международное право включает сейчас как обычные, так и конвенционные нормы международного права»). Если говорить конкретно о *jus cogens*, то см. Grigory I. Tunkin, “*Jus cogens* in contemporary international law”, *Toledo Law Review*, vol. 3 (1971), p. 116 (принципы *jus cogens* состоят из «норм, чье признание оформлено либо прямо, путем договора, либо опосредованно, через обычай... Многие нормы международного общего права создаются совместно договорами и обычаем»). См. также Knuchel (сноска 84 выше), p. 50 («В современное международное право входят, по словам Международного Суда, “нормативные акты универсального или полууниверсального характера”, и ничто не препятствует тому, чтобы будущие конвенции создавали нормы повсеместно обязательного характера, способные возвыситься до уровня *jus cogens*»). См. далее Nieto-Navia (сноска 126 выше), p. 613 («В целом можно сказать, что нормы *jus cogens* выводимы, как правило, из следующих обозначенных источников международного права: i) общие договоры... и ii) общие принципы права, признанные цивилизованными нациями»).

наоборот, появились сначала в конвенциях и только позднее перешли в обычное право»¹⁴⁵.

55. Однако более распространено мнение о том, что договорные положения как таковые не порождают норм общего международного права, способных подняться до статуса *jus cogens*¹⁴⁶. В тексте статьи 53, на которой основывается рассмотрение нами данной темы, нормы *jus cogens* описываются как нормы общего международного права, которые отличаются от договорных положений, применимых только к участникам договора. В комментарии Комиссии к проекту статьи 50 проводится четкое различие между «нормами общего международного права» и правом договоров. В комментарии, например, разграничиваются «общие нормы международного права» и договорные положения, с помощью которых государства могут освободить себя от обязанности применять «общие нормы международного права»¹⁴⁷. В пункте (4) комментария говорится, что «изменение какой-либо нормы *jus cogens* теперь будет, вероятнее всего, осуществляться посредством какого-либо общего многостороннего договора»¹⁴⁸. Это заявление можно было бы истолковать как признание Комиссией того, что договорные нормы могут составлять основу *jus cogens*. Однако в следующем предложении говорится, что такой многосторонний договор не будет подпадать под эту статью¹⁴⁹. Чтобы оставить за скобками право многосторонних договоров, Комиссия ввела формулировку «норма общего международного права», что подразумевает четкое разграничение между договорными положениями и нормами общего международного права¹⁵⁰.

56. То обстоятельство, что договорные положения как таковые не образуют норм общего международного права, не означает, что договоры иррелевантны для общего международного права и для идентификации *jus cogens*. Родственная связь между общим международным правом, в частности международным обычным правом, и правом договоров описана в решении по делам «Континентальный шельф Северного моря»¹⁵¹. Там Суд отметил, что договорная норма может кодифицировать (или декларировать) существующую общую норму международного права¹⁵², что принятие договорной нормы способно помочь кристаллизации нарождающейся общей нормы международного права¹⁵³ и что

¹⁴⁵ См. заявление Польши (*Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session* (сноска 58 выше), 53rd meeting, para. 34. См. также заявление Тринидада и Тобаго (*ibid.*, 56th meeting, para. 63: «Многосторонние договоры общего характера, такие как Устав Организации Объединенных Наций, тоже могут служить источником норм, относящихся к *jus cogens*»).

¹⁴⁶ См. Weatherall (сноска 87 выше), pp. 125–126; Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status* (Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing, 1988), p. 92. См. также Bianchi (сноска 126 выше), p. 493; Evan Criddle and Evan Fox-Decent, "A fiduciary theory of *jus cogens*", *Yale Journal of International Law*, vol. 34, No. 2, p. 341. См. далее Orakhelashvili (сноска 126), p. 113 («Представляется, что склонность теоретиков делать акцент на обычае проистекает из общего признания непригодности договоров для создания императивных норм»); Ulf Linderfalk, "The effect of *jus cogens* norms: whoever opened Pandora's box, did you ever think about the consequences?", *European Journal of International Law*, vol. 18, No. 5, p. 860.

¹⁴⁷ П. (2) комментария к проекту статьи 50 проектов статей о праве договоров (см. сноску 80 выше). Комиссия заявила далее, что «было бы неправильно говорить, что какое-либо положение в договоре обладает характером *jus cogens* лишь потому, что стороны обусловили запрещение нарушать это положение».

¹⁴⁸ Там же, п. (4).

¹⁴⁹ Там же.

¹⁵⁰ Там же.

¹⁵¹ *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 103 выше). См. также проект вывода 11 проектов выводов о выявлении международного обычного права (A/71/10, гл. V, разд. C).

¹⁵² *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 103 выше), para. 61.

¹⁵³ *Ibid.*, paras. 61–69.

договорная норма может после ее принятия стать отражением общей нормы благодаря последующей практике¹⁵⁴. Пожалуй, наиболее удачным примером договора, отражающего такую норму общего международного права, которая отвечает критериям *jus cogens*, является, по описанию Комиссии, «положение Устава в отношении запрещения применения силы»¹⁵⁵. Притом что базовая норма обнаруживается в договоре (ведь Устав Организации Объединенных Наций — это договор), она также является нормой общего международного права, а именно международного обычного права.

57. Роль договорных положений в идентификации норм *jus cogens* нашла отражение и в судебной практике. В решении по делу «Бельгия против Сенегала» Международный Суд сделал знаменитый вывод о том, что запрещение пыток является нормой *jus cogens* в силу его обычно-правового, а не конвенционного статуса¹⁵⁶. Особенно же поучительными в этом отношении стали решения Международного трибунала по бывшей Югославии, касавшиеся пыток и геноцида. В решении по делу Фурунджии Трибунал, признав, что пытки запрещены договорами по правам человека¹⁵⁷, выводит далее принадлежность этого запрещения к *jus cogens* из международно-правового обычая¹⁵⁸. Данный подход нагляднее всего проявляется в решении по делу «Обвинитель против Толимира», где Трибунал, признав, что геноцид запрещен Конвенцией по геноциду, выводит принадлежность этого запрещения к *jus cogens* не из конвенционной нормы, а из нормы международного обычного права¹⁵⁹. Сходным образом, Межамериканский суд по правам человека определил, что запрещение, содержащееся в общей для Женевских конвенций статье 3, относится к *jus cogens* в силу своего обычно-правового статуса¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Ibid., paras. 70–74. См. также *Federal Republic of Germany v. Margellos and Others*, Petition for Cassation, Judgment of 17 September 2002, Special Supreme Court Case No. 6/2002, para. 14 («Постановления, содержащиеся в... Гаагском положении, приложенном к IV Гаагской конвенции 1907 года, стали обычными нормами международного права (*jus cogens*)»).

¹⁵⁵ См. п. (1) комментария к проекту статьи 50 (сноска 80 выше). Данная формулировка также повторена в решении по делу «Военная и полувоенная деятельность» (*Military and Paramilitary Activities* (см. сноску 72 выше), р. 190). См. также Alfred Verdross, “*Jus dispositivum and jus cogens in international law*”, *American Journal of International Law*, vol. 60, p. 59; Jochen A. Frowein, “*Ius cogens*”, in Rudiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, online edition (2012); Jordan Paust, “The reality of *jus cogens*”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 7, pp. 82 and 83 («*Jus cogens* — одна из форм международного обычного права. Он может также отражаться в договорах, однако его рождение, рост, другие изменения и кончина в качестве обычая зависят от ожиданий и типов поведения, у которых прослеживается явная вплетенность в происходящие социальные процессы»). См. также *Yearbook of the International Law Commission, 1966* (сноска 129 выше), 828th meeting, statement by Mr. Ago, para. 15 («Даже если норма *jus cogens* произошла из договора, ее характер проистекает не из этого договора как такового, а из того факта, что, несмотря на ее договорное происхождение... она уже являлась нормой общего международного права»).

¹⁵⁶ *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (см. сноску 94 выше), para. 99.

¹⁵⁷ *Furundžija* (см. сноску 45 выше), para. 144.

¹⁵⁸ Ibid., para. 153.

¹⁵⁹ *Prosecutor v. Tolimir*, Case No. IT-05-88/2-T, Trial Chamber II, Judgement of 12 December 2012, para. 733 («Положения Конвенции по геноциду широко признаются в качестве норм международного обычного права, достигающих уровня *jus cogens*»). См. также *Jelisić* (сноска 113 выше), para. 60. См. далее *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, Case No. IT-95-5/18-T, Trial Chamber, Judgement of 24 March 2016, para. 539.

¹⁶⁰ Inter-American Court of Human Rights, “*Las Dos Erres*” *Massacre v. Guatemala*, Judgment of 24 November 2009, concurring opinion of Ramón Cadena Rámila, Judge *ad hoc*, para. 140 («На момент, когда произошли события в рассматриваемом деле, запрещение, которое установлено в общей для Женевских конвенций статье 3, уже являлось частью международного обычного права и даже вошло в сферу *jus cogens*»).

