



**Генеральная Ассамблея**

Distr.: General  
 12 February 2018  
 Russian  
 Original: English

**Комиссия международного права**

Семидесятая сессия

Женева, 30 апреля – 1 июня

и 2 июля – 10 августа 2018 года

**Третий доклад об императивных нормах общего международного права (jus cogens), подготовленный Специальным докладчиком Дире Тлади\***

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение . . . . .	2
II. Предыдущее рассмотрение темы . . . . .	2
A. Прения в Комиссии . . . . .	2
B. Прения в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи . . . . .	5
III. Последствия императивных норм общего международного права (jus cogens) . . . . .	8
A. Общие соображения . . . . .	8
B. Последствия императивных норм общего международного права (jus cogens) . . . . .	12
C. Последствия императивных норм общего международного права (jus cogens) для права ответственности государств . . . . .	32
D. Другие последствия императивных норм общего международного права (jus cogens) . . . . .	46
IV. Предложения в отношении проектов выводов . . . . .	70
V. Будущая работа . . . . .	74

\* Специальный докладчик хотел бы поблагодарить Алдану Рор (Буэнос-Айресский университет), Паулу Кейтс (Нью-Йоркский университет) и Шона Яу (Лейден) за их неоценимую помощь в проведении исследований.



## I. Введение

1. На своей шестьдесят шестой сессии (2014 год) Комиссия постановила включить в свою долгосрочную программу работы тему «Jus cogens»<sup>1</sup>. Генеральная Ассамблея на своей шестьдесят девятой сессии приняла к сведению включение этой темы в долгосрочную программу работы Комиссии<sup>2</sup>. На своей шестьдесят седьмой сессии (2015 год) Комиссия постановила включить эту тему в свою текущую программу работы и назначить Специального докладчика<sup>3</sup>. На своей семидесятой сессии Генеральная Ассамблея приняла к сведению решение Комиссии включить эту тему в свою повестку дня<sup>4</sup>.

2. На своей шестьдесят восьмой сессии (2016 год) Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика<sup>5</sup> и постановила передать два проекта выводов Редакционному комитету<sup>6</sup>. На шестьдесят девятой сессии Комиссии (2017 год) ей был представлен второй доклад Специального докладчика<sup>7</sup>. В своем втором докладе Специальный докладчик стремился определить критерии для выявления императивных норм общего международного права (*jus cogens*).

3. В настоящем докладе рассматриваются последствия и правовое воздействие норм *jus cogens*. Перед этим в докладе кратко описано рассмотрение темы на шестьдесят восьмой сессии Комиссии.

## II. Предыдущее рассмотрение темы

### A. Прения в Комиссии

4. Во втором докладе Специальный докладчик предложил шесть проектов выводов<sup>8</sup>. Проекты выводов о выявлении норм *jus cogens* были разработаны на основе статьи 53 Венской конвенции о праве международных договоров (далее «Венская конвенция 1969 года»). По итогам прений на шестьдесят восьмой сессии Комиссии Специальный докладчик также предложил в этом докладе изменить название темы: вместо «Jus cogens» использовать название «Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*)»<sup>9</sup>. В целом члены Комиссии одобрили предложение об изменении названия<sup>10</sup>.

5. В проекте вывода 4, предложенном Специальным докладчиком, выдвинуто два требования в отношении квалификации нормы как одной из императивных

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

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

<sup>3</sup> См. Доклад Комиссии о работе ее шестьдесят седьмой сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семидесятая сессия, Дополнение № 10 (A/70/10)*, п. 286.

<sup>4</sup> См. резолюцию 70/236 Генеральной Ассамблеи от 23 декабря 2015 года, п. 7.

<sup>5</sup> A/CN.4/693.

<sup>6</sup> См. Доклад Комиссии о работе ее шестьдесят восьмой сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/71/10)*, п. 100.

<sup>7</sup> A/CN.4/706.

<sup>8</sup> Там же, п. 91.

<sup>9</sup> Там же, п. 90.

<sup>10</sup> Доклад Комиссии о работе ее шестьдесят девятой сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/72/10)*, п. 146. Вместе с тем г-н Сиссе предложил изменить название темы на «Выявление императивных норм международного права» (A/CN.4/SR.3373). Хотя г-жа Орал согласилась с изменением названия, она заявила, что выражение «общее международное право» не следует понимать как исключаящее нормы в связи со специальными режимами (там же).

норм общего международного права. Во-первых, было предложено определить, что норма должна быть «нормой общего международного права», и, во-вторых, «она должна приниматься и признаваться международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо». Проект вывода 5, предложенный Специальным докладчиком, преследовал цель подробно разъяснить, что подразумевается под «нормами общего международного права». Он гласил, что «основой для формирования норм *jus cogens* чаще всего является» международное обычное право, «основой для норм *jus cogens* могут также служить» общие принципы права и что договорное положение «может отражать норму общего международного права, способную подняться до уровня *jus cogens*».

6. Проект вывода 6 был призван подчеркнуть, что принадлежности нормы к общему международному праву недостаточно для идентификации *jus cogens* и что, помимо этого, необходимо принятие и признание. Проект вывода 7 предполагал дать описание понятия международного сообщества государств в целом. Он, в частности, гласил, что именно отношение государств релевантно для идентификации норм *jus cogens*. В нем говорится, что, хотя отношение субъектов, не являющихся государствами, «само по себе... не может означать принятия и признания», это отношение может быть релевантно для «привязки к контексту и оценки отношения государств». Наконец, в нем подчеркивается, что достаточно принятия и признания «значительным большинством государств» и что «принятия и признания всеми государствами не требуется».

7. Проект вывода 8, предложенный Специальным докладчиком, касался смысла требования в отношении принятия и признания. В нем разграничиваются принятие и признание в целях выявления *jus cogens*, с одной стороны, и принятие в целях международного обычного права и признание в целях общих принципов права — с другой. Наконец, проект вывода 9 содержит описание свидетельства (и весомости свидетельства), которое может использоваться в качестве свидетельства принятия и признания недопустимости отклонений, включая международные договоры, резолюции, заявления государств, решения судов, а также работу Комиссии.

8. Доклад и предлагаемые проекты выводов в общем были хорошо восприняты членами Комиссии. Состоявшиеся прения описаны в докладе Комиссии, и описывать их полностью в настоящем документе нет необходимости<sup>11</sup>. Основная критика, высказанная в отношении проекта выводов, предложенных во втором докладе Специального докладчика, заключалась в том, что проекты выводов являются повторяющимися. В этой связи большинство членов подчеркнули необходимость упорядочения проектов выводов<sup>12</sup>. Большая часть этой работы была проделана в Редакционном комитете.

9. По вопросам существования несколько членов предложили, чтобы второй элемент проекта вывода 4 «принятие и признание» включал не только «недопустимость отклонений», но и элемент изменения, как это предусмотрено в статье 53 Венской конвенции 1969 года<sup>13</sup>. В отношении проекта вывода 5 были заданы вопросы об

<sup>11</sup> Доклад Комиссии о работе ее шестьдесят девятой сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/72/10)*, п. 162–210.

<sup>12</sup> См., напр.: г-н Джалло (A/CN.4/SR.3372), г-н Пак (A/CN.4/SR.3369), г-н Мерфи (A/CN.4/SR.3370), г-н Хмуд (там же), г-н Хассуна (там же), г-н Нольте (там же), г-жа Лехто (A/CN.4/SR.3372), г-н Руда Сантолария (там же), г-н Райниш (там же) и г-жа Эскобар Эрнандес (A/CN.4/SR.3373).

<sup>13</sup> См., напр.: г-н Мерфи (A/CN.4/SR.3369), г-жа Орал (A/CN.4/SR.3373) и г-жа Лехто (A/CN.4/SR.3372). Однако г-н Нгуен (A/CN.4/SR.3369), предложил триединый подход к идентификации, призванный показать, что норма является: i) нормой общего международного права; ii) нормой, отступление от которой недопустимо; и iii) нормой, принимаемой и признаваемой международным сообществом государств в целом.

определении термина «общее международное право» и, в частности, существует ли потребность в более емком определении общего международного права<sup>14</sup>. Были также заданы вопросы о явной иерархии, подразумеваемой предложением Специального докладчика, по смыслу которого международное обычное право, по-видимому, ставится выше общих принципов права и договорного права<sup>15</sup>. Значительное число членов выразили мнение о том, что договорное право, в частности многосторонние договоры, может не только отражать, но и порождать императивные нормы общего международного права<sup>16</sup>. Особая ссылка была сделана на нормы, содержащиеся в Уставе Организации Объединенных Наций, как на источник норм *jus cogens*<sup>17</sup>. Особая ссылка была сделана на нормы, содержащиеся в Уставе Организации Объединенных Наций, как на источник норм *jus cogens*<sup>18</sup>. Однако в целом проект вывода 5, предложенный Специальным докладчиком, получил поддержку со стороны членов Комиссии.

10. Основной вопрос, затронутый членами Комиссии в отношении проекта вывода 8, касался использования выражения «значительное большинство государств» для квалификации уровня принятия и признания, необходимого для *jus cogens*. Многие члены выразили мнение о том, что это требование должно быть шире, и многие предложили использовать выражение «весьма значительное большинство»<sup>19</sup>. Другие замечания касались употребления слова «отношение» в связи с принятием и признанием государствами<sup>20</sup>. Многие члены высказали ценные замечания относительно вопросов, рассмотренных в первом докладе, которые были также кратко рассмотрены во втором докладе. Они касались также вопроса о желательности иллюстративного перечня<sup>21</sup> и вопроса об основных характеристиках норм *jus cogens*<sup>22</sup>.

11. Все проекты выводов были переданы в Редакционный комитет. С учетом полезных выступлений членов Комиссии Редакционный комитет смог в предварительном порядке принять проекты выводов 2 (общий характер императивных норм общего международного права (*jus cogens*)), 4 (критерии для выявления императивных норм общего международного права (*jus cogens*)), 5 (основы для императивных норм общего международного права (*jus cogens*)), 6 (принятие и признание) и 7 (международное сообщество государств в целом)<sup>23</sup>. Специальный докладчик отметил, что он хотел бы оставить проекты выводов в Редакционном комитете, и по этой причине они не были переданы на рассмотрение пленуму.

<sup>14</sup> См., напр.: г-н Мурасе (A/CN.4/SR.3369) и г-н Хмуд (A/CN.4/SR.3370).

<sup>15</sup> См., напр.: г-жа Орал (A/CN.4/SR.3373).

<sup>16</sup> См., напр.: г-н Гроссман Гилофф (A/CN.4/SR.3370) и г-жа Эскабар Эрнандес (A/CN.4/SR.3373). Вместе с тем см. г-н Хмуд (A/CN.4/SR.3370) и сэр Майкл Вуд (A/CN.4/SR.3372).

<sup>17</sup> См., напр.: г-н Колодкин (A/CN.4/SR.3372) и г-жа Гальван Телиш (A/CN.4/SR.3373). См. примеры противоположного мнения в заявлениях г-на Васкеса-Бермудеса (A/CN.4/SR.3372), г-на Руды Сантоларии (там же) и г-на Райниша (там же).

<sup>18</sup> См., напр.: г-н Мурасе (A/CN.4/SR.3369), г-н Штурма (A/CN.4/SR.3370) и г-н Мерфи (A/CN.4/SR.3369). Вместе с тем см. г-н Хассуна (A/CN.4/SR.3370).

<sup>19</sup> См., напр.: г-н Мурасе (A/CN.4/SR.3369), г-н Раджпут (A/CN.4/SR.3369) и г-н Гроссман Гилофф (A/CN.4/SR.3370).

<sup>20</sup> Г-н Хмуд (A/CN.4/SR.3370), сэр Майкл Вуд (краткое изложение в A/CN.4/SR.3372), г-н Гроссман Гилофф (A/CN.4/SR.3370).

<sup>21</sup> См. доклад Комиссии о работе ее шестьдесят девятой сессии (A/69/10), п. 180.

<sup>22</sup> Там же, п. 167–168 и 178.

<sup>23</sup> Заявление Председателя Редакционного комитета по императивным нормам общего международного права (*jus cogens*), 26 июля 2017 года, приложение.

## В. Прения в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи

12. Большинство государств продолжали выражать поддержку рассмотрению Комиссией этой темы, хотя несколько государств продолжали выражать озабоченность<sup>24</sup>. Ряд делегаций выразили особую поддержку подхода, применяемого Специальным докладчиком, Комиссией и Редакционным комитетом<sup>25</sup>. В Шестом комитете ряд государств затронули вопросы в связи с отдельными проектами выводов, в предварительном порядке принятыми Редакционным комитетом. Некоторые государства высказали разочарование в связи с тем, что проекты выводов, принятые Редакционным комитетом, не были отражены в докладе, отметив, что это создает путаницу<sup>26</sup>. Этот вопрос надлежит рассмотреть Комиссии в рамках Рабочей группы по методам работы.

13. Некоторые государства выразили несогласие с проектом вывода 2 (характеристики), в предварительном порядке принятым Редакционным комитетом<sup>27</sup>. Например, Соединенное Королевство, хотя и не обязательно не соглашаясь с содержанием, сочло неудачным включение характеристик и отметило, что это может затрагивать критерии для идентификации норм *jus cogens*, предусмотренные в статье 53 Венской конвенции 1969 года<sup>28</sup>. Вместе с тем другие государства выразили свое удовлетворение и поддержали проект вывода 2<sup>29</sup>. Сингапур отметил, что необходимо прояснить точное соотношение между характеристиками и критериями, вероятно, сделав это в комментарии<sup>30</sup>. Исламская Республика Иран сочла, что в дополнение к выявлению критериев важно также рассмотреть вопрос о том, кто может определять соответствие этим критериям<sup>31</sup>.

14. Большинство государств выразили поддержку использованию статьи 53 Венской конвенции 1969 года в качестве отправного пункта критериев для идентификации императивных норм<sup>32</sup>. Однако Соединенное Королевство пошло еще дальше, предположив, что статья 53 должна быть не только начальным пунктом, но и конечным пунктом<sup>33</sup>. Со своей стороны, Таиланд напомнил, что ссылка на статью 53 должна также учитывать правила толкования в статье 31 Венской конвенции 1969 года<sup>34</sup>. Что касается критериев, то большинство государств согласилось с двумя критериями, выявленными Редакционным комитетом. Однако Российская

<sup>24</sup> Государства, выразившие поддержку темы, включали Австралию (A/C.6/72/SR.26), Беларусь (там же), Грецию (A/C.6/72/SR.25), Данию от имени Исландии, Финляндии и Швеции (там же), Португалию (там же), Румынию (A/C.6/72/SR.26), Сингапур (A/C.6/72/SR.25), Словакию (A/C.6/72/SR.26), Словению (A/C.6/72/SR.25), Соединенное Королевство (A/C.6/72/SR.26), Тринидад и Тобаго от имени КАРИКОМ (A/C.6/72/SR.25), Хорватию (A/C.6/72/SR.20), Чешскую Республику (A/C.6/72/SR.26), Южную Африку (A/C.6/72/SR.24), Японию (A/C.6/72/SR.26), а государства, выразившие озабоченность, включали Соединенные Штаты (A/C.6/72/SR.26), Турцию (там же) и Францию (A/C.6/72/SR.25).

<sup>25</sup> См., напр.: Аргентина (A/C.6/72/SR.26), Румыния (там же), Сальвадор (там же) и Словакия (там же).

<sup>26</sup> См., напр.: Австрия (краткое изложение в A/C.6/72/SR.25).

<sup>27</sup> См. Израиль (A/C.6/72/SR.26), Китай (A/C.6/72/SR.23), Российская Федерация (A/C.6/72/SR.19), Соединенное Королевство (A/C.6/72/SR.26), Соединенные Штаты (A/C.6/72/SR.25) и Франция (там же).

<sup>28</sup> Соединенное Королевство (A/C.6/72/SR.26). См. также Нидерланды (там же).

<sup>29</sup> См., напр.: Австрия (A/C.6/72/SR.25), Аргентина (A/C.6/72/SR.26), Беларусь (A/C.6/72/SR.26), Перу (A/C.6/72/SR.25), Португалия (там же) и Словения (краткое изложение там же).

<sup>30</sup> Сингапур (A/C.6/72/SR.25).

<sup>31</sup> Иран (Исламская Республика) (A/C.6/72/SR.26).

<sup>32</sup> См., напр.: Российская Федерация (краткое изложение в A/C.6/72/SR.19), Таиланд (A/C.6/72/SR.26) и Тринидад и Тобаго от имени КАРИКОМ (A/C.6/72/SR.25).

<sup>33</sup> Соединенное Королевство (A/C.6/72/SR.26).

<sup>34</sup> Таиланд (A/C.6/72/SR.26).

Федерация предложила добавить дополнительный элемент «недопустимости отступлений» в качестве отдельного элемента критериев для выявления норм *jus cogens*<sup>35</sup>. Иран, напротив, отметил, что недопустимость отступлений является следствием, а не критерием<sup>36</sup>. Со своей стороны, Греция предложила рассмотреть возможность включения в качестве третьего критерия элемента отражения основополагающих ценностей международного сообщества<sup>37</sup>. В свою очередь Соединенное Королевство предположило, что требования в отношении «принятия и признания» недостаточно и что в этой связи определенную роль должна играть практика<sup>38</sup>. Также в связи с «принятием и признанием» Словакия предположила, что существует необходимость в большей ясности<sup>39</sup>, тогда как Словения предложила рассмотреть вопрос о включении согласия<sup>40</sup>. В связи с этим моментом может быть уместным напоминание о предупреждении Хорватии в отношении того, что рассматриваемая тема должна учитывать достижения в работе Комиссии по теме «Выявление обычного международного права» и теме «Общие принципы права», если эта последняя тема будет включена в повестку дня<sup>41</sup>.

15. Большое внимание в ходе дискуссии было уделено вопросу об источниках *jus cogens*. Хотя подавляющее большинство государств согласилось с тем, что наиболее очевидной основой для императивных норм является обычное международное право, существовали разногласия в отношении роли других источников. К примеру, Германия и Чешская Республика выразили сомнение относительно возможности формирования основы для императивных норм из других источников<sup>42</sup>. С другой стороны, было выражено мнение о том, что основу императивных норм образуют все три источника. Другие государства выразили убеждение в том, что, помимо международного обычного права, основу императивных норм могут формировать также общие принципы права<sup>43</sup>. Было также выражено мнение о том, что основу императивных норм могут также формировать договорные положения (в дополнение к функции простого отражения)<sup>44</sup>. Еще одна точка зрения заключалась в том, что мнение, согласно которому общие принципы права могут составлять основу императивных норм, поддержкой не пользуется<sup>45</sup>. Израиль выразил согласие с проведением различия между источниками, образующими основу императивных норм, и источниками, отражающими их<sup>46</sup>.

16. Среди государств также существовало общее согласие в отношении того, что предложенного Специальным докладчиком в проектах выводов стандарта «значительного большинства» недостаточно. Так, многие государства выразили поддержку включению стандарта «весьма значительное большинство», в предварительном порядке принятого Редакционным комитетом. Однако Китай отметил, что стандарт «весьма значительное большинство» является таким же неточным, как и «значительное большинство»<sup>47</sup>. Вместе с тем другие государства поддержали еще

<sup>35</sup> Российская Федерация (A/C.6/72/SR.19).

<sup>36</sup> Иран (Исламская Республика) (A/C.6/72/SR.26).

<sup>37</sup> Греция (A/C.6/72/SR.25).

<sup>38</sup> Соединенное Королевство (A/C.6/72/SR.26).

<sup>39</sup> Словакия (A/C.6/72/SR.26).

<sup>40</sup> Словения (A/C.6/72/SR.25).

<sup>41</sup> Хорватия (A/C.6/72/SR.20).

<sup>42</sup> Германия (A/C.6/72/SR.26) и Чешская Республика (там же).

<sup>43</sup> Хорватия (A/C.6/72/SR.24).

<sup>44</sup> Беларусь (A/C.6/72/SR.26) и Российская Федерация (A/C.6/72/SR.19). Вместе с тем см. Испания (A/C.6/72/SR.25).

<sup>45</sup> Испания (A/C.6/72/SR.25), Китай (A/C.6/72/SR.23), отметившие, что международные договоры могут не более чем «отражать» нормы *jus cogens*, и Соединенные Штаты (A/C.6/72/SR.26).

<sup>46</sup> Израиль (A/C.6/72/SR.26).

<sup>47</sup> Германия (A/C.6/72/SR.26) и Китай (A/C.6/72/SR.23).



более жесткий стандарт. В этой связи Румыния, поддержав стандарт «весьма значительное большинство», заявила, что на практике это означает «почти единодушие»<sup>48</sup>. Тем не менее некоторые государства предостерегли от использования формулировки, позволяющей предположить необходимость согласия всех государств<sup>49</sup>. Польша справедливо отметила, что вопрос большинства в любом случае следует рассматривать не только с точки зрения количества, но и с точки зрения представительности<sup>50</sup>.

17. Кроме того, был затронут вопрос региональных норм *jus cogens* – тема, подлежащая рассмотрению в следующем докладе. Было выражено мнение о невозможности существования региональных норм *jus cogens*<sup>51</sup>. Германия, соглашаясь с невозможностью существования региональных норм *jus cogens* в соответствии с международным правом, предпочла бы вовсе не рассматривать этот вопрос<sup>52</sup>. Также в отношении сферы охвата этой темы некоторые государства отметили, что рассмотрение этой темы Комиссией не должно сводиться к рассмотрению лишь договорного права<sup>53</sup>.

18. Обсуждение коснулось также темы материала в проекте вывода 9, предложенного Специальным докладчиком. Словения подчеркнула, что перечень не является исчерпывающим<sup>54</sup>. Соединенные Штаты поставили под вопрос включение решений международных судов и трибуналов в качестве свидетельства принятия государствами<sup>55</sup>. Многие государства продолжили рассмотрение вопроса относительно включения иллюстративного перечня норм. Хотя некоторые государства поддержали иллюстративный перечень, другие государства не поддержали его включения<sup>56</sup>. Другие государства более подробно изложили свои озабоченности в отношении целесообразности такого перечня<sup>57</sup>.

19. Специальный докладчик принял к сведению большую часть этих замечаний. Некоторые из них можно было бы учесть в комментариях. Другие замечания по итогам будущих прений в Комиссии или в контексте доработки проектов выводов в Редакционном комитете могли бы привести к изменению проектов выводов, в предварительном порядке принятых Редакционным комитетом. Однако уместно подчеркнуть, что эти замечания будут учтены на определенном этапе до принятия Комиссией проектов выводов в первом чтении.

<sup>48</sup> Румыния (A/C.6/72/SR.26). См. также Российская Федерация (A/C.6/72/SR.19) и Соединенное Королевство (A/C.6/72/SR.26).

<sup>49</sup> Словения (A/C.6/72/SR.25).

<sup>50</sup> Польша (A/C.6/72/SR.24).

<sup>51</sup> См., напр.: Польша (A/C.6/72/SR.24).

<sup>52</sup> Германия (A/C.6/72/SR.26). См. также Япония (там же).

<sup>53</sup> Нидерланды (A/C.6/72/SR.26) и Япония (там же).

<sup>54</sup> Словения (A/C.6/72/SR.25). См. также Чили (A/C.6/72/SR.23).

<sup>55</sup> Соединенные Штаты (A/C.6/72/SR.26).

<sup>56</sup> В число государств, не поддержавших иллюстративный перечень, вошли Австралия (A/C.6/72/SR.26), Германия (там же), Испания (A/C.6/72/SR.25), Нидерланды (A/C.6/72/SR.26), Польша (A/C.6/72/SR.24), Российская Федерация (A/C.6/72/SR.19), Таиланд (там же) и Турция (A/C.6/72/SR.26). Государства, поддержавшие иллюстративный перечень, включали Австрию (A/C.6/72/SR.25), Мексику (A/C.6/72/SR.25), Новую Зеландию (A/C.6/72/SR.24), Португалию (A/C.6/72/SR.25), Сальвадор (A/C.6/72/SR.26), Словению (A/C.6/72/SR.25) и Японию (A/C.6/72/SR.26).

<sup>57</sup> Например, Израиль (A/C.6/72/SR.26) отметил, что составление перечня до выявления критериев и последствий будет преждевременным; Сингапур выразил мнение о том, что уместность этого предложения будет зависеть от методологии (там же); тогда как Российская Федерация (A/C.6/72/SR.19) отметила, что к этому вопросу нужно подходить осторожно.

### III. Последствия императивных норм общего международного права (*jus cogens*)

#### A. Общие соображения

20. В плане, на основе которого эта тема была включена в программу работы Комиссии, говорится, что «вероятно, рассмотрение результатов и последствий *jus cogens* окажется наиболее сложным направлением исследований...»<sup>58</sup>. Изучение результатов и последствий *jus cogens* признавалось не только в качестве наиболее сложного, но и наиболее важное направления исследований<sup>59</sup>. Костеллоу описал выявление последствий *jus cogens* как «более ценный приз, чем выявление самой нормы»<sup>60</sup>. Аналогичным образом, отмечая, что большая часть литературы по нормам *jus cogens* посвящена их выявлению, Фокарелли заявляет, что «сегодня может оказаться несущественным знание о том, что норма является императивной, если отсутствует какая-либо определенность относительно конкретных правовых последствий, с которыми связана эта характеристика»<sup>61</sup>. В этой связи Кольб назвал вопрос о результатах и последствиях «одновременно деликатным, запутанным и важным»<sup>62</sup>.

21. Важность и сложность вопроса о последствиях становится еще более ярко выраженной, если учитывать ничтожное количество ссылок на последствия *jus cogens* в практике<sup>63</sup>. Часто обращается внимание на то, что, хотя суды и трибуналы ссылались на *jus cogens* и даже выявляли нормы, которые они квалифицировали в качестве норм *jus cogens*, примеров выявления конкретных правовых последствий весьма мало<sup>64</sup>. Специальный докладчик напоминает об этом, но выражает мнение, что

<sup>58</sup> Доклад Комиссии о работе ее шестьдесят шестой сессии (A/69/10), приложение, п. 17. См. также Ulf Linderfalk, «Understanding the *jus cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), pp. 51–84, at p. 53.

<sup>59</sup> Нидерланды (краткое изложение в A/C.6/72/SR.26).

<sup>60</sup> Daniel Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2017), p. 15. См. также Elizabeth Santalla Vargas, «In quest of the practical value of *jus cogens* norms», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), pp. 211–239.

<sup>61</sup> Carlo Focarelli, «Promotional *jus cogens*: a critical appraisal of *jus cogens*' legal effects» (2008), *Nordic Journal of International Law*, vol. 77 (2008), pp. 429–459, at p. 440, добавляя, что «по-видимому, сегодня недостаточно знать, что норма является императивной; в конечном счете решающее значение имеет то, к какому особому результату приводит ее применение».

<sup>62</sup> Robert Kolb, *Peremptory international law – jus cogens: a general inventory* (Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2015), p. 104.

<sup>63</sup> См., напр.: Германия (A/C.6/72/SR.26), Нидерланды (там же) и Соединенные Штаты (там же).

<sup>64</sup> Dinah Shelton, «Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), pp. 23–50, at p. 35 («Существует мало примеров практики государств или судов в отношении любой из этих функций: как представляется, данная функция скорее сродни функции Шерлока Холмса, будучи важным, хотя и символическим, выражением или провозглашением общественно значимых ценностей»); Louis J. Kotzé, «Constitutional conversations in the Anthropocene: in search of environmental *jus cogens* norms», *ibid.*, pp. 241–272, at p. 246; Stefan Kadelbach, «Genesis, function and identification of *jus cogens* norms», *ibid.*, pp. 147–172, at p. 165 («Хотя многоопытные составители ВКПМД и статей об ответственности государств вынашивали замыслы в отношении совершенно четких последствий для практики, суды, тем не менее, придерживаются довольно абстрактного понятия императивных норм без формулирования конкретных правовых последствий»); Thomas Kleinlein, «*Jus cogens* as the 'highest law'? Peremptory norms and legal hierarchies», *ibid.*, pp. 173–210, at p. 175 («Можно утверждать, что тревожные неопределенности, окружающие иерархический статус *jus cogens* отражены в том факте, что фактически на *jus cogens* очень редко успешно



Комиссии в оценке правовых последствий императивных норм международного права следует применять такой подход, как тот, что был изложен в первом докладе Специального докладчика:

Комиссии следует применить проверенный метод комплексного рассмотрения самых различных материалов и источников. Обычно Комиссия начинает рассмотрение тем своей повестки дня с проведения тщательного анализа практики государств во всех ее формах, судебной практики, правовой литературы и всех других соответствующих материалов<sup>65</sup>.

22. Следующий методологический вопрос относительно последствий касается связи между критериями для *jus cogens*, с одной стороны, и последствиями – с другой. Некоторые из авторов, утверждающих, что выявление последствий имеет более важное значение, чем определение нормы в качестве одной из норм *jus cogens*, доказывают, что именно последствия придают норме ее императивность<sup>66</sup>. Иными словами, для определения того, является ли норма одной из норм *jus cogens*, недостаточно применять какие-то заранее определенные доктринальные критерии. Важнее выявить последствия, вытекающие из *этой конкретной* нормы, и определить, предполагают ли эти последствия «недопустимость отклонений», чем установить принадлежность нормы к *jus cogens*<sup>67</sup>. И все же, как было проиллюстрировано во втором докладе Специального докладчика, существуют конкретные критерии, позволяющие квалифицировать норму в качестве нормы *jus cogens*<sup>68</sup>. Этот подход согласуется как со статьей 53 Венской конвенции 1969 года, так и с практикой. Если норма соответствует этим критериям, из этого вытекают определенные последствия. Целью настоящего доклада как раз и является выявление этих последствий.

---

ссылаются в суде для урегулирования коллизии норм»). See, however, Sévrine Knuchel, «*Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms*» (Zurich, Schulthess, 2015), p. 3, содержащий перечисление ряда областей, в которых в практике признано воздействие *jus cogens*.

<sup>65</sup> A/CN.4/693, п. 14.

<sup>66</sup> См., напр.: Stefan Kadelbach, «*Jus cogens, obligations erga omnes and other rules – the identification of fundamental norms*», in *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin, eds. (Leiden and Boston, Martin Nijhoff, 2006), p. 29. См. также Kleinlein, «*Jus cogens as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies*» (сноска 64 выше), p. 176 («определение императивных норм во втором предложении статьи 53 [Венской конвенции 1969 года] характеризует принцип недопустимости отступлений в качестве определяющего элемента их особого статуса»).

<sup>67</sup> Kolb, *Peremptory international law – jus cogens* (см. сноску 62 выше), p. 2 («*jus cogens* определяется конкретным качеством рассматриваемой нормы, а именно тем юридическим фактом, что она не допускает отступлений») и pp. 39–40, где доказывается, что правильный подход состоит в том, чтобы «сосредоточить внимание на определении воздействия *jus cogens*», а не на «материально-правовом содержании». Кольб утверждает, что Комиссия применила этот подход, «воздержавшись от указания на то, какие нормы относятся к нормам *jus cogens* или в соответствии с какими материально-правовыми критериями могут определяться такие нормы». См. также Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (см. сноску 60 выше), p. 15 («Хотя материально-правовое содержание некоторых первичных норм международного права, безусловно, привело к разработке концепции императивных норм, со строго юридической точки зрения именно через свои последствия норма проявляется таким образом, который по сути отличается от действия других международно-правовых норм. На практике там, где невозможно указать на конкретные последствия, обуславливающие отличие «императивной» нормы от других международно-правовых норм... трудно увидеть, какие юридические особенности, если они существуют, отражает этот термин»).

<sup>68</sup> См. A/CN.4/706. См. также заявление Председателя Редакционного комитета по императивным нормам международного общего права (*jus cogens*), 26 июля 2017 года, приложение.

