

## Глава VIII

### ИМПЕРАТИВНЫЕ НОРМЫ ОБЩЕГО МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА (JUS COGENS)

#### А. Введение

142. На своей шестьдесят седьмой сессии (2015 год) Комиссия решила включить в свою программу работы тему «Jus cogens» и назначила г-на Дире Д. Тлади Специальным докладчиком по этой теме<sup>779</sup>. Впоследствии Генеральная Ассамблея в своей резолюции 70/236 от 23 декабря 2015 года приняла к сведению решение Комиссии включить эту тему в свою программу работы.

143. На шестьдесят восьмой сессии (2016 год) Комиссии был представлен первый доклад Специального докладчика<sup>780</sup>, в котором рассматривались концептуальные моменты и поднимался ряд методологических вопросов, включая вопрос о том, следует ли Комиссии в рамках рассмотрения этой темы подготовить иллюстративный перечень норм, которые могут быть квалифицированы как нормы jus cogens. В докладе далее прослеживались исторические и теоретические основы jus cogens.

#### В. Рассмотрение темы на настоящей сессии

144. На нынешней сессии Комиссии был представлен второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/706), в котором изложены критерии для идентификации императивных норм (jus cogens), при этом за отправную точку при разработке этих критериев берется Венская конвенция о праве международных договоров 1969 года (далее «Венская конвенция 1969 года»). На основе проведенного им анализа Специальный докладчик предложил в своем втором докладе шесть проектов выводов<sup>781</sup>. Специальный докладчик далее предложил Комиссии изменить название темы с «Jus cogens» на «Императивные нормы международного права (jus cogens)».

145. Комиссия рассмотрела второй доклад на своих 3368–3370-м и 3372–3374-м заседаниях, состоявшихся с 3 по 5 и с 11 по 13 июля 2017 года.

<sup>779</sup> На своем 3257-м заседании 27 мая 2015 года (*Ежегодник... 2015 год*, т. II (часть вторая), п. 286). Эта тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее шестьдесят шестой сессии (2014 год) на основе предложения, которое воспроизводится в приложении к докладу Комиссии о работе этой сессии (*Ежегодник... 2014 год*, т. II (часть вторая), п. 266 и сс. 207–216).

<sup>780</sup> *Ежегодник... 2016 год*, т. II (часть первая), документ A/CN.4/693.

<sup>781</sup> Проект вывода 4 (Критерии для jus cogens); проект вывода 5 (Нормы jus cogens как нормы общего международного права); проект вывода 6 (Принятие и признание как критерий для квалификации в качестве jus cogens); проект вывода 7 (Международное сообщество государств в целом); проект вывода 8 (Принятие и признание); и проект вывода 9 (Свидетельства принятия и признания).

146. На своем 3374-м заседании 13 июля 2017 года Комиссия передала проекты выводов 4–9<sup>782</sup>, содержа-

<sup>782</sup> Текст проектов выводов 4–9, предложенных Специальным докладчиком в его втором докладе, гласит:

#### *«Проект вывода 4. Критерии для jus cogens»*

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

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

#### *Проект вывода 5. Нормы jus cogens как нормы общего международного права*

1. Нормой общего международного права является норма, которая имеет общую сферу применения.
2. Основой для формирования международно-правовых норм jus cogens чаще всего является международное обычное право.
3. Основой для международно-правовых норм jus cogens могут также служить общие принципы права по смыслу статьи 38 (1) с) Статута Международного Суда.

4. Договорное положение может отражать норму общего международного права, способную подняться до уровня международно-правовой нормы jus cogens.

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

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

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

1. Для квалификации норм в качестве jus cogens релевантным является принятие и признание сообществом государств в целом. Это означает релевантность отношения государств.
2. При том, что для оценки принятия и признания международным сообществом государств в целом может быть релевантно отношение субъектов, не являющихся государствами, само по себе их отношение не может означать принятия и признания международным сообществом государств в целом. Отношение других субъектов может быть релевантно для привязки к контексту и оценки отношения государств.

3. Для квалификации нормы в качестве нормы jus cogens достаточно принятия и признания значительным большинством государств. Принятие и признание всеми государствами не требуется.

#### *Проект вывода 8. Принятие и признание*

1. Принятие и признание, требуемое как критерий для jus cogens, отличается от признания в качестве правовой нормы для целей выявления международного обычного права. Отличается оно и от признания, которое требуется для общих принципов права по смыслу статьи 38 (1) с) Статута Международного Суда.