58. Эта тенденция к тому, чтобы устанавливать существование нормы *jus cogens* на основе международно-правового обычая, даже когда эта норма присутствует в праве договоров, проявляется и в практике государств, включая решения национальных судов. Например, в решении по делу Сидермана Апелляционный суд Соединенных Штатов, сознавая, что пытки запрещены Конвенцией против пыток, называет *jus cogens* «элитной подгруппой норм, признанных в качестве международно-правового обычая»¹⁶¹. В научных же трудах зафиксировано представление о том, что договорные положения, даже если они сами не образуют норм общего международного права, могут всё же отражать или вбирать в себя подобные нормы, которые затем могут дорасти до статуса *jus cogens*¹⁶². Подход, определенный в настоящем докладе, подкрепляется и выводами международных несудебных мониторинговых органов, касающимися, в частности, национальной практики. Например, Рабочая группа по произвольным задержаниям назвала запрещение всех форм произвольного лишения свободы «практикой, составляющей часть международного обычного права и представляющей собой императивную норму (*jus cogens*)», но при этом заключила, что данное запрещение «включено в целый ряд международных договоров всеобщего применения и в национальное законодательство почти всех государств [и что] произвольное задержание регулярно осуждается на национальных и международных форумах»¹⁶³. В решении по делу «Бельхадж и истец против Стро и др.» лорд Сампшн из Верховного суда Соединенного Королевства (с ним солидаризировался лорд Хьюз) согласился с Рабочей группой насчет отнесения вышеупомянутой нормы к *jus cogens*¹⁶⁴ и, сославшись на принципы, изложенные в статье 9 Международного пакта о гражданских и политических правах, заявил о почти полном консенсусе в отношении того международного обязательства, несократимая суть которого сводится к следующе-

¹⁶¹ *Siderman de Blake* (см. сноску 48 выше), para. 715. Другие примеры того, как предусматриваемое международно-правовым обычаем запрещение пыток движется по пути превращения из договорного запрета в норму *jus cogens*, см., в частности, в следующих материалах: *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate* (сноска 67 выше); *Al-Adsani* (сноска 45 выше), para. 30; *Kazemi Estate* (сноска 50 выше), paras. 151 and 152.

¹⁶² Weatherall (см. сноску 87 выше), p. 125 («Право договоров является типичным представителем *jus dispositivum*, с которым противопоставляется *jus cogens*, и, какую бы роль ни играли договоры в становлении императивных норм, сами по себе формальным источником таких норм они не являются»). См. также Alexander Orakhelashvili, «Audience and authority—the merit of the doctrine of *jus cogens*», in *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, p. 124 («Три десятилетия назад эту аналитическую дилемму разрешило никарагуанское дело... Международный Суд решил высказаться об обычно-правовых нормах, которые сформировались в результате слаженного и коллективного выражения позиций десятков, даже сотен, государств, проявивших эти позиции своим участием [в частности] в многосторонних договорах...»); Criddle and Fox-Decent (сноска 146 выше), p. 341. См. далее Kenneth S. Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law* (New York, Cambridge University Press, 2009), pp. 401–402 (по словам автора, тот факт, что принцип отсутствия обратной силы у объявления деяний преступными и наказуемыми не только имеет статус международно-правового обычая, но и стал (или по крайней мере становится) нормой *jus cogens*, неоднократно признан «в имеющихся почти повсеместное применение нормах права договоров», усвоен «многими государствами как одно из положений отечественного права» и не встречает никакого «отторжения... в нынешнее время»).

¹⁶³ См. доклад Рабочей группы Организации Объединенных Наций по произвольным задержаниям, посвященный праву любого лишеного свободы лица обращаться в суд (A/HRC/30/37), п. 11.

¹⁶⁴ *Belhaj and Another v. Straw and Others*, [2017] UKSC 3, Judgment of 17 January 2017, para. 271.

му: «Задержание является незаконным, если оно происходит безо всякого юридического основания или обращения в суд»¹⁶⁵.

59. Таким образом, хотя договорные положения как таковые не представляют собой норм общего международного права, способных формировать основу для норм *jus cogens*, они могут отражать нормы общего международного права, способные достигать статуса *jus cogens*.

С. Второй критерий: признание и принятие

60. В первом докладе по теме «*Jus cogens*» Специальный докладчик заявил, что большинство норм международного права относится к категории *jus dispositivum* и может изменяться, допускать отклонения и даже отменяться консенсусными актами государств¹⁶⁶. Это относится не только к договорным положениям, но и к нормам общего международного права. Хотя Комиссия не имела возможности утвердить формулировки, в которых прямо признавалось бы различие между *jus dispositivum* и *jus cogens*, Специальный докладчик считает, что это важное концептуальное различие, опирающееся на солидную поддержку в практике и научных трудах¹⁶⁷, и надеется, что Комиссия еще вернется к его рассмотрению. Однако это различие имеет большое значение и постольку, поскольку оно служит подтверждением того, что не все «нормы общего международного права» относятся к *jus cogens*. Большинство из этих норм

¹⁶⁵ Ibid., para. 270 («Консенсус по этому поводу отражен в положениях... [Международного пакта о гражданских и политических правах, который] ратифицирован на сегодняшний день 167 государствами... В число тех немногих государств, которые не являются его участниками, входит Малайзия, которая, однако, объявила, что придерживается его принципов»).

¹⁶⁶ A/CN.4/693, пп. 64 и 65.

¹⁶⁷ См. *North Sea Continental Shelf* (сноска 103 выше), para. 72 («Не вдаваясь в тонкости *jus cogens* и уж тем более не высказываясь по каким-то его аспектам, можно констатировать закрепившееся понимание того, что на практике нормы международного права могут в отдельных случаях или в отношениях между отдельными участниками допускать от себя отклонение на основании соглашения»); *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 6, dissenting opinion of Judge Tanaka, at p. 298 («*Jus cogens*, изучавшийся недавно Комиссией международного права, [представляет собой] своего рода императивное право, которое контрастирует с *jus dispositivum*, допускающим свое изменение по соглашению между государствами»); Separate opinion of Judge Shahabuddeen [in *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*] (www.icj-cij.org/docket/files/78/6759.pdf), para. 135 («Государства вправе договориться об отклонениях от норм международного права, не относящихся к *jus cogens*»). См. также Separate opinion of Judge *ad hoc* Torres Bernárdez [in *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*] (www.icj-cij.org/docket/files/135/15891.pdf), para. 43 («Поскольку правила, изложенные в статьях 7–12 Статута реки Уругвай, не являются императивными нормами (*jus cogens*), ничто не препятствует сторонам принять решение путем «совместного соглашения»»). Из литературы можно назвать следующие труды: Verdross (см. сноску 155 выше), p. 60 («В Комиссии был явный консенсус в отношении того, что большинство норм общего международного права не имеет характера *jus cogens*»); Christian Tomuschat, «The Security Council and *jus cogens*», in Enzo Cannizzaro, ed., *The Present and Future of Jus Cogens* (Rome, 2015), p. 19 («Большинство норм международного права относится к *jus dispositivum*»); Merlin M. Magallona, «The concept of *jus cogens* in the Vienna Convention on the Law of the Treaties», *Philippine Law Journal*, vol. 51, No. 5, p. 521 («нормы *jus dispositivum*, отклонения от которых возможно на основании частных договоренностей»); Röhr (см. сноску 73 выше), p. 5 («por un lado, aquellas de naturaleza dispositiva—*jus dispositivum*,—las más numerosas, creadas por acuerdo de voluntades, derogables también por acuerdos de voluntades» [«с одной стороны, нормы диспозитивного характера (*jus dispositivum*), самые многочисленные, появляющиеся в результате согласия воль и с согласия же воль допускающие отклонения»]).

(норм общего международного права) относится к *jus dispositivum*. Нормы общего международного права обладают *потенциалом* стать нормами *jus cogens*. Чтобы это произошло, должны быть выполнены дополнительные требования, оговоренные в статье 53 Венской конвенции.

61. Прежде чем рассматривать требования, выполнение которых возвышает нормы общего международного права до статуса *jus cogens*, необходимо обратиться к предварительному вопросу — об очередности. Структура статьи 53 (нормой *jus cogens* является норма общего международного права, которая принимается и признается международным сообществом в качестве нормы, отклонения от которой недопустимы) предполагает, что с точки зрения как формирования нормы, так и ее идентификации первым делом выясняется принадлежность нормы к общему международному праву. Когда норма проходит проверку на такую принадлежность, наступает черед выяснения того, отвечает ли эта норма требованию о ее принятии и признании. Из аналитических выкладок Александра Орахелашвили, которые он делает вроде бы на основе материалов по никарагуанскому делу, складывается впечатление, что относимость нормы к «нормам общего международного права» может быть доказана после определения того, что она является нормой *jus cogens*¹⁶⁸. Однако такая очередность шагов сомнительна. Не говоря уже о разногласиях по поводу того, было ли запрещение применения силы признано в никарагуанском деле в качестве *jus cogens*¹⁶⁹, непонятно, какова цель определения обычно-правового характера нормы, если уже установлено, что она относится к *jus cogens*.