23. В этом месте Специальный докладчик отвлекается, чтобы напомнить о выраженном в обоих первых докладах стремлении избегать теоретических споров, в чем и заключается его подход. Итак, по-видимому, споры относительно последствий *jus cogens* в значительной степени фокусируются на том, какой подход следует применять при рассмотрении последствий *jus cogens*: узкий или широкий<sup>69</sup>. Очень часто выбор между широким и узким подходами мотивирован политическими соображениями<sup>70</sup>. Кнухель улавливает тенденцию современных авторов следующим образом:

Научные труды изображают обескураживающую картину последствий *jus cogens*: на одном краю спектра отрицается, что *jus cogens* имеет какое-либо особое юридическое действие, тогда как на другом его описывают как «универсально применимую» норму<sup>71</sup>.

24. В настоящем докладе Специальный докладчик не применяет ни узкого, ни широкого подхода, как и не делает какой-либо попытки примирить оба подхода. Вместо этого согласно подходу, которому он неуклонно следовал в предыдущем докладе, Специальный докладчик пытается идентифицировать последствия *jus cogens*, используя традиционные методы и материалы Комиссии.

<sup>69</sup> См. рассмотрение этого вопроса в Maarten den Heijer and Harmen van der Wilt, «*Jus cogens and the humanization and fragmentation of international law*», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), pp. 3–22, p. 4, где отмечается, что для некоторых «*jus cogens* является ничем иным, как безапелляционным заклинанием, которое произносит волшебник, взмахивая своей волшебной палочкой, чтобы прекратить любые дискуссии». См., особенно Alexander Orakhelashvili, «Audience and authority – The merit of the doctrine of *jus cogens*», *ibid.*, pp. 115–146, at p. 117 («В зависимости от принадлежности к той или иной аудитории взгляды на *jus cogens* кардинально различаются: либо эта норма оказывает широкое транспарентное воздействие, обеспечивая большую подотчетность, либо она толкуется в более узком смысле, который предполагает нецелесообразность любого сколько-нибудь значительного судебного вмешательства в вопросы, с которыми можно было бы проще разобраться с помощью политики высокого уровня и дипломатии») и p. 118 («Следовательно, приверженцы «более узкой» концепции *jus cogens* занимают в настоящее время ту же доктринальную нишу, что и оппоненты *jus cogens* десятилетия назад»). См. также Gennady Danilenko, *Law-making in the International Community* (Dordrecht, Boston and London, Martinus Nijhoff, 1993), p. 212 («происходящие изменения обуславливают стремление международного сообщества опираться на *jus cogens* в гораздо более широком контексте»); а также Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2014), p. 144.

<sup>70</sup> Thomas Giegerich, «Do damages claims arising from *jus cogens* violations override State immunity from the jurisdiction of foreign courts?», in *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Tomuschat and Thouvenin (см. сноску 66 выше), p. 205.

<sup>71</sup> Knuchel, «*Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms*» (см. сноску 64 выше), p. 4. См. также Christian Tomuschat «Reconceptualizing the debate on *jus cogens* and obligations *erga omnes* – concluding observations», in *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Tomuschat and Thouvenin (см. сноску 66 выше), p. 426. См. также Jean d'Aspremont, «*Jus cogens as a social construct without pedigree*» *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), pp. 85–114, p. 94 («На самом деле благодаря *jus cogens* юристы-международники ощутили, что от их системного и нравственно безупречного правопорядка можно ожидать гораздо большего. Именно так они обнаруживают, что традиционное правовое воздействие *jus cogens* было слишком скромным и чрезмерно ограниченным. В силу существования *jus cogens* якобы системный и нравственно безупречный международный правопорядок остается «неоконченной революцией», продолжая побуждать международных юристов к использованию его непреодолимой мощи для окончания начатого дела»). См. также Focarelli, «Promotional *jus cogens*» (см. сноску 61 выше), p. 440 («Суды и теоретики постепенно склоняются к допущению того, что нормы *jus cogens* должны привести практически неограниченное число «имеющих преобладающую силу», если не «правоустанавливающих», последствий»).

25. В структурном плане для оценки воздействия *jus cogens* в международном праве можно применить много существующих подходов. Можно было бы оценивать воздействие *jus cogens* сквозь призму источников – договорного права, международного обычного права, общих принципов и односторонних актов. Вероятно, можно также оценивать последствия *jus cogens* на основе функций, например, функций поощрения подотчетности, функций урегулирования коллизии между нормами международного права, инвалидирующих функций или декларативных функций<sup>72</sup>. Еще можно было бы оценивать последствия *jus cogens* посредством анализа значения «допустимости отклонений» в качестве основных последствий *jus cogens*<sup>73</sup>. Последствия *jus cogens* можно также исследовать с точки зрения разных предметов международного права, например прав человека, права иммунитетов, природоохранного права, мира и безопасности и т.п.

26. Каждый из этих разнообразных системных подходов – при этом, разумеется, существуют другие возможные подходы – имеет свои привлекательные стороны и недостатки. Ввиду этого Специальный докладчик решил не применять какой-либо конкретный системный подход, а сосредоточиться на тех потенциальных последствиях *jus cogens*, которые выявлялись чаще всего. Они могут включать последствия *jus cogens* в отношении международных договоров и последствия *jus cogens* в отношении ответственности государств.

27. Вместе с тем имеются и другие выявленные результаты, которые, как таковые, нуждаются в рассмотрении. Часто поднимается также вопрос о воздействии *jus cogens* на индивидуальную уголовную ответственность за нарушения международного уголовного права. Кроме того, следует рассмотреть также последствия *jus cogens* для обычного международного права и для резолюций Совета Безопасности.

28. В ходе двух последних прений как в Комиссии, так и в Шестом комитете, Специальный докладчик предложил основные характеристики, которые после этого были включены в проект вывода 2, в предварительном порядке принятый Редакционным комитетом, и стали предметом определенной дискуссии. Одним из соображений, высказанных некоторыми членами Комиссии и некоторыми государствами, является то, что эти характеристики представляют собой последствия и соответственно должны рассматриваться в контексте последствий. Специальный докладчик последовательно выражал мнение о том, что эти характеристики сами имеют последствия. Например, одним из последствий иерархического верховенства является то, что другие нормы международного права становятся недействительными. Это потенциальное последствие можно оценивать, например, в рамках последствий *jus cogens* в отношении международных договоров или обычного международного права. Ссылки на эти характеристики в связи с конкретными последствиями содержатся в соответствующих местах доклада.

29. В следующем разделе настоящей главы (разделе В) будут рассмотрены последствия *jus cogens* для международных договоров. Затем в разделе С будут рассмотрены последствия *jus cogens* для ответственности государств, а в разделе D – другие последствия *jus cogens*, включая воздействие на индивидуальную уголовную ответственность, последствия для других источников и последствия для урегулирования международных споров.

<sup>72</sup> Shelton, «Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*» (см. сноску 64 выше), pp. 35 *et seq.* См. также Kadelbach, «Genesis, function and identification of *jus cogens* norms» (сноска 64 выше), pp. 161 *et seq.*

<sup>73</sup> См. в общем плане Kolb, *Peremptory international law – jus cogens* (сноска 62 выше).

## **В. Последствия императивных норм общего международного права (jus cogens)**

### **1. Недействительность договоров вследствие противоречия с императивными нормами общего международного права (jus cogens)**

30. Юридическим последствием, которое в значительной степени синонимично статусу нормы jus cogens, является недействительность договоров<sup>74</sup>. Для некоторых исследователей это является первичным, или даже единственным, следствием статуса нормы jus cogens<sup>75</sup>. По мнению других исследователей, из-за скудности примеров практики признания недействительными договоров по причине несоответствия нормам jus cogens стоит задать вопрос, не стало ли следствие в виде недействительности договора по причине jus cogens мертвой буквой права<sup>76</sup>. Разумеется, такие утверждения, вероятно, чрезмерно сгущают краски, поскольку некоторые авторы отметили случаи ссылок на недействительность договоров по причине коллизии с jus cogens<sup>77</sup>. Высказывались даже предположения о том, что Африканская хартия прав человека и народов и Арабская хартия прав человека недействительны,

<sup>74</sup> Danilenko, *Law-making in the International Community* (см. сноску 69 выше), p. 212 («Как задумывалось вначале, в рамках процесса кодификации, касающегося права международных договоров, понятие jus cogens применяется только к договорным отношениям. Его основная функция – ...сделать недействительными двусторонние и многосторонние договоренности, идущие вразрез с основополагающими нормами сообщества, признаваемыми «высшим» правом»). См. также Kleinlein, «*Jus cogens as the 'highest law'? Peremptory norms and legal hierarchies*» (сноска 66 выше), p. 181.

<sup>75</sup> См. в общем плане Куюдзи Кавасаки, «A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law», *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 34 (2006), pp. 27–43, and Den Heijer and Van der Wilt, «*Jus cogens and the humanization and fragmentation of international law*» (сноска 69 выше), p. 7. См. также Thirlway, *The Sources of International Law* (сноска 69 выше), p. 145 («Исходя из статьи 53 Венской конвенции значение качества нормы как нормы jus cogens заключается всего лишь в отмене действия любого соглашения, которое может вступать в противоречие с этой нормой или предусматривать отступление от нее. Ученые неизбежно испытывают искушение придать этому понятию более широкое действие, поскольку... jus cogens... [должно наделяться] как можно более широкой сферой применения»). Cf., Antonio Cassese, «For an enhanced role of *jus cogens*», in *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Antonio Cassese, ed., (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 158 («Помимо этого, до настоящего времени никто не возразил против того, что jus cogens оказывает или может оказывать воздействие на определенные области международного права, кроме правотворчества (такие как признание государств, оговорки к договорам, иммунитет от юрисдикции и т.п.)»).

<sup>76</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (см. сноску 60 выше), p. 55 («соответствующие положения [Венской конвенции 1969 года] являются весьма узкими, и справедливо задать вопрос, являются ли они до сих пор достаточно релевантными... или уже представляют собой практически мертвую букву»); Hilary Charlesworth and Christine Chinkin, «The gender of *jus cogens*», *Human Rights Quarterly*, vol. 15 (1993), pp. 63–76, at pp. 65–66 («Несмотря на первоначальные опасения, что включение [статьи 53 Венской конвенции 1969 года] подорвет принцип pacta sunt servanda и будет действовать как фактор дестабилизации определенности, обеспечиваемой договорными обязательствами, доктрина jus cogens достаточно редко упоминалась в этом контексте. Таким образом, она оказывала незначительное практическое влияние на действие договоров»); Kadelbach, «Genesis, function and identification of *jus cogens* norms» (см. сноску 64 выше), p. 161 («прямая коллизия в том смысле, что предмет договора неправомерен, возможна лишь теоретически»). Cf. Cassese, «For an enhanced role of *jus cogens*» (см. сноску 75 выше), pp. 159–160 («Должны ли мы заключить, что, как следствие, то, что, как правило, считалось крупным достижением Венской конвенции 1969 года [...], фактически с течением лет обернулось жутким провалом?»).

<sup>77</sup> См., напр.: Shelton, «Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*» (сноска 64 выше), p. 36; and Kadelbach, «Genesis, function and identification of *jus cogens* norms» (сноска 64 выше), p. 152. См. рассмотрение этого вопроса в Knuchel, «*Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms*» (сноска 64 выше), p. 141.

поскольку они вступают в коллизию с нормой *jus cogens*, касающейся самоопределения<sup>78</sup>.

31. На протяжении ряда лет многие государства ссылались на, по их мнению, недействительность договоров по причине их несоответствия нормам *jus cogens*<sup>79</sup>. Для целей настоящего исследования несущественно, действительно ли эти договоры не соответствуют нормам *jus cogens*. Что имеет значение для цели настоящего доклада, так это убеждение в том, что те или иные договоры не соответствуют *jus cogens* и ввиду этого являются недействительными. В деле *О Восточном Тиморе* Австралия, рассуждая о последствиях аргументации Португалии, отмечает, что, если Суд примет мнение Португалии о том, что право на самоопределение является одной из норм *jus cogens*, а затем установит, что Договор о Тиморской впадине<sup>80</sup> вступил в коллизию с правом на самоопределение, «тогда договор по этой причине становился бы ничтожным»<sup>81</sup>. Соединенные Штаты также выразили мнение о том, что Договор о дружбе между Советским Союзом и Афганистаном<sup>82</sup> может быть недействительным по причине коллизии с нормами *jus cogens*<sup>83</sup>. Сама Генеральная Ассамблея определила, что соглашения, вступающие в противоречие с принципом

<sup>78</sup> Robert P. Barnidge, «Anti-Zionism, *jus cogens*, and international law: the case of the Banjul Charter and the Arab Charter», *Journal of the Middle East and Africa* (готовится к изданию).

<sup>79</sup> Нидерланды (A/C.6/SR.781), пара. 2 (В отношении вопроса о *jus cogens*: «Соглашение о Судетской германской территории, подписанное в Мюнхене 29 сентября 1938 года, было одним из немногих примеров международных договоров, которые стали рассматриваться в качестве противоречащих международному публичному правопорядку»). Кипр (A/C.6/SR.783), пара. 18, перечислил ряд международных договоров, предусматривающих ничтожность по причине коллизии с императивной нормой, а именно с запретом на применение силы («Пакт Лиги Наций, Общий договор об отказе от войны в качестве орудия национальной политики (известный как Пакт Бриана-Келлога); Устав Нюрнбергского трибунала; Устав Международного военного трибунала для суда над главными военными преступниками на Дальнем Востоке и относительно недавно принятый п. 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций, которым в современном международном праве сформулирована позитивная норма (*lex lata*), подразумевающая, что договор, заключенный в результате противоправной угрозы силой или ее применения, является ничтожным *ab initio*»). См. также Израиль (A/C.6/SR.784), пара. 8.

<sup>80</sup> Договор между Австралией и Республикой Индонезия о зоне сотрудничества в районе между Восточным Тимором и Северной Австралией.

<sup>81</sup> *East Timor (Portugal v. Australia)*, Counter-Memorial of Australia, 1 June 1992, para. 223.

<sup>82</sup> Договор о дружбе, добрососедстве и сотрудничестве между Союзом Советских Социалистических Республик и Афганистаном.

<sup>83</sup> См. Memorandum of Legal Advisor of the United States State Department, Roberts B. Owen, to the Acting Secretary of State, Warren Christopher, dated 29 December 1979, in *Digest of United States Practice in International Law*, chap. 2, para. 4, воспроизведенный в Marian L. Nash, «Contemporary practice of the United States relating to international law», *American Journal of International Law*, vol. 74 (1980), pp. 418–432, at p. 419 («Неясно также, является ли действительным договор между СССР и Афганистаном... Если он действительно допускает поддержку советского вторжения такого рода, как происходит в Афганистане, он был бы ничтожным в соответствии с современными принципами международного права, поскольку он вступал бы в коллизию с тем, что фигурирует в Венской конвенции как «императивная норма общего международного права»... а именно с нормой, содержащейся в пункте 4 статьи 2 Устава»).

самоопределения, являются недействительными<sup>84</sup>. Например, Ассамблея определила, что Кэмп-Дейвидское соглашение<sup>85</sup> является недействительным в той степени, в какой оно вступает в противоречие с правом на самоопределение<sup>86</sup>. Хотя Ассамблея не ссылается собственно на *jus cogens*, обоснованием для недействительности выступает право на самоопределение, которое является нормой *jus cogens*<sup>87</sup>. Существуют также судебные решения, в которых недействительность договоров была обоснована несоответствием нормам *jus cogens*. В деле *Обвинитель против Тейлора* Специальный суд для Сьерра-Леоне был вынужден выяснять, не является ли недействительным положение его собственного Статута об отмене иммунитетов<sup>88</sup>. Суд счел, что, поскольку это положение «не противоречит какой-либо императивной норме общего международного права, необходимо, чтобы [Суд] обеспечил его действие»<sup>89</sup>. Аналогичным образом, в известном деле *Алобоетое против Суринама* в качестве обоснования было использовано соглашение, заключенное между Нидерландами и общиной народа сарамака<sup>90</sup>. Суд отметил, что в соответствии с договором сарамака обязались задерживать всех беглых рабов и возвращать их в рабство<sup>91</sup>. По этой причине Суд счел, что договор является «ничтожным и не имеющим юридической силы, поскольку он противоречит нормам *jus cogens superveniens*»<sup>92</sup>.

32. Как бы то ни было, даже без учета практики ничтожность договоров является наиболее очевидным и тем самым наименее оспариваемым следствием статуса нормы *jus cogens*. Оно вытекает из иерархического верховенства статуса норм *jus cogens* и одновременно является его отражением. В то же время ничтожность является далеко идущим последствием, поскольку оно затрагивает саму суть основополагающего и основообразующего элемента международного права, а именно *acta sunt servanda*<sup>93</sup>. Она существенно ограничивает полномочия государств в области

<sup>84</sup> См., напр.: резолюцию 34/65 В Генеральной Ассамблеи от 29 ноября 1979 года, п. 2. См. также резолюции Генеральной Ассамблеи 36/51 от 24 ноября 1981 года и 39/42 от 5 декабря 1984 года, которые обе содержали призыв к государствам о прекращении действия соглашений об инвестициях в Намибии и объявляли их незаконными.

<sup>85</sup> Рамочное соглашение о мире на Ближнем Востоке, достигнутое в Кэмп-Дейвиде и подписанное в Вашингтоне, округ Колумбия, 17 сентября 1978 года.

<sup>86</sup> Резолюция 33/28 А Генеральной Ассамблеи от 7 декабря 1978 года. В пункте 2 этой резолюции вновь подтверждается, что любое решение в связи с конфликтом на Ближнем Востоке должно быть основано на «осуществлении необъемлемых прав палестинского народа, включая... право на национальную независимость и суверенитет в Палестине», тогда как в пункте 4 заявляется, что «для действительности соглашений, направленных на решение палестинской проблемы», требуется, чтобы они заключались на основе осуществления таких прав.

<sup>87</sup> Giorgio Gaja, «*Jus cogens* beyond the Vienna Convention», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1981-III*, vol. 172, pp. 271–316, at p. 282 («при этом коллизия с *jus cogens* является наиболее вероятной причиной для объявления соглашений ничтожными»).

<sup>88</sup> *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Decision of the Special Court for Sierra Leone of 31 May 2004*, Case No. SCSL-2003-01-I, Appeals Chamber, Special Court for Sierra Leone, para. 53. См. также *Prosecutor v. Morris Kallon and Brima Bazzy Kamara, Decision on challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty*, 13 March 2004, Case Nos. SCSL-2004-15-AR72(E) and SCSL-2004-16-AR72(E), Appeals Chamber, Special Court for Sierra Leone.

<sup>89</sup> *Prosecutor v. Taylor, Decision* (см. предыдущую сноску), para. 53.

<sup>90</sup> *Aloboetoe and others v. Suriname (Reparation and Costs)*, Judgment, 10 September 1993, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 15.

<sup>91</sup> *Ibid.*, para. 57.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> См., напр.: Christian Tomuschat, «The Security Council and *jus cogens*» in Enzo Cannizzaro (ed.), *The Present and Future of Jus cogens* (Rome, Sapienza, 2015), p. 17 («Таким образом, «священность» договоров была поставлена под угрозу»). В работе Christos L. Rozakis, «The conditions of validity of international agreements», *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 26/27 (1973–1974), p. 226, at p. 248, недействительность по причине *jus*



заключения международных договоров и даже законотворчества<sup>94</sup>. Как было продемонстрировано в первом докладе Специального докладчика, хотя практически все государства поддержали концепцию *jus cogens* на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров (далее «Венская конференция»), некоторые государства были озабочены угрозой, которую она создает для принципа *pacta sunt servanda* и стабильности договорных отношений<sup>95</sup>.

33. Последствия недействительности договоров изложены в статьях 53 и 64 Венской конвенции 1969 года<sup>96</sup>. Статья 53 предусматривает следующее:

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.

34. Описание эволюции этой статьи в работе Комиссии и Венской конференции содержится в первом докладе Специального докладчика и здесь повторяться не будет, за исключением случаев, в которых необходимо подчеркнуть тот или иной аспект следствия недействительности<sup>97</sup>. Как разъясняется во втором докладе, второе предложение этого положения содержит определение *jus cogens*, из которого вытекают критерии идентификации норм *jus cogens*<sup>98</sup>. Первое предложение статьи 53 излагает следствие недействительности договоров как одну из форм недопустимости отклонений. Иными словами, первым и основным следствием статуса *jus cogens* является недопустимость отклонений, и недействительность является проявлением недопустимости отклонений. Статья 53 предусматривает абсолютную ничтожность договора *ab initio*, если заключение договора происходит в момент действия императивной нормы, которая вступает с ним в противоречие.

35. Термину «противоречие» в литературе уделяется не так много внимания<sup>99</sup>. Невелика также практика толкования значения «противоречия» по смыслу ста-

---

*cogens* в соответствии со статьей 53 была описана в качестве «революционного обоснования недействительности». См. также Georg Schwarzenberger, «International *jus cogens*?», *Texas Law Review*, vol. 43 (1964–1965), pp. 455–478, at pp. 459–460.

<sup>94</sup> Tomuschat, «The Security Council and *jus cogens*» (см. предыдущую сноску), p. 26 («[Э]то как раз и является задачей... *jus cogens* в его оригинальном смысле, состоящей в отказе государствам... в праве использовать [свой] полномочия ввиду порочного характера их взаимных обязательств. В принципе это равнозначно радикальному сужению национальных полномочий в области заключения международных договоров»). См. Charlesworth and Chinkin «The gender of *jus cogens*» (сноска 76 выше), pp. 65–66 («Тем самым свобода государств вступать в договоры ограничивается основополагающими ценностями международного сообщества. Несмотря на опасения, что включение этого положения будет подрывать принцип *pacta sunt servanda* и действовать как фактор дестабилизации определенности, обеспечиваемой договорными обязательствами, доктрина *jus cogens* достаточно редко упоминалась»).

<sup>95</sup> A/CN.4/693, п. 36.

<sup>96</sup> Хотя ссылка будет сделана на Венскую конвенцию 1969 года, буквально такой же текст воспроизводится в Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (1986 года).

<sup>97</sup> A/CN.4/693, paras. 28–37.

<sup>98</sup> См. A/CN.4/706, п. 36–37. Вместе с тем см. работы, приведенные в сносках 72 и 73, в которых выдвинуты предположения о том, что следствие (недопустимость отклонений) является также критерием.

<sup>99</sup> Вместе с тем см. Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (см. сноску 60 выше), pp. 67 *et seq.*

тьи 53 Венской конвенции 1969 года. Обычное значение этого термина предполагает непримиримое расхождение или взаимоисключающее противоречие<sup>100</sup>. Таким образом, можно сказать, что договор вступает в противоречие с нормой *jus cogens*, если он предусматривает освобождение от обязательств, налагаемых *jus cogens*, или если он предусматривает разрешение (или требование) поведения, идущего вразрез с нормой *jus cogens*<sup>101</sup>. Рассматриваемое в этом свете «противоречие» норме *jus cogens* было бы равнозначно (недопустимому) отступлению.

36. Статья 64 Венской конвенции 1969 года, которая также предусматривает недействительность по причине императивных норм, гласит, что, если «возникает новая императивная норма общего международного права, то любой существующий договор, который оказывается в противоречии с этой нормой, становится недействительным и прекращается». Статья 64 предусматривает ситуации, в которых договор в момент его заключения не находился в противоречии с какой-либо императивной нормой, но в которых возникает новая императивная норма, порождая последующее противоречие. Из формулировки статьи 64 («становится недействительным и прекращается») явствует, что договор не является ничтожным *ab initio*, а *становится* недействительным с момента возникновения императивной нормы<sup>102</sup>. В своих проектах статей о праве международных договоров 1966 года Комиссия также разъяснила, что проект статьи 61 (который стал статьей 64 Венской конвенции 1969 года) в отличие от проекта статьи 50 (который стал статьей 53 Конвенции) не имеет своим действием недействительность договора с момента его заключения (ретроспективно)<sup>103</sup>.

37. Из недвусмысленного текста статьи 53 явствует, что договор, который в момент его заключения не согласуется с нормой *jus cogens*, является полностью недействительным. Статья 53 является безоговорочной: она, например, не предусматривает, что «положения договора», находящиеся в противоречии с *jus cogens*, недействительны или договор недействителен «в той степени, в какой он противоречит *jus cogens*». Иными словами, положения договора, недействительные по причине несоответствия *jus cogens*, неотделимы от договора. Это ясное толкование статьи 53 поддерживается другими положениями Венской конвенции 1969 года. Конвенция в общем и целом предусматривает возможность делимости положений до-

<sup>100</sup> См. третий доклад о праве международных договоров Специального докладчика г-на Фицмориса, *Yearbook ... 1958*, vol. II, document A/CN.4/115, p. 26 («Поэтому только в том случае, если договор предусматривает отступление от абсолютных, или императивных норм, или запрещений международного права, имеющих характер *jus cogens*, или противоречит им, может возникнуть причина недействительности»).

<sup>101</sup> Cannizzaro, «A higher law for treaties?» in *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Cannizzaro, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 428.

<sup>102</sup> Можно сопоставить это со статьей 53 Венской конвенции 1969 года, которая гласит, что договор *является* ничтожным.

<sup>103</sup> См. пункт. 6) комментария к проекту статьи 50 статей о праве международных договоров, *Yearbook ... 1966*, vol. II, p. 177, at pp. 248–249 (проект статьи 50 «должен читаться вместе со статьей 61 (Возникновение новой нормы *jus cogens*), и, по мнению Комиссии, нет речи о том, чтобы настоящая статья имела обратное действие. Он касается случаев, в которых договор является ничтожным *в момент его заключения* в силу того факта, что его положения оказываются в противоречии с уже существующей нормой *jus cogens*. Договор является полностью ничтожным, поскольку его фактическое заключение противоречит императивной норме общего международного права... Статья 61, с другой стороны, касается случаев, в которых договор, действительный во время заключения, становится недействительным и прекращается в силу последующего установления новой нормы *jus cogens*, с которой его положения находятся в противоречии. Выражения «*становится* недействительным и *прекращается*», по мнению Комиссии, означает, что возникновение новой нормы *jus cogens* не должно иметь обратное действие на действительность договора. Недействительность возникает только с момента установления новой нормы *jus cogens*»).

говора при существовании оснований для недействительности, прекращения, выхода из договора или приостановления его действия<sup>104</sup>. Эта общая возможность делимости не применяется к статье 53<sup>105</sup>. Хотя Шелтон, по-видимому, предположила, что делимость подразумевается в статье 53, она приводит весьма слабое обоснование этого тезиса<sup>106</sup>. Она отмечает, что, «как представляется, едва ли было бы разумно, например, объявить весь [Устав Организации Объединенных Наций] недействительным ввиду какого-либо решения [Совета Безопасности], воспринятого в качестве нарушения *jus cogens*»<sup>107</sup>. Однако в этом аргументе упущен один важный момент. Решение Совета Безопасности, которое находится в противоречии с *jus cogens*, ставит под сомнение не Устав, а только соответствующую резолюцию Совета Безопасности.

38. Более того, некоторые члены Комиссии, проложившие путь к принятию статей о праве международных договоров 1966 года, придерживались мнения, согласно которому делимость должна допускаться даже в случаях недействительности по причине несоответствия *jus cogens*<sup>108</sup>. Однако в итоге Комиссия решила, что нормы *jus cogens* «имеют столь основополагающий характер, что, когда стороны заключают договор», вступающий в противоречие с уже существующей нормой *jus cogens*, «договор должен считаться полностью недействительным»<sup>109</sup>. Комиссия выразила мнение о том, что у сторон всегда есть все возможности «самим пересмотреть договор» и тем самым добиться результата делимости<sup>110</sup>.

39. Как и статья 53, статья 64 о возникновении новой императивной нормы после заключения договора не предусматривает, что «положение» договора, находящееся в противоречии с нормой *jus cogens*, становится недействительным или что договор является недействительным в той степени, в какой недействительно это положение. Она предусматривает, что договор является недействительным, что могло бы толковаться как положение, подобно статье 53 подразумевающее, что недействительность договора, которая наступает после возникновения новой нормы *jus cogens*, применяется к договору в целом. Однако пункт 5 статьи 44 не включает статью 64 в число тех положений, в связи с которыми «делимость положений договора не допускается», позволяя предположить, что применительно к статье 64 делимость возможна. Это понимание вынесено из комментария к проекту статьи 61 проектов статей о праве договоров Комиссии. Отмечая принцип неделимости в отношении договоров, которые в момент заключения не соответствовали *jus cogens*, Комиссия «сочла, что иные соображения применяются в случае» договора, противоречащего новой норме *jus cogens*<sup>111</sup>. В этих случаях, по мнению Комиссии, если «эти положения можно должным образом рассматривать как отдельные от остального договора, Комиссия полагала, что остальной договор следует рассматривать как все еще

<sup>104</sup> Статья 44 Венской конвенции 1969 года.

<sup>105</sup> П. 5 статьи 44 Венской конвенции 1969 года («В случаях, подпадающих под действие статей 51, 52 и 53, делимость положений договора не допускается»).

<sup>106</sup> Shelton, «Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*» (см. сноску 64 выше), pp. 36–37.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>108</sup> См. пункт 8) комментария к проекту статьи 41 статей о праве международных договоров, *Yearbook ... 1966*, vol. II, p. 177, at p. 239 («Некоторые члены полагали, что нежелательно предписывать лишение всего договора юридической силы в случаях, когда одна – всего лишь малая – часть договора вступает в противоречие с нормой *jus cogens*»).

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> *Ibid.* («В таком случае стороны имеют все возможности самим пересмотреть договор, с тем чтобы привести его в соответствие с правом; а если они этого не сделали, право должно наложить санкцию недействительности на достигнутую договоренность в полном объеме»).

<sup>111</sup> Пункт 3) статьи 61 проекта статей о праве международных договоров, *Yearbook ... 1966*, vol. II, p. 177, at p. 261.

действительный»<sup>112</sup>. Вопрос о том, можно ли рассматривать положение как «должным образом» отделимое, может решаться путем применения статьи 44 Венской конвенции 1969 года. Согласно статье 44 положение является отделимым, если:

- a) оно отделимо от остальной части договора в отношении его применения;
- b) принятие этого положения не составляло существенного основания для заключения договора;
- c) продолжение выполнения остальной части договора не было бы несправедливым.

40. Недействительность договора (или положений договора в случае, когда делимость возможна) является следствием несовместимости с нормами *jus cogens*. Однако недействительность договора (или положений договора) сама по себе имеет свое собственное следствие. Статья 69 Венской конвенции 1969 года устанавливает общие последствия недействительности договора. Вместе с тем существуют конкретные последствия, присущие недействительности по причине несовместимости с нормами *jus cogens*.

41. Применительно к договору, который в момент его заключения не соответствует *jus cogens* и тем самым недействителен *ab initio*, последствия должны быть самыми непосредственными. Поскольку никакого договора не появляется – и в этом состоит суть недействительности *ab initio*, – невозможно что-либо обосновать положениями договора. Невзирая на это, могут совершаться действия, которые добросовестно считаются обоснованными недействительными договорами, что порождает особые последствия. Статья 71 Венской конвенции 1969 года предусматривает, что в случае недействительности в соответствии со статьей 53 «последствия любого действия, совершенного на основании» положения договора, противоречащего *jus cogens*, должны устраняться<sup>113</sup>. Во-первых, стоит отметить, что пункт 1 а) статьи 71 требует только устранения последствий действий, совершенных «на основании положения, противоречащего императивным нормам». Иными словами, не существует обязанности «устранять» последствия действий, совершенных на основании положений, не противоречащих *jus cogens*. Таким образом, даже если договор в целом может быть недействительным, *некоторые действия, совершенные на основании положений, которые сами по себе не противоречат *jus cogens*, могут признаваться*. Во-вторых, это требование предусматривает устранение, «*насколько это возможно*»<sup>114</sup>, последствий действий, совершенных на основании положений недействительного договора. Это предполагает признание того, что вполне могут существовать определенные последствия действий, которые могут сохраняться, то есть устранение всех последствий может оказаться невозможным.