2. Требование о принятии и признании как критерий для jus cogens означает необходимость предоставить свидетельства того, что рассматриваемая норма не только признана в качестве правовой нормы, но и принимается государствами как норма, отклонение от которой недопустимо.

(продолжение сноски на следующей стр.)

щиеся во втором докладе Специального докладчика, в Редакционный комитет. На том же заседании Комиссия решила изменить название темы с «Jus cogens» на «Императивные нормы общего международного права (jus cogens)».

147. На 3382-м заседании Комиссии 26 июля 2017 года Председатель Редакционного комитета представил промежуточный доклад Редакционного комитета по вопросу об «Императивных нормах общего международного права (jus cogens)», содержащий проекты выводов, принятые им в предварительном порядке на шестьдесят девятой сессии. Доклад был представлен исключительно в информационных целях и доступен на веб-сайте Комиссии<sup>783</sup>.

#### 1. ПРЕДСТАВЛЕНИЕ СПЕЦИАЛЬНЫМ ДОКЛАДЧИКОМ ВТОРОГО ДОКЛАДА

148. Специальный докладчик указал, что его второй доклад состоит из трех основных разделов: раздела о предыдущем рассмотрении темы (пп. 4–30), раздела, касающегося критериев для jus cogens (пп. 31–89), и раздела, включающего предложения (пп. 90–91).

149. В разделе доклада, посвященном предыдущему рассмотрению темы, Специальный докладчик отметил, что три государства, которые первоначально критиковали эту тему, продолжали свою критику, в то время как подавляющее большинство государств, которые выступали по этой теме, продолжали выражать поддержку<sup>784</sup>. Далее он подчеркнул, что существует общее согласие в отношении необходимости изменения названия темы. Он также напомнил, что, хотя Комиссия решила не передавать проект вывода 2, предложенный в его первом докладе<sup>785</sup>, Редакционному комитету, он намеревается вновь включить это предложение в один из будущих докладов. Он также отметил, что наибольшие разногласия как в Комиссии,

так и в Шестом комитете связаны с проектом вывода 3, в особенности с пунктом 2, в котором излагаются три характерных элемента норм jus cogens, заключающиеся в том, что такие нормы защищают основополагающие ценности международного сообщества, стоят в иерархическом отношении выше других норм и являются универсально применимыми.

150. Специальный докладчик далее напомнил о своем намерении рассмотреть вопрос о том, не следует ли составить иллюстративный перечень норм jus cogens, подчеркнув, что он сделает твердое предложение в этой связи в будущем докладе по разным вопросам, и предложив членам Комиссии сообщить о своих мнениях в этом отношении.

151. В пунктах 31–89 доклада рассматриваются критерии для идентификации jus cogens, при этом за отправную точку при разработке этих критериев берется статья 53 Венской конвенции 1969 года в соответствии с мнениями, выраженными государствами, а также практикой государств, решениями международных судов и трибуналов, научными трудами и предыдущим рассмотрением jus cogens под углом зрения статьи 53 Венской конвенции 1969 года самой Комиссией, не ограничивая рамки темы правом договоров.

152. В этой связи Специальный докладчик подчеркнул, что статья 53 содержит два совокупных критерия, а именно: соответствующая норма должна быть нормой общего международного права и должна приниматься и признаваться в качестве нормы, отклонения от которой не допускаются. Хотя Специальный докладчик выявил несколько других путей подхода к данному определению, он считает, что этот подход на основе двух критериев следует сохранить. Поэтому он был отражен в предлагаемом проекте вывода 4, где в пункте a) воспроизведен первый критерий, а в пункте b) – второй.

153. Затем в докладе была дана оценка содержания первого критерия, который был рассмотрен в предлагаемом проекте вывода 5 «Нормы jus cogens как нормы общего международного права». Специальный докладчик указал, что он не считает необходимым иметь специальный проект вывода, в котором бы подробно описывалась взаимосвязь между международным обычным правом и jus cogens. Он отметил, что пункт 2 предлагаемого проекта вывода является достаточным в этом отношении. Он далее отметил, что роль международного обычного права для идентификации jus cogens достаточно хорошо обоснована, тогда как возможность полагаться на другие источники международного права менее надежна. Он указал, что можно найти авторитетные подтверждения того, что общие принципы права могут составлять основу jus cogens. Это видно не только из практики, но и из истории разработки статьи 50 проекта статей о праве международных договоров<sup>786</sup>, а также из того, что статья 53 Венской конвенции 1969 года прямо включала общие принципы права. С учетом

(продолжение сноски 782)

#### Проект вывода 9. Свидетельства принятия и признания

1. Свидетельства принятия и признания того, что норма общего международного права является нормой jus cogens, могут быть отражены в различных материалах и принимать различные формы.