62. Это не означает, что судебной инстанции *всегда* придется методично демонстрировать очередность своих шагов по определению того, что норма представляет собой норму *jus cogens*. И всё же при отнесении нормы к *jus cogens* важно помнить о структуре статьи 53 и сопутствующих требованиях.

63. В статье 53 говорится, что для того, чтобы норму общего международного права можно было отнести к *jus cogens*, она должна также «приниматься и признаваться международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, имеющей такой же характер». Как объяснялось выше, это составное требование. Оно предусматривает наличие принятия и признания. Однако это требование складывается из других элементов: норма принимается и признается а) «международным сообществом государств в целом» и б) «как норма, отклонение от которой недопустимо». Эти элементы описывают разные аспекты принятия и признания, о которых говорится в статье 53. Они описывают, кто должен принимать и признавать и что должно считаться принятым и признанным.

64. Ранее уже высказывалась мысль об отсутствии необходимости демонстрировать, что рассматриваемая норма является «нормой, отклонение от которой недопустимо» или что она «может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер». Не предвосхищая содержание и выводы будущих докладов, можно сказать, что первое является следствием норм *jus cogens*, а второе описывает, как нормы *jus cogens* могут быть изменены. Для целей настоящего доклада, и в частности критериев для *jus cogens*, эти элементы показывают, что должно быть продемонстрирова-

¹⁶⁸ Orakhelashvili (см. сноску 126 выше), pp. 119–120 («Как только норма становится частью *jus cogens*, ее обычно-правовой статус доказуем с помощью критериев, которые отличны от применимых к другим нормам...»).

¹⁶⁹ См. первый доклад Специального докладчика о *jus cogens* (A/CN.4/693), п. 46. Данный момент обсуждается у Грина (James A. Green, “Questioning the preemptory status of the prohibition of the use of force”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 32, No. 2).

но как «принятое и признанное» международным сообществом государств в целом.

65. Как указывалось выше, факт принадлежности нормы к *jus cogens* должен быть принят и признан «международным сообществом государств в целом». Следует напомнить, что в принятый самой Комиссией проект статьи 50 элемент «признание и принятие международным сообществом государств в целом» не вошел и что о норме *jus cogens* говорилось там лишь как о норме, «отклонение от которой недопустимо»¹⁷⁰. Однако даже в ходе обсуждений в Комиссии различные ее члены отмечали связь между нормами *jus cogens* и признанием со стороны «международного сообщества государств»¹⁷¹.

66. Предложение Соединенных Штатов о внесении в текст Комиссии (проект статьи 50) поправки, предусматривающей квалификацию нормы *jus cogens* в качестве нормы, которая «признается как национальными, так и региональными правовыми системами мира»¹⁷², было, по словам его автора, вдохновлено целью обеспечить, чтобы императивный характер рассматриваемой нормы был «одобрен международным сообществом в целом»¹⁷³. Хотя американское предложение было отклонено (в частности, из опасения того, что оно подразумевает подчинение норм *jus cogens* внутригосударственному законодательству¹⁷⁴), идея принятия и признания международным сообществом получила на Венской конференции широкое признание. Греция, Испания и Финляндия выдвинули предложение, где подход к этому вопросу был более прямым: норма *jus cogens* описывалась в нем просто как норма, «признанная международным сообществом» и не допускающая отклонений¹⁷⁵.

67. Опираясь на совместное греко-испано-финское предложение, Венская конференция и приняла формулировку статьи 53¹⁷⁶. Со своей стороны, Редакционный комитет вставил в это предложение слово «принимается», так чтобы международное сообщество «принимало и признавало» недопустимость отклонений от рассматриваемой нормы¹⁷⁷. По словам Председателя Редакционного комитета, это было сделано по той причине, что в английском тексте статьи 38 Статута Международного Суда употреблены оба эти слова («recognized» и «accepted»)¹⁷⁸: в связи с конвенциями и договорами, а также общими принципами права там используется слово «recognized», а в связи с международно-правовым обычаем — слово «accepted». Слова «в целом» были включены Редакционным комитетом «для указания того, что никакое отдельно взятое государство не должно иметь права вето» в отношении признания той или иной

¹⁷⁰ См. статью 50 проектов статей о праве договоров (сноска 80 выше).

¹⁷¹ См. Statement by Mr. de Luna (сноска 129 выше), para. 34: «[*Jus cogens*] является позитивным правом, созданным государствами не в индивидуальном качестве, а в качестве органов международного сообщества...».

¹⁷² Сноска 132 выше.

¹⁷³ См. сноску 133 выше.

¹⁷⁴ См. заявления Кубы (*Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session* (сноска 58 выше), 52nd meeting), Польши (*ibid.*, 53rd meeting, para. 41) и Уругвая (*ibid.*, 53rd meeting, para. 51; Уругвай выразил мнение, что американское предложение было задумано как указывающее на признание, но эта идея «была сформулирована, пожалуй, не самым лучшим образом»).

¹⁷⁵ См. *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions* (сноска 132 выше), p. 174. См. также заявление Уругвая (*Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session* (сноска 91 выше), 53rd meeting, para. 52), в котором высказывается мысль о том, что греко-испано-финское предложение передает намерение, выраженное в американском предложении.

¹⁷⁶ См. заявление Председателя Редакционного комитета г-на Ясина (*ibid.*, 80th meeting, para. 4).

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ *Ibid.*

нормы как нормы *jus cogens*¹⁷⁹. Председатель Редакционного комитета пояснил, что включение слов «в целом» призвано указать на отсутствие необходимости в том, чтобы императивный характер рассматриваемой нормы «принимался и признавался всеми государствами»: достаточно ее принятия и признания «очень крупным большинством»¹⁸⁰. Слова «в целом» указывают на то, что принятие и признание рассматриваемой нормы в качестве не допускающей отклонений требуется от государств не в индивидуальном порядке, а в коллективном. Даже внутри Комиссии некоторые ее члены, похоже, воспринимали *jus cogens* как требующий коллективного принятия¹⁸¹.

68. В подготовительных трудах, однако, не объясняется, как Редакционный комитет пришел к решению вставить слово «государств», в результате чего фраза стала звучать как «международное сообщество государств в целом». Внутри Комиссии некоторые ее члены понимали под «международным сообществом» как раз международное сообщество государств, тогда как другие трактовали это понятие шире, чем просто сообщество государств¹⁸². Ясно, однако, что даже без вставки слова «государств» делегаты на Венской конференции истолковывали фразу «международное сообщество в целом» как «международное сообщество государств в целом»¹⁸³. Например, Соединенные Штаты, объясняя смысл своего предложения, говорили о признании «международным сообществом в целом», но раскрывали это признание как «право голоса», которое «отдельно взятые государства и группы государств» должны иметь при «формулировании норм *jus cogens*»¹⁸⁴. В свою очередь, Кипр, выразив мнение о том, что *jus cogens* призван защищать интересы международного сообщества в целом, подчеркнул далее, что в принятии этой нормы «более мелкие государства заинтересованы еще сильнее, чем более крупные»¹⁸⁵.

69. Не так давно возник вопрос о том, не следует ли *сейчас* трактовать формулировку статьи 53 применительно к созданию норм *jus cogens* как означающую «международное сообщество в целом», т. е. включающую не только госу-

¹⁷⁹ Ibid., para. 7.

¹⁸⁰ Ibid., para. 12. См. также de Wet and Vidmar (сноска 89 выше), p. 543 («Этот порог для обретения императивного статуса высок, так как, не требуя консенсуса между всеми государствами... он тем не менее требует принятия значительным большинством государств»). См. далее Christófolo (сноска 107 выше), p. 125 («[Это отражает] согласие подавляющего большинства государств. Ни в одиночку, ни небольшим коллективом государства не могут воспрепятствовать процессу формирования императивных норм»).

¹⁸¹ См. Statement by Mr. de Luna (сноска 129 выше), para. 34: по словам де Луны, *jus cogens* «является позитивным правом, созданным государствами не в индивидуальном качестве, а в качестве органов международного сообщества».

¹⁸² Пример более широкого прочтения понятия «международное сообщество» см. у Фердросса (*Yearbook of the International Law Commission, 1966* (сноска 129 выше), 828th meeting, statement by Mr. Verdross, para. 9: «Некоторые нормы международного права касаются интересов международного сообщества, иными словами — всего человечества»). Пример более узкого прочтения см. у де Луны (ibid., statement by Mr. de Luna (сноска 129 выше), para. 34), по словам которого *jus cogens* «является позитивным правом, созданным государствами не в индивидуальном качестве, а в качестве органов международного сообщества».