42. Последствия недействительности договора или положения (положений) договора ввиду их противоречия впоследствии возникающей норме *jus cogens* вызывают несколько меньшие затруднения. Во-первых, поскольку в период между заключением договора и возникновением новой императивной нормы действительность договора сохраняется без ущерба, действие, совершенное на основании недействительного договора или недействительных положений договора до возникновения нормы *jus cogens*, должны оставаться действительными. Разумно предположить, что не может существовать требования в отношении их устранения. Пункт 2 статьи 71 Венской конвенции 1969 года касается последствий недействительности, вытекающих из возникновения новой нормы *jus cogens*. Пункт 2 b) статьи 71 предусматривает, что прекращение договора (или положений договора) в

<sup>112</sup> Ibid.

<sup>113</sup> Пункт 1 а) статьи 71 Венской конвенции 1969 года.

<sup>114</sup> Курсив добавлен.

соответствии со статьей 64 «не влияет на права, обязательства или юридическое положение участников, возникшее в результате выполнения договора до его прекращения». Таким образом, в период между заключением договора и возникновением нормы *jus cogens* это положение признает действительность договора (или положений договора) и его последствий. Однако после возникновения нормы *jus cogens* права, обязательства или юридическое положение могут сохраняться, только «если их сохранение само по себе не противоречит новой императивной норме» международного права. Эта позиция разительно отличается от позиции в отношении недействительности в соответствии со статьей 53 (договор, противоречащий *jus cogens* в момент заключения). В последнем случае никакие права, обязательства или юридическое положение, возникшие в результате выполнения договора, не признаются вовсе, невзирая на то, являются ли такие права, обязательства или юридическое положение сами по себе несовместимыми с *jus cogens*.

43. Хотя права, обязанности или юридическое положение, «возникшие в результате выполнения» договора, который затем становится недействительным в силу возникновения новой императивной нормы, продолжают признаваться в той мере, в какой они сами по себе не являются несовместимыми с *jus cogens*, обязательства, вытекающие из самого договора, утрачивают свою юридическую силу<sup>115</sup>. Само собой разумеется, что, когда положения договора являются делимыми, обязательства, вытекающие из остальных положений договора, будут по-прежнему применяться.

44. В сущности, последствия *jus cogens* в связи с недействительностью договоров можно подытожить следующим образом:

a) договор является ничтожным, если в момент его заключения он противоречит императивной норме общего международного права (*jus cogens*). Такой договор не создает каких-либо прав или обязательств;

b) существующий договор становится недействительным и прекращается, если он противоречит новой императивной норме общего международного права (*jus cogens*), которая возникает после заключения договора. Участники такого договора освобождаются от всех обязательств выполнять условия договора в дальнейшем;

c) договор, который в момент его заключения оказывается в противоречии с императивной нормой общего международного права (*jus cogens*), является недействительным в целом, и ни одна часть этого договора не может обособливаться или отделяться;

d) договор, который становится недействительным вследствие возникновения новой императивной нормы общего международного права (*jus cogens*), прекращается в целом, за исключением случаев, когда:

i) положения, находящиеся в противоречии с императивной нормой общего международного права (*jus cogens*), отделимы от остальной части договора в том, что касается их применения;

ii) положения, которые находятся в противоречии с императивной нормой общего международного права (*jus cogens*), не представляют собой существенную основу для заключения договора; и

iii) продолжение выполнения остальной части договора не было бы несправедливым;

<sup>115</sup> Пункт 2 а) статьи 71 Венской конвенции 1969 года предусматривает, что прекращение договора в соответствии со статьей 64 «освобождает участников от всякого обязательства выполнять договор в дальнейшем».

e) участники договора, который является недействительным в результате несовместимости с императивной нормой общего международного права (*jus cogens*) в момент заключения договора, юридически обязаны устранить последствия любого действия, совершенного на основании этого договора;

f) прекращение договора по причине возникновения новой императивной нормы общего международного права (*jus cogens*) не влияет на права, обязательства или юридическое положение, возникшие в результате выполнения договора до его прекращения, за исключением случаев, когда такие права, обязанности или юридическое положение сами по себе противоречат императивной норме общего международного права (*jus cogens*).

## 2. Процедура признания договоров недействительными по причине противоречия с императивными нормами общего международного права (*jus cogens*)

45. В первом докладе напоминалось, что на Венской конференции государства в целом поддержали концепцию *jus cogens* и что, если и выражались какие-либо озабоченности в связи со статьями 53 и 64, то это порождалось опасением того, что способность признания договоров недействительными может быть неправомерно использована государствами, в одностороннем порядке ссылающимися на статьи 53 и 64, и тем самым угрожать стабильности договорных отношений<sup>116</sup>. Чтобы снять эту обеспокоенность, Венская конвенция 1969 года обуславливает любые ссылки на статьи 53 и 64 процессом применения процедур судебного урегулирования спора<sup>117</sup>. Принадлежность процедур, установленных Конвенцией, к международному обычному праву является в лучшем случае сомнительной. Тем не менее, даже если эти положения не относятся к международному обычному праву, учитывая неоднозначность одностороннего признания договорных отношений недействительными, это, по мнению Специального докладчика, соответствует задаче обеспечения аналогичной гарантии в нынешних проектах выводов.

46. Статья 65 Венской конвенции 1969 года предусматривает общую процедуру признания недействительности, прекращения договора, выхода из него или приостановления его действия. Коротко говоря, статья 65 предусматривает для участников, намеревающихся, *inter alia*, оспорить действительность договора, обязанность уведомлять других участников о своем требовании, предоставляя им оговоренный период времени, по истечении которого в случае отсутствия возражений вступает в действие признание договора недействительным. Статья 65 предусматривает также, при наличии возражений, полюбовное разрешение спора. Однако статья 65 не конкретизирует, каким образом надлежит урегулировать дело, если такое разрешение спора между возражающим участником и уведомляющим участником не может быть найдено.

47. В случае, если полюбовного решения в соответствии со статьей 65 не достигнуто, статья 66 предусматривает две отдельные процедуры. Первая из них, которая применима к случаям, не связанным с *jus cogens*, и подробное изложение которой содержится в приложении к Конвенции, предусматривает учреждение Генеральным секретарем Организации Объединенных Наций согласительной комиссии<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> A/CN.4/693, п. 36 («Таким образом, хотя и продолжались серьезные споры и некоторые государства высказывали обеспокоенность в отношении концепции *jus cogens*, эта обеспокоенность в большей степени касалась деталей и применения нормы, содержащейся в тексте, чем самой нормы»).

<sup>117</sup> Там же.

<sup>118</sup> См. статью 66 b) Венской конвенции 1969 года в ее прочтении вместе с приложением.



По большому счету, эта процедура также является процедурой полюбовного разрешения<sup>119</sup>. В случае ничтожности на основании статьи 53 или недействительности и прекращения на основании статьи 64 Конвенция предусматривает более определенную процедуру урегулирования спора. Ее статья 66 а) предусматривает, что если не было достигнуто никакого решения в результате процесса, предусмотренного в статье 65, то любая из «сторон в споре о применении или толковании статей 53 или 64 может передать его, путем письменного заявления, на решение Международного Суда, если только стороны не договорятся... передать этот спор на арбитраж».

48. В предварительном порядке важно отметить, что статья 66 а) не устанавливает условие для недействительности<sup>120</sup>. Статья 53 ясно и недвусмысленно гласит, что договор является ничтожным, если он противоречит норме *jus cogens*, тогда как статья 64 в равной степени ясно гласит, что договор становится недействительным и прекращается, если он противоречит новой возникающей норме *jus cogens*. Эти положения предусматривают абсолютную и автоматическую ничтожность договора, находящегося в противоречии с *jus cogens*. В статье 66 нет ничего такого, что изменяет эту позицию относительно абсолютной и автоматической ничтожности<sup>121</sup>. В соответствии со статьей 66 а) решение Международного Суда или арбитражного трибунала не порождает ничтожности, она всего лишь признается или подтверждается ним<sup>122</sup>. Несмотря на справедливость этого утверждения, как уже было отмечено, «было бы затруднительно авторитетно утверждать, что договор является ничтожным» на основании «односторонних заявлений» в соответствии со статьей 53, поскольку это не является результатом последствия, вытекающего из *jus cogens*<sup>123</sup>. Напротив, это – общая проблема международного права, которая порождается самостоятельным толкованием в результате децентрализации правовой системы в условиях отсутствия обязательной системы принятия судебных решений. Эта проблема в равной степени касается вопроса о недействительности по причине обмана или принуждения.

49. В качестве второго предварительного соображения следует отметить, что, хотя текст статьи 66 а) касается «спора о применении или толковании статей 53 или 64», как представляется, очевидно, что это положение ограничивается отдельным аспектом *jus cogens*, а именно аспектом недействительности договора. В этой связи статью 66 а) следует рассматривать в контексте раздела 4 части V Конвенции, а именно процедуры в отношении недействительности. Таким образом, на статью 66 а) нельзя ссылаться с целью определения того, является ли та или иная норма нормой *jus cogens*, или в целях выявления других последствий *jus cogens*. Такое узкое прочтение статьи подтверждается делом *О вооруженной деятельности*

<sup>119</sup> См. п. 4–6 Приложения к Венской конвенции 1969 года.

<sup>120</sup> См., напр.: individual opinion by Judge Winiarski in *Effects of awards of compensation made by the U.N. Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 13 July 1954, I.C.J. Reports 1954*, p. 47, at p. 65 («Мнение о том, что для стороны возможно только сослаться на норму, касающуюся ничтожности, когда для этой цели установлена определенная процедура, не находит какой-либо поддержки в международном праве... отсутствие упорядоченной процедуры не устраняет ничтожности, и ничто не обуславливает представление о том, что ничтожность невозможна, если нет какого-либо соответствующего суда, в компетенцию которого входит ее признание»).

<sup>121</sup> Вместе с тем см. Gaja, «*Jus cogens* beyond the Vienna Convention» (сноска 87 выше), p. 283 («коллизия с императивной нормой не делает договор ничтожным, если только один из участников не принимает определенные меры для достижения этой цели»).

<sup>122</sup> Cf. Merlin M. Magallona, «The concept of *jus cogens* in the Vienna Convention on the Law of Treaties», *Philippine Law Journal*, vol. 51 (1976), pp. 521–542, at pp. 529 and 533.

<sup>123</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (см. сноску 60 выше), p. 76.

на территории Конго<sup>124</sup>. В своем заявлении Демократическая Республика Конго утверждала, что статья 66 а) Венской конвенции 1969 года «устанавливает юрисдикцию Суда в области урегулирования споров, возникающих в результате нарушения императивных норм...»<sup>125</sup>. Однако данный спор не касался узкого вопроса недействительности договора, поскольку Демократическая Республика Конго не утверждала, что *данный договор* является недействительным по причине нарушения *jus cogens*. Таким образом, предметом статьи 66 является именно этот узкий вопрос (о недействительности)<sup>126</sup>.

50. Статья 66 а) затрагивает, по меньшей мере, два вопроса. Во-первых, неясно, кто может обращаться в Международный Суд в случае спора относительно действительности договора. Может ли третье государство, не являющееся участником договора, также обратиться в Суд в соответствии со статьей 66 а)? Во-вторых, можно ли на процедуру по статье 66 а) ссылаться вне контекста Венской конвенции 1969 года, то есть возможно ли ее применение государством или против государства, не входящими в число ее участников?

51. Вероятно, полезно начать с вопроса о том, можно ли воспользоваться процедурой по статье 66 а) вне контекста Конвенции. Международное право является совершенно ясным в этом вопросе. Как правило, договоры имеют обязательную юридическую силу и предоставляют преимущества (и налагают бремя обязательств) только для участников соответствующих договоров<sup>127</sup>. Разумеется, существуют исключения из этого общего правила в соответствии с Конвенцией<sup>128</sup>. Международное право признает также, что договорные правила, не имеющие обязательной силы для третьих государств, могут становиться юридически обязательными для третьих государств, если они становятся нормами международного обычного права в результате практики и *opinio juris*. Вместе с тем нет какого-либо свидетельства относительно практики или *opinio juris* в поддержку вывода о том, что процедура, предусмотренная в статье 66 а), является нормой международного обычного права. Однако без этой процедуры сохраняется отдаленная<sup>129</sup>, но перспективная возможность представления односторонних требований о признании недействительности. В конечном итоге, как предположил в своих первом и втором докладах Специальный докладчик и единогласно подтвердили члены Комиссии, *jus cogens* является неотъемлемой составной частью общего международного права, помимо права международных договоров и Венской конвенции 1969 года<sup>130</sup>. Таким образом, если вне действия Венской конвенции 1969 года процедура по статье 66 не являлась бы частью общего международного права, а статьи 53 и 64 являлись бы его частью, перед государствами открывались бы все возможности в одностороннем порядке

<sup>124</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 6.

<sup>125</sup> *Ibid.*, para. 2 and para. 15.

<sup>126</sup> См. в этом отношении ответ Руанды на утверждение Демократической Республики Конго, *ibid.*, para. 123. См. рассмотрение этого вопроса в Focarelli, «Promotional *jus cogens*» (сноска 61 выше), pp. 431–433.

<sup>127</sup> См. общий смысл статьи 34 Венской конвенции 1969 года.

<sup>128</sup> См. статью 35 Венской конвенции 1969 года, которая предусматривает, что «обязательство для третьего государства возникает из положения договора, если участники этого договора имеют намерение сделать это положение средством создания обязательства и если третье государство определенно принимает на себя в письменной форме это обязательство». См. также статью 36, которая предусматривает возможность предоставления в соответствии с договорами прав третьим государствам и условие, при котором они могут пользоваться этим правом.

<sup>129</sup> То, что эта возможность является отдаленной, подтверждается ограниченным числом заявлений о признании договора недействительным по причине его противоречия с *jus cogens*.

<sup>130</sup> A/CN.4/693, п. 46–49, и A/CN.4/706, п. 32. См. рассмотрение этого вопроса в Santalla Vargas, «In quest of the practical value of *jus cogens* norms» (сноска 60 выше), pp. 213 *et seq.*

объявлять договор недействительным по причине его противоречия с *jus cogens*, при условии неиспользования гарантии, предусмотренной в статье 66<sup>131</sup>.

52. В свете вышеизложенного Специальный докладчик предлагает, чтобы Комиссия рекомендовала на практике применять процедуру, предусмотренную в статье 66 а), даже в тех случаях когда Венская конвенция не применяется, поскольку одно из государств или они оба не являются участниками Венской конвенции<sup>132</sup>. Любой проект вывода, если он будет принят, нужно было бы сопроводить комментарием, в котором четко определяется, что это положение является лишь рекомендованной практикой и не отражает состояния международного права. В любом случае эта рекомендуемая практика всегда будет регулироваться требованиями о юрисдикции Международного Суда в соответствии со статьей 36 его Статута, то есть она не может быть закреплена в нормах права в силу действия проектов выводов. Однако государство, которое не дает своего согласия на судебное урегулирование, подвергается риску того, что какое-либо государство в одностороннем порядке объявит договор недействительным по причине противоречия с *jus cogens* или, наоборот, его собственное объявление договора недействительным по причине противоречия с *jus cogens* не будет признано. Эти практические соображения в сочетании с проектом вывода Комиссии могут побудить как сторону, добивающуюся признания договора недействительным, так и сторону, добивающуюся сохранения договора, представить спор на рассмотрение в международную инстанцию.

53. Было выражено мнение о том, что на статью 66 а), согласно ее положениям, могут ссылаться только участники договора, о котором идет речь<sup>133</sup>. Однако же не ясно, почему статья 66 а), согласно ее положениям, применяется только к участникам договора, объявляемого недействительным. Верно, что статья 66 а) касается «участников», а статья 2 Венской конвенции определяет «участника» как «государство, которое согласилось на обязательность для него договора и для которого договор находится в силе»<sup>134</sup>. Вместе с тем в статье 66 а) говорится не просто об «участниках», а о «люб[ой] из сторон в споре о применении или толковании статьи 53 или статьи 64» (курсив добавлен). Буквальное значение этого выражения, по-видимому, являлось бы шире понятия участников, как они определены в пункте 1 g) статьи 2, и включает любую сторону в споре, связанном с толкованием статей 53 или 64.

<sup>131</sup> Вместе с тем см. Magallona, «The concept of *jus cogens* in the Vienna Convention on the Law of Treaties» (сноска 122 выше). Хотя Магаллона приходит к противоположному выводу, как представляется, ее вывод основан на ошибочном убеждении в том, что договор, находящийся в противоречии с *jus cogens*, становится недействительным, когда он объявляется таковым в соответствии с процедурой по статье 66.

<sup>132</sup> Комиссия ранее сформулировала статью 9 проекта статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров по образцу статьи 66 Венской конвенции, *Ежегодник ... 2011 год*, том II (часть вторая), п. 100–101.

<sup>133</sup> Knuchel, «*Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms*» (сноска 64 выше), p. 152. См. также Christian Tomuschat, «Obligations arising for States without or against their will», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1993*, vol. 195, pp. 241–374, at p. 363 («Составители Венской конвенции... пошли еще дальше, сделав коллизии договора с нормой *jus cogens* таким юридическим явлением, которое, аналогичным образом, *должно* урегулироваться исключительно между сторонами договора, при том что, если ни одно из государств-участников не поднимает вопрос о ничтожности договора, ни одно третье государство не может выступить с таким утверждением» (курсив добавлен)); Karl Zemanek, «The metamorphosis of *jus cogens*: from an institution of treaty law to the bedrock of the international legal order?» in *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Cannizzaro (сноска 101 выше), p. 392 («с утверждением о ничтожности выступает только договаривающаяся сторона»).

<sup>134</sup> Ст. 2, п. 1 g), Венской конвенции 1969 года.

54. Разумеется, маловероятно, что государство, не являющееся участником договора, будет участвовать в споре, касающемся толкования или применения договора. С этой точки зрения альтернативное толкование статьи 66 а) заключалось бы в рассмотрении «сторон[ы] в споре» как такой, которая означает «участника договора, участвующего в споре относительно его противоречия с нормой *jus cogens*». Вместе с тем толкование статьи 66 а), которое исключает возможность обращения других государств в Международный Суд в целях определения действительности договора, создает потенциальную возможность неопределенности. Государство, не являющееся участником договора, который, по его мнению, противоречит *jus cogens*, было бы безусловно обязано не признавать такой договор и вытекающие из него последствия<sup>135</sup>. В конечном счете, характер *jus cogens*, требующий абсолютной недействительности и непризнания, должен позволять любому государству ссылаться на *jus cogens* для признания договора недействительным, когда такой договор находится в противоречии с нормой *jus cogens*<sup>136</sup>. Таким образом, в интересах определенности в проекте вывода, при условии включения вышеизложенных оговорок, следует предусмотреть, что любой спор относительно того, противоречит ли договор императивной норме общего международного права (*jus cogens*), должен передаваться на решение Международного Суда, если только стороны спора не соглашаются передать спор на арбитраж.

### 3. Последствия императивных норм общего международного права (*jus cogens*) для толкования договоров

55. Одним из самых основополагающих правил международно-правовой системы является принцип *pacta sunt servanda*. Этот принцип международного права кодифицирован в статье 26 Венской конвенции 1969 года<sup>137</sup>. Применение правил, изложенных в статьях 53 и 64 Конвенции, потенциально способно подрывать этот весьма важный принцип за счет признания недействительными договоров, в которые свободно вступили их участники. Хотя Конвенция предусматривает и другие основания для признания договоров недействительными<sup>138</sup>, обоснование недействительности нормами *jus cogens* (статьи 53 и 64) является единственным основанием, которое идет вразрез с принципом *pacta sunt servanda*. Все другие основания связаны со случаями, когда имеется некоторый «порог» в консенсусе, на котором зиждется согласие. Таким образом, воздействие *jus cogens* на действительность договора представляет собой поразительное ограничение важного принципа *pacta sunt servanda*. Глубокое воздействие *jus cogens* на действительность договоров побудило одного комментатора назвать его «драконовским»<sup>139</sup>.

<sup>135</sup> См. дальнейшее рассмотрение этого вопроса ниже в п. 95–101.

<sup>136</sup> Antonio Cassese, *International Law*, 2nd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2005), p. 177 («как представляется, *обычные* правила, соответствующие положениям Венской конвенции о недействительности договоров, должны толковаться таким образом, что *любое заинтересованное государство*, независимо от того, является ли оно участником договора, может ссылаться на *jus cogens*»); Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2006), p. 142 («Еще одно последствие объективной недействительности в соответствии со статьей 53... состоит в том, что статус, позволяющий ссылаться на недействительность, принадлежит не только участникам договора»).

<sup>137</sup> Статья 26 Венской конвенции 1969 года предусматривает следующее: «Каждый действующий договор обязателен для его участников и должен ими добросовестно выполняться».

<sup>138</sup> Отсутствие правомочий (статьи 46 и 47); ошибка (статья 48); обман (статья 49); подкуп представителя государства (статья 51); принуждение (статья 52).

<sup>139</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (см. сноски 60 выше), p. 69.

56. Существует очевидная потребность избежать «драконовского» воздействия на признание недействительным договора, отражающего подлинное общее соглашение сторон на этот договор. Однако последствия статей 53 и 64 ясны: договор, противоречащий норме *jus cogens*, является или становится недействительным. Вместе с тем противоречит или не противоречит договор норме *jus cogens* можно определить только после установления значения договора, что можно сделать только путем применения правил толкования международного обычного права, изложенных в статьях 31 и 32 Конвенции<sup>140</sup>.

57. Основное правило толкования требует, чтобы договоры толковались добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и цели договора<sup>141</sup>. В качестве составной части этого основного правила венские правила требуют, чтобы толкователь учитывал другие элементы, включая последующие соглашения (пункт 3 а) статьи 31) и последующую практику (пункт 3 b) статьи 31). Особую важность имеет пункт 3 с) статьи 31, который предусматривает, что толкователь учитывает «любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношении между участниками». По мнению Исследовательской группы Комиссии международного права по фрагментации, «отсылка к общим нормам международного права в ходе толкования договоров является повседневной и зачастую неосознанной частью процесса толкования»<sup>142</sup>. Важность этого правила описана Исследовательской группой следующим образом: «осуществлять толкование таким образом, чтобы нормы рассматривались с учетом некой всеобъемлющей цели» и «для уделения приоритетного внимания более важным соображениям»<sup>143</sup> – то есть в выражениях, направленных на обеспечение иерархии. Эти нормы включают нормы *jus cogens*<sup>144</sup>.

58. Из вышеизложенного явствуют два юридических факта. Во-первых, когда это возможно, следует избегать признания недействительным договора, отражающего консенсус между участниками, в соответствии с принципом *pacta sunt servanda*. Иными словами, не следует слишком легко соглашаться с недействительностью договора по причине его несовместимости с нормой *jus cogens* и следует, насколько это возможно, стремиться к действительности договора. Второй юридический факт вышеописанного состоит в том, что в процессе определения значения договора следует учитывать нормы *jus cogens*. Взятые вместе, эти два юридических элемента требуют, чтобы применение правил толкования, изложенных в статьях 31 и 32, насколько это возможно, было направлено на достижение значения, совместимого с *jus cogens*, и тем самым на избежание «драконовского» воздействия недействительности. Само собой разумеется, это не означает, что в целях достижения значения, совместимого с *jus cogens*, можно игнорировать другие элементы толкования,

<sup>140</sup> Проект вывода 2, п. 1 проектов выводов о последующих соглашениях и последующей практике в толковании договоров, принятый Комиссией в первом чтении. Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят восьмой сессии (A/71/10), п. 75 («Общее правило толкования и правило относительно дополнительных средств толкования изложены соответственно в статьях 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров. Эти правила также применяются как международное обычное право»). В отношении обоснования этого предложения см. п. 4) комментария к проекту вывода 2, там же, п. 76.

<sup>141</sup> Ст. 31, п. 1, Венской конвенции 1969 года.

<sup>142</sup> «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права», доклад Исследовательской группы Комиссии международного права, окончательно подготовленный Мартти Коскенниemi (A/CN.4/L.682 and Corr. 1 and Add.1) (имеется на веб-сайте Комиссии, документы пятьдесят восьмой сессии; окончательный текст будет опубликован в добавлении к *Ежегоднику ... 2006 год*, том II (часть первая)), п. 414.

<sup>143</sup> Там же, п. 419.

<sup>144</sup> Cezary Mik, «*Jus cogens* in contemporary international law», *Polish Yearbook of International Law*, vol. 33 (2013), pp. 27–93, p. 74.

предусмотренные в Венской конвенции 1969 года. В последнем случае речь шла бы не о «толковании», а об изменении, что следует оставить на усмотрение участников.

59. Хотя в пункте 1 с) статьи 31 прямо не говорится об этом, по всей видимости, практика, решения и заключения международных трибуналов подкрепляют представление о том, что толкователю, как общее правило, следует, где это возможно, толковать договор таким образом, чтобы он не противоречил норме *jus cogens*, во избежание недействительности договора. В этой связи хорошим примером является Договор о гарантиях между Грецией, Кипром, Соединенным Королевством и Турцией<sup>145</sup>. Учитывая критику ссылки на этот договор в первом докладе, здесь необходимо сделать небольшое отступление и напомнить, что ссылку на любую практику государств или любое решение международного суда не следует толковать в смысле согласия с упоминаемым материалом по существу. Однако Специальный докладчик не может игнорировать какую-либо практику просто потому, что некоторые государства ставят ее под сомнение. Статья IV Договора о гарантиях предусматривает следующее:

В случае нарушения положения настоящего Договора Греция, Турция и Соединенное Королевство обязуются совместно консультироваться в отношении представлений или мер, направленных на обеспечение соблюдения этих положений.

В той мере, в какой общие или согласованные действия могут оказаться невозможными, каждая из трех держав-гарантов оставляет за собой право предпринимать действия с одной-единственной целью – восстановить положение вещей, созданное настоящим Договором.

60. В 1963 году Кипр направил письмо на имя Председателя Совета Безопасности с жалобой в связи с актами применения силы со стороны Турции<sup>146</sup>. Доказывалось, в частности Соединенным Королевством и Турцией, что статья IV разрешает принимать меры, состоящие в применении силы<sup>147</sup>. Хотя Договор о гарантиях часто упоминается в качестве примера утверждения государства (Кипра) относительно недействительности договора, Кипр сделал гораздо больше этого. Он заявил, что договор будет ничтожным по причине несовместимости с *jus cogens*, если толковать его таким образом, что он допускает одностороннее применение силы. В своем заявлении в Совете Безопасности Кипр отметил следующее:

[Т]ермины «военное вмешательство, применение силы или угроза силы» нигде не используются в тексте [статьи IV]. Однако Турция, судя по всему, толкует эту статью в том смысле, что она дает ей право на одностороннее военное вмешательство... Совершенно ясно, что статья IV Договора о гарантиях

<sup>145</sup> См. рассмотрение этого вопроса в Gaja, «*Jus cogens beyond the Vienna Convention*» (сноска 87 выше), p. 288; Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law* (Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing, 1988); Andrew Jacovides, «*Treaties conflicting with peremptory norms of international law and the Zurich-London 'Agreements'*» in *International Law and Diplomacy*, Andrew Jacovides, ed. (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2011).

<sup>146</sup> Письмо представителя Кипра на имя Председателя Совета Безопасности от 26 декабря 1963 года, документ S/5488.

<sup>147</sup> См., напр.: заявление Соединенного Королевства, 1098-е заседание, 27 февраля 1964 года (S/PV.1098), п. 66–68 и 79, в котором отмечалось, что действия, предпринятые в соответствии со статьей IV не являются нарушением пункта 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций. См. также общее содержание заявления Турции, 1095-е заседание, 18 февраля 1963 года (S/PV.1095). На 1098-м заседании министр Кипра процитировал министра иностранных дел Турции следующим образом: «Турция решила воспользоваться своим правом на одностороннее вмешательство на основе статьи IV Договора о гарантиях» (S/PV.1098, п. 90).



в истолковании Турции противоречит императивным нормам международного права, *jus cogens*<sup>148</sup>.

61. По сути, Соединенное Королевство, защищая договор, выдвигает толкование, которое согласуется с запрещением применения силы – нормой *jus cogens*<sup>149</sup>. В своей резолюции, принятой по итогам прений, Совет Безопасности не делал заявлений, касающихся договора, но «потребовал» «незамедлительного прекращения иностранной военной интервенции» и призвал соответствующие государства «уважать территориальную целостность Кипра»<sup>150</sup>. По-видимому, это позволяет предположить, что договору было придано значение, делающее его совместимым с нормой *jus cogens* о запрещении применения силы. Аналогичным образом, Генеральная Ассамблея также приняла резолюцию, призвав государства действовать «в соответствии» с обязательством *jus cogens*, содержащимся в «пунктах 1 и 4 статьи 2» Устава Организации Объединенных Наций<sup>151</sup>. Призыв к действиям, совместимым с *jus cogens*, без оспаривания самого договора предполагает толкование договора, согласующееся с *jus cogens*.

62. Еще одной иллюстрацией роли *jus cogens* в толковании договоров является Соглашение о партнерстве в области рыболовства между Европейским сообществом и Королевством Марокко 2006 года<sup>152</sup>. Сфера территориального охвата этого соглашения потенциально включала прибрежные воды Западной Сахары в нарушение права народов Западной Сахары на самоопределение, которое является общепризнанной нормой *jus cogens*<sup>153</sup>. Фронт Полисарио, обратившись в Европейский суд общей юрисдикции, успешно потребовал аннулировать Соглашение о партнерстве в области рыболовства в причине противоречия с правом на самоопределение<sup>154</sup>. Однако при рассмотрении апелляции Большая палата стремилась толковать Соглашение о партнерстве в области рыболовства таким образом, чтобы сделать его совместимым с правом на самоопределение<sup>155</sup>. Хотя решение Большой палаты

<sup>148</sup> 1098-е заседание, 27 февраля 1964 года (S/PV.1098), п. 91–95. См. также Греция, 1097-е заседание (S/PV.1097), п. 168–169.

<sup>149</sup> Соединенное Королевство, 1098-е заседание, 27 февраля 1964 года (S/PV.1098), п. 66–67.

<sup>150</sup> Резолюция 353 (1974) Совета Безопасности, 20 июля 1974 года, п. 1 и 3.

<sup>151</sup> Резолюция 2077 (XX) Генеральной Ассамблеи, 18 декабря 1965 года, п. 2.

<sup>152</sup> См. European Council regulation No. 764/2006 of 22 May 2006 on the conclusion of the Fisheries Partnership Agreement between the European Community and the Kingdom of Morocco, *Official Journal of the European Union*, L 141/1 (29 May 2006).

<sup>153</sup> В отношении характера принципа самоопределения как нормы *jus cogens* см. п. 5) комментария к статье 26 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, п. 76–77. См. также, конкретно о незаконности соглашения по причине несоответствия принципу самоопределения как норме *jus cogens* Hans Corell, «The legality of exploring and exploiting natural resources in Western Sahara» in *Multilateralism and International Law with Western Sahara as a Case Study*, Neville Botha, Michèle Olivier and Delarey van Tonder, eds. (Pretoria, VerLoren van Thermaat Centre, 2008), pp. 242–243.

<sup>154</sup> *Front populaire pour la libération de la saquia-el-hamra et du rio de oro (Front Polisario) v. Council of the European Union*, Case T-512/12, Judgment of the General Court (Eighth Chamber), European Court of Justice, 10 December 2015, para. 247 (иск Фронта Полисарио «необходимо удовлетворить, а спорное решение необходимо аннулировать в той части, в какой оно одобряет применение соглашения»). Пункт 2 самого постановления (*ibid.*, para. 251) гласит следующее: «Объявляет Решение Совета... о заключении [Соглашения о партнерстве в области рыболовства]... аннулированным в той части, в какой оно одобряет применение этого соглашения к Западной Сахаре».