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

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

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

<sup>783</sup> <http://legal.un.org/ilc>.

<sup>784</sup> См. второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/706), пп. 10 и 12.

<sup>785</sup> *Ежегодник... 2016 год*, т. II (часть первая), документ A/CN.4/693.

<sup>786</sup> Проект статей и комментарии к нему, принятые Комиссией на ее восемнадцатой сессии, воспроизводятся в *Ежегоднике... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1 (часть II), сс. 177 и далее англ. текста.

имеющейся ограниченной практики. Специальный докладчик тем не менее счел целесообразным включить такие общие принципы права в качестве основы для jus cogens, хотя и не столь безусловным образом, как в отношении международного обычного права.

154. Переходя к договорам, Специальный докладчик напомнил, что согласно общепризнанному мнению сами договоры не образуют норм общего международного права, однако договорная норма может стать отражением нормы общего международного права.

155. Затем Специальный докладчик отметил, что второй критерий, состоящий в том, что соответствующая норма «должна приниматься и признаваться международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо», и рассматриваемый в проектах выводов 6–9, содержит несколько элементов: первый касается главного требования о наличии принятия и признания; второй касается того, кто должен принимать и признавать; а третий описывает, что должно считаться принятым и признанным.

156. С учетом того, что в проекте вывода 6 излагается общий контекст второго критерия, Специальный докладчик пояснил, что данный проект вывода имеет двойную цель: с одной стороны, в нем констатируется, что определение какой-либо нормы в качестве нормы общего международного права недостаточно для придания ей статуса jus cogens, и, с другой стороны, в нем устанавливается, что для второго критерия значимым является принятие и признание международным сообществом государств в целом.

157. Специальный докладчик отметил, что проект вывода 7 касается вопроса о том, о чем принятию и признанию идет речь, подчеркивая, что как история разработки статьи 53 Венской конвенции 1969 года, так и практика государств представляют особый интерес в этом отношении. Он далее подчеркнул, что, хотя центральная роль государств как сообщества выделена в пункте 2, фраза «международное сообщество государств в целом» призвана указать на то, что следует учитывать мнения государств, взятых вместе, а не их индивидуальные позиции. В пункте 2 проекта вывода 7 также делается попытка зафиксировать хрупкое равновесие, которое было достигнуто, когда Комиссия ранее признала центральную роль государств, не отрицая потенциального влияния, которое другие субъекты могут оказывать на идентификацию правовых норм.

158. В проекте вывода 8 рассматривается вопрос о содержании принятия и признания международным сообществом в целом. С точки зрения Специального докладчика, для того чтобы какая-либо норма была квалифицирована как jus cogens, недостаточно одного лишь ее принятия и признания как нормы, обладающей особым качеством, а именно недопустимостью отклонений от нее (opinio juris cogentis); как и в случае с международным обычным правом, не менее важно представить доказательства этого принятия и признания.

159. Цель проекта вывода 9 заключается, соответственно, в рассмотрении вопроса о характере материалов, которые могут быть предложены в качестве доказательств. Специальный докладчик напомнил, что, хотя по большей части такие материалы на практике аналогичны тем, которые часто выдвигаются в качестве доказательств принятия норм международного обычного права, они отличаются по содержанию.

160. С учетом обсуждений, состоявшихся в Комиссии на ее шестьдесят восьмой сессии, Специальный докладчик в пункте 90 своего доклада предложил изменить название темы с «Jus cogens» на «Императивные нормы международного права (jus cogens)». Вместе с тем он впоследствии отметил, что его предложение не удовлетворяет требованию о соответствии статье 53 Венской конвенции 1969 года. Поэтому он пересмотрел свое предложение, с тем чтобы название темы было изменено на «Императивные нормы общего международного права (jus cogens)».