¹⁸³ Интересное освещение понятия «международное сообщество» см. у Каракуляна (E.A. Karakulian, “The idea of the international community in the history of international law”, in *Jus Gentium: Journal of International Legal History*, vol. 2, No. 1): в частности, на с. 590 автор проводит мысль о том, что поначалу это понятие должно было означать «определенную общность рода человеческого», но постепенно оно «приобретает межгосударственный характер, а презюмирование общечеловеческой общности остается в рамках эрудиции или классического образования, теряя свое правовое измерение».

¹⁸⁴ См. сноску 133 выше.

¹⁸⁵ См. заявление Кипра (*Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session* (сноска 58 выше), 53rd meeting, para. 67).

дарства, но и другие субъекты, такие как международные организации, неправительственные организации, а возможно, даже отдельные личности. Выступая в Шестом комитете в ходе рассмотрения им доклада Комиссии, Канада подчеркнула, что любое определение *jus cogens* должно не отступать от статьи 53, но указала при этом на целесообразность того, чтобы «Комиссия развила идею о необходимости признания и принятия императивных норм не только государствами, но и другими субъектами, такими как международные и неправительственные организации»¹⁸⁶. Действительно, в контексте проектов статей о праве договоров между государствами и международными организациями или между двумя или несколькими международными организациями Комиссия рассматривала возможность использования фразы «международное сообщество в целом»¹⁸⁷. Однако по размышлению Комиссия решила, что «на нынешнем этапе развития международного права установление или признание императивных норм является функцией государств»¹⁸⁸.

70. Со своей стороны, Международный Суд в решении по делу «Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать» вывел принадлежность запрещения попыток к *jus cogens* из нормативных актов, разработанных государствами¹⁸⁹. Международный уголовный суд тоже заявлял, что *jus cogens* требует признания государствами¹⁹⁰. Увязывание становления норм *jus cogens* с их признанием государствами продолжали и национальные суды¹⁹¹. Хотя в практике и научных трудах *jus cogens* продолжают с их пор увязывают с представлениями о совести человечества¹⁹², материалы,

¹⁸⁶ A/C.6/71/SR.27, п. 9. См. также заявление г-на Петрича в ходе прений по теме «*Jus cogens*», состоявшихся в Комиссии в 2016 году (A/CN.4/SR.3322, с. 3: «Г-н Петрич соглашается с проведенным Специальным докладчиком анализом и его выводами относительно полемики по вопросу о том, какое значение в формировании норм *jus cogens* имеет согласие, и отмечает, что согласие международного сообщества государств в целом означает *ipso facto* согласие сообщества людей, поскольку одно без другого невозможно» [“M. Petrić souscrit à l’analyse et aux conclusions du Rapporteur spécial au sujet de la controverse concernant le rôle du consentement dans la formation du *jus cogens* et ajoute que le consentement de la communauté internationale des États dans son ensemble renvoie *ipso facto* au consentement de la société des hommes, car l’un ne saurait aller sans l’autre”]).

¹⁸⁷ См. п. (3) комментария к проекту статьи 53 проектов статей о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (с комментариями), *Ежегодник Комиссии международного права, 1982*, т. II, ч. 2-я (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.83.V.3 (Part II)).

¹⁸⁸ Там же.

¹⁸⁹ *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (см. сноску 94 выше), para. 99. Суд ссылается, в частности, на Всеобщую декларацию прав человека, Женевские конвенции о защите жертв войны, Международный пакт о гражданских и политических правах, резолюцию 3452 (XXX) Генеральной Ассамблеи и внутригосударственное законодательство.

¹⁹⁰ *The Prosecutor v. Germain Katanga* (ICC-01/04-01/07-34-05-tENG), Trial Chamber II, Decision on the application for the interim release of detained witnesses, 1 October 2013 («Императивность [принципа невыдворения] находит всё больше признания среди государств»).

¹⁹¹ См., например, *Buell* (сноска 94 выше), para. 102 («признаются международным сообществом государств в целом»); *Bouzari and Others* (сноска 89 выше), para. 49; «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» (сноска 50 выше); *Arancibia Clavel* (сноска 53 выше), para. 29.

¹⁹² *Croatia v. Serbia*, Judgment of 3 February 2015 (см. сноску 43 выше), para. 87 (там цитируется *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* (см. сноску 42 выше)); Antônio Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I)* (Leiden, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2010), p. 316 («Я полагаю, что в поликультурном мире современности существует некий несократимый минимум,

приводимые в порядке иллюстрации признания норм в качестве *jus cogens*, — это по-прежнему документы, разработанные государствами, как то резолюции Генеральной Ассамблеи и международные договоры.

71. При рассмотрении тем «Выявление международного обычного права» и «Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров» Комиссия разбирала и роль негосударственных субъектов. Применительно к формированию и выражению международного обычного права Комиссия усмотрела значимость «в первую очередь именно практики государств»¹⁹³. Использование слов «в первую очередь» призвано подчеркнуть, что в некоторых случаях международному обычному праву может способствовать и практика международных организаций¹⁹⁴. «Поведение» (т. е. практика) негосударственных субъектов, таких как неправительственные организации, не вносит своего вклада в формирование или выражение международного обычного права, но «может быть релевантно при оценке практики»¹⁹⁵. Применительно же к теме последующих соглашений и последующей практики Комиссия определила, что, хотя поведение негосударственных субъектов не считается «последующей практикой» для целей толкования договоров, оно «может быть релевантным при оценке последующей практики участников договора»¹⁹⁶.

72. Продолжая эту мысль, можно сказать, что, хотя для идентификации нормы в качестве *jus cogens* значение имеют признание и принятие государствами, практика негосударственных субъектов иррелевантной не является. Их практика может приводить к признанию и принятию императивности нормы государствами или способствовать оценке такого признания и принятия. Вместе с тем сохраняет верность постулат о том, что значимым является принятие и признание «международным сообществом государств в целом».

73. Для того чтобы норма общего международного права приобрела статус *jus cogens*, «международное сообщество государств в целом» должно признать наличие у нее особого качества, состоящего в недопустимости отклонений от этой нормы. Как разъяснялось выше, недопустимость отклонений сама по себе не является критерием для статуса *jus cogens*¹⁹⁷. Таким критерием является вообще-то принятие и признание того, что норма этим качеством обладает. Недопустимость же отклонений является первейшим следствием императивно-

материальным источником которого, когда заходит речь о международном правотворчестве, является в конечном итоге человеческая совесть»).

¹⁹³ См. п. 1 проекта вывода 4 проектов выводов о выявлении международного обычного права (сноска 151 выше).

¹⁹⁴ Там же, п. 2 проекта вывода 4. См. также п. (2) комментария к проекту вывода 4.

¹⁹⁵ Там же, п. 3 проекта вывода 4.

¹⁹⁶ A/71/10, проект выводов о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров, п. 2 проекта вывода 5.

¹⁹⁷ Противоположную точку зрения см. у Орахелашвили (Orakhelashvili (сноска 162 выше), р. 119), который указывает, что недопустимость отклонений определяет то, «какие нормы падают в категорию *jus cogens*». По его мнению, недопустимость отклонений предполагает невозможность «двусторонизации». Однако при всей интересности данной теории это всего лишь теория, причем не подтверждаемая какой-либо авторитетной практикой. См. также Kleinlein (сноска 126 выше), at 192. Вместе с тем см. Knuchel (сноска 84 выше), note 65: «Принятие и признание [нормы] международным сообществом государств в целом в качестве нормы, отклонение от которой недопустимо, позволяет определить приобретение ею императивного характера». Однако это не означает, что содержание нормы иррелевантно. См. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (сноска 83 выше), пара. 83 («Вопрос о том, является ли какая-либо норма частью *jus cogens*, относится к правовому характеру данной нормы»).

сти¹⁹⁸, и она будет рассматриваться в третьем докладе Специального докладчика (2018 год). Это следствие как раз и отличает нормы *jus cogens* от большинства других норм международного права, а именно *jus dispositivum*¹⁹⁹.

74. Более детальный анализ недопустимости отклонений будет представлен в следующем докладе, а для целей настоящего доклада достаточно указать, что «международное сообщество государств в целом» должно принимать и признавать рассматриваемую норму в качестве не допускающей от себя отклонений. Иными словами, международное сообщество государств в целом принимает и признает, что нормы и другие положения *jus dispositivum*, которые не соответствуют рассматриваемой норме-кандидатке, недействительны. В частности, никакая специальная или последующая норма *jus dispositivum* не будет иметь приоритета над рассматриваемой нормой и будет недействительной, если она с той несовместима²⁰⁰. Тогда критерий выглядит так: международное сообщество государств в целом принимает и признает, что, в отличие от других общих норм международного права, рассматриваемая норма останется универсально применимой и не подвергнется фрагментации²⁰¹. Иными словами, с юридической точки зрения невозможно «отменить или аннулировать [эту норму], уничтожить и ослабить [ее] силу и действие, уменьшить степень [ее] авторитетности»²⁰².