<sup>155</sup> *Council of the European Union v. Front populaire pour la libération de la saquia-el-hamra et du rio de oro (Front Polisario)*, Case C-104/16 P, Judgment of the Grand Chamber, European Court of Justice, 21 December 2016, *Official Journal of the European Union*, C 53/19 (20 February 2017). Cf. *Brita GmbH v. Hauptzollamt Hamburg Hafen*, Case C-381/08, Judgment of the Court (Fourth Chamber), European Court of Justice, 25 February 2010, *Official Journal of the European Union*, C 100/04 (17 April 2010).

отчасти было принято на основании правила *pacta tertiis*<sup>156</sup>, самой широкой основой для этого решения является применение принципа самоопределения, который суд охарактеризовал как «один из существенных принципов международного права» и *obligatio erga omnes*<sup>157</sup>. Сославшись на пункт 3 с) статьи 31 Венской конвенции 1969 года, суд отметил, что этот принцип необходимо учитывать в толковании Соглашения о партнерстве в области рыболовства<sup>158</sup>. На основании, *inter alia*, этой оценки Большая палата отметила, что «[из этого] следует, что [Соглашение о партнерстве в области рыболовства] в момент его заключения нельзя было понимать как означающее, что сфера его территориального охвата включает территорию Западной Сахары»<sup>159</sup>.

63. Вместе с тем, подтвердив вышеизложенное предостережение о том, что применение этого правила толкования «не означает возможности игнорирования других элементов толкования в Венской конвенции 1969 года, с тем чтобы достичь значения, совместимого с *jus cogens*»<sup>160</sup>, Большая палата конкретно увязывает его толкование с обычным значением терминов Соглашения о партнерстве в области рыболовства<sup>161</sup>.

64. Дело *О нефтяных платформах* также является примером использования толкования, с тем чтобы избежать значения, несовместимого с нормой *jus cogens*<sup>162</sup>. Аргумент в связи с толкованием статьи XX Договора о дружбе, экономических отношениях и консульских правах между Соединенными Штатами и Ираном был более эксплицитно использован Исламской Республикой Иран, которая сформулировала следующие замечания:

Согласно статье 53 Венской конвенции... положение договора, которое противоречит норме *jus cogens*, является ничтожным... Это означает, что договор в целом является ничтожным. Эти неукоснительные положения должны, в свою очередь, порождать строгий принцип толкования таким образом, чтобы любое положение договора, если это вообще возможно, толковалось таким образом, чтобы не противоречить такому правилу<sup>163</sup>.

65. Хотя Суд сам недвусмысленно не сослался на *jus cogens*, он все же заявил, что пункт 1 d) статьи XX должен толковаться так, чтобы согласовываться с запрещением применения силы, а именно еще одной нормой, за которой общепризнанно закреплен статус *jus cogens*<sup>164</sup>. Суд отметил, что

<sup>156</sup> *Council of the European Union v. Front Polisario* (см. сноску выше), para. 100.

<sup>157</sup> *Ibid.*, para. 88.

<sup>158</sup> *Ibid.*, paras. 89 and 86.

<sup>159</sup> *Ibid.*, para. 112.

<sup>160</sup> См. пункт 58 настоящего доклада.

<sup>161</sup> *Council of the European Union v. Front Polisario* (см. сноску 155 выше), paras. 94–96.

<sup>162</sup> *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2003, p. 161.

<sup>163</sup> *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Reply and Defence to Counter-Claim Submitted by the Islamic Republic of Iran, vol. I, 10 March 1999, pp. 164–165. Исламская Республика Иран высказала аналогичное соображение в связи резолюцией Совета Безопасности на заседании Совета Безопасности, посвященном положению в Республике Босния и Герцеговина. См. Иран (Исламская Республика), 3370-е заседание, 27 апреля 1994 года (S/PV.1098 и Corr.1 и 2) («Резолюция 713 (1991), принятая в совершенно иных обстоятельствах и до существования Республики Боснии и Герцеговины, не может интерпретироваться сейчас так, чтобы это противоречило Уставу Организации Объединенных Наций или принципам *jus cogens*. Такая интерпретация, очевидно, сделала бы саму резолюцию недействительной и незаконной»).

<sup>164</sup> В отношении статуса запрещения применения силы в качестве нормы *jus cogens* см. п. 5) комментария к статье 26 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление.

согласно общим правилам толкования договоров... толкование должно учитывать «любые соответствующие нормы международного права, применимые к [участникам]... Суд не может согласиться с тем, что подпункт d) пункта 1 статьи XX... должен был действовать полностью независимо от соответствующих норм международного права, касающихся применения силы, чтобы на него можно было успешно ссылаться... в связи с незаконным применением силы<sup>165</sup>.

66. Судья Зимма высказался в этой связи еще более недвусмысленно. В своем особом мнении судья Зимма заявил следующее:

Так, Суд в пункте 41 решения соглашается и вполне справедливо принимает принцип, согласно которому положения любого договора должны толковаться и применяться в свете договорного права, применимого между участниками, а также норм общего международного права... Если эти общие нормы международного права имеют характер императивных, каковыми они бесспорно являются в нашем деле, тогда только что упомянутый принцип толкования превращается в юридически непреодолимое ограничение допустимого толкования договора<sup>166</sup>.

67. Сама Комиссия уже признала, что в связи с толкованием договоров к нормам *jus cogens* применяется «четкий принцип толкования». Комиссия отметила, что в тех случаях, когда могла бы возникать коллизия между представляющимся законным положением договора и нормой *jus cogens*, такая ситуация была бы урегулирована, поскольку «императивные нормы общего международного права закрепляют четкие принципы толкования, позволяющие урегулировать все или большинство очевидных коллизий»<sup>167</sup>.

68. Вышеизложенный анализ можно резюмировать следующим образом: положение договора должно, насколько это возможно, толковаться так, чтобы делать его совместимым с императивной нормой общего международного права (*jus cogens*).

#### 4. Последствия императивных норм общего международного права (*jus cogens*) для оговорок к международным договорам

69. Комиссия уже рассмотрела взаимосвязь между *jus cogens* и оговорками к договорам в своем Руководстве по практике в отношении оговорок 2011 года<sup>168</sup>. Это Руководство по практике, хотя и не имеет обязательной силы, стало результатом согласованной работы Комиссии, было принято сравнительно недавно и основывается на широком диапазоне материалов, включая практику государств. Специальный докладчик полагает, что Комиссия, насколько это возможно, должна обосновывать свои выводы работой Комиссии.

70. Вероятно, полезно воспроизвести относящиеся к *jus cogens* руководящие положения, содержащиеся в Руководстве по практике:

<sup>165</sup> *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2003, p. 161, at pp. 181–182, paras. 40–41.

<sup>166</sup> *Ibid.*, Separate Opinion of Judge Simma, para. 9. См. также paras. 8–9 of the dissenting opinion of Judge Al-Khasawneh.

<sup>167</sup> Пункт 3) комментария к статье 26 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление.

<sup>168</sup> Руководство по практике в отношении оговорок к международным договорам, принятое Комиссией на ее шестьдесят третьей сессии, Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят третьей сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10, Добавление (A/66/10/Add.1)*.

Руководящее положение 4.4.3 *Отсутствие последствий для применения императивной нормы общего международного права (jus cogens)*

1. Оговорка к положению договора, которое отражает императивную норму общего международного права (jus cogens), не затрагивает обязательного характера этой нормы, которая продолжает применяться как таковая в отношениях между государством или организацией, являющимися автором оговорки, и другими государствами или международными организациями.

2. Оговорка не может исключать или изменять юридическое действие договора вопреки императивной норме общего международного права.

71. Первый пункт вытекает из нормального действия международного права. Оговорка, сформулированная в отношении положения договора, отражающего норму jus cogens, могла бы, при условии соблюдения норм международного права, касающихся оговорок к международным договорам, затрагивать применимость *договорной нормы как таковой*, но она не будет оказывать какого-либо воздействия на норму jus cogens, которая отражена в договорной норме. В этом нет ничего особенного даже вне зависимости от иерархического верховенства норм jus cogens. Это вытекает из того факта, что договорное положение, к которому формулируется оговорка, и соответствующая норма jus cogens существуют отдельно друг от друга<sup>169</sup>. Это руководящее положение было бы в равной степени применимо, если бы данная договорная норма отражала другую договорную норму, международное обычное право и даже общий принцип права<sup>170</sup>. Важно то, что Комиссия решила не включать положение, предусматривающее, что оговорка к положению договора, отражающему норму jus cogens, является недопустимой. То, является она допустимой или недопустимой, будет зависеть от того, согласуется ли она с объектом и целью договора, или запрещается договором<sup>171</sup>. В порядке возражения следует отметить, что, по мнению Специального докладчика, *трудно* (хотя и не невозможно) вообразить себе оговорку к положению договора, воплощающему в себе норму jus cogens, которая отвечала бы требованиям статьи 19 Венской конвенции 1969 года<sup>172</sup>. Однако Комиссия не согласилась с этим и по этой причине решила не включать возможность формулирования оговорки к положению договора, воплощающему в себе норму jus cogens<sup>173</sup>.

72. Хотя руководящее положение 4.4.3 не запрещает как таковые оговорки к положениям договора, которые отражают или воплощают нормы jus cogens, оно ясно гласит, что государство не может избежать обязательного характера императивной

<sup>169</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at pp. 93–94, para. 175.

<sup>170</sup> См. Руководство по практике в отношении оговорок к международным договорам, руководящее положение 3.1.5.3 («Тот факт, что положение договора отражает норму международного обычного права, сам по себе не служит препятствием для формулирования оговорки к этому положению.»). Особенно см. п. 19) комментария к руководящему положению 3.1.5.3.

<sup>171</sup> См. ст. 19 Венской конвенции 1969 года.

<sup>172</sup> См., напр.: Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 24 (1994 год) по вопросам, касающимся оговорок, которые делаются при ратификации Пакта или факультативных протоколов к нему или при присоединении к ним, или относительно заявлений, сделанных на основании статьи 41 Пакта, Доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятнадцатая сессия, Дополнение № 40, (A/49/40)*, том I, приложение V, п. 8. См. также Kleinlein, «Jus cogens as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies» сноска 66 выше), p. 174 («Оговорки к многостороннему договору, которые несовместимы с императивной нормой, считаются неприемлемыми»).

<sup>173</sup> Руководство по практике в отношении оговорок к международным договорам, п. 17) комментария к руководящему положению 3.1.5.3.

нормы *общего международного права*, формулируя оговорку к положению договора, которое отражает эту норму.

73. Несколько иной, но связанный с этим вопрос касается того, может ли оговорка обоснованно формулироваться к положению, касающемуся урегулирования споров, или положению о механизме обеспечения действия. Во многих отношениях руководящее положение 4.4.3 уже отвечает на этот вопрос. Однако, учитывая важность вопроса, эта проблема более полно рассматривается в настоящем докладе ниже<sup>174</sup>.

74. Пункт 2 руководящего положения 4.4.3 касается не оговорки, которая формулируется в отношении договорного положения, отражающего норму *jus cogens*, а оговорки, которая означала бы, что договор применяется вопреки норме *jus cogens*. Типичный пример приводится в комментарии к руководящему положению 4.4.3 и касается оговорки, «направленной на исключение той или иной категории лиц из процесса осуществления некоторых прав, предоставляемых в соответствии с данным договором»<sup>175</sup>. Вероятно, право на контрацептивы не является нормой *jus cogens*. Таким образом, формулирование оговорки к положению связанного с подобной ситуацией договора не означало бы оговорки в отношении нормы *jus cogens*. Вместе с тем оговорка, которая ограничивает осуществление этого права той или иной расовой группой или исключает ту или иную расовую группу из процесса осуществления этого договорного права, представляла бы собой нарушение общепризнанной нормы *jus cogens*, запрещающей расовую дискриминацию<sup>176</sup>.

75. Оговорка, которая направлена на «исключение или изменение юридического действия» положения договора вопреки норме *jus cogens*, является недействительной и не порождает никаких последствий. Как таковое, соответствующее государство будет по-прежнему связано положением договора без учета преимуществ оговорки. Верно, что в Венской конвенции 1969 года ничего не говорится о последствиях недействительной оговорки. Кроме того, как указывается в комментарии к руководящему положению 4.5, ни история составления Венской конвенции во время ее рассмотрения Комиссией, ни Венская конференция не оказывают никакой помощи в этой связи<sup>177</sup>. Как гласит руководящее положение 4.5.1, оговорка которая является недействительной, «не имеет никакой юридической силы». Однако такая оговорка не влияет на продолжение применимости договора.

76. Вышеизложенное можно резюмировать следующим образом:

а) оговорка к положению договора, которое отражает императивную норму общего международного права (*jus cogens*), не влияет на обязательный характер этой нормы, которая продолжает применяться;

б) оговорка, которая направлена на исключение или изменение юридических последствий договора вопреки императивной норме общего международного права (*jus cogens*), является недействительной.

<sup>174</sup> См. рассмотрение этого вопроса ниже в п. 133–136.

<sup>175</sup> Руководство по практике в отношении оговорок к международным договорам, п. 5) комментарий к руководящему положению 4.4.3.

<sup>176</sup> См., напр.: п. 5) комментарий к статье 26 проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, п. 76–77.

<sup>177</sup> Руководство по практике в отношении оговорок к международным договорам, п. 3)–18) комментарий к руководящему положению 4.5.

## С. Последствия императивных норм общего международного права (*jus cogens*) для права ответственности государств

### 1. Общие соображения

77. Наиболее очевидные последствия норм *jus cogens* касаются международных договоров в первую очередь потому, что право, связанное с *jus cogens*, развивалось в значительной степени в результате принятия Венской конвенции 1969 года, которая кодифицировала право международных договоров. Кроме того, как представляется, отмечается значительная степень консенсуса относительно воздействия *jus cogens* на право ответственности государств<sup>178</sup>. Это также не должно вызывать удивления, поскольку воздействие *jus cogens* на право ответственности государств было рассмотрено в авторитетных статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния 2001 года (далее «статьи об ответственности государств»)<sup>179</sup>. Хотя утверждалось, что нормы *jus cogens* не оказывают воздействия на право ответственности государств<sup>180</sup>, это мнение основано на допущении о том, что «недействительность» и «недопустимость отступлений» являются единственными последствиями норм *jus cogens*<sup>181</sup>. Вместе с тем какая-либо априорная причина того, почему это должно быть именно так, отсутствует. В статье 53 Венской конвенции 1969 года, на которой основываются эти мнения, речь идет о недействительности (договора) в качестве *одного из* последствий императивности, тогда как термин «отступление» (или недопустимость отступления) используется в контексте ее определения, особые нюансы которого были описаны во втором докладе.

78. Согласно статьям об ответственности государств «обязательства, налагаемые на государства в силу императивных норм», затрагивают «жизненно важные интересы международного сообщества государств в целом» и поэтому «могут быть объектом более строгого режима ответственности, чем тот, который применяется в отношении других международно-противоправных деяний»<sup>182</sup>. В статьях об ответственности государств выявляются два общих последствия норм *jus cogens*. Пер-

<sup>178</sup> Например, D'Aspremont, «*Jus cogens as a social construct without pedigree*» (см. сноску 71 ниже), р. 94, описывает отличия «новых юридических последствий» от «традиционного принципа недопустимости отступлений в праве международных договоров или последствий в праве ответственности государств за серьезные нарушения *jus cogens*». Аналогичным образом, те из членов Комиссии, которые призывают в ходе рассмотрения настоящей темы применять более широкий подход, чем анализ права международных договоров, как правило, ссылаются на право ответственности государств. См. Доклад Комиссии о работе ее шестьдесят восьмой сессии (A/71/10), п. 112.

<sup>179</sup> Резолюция 56/83 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2001 года, приложение. Проекты статей, принятые Комиссией, и комментарии к ним воспроизводятся в *Ежегоднике... 2001 год, том II (часть вторая)* и исправление, п. 76–77.

<sup>180</sup> См., напр.: Knuchel, «*Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms*» (сноска 64 выше), р. 180; Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (см. сноску 60 выше), pp. 185–186.

<sup>181</sup> Knuchel, «*Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms*» (сноска 64 выше), р. 180 («Императивный характер норм *jus cogens* не оказывает прямого воздействия на ответственность государств; он делает недействительными коллизионные нормы, а не коллизионные виды поведения»); Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (см. сноску 60 выше), pp. 185–186 («с терминологической точки зрения важно отметить... что каким бы серьезным ни было нарушение обязательства в соответствии с императивными нормами, оно не является «отступлением» от такой нормы. Нарушение обязательства в соответствии с императивной нормой влечет за собой юридические последствия нарушения обычной норм»).

<sup>182</sup> Пункт 7) комментария к статье 12 проекта статей об ответственности государств.

вым последствием, о котором идет речь в статье 26 статей об ответственности государств, является то, что для исключения противоправности любого деяния, совершенного в нарушение нормы *jus cogens*, нельзя сослаться на обстоятельства, исключающие противоправность, о которых говорится в главе V. Во-вторых, серьезные нарушения обязательств, вытекающих из норм *jus cogens*, затрагивают международное сообщество государств в целом и тем самым создают правовые последствия для третьих государств<sup>183</sup>. Последнее последствие само по себе образует обязанности всех государств, во-первых, сотрудничать с целью положить конец нарушениям норм *jus cogens* и, во-вторых, не признавать положение, сложившееся в результате нарушений норм *jus cogens*, и не оказывать помощи в сохранении такого положения<sup>184</sup>. Одним из потенциальных последствий *jus cogens*, хотя оно и не связано напрямую с *jus cogens* в статьях об ответственности государств, является право государств, помимо государства или государств, непосредственно пострадавших в результате нарушения, призвать к ответственности государство, совершившее нарушение.

79. В этом месте Специальный докладчик делает отступление для того, чтобы упомянуть о других потенциальных последствиях нарушений норм *jus cogens*, которые, хотя и связаны с ответственностью государств<sup>185</sup>, не будут рассмотрены в настоящей главе. Они включают такие вопросы, как обязанность осуществлять преследование или экстрадицию, обязанность осуществлять преследование и обязанность отказываться в иммунитетах в связи с нарушениями норм *jus cogens*. По его мнению, их более уместно рассматривать с точки зрения воздействия норм *jus cogens* на индивидуальную уголовную ответственность, поскольку они в меньшей степени касаются ответственности государств и в большей степени – индивидуальной подотчетности и уголовной ответственности, которые рассмотрены ниже.

## 2. Неприменимость обстоятельств, исключающих противоправность

80. В главе V части первой статей об ответственности государств, озаглавленной «Обстоятельства, исключающие противоправность», определяются шесть обстоятельств, которые исключали бы противоправность поведения, которое в отсутствие этих обстоятельств было бы противоправным. Этими обстоятельствами являются согласие<sup>186</sup>, самооборона<sup>187</sup>, контрмеры<sup>188</sup>, форс-мажор<sup>189</sup>, бедствие<sup>190</sup> и состояние необходимости<sup>191</sup>. Однако статья 26 предусматривает, что ни одно из этих обстоятельств не исключает противоправности, если нарушенное обязательство вытекает из нормы *jus cogens*.

81. Статья 26 является защитительной оговоркой, которая не позволяет сослаться на главу V части первой с целью исключения противоправности в случае обязательств, вытекающих из норм *jus cogens*. Иными словами, в той мере, в какой содержание самой нормы *jus cogens* предусматривает основание, исключающее противоправность, существование такого основания было бы релевантным при

<sup>183</sup> Там же, часть вторая, глава III.

<sup>184</sup> Там же, ст. 41.

<sup>185</sup> См., напр.: Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (см. сноску 60 выше), pp. 191–192, где они рассматриваются в соответствии с правом ответственности государств, но не считаются последствиями *jus cogens*.

<sup>186</sup> Статьи об ответственности государств, ст. 20.

<sup>187</sup> Там же, ст. 21.

<sup>188</sup> Там же, ст. 22.

<sup>189</sup> Там же, ст. 23.

<sup>190</sup> Там же, ст. 24.

<sup>191</sup> Там же, ст. 25. См. *Impreglio S.P.A. v. Argentine Republic*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/07/17, Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of 24 January 2014, para. 203.



определении того, была ли нарушена эта норма *jus cogens*. Если взять в качестве примера запрет на применение силы, то, хотя государство не могло бы полагаться на статью 21 (самооборона) как на обстоятельство, исключающее противоправность применения силы, право на самооборону явно является релевантным для вопроса об ответственности государства за применение силы, поскольку применение силы в порядке самообороны не составляло бы нарушения нормы *jus cogens*. Аналогичным образом, в *некоторых случаях* согласие государства на присутствие военнослужащих других государств на его территории может исключать противоправность очевидного нарушения императивной нормы<sup>192</sup>. Однако эти вопросы в большей степени касаются нормативного содержания исследуемой императивной нормы, чем обстоятельств, исключающих противоправность, и *могли бы* рассматриваться в любом будущем докладе, содержащем иллюстративный перечень, если составление такого перечня будет сочтено целесообразным.

82. Вопрос согласия как обстоятельства, исключающего противоправность, имеет особенно важное значение. Исключение согласия в качестве основания для исключения противоправности является продолжением принципов, изложенных в Венской конвенции 1969 года. Согласно положениям Конвенции, хотя государство не вправе больше ссылаться на недействительность договора после того, как оно определенно или молчаливо согласилось, что договор остается в действии (по сути, дает согласие на недействительный договор), такое согласие на применение в противном случае недействительного договора не применяется к договорам, которые недействительны по причине противоречия с нормами *jus cogens*<sup>193</sup>. Комментарий к статье 45 подкрепляет этот принцип следующим образом:

Особое значение [в смысле действительности отказа] имеет вопрос о согласии потерпевшего государства, данном после нарушения обязательства, вытекающего из императивной нормы общего международного права.... Поскольку такое нарушение затрагивает интересы всего международного сообщества в целом, даже согласие или молчаливое согласие потерпевшего государства не может служить основанием для того, чтобы лишить международное сообщество возможности заявить об этих интересах в целях обеспечения урегулирования в соответствии с международным правом<sup>194</sup>.

83. Хотя обстоятельства, исключающие противоправность, как правило, неприменимы, важно провести различие между нормами *jus cogens*, существующими в момент совершения определенного деяния, с одной стороны, и нормами *jus cogens*, которые появляются или возникают после совершения данного деяния. Это разграничение признается в Венской конвенции 1969 года. В частности, статья 53 применяется к существующим нормам, тогда как статья 64 применяется к возникающим нормам. Статьи 53 и 64 применяются к действительности договоров, а не к вопросу об ответственности государств.

84. Однако предусмотренные в Венской конвенции 1969 года последствия для недействительности договоров, которые вытекают из существующих и возникающих императивных норм, релевантны для права ответственности государств. Предусмотренный в статье 26 принцип применяется к действиям, совершаемым в

<sup>192</sup> См., напр.: Christopher J. Le Mon, «Unilateral intervention by invitation in civil wars: the effective control test tested», *New York University Journal of International Law and Policy*, vol. 35 (2002–2003), pp. 741–793; Eliav Liebllich, «Intervention and consent: consensual forcible interventions in internal armed conflicts as international agreements», *Boston University International Law Journal*, vol. 29 (2011), pp. 337–382, особенно pp. 364 и 366. Этот аспект также рассматривается в Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (см. сноску 60 выше), pp. 225–227.

<sup>193</sup> Ст. 45 Венской конвенции 1969 года.

<sup>194</sup> Статьи об ответственности государств, п. 4) комментария к статье 45.

нарушение существующей нормы *jus cogens*, поскольку в отношении действий, совершаемых в нарушение существующих норм *jus cogens*, существует обязанность «[устранять], насколько это возможно, последствия любого действия»<sup>195</sup>. Вместе с тем применительно к возникающим нормам *jus cogens* обязательство состоит только в освобождении участников от выполнения «в дальнейшем»<sup>196</sup>. Таким образом, до возникновения императивной нормы нет никаких последствий для ответственности государств за действия вопреки (еще не образованной) норме *jus cogens*. Фактически, Конвенция признает, что возникновение новой нормы *jus cogens* «не влияет на права, обязательства или юридическое положение», при условии, что такие «права и обязательства или такое положение могут *в дальнейшем* сохраняться» в качестве совместимых с *jus cogens*<sup>197</sup>. И вновь термин «в дальнейшем» указывает на то, что обязательство сохранять обстоятельства (права, обязательства и положение) применяется после возникновения нормы *jus cogens*. Следовательно, таким же образом, как возникновение новой императивной нормы не имеет обратного действия в отношении права международных договоров, оно аналогично не имеет обратного действия в отношении права ответственности государств. Хотя каких-то отдельных положений по ретроспективности не существует, в комментариях к статьям об ответственности государств действительно признается основной принцип отсутствия обратной силы в связи с новыми или возникающими нормами *jus cogens*:

Однако даже в случае появления новой императивной нормы общего международного права, о чем говорится в статье 64 Венской конвенции 1969 года, это не влечет за собой какого-либо последующего признания ответственности<sup>198</sup>.

85. Вышеизложенное может быть резюмировано следующим образом:

а) ни одно обстоятельство не может выдвигаться в обоснование исключения противоправности действия, которое не согласуется с обязательством, возникающим в соответствии с императивной нормой общего международного права (*jus cogens*);

б) вывод в пункте а) не применяется, когда императивная норма общего международного права (*jus cogens*) возникает после совершения данного действия.

### 3. Особые последствия серьезных нарушений императивных норм общего международного права (*jus cogens*)

#### а) Общие соображения

86. Помимо обычных последствий, вытекающих из нарушения международных обязательств, в статьях об ответственности государств выявляется ряд других особых последствий, порождаемых нарушением норм *jus cogens*. Во-первых, статья 41 предусматривает, что «Государства должны сотрудничать с целью положить конец правомерными средствами любому серьезному нарушению» норм *jus cogens*<sup>199</sup>. Во-вторых, она предусматривает, что «[н]и одно государство не признает правомерным положение, сложившееся в результате серьезного нарушения» нормы *jus cogens*, «и не оказывает помощи или содействия в сохранении такого положения»<sup>200</sup>. Эти осо-

<sup>195</sup> П. 1 статьи 71 Венской конвенции 1969 года.

<sup>196</sup> Там же, п. 2 а) ст. 71.

<sup>197</sup> Там же, п. 2 б) ст. 71 (курсив добавлен).

<sup>198</sup> Статьи об ответственности государств, п. 5) комментария к статье 13.

<sup>199</sup> Там же, п. 1 ст. 41.

<sup>200</sup> Там же, п. 2 ст. 41.

бы обязательства, которые вытекают из нарушения обязательства одним государством, налагаются на третьи государства (не являющиеся непосредственно пострадавшими). Как отмечает Томушат, вследствие нарушения норм *jus cogens* «[т]ретьим государствам разрешается, или же они призываются, а в некоторых случаях они даже обязаны вмешаться и принять меры» для исправления нарушения<sup>201</sup>.

87. Особые последствия норм *jus cogens*, выявленные в статье 41 статей об ответственности государств, применяются не ко всем нарушениям, а только к серьезным нарушениям норм *jus cogens*<sup>202</sup>. В соответствии с комментарием к статьям серьезность определяется с учетом «масштабов или характера» нарушения<sup>203</sup>. Ввиду этого не каждое нарушение является серьезным и соответствует критериям в отношении особых последствий, указанных в статье 41. Эта статья применяется только к тем из них, которые связаны с *jus cogens* и имеют серьезный характер<sup>204</sup>.

88. Статья 40 определяет серьезное нарушение императивной нормы в качестве такового, которое сопряжено с «грубым или систематическим» нарушением<sup>205</sup>. Термин «грубое» отражает масштабность или значительность нарушения, тогда как систематичность означает то, что нарушение должно совершаться «организованным путем и умысленным способом»<sup>206</sup>. В контексте преступлений против человечности Комиссия определила термин «систематический» как исключаящий «изолированные или не связанные между собой акты»<sup>207</sup>. Аналогичным образом, в деле *Гойбуру* Межамериканский суд по правам человека установил, что «запрещение насильственного исчезновения лиц» представляет собой норму *jus cogens*<sup>208</sup> и что «международная ответственность государства возрастает, если исчезновения образуют составную часть систематической деятельности или практики, которые осуществляет или терпит государство»<sup>209</sup>. Для целей статьи 40 нарушению достаточно соответствовать определению, предусматривающему признак либо значительности, либо систематичности.

89. Требование в отношении серьезности нарушения не применяется в случае действия принципа, согласно которому обстоятельства, исключаящие противоправность, неприменимы к нарушениям норм *jus cogens*. Это не только согласуется с обычным значением положения, но и вполне логично, поскольку непризнание обстоятельств, исключаящих противоправность, в отличие от статьи 41, не накладывает чрезвычайных обязательств на другие третьи государства. Это также объяснимо с учетом далеко идущих обязательств по смыслу статьи 41, поскольку в этом случае должен предусматриваться более высокий порог. Например, было бы непорочно ожидать от государств выполнения обязательства «сотрудничать» так, как это предусмотрено в статье 41, в связи с обвинением того или иного государства в совершении единственного, отдельного акта расовой дискриминации. Что касается

<sup>201</sup> Tomuschat, *The Fundamental Rules of the International Legal Order* (сноска 71 выше), p. 429.

<sup>202</sup> Статьи об ответственности государств, п. 1 ст. 40: «This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach».

<sup>203</sup> Там же, п. 1) комментария к части второй, глава III.

<sup>204</sup> Там же, п. 1) комментария к ст. 40.

<sup>205</sup> Там же, статья 40, п. 2.

<sup>206</sup> Там же, п. 7)–8) комментария к ст. 40.

<sup>207</sup> См. проекты статей о преступлениях против человечности, принятые в первом чтении, Доклад Комиссии о работе ее шестьдесят девятой сессии (A/72/10), п. 15)–16) комментария к проекту ст. 3. Исходя из практики Международного уголовного трибунала по Руанде и Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии, Комиссия также отметила, что в понятии «систематический» присутствует смысл организации (там же).

<sup>208</sup> *Case of Goiburú et al. v. Paraguay (Merits, Reparations and Costs)*, Judgment, 22 September 2006, Inter-American Court of Human Rights, para. 84.

<sup>209</sup> *Ibid.*, para. 82.

требования в отношении определенного порога, то к связанным с *jus cogens* последствиям неоднократно применялся критерий порога серьезности. В деле *О военной и военизированной деятельности* Суд провел разграничение между «наиболее грубыми формами применения силы» [а именно, состоящими в вооруженном нападении] и «другими, менее грубыми формами»<sup>210</sup>.

b) *Обязанность сотрудничать*

90. Обязательство «сотрудничать с целью положить конец правомерными средствами» серьезными нарушениями императивных норм вытекает из общей обязанности сотрудничать в соответствии с международным правом<sup>211</sup>. Хотя в момент принятия статей об ответственности государств Комиссия выразила мнение о том, что позитивная обязанность сотрудничать, отраженная в статье 41, является прогрессивным развитием<sup>212</sup>, Комиссия после этого признала такую обязанность в качестве существующей в соответствии с общим международным правом<sup>213</sup>. Она также была закреплена в качестве обязательства, вытекающего из нарушения *jus cogens* в соответствии с международным правом в консультативном заключении Международного Суда по делу *О правовых последствиях строительства стены*<sup>214</sup>. Аналогичным образом, в деле *Ла Кантута* Межамериканский суд по правам человека выявил «обязанность сотрудничества между государствами с» целью искоренения нарушений как последствие *jus cogens*<sup>215</sup>. Сотрудничество по определению подразумевает согласованные действия со стороны нескольких государств<sup>216</sup>. Поэтому такая обязанность могла бы касаться действий, предпринимаемых в рамках

<sup>210</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 101, para. 191.