161. В том, что касается будущей программы работы, Специальный докладчик наметил, что в 2018 году Комиссия рассмотрит, возможно в двух докладах, воздействия или последствия jus cogens в общих чертах, а также для права договоров и других сфер международного права. В четвертом докладе, который будет подготовлен в 2019 году, будут рассмотрены любые оставшиеся разные вопросы, а также предложения по иллюстративному перечню норм jus cogens.

## 2. РЕЗЮМЕ ПРЕНИЙ

### а) Общие замечания

162. В целом члены Комиссии приветствовали второй доклад Специального докладчика. Был подчеркнут тот факт, что в докладе сохранился баланс между «гибкостью идентификации» и «консенсусным характером международного права». Хотя большинство членов подчеркнули необходимость внести ясность в эту сложную и запутанную концепцию, некоторые напомнили о скептическом отношении к теме jus cogens со стороны государств-членов.

163. Было выражено общее согласие со Специальным докладчиком в отношении того, что статья 53 Венской конвенции 1969 года является отправной точкой для определения критериев jus cogens, однако было отмечено, что концепция jus cogens может и не охватывать все аспекты, которые должны быть рассмотрены Комиссией. Было указано, что эта тема была на столетия старше Венской конвенции 1969 года, что подтвердил сам Специальный докладчик в своем первом докладе. Было также отмечено, что Комиссии следует критически переосмыслить вопрос о том, намерена ли она устанавливать критерии для определения того, какие нормы приобрели императивный статус в международном праве, исключительно на основе статьи 53 Венской конвенции 1969 года, поскольку это будет означать принятие твердой позиции в отношении jus cogens как нормы, основывающейся на согласии, в то время как одна из целей jus cogens заключается в том, чтобы установить пределы того, на что государства могут дать согласие и что они

могут отклонить. Было также отмечено, что нормы *jus cogens* распространяются не только на право договоров, но и на неконвенциональные документы и другие области права, такие как право ответственности государств за международно-противоправные деяния.

164. Было выражено согласие с утверждением Специального докладчика о том, что международное обычное право является наиболее общей основой для формирования норм *jus cogens*, в то время как высказывались мнения, расходящиеся с точкой зрения Специального докладчика о том, что договорные положения как таковые не следует рассматривать в качестве источника или основы для норм *jus cogens*. Было также отмечено, что норма должна формироваться в достаточной степени во всех трех источниках права, т. е. обычаях, договорах и общих принципах права, для того чтобы она могла составлять норму *jus cogens*.

165. Хотя большинство членов согласились со Специальным докладчиком в том, что элемент изменения, упомянутый в статье 53 Венской конвенции 1969 года, не может служить критерием, некоторые выразили несогласие в этом отношении. Было также высказано мнение о том, что в качестве одного из критериев следует включить первое предложение статьи 53.

166. Несколько членов поддержали предложенные Специальным докладчиком критерии для идентификации *jus cogens*. Некоторые члены сочли, что характеристики, изложенные в пункте 2 проекта вывода 3 (основополагающие ценности, иерархическое превосходство и универсальное применение), являются очевидными и основными элементами, и настаивали на том, чтобы они были частью критериев для идентификации. Было указано, что необходимо включить в число критериев для идентификации такую характеристику *jus cogens*, как защита основополагающих ценностей. В противоположность этому было высказано мнение о том, что такие характеристики можно обсудить в комментарии. Также было отмечено отсутствие в докладе конкретных примеров формирования и идентификации *jus cogens*. Вместе с тем другие члены выразили удовлетворение по поводу объема выявленной практики в поддержку выводов Специального докладчика.

167. Многие члены разделяли мнение Специального докладчика о значении основополагающих ценностей, отметив, например, что *jus cogens* является «способом поддержания "основополагающих ценностей международного сообщества"» и что эти ценности таковы, что ими никогда нельзя поступаться; что *jus cogens* вытекает из конституционной основы международного сообщества, которой присущи «основные и общие ценности»; что императивность нормы *jus cogens* выводится из ее принятия как нормы, отражающей «основополагающие ценности»; или что мнения Специального докладчика согласуются с позицией, которую ранее занимала Комиссия в своей работе над правом договоров, ответственностью государств и фрагментацией международного права.