75. Договорное положение, которое запрещает заключать договор, если он отступает от прежнего договора или изменяет его (в смысле статьи 41 Венской

¹⁹⁸ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment of 3 February 2012, ICJ Reports 2012, p. 99, at para. 95 («Норма *jus cogens* — это такая норма, отклонения от которой не допускаются»); Kolb (см. сноску 55 выше), at 2 («Ключевым поэтому выражением в классической формулировке *jus cogens* является “недопустимость отклонений”. Другими словами, принадлежность к *jus cogens* определяется конкретным свойством нормы, о которой идет речь, а именно тем юридическим фактом, что она не допускает отклонений»); Knuchel (см. сноску 84 выше), at 60 («Заранее предполагаемым свойством международных норм является возможность отклонений от них»); Christófolo (см. сноску 107 выше), at 125 («Недопустимость отклонений от императивных норм является их неотъемлемой характеристикой — пожалуй, важнейшей при определении *ius cogens*»); Cathryn Costello and Michelle Foster, “Non-refoulement as custom and *jus cogens*? Putting the prohibition to the test”, in Maarten den Heijer and Harmen van der Wilt, eds., *Netherlands Yearbook of International Law 2015* (The Hague, The Netherlands, T.M.C. Asser Press, 2015), p. 280 («Недопустимость отклонений является определяющей чертой *jus cogens*, но, хотя эта черта и необходима, одной ее не достаточно»).

¹⁹⁹ *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 103 выше), para. 72 («Не вдаваясь в тонкости *jus cogens* и уж тем более не высказываясь по каким-то его аспектам, можно констатировать закрепившееся понимание того, что на практике нормы международного права могут в отдельных случаях или в отношениях между отдельными участниками допускать от себя отклонение на основании соглашения»). Более прямое признание различия между *jus cogens* и *jus dispositivum* находим у Танаки (*South West Africa* (см. сноску 167 выше), dissenting opinion of Judge Tanaka, p. 298 («*Jus cogens*, изучавшийся недавно Комиссией международного права, [представляет собой] своего рода императивное право, которое контрастирует с *jus dispositivum*, допускающим свое изменение по соглашению между государствами»)).

²⁰⁰ Christófolo (см. сноску 107 выше), pp. 125–126. См. также Knuchel (сноска 84 выше), p. 60.

²⁰¹ Orakhelashvili (см. сноску 162 выше), p. 118 («Поэтому норма *jus cogens*... призвана действовать единообразно для всех членов [международного] сообщества. Недопустимость отклонений означает юридическую невозможность ухода из-под субстантивной сферы действия нормы или из-под императивного характера той же нормы, что усиливает требование неперменного единообразия в применении соответствующей нормы...»). См. также Weatherall (сноска 87 выше), p. 86 («Юридическое действие *jus cogens* отражает сопротивляемость императивных норм к изменению или отмене по индивидуальной воле отдельно взятых государств»).

²⁰² Orakhelashvili (см. сноску 126 выше), p. 73.

конвенции) не обязательно является нормой *jus cogens*²⁰³. Такое положение не будет становиться нормой общего международного права и будет действовать только между участниками договора. Так, другие государства, не участвующие в указанном договоре, могут с полным основанием заключить договор, запрещенный прежним договором. Более того, договор, заключаемый в нарушение такой клаузулы, не обязательно будет недействителен, но он будет подпадать под другие нормы международного права, в том числе содержащиеся в самом этом договоре²⁰⁴. Хотя такое положение само по себе не является нормой *jus cogens*, оно может отражать такую норму. Наконец, для целей критериев любое такое положение может быть полезным как свидетельство наличия нормы, отклонения от которой недопустимы.

76. Приведенный выше анализ объясняет, чье принятие и признание требуется и что должно быть принято и признано. Но он не объясняет, как должно выглядеть это принятие и признание. Именно принятие и признание лежит в основе возвышения нормы до статуса *jus cogens*. Элемент «принятие и признание» является важнейшим из критериев для идентификации тех норм международного права, которые относятся к *jus cogens*. Притом что главенствующими доводами в пользу императивности нормы являются ее содержание и ее ценности, защите которых она служит, принадлежность нормы к *jus cogens* определяется принятием и признанием такого ее статуса международным сообществом государств в целом²⁰⁵.

77. Юре Видмар и Эрика де Вет предположили, что требование о принятии и признании предполагает «двойное принятие», поскольку такая норма должна быть принята сначала как «нормальная», а затем как императивная норма международного права²⁰⁶. Данная характеристика верна, если при этом понимать, что «первое» и «второе» принятие качественно отличаются друг от друга. При первом принятии норма становится нормой международного права: если речь идет о международно-правовом обычае, то путем «признания в качестве правовой нормы» (*opinio iuris sive necessitatis*); если речь идет об общих принципах права, то путем «признания цивилизованными нациями». При втором принятии признаются особое качество этой нормы как общей нормы международного права, а именно недопустимость отклонений от нее²⁰⁷. Этот последний

²⁰³ В пункте 1 статьи 41 Венской конвенции о праве международных договоров предусматривается, что «два или несколько участников многостороннего договора могут заключить соглашение об изменении договора только во взаимоотношениях между собой, если... b) такое изменение не запрещается договором».

²⁰⁴ См. обсуждение этого вопроса у Костеллоу (Daniel G. Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (unpublished doctoral thesis, 2013), p. 27): «Статьи 41 (1) и 58 (1) Венской конвенции говорят о том, что попытка изменить договор или приостановить его действие, идущая вразрез с соответствующим положением, не будет иметь силы, однако точные последствия остаются неоговоренными и непроверенными. Поскольку эти положения не подпадают под раздел 2 части V Венской конвенции («Недействительность договоров»), последствия таких соглашений между отдельными участниками договора не обязательно будут включать недействительность»).

²⁰⁵ См. также Kluchel (сноска 84 выше), p. 66.

²⁰⁶ De Wet (см. сноску 89 выше), p. 542 («Поэтому международное сообщество государств в целом будет подвергать императивную норму процедуре “двойного принятия”»); Vidmar (см. сноску 89 выше), p. 25 («Можно сказать, что императивная норма подвергается со стороны международного сообщества государств в целом процедуре “двойного принятия”: принимается содержание нормы и принимается ее особый, т. е. императивный, характер»).

²⁰⁷ См. обсуждение этого вопроса у Видмара (Vidmar (сноска 89 выше), p. 26). См. также Costello and Foster (сноска 198 выше), p. 10 («Чтобы относиться к *jus cogens*, норма должна отвечать нормальным требованиям международного обычного права... а недопустимость отклонений от нее должна пользоваться широким признанием»); Asif Nameed, “Unravelling the mystery of *jus cogens* in international law” (2014), 84 *British Yearbook of International Law* 52, p. 62. См. далее Gordon A. Christenson, “*Jus cogens*”

вид принятия называют *opinio juris cogentis*²⁰⁸. Более важный момент состоит в следующем: сообразно тому, что говорилось выше по поводу значимости слов «в целом», это двойное принятие требует не индивидуального «принятия» или «согласия» со стороны отдельно взятых государств, а того, чтобы международное сообщество государств в целом, как коллектив, восприняло недопустимость отклонений от рассматриваемой нормы²⁰⁹.

78. Хотя этот подход является общепринятым²¹⁰, возникает важный вопрос о том, в чем должно проявляться принятие и признание недопустимости отклонений (*opinio juris cogentis*). Этот вопрос влечет за собой, в свою очередь, еще два. Первый: какие из представляемых материалов могут продемонстрировать обретение нормой императивного статуса? Второй: каким должно быть содержание таких материалов?

79. Что касается характера материалов, которые могут использоваться для демонстрации принятия и признания, то стоит напомнить, что, как следует из выражения «международное сообщество государств в целом», речь идет о «принятии и признании» именно государствами. Поэтому отношение к делу будут иметь материалы, из которых можно выяснить мнения государств. Это означает, в частности, материалы, составленные, принятые и/или одобренные государствами. Релевантными вполне могут оказываться и материалы, исходящие из других источников, но во вспомогательном качестве и как средство оценки материалов, отражающих мнения государств.

guarding interests fundamental to international society” (1987–1988), 28 *Virginia Journal of International Law* 585, at 593 («Должны также иметься свидетельства того, что присутствует требуемое *opinio juris* в отношении императивности обязательства, указывая на признание верховного статуса такой нормы»); *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua* (сноска 114 выше) («...для того чтобы такая обычная норма международного права превратилась в императивную норму, должно наличествовать также признание “международным сообществом... в целом” [того, что] отклонения от этой нормы не допускаются»).