<sup>211</sup> См., напр.: Декларацию о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, резолюция 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи от 24 октября 1970 года, приложение, п. 1 («Государства обязаны, независимо от различий в их политических, экономических и социальных системах, сотрудничать друг с другом в различных областях международных отношений с целью поддержания международного мира и безопасности и содействия международной экономической стабильности и прогрессу, общему благосостоянию народов и международному сотрудничеству, свободному от дискриминации, основанной на таких различиях»).

<sup>212</sup> Статьи об ответственности государств, п. 3) комментария к статье 41 («Могут возникнуть сомнения относительно того, установлено ли в настоящее время общим международным правом позитивное обязательство сотрудничать, и в этом отношении п. 1, возможно, отражает прогрессивное развитие международного права»).

<sup>213</sup> См., напр.: проекты статей о защите людей в случае бедствий с комментариями, Доклад Комиссии о работе ее шестьдесят восьмой сессии (A/71/10), п. 1) комментария к статье 7 («Обязанность сотрудничать прочно утвердилась в качестве принципа международного права и зафиксирована в многочисленных международных инструментах»).

<sup>214</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, at p. 200, p. 159 («Соблюдая Устав Организации Объединенных Наций и международного права, все государства обязаны обеспечивать, чтобы любые возникшие в результате [нарушения] препятствия... были устранены») (русский текст цит. по A/ES-10/273).

<sup>215</sup> *Case of La Cantuta v Perú (Merits, Reparations and Costs), Judgment, 29 November 2006, Inter-American Court of Human Rights*, para. 160 («Как неоднократно подчеркивалось, деяния, совершенные в данном деле, явились нарушением императивных норм международного права *jus cogens*... Ввиду характера и серьезности этих событий... необходимость искоренения безнаказанности проявляется для международного сообщества в виде обязанности сотрудничества между государствами»).

<sup>216</sup> Статьи об ответственности государств, п. 3) комментария к ст. 41 («При наличии серьезных нарушений от всех государств требуются совместные и скоординированные усилия по противодействию последствиям этих нарушений»).

международной системы коллективной безопасности, такой как Совет Безопасности или Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций<sup>217</sup>, или же Африканский союз<sup>218</sup>. В заключении по делу *О правовых последствиях строительства стены* Суд, установив наличие нарушения права палестинского народа на самоопределение<sup>219</sup>, сформулировал следующее замечание:

Суд полагает, что Организация Объединенных Наций, и особенно Генеральная Ассамблея и Совет Безопасности, должны проработать вопрос о том, какие еще необходимы меры для прекращения незаконного положения, возникшего в результате строительства стены и введения связанного с ней режима...<sup>220</sup>

91. Хотя сотрудничество более вероятно в рамках института коллективной безопасности, это понятие имеет более широкий охват. Сотрудничество «с целью положить конец» серьезным нарушениям императивных норм может осуществляться другими органами и в соответствии с инструментами, релевантными для той или иной императивной нормы. Они, к примеру, могли бы включать Комитет против пыток, действующий в соответствии с Конвенцией против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, или региональные правозащитные органы и механизмы. К ним могут также относиться «неинституционализованные» формы сотрудничества, в частности совместные действия группы государств с целью положить конец определенному нарушению<sup>221</sup>. Фактически, заключение по делу *О правовых последствиях строительства стены* может толковаться таким образом, что, кроме и сверх коллективных действий, существует обязанность индивидуальных государств, при условии соблюдения ограничений, установленных международным правом, принимать меры для устранения положения, возникшего в результате нарушения<sup>222</sup>.

92. Вероятно, одним из самых первых примеров неинституциональных форм сотрудничества с целью положить конец нарушению нормы *jus cogens* о праве на самоопределение является неудачная попытка Эфиопии и Либерии в 1960-х годах добиться прекращения действия мандата Южной Африки на управление Намибией, в то время известной под названием Юго-Западной Африки<sup>223</sup>. Так, в своей петиции Эфиопия утверждала, что она имеет «юридический интерес в том, чтобы убе-

<sup>217</sup> Устав Организации Объединенных Наций, ст. 10, 12 и гл. VI и VII.

<sup>218</sup> Constitutive Act of the African Union, art. 4 (*h*), в прочтении вместе с главой VIII Устава Организации Объединенных Наций. См. также резолюцию 2033 (2012) Совета Безопасности.

<sup>219</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion* (см. сноску 214 выше), п. 147, 149, 157 и 159.

<sup>220</sup> Там же, п. 160.

<sup>221</sup> Статьи об ответственности государств, п. 1) комментария к ст. 41.

<sup>222</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion* (см. сноску 214 выше), п. 159 («Соблюдая Устав Организации Объединенных Наций и международное право, все государства обязаны обеспечивать, чтобы любые возникшие в результате строительства стены препятствия для осуществления палестинским народом своего права на самоопределение были устранены»). См. также заявление г-на аль-Кадхе (Ирак) на 4503-м заседании Совета Безопасности от 29 марта 2002 года (S/PV.4503) («Мы призываем Совет Безопасности, международное сообщество и все свободолюбивые народы мира решительно осудить эти акты и использовать все имеющиеся возможности для того, чтобы заставить данное образование действовать в соответствии с положениями общего международного права и вынудить его незамедлительно вывести свои войска из оккупированных палестинских городов и территорий»).

<sup>223</sup> См. рассмотрение этого вопроса в Jean Allain, «Decolonisation as the source of the concepts of *jus cogens* and obligations *erga omnes*», *Ethiopian Yearbook of International Law* 2016, pp. 35–60.

даться.., что священная миссия цивилизации, вверенная Мандатом, не [была] нарушена» и что члены Лиги Наций имели право «возбудить судопроизводство в целях обеспечения прав жителей этой территории»<sup>224</sup>. Суд согласился с тем, что Эфиопия и Либерия имеют *locus standi*, отметив что «*обязанность* и право обеспечения выполнения этой миссии были вверены Лиге ее Советом, Ассамблеей... и *всеми ее членами...*»<sup>225</sup>. Разумеется, это решение было основано на соглашении (мандате), а не общих принципах, однако оно вдохновило на развитие идеи права (и обязанности) государств вмешиваться с целью обеспечения соблюдения норм *jus cogens*.

93. Пункт 1 статьи 41 статей об ответственности государств содержит в себе важную квалификацию, а именно то, что коллективные меры, принимаемые с целью «положить конец» нарушению императивных норм, должны сами быть правомерными. Это особенно важно в свете вышеуказанной широкой сферы сотрудничества. Например, любые связанные с применением силы меры, принимаемые с целью «положить конец» определенному нарушению, должны осуществляться с соблюдением норм международного права в том смысле, что они должны отвечать требованиям (коллективной) самообороны или санкционироваться Советом Безопасности.

94. Вышеизложенное может быть резюмировано следующим образом:

a) государства обязаны сотрудничать с целью положить конец правомерными средствами любому серьезному нарушению императивной нормы общего международного права (*jus cogens*);

b) серьезное нарушение императивной нормы общего международного права (*jus cogens*) предполагает грубое или систематическое невыполнение ответственным государством своего обязательства;

c) предусматриваемое сотрудничество может осуществляться посредством институционализированных механизмов сотрудничества или в рамках специальных договоренностей о сотрудничестве.

c) *Обязанность не признавать и не оказывать содействия*

95. Пункт 2 статьи 41 статей об ответственности государств содержит два отдельных обязательства. Первое из них является обязательством не признавать правомерным положение, сложившееся в результате серьезного нарушения императивной нормы международного права. Второе – обязательство не оказывать помощи или содействия в сохранении положения, сложившегося в результате серьезного нарушения императивной нормы международного права. Хотя в момент принятия статей об ответственности государств Комиссия выразила мнение о том, что обязательство сотрудничать, предусмотренное в пункте 1, является прогрессивным развитием, Комиссия уже рассматривала обязательства, содержащиеся в пункте 2 (непризнания и неоказания содействия), как образующие *lex lata*<sup>226</sup>. Эта позиция может

<sup>224</sup> *I.C.J. Pleadings, Oral Arguments and Documents, South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, vol. I (1966), Memorial Submitted by the Government of Ethiopia, pp. 92–93.

<sup>225</sup> *South West Africa Cases (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962, I.C.J. Reports 1962*, p. 319, at p. 336 (курсив добавлен).

<sup>226</sup> Статьи об ответственности государств, п. 6) комментария к ст. 41 («Существование обязательства непризнания в ответ на серьезные нарушения обязательств, вытекающих из императивных норм, *уже* находит поддержку в международной практике и решениях [Международного Суда]» (курсив добавлен)). В связи с обязательством не оказания содействия см. также п. 12) комментария к ст. 41.

подкрепляться ссылкой на ряд источников, некоторые из которых уже были упомянуты в комментарии к статьям об ответственности государств<sup>227</sup>.

96. Хотя заключение по делу *О Намибии* основывалось главным образом на прекращении Южной Африкой «священной миссии» и решениях органов Организации Объединенных Наций, в частности Генеральной Ассамблеи и Совета Безопасности, в сущности оно касалось осуществления права на самоопределение<sup>228</sup>. В этом консультативном заключении Суд отметил, что «квалификация положения как незаконного сама по себе не означает его устранения»<sup>229</sup>. Во-первых, Суд определил, что Южная Африка, «будучи ответственной за возникновение и сохранение» неправомерного положения, «обязана положить ему конец»<sup>230</sup>. Во-вторых, Суд объявил, что государства – члены Организации Объединенных Наций «обязаны признать незаконность и недействительность продолжающегося присутствия Южной Африки» и «воздерживаться от оказания Южной Африке любой поддержки и помощи... в том, что касается оккупации ею Намибии»<sup>231</sup>. Хотя консультативное заключение *О Намибии* было основано главным образом на резолюции Совета Безопасности, из факта определения Судом, что обязательства непризнания и неоказания содействия «касаются всех государств, поскольку erga omnes провозглашается незаконность ситуации», то есть такие обязательства касаются не только государств – членов Организации Объединенных Наций, очевидно следует, что оно вытекает также из общего международного права, и в частности из обязательств *jus cogens*, имеющих характер *erga omnes*<sup>232</sup>. Основное обоснование этого вывода было кратко изложено Судом следующим образом:

[В]се государства должны иметь в виду, что... [присутствие Южной Африки]... наносит ущерб целому народу, который должен обращаться к международному сообществу за содействием в своем движении к целям, во имя которых была введена охрана священного достоинства [самоопределение]<sup>233</sup>.

97. Консультативное заключение по делу *О правовых последствиях строительства стены* является еще одним примером подхода Суда к правовым обязательствам, вытекающим из нарушения нормы *jus cogens*, а именно права на самоопределение<sup>234</sup>. В отношении последствий для Израиля Суд определил, что Израиль «обязан положить конец своим нарушениям международного права»<sup>235</sup>. Что касается последствий для «других государств», то Суд отметил, что право на самоопределение является одним из прав, создающих обязательства *erga omnes*, и в качестве таковых «касаются всех государств»<sup>236</sup>. Учитывая «характер и важность затрагиваемых прав и обязательств», Суд определил, что «все государства обязаны не признавать незаконное положение, возникшее в результате» нарушения<sup>237</sup>. Помимо

<sup>227</sup> Статьи об ответственности государств, п. 8) комментария к ст. 41.

<sup>228</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, e.g., at p. 31, p. 52. Особенно см. п. 83, в котором говорится, что претензия Южной Африки на территорию Намибии основывается на аннексии вопреки нормам *jus cogens*.

<sup>229</sup> *Ibid.*, п. 111.

<sup>230</sup> *Ibid.*, п. 118.

<sup>231</sup> *Ibid.*, п. 119. Примеры видов содействия, помощи и признания приводятся в п. 121–124.

<sup>232</sup> *Ibid.*, п. 126.

<sup>233</sup> *Ibid.*, п. 127.

<sup>234</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion* (см. сноску 214 выше), п. 122 и особенно 155.

<sup>235</sup> *Ibid.*, п. 149–151.

<sup>236</sup> *Ibid.*, п. 154–155.

<sup>237</sup> *Ibid.*, п. 159.



этого, Суд счел, что государства также обязаны «не оказывать помощь или содействие в сохранении положения, порождаемого» нарушением<sup>238</sup>. Обязанности, вменяемые другим третьим государствам в случае нарушения нормы *jus cogens*, были признаны также в деле «*Международная амнистия*» против Министра внутренних дел, в котором Палата лордов Соединенного Королевства со ссылкой на статью 41 статей об ответственности государств отметила, что «обязанность государств заключалась в... непризнании результатов, полученных с применением пыток»<sup>239</sup>. По мнению Палаты лордов, эта обязанность вытекает из того факта, что «присущий норме *jus cogens*, касающейся запрещения пыток, характер *erga omnes* требует от государств-членов большего, нежели воздерживаться от практики пыток»<sup>240</sup>.

98. Аналогичные последствия можно выявить в резолюциях Совета Безопасности и Генеральной Ассамблеи. Например, в своей резолюции 276 (1970) Совет Безопасности, определив «продолжающееся пребывание южноафриканских властей в Намибии» как незаконное, заявил, что «все меры, принятые правительством Южной Африки», не имеют силы<sup>241</sup>. В этой резолюции он также призвал «все государства... воздерживаться от осуществления любых сделок» с Южной Африкой<sup>242</sup>. Иными словами, к другим государствам был обращен призыв не признавать незаконное положение, сложившееся в результате нарушения права Намибии на самоопределение. Генеральная Ассамблея в ответ на решение Международного Суда по делам *О Юго-Западной Африке*<sup>243</sup> приняла резолюцию 2145 (XXI), в которой она заявила, что Намибия «имеет неотъемлемое право на самоопределение» и что Южная Африка нарушила это право<sup>244</sup>. Как следствие этого определения, Ассамблея в резолюции призвала Южную Африку «с сего времени воздерживаться от любых действий и избегать любых действий... которые каким бы то ни было образом изменяли бы или вели бы к изменению нынешнего международного статуса» Намибии<sup>245</sup>, а также просила «все государства искренне сотрудничать и оказывать содействие» с целью положить конец незаконной оккупации<sup>246</sup>. Эти резолюции вместе с их не имеющими обязательной силы для государств призывами не признавать оккупацию Южной Африкой и содействовать ее прекращению можно рассматривать в качестве прообраза того, что могло бы сейчас приниматься как нынешнее общее международное право<sup>247</sup>. Еще одна резолюция, направленная против политики правительства Южной Африки, и в частности против создания бантустанов (хоумлендов), является еще одним примером призыва не признавать положение, сложившееся в результате нарушения императивного обязательства (запрещения расовой дискриминации). Резолюция 3411 (XXX) Генеральной Ассамблеи касалась поли-

<sup>238</sup> Ibid.

<sup>239</sup> *A, Amnesty International and Commonwealth Lawyers Association v. Secretary of State for the Home Department*, Judgment of the House of Lords of 8 December 2005 [2006] 1 *All ER* 575, para. 34.

<sup>240</sup> Ibid.

<sup>241</sup> Резолюция 276 (1970) Совета Безопасности, п. 2.

<sup>242</sup> Там же, п. 3.

<sup>243</sup> *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 6. См. Allain, «Decolonisation as the source of the concepts of *jus cogens* and obligations *erga omnes*» (сноска 223 выше) («Реакция Генеральной Ассамблеи оказалась более впечатляющей, чем проявление риторического гнева. 27 октября 1996 года Ассамблея вновь подтвердила "неотъемлемое право народа Юго-Западной Африки на свободу и независимость"»).  
<sup>244</sup> Резолюция 2145 (XXI) Генеральной Ассамблеи от 27 октября 1966, п. 1–3.

<sup>245</sup> Там же, п. 7.

<sup>246</sup> Там же, п. 9.

<sup>247</sup> См. также Opinion of the Advocate General Wathelet, 10 January 2018, on *Western Sahara Campaign UK, The Queen v. Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, Case C-266/16, paras. 187 *et seq.*

тики апартеида правительства Южной Африки. В резолюции 3411 D, которая касалась бантустанов, осуждалось создание бантустанов, «которое направлено на укрепление бесчеловечной политики апартеида, на увековечение господства белого меньшинства и на лишение африканского народа» его неотъемлемого права на самоопределение<sup>248</sup>. Как следствие, в резолюции Ассамблея призывает «все правительства и организации не вступать в отношения ни с какими учреждениями или властями бантустанов и ни в какой форме не признавать их»<sup>249</sup>.

99. Типичные сценарии положения, возникшего в результате нарушения нормы *jus cogens*, могли бы включать контроль над территорией, приобретенной посредством неправомерного применения силы, или продолжающийся контроль над территорией вопреки праву народов на самоопределение. Аналогичным образом, приобретение власти путем совершения преступлений против человечности или актов геноцида также может считаться примером положения, сложившегося в результате нарушения нормы *jus cogens*. Таким образом, помимо неправомерного акта (нарушения *jus cogens*), фактическое положение, возникшее в результате нарушения, также является противоправным и в соответствии с пунктом 2 статьи 41 статей об ответственности государств не должно признаваться. В свете изложенного Международный Суд в своем консультативном заключении по делу *О правовых последствиях строительства стены* определил, что «все государства обязаны не признавать незаконного положения, возникшего в результате» нарушения обязательств, вытекающих из *jus cogens*<sup>250</sup>. Он также счел, что существует обязательство не «оказывать помощь или содействие в сохранении положения», сложившегося в результате нарушения<sup>251</sup>.

100. Положение в пункте 2 статьи 41 является абсолютным в том смысле, что оно применяется ко всем государствам. Оно применяется к потерпевшему государству, государству, нарушающему императивную норму, и к третьим государствам<sup>252</sup>. Что касается потерпевшего государства, то оно является подтверждением принципа, согласно которому потерпевшее государство не может соглашаться на нарушение нормы *jus cogens*. Что касается третьих государств, то это обязательство укрепляет коллективную ответственность и универсальное применение императивных норм международного права. Что касается государств-нарушителей, то в соответствии с этим обязательством государство является ответственным за первоначальное нарушение (нарушение нормы *jus cogens*) и за любой акт признания или укрепления положения, возникшего в результате нарушения нормы *jus cogens*. Однако не каждый акт, возникающий в результате нарушения нормы *jus cogens*, не должен признаваться<sup>253</sup>. В заключении по делу *О Намибии* Международный Суд заявил, что последствия непризнания не должны отрицательно затрагивать или лишать каких бы то ни было преимуществ затрагиваемое население и, следовательно, акты, касающиеся гражданского населения, в частности регистрация рождений, смерти и брака, должны признаваться, невзирая на нарушение<sup>254</sup>.

101. Уместно отметить, что вышеописанные решения и резолюции обусловлены характером и важностью данных норм, а не значительностью или системностью

<sup>248</sup> Резолюция 3411 D Генеральной Ассамблеи от 28 ноября 1975 года, озаглавленная «Бантустаны», п. 1.

<sup>249</sup> Там же, п. 3.

<sup>250</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion* (см. сноску 214 выше), п. 159 (русский текст цит. по A/ES-10/273).

<sup>251</sup> Там же.

<sup>252</sup> Статьи об ответственности государств, п. 9) комментарий к ст. 41.

<sup>253</sup> Там же, п. 10) комментарий к ст. 41.

<sup>254</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion* (см. сноску 228 выше), п. 125.

нарушений. Хотя обязанность сотрудничать с целью положить конец ситуациям, сложившимся в результате нарушения, требует позитивных согласованных – вероятно, обременительных – действий, обязанность не признавать и не оказывать помощи и содействия всего лишь требует от государств воздерживаться от определенного поведения. Ввиду этого объяснимо, что порог в прецедентном праве не такой же высокий, как в отношении обязанности сотрудничать с целью положить конец положению, сложившемуся в результате нарушения.

102. Вышеизложенное может быть резюмировано следующим образом:

а) государства обязаны не признавать правомерным положение, сложившееся в результате нарушения императивной нормы общего международного права (*jus cogens*);

б) государства не должны оказывать помощи или содействия в сохранении положения, сложившегося в результате нарушения императивной нормы общего международного права (*jus cogens*).

#### 4. Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*) и обязательства *erga omnes*

103. Особые последствия норм *jus cogens*, описанные в статье 41 статей об ответственности государств, обусловлены связью между *jus cogens* и обязательствами *erga omnes*. Как представляется, этот вывод явствует из комментария к главе III части второй. Описав некоторые из основных решений, касавшихся обязательств *erga omnes*, Комиссия отметила, что «тесно связанным с данным рассуждением является признание понятия императивных норм международного права»<sup>255</sup>.

104. Вероятно, самым важным событием в истории возникновения обязательств *erga omnes* и их связи с нормами *jus cogens* стало рассмотрение дела *Барселона трэкин*<sup>256</sup>. В этом деле Суд провел различие между обязательствами государства «по отношению к другому государству» и «обязательствами государства по отношению к международному сообществу в целом»<sup>257</sup>. Суд заявил, что последнее касается всех государств и «все государства имеют юридический интерес, связанный с их защитой; они являются обязательствами *erga omnes*»<sup>258</sup>. Как разъяснялось выше, важнейшим элементом обязательств, изложенных в статье 41 статей об ответственности государств, является то, что они распространяют ответственность за нарушение обязательств на третьи государства, то есть они применяются шире, нежели в отношении государства, ответственного за нарушение, и потерпевшего государства.

105. Хотя Суд не ссылается на императивные нормы общего международного права, из аргументации Суда явствует, что императивные нормы имеют действие *erga omnes*. Суд проводит различие между обязательствами *erga omnes*, «возлагаемыми международными инструментами универсального или квазиуниверсального характера», с одной стороны, и теми, которые «вытекают, например, в современном международном праве из абсолютного запрещения актов агрессии и геноцида, а также из принципов норм, касающихся основных прав человека, включая защиту

<sup>255</sup> Статьи об ответственности государств, п. 2)–4) комментария к части второй, гл. III.

<sup>256</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3. См. Allain, «Decolonisation as the source of the concepts of *jus cogens* and obligations *erga omnes*» (сноска 223 выше), p. 53 («вердикт [по делу *Барселона трэкин*] включил само понятие обязательств *erga omnes* в ткань международного права»); и Theodor Meron, «On a hierarchy of international human rights», *American Journal of International Law*, vol. 80 (1986), pp. 1–23, at p. 1.

<sup>257</sup> *Ibid.*, para. 33.

<sup>258</sup> *Ibid.*

от рабства и расовой дискриминации» – с другой<sup>259</sup>. Все такие нормы, выявленные Судом, являются нормами, которые получили название норм *jus cogens*. В деле *О Восточном Тиморе (Португалия против Австралии)* Суд вновь счел, что еще одна норма *jus cogens* – на этот раз о праве на самоопределение – «имеет характер *erga omnes*»<sup>260</sup>. Интересно отметить, что в этом деле Суд постановил, что характер *erga omnes*, присущий этой норме, не оказывает действия на юрисдикцию Суда<sup>261</sup>, однако этот вопрос рассматривается в докладе ниже. Суд установил еще более четкую связь между *jus cogens* и обязательствами *erga omnes* в своем решении 2015 года по делу *О применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Хорватия против Сербии)*<sup>262</sup>. В нем Суд подтвердил свое предыдущее определение о том, что «Конвенция о геноциде содержит обязательства *erga omnes*» и что «запрещение геноцида имеет характер императивной нормы (*jus cogens*)»<sup>263</sup>.

106. Связь между нормами *jus cogens* и обязательствами *erga omnes* была также признана в практике государств. В деле *Нульяримма и др. против Томпсона* Федеральный суд Австралии признал, что запрещение геноцида является императивной нормой международного обычного права, которая порождает не допускающее отступлений обязательство каждого государства перед всем международным сообществом, и отметил, что это обязательство существует независимо от Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него<sup>264</sup>. Аналогичным образом, в деле *Кейн против Уинна* Массачусетский окружной суд Соединенных Штатов определил, что «запрещение применения пыток» является обязательством *erga omnes*, которое, «как норм[ы] *jus cogens*...» не допускает отступлений и [является] императивным»<sup>265</sup>. В ходе рассмотрения доклада Комиссии на сорок девятой сессии Генеральной Ассамблеи Чешская Республика отметила, что «[о]бязательства *jus cogens* являются обязательствами *erga omnes*, которые не допускают какого-либо их умаления»<sup>266</sup>.

107. Хотя из вышеприведенных источников явствует, что существует связь между *jus cogens* и обязательствами *erga omnes*, еще более важен точный характер этой связи. В научной литературе общепризнано, что, хотя все нормы *jus cogens* имеют

<sup>259</sup> Ibid., para. 34.

<sup>260</sup> *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 90, at p. 102, para. 29.

<sup>261</sup> Ibid. В решении *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, p. 595, at pp. 615–616, para. 31, Суд заявил, что другая норма *jus cogens*, а именно касающаяся геноцида, создает обязательства *erga omnes*. См. также *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* (сноска 124 выше), para. 64.

<sup>262</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, I.C.J. Reports 2015*, p. 3.

<sup>263</sup> Ibid., para. 87.

<sup>264</sup> *Nulyarimma and Others v. Thompson*, Appeal Judgment of the Australian Federal Court of 1 September 1999, para. 18. В своем мнении судья Уитлам, конкретно используя в основном такие же формулировки, как Суд, конкретно сослался на характер *erga omnes* данного обязательства: («Запрещение геноцида является императивной нормой международного обычного права (*jus cogens*), которая порождает не допускающие отступлений обязательства *erga omnes* каждого государства перед международным сообществом в целом»), para. 81.

<sup>265</sup> *Kane v. Winn*, Judgment of 27 May 2004 of the United States Court for the District of Massachusetts, 31 F. Suppl 2d 161 (D Mass), para. 93. *R and Office of the United Nations High Commissioner for Refugees v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for Home Affairs*, Appeal Judgment of 12 October 2006 of the High Court, [2006] ALL ER (D) 138, para. 102, в части ссылки на «*jus cogens erga omnes*». См. также *Jorgic case, J (a Bosnian Serb), Individual Complaint*, Judgment of 12 December 2000 of the German Constitutional Court, 2 BvR 1290/99, ILDC 132 (DE 2000), para. 17.

<sup>266</sup> Чешская Республика (A/C.6/49/SR.26), п. 19. См. также Буркина-Фасо (A/C.6/54/SR.26).

последствия *erga omnes*, было бы неверно утверждать обратное, так как не все обязательства *erga omnes* представляют собой нормы *jus cogens*<sup>267</sup>. Вильялпандо создает хороший образ для описания связи между этими двумя понятиями:

L'image désormais classique employée pour décrire la relation entre les obligations *erga omnes* et le *jus cogens* est celle de deux cercles concentriques: la catégorie des normes imposant des obligations *erga omnes* constituerait un ensemble plus grand qui contiendrait toutes les normes impératives, mais ne se réduirait pas à elles<sup>268</sup>.

108. Хотя это представление прочно закрепилось, его точность является, по меньшей мере, сомнительной. Оно поднимает вопрос о том, существуют ли какие-либо обязательства *erga omnes*, которые не вытекают из норм *jus cogens*. Разумеется, договорные обязательства, не вытекающие из императивных норм общего международного права, могут создавать обязательства, возлагаемые на всех участников договоров – так называемые обязательства *erga omnes inter partes*. Однако они, собственно говоря, не являются обязательствами *erga omnes*, поскольку они создают обязательства, возлагаемые не на все государства, а только на все государства-участники<sup>269</sup>. Вместе с тем, как представляется, дело *Барселона трэшин* содержит некоторые подсказки относительно существенных элементов этой связи. В нем Суд отмечает, что «обязательства *вытекают... из*» запрещений, образующих *jus cogens*<sup>270</sup>. Таким образом, эти два понятия не тождественны. Одно происходит, или вытекает, из другого. По мнению Специального докладчика, это является сутью данной связи. Пелле улавливает эту суть следующим образом:

'Les règles fondamentales de l'ordre juridique international', en particulier le *jus cogens* et les obligations *erga omnes* – sans d'ailleurs que l'on sache très bien s'il s'agit d'un seul et même concept ou de deux différentes – même si pour ma part... je pense qu'il s'agit de deux notions distinctes: le caractère *cogens* d'une norme concerne la qualité du contenu même de celle-ci; l'expression *erga omnes* attire plutôt l'attention sur ses destinataires<sup>271</sup>.

<sup>267</sup> См., напр.: Francisco Forrest Martin, «Delineating a hierarchical outline of international law sources and norms», *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), pp. 333–368, at p. 353 («Обязательства *erga omnes* отличаются от *jus cogens* в том, что они *могут* допускать отступления в некоторых ситуациях, хотя все нормы *jus cogens* являются обязательствами *erga omnes*»). Вместе с тем см. Evan J. Criddle and Evan J. Fox-Decent, «A fiduciary duty of *jus cogens*», *Yale Journal of International Law*, vol. 34 (2009), pp. 331–388, at pp. 384–385, где оспаривается само утверждение, что нормы *jus cogens* имеют действие *erga omnes*.

<sup>268</sup> Santiago Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans de la responsabilité des États* (Paris, 2005), p. 107. («Классическим способом образного описания связи между обязательствами *erga omnes* и нормами *jus cogens*... служат два концентрических круга: категория норм, налагающих обязательства *erga omnes*, соответствовала бы кругу большего радиуса, который содержит все императивные нормы, но не ограничивается только ими»).

<sup>269</sup> См., напр.: Tomuschat, *The Fundamental Rules of the International Legal Order* (сноска 71 выше), p. 430 («Можно также в несколько более свободной манере говорить об обязательствах *erga omnes* как о любых обязательствах, вытекающих из многостороннего договора. Однако в этом случае это понятие утрачивает (*sic*) свою объяснительную силу в качестве путеводной нити к прояснению потенциала санкций, имеющегося в распоряжении международного сообщества»).

<sup>270</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment* (сноска 256 выше), para. 34 (курсив добавлен).

<sup>271</sup> Alain Pellet, «Conclusions» in *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Tomuschat and Thouvenin (см. сноску 66 выше), p. 418 («"Основополагающие нормы международно-правового порядка", особенно *jus cogens* и обязательства *and erga omnes* – впрочем, без очень четкого понимания, идет ли речь об одном и том же или о двух разных вещах – хотя, со своей стороны... я полагаю, что речь идет о двух разных понятиях:

109. Таким образом, для Пелле *jus cogens* и обязательства *erga omnes* являются разными понятиями, но одно вытекает из другого, то есть в связи с нормами *jus cogens* речь идет о содержании, тогда как обязательства *erga omnes* касаются адресата норм *jus cogens* и тем самым следуют из них. Таким же образом, Бассиуни отметил, что термин *jus cogens* «относится к правовому статусу» тех или иных норм, тогда как термин «*obligatio erga omnes* касается правовых последствий, возникающих из... квалификации *jus cogens*»<sup>272</sup>.

110. Характер *erga omnes*, присущий нормам *jus cogens*, не создает обязательств для третьих государств – как их создает статья 41 статей об ответственности государств. Тем не менее характер *erga omnes*, свойственный *jus cogens*, объясняет интерес третьих государств к противоправному деянию, совершенному одним государством против другого. Правовые последствия обязательств для третьих государств установлены практикой и судебными решениями международных судов и трибуналов при стимулирующем воздействии работы Комиссии.

111. Вышеизложенное может быть резюмировано следующим образом: императивные нормы общего международного права (*jus cogens*) устанавливают обязательства *erga omnes*, нарушение которых касается всех государств.

#### **D. Другие последствия императивных норм общего международного права (*jus cogens*)**

112. Воздействие *jus cogens* на международные договоры и ответственность государств в значительной степени обусловлено результатами работы Комиссии – статьями о праве международных договоров и статьями об ответственности государств. Вместе с тем имеются другие потенциальные последствия норм *jus cogens*, которые следует рассмотреть и которые не были предметом целенаправленного исследования Комиссии. Они включают последствия *jus cogens* для:

- a) индивидуальной уголовной ответственности в международном уголовном праве;
- b) юрисдикции международных судов;
- c) обычного международного права;
- d) резолюций Совета Безопасности в свете статьи 103 Устава Организации Объединенных Наций.