168. Другие члены высказали мнение о том, что необходимо разъяснить значение «основополагающих ценностей» и что эта концепция еще не получила явного одобрения со стороны основных внутренних и международных судов и трибуналов и продолжает вызывать разногласия. Было также отмечено, что международное право основывается на множестве ценностных систем и что в международном сообществе в принципе нет единообразных ценностей. Некоторые члены призвали дать определение основополагающих ценностей в международном праве и предостерегли Специального докладчика от того, чтобы использовать термины «защищают» и «отражают» основополагающие ценности международного права взаимозаменяемым образом. В частности, было высказано мнение о том, что применительно к основополагающим ценностям было бы предпочтительнее использовать оба слова – как «защищают», так и «отражают».

169. Была выражена поддержка включению связи между основополагающими ценностями и *jus cogens* как уникальной особенности норм *jus cogens* в международном праве.

170. Большинство членов поддержали подход Специального докладчика к использованию принадлежности к общему международному праву в качестве первого критерия. Некоторые члены посетовали на отсутствие определения понятия «общее международное право» в его докладе. Было высказано мнение о том, что ссылка на иерархическое превосходство норм *jus cogens* является скорее следствием, нежели характеристикой нормы *jus cogens*, и что вопрос об иерархическом положении затрагивает важные вопросы о «влиянии иерархии» на источники международного права, такие как общие принципы и международное обычное право. Было также отмечено, что первый критерий является лишь предварительным условием существования *jus cogens* и что как таковой он не обязательно должен отражать все характеристики *jus cogens*.

171. Другие члены далее напомнили, что в доктрине не наблюдается единодушия по поводу этой концепции. Было также высказано мнение о том, что ссылки на исследование о фрагментации международного права<sup>787</sup> недостаточно, поскольку в этом исследовании не изложена позиция в отношении определения общего международного права. Кроме того, был поднят вопрос о том, можно ли считать, что нормы специализированных режимов, включая нормы международного гуманитарного права, являются частью *jus cogens*.

<sup>787</sup> Доклад Исследовательской группы Комиссии международного права, окончательно подготовлен Марти Коскеними, «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права» (A/CN.4/L.682 и Corr.1 и Add.1), проект заключений Исследовательской группы, вывод 20 «Применение обычая и общих принципов права». Документ размещен на веб-сайте Комиссии, документы пятьдесят восьмой сессии, и окончательный текст будет опубликован в качестве добавления к *Ежегоднику... 2006 год*, т. II (часть первая).

172. Говоря об основе *jus cogens* ряд членов сошлись во мнении, что в большинстве случаев его основой служит международное обычное право. Было высказано мнение о том, что международные нормы могут включать нормы, вытекающие из договорных положений, а также из других источников, помимо тех, которые перечислены в пункте 1 Статьи 38 Статута Международного Суда, например резолюций международных организаций. Была выражена определенная обеспокоенность в связи с тем, что Специальный докладчик проводит различия между общим международным правом и *lex specialis*, которое, как считается, вносит потенциальный вклад в общее международное право.

173. Были высказаны различные мнения в отношении роли общих принципов права. Хотя многие члены согласились с тем, что общие принципы могут быть служить основой *jus cogens*, другие напомнили, что именно отсутствие единого понимания общих принципов права<sup>788</sup> привело к тому, что члены Комиссии оставили общие принципы права в стороне во время разработки проекта статьи 53 Венской конвенции 1969 года, и отметили, что Комиссия должна аналогичным образом воздержаться от ссылки на общие принципы при рассмотрении *jus cogens*. Некоторые члены далее выражали сомнения в том, что практика государств подтверждает статус общих принципов права как основы для *jus cogens*, и просили привести соответствующие примеры. Было также высказано мнение о том, что, хотя общие принципы права могут стать нормой *jus cogens*, не все общие принципы права имеют статус *jus cogens*.

174. Среди причин, по которым некоторые члены выступали против включения общих принципов права, указывался тот факт, что эти принципы по определению являются принципами внутреннего права. В этой связи было отмечено, что, как только такие принципы внутреннего права признаются в качестве общих принципов по смыслу пункта 1 с) Статьи 38 Статута Международного Суда, они перестают быть принципами лишь внутреннего права. Далее было отмечено, что общие принципы права являются одним из источников международного права.

175. Хотя некоторые члены считали, что нормы *jus cogens* существуют независимо от воли и решимости государства и являются частью естественного права, и призвали Специального докладчика провести дальнейший анализ природы *jus cogens*, другие выразили согласие с позицией Специального докладчика, состоящей в том, чтобы не вступать в обсуждение вопроса о различии между «естественным правом» и «позитивным правом» в связи с возникновением самой концепции, и поддержали подход, согласно которому ее следует рассматривать с учетом того, как она отражена в государственной и судебной практике и в научной литературе.