²⁰⁸ Kerstin Bartsch and Björn Elberling, “*Jus cogens* vs. state immunity, round two: the decision of the European Court of Human Rights in *Kalageropoulou et al. v. Greece and Germany* decision” (2003), 4 *German Law Journal* 477, p. 485 («Из статьи 53 Венской конвенции... выводима идея о том, что эволюция нормы *jus cogens*... предполагает не только такие элементы, как практика государств и *opinio juris*, но и убежденность значительного большинства государств в фундаментальной важности этой нормы и выводимой отсюда недопустимости отклонений от нее (*opinio juris cogentis*)»). В этой связи актуален пассаж из Кадельбаха (см. Kadelbach (сноска 84 выше), p. 167): «Большинство предложений идет по промежуточному пути. Но для признания самой нормы всё же требуются практика и *opinio juris*. При этом наличие недопустимости отклонений — *opinio juris cogentis* — может, соответственно, выясняться согласно критериям, обнаруживаемым в праве договоров».

²⁰⁹ См., например, Alain Pellet, “The normative dilemma: will and consent in international law-making” (1992), 12 *Australian Yearbook of International Law* 22, p. 38; автор заявляет, что предусмотренная статьей 53 обязательность принятия и признания международным сообществом в целом «исключает принятие или даже признание каждым государством по отдельности».

²¹⁰ См., например, заявление Ирландии, [A/C.6/71/SR.27](#), п. 20. См. также Linderfalk (сноска 84 выше), pp. 65–69 (указанные страницы в особенности); этот автор обсуждает разные подходы, не относящиеся к мейнстриму. По его словам, довод позитивистов состоит в том, что на наличие общей практики будет указывать ситуация, когда «государства обычно не отступают от соответствующей правовой нормы... и обычно не изменяют [ее] посредством ординарного международного права. Во-вторых, должно наличествовать *opinio iuris generalis*: государствами широко разделяется мнение о том, что в силу авторитетного свода обычно-правовых норм... отклонения от [этой нормы] не допускаются». Таким образом, для позитивистов необходимо не только показать существование нормы посредством нормального процесса, но и продемонстрировать, что из обычно-правовой практики и из *opinio iuris* вытекает требование не допускать отклонений.

80. Кое-какие ценные уроки в отношении критериев для норм *jus cogens* можно вынести из изучения подхода, примененного Международным Судом в деле «Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать». Во-первых, руководствуясь описанным выше общим подходом, Суд определяет запрещение пыток как «часть обычного международного права», после чего отмечает, что оно «стало императивной нормой (*jus cogens*)»²¹¹. Далее Суд описывает материалы, на основании которых он делает заключение о наличии *opinio juris*²¹². Их перечень включает договоры и резолюции, а также ссылки на законодательство:

«Это запрещение основано на широко распространенной международной практике и на *opinio juris* государств. Оно фигурирует в многочисленных международных документах универсального применения (в частности, во Всеобщей декларации прав человека 1948 года, Женевских конвенциях 1949 года о защите жертв войны, Международном пакте о гражданских и политических правах 1966 года, резолюции 3452 (XXX) Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 1975 года о защите всех лиц от пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания) и включено в отечественное законодательство почти всех государств; наконец, акты пыток регулярно осуждаются на национальных и международных форумах»²¹³.

81. Суд не уточняет, описывает ли он здесь *opinio juris cogentis* или же лишь *opinio juris sive necessitatis*. Возможно даже, что Суд эти две сферы соединил. Представляется, однако, что Суд расценивает эти материалы как подходящие для установления того, что недопустимость отклонений принята и признана. Ссылка на нормативные акты «универсального применения» (одна из стержневых характеристик норм *jus cogens*) наводит на мысль о том, что Суд заботит принятие и признание императивности норм. Альтернативная версия: Суд намекает, что материалы, подходящие для оценки «нормального» *opinio juris*, являются теми же материалами, которые подходят для оценки того, приняло и признало ли международное сообщество государств в целом императивный характер нормы.

82. Хотя государства и другие субъекты международного права не всегда четко указывают основания, в силу которых они считают определенные нормы поднявшимися до уровня *jus cogens*²¹⁴, общей и вряд ли спорной практикой является опора на международные договоры и резолюции международных организаций как на свидетельства принятия и признания недопустимости отклонений от этих норм²¹⁵. Мнение о том, что международные договоры и резолюции

²¹¹ *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (см. сноску 94 выше), para. 99.

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Ibid.* Этим формулировкам вторит доклад Рабочей группы Организации Объединенных Наций по произвольным задержаниям (см. сноску 163 выше). Стоит отметить, что приведенный Судом перечень источников сходен с перечнем, приведенным здесь: *Filartiga v. Pena-Irala*, United States Court of Appeals (2nd Cir.), Judgment of 30 June 1980 (630 F.2d 876), pp. 7–11.

²¹⁴ Обсуждение этого вопроса см. у де Вет (de Wet (сноска 89 выше), p. 544).

²¹⁵ См., например, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* (сноска 42 выше), para. 161; *Croatia v. Serbia*, Judgment of 3 February 2015 (сноска 43 выше), para. 87. См. также *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 582, at para. 28 (там рассматривается довод Гвинеи о том, что право на справедливое судебное разбирательство представляет собой *jus cogens* на основании, в частности, ряда нормативных актов); Separate opinion of Vice-President Ammoun [in *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*] (www.icj-cij.org/docket/files/53/5601.pdf), at p. 79 (судья выводит из

международных организаций, особенно Организации Объединенных Наций, являются материалами, подходящими для отыскания указаний на принятие и признание недопустимости отклонений, находит отражение и в заявлениях государств. Кроме того, данный взгляд согласуется с понятием о том, что фактором, определяющим допустимость отклонений, является мнение государств.

83. Притом что договоры и резолюции служат примерами материалов, позволяющих выяснить принятие и признание недопустимости отклонений, они являются не единственными материалами, подходящими для идентификации норм *jus cogens*. Любые материалы, с помощью которых можно показать наличие среди государств коллективной убежденности в том, что та или иная норма не допускает отклонений, имеют значение для целей идентификации норм *jus cogens*. Как и в случае *opinio juris sive necessitatis*, принятие и признание «может принимать самые различные формы»²¹⁶. Свидетельством принятия и признания недопустимости отклонений могут служить и материалы, упоминаемые в неисчерпывающем перечне форм доказательства *opinio juris*, который приводится в проекте вывода 10 проекта выводов Комиссии о выявлении международного обычного права²¹⁷. Как там указывается, доказательствами принятия и признания могут служить не только положения договоров и резолюции, но и публичные заявления, сделанные от имени государств, официальные публикации, правительственные юридические заключения, дипломатическая переписка и решения национальных судов²¹⁸. Вместе с тем ответ на вопрос о том, указывает ли то или иное из этих разнообразных доказательств на принятие правовой нормы (для установления международно-правового обычая) или же на принятие и признание недопустимости отклонений (для установления *jus cogens*), зависит от содержания такого доказательства.

84. Поскольку для демонстрации принадлежности нормы к *jus cogens* необходимо принятие и признание государствами, все перечисленные выше виды материалов проистекают из внутригосударственных процессов. Однако это не означает, что для оценки исходящих от государства документов и их привязки к контексту нельзя использовать материалы, исходящие от гражданского общества, от экспертных органов и из других источников. Например, в решении по делу «Р. М. против Генерального прокурора» Высокий суд Кении опирался на вынесенное Комитетом по правам человека замечание общего порядка № 18 (1989) под названием «Недискриминация»²¹⁹, где о недискриминации говорит-

резолюций Генеральной Ассамблеи и Совета Безопасности заключение о том, что право на самоопределение является императивным правом); Written observations by the Government of the Solomon Islands on the request by the World Health Organization for an advisory opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* submitted to the International Court of Justice” (www.icj-cij.org/docket/files/95/8714.pdf), at para. 3.28 («Для международного права является совершенно нормальной практика, когда самые общепринятые и самые фундаментальные нормы вновь и вновь подтверждаются и раз за разом включаются в договоры»).

²¹⁶ П. (2) комментария к проекту вывода 10 проектов выводов о выявлении международного обычного права (см. сноску 151 выше).

²¹⁷ В п. 2 проекта вывода 10 проектов выводов о выявлении международного обычного права (см. сноску 151 выше) перечисляются примеры форм доказательства признания *opinio juris*.

²¹⁸ См., например, *Furundžija* (сноска 45 выше), para. 156; в этом решении Международный трибунал по бывшей Югославии сослался, в частности, на следующие дела из практики национальных судов: *Siderman de Blake* (см. сноску 48 выше); *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua* (см. сноску 114 выше); *Cabiri v. Assasie-Gyimah*, 921 F. Supp 1189, 1196 (SDNY 1996); *In re Estate Ferdinand E Marcos*, 978 F.2d 493 (9th Cir.); *Marcos Manto v. Thajane*, 508 US 972, 125L Ed 2d 661, 113 S Ct. 2960.

²¹⁹ Комитет по правам человека, замечание общего порядка № 18 о недискриминации (см. [HRI/GEN/1/Rev.9 \(Vol. I\)](http://www.hri.org/rev.9)), п. 1.