##### **1. Последствия императивных норм общего международного права (*jus cogens*) для индивидуальной уголовной ответственности в международном уголовном праве**

113. В последнее время активно обсуждалось воздействие *jus cogens* на международное уголовное право в целом и индивидуальную уголовную ответственность в частности<sup>273</sup>. Предметом дискуссии преимущественно являлись вопросы, связанные с юрисдикцией внутригосударственных судов в отношении преступлений, квалификация которых обусловлена запрещениями в соответствии с международным

---

характер *jus cogens* той или иной нормы относится к ее содержанию; а выражение *erga omnes* привлекает внимание к ее адресатам»).

<sup>272</sup> М. Cherif Bassiouni, «International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*», *Law and Contemporary Problems*, vol. 59 (1996), pp. 63–74, at p. 63.

<sup>273</sup> В отношении аргументов в пользу существенных последствий *jus cogens* для индивидуальной уголовной ответственности см. Cassese, «For an enhanced role of *jus cogens*» (сноска 75 выше) and Bassiouni, «International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*» (сноска 272 выше).

правом императивного характера – иногда упоминаемых в настоящем тексте, исключительно для удобства, под кратким названием преступлений по *jus cogens*. Обсуждаются вопросы о том, существует ли обязанность осуществлять юрисдикцию, и о влиянии иммунитетов на преступления по *jus cogens*.

114. Эти вопросы касаются состава и последствий преступлений по *jus cogens*. К числу преступлений, запрещение которых образует нормы *jus cogens*, относятся преступления против человечности<sup>274</sup>, геноцид<sup>275</sup>, военные преступления<sup>276</sup> и пытки<sup>277</sup>. Комиссия в рамках различных тем уже рассмотрела некоторые из упомянутых вопросов в связи с этими преступлениями<sup>278</sup>. Ввиду этого настоящее рассмотрение этих вопросов будет сравнительно кратким.

115. Вероятно, полезно начать рассмотрение с вопроса о том, действительно ли *jus cogens* имеет особые последствия для осуществления юрисдикции в отношении *jus cogens*, отметив, что различные инструменты предусматривают обязанность государств осуществлять юрисдикцию в отношении соответствующих преступлений по *jus cogens*. Например, Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него обязывает свои государства-участники «предусмотреть эффективные меры наказания лиц, виновных в совершении геноцида»<sup>279</sup>. Конечно, обязанность назначать наказания, предусмотренная в Конвенции, является договорным обязательством и не обязательно применяется вне договорного контекста. Тем не менее, помимо закрепленной в Конвенции обязанности назначать наказания, существует обширная практика государств, требующая осуществлять судебное преследование за преступление геноцида<sup>280</sup>. Кроме того, в практике государств существует также много примеров внутригосударственного преследования за геноцид

<sup>274</sup> Статьи об ответственности государств, п. 5) комментария к ст. 26; проекты статей о преступлениях против человечности, преамбула, особенно п. 4) комментария к преамбуле.

<sup>275</sup> Статьи об ответственности государств, п. 5) комментария к ст. 26; п. 4) комментария к ст. 40.

<sup>276</sup> Статьи об ответственности государств, п. 5) комментария к ст. 40; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Report 1996*, p. 226, at p. 257, para. 79.

<sup>277</sup> Статьи об ответственности государств, п. 5) комментария к ст. 26; п. 5) комментария к ст. 40; *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 422, at p. 457, para. 99.

<sup>278</sup> Заключительный доклад Комиссии об обязательстве выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*), Доклад Комиссии о работе ее шестьдесят шестой сессии (A/69/10), особенно см. п. 45)–48); проекты статей о преступлениях против человечности, ст. 2, 4, 6, п. 5, и 10, а также п. 8) комментария к ст. 10; проекты статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, Доклад Комиссии о работе ее шестьдесят девятой сессии (A/72/10), ст. 7. См. также третий доклад о преступлениях против человечности Специального докладчика (A/CN.4/704); пятый доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции Специального докладчика г-жи Консепсьон Эскобар Эрнандес (A/CN.4/701); второй доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции Специального докладчика г-на Романа Колодкина (A/CN.4/631).

<sup>279</sup> Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, ст. 5. См. также ст. 4 («Лица, совершающие геноцид... подлежат наказанию»).

<sup>280</sup> См., напр.: Burkina Faso, Penal Code, Law No. 043/96/ADP of 13 November 1996, art. 313; Ethiopian Penal Code, art. 281; Ghana, Criminal Code Amendment Act of 1993, sect. 1; Rwanda, Organic Law No. 08/96 of 30 August 1996, art. 1; United States, 18 US Code § 1091; Brazil, Law No. 2.889 of 1 October 1956, art. 1; Nicaragua, Penal Code § 549; Fiji, Penal Code, Laws of Fiji, Chap. 17, sect. 69; Уголовный кодекс Республики Армения, ст. 393; Switzerland, Penal Code, art. 264; Albania, Criminal Code, art. 73; Austria, Penal Code, Chap. 25, sect. 321; Уголовный кодекс Эстонии, ст. 61.1; Italy, Law No. 962 of 9 October 1967; art. 1; Spain, Penal Code, Book II, Title XXIV, art. 607.



или дел, допускающих судебное преследование за геноцид<sup>281</sup>. Особенно познавательным является решение Конституционного суда Германии по делу *Йоргика*. В этом решении Суд ответил на аргумент о том, что Конвенция о геноциде допускает только осуществление юрисдикции территориальным государством. Суд заключил, что Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказания за него не исключает осуществления универсальной юрисдикции, даже если она не обязывает ее осуществлять<sup>282</sup>.

116. В равной степени существует обязанность осуществлять преследование за военные преступления в соответствии с международным правом. Женевские Конвенции 1949 года, договаривающимися сторонами которых являются 196 государств, предусматривает, что Стороны обязаны как «ввести в действие законодательство, необходимое для обеспечения эффективных уголовных наказаний» за совершение «серьезных нарушений», так и «разыскивать лиц, обвиняемых в том, что они совершили» серьезные нарушения, и «каково бы ни было их гражданство, предавать их» своему суду<sup>283</sup>. Кроме того, многие государства в своем внутреннем законодательстве ввели уголовную ответственность за совершение военных преступлений<sup>284</sup>.

<sup>281</sup> См., напр.: Ethiopia, *Special Prosecutor v. Hailemariam (Mengistu) and 173 Others*, Preliminary Objections, Criminal File No. 1/87, Judgment of Ethiopian Federal Court of 9 October 1995; Uganda, *Kwoyelo Alias Latoni v. Uganda*, Judgment of the Constitutional Court, 22 September 2011; Canada, *The Queen v. Munyaneza (Désiré)*, Trial Judgment of the Quebec Superior Court, 22 May 2009; Argentina, *Office of the Prosecutor v. Priebke (Erich)*, Judgment of Supreme Court, 2 November 1995; Bosnia and Herzegovina, *Prosecutor v. Trbić (Milorad)*, Judgment of the Criminal Division of the Court of Bosnia and Herzegovina, 16 October 2009; Spain, *Asociación de Familiares de Presos y Desaparecidos Saharuis (Association of Families of Saharawi Prisoners and Disappeared) and Others v. Hachem and Others*, Indictment Order, National Court, 9 April 2015; Spain, *Fundación Casa del Tibet and Others v. Jiang (Zemin)*, Appeal Judgment on Admissibility by the National Court, 10 January 2006; Germany, *Sokolović*, Revision Judgment of the Federal Court of Justice, Criminal Division, 21 February 2001; Germany, *Jorgic*, Judgment of the Constitutional Court, 12 December 2000.

<sup>282</sup> *Jorgic* (см. предыдущую сноску), особенно п. 40.

<sup>283</sup> Женевская конвенция 1949 года об улучшении участи раненных и больных в действующих армиях, ст. 49; Женевская конвенция об улучшении участи раненных, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, ст. 50; Женевская конвенция об обращении с военнопленными, ст. 129; Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны, ст. 146.

<sup>284</sup> См. примеры национального законодательства: Уголовный кодекс Армении, 2003 год, ст. 383, 386, 387 и 390; Bangladesh, International Crimes Tribunal Act of 1973, sect. 3; Bulgaria, Penal Code of 1968, arts. 410–415; China, Law Governing War Criminals, 1946, art. 3; Democratic Republic of the Congo, Code of Military Justice, 1972, arts. 262–264; Finland, Criminal Code, 1889 (amendment 212/2008), chap. 11, sect. 5 (1); Jordan, Military Penal Code, 2002 (amended in 2006), art. 41; Portugal, Penal Code, 1996, art. 242; South Africa, Implementation of the Geneva Conventions Act, 2012, sect. 5. См. далее Australia, Defence Force, *Law of Armed Conflict: Commanders Guide*, March 1994, sect. 1306 («Странам предписывается разыскивать, преследовать и, если это необходимо, высылать лиц, подозреваемых в совершении нарушений права ведения вооруженного конфликта»); Canada, Law of the Judge Advocate General, *The Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level*, 1999, sect. 5–2; Colombia, Ministry of Defence, *Derecho Internacional Humanitario: Manual Básico para las Personerías y las Fuerzas Armadas de Colombia*, 1995, p. 27; France, Général de Corps d'Armée Voinot, *Fiche de Synthèse sur les Règles Applicables dans les Conflits Armés*, 1992, sect. 3.4; Germany, Federal Ministry of Defence, *Humanitäres Völkerrecht in Bewaffneten Konflikten*, 1996, sect. 803; Israel, Military Advocate General's Corps Command, *Rules of Warfare on the Battlefield*, 2006, p. 11; Российская Федерация, Приказ Министра обороны «О мерах по соблюдению норм международного гуманитарного права в Вооруженных Силах Российской Федерации» от 2001 года, п. 86; South Africa, National Defence Force Revised Civic Education Manual 2004, chap. 4, sect. 57; Switzerland, Swiss Army, *Lois et Coutume de la Guerre (Extrait et Commentaire)* 1987,

117. В своем втором докладе о преступлениях против человечности Специальный докладчик по этой теме представил полезную информацию о внутригосударственных законах, предусматривающих уголовное преследование в связи с преступлениями против человечности<sup>285</sup>. В этом докладе Специальный докладчик отметил, что, хотя многие государства имеют национальные законы об ответственности за преступления против человечности, многие другие их не имеют<sup>286</sup>. Согласно зарегистрированным им данным, по состоянию на 2013 год примерно 104 государства имели внутреннее законодательство, прямо криминализирующее преступления против человечности как таковые<sup>287</sup>. Хотя Специальный докладчик делает из этого вывод о том, что, «представляется, что государства не считают себя обязанными» принимать национальное законодательство, криминализирующее преступления против человечности<sup>288</sup>, 104 законодательных акта составляют довольно впечатляющее количество соответствующих видов практики государств. Их число тем более поражает, что сам Римский статут Международного уголовного суда не требует внутренней криминализации преступлений против человечности (или каких-либо из этих преступлений), предусмотренных в Статуте<sup>289</sup>. Это не обязательно означает, что в соответствии с обычным международным правом существует обязанность криминализовать преступления против человечности – без необходимого *opinio juris*. Однако предметная практика образует прочную основу для эволюции такой обязанности (если ее еще не существует). Именно на этой основе Комиссия решила предусмотреть в статье 6 проектов статей о преступлениях против человечности, что каждое государство «принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы преступления против человечности представляли собой правонарушения по его уголовному праву», и это положение с одобрением восприняли многие государства<sup>290</sup>.

118. Практика государств, осуществляющих уголовную юрисдикцию в отношении актов, запрещение которых является нормой *jus cogens*, такими как преступления против человечности, военные преступления, геноцид и пытки, получила ши-

---

art. 198; United States, Department of the Navy, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, 2007, sect. 6.2.6.

<sup>285</sup> Второй доклад о преступлениях против человечности Специального докладчика (A/CN.4/690), п. 17–19.

<sup>286</sup> Там же, п. 17–18.

<sup>287</sup> Там же, п. 18. См. также проекты статей о преступлениях против человечности, п. 3) комментария к ст. 6.

<sup>288</sup> Там же, п. 18.

<sup>289</sup> Невзирая на то, что сам Римский статут не создает обязательства осуществлять преследование, см. дела, в которых государства возбуждали преследование за преступления против человечности или претендовали на право осуществлять такое преследование: Democratic Republic of Congo, *Ituri District Military Prosecutor v. Kahwa Panga Mandro*, First Instance Judgment of the Military Tribunal, 2 August 2006; Mexico, *Federal Prosecutor assigned to the Special Office of the Attorney-General for Federal Crimes Committed by Public Servants against Persons Related to Past Social and Political Movements and Another v. Echeverria and Moya-Palencia*, Appeal Judgment of the Supreme Court of Justice, 15 June 2005; Peru, *Guillén de Rivero v. Peruvian Supreme Court*, Appeal Judgment of the Constitutional Court, 12 August 2005; Paraguay, *Pavon and Others v. Criminal Public Prosecutor*, Judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Court, 5 May 2008; Chile, *Re Víctor Raúl Pinto v. Relatives of Tomás Rojas*, Decision on Annulment of the Supreme Court of 2007, para. 23.

<sup>290</sup> См. третий доклад о преступлениях против человечности Специального докладчика (A/CN.4/704), п. 4.

рокое распространение как в количественном выражении, так и по географическому охвату<sup>291</sup>. Однако практика позволяет выявить тот факт, что в некоторых государствах осуществляется универсальная юрисдикция, тогда как законодательство других государств требует определенной связи с государством, осуществляющим юрисдикцию. Законодательство, касающееся военных преступлений, является хорошей иллюстрацией несоответствий в этом отношении<sup>292</sup>. Например, в Соединенных Штатах, хотя законодательство о военных преступлениях<sup>293</sup> предусматривает, что «[к]ако бы то ни было лицо», совершающее военное преступление «будь то в Соединенных Штатах или за пределами их территории», подлежит наказанию<sup>294</sup>, это ограничивается обстоятельствами, при которых «лицо, совершающее такое военное преступление, является военнослужащим вооруженных сил Соединенных Штатов или гражданином Соединенных Штатов<sup>295</sup>. Однако южноафриканский Закон об имплементации Римского статута предусматривает юрисдикцию даже в отсутствие связи с Южной Африкой, если лицо, обвиняемое в совершении преступления, «после совершения преступления находится на территории» Южной Африки<sup>296</sup>. Такие различия в подходе отражены также в работе Комиссии. В 1996 году Комиссия обязала государства установить юрисдикцию в отношении преступлений

<sup>291</sup> В отношении пыток см. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment (см. сноску 277 выше), para. 99 (запрещение пыток «было внесено во внутреннее законодательство почти всех государств»).

<sup>292</sup> См. сноску 284 выше.

<sup>293</sup> 18 US Code, sect. 2441.

<sup>294</sup> Ibid., para. (a).

<sup>295</sup> Ibid. См. Южная Африка, *National Commissioner of the South African Police Service v. Southern African Human Rights Litigation Centre and Another*, Judgment of the Constitutional Court of South Africa, CCT 02/14. Dire Tladi, «National Commissioner of the South Africa Police Service v. Southern African Human Rights Litigation Centre (Sup. Ct. S. Afr.) – Introductory Note», *International Legal Materials*, vol. 54 (2015), pp. 152–174. См. также Соединенное Королевство, Закон о Международном уголовном суде от 2001 года, раздел 51(2) которого предусматривает, что этот раздел применяется к «актам, совершенным в Англии или Уэльсе», или к актам, совершенным «за пределами Соединенного Королевства гражданином Соединенного Королевства, резидентом Соединенного Королевства или лицом, подпадающим под служебную юрисдикцию Соединенного Королевства»; Япония, Уголовный кодекс, Закон № 45 от 1907 года с поправками, ст. 1–3 которого предусматривают юрисдикцию над негражданами Японии за акты, совершенные за рубежом, если только они были совершены против граждан Японии ([www.loc.gov/law/help/crimes-against-humanity/index.php#japan](http://www.loc.gov/law/help/crimes-against-humanity/index.php#japan)); Республика Корея, Закон о наказании за преступления, подпадающие под юрисдикцию Международного уголовного суда (Республики Кореи), ст. 3 которого предусматривает осуществление юрисдикции в отношении актов: а) committed in the territory of the Republic of Korea; б) за пределами территории Республики Кореи ее гражданином; в) совершенных иностранцем на борту морских или воздушных судов Республики Кореи; и d) совершенных иностранцем против Республики Кореи или ее граждан за пределами территории Республики Кореи.

<sup>296</sup> См. sect. 4 (3) of the Implementation of the Rome Statute Act of South Africa, 2002. См. рассмотрение этого вопроса в South Africa, *National Commissioner of Police v. Southern African Litigation Centre* (сноска 295 выше). См. далее Финляндия, Criminal Code (сноска 284 выше), chap. 11, sect. 5, который содержит ссылку только на «лицо». См. также Германия, Act to Introduce the Code of Crimes against International Law, June 2002, sect. 1 («Настоящий Закон применяется ко всем уголовным преступлениям против международного права, квалифицируемых по смыслу настоящего Закона в качестве серьезных преступлений... даже когда преступление было совершено за рубежом и не имеет никакой связи с Германией»); Канада, Crimes against Humanity and War Crimes Act, 2000, chap. 24, sect. 4 (b), которого предусматривает, что Канада может осуществлять юрисдикцию в отношении преступлений, совершенных за пределами Канады иностранцами, если «после предполагаемого совершения преступления совершившее его, согласно утверждениям, лицо находится в Канаде».

по *jus cogens*, «независимо от того, где и кем были совершены эти преступления»<sup>297</sup>. В своем недавнем соответствующем тексте Комиссия предусмотрела обязательство государств установить юрисдикцию в случаях, когда: а) «правонарушение совершено на любой территории» под юрисдикцией государства; б) «правонарушитель является гражданином данного государства» или лицом без гражданства, «обычно проживающим на территории данного государства»; и с) «когда потерпевший является гражданином данного государства и если данное государство считает это целесообразным»<sup>298</sup>. В последнем тексте проекты статей о преступлениях против человечности оставляют открытой возможность осуществления государством более широкой юрисдикции, например, универсальной юрисдикции, если это допускается международным правом<sup>299</sup>.

119. Хотя общепризнано, что существует обязанность осуществлять преследование, Костеллоу отвергает эту общую обязанность на следующем основании:

В деле *Вопросы, связанные с обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование* Международный Суд, отметив, что «запрещение пыток» [является *jus cogens*], тем не менее постановил, что «обязательство осуществлять судебное преследование лиц, предположительно совершивших акты пыток, в соответствии с Конвенцией применяется только к фактам, имевшим место после ее вступления в силу для соответствующего государства»<sup>300</sup>.

120. Несмотря на справедливость этого заявления, в нем игнорируется тот факт, что Суд ограничивается «обязанностью осуществлять судебное преследование предполагаемого правонарушителя *в соответствии с Конвенцией*», то есть Суд имеет в виду договорное обязательство, а не обязательство в соответствии с общим международным правом. Причина этого очевидна. Юрисдикция Суда в этом деле ограничивалась нарушениями Конвенции и исключала нарушения международного обычного права, включая *jus cogens*<sup>301</sup>. Таким образом, постановление Суда является не общим заявлением об обязанности осуществлять юрисдикцию в отношении пыток, а заявлением об обязанности в соответствии с Конвенцией.

## 2. Последствия императивных норм общего международного права (*jus cogens*) для иммунитета

121. Вероятно, ни одно другое потенциальное последствие не является более спорным и проблематичным, чем воздействие норм *jus cogens* на иммунитет государств и иммунитет должностных лиц<sup>302</sup>. Вопрос об иммунитете и преступлениях

<sup>297</sup> Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник ... 1966 год*, том II (часть вторая), ст. 8.

<sup>298</sup> Проект статей о преступлениях против человечности, ст. 7.

<sup>299</sup> Там же, ст. 7, п. 3.

<sup>300</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (см. сноску 60 выше), p. 191.

<sup>301</sup> *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment (см. сноску 277 выше), para. 55 («в момент подачи заявления спор между сторонами не касался нарушений обязательств в соответствии с международным обычным правом и что поэтому он не имеет юрисдикции для принятия решения относительно связанного с этим требования Бельгии. Таким образом, Суду будет необходимо установить, действительно ли существует основание для юрисдикции, только в отношении спора, касающегося толкования и применения... Конвенции против пыток»). См. также *ibid.*, para. 63.

<sup>302</sup> В отношении некоторой избранной научной литературы см. Antonio Cassese, «When may senior State officials be tried for international crimes? Some comments on the *Congo v. Belgium* case», *European Journal of International Law*, vol. 13 (2002), pp. 853–875; Dapo Akande and Sangeeta Shah, «Immunities of State officials, international crimes, and foreign domestic courts», *European Journal of International Law*, vol. 21 (2011), pp. 815–852;

по *jus cogens* был предметом многих решений международных и региональных судов и трибуналов, внутренних судов, а также прений в Комиссии<sup>303</sup>. Поэтому в настоящем докладе не пересказываются все прения, а всего лишь выделяются примечательные моменты, которые позволили бы Комиссии рассмотреть вопрос о правовых последствиях норм *jus cogens* для иммунитетов.

122. В своем пятом докладе об иммунитетах должностных лиц государства<sup>304</sup> Специальный докладчик по этой теме предложила проект статьи, которая предусматривает неприменимость иммунитета *ratione materiae* в отношении преступлений по *jus cogens*, который Комиссия, хотя и в значительно измененном виде, приняла голосованием, при этом 21 член голосовал за принятие статьи, 8 – против, а 1 воздержался<sup>305</sup>. В контексте прений Специальный докладчик по *jus cogens*, выразил мнение, что он, хотя и поддерживает исключения из иммунитета *ratione materiae* за нарушения, состоящие в преступлениях по *jus cogens*, все же не убежден в авторитетности примеров, предложенных в пятом докладе об иммунитетах<sup>306</sup>. В настоящем докладе не будут повторяться эти мнения, но уместно отметить, что нижеизложенное согласуется с упомянутыми мнениями.

123. При оценке этого вопроса необходимо проводить ряд различий, некоторые из которых часто игнорируются. Во-первых, важно провести различие, как это сделала Комиссия в теме о преступлениях против человечности, между иммунитетами и недопустимостью ссылки на официальную должность в связи с ответственностью за преступления по *jus cogens*<sup>307</sup>. Первое является процедурным препятствием

---

Thomas Weatherall, «*Jus cogens* and sovereign immunity: reconciling divergence in contemporary jurisprudence», *Georgetown Journal of International Law*, vol. 46 (2015), pp. 1151–1212; A.P.V. Rogers, «War crimes trials under the Royal Warrant: British Practice 1945–1949», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39 (1990), pp. 780–800; Annemarieke Vermeer-Künzli, «Immunities and consent to jurisdiction in international law», in *The Pursuit of a Brave New World In International Law: Essays in Honour of John Dugard*, Tiyanjana Maluwa, Max du Plessis and Dire Tladi, eds. (Leiden, Brill, 2017), pp. 172–192, at pp. 180 *et seq.*; Paul B. Stephan, «The political economy of *jus cogens*», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44 (2011), pp. 1073–1104, at pp. 1074–1080 and 1092–1093; Kawasaki, «A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law» (сноска 75 выше), p. 31; Andrea Bianchi, «Human rights and the magic of *jus cogens*», *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), pp. 491–508; Kolb, *Peremptory international law – jus cogens* (сноска 62 выше); Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (сноска 60 выше), pp. 259 *et seq.*; Knuchel, «*Jus cogens*: identification and enforcement of peremptory norms» (сноска 64 выше), p. 202; Linderfalk, «Understanding the *jus cogens* debate» (сноска 58 выше), p. 54; Orakhelashvili, «Audience and authority» (сноска 69 выше), pp. 138 *et seq.*; Santalla Vargas, «In quest of the practical value of *jus cogens* norms» (сноска 60 выше), pp. 218 *et seq.*

<sup>303</sup> В отношении решений международных судов см. такие известные дела, как *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3, and *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99. В отношении примеров решений региональных судов см.: *Jones and Others v. the United Kingdom*, Nos. 34356/06 and 40528/06, European Court of Human Rights, ECHR 2014; *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], No. 35763/97, European Court of Human Rights, ECHR 2001-XI. В отношении работы настоящей Комиссии по вопросам, касающимся иммунитетов, помимо материалов, упомянутых в сноске 266, см. прения Комиссии по пятому докладу об иммунитетах должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции (A/CN.4/701) в A/CN.4/SR.3360–3365, SR.3378 и 3387–3388.

<sup>304</sup> A/CN.4/701, приложение III.

<sup>305</sup> A/CN.4/SR.3378.

<sup>306</sup> A/CN.4/SR.3361.

<sup>307</sup> См. проекты статей о преступлениях против человечности, ст. 6, п. 5 «Каждое государство принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы по его уголовному праву тот факт, что правонарушение, о котором идет речь в настоящем проекте статьи, было совершено лицом, занимающим официальную должность, не

для юрисдикции, тогда как последнее имеет материально-правовое воздействие<sup>308</sup>. В отношении последнего следует отметить, что пребывание в официальной должности не может служить материально-правовым обстоятельством, ограждающим от ответственности за преступления по *jus cogens*. Во-вторых, что касается иммунитета, то следует проводить менее спорное различие между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae*<sup>309</sup>. Общеизвестно, что в отношении иммунитета *ratione personae* не существует никаких исключений, даже в связи с преступлениями по *jus cogens*<sup>310</sup>. В этом отношении интересным примером является решение по апелляции, вынесенное южноафриканским Верховным судом в деле *Министр юстиции против Южноафриканского центра по судебным спорам*<sup>311</sup>, которое в качестве вспомогательного средства для определения норм международного права<sup>312</sup> поддерживает предположение об отсутствии каких-либо исключений из иммунитета *ratione personae* в соответствии с обычным международным правом, даже если практика государств предусматривает исключение из этой нормы на основании южноафриканского законодательства. Как бы ни обстояло дело, в самом решении признается, что оно не может формировать международное обычное право<sup>313</sup>, и оно остается отдельным примером поддержки исключения из иммунитета *ratione personae* в связи с преступлениями по *jus cogens*. Поэтому можно признать, что при нынешнем состоянии права не существует каких-либо исключений

являлся основанием для исключения уголовной ответственности»). Вместе с тем см. *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Decision under Article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the court for the arrest and surrender of Omar al-Bashir*, Case No. ICC-02/05-01/09, 6 July 2017, separate opinion of Judge Marc Perrin de Brichambaut, para. 22.

<sup>308</sup> Проекты статей о преступлениях против человечности, особенно см. п. 31) комментария к ст. 6 («Для целей настоящих проектов статей п. 5 означает, что предполагаемый правонарушитель не может ссылаться на факт своего пребывания в официальной должности в качестве материально-правового обстоятельства, ограждающего от уголовной ответственности. Вместе с тем пункт 5 никак не влияет на любой процессуальный иммунитет, которым может обладать должностное лицо иностранного государства от национальной уголовной юрисдикции...»). См. также Dire Tladi, «Of heroes and villains, angels and demons: the ICC AU tension revisited», *German Yearbook of International Law* (готовится к изданию), с комментарием отдельного мнения судьи Марка Перрена де Бришамбо.

<sup>309</sup> См. ст. 3 и 4 проектов статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. См. также United Kingdom, *R v. Bartle and the Commissioner of Police for the Police and Others, Ex Parte Pinochet*, Judgment of the House of Lords of 24 March 1999, reproduced in *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), p. 581, мнение лорда Филиппа на p. 653, отметившего, что, если бы Пиночет все еще был главой государства, он мог бы сослаться на иммунитет *ratione personae*.

<sup>310</sup> См. проекты статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, ст. 7, и особенно п. 2) комментария к ней. Еще более важный пример см. в *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment* (сноска 303 выше).

<sup>311</sup> *Minister of Justice and Constitutional Development and Others v. Southern African Litigation Centre and Others*, Judgment of the South African Supreme Court of Appeal, 2016 (4) *BCLR* 487 (SCA).

<sup>312</sup> *Ibid.*, para. 84 («Я с сожалением должен заключить, что было бы большой натяжкой заявлять, что больше не существует суверенного иммунитета в связи с нарушениями *jus cogens* (императивных норм). Из изучения прецедентов и научной литературы следует лишь то, что профессор Дугард прав, когда он утверждает, что «международное обычное право находится в переменчивом состоянии в отношении иммунитета как уголовного, так и гражданского, в связи с актами, состоящими в нарушении норм *jus cogens*». В этих обстоятельствах я не могу постановить, что на данном этапе развития международного обычного права в связи с международными преступлениями существуют исключения из иммунитета и неприкосновенности, которыми пользуются главы государств при посещении зарубежных стран и в иностранных национальных судах»).

<sup>313</sup> *Ibid.* («Но не мне надлежит определять содержание обычного международного права»).

из иммунитета *ratione personae* по причине наличия у того или иного преступления характера нарушения *jus cogens*. Таким образом, в действительности вопрос заключается в том, исключают ли преступления по *jus cogens* применимость иммунитета *ratione materiae*.

124. Комментаторы в своем большинстве основывают свои выводы на практике государств и решениях международных судов и трибуналов в рамках гражданского судопроизводства. Часто цитируется решение Международного Суда, в котором он постановил, что не существует «прямой коллизии» между нормами об иммунитете и нормами *jus cogens*, поскольку нормы *jus cogens* предусматривают материально-правовые запреты на определенное поведение государств, тогда как иммунитеты имеют процедурный характер и действуют в другой плоскости<sup>314</sup>, и которое касается иммунитета от гражданской юрисдикции. Кроме того, следует отметить, что все свидетельства, на которые сослался Суд как на практику государств в деле *О юрисдикционных иммунитетах государств*, также касаются иммунитета от гражданской юрисдикции<sup>315</sup>. Те, кто поддерживает исключение из иммунитета по причине *jus cogens*, также часто ссылаются на национальные дела, связанные с гражданским судопроизводством<sup>316</sup>. Однако именно практика, связанная с уголовной ответственностью, должна формировать основу любой нормы международного права, касающейся исключений из иммунитета в связи преступлениями по *jus cogens*.

125. Безусловно, существует много дел, в которых делались ссылки на иммунитет *ratione materiae* в контексте уголовного производства в национальных судах<sup>317</sup>. Например, Роджерс рассматривает ряд дел в рамках Королевского распоряжения Соединенного Королевства от 1945 года, изданного для целей привлечения к суду военных преступников Второй мировой войны<sup>318</sup>. Преданные суду лица включали военнослужащих иностранных государств, которые вне всякого сомнения обладали иммунитетом *ratione materiae*<sup>319</sup>. Кассесе также приводит внушительный перечень практики внутренних судов, в которой иммунитет *ratione materiae* был признан недействительным в связи с преступлениями по *jus cogens*<sup>320</sup>. Некоторые из более известных дел, в которых лица, на первый взгляд обладающие иммунитетом *ratione materiae*, подверглись юрисдикции национальных судов, включают процессы *Эйхмана* (Израиль)<sup>321</sup>, *Барби* (Франция)<sup>322</sup>, *Бутерсе* (Нидерланды) – хотя в последнем

<sup>314</sup> См. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment (сноска 303 выше), para. 95. Другие решения по гражданским делам, которые часто упоминаются в поддержку утверждения об отсутствии исключений из иммунитета *ratione materiae* даже в связи с преступлениями по *jus cogens*, включают *Jones and Others v. the United Kingdom* (сноска 303 выше) и *Al-Adsani v. the United Kingdom* (сноска 303 выше).

<sup>315</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment (сноска 303 выше), paras. 70 (национальное законодательство) и 96 (прецедентное право).

<sup>316</sup> В качестве примера см. гражданское дело об отказе в иммунитете в силу наличия у преступления характера нарушения *jus cogens* *Yousuf v. Samantar*, 699 F.3d 763, 776-77 (4th Cir. 2012).

<sup>317</sup> См. п. 5) комментария к проекту ст. 7 проектов статей об иммунитете должностных лиц государства, Доклад Комиссии о работе ее шестьдесят девятой сессии (A/72/10), особенно сноску 762.

<sup>318</sup> См. рассмотрение этих дел в Rogers, «War crimes trials under the Royal Warrant» (сноска 302 выше), особенно pp. 790 *et seq.*

<sup>319</sup> См. *ibid.*, со ссылкой на *Rauer and Others, Peleus trial, the trials of Helmuth von Ruchteschell and von Manstein*.

<sup>320</sup> Cassese, «When may senior State officials be tried for international crimes?» (см. сноску 302 выше), pp. 870 *et seq.*

<sup>321</sup> Израиль, *Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann*, Judgment of the Supreme Court, английский перевод в *International Law Reports*, vol. 36 (1968), p. 277.

<sup>322</sup> Дополнительные подробности см. в Nicholas R. Doman, «Aftermath of Nuremberg: the trial of Klaus Barbie», *University of Colorado Law Review*, vol. 60 (1989), pp. 449–469.



случае приговор по делу был отменен, но не в связи с вопросом об иммунитете, а исключительно в силу правила об отсутствии у закона обратной силы<sup>323</sup>, – *Пиночета* (Испания), по делу *О геноциде в Гватемале* (Испания)<sup>324</sup>, *Силинго* (Испания)<sup>325</sup> и др. Вероятно, делом, наиболее полно отражающим принцип утраты иммунитета *ratione materiae* для целей преследования за преступления по *jus cogens*, является дело *Пиночета* в Соединенном Королевстве. В этом деле лорд Браун-Уилкинсон, лорд Хоуп и лорд Филлипс в своих мнениях подчеркнули неприменимость иммунитета *ratione materiae* к международному преступлению, имеющему характер нарушения *jus cogens*<sup>326</sup>.

126. В контексте рассмотрения Комиссией иммунитета должностных лиц государства некоторые члены Комиссии указали на то, что в делах *Бутерсе* и *Пиночета* не было поддержано утверждение о неприменимости иммунитета *ratione materiae*<sup>327</sup>. Вместе с тем, как отмечалось выше, Верховный апелляционный суд Нидерландов отменил решение по делу *Бутерсе* вовсе не в связи с иммунитетом. Это решение было отменено в силу действия принципа отсутствия обратной силы у законов. Иммунитет является процедурным препятствием для преследования, которое не допускает рассмотрения материально-правовых вопросов. Само рассмотрение возможности ретроспективного применения законов указывает на неприменимость иммунитета. Следует напомнить, что вопрос заключается *не* в том, заявил ли суд, что иммунитет применим или неприменим. Вопрос состоит в том, осуществлял ли суд юрисдикцию в этом деле, и он явно это делал, но установил, что для преследования нет оснований, поскольку закон не может иметь обратной силы. Что касается дела *Пиночета*, то упомянутые члены Комиссии отметили, что мнения были сформулированы не на основе норм *jus cogens* как таковых, а на основе договорного обязательства. Однако, как указывалось выше, в трех из этих мнений конкретно затрагивался характер нарушения *jus cogens*, который имеет преступление, в качестве основания для неприменимости иммунитета. Кроме того, все они были основаны на характере преступления, состоявшего в применении пыток, которое широко признается в качестве преступления по *jus cogens*<sup>328</sup>. Эти члены также оспорили релевантность законодательства об имплементации Римского статута<sup>329</sup>. Однако это *могло бы* быть оправдано только в отношении положений внутреннего законодательства об имплементации обязательств в соответствии с Римским статутом. Таким образом, исключение иммунитета для целей задержания и в конечном счете выдачи Международному уголовному суду, будучи обязательством в соответствии с Римским статутом, *могло бы* быть иррелевантным к вопросу об иммунитете в соответствии с внутренним законодательством. Однако, поскольку Римский ста-

<sup>323</sup> Нидерланды, *Бутерсе*, решение Верховного суда от 18 сентября 2001 года.

<sup>324</sup> Испания, *Guatemala Genocide, Menchú Tum and Others v. Two Guatemalan Government Officials and Six Members of the Guatemalan Military*, решение Конституционного суда от 26 сентября 2005 года.

<sup>325</sup> Испания, *Scilingo Manzorro (Alolfo Francisco) v. Spain*, решение Верховного суда от 1 октября 2007 года.

<sup>326</sup> Соединенное Королевство, *R v. Bartle and the Commissioner of Police for the Police and Others, Ex Parte Pinochet* (см. сноску 309 выше), opinion of Lord Brown-Wilkinson (para. 56), opinion of Lord Hope (para. 196), opinion of Lord Millet (paras. 330 *et seq.*) and opinion of Lord Phillips (para. 366).

<sup>327</sup> Проекты статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, п. 8) комментария к ст. 7, Доклад Комиссии о работе ее шестьдесят девятой сессии (A/72/10), особенно сноска 765.

<sup>328</sup> См., напр.: *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment (сноска 277 выше), para. 99.

<sup>329</sup> Проекты статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, п. 8) комментария к статье 7, Доклад Комиссии о работе ее шестьдесят девятой сессии (A/72/10), особенно сноску 765.

тут не обязывает какие-либо государства преследовать лиц в соответствии с Римским статутом, не говоря уже о должностных лицах с иммунитетом, любое законодательство, предусматривающее неприменимость иммунитета, будет релевантным для определения норм общего международного права.

127. Безусловно, имеются дела, рассмотренные национальными судами, в которых в рамках уголовного судопроизводства была подтверждена обоснованность иммунитета. Например, французский Кассационный суд постановил, что «qu'en l'état du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice»<sup>330</sup>. Аналогичным образом, в ряде решений, принятых после процесса по делу *Пиночета*, британские суды подтвердили иммунитет должностных лиц государства<sup>331</sup>. Однако следует отметить, что эти решения касаются действующих глав государств, имеющих право на иммунитет *ratione personae*. Решения по делам как *Кадафи*, так и *Мугабе*, предполагают, что, как только соответствующие должностные лица перестанут занимать свои посты глав государств – обстоятельство, при котором, согласно определению Комиссии, применяется иммунитет *ratione materiae*<sup>332</sup>, – иммунитет не будет поддерживаться. Например, в деле *Кадафи* суд недвусмысленно заявил, что защита, обеспечиваемая иммунитетом, полагается «действующим главам государств». В деле *Мугабе* суд заявил, что Мугабе может полагаться на применимый иммунитет только «пока он является главой государства» (курсив добавлен).

128. Разумеется, были приняты решения, подтверждающие иммунитет лиц, не являющихся главами государств. Они включают решения, принятые британским Магистратским судом по делам *Бо Ксилая* и *Мофаза*<sup>333</sup>. Однако в этих обоих делах суд правомерно или ошибочно исходил из допущения о том, что данные должностные лица – Министр обороны (Мофаз) и Министр промышленности и торговли (Бо Ксилай) – имеют право на иммунитет *ratione personae*. Например, в деле *Мофаза* суд заключил, что «министр обороны автоматически приобретает... иммунитет таким же образом, как тот, которым пользуется министр иностранных дел». Аналогичным образом, в деле *Бо Ксилая*, напомним о решении Международного Суда по делу *Об ордере на арест*, суд определил, что функции Министра торговли Китая являются «эквивалентными функциям, осуществляемым министром иностранных дел».

129. Вероятно, наилучшим примером национального дела, в котором подтверждался иммунитет *ratione materiae*, является дело о запросе на экстрадицию Хиссена Хабре<sup>334</sup>. В этом деле Хабре как бывший глава государства уже не пользовался

<sup>330</sup> Франция, *Gaddafi*, Judgment of the French Court of Cassation of 13 March 2001 (No. 00-87215) *International Law Reports*, vol. 125 (2001), p. 490, para. 9 («В соответствии с международным правом, несмотря на тяжесть вменяемого преступления, отсутствуют какие-либо исключения из принципа иммунитета действующих глав государств от юрисдикции в иностранных судах»). См. также Бельгия, *H.S.A et al. v. S.A. et al (Ariel Sharon case)*, решение Кассационного суда, 12 февраля 2003 года, No. P.02.1139.F, pp. 599–600.

<sup>331</sup> Соединенное Королевство, *Decision In Re Mugabe*, Judgment of 14 January 2004, Bow Street Magistrates Court («Я установил, что Роберт Мугабе является Президентом и главой государства Зимбабве и, пока он является главой государства, он имеет право на этот иммунитет. Он не подлежит аресту или задержанию в любой форме, и ввиду этого я не могу издать испрашиваемый ордер»).

<sup>332</sup> Проекты статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, п. 3 ст. 6, Доклад Комиссии о работе ее шестьдесят восьмой сессии (A/71/10).

<sup>333</sup> Соединенное Королевство, *Re Mofaz*, решение от 12 февраля 2004 года, и *Re Bo Xilai*, решение от 8 ноября 2005 года, Bow Street Magistrates Court.

<sup>334</sup> Сенегал, *Hissène Habré Request*, решение от 25 ноября 2005 года, Апелляционный суд Дакара.

иммунитетом *ratione personae*, а пользовался только (остаточным) иммунитетом *ratione materiae*. Вместе с тем суд определил, что, хотя Хабре уже не является главой государства, за ним сохраняется иммунитет, которым он ранее пользовался<sup>335</sup>. Хотя это решение совершенно определенно служит примером практики, следует отметить, что в его обосновании ошибочно использована ссылка на дело *Об ордере на арест*<sup>336</sup>. В деле *Хабре* релевантным иммунитетом был иммунитет *ratione materiae*, тогда как дело *Об ордере на арест* касалось иммунитета *ratione personae*. По сути, принятое большинством решение по делу *Об ордере на арест* конкретно исключает ситуации лиц, срок должностных полномочий которых закончился<sup>337</sup>. Таким образом, хотя решение по делу *Хабре*, несомненно, составляет часть практики, ему не следует придавать слишком большой вес как вспомогательному средству определения норм права, поскольку оно обосновывается неверным пониманием первичного решения Международного Суда, на котором оно основано<sup>338</sup>.

130. Даже без учета неправильной ссылки на дело *Хабре*, вышеописанное предпологает, что большинство авторитетных источников подкрепляют неприменение иммунитета *ratione materiae* в целях уголовного судопроизводства. Вместе с тем существует проблема логики дела *О юрисдикционных иммунитетах государств*. Эта логика, как представляется, состоит в том, чтобы применять иммунитет в контексте как гражданских, так и уголовных дел. Иными словами, нет какой-либо априорной причины, по которой правило, выведенное в деле *О юрисдикционных иммунитетах государств*, применялось бы к гражданским, а не уголовным делам. В ответ можно сформулировать два кратких соображения. Во-первых, различие между *jure gestiones* и *jure imperii* очевидно касается гражданских, а не уголовных дел. Таким образом, в связи с иммунитетами несомненно существуют различия между процессами двух видов. Во-вторых, еще более важное соображение состоит в том, что, как было согласовано в начале рассмотрения темы, Комиссии следует руководствоваться практикой государств, а не теоретическими соображениями. Особенно важно заметить в этом отношении, что в некоторых случаях подтверждения иммунитета в гражданских делах отмечалось, что к уголовным делам могут применяться иные правила<sup>339</sup>. Поскольку практика государств в виде дел, рассмотренных в национальных судах, поддерживает это различие, Комиссии следует руководствоваться этой практикой.

<sup>335</sup> Ibid., para. 6.

<sup>336</sup> Ibid., para. 5 («Considérant que Hissène Habré doit alors bénéficier de cette immunité de juridiction qui, loin d'être une cause d'exonération de responsabilités pénales, revêt simplement un caractère procédural au sens de l'arrêt Yéro Abdoulaye Ndombasi du 14/02/2002 rendu par la Cour Internationale de Justice dans le litige opposant le Royaume de Belgique à la République démocratique de Congo» ([«Считая, что в таком случае Хиссен Хабре должен пользоваться этим иммунитетом от юрисдикции, который, отнюдь не являясь основанием для освобождения от уголовной ответственности, носит лишь сугубо процессуальный характер по смыслу решения в отношении Йеро Абдулае Ндомбаси от 14 февраля 2002 года, вынесенного Международным Судом в споре между Королевством Бельгия и Демократической Республикой Конго»]).

<sup>337</sup> См. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment (сноска 303 выше), para. 61 («В-третьих, после того как лицо прекращает занимать [соответствующую должность], оно больше не пользуется всеми иммунитетами, которыми его наделяет международное право»).

<sup>338</sup> См. проекты выводов о выявлении международного обычного права, Доклад Комиссии о работе ее шестьдесят восьмой сессии (A/71/10), п. 3) комментария к выводу 13 («Ценность таких решений... значительно варьируется в зависимости как от качества обоснования каждого решения... так и от восприятия этого решения государствами и другими судами»).

<sup>339</sup> См., напр.: *Al-Adsani v. the United Kingdom* (сноска 303 выше), para. 61. См. также *Yousuf v. Samantar* (сноска 316 выше), p. 20 («Ряд решений иностранных национальных судов отражали желание отказать в иммунитете лицу, действующему в официальном качестве, в контексте уголовного судопроизводства в связи с предполагаемыми нарушениями jus

131. Что касается уголовного судопроизводства, то в настоящее время в проекте статьи 7 проектов статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции отражено мнение о том, что иммунитет *ratione materiae* не применяется в отношении деяний, запрещение которых образует нормы *jus cogens*<sup>340</sup>. Это еще больше подкрепляет целесообразность включения в проекты выводов положения об иммунитете.

132. Вышеизложенное может быть резюмировано следующим образом:

a) государства обязаны осуществлять юрисдикцию в отношении правонарушений, запрещенных императивными нормами международного права (*jus cogens*), когда эти правонарушения совершаются гражданами данного государства или на территории под его юрисдикцией;

b) положение пункта a) не исключает установления юрисдикции на любом другом основании, допускаемом его национальным законодательством, в соответствии с международным правом;

c) тот факт, что правонарушение, запрещенное императивной нормой общего международного права (*jus cogens*) было совершено лицом, занимающим официальную должность, не является основанием для исключения уголовной ответственности;

d) иммунитет *ratione materiae* не применяется к любому правонарушению, запрещенному императивной нормой общего международного права (*jus cogens*).

### 3. Последствия императивных норм общего международного права (*jus cogens*) для юрисдикции международных судов и трибуналов

133. Принцип, который был применен в деле *О юрисдикционных иммунитетах государства (Германия против Италии, со вступлением в дело Греции)* и в соответствии с которым норма об иммунитетах как процедурная норма не противоречит материально-правовым нормам, касающимся преступлений по *jus cogens*, была применена также к связи между *jus cogens* и юрисдикцией международных судов и трибуналов<sup>341</sup>. Как описывалось выше, в деле *О вооруженной деятельности на территории Конго (Демократическая Республика Конго против Руанды)* Демократическая Республика Конго стремилась установить юрисдикцию Международного Суда на том основании, что рассматриваемое предполагаемое нарушение касалось

*cogens*», и в то же время в них отмечалось, что «исключение по причине *jus cogens*, как представляется, в меньшей степени урегулировано в гражданском контексте». В отношении критики этой позиции см. Orakhelashvili, «Audience and authority» (сноска 69 выше), р. 139.

<sup>340</sup> Проект статьи 7, в предварительном порядке принятый в 2017 году, гласит:

#### **Преступления по международному праву, в отношении которых иммунитет *ratione materiae* не применяется**

1. Иммунитет *ratione materiae* от осуществления иностранной уголовной юрисдикции не применяется в отношении следующих преступлений по международному праву:

- a) преступление геноцида;
- b) преступления против человечности;
- c) военные преступления;
- d) преступление апартеида;
- e) пытка;
- f) насильственное исчезновение.

2. Для целей настоящего проекта статьи вышеупомянутые преступления по международному праву следует понимать в соответствии с их определением в международных договорах, перечисленных в приложении к настоящему проекту статей.

<sup>341</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment (сноска 303 выше), para. 95.

императивной нормы международного права, имея в виду, что Суд обладает юрисдикцией, даже если Руанда не согласилась, как того требует Статут Международного Суда, с юрисдикцией Суда. В частности, Демократическая Республика Конго доказывала, что статья 66 Венской конвенции 1969 года «установила юрисдикцию Суда для урегулирования споров, возникающих в связи с нарушением императивных норм»<sup>342</sup>. Помимо этого, Демократическая Республика Конго доказывала, что оговорка Руанды, исключающая применение в соответствии с Конвенцией о предупреждении преступления геноцида и наказании за него компромиссного положения – которым Суд наделялся бы юрисдикцией – является недействительной, так как «она направлена на то, чтобы "помешать... Суду выполнить свою благородную миссию гаранта императивных норм"»<sup>343</sup>. Суд отклонил этот аргумент, отметив, что «тот факт, что спор связан с соблюдением [нормы *jus cogens*]... не может сам по себе служить основанием для юрисдикции Суда», поскольку «[в] соответствии со Статутом Суда эта юрисдикция всегда основана на согласии сторон»<sup>344</sup>. Этот принцип был вновь подчеркнут Судом в деле *О применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Хорватия против Сербии)*<sup>345</sup>.

134. Какая бы критика ни высказывалась в отношении дихотомии между процедурным и материально-правовым аспектами в деле *О юрисдикционных иммунитетах государства*<sup>346</sup>, по-видимому, в контексте юрисдикции сложно критиковать различие между процедурными и материально-правовыми нормами. Было бы натяжкой предполагать, что любая ссылка на *jus cogens* наделяла бы Международный Суд юрисдикцией в споре. Такое утверждение делало бы буквально бессмысленным требование в отношении согласия на юрисдикцию. Не вдаваясь в дискуссию относительно правильности или неправильности различия между существом и процедурой в контексте иммунитета, как представляется, целесообразно заключить, что существует более тесная связь между процессуальными нормами об иммунитетах и материально-правовыми правилами, лежащими в основе норм *jus cogens*, чем между процедурным правилом, требующим согласия на юрисдикцию, и материально-правовой нормой, лежащей в основе норм *jus cogens*.

135. Принцип, согласно которому утверждения о нарушениях *jus cogens* не наделяют международный трибунал юрисдикцией при условии отсутствия согласия на такую юрисдикцию, необходимо толковать в прочтении со статьей 66 Венской конвенции 1969 года. Так, в случаях, в которых применяется Конвенция, то есть, когда обе стороны спора являются участниками Конвенции, утверждение о том, что тот или иной договор нарушает норму *jus cogens*, могло бы служить основанием для юрисдикции Суда. Однако в соответствии со статьей 66 это применяется только к вопросу о недействительности договоров, а не к общим вопросам, касающимся *jus cogens*. Таким образом, это положение применяется только в том случае, если предметом рассмотрения является действительность договора.

136. То, что было кратко изложено выше, можно резюмировать следующим образом: при условии применения статьи 66 Венской конвенции 1969 года тот факт, что спор касается императивной нормы общего международного права (*jus cogens*), не является достаточным основанием для установления юрисдикции Суда без необходимого согласия на юрисдикцию в соответствии с международным правом.

<sup>342</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* (сноска 124 выше), para. 15.

<sup>343</sup> *Ibid.*, para. 56.

<sup>344</sup> *Ibid.*, para. 66.

<sup>345</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment* (сноска 262 выше), para. 88.

<sup>346</sup> См. пример критики в отношении дела *О юрисдикционных иммунитетах* в Orakhelashvili, «Audience and authority» (сноска 69 выше), p. 138; *Military Prosecutor v. Albers and Others, Judgment of the Italian Court of Cassation of 9 August 2012*, para. 5.

#### 4. Последствия императивных норм общего международного права (*jus cogens*) для других источников международного права

137. Хотя воздействие *jus cogens* на действительность международных договоров довольно хорошо установлено – в значительной мере благодаря статье 53 Венской конвенции 1969 года, последствия *jus cogens* для действительности других источников установлены в меньшей степени. В настоящем разделе доклада рассматриваются последствия *jus cogens* для других основных источников, а именно международного обычного права, односторонних актов и резолюций Совета Безопасности, принятых в соответствии с главой VII Устава Организации Объединенных Наций.

##### a) Обычное международное право

138. Пункт 2 проекта вывода 5, предложенного во втором докладе Специального докладчика, гласит, что «[о]сновой для формирования международно-правовых норм *jus cogens* чаще всего является международное обычное право»<sup>347</sup>. Исходя из этой связи между обычным международным правом и *jus cogens*, Кавасаки предположил, что коллизия между *jus cogens* и обычным международным правом невозможна<sup>348</sup>. Во-первых, он считает, что, как «фактический процесс накопления практики государств, сопровождаемый коллективным осознанием обязательства», обычное международное право не является «правовым актом», создающим «права, обязательства или любое другое юридическое положение», и тем самым не способно быть недействительным<sup>349</sup>. Во-вторых, он полагает, что в силу этого процесса коллизия нормы обычного международного права с нормой *jus cogens* не может происходить, поскольку ее исключало бы существование нормы *jus cogens*<sup>350</sup>.

139. Что касается первого возражения Кавасаки, то необходимо отметить, что описанный фактический процесс приводит к формированию нормы и что норма, каковыми бы ни были ее истоки, способна вступать в коллизию с нормой *jus cogens*. По сути, даже договорный процесс предполагает фактический процесс – переговоры – после актов согласия, которые создают права и обязательства. Что до второго возражения, то уместно упомянуть, что согласно Венской конвенции 1969 года договор, который противоречит уже существующей норме *jus cogens* также является ничтожным *ab initio* – иными словами, он не вступает в силу. Причина, по которой договорное положение не вступает в силу, заключается в его противоречии с уже существующей нормой *jus cogens*. По той же причине широко распространенная практика, даже если государства считают эту практику правом, не создавала бы нормы международного обычного права, поскольку такая норма была бы ничтожной *ab initio* вследствие ее противоречия с иерархически вышестоящей нормой *jus cogens*. Можно было бы возразить, что весьма маловероятно, чтобы государства принимали любую такую практику в качестве права. Но даже здесь аналогия с договорным правом релевантна, поскольку, как показывает практика, весьма маловероятно, чтобы государства заключали международные договоры, вступающие в противоречие с *jus cogens*. Вместе с тем эта действительность не опровергает необходимости предусмотреть правило ничтожности обычного международного права вследствие коллизии с нормой *jus cogens* в том, пусть и маловероятном, случае,

<sup>347</sup> В 2017 году Редакционный комитет в предварительном порядке принял это положение в сущности без изменений. См. заявление Председателя Редакционного комитета по императивным нормам общего международного права (*jus cogens*), 26 июля 2017 года, приложение, проект вывода 5, п. 2 («Основой для императивных норм общего международного права (*jus cogens*) чаще всего является международное обычное право»).

<sup>348</sup> Kawasaki, «A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law» (см. сноску 75 выше), p. 31.

<sup>349</sup> Ibid.

<sup>350</sup> Ibid.

если такая коллизия могла бы возникнуть. Во всяком случае, может возникать также партикулярное обычное международное право (региональное или местное обычное международное право), которое может противоречить *jus cogens*. Любой вывод о том, что норма обычного международного права, несовместимая с *jus cogens*, является недействительной, применялся бы также к признанию недействительным партикулярного обычного международного права<sup>351</sup>.

140. Далее в докладе будут рассмотрены последствия *jus cogens* для обычного международного права на практике. Представление о том, что нормы обычного международного права, которые противоречат нормам *jus cogens*, являются недействительными, вытекает из иерархического превосходства и отражено в практике государств. В деле *Комитет граждан Соединенных Штатов, проживающих в Никарагуа, против Рейгана* Апелляционный суд округа Колумбия Соединенных Штатов отметил, что нормы *jus cogens* «пользуются наивысшим статусом в международном праве и превалируют как над обычным международным правом, так и над международными договорами»<sup>352</sup>. В Соединенном Королевстве Судебная коллегия королевской скамьи Высокого суда Англии и Уэльса в деле (*Мохамед*) против *Министра иностранных дел и по делам содружества* также сослалась на иерархическое превосходство норм *jus cogens* и соответственно сделала вывод о том, «что отступления государств посредством договоров или норм обычного права, не обладающих таким же статусом, [являются] недопустимыми»<sup>353</sup>. Аргентинский Верховный суд таким же образом отметил, что преступления против человечности имеют «характер *jus cogens*, означающий, что [это запрещение] стоит выше как договорного права, так и всех других источников международного права»<sup>354</sup>. В деле *Кенийская секция Международной комиссии юристов против Генерального прокурора* кенийский Высокий суд заявил, что нормы *jus cogens* «сделали ничтожными любые другие уже существовавшие нормы, которые вступили в противоречие с ними»<sup>355</sup>. Сознание того, что нормы *jus cogens* имеют преимущественную силу над другим международным обычным правом, утвердилось также в практике региональных судов. Например, в деле *Эль-Адсани* Европейский суд по правам человека определил, что нормы *jus cogens* являются нормами, имеющими «более высокий ранг в международной иерархии, чем договорное право и даже «ординарные» нормы обычного права»<sup>356</sup>. Судьи Розакис и Кафлиш, к которым присоединились судьи Вильдхабер, Коста, Кабрал Баррето и Важиц, в своем совместном несогласном мнении выразились еще более определенно, сформулировав следующие замечания:

Принимая, что норма о запрещении пыток является нормой *jus cogens*, большинство признает, что она иерархически выше, чем любая другая норма международного права... Ибо основной характеристикой нормы *jus cogens* является то, что... она имеет преимущественную силу над любой другой нормой,

<sup>351</sup> Kleinlein, «*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies» (см. сноску 64 выше), p. 187 («сравнительно нетрудно осознать структурную иерархию между *jus cogens* и региональными или местными нормами обычного права»).

<sup>352</sup> Соединенные Штаты, 859 F.2d 929 (DC Cir. 1988), p. 940 (курсив добавлен). См. также *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992) at 715. См. также *Sabbithi v. Al Saleh*, 605 F. Supp. 2d 122 (D.D.C. 2009), p. 129.

<sup>353</sup> United Kingdom, *R (Mohamed) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2009] 1 WLR 2579, p. 142 (ii).

<sup>354</sup> Аргентина, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad*, case No. 17.768, judgment of 14 June 2005, Supreme Court of Argentina (оригинал: «el carácter de *ius cogens* de modo que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho»).

<sup>355</sup> Кения, *Kenya Section of the International Commission of Jurists v. Attorney-General and others*, Judgment of the High Court, p. 14.

<sup>356</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom* (см. сноску 303 выше), para. 30, citing *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment, Trial Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 10 December 1998, *Judicial Reports 1998*, vol. I, para. 153.



не обладающей таким же статусом. В случае коллизии между нормой *jus cogens* и любой другой нормой международного права превалирует первая из них<sup>357</sup>.

141. Независимо от доктринальной дискуссии относительно того, возможно ли, чтобы норма обычного международного права находилась в коллизии с нормой *jus cogens*, ясно, что, исходя из практики, при возникновении такой коллизии норма *jus cogens* будет иметь преимущественную силу, а противоречащее ей положение обычного международного права будет недействительным. Это применяется как в случаях уже существовавшей нормы *jus cogens*, так и к случаям возникновения такой нормы после появления нормы обычного международного права. В соответствии со статьей 53 Венской конвенции 1969 года единственным исключением из этого принципа является ситуация, при которой данное положение обычного международного права само является нормой *jus cogens*, способной изменить ранее существовавшую норму *jus cogens*.

142. Связанный с этим вопрос касается того, применяется ли к нормам *jus cogens* доктрина «последовательно возражающей стороны». Комиссия уже определила, что, если государство последовательно возражает против нормы обычного международного права, эта «норма не противопоставима данному государству»<sup>358</sup>. Вместе с тем Комиссия особо отметила, что включение этого пункта «не наносит ущерба какому бы то ни было вопросу *jus cogens*»<sup>359</sup>. С точки зрения доктрины вопрос ставится таким образом: существует ли сама возможность возникновения нормы *jus cogens*, если имеется последовательно возражающая сторона<sup>360</sup>. По мнению Специального докладчика, последовательное возражение против формирования нормы обычного международного права не может помешать возникновению нормы *jus cogens*. Как только сформирована норма обычного международного права, необходимо решить вопрос о том, принимает и признает ли недопустимость отклонений от данной нормы «международное сообщество в целом», как описано во втором докладе Специального докладчика и определено в проекте вывода 7<sup>361</sup>. Излишне говорить, что, если существует достаточное число возражающих сторон, то норма *jus cogens* не появляется – и не из-за правила о последовательно возражающей стороне, а потому, что не наберется достаточно внушительного большинства государств, чтобы можно было обеспечить соответствие критерию «признания международным сообществом государств в целом». Ключевой вопрос, таким образом, состоит в том, будет ли обязательной данная норма *jus cogens* для последовательно возражающего государства (или государств) в случае успешного прохождения теста на принятие и признание недопустимости отклонений от этой нормы.

143. Как описывалось в первом и втором докладах Специального докладчика и было отражено в проектах выводов, в предварительном порядке принятых Редакционным комитетом в 2017 году, нормы *jus cogens* являются универсально применимыми<sup>362</sup>. Возможные доводы о том, что норма *jus cogens* не противопоставима «последовательно возражающей стороне», противоречили бы самой идее универсальной применимости *jus cogens*. В этой связи швейцарский Федеральный суд в

<sup>357</sup> *Al-Adsani v United Kingdom* (см. сноску 303 выше), joint dissenting opinion of Judges Rozakis and Caflisch (joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić), para. 1.

<sup>358</sup> См. проекты выводов о выявлении международного обычного права, вывод 15.

<sup>359</sup> Там же, п. 10) комментария к выводу 15.

<sup>360</sup> См., напр.: Mik, «*Jus cogens* in contemporary international law» (сноска 179 выше), p. 50.

<sup>361</sup> Заявление Председателя Редакционного комитета по императивным нормам общего международного права (*jus cogens*), 26 июля 2017 года, приложение, проект вывода 7.

<sup>362</sup> A/CN.4/693, п. 67–68, и A/CN.4/706, п. 28–30.



деле *Нада* заявил, что нормы *jus cogens* «имеют обязательную силу для всех субъектов международного права»<sup>363</sup>. Помимо этого, Апелляционный суд округа Колумбия Соединенных Штатов в деле *Белхас против Моше Яалона* охарактеризовал нормы *jus cogens* как «нормы, настолько универсально принятые, что все государства считаются связанными ими по международному праву»<sup>364</sup>. Межамериканский суд по правам человека таким же образом заключил, что нормы *jus cogens* «связывают все государства»<sup>365</sup>.

144. Для того чтобы существовала хотя бы какая-то возможность ссылок на доктрину «последовательно возражающей стороны» в свете принятия – в качестве отправного пункта – универсального применения *jus cogens*, потребовалось бы четкая и недвусмысленная практика, закрепляющая такое исключение. Это объясняется тем, что применение правила последовательно возражающей стороны к нормам *jus cogens* по определению подразумевало бы допустимость отклонений. Однако же характер и статус норм *jus cogens* определяются недопустимостью отклонений от них. В ходе подготовки настоящего доклада Специальному докладчику не удалось обнаружить ни единого примера практики в поддержку представления о том, что доктрина последовательно возражающей стороны применяется к нормам *jus cogens* в качестве исключения из правила универсального применения норм *jus cogens*. Напротив, существует противоположная по смыслу практика. В частности, в деле *Майкла Домингеса* Межамериканская комиссия по правам человека определила, что нормы *jus cogens* имеют «обязательную силу для международного сообщества в целом, независимо от опротестования, признания или согласия»<sup>366</sup>. Это заявление имело важное значение, поскольку оно было сделано в ответ на прямую ссылку на доктрину последовательно возражающей стороны.