ся как об императивной норме общего международного права²²⁰. В свою очередь, Международный уголовный суд, делая вывод о том, что принцип невыдворения является нормой *jus cogens*, опирался, в частности, на заключение Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев²²¹. Сделанный же Международным трибуналом по бывшей Югославии по делу Фурунджии вывод о том, что запрещение пыток является нормой *jus cogens*, основывался, в частности, на замечаниях Межамериканской комиссии по правам человека, Комитета по правам человека и Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания²²². Эти «другие» материалы могут, разумеется, не являться свидетельством принятия и признания. Но они способны прояснить контекст, к которому привязаны первичные формы доказательства, и помочь оценить первичные материалы.

85. В обоснование признанности той или иной нормы в качестве достигшей уровня *jus cogens* регулярно привлекались также решения международных судов и трибуналов. В решении по делу «Обвинитель против Поповича» Международный трибунал по бывшей Югославии процитировал высказывание Международного Суда из решения по делу «Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории» (в нем Суд цитировал свое же решение по делу «Демократическая Республика Конго против Руанды») — о том, что «запрещающая геноцид норма, безусловно, является императивной нормой международного права (*jus cogens*)»²²³. При этом что в своем консультативном заключении по делу «Оговорки к Конвенции по геноциду» Международный Суд не ссылаясь на *jus cogens*²²⁴, это консультативное заключение неоднократно приводилось в обоснование вывода о том, что запрещение геноцида является нормой *jus cogens*²²⁵. Высказанное же Международным Судом в его консультативном заключении по делу «Законность угрозы ядерным оружием или его применения» замечание о «незыблемых принципах международного обычного права» приводилось в обоснование вывода о том, что серьезные нарушения Женевских конвенций представляют собой нарушения норм *jus cogens*²²⁶. Например, в деле «Обвини-

²²⁰ *RM v. Attorney-General*, Judgment of the High Court of Kenya, 1 December 2006, [2006] eKLR, p. 18.

²²¹ См. *Germain Katanga* (сноска 190 выше), para. 30; там содержится ссылка на консультативное заключение об экстерриториальной применимости обязательств по невыдворению, вынесенное в 2007 году Управлением Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев. Суд сослался также на несколько заключений Исполнительного комитета Программы Верховного комиссара.

²²² См. *Furundžija* (сноска 45 выше), paras. 144 and 153. Трибунал сослался на Американскую конвенцию о правах человека, замечание общего характера № 24 Комитета по правам человека и доклад Специального докладчика по вопросу о пытках (E/CN.4/1986/15).

²²³ *Prosecutor v. Popović et al.*, Case No. IT-05-88-T, Trial Chamber II, Judgement of 10 June 2010, para. 807 (footnote 2910). Другие ссылки на решения Международного уголовного суда, касающиеся Боснии и Герцеговины, см. в источнике: *Karadžić* (сноска 159 выше), para. 539 (footnote 1714).

²²⁴ Данный момент обсуждается, например, в первом докладе Специального докладчика о *jus cogens* (A/CN.4/693): в относящейся к п. 54 сноске 187 выдвинут аргумент о том, что, хотя Международный Суд не использует словосочетания «*jus cogens*» или «императивные нормы», он описывает запрещение геноцида в терминах, наводящих на мысль об императивности.

²²⁵ См., например, *Karadžić* (сноска 159 выше), para. 539; *Case 002, Decision on Ieng Sary's Appeal against the Closing Order*, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, document No. D427/1/30 (30 April 2011), para. 244; *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda* (сноска 83 выше), para. 66; *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* (сноска 42 выше), p. 161; *Croatia v. Serbia* (сноска 43 выше), para. 87.

²²⁶ *Decision on Ieng Sary's Appeal against the Closing Order* (см. сноску 225 выше), para. 256; *Case 002/02, Decision on Evidence Obtained through Torture*, Extraordinary Chambers in the

тель против Фурунджии» вывод Трибунала о том, что запрещение пыток является нормой *jus cogens*, основывался, в частности, на обширности этого запрещения, включая тот факт, что государствам «запрещается высылать, возвращать или выдавать» человека туда, где он может подвергнуться пыткам²²⁷. Чтобы продемонстрировать обширность этого запрета, Трибунал сослался, в частности, на решения Европейского суда по правам человека²²⁸. Опираясь, в частности, на практику национальных и международных судов, Специальный трибунал по Ливану в решении по делу Айяша и других сделал вывод о том, что и принцип законности²²⁹, и принцип справедливого судебного разбирательства²³⁰ имеют статус *jus cogens*, а в решении по делу ас-Сайеда — вывод о том, что право на доступ к правосудию «приобрело статус императивной нормы (*jus cogens*)»²³¹.

86. При оценке того, достигла ли та или иная норма статуса *jus cogens*, делались ссылки и на работу Комиссии международного права. Оценивая статус запрещения применения силы, Международный Суд сделал знаменитое замечание о том, что «Комиссия международного права... выразила мнение о том, что “положение Устава в отношении запрещения применения силы само по себе представляет яркий пример нормы международного права, имеющей характер *jus cogens*”»²³². Большинство материалов, в которых перечисляются общепринятые нормы *jus cogens*, опирается на перечень, представленный Комиссией в комментарии к проекту статьи 26 статей об ответственности государств²³³.

Courts of Cambodia, document No. 350/8 (5 February 2016), para. 25 (суд опирался, в частности, на решение по делу «Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать» (*Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (см. сноску 94 выше))). К числу других международных решений, на которые чрезвычайные палаты в судах Камбоджи опирались при вынесении этого решения о доказательствах, добытых с помощью пыток, относятся следующие: *Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom*, Judgment of the European Court of Human Rights, Application No. 8139/09; *Cabrera Garcia and Montiel Flores v. Mexico*, Judgment of the Inter-American Court of Human Rights, 26 November 2010.

²²⁷ *Furundžija* (см. сноску 45 выше), para. 152.

²²⁸ *Soering v. United Kingdom*, Judgment of the European Court of Human Rights, 7 July 1989; *Cruz Varas and Others v. Sweden*, Judgment of the European Court of Human Rights, 20 March 1991; *Chahal v. United Kingdom*, Judgment of the European Court of Human Rights, 5 November 1996.

²²⁹ *Prosecutor v. Ayyash et al.* (STL-11-01/I), Appeals Chamber, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, 16 February 2011, para. 76 (отсылка к делу из производства Международного трибунала по бывшей Югославии).

²³⁰ *Prosecutor v. Ayyash et al.* (STL-11-01/AC.AR90.1), Appeals Chamber, Decision on Defence Appeals Against the Trial Chamber's "Decision on the Defence Challenges to the Jurisdiction and Legality of the Tribunal", 24 October 2012 (отсылка к решению Европейского суда по правам человека по делу Кади).

²³¹ *El Sayed* (CH/PRES/2010/01), President of the Special Tribunal of Lebanon, Order assigning Matter to Pre-Trial Judge, 15 April 2010, para. 29 (отсылка к решениям Межамериканского суда по правам человека).

²³² *Military and Paramilitary Activities* (см. сноску 72 выше), para. 190. См. также *Re Victor Raúl Pinto, Re, Pinto v. Relatives of Tomàs Rojas*, Decision on Annulment of the Supreme Court of Chile, 13 March 2007, Case No 3125-94, ILDC 1093 (CL 2007), paras. 29 and 31.

²³³ П. (5) комментария к проекту статьи 26 статей об ответственности государств (см. сноску 88 выше). См. den Heijer and van der Wilt (сноска 56 выше), р. 9 (авторы говорят, что занесенные в список нормы «выше опротестования»); Christófolo (сноска 107 выше), р. 151; Weatherall (сноска 87 выше), р. 202. См. также de Wet (сноска 89 выше) р. 543. Однако она оперирует не перечнем Комиссии, а перечнем, который включен в доклад Исследовательской группы Комиссии (см. сноску 88 выше) и слегка отличается от первого. К примеру, в приводимом ею перечне «право на самооборону» фигурирует как самостоятельная норма *jus cogens*, тогда как в перечне Комиссии в качестве независимой нормы *jus cogens* фигурирует «запрет, касающийся агрессии», а не «самооборона».

Таким образом, работа самой Комиссии тоже может способствовать идентификации норм *jus cogens*. Полезными могут быть и научные труды — в качестве вторичного материала, помогающего оценивать первичные формы принятия и признания императивного статуса и выяснять их контекст²³⁴.

87. Должно быть очевидно, что упомянутые выше материалы совпадают, по сути, с теми, которые значимы для идентификации международного обычного права, т. е. их можно привлекать как проявления практики или как доказательства *opinio iuris*. Как говорилось выше, отличие использования таких материалов с целью выяснения принятия и признания как критерия для *jus cogens* от их потенциального использования с целью выявления международного обычного права заключается в том, что в первом случае эти материалы должны продемонстрировать наличие у международного сообщества в целом убежденности в том, что рассматриваемая норма относится к числу таких, отклонения от которых недопустимы²³⁵. Значимой (но не последней) инстанцией будут здесь и договорные положения, запрещающие выдвижение оговорок или выход из договора и не допускающие отклонений.