145. Вышеизложенное может быть резюмировано следующим образом:

- a) норма обычного международного права не возникает, если она противоречит императивной норме общего международного права (*jus cogens*);
- b) норма обычного международного права, не имеющая характера *jus cogens*, перестает существовать, если появляется новая противоречащая ей императивная норма общего международного права (*jus cogens*);
- c) поскольку императивные нормы общего международного права (*jus cogens*) имеют обязательную силу для всех субъектов международного права, доктрина последовательно возражающей стороны не применяется.

<sup>363</sup> Switzerland, *Nada (Youssef) v State Secretariat for Economic Affairs and Federal Department of Economic Affairs*, Administrative Appeal, Judgment of 14 November 2007, Federal Supreme Court, Case No 1A 45/2007, ILDC 461 (CH 2007), at para 7 (emphasis added).

<sup>364</sup> United States, *Belhas v. Moshe Ya'Alon*, 515 F.3d 1279 (DC Cir. 2008), at 1291–1292 (emphasis added).

<sup>365</sup> *Advisory Opinion OC-18/03 of 17 September 2003 on the juridical condition and rights of undocumented migrants, requested by the United Mexican States*, Series A, No. 18, paras. 4–5. См. также письменное заявление правительства Мексики по запросу консультативного заключения относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения, представленного Международному Суду на сорок девятой сессии Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций (резолюция 49/75 К), п. 7 («Эти нормы... имеют юридически обязывающий характер для всех государств (*jus cogens*)»). См. также Иран (Исламская Республика) (A/C.6/68/SR.26), п. 4 («понятие «последовательно возражающей стороны» не име[ют] отношения к формированию *jus cogens*»).

<sup>366</sup> *Michael Domingues v. United States*, Case 12.285, report No. 62/02, Inter-American Commission on Human Rights, Decision of 22 October 2000, para. 49.

b) *Односторонние акты*

146. Комиссия уже признала, что международное право в том виде, в каком оно сейчас существует, признает, что государства могут брать на себя обязательства путем односторонних актов<sup>367</sup>. К односторонним актам, которые могут в соответствующих обстоятельствах порождать юридические обязательства, относятся заявления и другое поведение<sup>368</sup>. Было бы довольно странно, если бы государствам запрещалось брать на себя обязательства, противоречащие *jus cogens*, в рамках международных договоров, но разрешалось брать на себя эти же обязательства путем односторонних актов.

147. Комиссия признала, что односторонний акт, противоречащий императивной норме общего международного права, является недействительным<sup>369</sup>. В комментарии к руководящему принципу 8 руководящих принципов, применимых к односторонним заявлениям государств, способных привести к возникновению юридических обязательств, Комиссия отметила, что норма о недействительности одностороннего акта, противоречащего императивной норме международного общего права, «основывается на аналогичной норме, содержащейся в статье 53 Венской конвенции 1969 года»<sup>370</sup>. Эта норма означает признание того факта, что *jus cogens* не допускает никаких отступлений. Односторонний акт, предусматривающий создание прав и/или обязанностей, несовместимых с *jus cogens*, равнозначен отступлению и поэтому является недопустимым. Решение Международного Суда по делу *Демократическая Республика Конго против Руанды* было истолковано как признание возможности недействительности оговорки, которая сама по себе является односторонним актом, по причине противоречия с нормой *jus cogens*<sup>371</sup>.

148. Комиссия также признала действие принципа недопустимости отступлений в отношении односторонних актов в своей работе по оговоркам к международным договорам<sup>372</sup>. В этой связи следует напомнить, что оговорки к договорам, хотя и не

<sup>367</sup> Руководящие принципы, применимые к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств, Доклад Комиссии о работе ее пятьдесят восьмой сессии, *Ежегодник ... 2006 год*, том II (часть вторая). См. также Mik, «*Jus cogens in contemporary international law*» (сноска 179 выше), p. 44.

<sup>368</sup> В отношении полного описания видов односторонних актов см. Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (см. сноску 60 выше), pp. 152 et seq. Для целей настоящего доклада нет необходимости проводить разграничение между разными видами односторонних актов.

<sup>369</sup> Руководящие принципы, применимые к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств, руководящий принцип 8.

<sup>370</sup> Там же, комментарий к руководящему принципу 8.

<sup>371</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* (сноска 124 выше), para. 69 («Поскольку [Демократическая Республика Конго] утверждала далее, что оговорка Руанды противоречит императивной норме общего международного права, Суду достаточно отметить, что в настоящее время не существует такой нормы, требующей от государства согласиться с юрисдикцией Суда с целью урегулирования спора, касающегося Конвенции о геноциде»). См. Руководящие принципы, применимые к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств, комментарий к руководящему принципу 8 («Суд не исключил того, что одностороннее заявление Руанды может быть признано недействительным в случае, если оно противоречит норме *jus cogens*, чего, однако, не было»). См. также Knuchel, «*Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms*» (сноска 64 выше), p. 160 («Это соображение... было косвенно признано [Международным Судом]. В деле *О вооруженной деятельности* Суд не исключил, что оговорка, сделанная Руандой, может быть признана недействительной в случае, если она противоречит *jus cogens*, но установил, что в данном случае этого не было»).

<sup>372</sup> Руководство по практике в отношении оговорок к международным договорам, п. 18) комментария к руководящему положению 3.1.5.3.

подпадают под сферу действия руководящих принципов, применимых к односторонним заявлениям государств, способных привести к возникновению юридических обязательств, сами являются односторонними актами. В своей работе по оговоркам к международным договорам Комиссия отметила, что «безусловно верно», что «положение, запрещающее отступления от нормы *jus cogens*, применяется не только к договорным отношениям, но и ко всем юридическим актам, включая односторонние акты»<sup>373</sup>. Согласно работе Комиссии по оговоркам в настоящем докладе выше сделан вывод о том, что оговорка к договору, не обязательно являющаяся недействительной, «не затрагивает обязательного характера этой нормы, которая продолжает применяться как таковая»<sup>374</sup>. Это объясняется тем, что оговорка касается договорной нормы, а не императивной нормы *общего международного права*. Именно поэтому, хотя она и может быть действительной для целей договора, она не затрагивает императивные нормы общего международного права (*jus cogens*).

149. В той степени, в какой односторонний акт предназначен или предусмотрен для создания прав и/или обязательств, эти права и обязательства должны согласовываться с императивными нормами общего международного права. Соответственно, односторонний акт, который противоречит императивной норме общего международного права (*jus cogens*), является недействительным.

c) *Резолюции международных организаций, включая резолюции Совета Безопасности*

150. Как правило, резолюции международных организаций не являются обязательными по международному праву. Так, в нормальных обстоятельствах резолюция международной организации не создает права и обязанности и поэтому не может означать отступления от международно-правовых норм *jus dispositivum*, не говоря уже о нормах *jus cogens*. Однако резолюции Совета Безопасности могут содержать положения, имеющие обязательную силу для государств – членов Организации Объединенных Наций<sup>375</sup>. Следует полагать, что в смысле юридического акта правило о недопустимости отступлений от императивных норм в равной степени применимо к резолюциям Совета Безопасности<sup>376</sup>. Тем не менее обязывающие положения в резолюциях Совета Безопасности отличаются от других юридических актов тем, что, как и нормы *jus cogens*, они обладают уникальным свойством, заключающимся в иерархическом превосходстве над другими положениями. В соответствии со статьей 103 Устава «обязательства... по настоящему Уставу» имеют преимущественную силу над «обязательствами по какому-либо другому международному соглашению». Важно подчеркнуть, что статья 103 Устава Организации Объединенных Наций, в отличие от статьи 53 Венской конвенции 1969 года, не предусматривает недействительность «других международных соглашений», а просто устанавливает правило приоритетности<sup>377</sup>.

<sup>373</sup> Там же.

<sup>374</sup> См. п. 76 выше.

<sup>375</sup> Устав Организации Объединенных Наций, статья 25 («Члены Организации соглашаются, в соответствии с настоящим Уставом, подчиняться решениям Совета Безопасности и выполнять их»).

<sup>376</sup> См., напр.: Руководство по практике в отношении оговорок, п. 18) комментария к руководящему положению 3.1.5.3 («[б]езусловно верно, что положение, запрещающее отступления от нормы *jus cogens*, применяется не только к договорным отношениям, но и ко всем юридическим актам, включая односторонние акты»).

<sup>377</sup> В отношении рассмотрения этого вопроса см. João Ernesto Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (Geneva, Schulthess, 2016), pp. 98–100.

151. Как и в случае международных договоров, возможность принятия Советом Безопасности резолюции, откровенно противоречащей императивной норме международного права, является крайне маловероятной. Тем не менее в этом нет ничего невозможного, и в той степени, в какой существует какая-либо практика, указывающая на методы урегулирования такой коллизии, необходимо представить определенные выводы.

152. Значительный массив научной литературы поддерживает мысль о том, что резолюции Совета Безопасности, противоречащие норме *jus cogens*, являются недействительными<sup>378</sup>. По сути, общепризнано, что резолюции Совета Безопасности должны соответствовать *jus cogens* и принципам и целям Устава, некоторые из которых могут составлять нормы *jus cogens*<sup>379</sup>. Костеллоу выразил сомнение в отношении правильности представления о том, что резолюция Совета Безопасности является недействительной, если она противоречит *jus cogens*<sup>380</sup>. Он, в частности, предполагает, что не существует практики в поддержку этого представления<sup>381</sup>.

153. Государства неоднократно выражали мнение о том, что резолюции Совета Безопасности должны соответствовать нормам *jus cogens*. Например, Швейцария на заседании Совета Безопасности по вопросу о терроризме отметила, что «некоторые суды также выразили свое желание обеспечить, чтобы решения Совета Безопасности соответствовали» нормам *jus cogens* и чтобы нормы *jus cogens* были нормами, «от которых ни государства-члены, ни Организация Объединенных Наций не могут отступать»<sup>382</sup>. Аналогичным образом, Катар отметил, что, хотя в силу статьи 103 Устава обязательства, вытекающие из резолюций Совета Безопасности, имеют преимущественную силу над другими обязательствами, это не относится к нормам *jus cogens*<sup>383</sup>. Финляндия отметила, что существует «весьма распространенное мнение о том, что даже исключительно широкие полномочия Совета Безопасности ограничены императивными нормами международного права»<sup>384</sup>. Исламская Республика Иран еще более непосредственным образом отметила, что «Совет Безопасности связан... императивными нормами международного права (*jus cogens*) и

<sup>378</sup> См. в целом Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council* (Oxford and Portland, Oregon, Hart, 2004), and Anne Peters, «The Security Council, Functions and Powers – Article 25», in *The Charter of the United Nations: A Commentary (volume I)*, 3rd ed. Bruno Simma and others, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2012). См. также Kleinlein, «*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies» (сноска 64 выше), p. 186 («Как представляется, общепризнано, что обязательные юридические акты международных организаций, в частности резолюции Совета Безопасности Организации Объединенных Наций... также являются ничтожными, если они противоречат *jus cogens*»).

<sup>379</sup> Dire Tladi and Gillian Taylor, «On the Al Qaida/Taliban sanctions regime: due process and sunseting», *Chinese Journal of International Law*, vol. 10 (2011), pp. 771–789; Kleinlein, «*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies» (см. сноску 64 выше), p. 186. См. также Hennie Strydom, «Counter-terrorism sanctions and human rights», in *The Pursuit of a Brave New World in International Law* Maluwa, du Plessis and Tladi (сноска 302 выше).

<sup>380</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (см. сноску 60 выше), pp. 128–136.

<sup>381</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>382</sup> Швейцария 5446-е заседание, 30 мая 2006 года (см. [S/PV.5446](#)). См. также Аргентина и Нигерия, 5474-е заседание, 22 июня 2006 года (см. [S/PV.5474](#)); и Катар, 5679-е заседание, 22 мая 2007 года ([S/PV.5679](#)).

<sup>383</sup> Катар 5779-е заседание, 14 ноября 2007 года ([S/PV.5779](#)).

<sup>384</sup> Финляндия, выступая от имени стран Северной Европы (Дании, Исландии, Норвегии, Финляндии и Швеции) на шестидесятой сессии Генеральной Ассамблеи, пункт 80 повестки дня.

обязан соблюдать их»<sup>385</sup>. Только Соединенные Штаты выразили *определенные* сомнения относительно верховенства норм *jus cogens* над резолюциями Совета Безопасности:

Важно, чтобы Комиссия не принимала правил, которые могут быть истолкованы как ограничивающие верховенство обязательств по Уставу или полномочия Совета Безопасности. Ввиду неопределенности относительно того, что подпадает под категории норм *jus cogens*, обязательств *erga omnes* и обязательств согласно статье 103 Устава Организации Объединенных Наций, следует избегать заключений общего характера о взаимосвязи между этими категориями<sup>386</sup>.

154. Ограничение полномочий Совета Безопасности нормами *jus cogens* и их подчиненность этим нормам признавались также в ряде судебных решений. Довольно примечательно, что Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии, сам созданный в соответствии с резолюцией Совета Безопасности, отметил, что полномочия Совета Безопасности «зависят от соблюдения императивных норм международного права (*jus cogens*)»<sup>387</sup>. Британская Палата лордов также установила, что резолюции Совета Безопасности имеют преобладающую силу над другими международными обязательствами, включая обязательства по Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция по правам человека), «кроме случаев, когда речь идет об обязательстве по *jus cogens*»<sup>388</sup>. Суд первой инстанции Европейского суда также заявил, что нормы *jus cogens* являются «сводом вышестоящих норм международного публичного права, обязательных для всех субъектов международного права, включая органы Организации Объединенных Наций, отступления от которых невозможны»<sup>389</sup>. Далее Суд постановил, что «существует одно ограничение принципа обязательной силы резолюций Совета Безопасности», а именно в том, что они должны «соблюдать основополагающие императивные положения *jus cogens*». По мнению суда, если бы резолюция Совета Безопасности содержала обязательства, противоречащие норме *jus cogens*, «они не связывали бы ни государств – членов Организации Объединенных Наций, ни, следовательно, Сообщество»<sup>390</sup>. Федеральный Верховный суд Швейцарии высказался в этой связи еще определеннее:

<sup>385</sup> Иран (Исламская Республика), шестьдесят шестая сессия Генеральной Ассамблеи, пункт 82 повестки дня.

<sup>386</sup> Соединенные Штаты (A/C.6/60/SR.20), п. 36.

<sup>387</sup> *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, Appeals Chamber, the International Tribunal for the Former Yugoslavia, 15 July 1999, *Judicial Reports 1999*, para. 296.

<sup>388</sup> Соединенное Королевство, *R v. Secretary of State for Defence (On the Application of Al-Jedda)*, Judgment of 12 December 2007, House of Lords [2008] All ER 28 (Lord Bingham). См. также Соединенное Королевство, *R and Justice (On the Application of Al-Jedda)*, Judgment of 29 March 2006, Appeal Court, para. 71 («Если Совет Безопасности, действуя в соответствии с главой VII, считает, что острая необходимость, создаваемая угрозой миру, должна перевешивать... требования правозащитной конвенции (по-видимому, иные, чем продиктованные *jus cogens*, отступления от которых невозможны), Устав ООН наделяет его для этого необходимыми полномочиями»).

<sup>389</sup> *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the Europe and Commission of the European Communities*, Case T-315/01, Judgment of 21 September 2005, Court of First Instance of the European Communities, para. 226.

<sup>390</sup> *Ibid.*, para. 230. Although *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, Judgment of 3 September 2008, Большая палата Европейского суда отменила решение Суда первой инстанции, но вместе с этим она не сделала вывод о том, что резолюции Совета Безопасности не должны соответствовать *jus cogens*. Вместо этого Большая палата постановила, что ее мандат предусматривает пересмотр актов Сообщества, а не актов других организаций (paras. 286–289).

Grenze der Anwendungspflicht für Resolutionen des Sicherheitsrats stellt jedoch das *ius cogens* als zwingendes, für alle Völkerrechtssubjekte verbindliches Recht dar. Zu prüfen ist deshalb, ob die Sanktionsbeschlüsse des Sicherheitsrats *ius cogens* verletzen, wie der Beschwerdeführer geltend macht<sup>391</sup>.

155. Хотя некоторые могут предположить, что вышеописанная практика не является столь обширной, необходимо напомнить два момента. Во-первых, принимая во внимание, насколько редкими являются ситуации, в которых утверждается, что резолюции Совета Безопасности противоречат нормам *jus cogens*, неудивительно, что эта практика не является столь распространенной, как она могла бы быть в ином случае. Во-вторых, помимо вышеупомянутой позиции Соединенных Штатов, – которая сама не является твердой, – практически нет каких-либо свидетельств, подкрепляющих противоположный вывод. Государства, имеющие иное мнение, имели широкие возможности выразить их несогласные мнения в ответ на заявления других государств и доклады Комиссии по фрагментации. Выводы по итогам работы Исследовательской группы по фрагментации гласят, что Совет Безопасности должен действовать в соответствии с нормами *jus cogens*<sup>392</sup>.

156. Вероятно, нигде так хорошо не разъяснен постулат о том, что резолюции Совета Безопасности не могут приводить к отступлениям от норм *jus cogens*, как в известном особом мнении судьи Лаутерпахта по делу *О применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него*<sup>393</sup>. Судья Лаутерпахт отметил, что верховенство, которым наделен Совет Безопасности в силу статьи 103 Устава, «не может – по простой причине существования иерархии норм – доходить до коллизии между резолюцией Совета Безопасности и *jus cogens*»<sup>394</sup>. Мнение судьи Лаутерпахта имеет особый вес, поскольку в нем был выдвинут принцип логической необходимости: «По сути, достаточно кому-либо лишь выразить противоположное мнение – а именно, что резолюция Совета Безопасности может даже потребовать участия в геноциде, – чтобы его неприемлемость стала вполне очевидной»<sup>395</sup>.

157. Вышеизложенное указывает на то, что даже резолюции Совета Безопасности должны соответствовать правилу недопустимости отступлений от норм *jus cogens*. И все же, как и в случае договорного права, учитывая важные функции резолюций Совета Безопасности, следует полагать, что любых последствий недействительно-

<sup>391</sup> Швейцария, *Nada (Youssef) v. State Secretariat for Economic Affairs and Federal Department of Economic Affairs*, Administrative Appeal Judgment of 14 November 2007, Federal Supreme Court, para. 7 («Однако *jus cogens* – императивное право, обязательное для всех субъектов международного права, – очерчивает границы обязательства применять резолюции Совета Безопасности. Поэтому необходимо определить, действительно ли, как утверждает заявитель, резолюции Совета Безопасности, предусматривающие санкции, нарушают *jus cogens*») (перевод [на английский] любезно предоставлен редакцией *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*). См. также *A v. State Secretariat for Economic Affairs and Federal Department of Economic Affairs*, Administrative First Instance Judgment, Federal Supreme Court, First Public Law Division, para. 7.

<sup>392</sup> П. 40) выводов по итогам работы Исследовательской группы по фрагментации международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права, в *Ежегоднике... 2006 год*, том II (часть вторая), п. 251. См. также «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права», доклад Исследовательской группы Комиссии международного права, окончательно подготовленный Мартти Коскенниemi (A/CN.4/L.682 and Corr.1 and Add.1) (см. сноску 142 выше), п. 360.

<sup>393</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993*, I.C.J. Reports 1993, p. 325, separate opinion of Judge Lauterpacht, at p. 407.

<sup>394</sup> Ibid., para. 100.

<sup>395</sup> Ibid.



сти, если она вообще возможна, можно будет избежать при помощи правил толкования<sup>396</sup>. В сущности, хотя резолюции Совета Безопасности не являются международными договорами, высказывались предположения о том, что к толкованию резолюций Совета Безопасности могут применяться венские правила толкования<sup>397</sup>. Специальный трибунал по Ливану определил, что венские правила толкования применимы к его Статуту, независимо от того, «считался бы Статут» договором или резолюцией Совета Безопасности, поскольку эти правила толкования должны «считаться применимыми к любому международно обязывающему инструменту, каким бы ни был его нормативный источник»<sup>398</sup>. Поскольку правила толкования, как говорилось выше, требуют толкования, совместимого с общим международным правом, включая *jus cogens*, акты Совета Безопасности должны, насколько возможно, толковаться совместимым с *jus cogens* образом.

158. Государства также выразили мнение о том, что резолюции Совета Безопасности должны, насколько это возможно, толковаться таким образом, чтобы они согласовывались с нормами *jus cogens*. В своем заявлении в деле *О применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него* Босния и Герцеговина доказывала что «все... резолюции Совета Безопасности должны толковаться так, чтобы это было совместимо» с запрещением применения силы, являющимся нормой *jus cogens*<sup>399</sup>. Аналогичным образом, Исламская Республика Иран заявила, что резолюция 713 (1991) – Совета Безопасности – между прочим, та же резолюция, на которую ссылалась Босния и Герцеговина, – «не может интерпретироваться сейчас так, чтобы это противоречило Уставу Организации Объединенных Наций или принципам *jus cogens*»<sup>400</sup>. Фактически, идея о том, что резолюции Совета Безопасности должны по возможности толковаться так, чтобы соответствовать международному праву, использовалась в отношении и других норм международного права. Например, Большая палата Европейского суда в решении по делу *Ад-Дулими* постановила, что «должна быть выбрана» интерпретация, «которая в наибольшей мере согласуется с [Европейской конвенцией по правам человека]» и

<sup>396</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (см. сноски 60 выше), p. 151.

<sup>397</sup> Dire Tladi, «Interpretation of protection of civilians mandates in the United Nations Security Council resolutions», in *By All Means Necessary: Protecting Civilians and Preventing Mass Atrocities in Africa*, Dan Kuwali and Frans Viljoen, eds. (Pretoria, Pretoria University Law Press, 2017), p. 75. См. также устные аргументы Южной Африки в Международном уголовном суде от 7 апреля 2017 года (ICC-02/05-01.09-T-2-ENG ET WT 07-04-2017 1-92 SZ PT), p. 26. См. также *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011*, Seabed Disputes Chamber, International Tribunal for the Law of the Sea, p. 10, at p. 29, para. 60. См. также, although in more cautionary terms, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, p. 403, at p. 442, para. 94, где утверждалось, что, хотя венские правила могут сориентировать в нужном направлении, толкование резолюций Совета Безопасности Организации Объединенных Наций может потребовать других соображений.

<sup>398</sup> *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, Case No. STL-11-01/1, Judgment, 16 February 2011, Appeals Chamber, Special Tribunal for Lebanon, para. 26.

<sup>399</sup> *Application instituting proceedings submitted by the Republic of Bosnia and Herzegovina*, 20 March 1993, para. 122, in the case *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures* (см. сноску 393 выше).

<sup>400</sup> Иран (Исламская Республика), 3370-е заседание Совета Безопасности, 27 апреля 1994 года (см. [S/PV.3370](#)).

что эта «презумпция может быть опровергнута только в том случае, если резолюция содержит четкую и недвусмысленную формулировку, предлагающую государствам принять меры вопреки их обязательствам»<sup>401</sup>.

159. Вышеизложенное может быть резюмировано следующим образом:

а) обязательные резолюции международных организаций, включая резолюции Совета Безопасности Организации Объединенных Наций, не устанавливают связывающих обязательств, если они противоречат императивной норме общего международного права (*jus cogens*);

б) насколько возможно, резолюции международных организаций, включая резолюции Совета Безопасности Организации Объединенных Наций, должны толковаться так, чтобы они согласовывались с императивными нормами общего международного права (*jus cogens*).

#### IV. Предложения в отношении проектов выводов

160. На основании настоящего доклада предлагаются следующие проекты выводов:

##### **Проект вывода 10**

##### **Недействительность договора, противоречащего императивной норме общего международного права (*jus cogens*)**

1. Договор является ничтожным, если в момент его заключения он противоречит императивной норме общего международного права (*jus cogens*). Такой договор не создает каких-либо прав или обязательств.
2. Существующий договор становится ничтожным и прекращается, если он противоречит новой императивной норме общего международного права (*jus cogens*), которая возникает после заключения договора. Участники такого договора освобождаются от любых обязательств выполнять в дальнейшем условия договора.
3. Во избежание коллизии с императивной нормой общего международного права положение договора, насколько это возможно, следует толковать таким образом, который делает его совместимым с императивной нормой общего международного права (*jus cogens*).

---

<sup>401</sup> *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, Grand Chamber, No. 5809/08, European Court of Human Rights, ECHR 2016, para. 140. См. также *Nada v. Switzerland*, Grand Chamber, No. 10593/08, European Court of Human Rights, ECHR 2012, para. 172. See especially *Al-Jedda v. the United Kingdom*, Grand Chamber, No. 27021/08, ECHR 2011, para. 102 («С учетом этих обстоятельств Суд считает, что при интерпретации [резолюций Совета Безопасности] должна быть презумпция того, что Совет Безопасности не намеревается возложить на государства-члены какое-либо обязательство, предполагающее нарушение основных принципов прав человека»).



### **Проект вывода 11**

#### **Делимость договорных положений, противоречащих императивной норме общего международного права (jus cogens)**

1. Договор, который в момент его заключения противоречит императивной норме общего международного права (jus cogens), является недействительным в целом, и никакая часть этого договора не может отделяться или обособливаться.
2. Договор, который становится недействительным вследствие возникновения новой императивной нормы общего международного права (jus cogens), прекращается в целом, за исключением случаев, когда:
  - a) положения, противоречащие императивной норме общего международного права (jus cogens), отделимы от остальной части договора в том, что касается их применения;
  - b) положения, противоречащие императивной норме общего международного права (jus cogens), не составляют существенно важную основу согласия на заключение договора; и
  - c) дальнейшее выполнение остальной части договора не было бы несправедливым.

### **Проект вывода 12**

#### **Устранение последствий любых деяний, совершенных на основании недействительного договора**

1. Участники договора, который является недействительным в результате того, что он противоречит императивной норме общего международного права (jus cogens) в момент заключения этого договора, несут юридическую обязанность устранить последствия любого деяния, совершенного на основании договора.
2. Прекращение договора по причине возникновения новой императивной нормы общего международного права (jus cogens) не влияет на права, обязательства или юридическое положение, возникшие в результате исполнения договора до его прекращения, за исключением случаев, когда такие права, обязанности или юридическое положение сами по себе противоречат императивной норме общего международного права (jus cogens).

### **Проект вывода 13**

#### **Воздействие императивных норм общего международного права (jus cogens) на оговорки к договорам**

1. Оговорка к договорному положению, которое отражает императивную норму общего международного права (jus cogens), не затрагивает связывающего характера этой нормы, которая продолжает применяться.
2. Оговорка не может исключать или изменять юридическое действие договора вопреки императивной норме общего международного права (jus cogens).

**Проект вывода 14**  
**Рекомендованный порядок урегулирования споров, связанных с коллизией между договором и императивной нормой общего международного права (jus cogens)**

1. При условии соблюдения юрисдикционных норм Международного Суда любой спор относительно того, противоречит ли договор императивной норме общего международного права (jus cogens), следует передавать в Международный Суд для принятия по нему решения, если только стороны спора не соглашаются передать спор на арбитраж.
2. Вне зависимости от пункта 1, тот факт, что спор касается императивной нормы общего международного права (jus cogens), не является достаточным основанием для установления юрисдикции Суда без необходимого согласия на юрисдикцию в соответствии с международным правом.

**Проект вывода 15**  
**Последствия императивных норм общего международного права (jus cogens) для обычного международного права**

1. Норма обычного международного права не возникает, если она противоречит императивной норме общего международного права (jus cogens).
2. Норма обычного международного права, не имеющая характера jus cogens, перестает существовать, если возникает новая императивная норма общего международного права (jus cogens), которая ей противоречит.
3. Поскольку императивные нормы общего международного права (jus cogens) связывают всех субъектов международного права, правило о последовательно возражающей стороне не применяется.

**Проект вывода 16**  
**Последствия императивных норм общего международного права (jus cogens) для односторонних актов**

Односторонний акт, который противоречит императивной норме общего международного права (jus cogens), является недействительным.

**Проект вывода 17**  
**Последствия императивных норм общего международного права (jus cogens) для обязательных резолюций международных организаций**

1. Обязательные резолюции международных организаций, включая резолюции Совета Безопасности Организации Объединенных Наций, не устанавливают связывающих обязательств, если они противоречат императивной норме общего международного права (jus cogens).
2. Насколько возможно, резолюции международных организаций, включая резолюции Совета Безопасности Организации Объединенных Наций, должны толковаться таким образом, чтобы соответствовать императивным нормам общего международного права (jus cogens).

**Проект вывода 18**  
**Связь между императивными нормами общего международного права (jus cogens) и обязательствами erga omnes**

Императивные нормы общего международного права (jus cogens) устанавливают обязательства erga omnes, нарушение которых касается всех государств.

**Проект вывода 19**  
**Воздействие императивных норм общего международного права (jus cogens) на обстоятельства, исключающие противоправность**

1. Никакие обстоятельства не могут выдвигаться в обоснование исключения противоправности деяния, которое не согласуется с обязательством, возникающим в соответствии с императивной нормой общего международного права (jus cogens).
2. Пункт 1 не применяется, когда императивная норма общего международного права (jus cogens) формируется после совершения деяния.

**Проект вывода 20**  
**Обязанность сотрудничать**

1. Государства сотрудничают с целью прекращения правомерными средствами любого серьезного нарушения императивной нормы общего международного права (jus cogens).
2. Под серьезным нарушением императивной нормы общего международного права (jus cogens) понимается нарушение, которое является либо грубым, либо систематическим.
3. Сотрудничество, которое предусматривается настоящим проектом вывода, может осуществляться посредством институционализированных механизмов сотрудничества или посредством договоренностей о взаимодействии на основе ad hoc.

**Проект вывода 21**  
**Обязанность не признавать и не оказывать содействия**

1. Государства обязаны не признавать правомерным положение, сложившееся в результате нарушения императивной нормы общего международного права (jus cogens).
2. Государства не оказывают помощи или содействия в сохранении положения, сложившегося в результате нарушения императивной нормы общего международного права (jus cogens).

**Проект вывода 22**  
**Обязанность осуществлять внутригосударственную юрисдикцию в отношении преступлений, запрещенных императивными нормами общего международного права**

1. Государства обязаны осуществлять юрисдикцию в отношении правонарушений, запрещенных императивными нормами международного права

(*jus cogens*), когда эти правонарушения совершаются лицами, имеющими гражданство данного государства, или на территории под его юрисдикцией.

2. Пункт 1 не исключает установления юрисдикции на любом другом основании, допускаемом его национальным законодательством.

### **Проект вывода 23**

#### **Недопустимость ссылки на официальную должность и неприменимость иммунитета *ratione materiae***

1. Тот факт, что правонарушение, запрещенное императивной нормой общего международного права (*jus cogens*) было совершено лицом, занимающим официальную должность, не является основанием для исключения уголовной ответственности.

2. Иммунитет *ratione materiae* не применяется к любому правонарушению, запрещенному императивной нормой общего международного права (*jus cogens*).

161. Во время обсуждений в Редакционном комитете некоторые члены считали, что было бы лучше поделить проекты выводов на несколько частей. Специальный докладчик полагает, что проекты выводов на данном этапе обрели достаточный вес, чтобы их можно было поделить на части. Предложения на этот счет будут представлены в Редакционном комитете.

## **V. Будущая работа**

162. На предыдущих сессиях Комиссии и Шестого комитета члены Комиссии и государства выразили свои мнения о том, следует ли представить иллюстративный перечень норм *jus cogens*. На основе этих комментариев и замечаний следующий доклад будет содержать предложения относительно методов продолжения работы по вопросу об иллюстративном перечне норм *jus cogens*. В следующем докладе – также на основе мнений, уже выраженных в Комиссии и Шестом комитете, – будет рассмотрен вопрос о региональных нормах *jus cogens*. Наконец, в нем будет продолжено рассмотрение любых прочих вопросов, затронутых Комиссией и государствами. В зависимости от будущих обсуждений на следующей сессии Комиссии может оказаться возможным принятие проектов выводов в первом чтении.