88. Вопрос о том, оправдывают ли материалы заключение о том, что у международного сообщества государств в целом есть убежденность в недопустимости отклонений от той или иной нормы, должен решаться путем изучения всех материалов в привязке к контексту и с учетом их относительной весомости. При оценке того, свидетельствуют ли имеющиеся материалы о принятии и признании нормы в качестве *jus cogens*, может иметь значение ряд факторов. Важным фактором будет наличие в таких материалах прямой ссылки на недопустимость отклонений от нормы общего международного права. Важно также, чтобы при рассмотрении таких материалов в их совокупности из них вырисовывалось наличие у международного сообщества государств в целом убежденности в недопустимости отклонений.

89. Как уже говорилось выше, характеристики *jus cogens*, указанные в первом докладе Специального докладчика и глубже разобранные в настоящем докладе, не являются критериями для идентификации норм *jus cogens*. Нет, они являются элементами, описывающими, характеризующими природу *jus cogens*. Поэтому для квалификации той или иной нормы в качестве *jus cogens* нет необходимости доказывать наличие у нее этих характеристик. Говоря иначе, эти описательные элементы не являются дополнительными требованиями для отнесения норм к *jus cogens*. Однако при наличии убедительных доказательств, которые описывались выше, мнение государств о том, что в тех или иных нормах такие характеристики отражены, может быть сочтено обоснованием недопустимости отклонений от этой нормы. Таким образом, когда материалы, рассматриваемые в привязке к контексту и в их совокупности, указывают на принятие и признание международным сообществом государств в целом того, что

²³⁴ См., например, *Nguyen Thang Loi* (сноска 49 выше), p. 108 (привлекаемый источник: M. Cherif Bassiouni, "Crimes against humanity" in Roy Gutman and David Rieff, eds., *Crimes of War: What the Public Should Know* (Norton, 1999)); *Prosecutor v. Kallon and Kamara: Decision on Challenge of Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty* (SCSL-2004-15-AR72E and SCSL-2004-16-AR72E), 13 March 2004, para. 71 (привлекаемый источник: Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict* (Cambridge, 2004)); *Bayan Muna* (сноска 52 выше; привлекаемый источник: M. Cherif Bassiouni, "International crimes: *Jus cogens* and *obligatio erga omnes*" (1996), 59 *Law and Contemporary Problems* 63). См. также *Siderman de Blake* (сноска 48 выше), p. 718; там в качестве аргумента в пользу отнесения запрещения пыток к нормам *jus cogens* приводится отсылка к нескольким работам, включая следующие: Karen Parker and Lyn Beth Neylon, "*Jus cogens*: compelling the law of human rights" (1988/89), 12 *Hastings International and Comparative Law Review* 411; Kenneth C Randal, "Universal jurisdiction under international law" (1988), 66 *Texas Law Review* 785.

²³⁵ См. источники, приводимые в сносках 207 и 208 выше.

норма общего международного права защищает или отражает основополагающие ценности международного сообщества, стоит в иерархическом отношении выше других норм международного права и является универсально применимой, это может свидетельствовать о том, что государства считают такую норму нормой, не допускающей отклонений, а значит, нормой *jus cogens*. Релевантность этих характеристик (пусть даже только в качестве ориентирующего материала) объясняется тем, что, как отметил Международный Суд, вопрос о принадлежности той или иной нормы к *jus cogens* «относится к правовому характеру данной нормы»²³⁶.

IV. Предложения

A. Название темы

90. С учетом прений, состоявшихся в Комиссии на шестьдесят восьмой сессии, Специальный докладчик предлагает Комиссии изменить название темы с «*Jus cogens*» на «Императивные нормы международного права (*jus cogens*)».

B. Проекты выводов

91. Исходя из приведенных выше аналитических выкладок, Специальный докладчик предлагает Комиссии рассмотреть следующие проекты выводов.

Проект вывода 4

Критерии для *jus cogens*

Чтобы квалифицировать норму как одну из норм *jus cogens*, необходимо показать, что она отвечает двум критериям:

- а) она должна быть нормой общего международного права и
- б) она должна приниматься и признаваться международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо.

Проект вывода 5

Нормы *jus cogens* как нормы общего международного права

1. Нормой общего международного права является норма, которая имеет общую сферу применения.
2. Основой для формирования международно-правовых норм *jus cogens* чаще всего является международное обычное право.
3. Основой для международно-правовых норм *jus cogens* могут также служить общие принципы права по смыслу статьи 38 (1) (с) Статута Международного Суда.
4. Договорное положение может отражать норму общего международного права, способную подняться до уровня международно-правовой нормы *jus cogens*.

²³⁶ См. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (сноска 83 выше), para. 83.

Проект вывода 6**Принятие и признание как критерий для квалификации в качестве *jus cogens***

1. Норма общего международного права квалифицируется в качестве нормы *jus cogens*, когда она принимается и признается как норма, отклонение от которой недопустимо.
2. Требование о том, чтобы норма принималась и признавалась как норма, отклонение от которой недопустимо, предполагает оценку мнения международного сообщества государств в целом.

Проект вывода 7**Международное сообщество государств в целом**

1. Для квалификации норм в качестве *jus cogens* релевантным является принятие и признание сообществом государств в целом. Это означает релевантность отношения государств.
2. Притом что для оценки принятия и признания международным сообществом государств в целом может быть релевантно отношение субъектов, не являющихся государствами, само по себе их отношение не может означать принятия и признания международным сообществом государств в целом. Отношение других субъектов может быть релевантно для привязки к контексту и оценки отношения государств.
3. Для квалификации нормы в качестве нормы *jus cogens* достаточно принятия и признания значительным большинством государств. Принятие и признание всеми государствами не требуется.

Проект вывода 8**Принятие и признание**

1. Принятие и признание, требуемое как критерий для *jus cogens*, отличается от признания в качестве правовой нормы для целей выявления международного обычного права. Отличается оно и от признания, которое требуется для общих принципов права по смыслу статьи 38 (1) (с) Статута Международного Суда.
2. Требование о принятии и признании как критерий для *jus cogens* означает необходимость предоставить свидетельства того, что рассматриваемая норма не только признана в качестве правовой нормы, но и принимается государствами как норма, отклонение от которой недопустимо.

Проект вывода 9**Свидетельства принятия и признания**

1. Свидетельства принятия и признания того, что норма общего международного права является нормой *jus cogens*, могут быть отражены в различных материалах и принимать различные формы.
2. Свидетельства принятия и признания того, что норма общего международного права поднялась до уровня *jus cogens*, могут содержаться в следующих материалах: международные договоры, резолюции, принятые международными организациями, публичные заявления, сделанные от имени государств, официальные публикации, правительственные юридические заключения, дипломатическая переписка и решения национальных судов.

3. Свидетельствами принятия и признания для целей квалификации нормы в качестве международно-правой нормы *jus cogens* могут также служить решения и постановления международных судов и трибуналов.

4. Другие материалы, такие как работа Комиссии международного права, работа экспертных органов и научные труды, могут служить вторичным средством выявления международно-правовых норм, отклонение от которых недопустимо. Такие материалы способны также помочь в оценке весомости первичных материалов.

V. Будущая программа работы

92. В настоящем докладе основное внимание уделено критериям для идентификации норм *jus cogens*. В первом докладе Специальный докладчик сфокусировался на природе и исторической эволюции *jus cogens*. В первом докладе Специальный докладчик также представил «дорожную карту» на 2017, 2018 и 2019 годы. Было указано, что «дорожная карта» будет применяться гибко, однако на данном этапе Специальный докладчик не видит необходимости отклоняться от нее.

93. В следующем докладе, который будет представлен в 2018 году, Специальный докладчик намерен приступить к рассмотрению воздействия или последствий норм *jus cogens*. В докладе будут, в частности, рассмотрены эти последствия в общих чертах. Там будут также рассмотрены последствия норм *jus cogens* для права договоров и других сфер международного права, например регулирующих ответственность государств и вопросы юрисдикции. Специальный докладчик был бы признателен Комиссии за замечания о том, какие другие сферы международного права целесообразно исследовать применительно к вопросу о воздействии *jus cogens*. В четвертом докладе Специального докладчика будут рассмотрены различные вопросы, возникшие по ходу дискуссий в Комиссии и Шестом комитете.

94. Опираясь на итоги прений в Комиссии и Шестом комитете, Специальный докладчик рассмотрит также вопрос о том, не следует ли составить иллюстративный перечень норм *jus cogens*, на что опереться при его составлении и в какую форму его облечь. Предложения по этому вопросу Специальный докладчик представит в четвертом докладе.