176. Некоторые члены одобрили двухэтапный подход, на который опирается Специальный докладчик, с тем чтобы доказать существование нормы

общего международного права, т. е. процесс, посредством которого «нормальная» норма международного обычного права поднимается до уровня нормы *jus cogens* в рамках общего международного права, а еще несколько членов обратили внимание на пользу такого подхода в качестве аналитического средства. Тем не менее ряд членов отметили, что на практике при формировании *jus cogens* эти два этапа не обязательно прослеживаются. Было указано, что в некоторых случаях образование *jus cogens* не принимало двух разных шагов, даже если такие шаги иногда были четко различимы. Было также высказано мнение о том, что следует учитывать и другие критерии, например то, что соответствующая норма должна быть нормой общего международного права, что она должна быть нормой, отклонение от которой недопустимо, и что она может быть изменена только последующей нормой.

177. В отношении второго критерия несколько членов выразили несогласие с мнением Специального докладчика о том, что недопустимость отклонения является не критерием для идентификации *jus cogens*, а следствием его существования. Они напомнили, что концепция недопустимости отклонения определяет, какие нормы относятся к категории *jus cogens*, и что это не просто следствие, как предусмотрено в статье 53 Венской конвенции 1969 года. Было также высказано мнение о том, что норма, последовательно нарушаемая де-факто значительным числом государств, не будет достигать статуса *jus cogens*, даже если эти государства заявляют об обратном.

178. В связи с вопросом о решениях судов и трибуналов было подчеркнуто, что практика Международного Суда и других трибуналов была надлежащим образом документирована Специальным докладчиком, но при этом было также отмечено, что, как правило, суды просто ссылаются на нормы *jus cogens*, не уточняя что они подразумевают под «общим международным правом», «иерархическим превосходством», «основополагающими ценностями», «принятием и признанием» и «международным сообществом в целом». Было высказано мнение о том, что международные суды, судя по всему, лишили концепцию *jus cogens* ее определяющего элемента, т. е. ее иерархического превосходства над всеми другими нормами. Согласно другой точке зрения неверно утверждать, что решения судов и трибуналов являются свидетельством признания нормы в качестве *jus cogens*, поскольку они существуют как вспомогательное средство для идентификации норм *jus cogens*.

179. Несколько членов выразили озабоченность в связи с рассмотрением региональных норм *jus cogens* и их универсальной применимости. В отсутствие четкого заявления Специального докладчика о его намерении изучить возможность существования норм *jus cogens*, не имеющих универсального характера, было высказано мнение о том, что на данном этапе не следует принимать решение о том, выходят ли такие нормы за пределы обсуждаемой темы или нет. Был также затронут вопрос о том, следует ли понимать «универсальное применение» как охватывающее «все государства» или «всех субъектов международного

<sup>788</sup> Ежегодник... 1963 год, т. I, 684-е заседание, п. 51 англ. текста.

права». Кроме того, было высказано мнение о том, что утверждение об общей сфере применения, отраженное в пункте 1 проекта вывода 5, приемлемо при том понимании, что вопрос о возможности существования региональных норм *jus cogens* будет рассмотрен впоследствии.

180. Напомнив о предыдущих попытках Комиссии составить иллюстративный перечень норм *jus cogens*, большинство членов высказались за подготовку такого перечня в контексте нынешнего исследования. Такой перечень может содержать приложение, в котором перечисляются «кандидаты» на статус *jus cogens*. В противоположность этому было высказано мнение о том, что Комиссии нецелесообразно брать на себя задачу составления иллюстративного перечня, поскольку для его подготовки потребуется несоизмеримо большой объем времени. Вместо этого Комиссии было предложено согласовать методологию идентификации *jus cogens* и последствий.

b) *Конкретные замечания по проектам выводов*

i) *Общие замечания по структуре проектов выводов*

181. Были внесены различные предложения по объединению и упорядочению проектов выводов, предложенных во втором докладе Специального докладчика, с целью передачи этих предложений на рассмотрение Редакционного комитета.

ii) *Проект вывода 4*

182. Хотя была выражена поддержка проекта вывода 4, исключение основополагающих ценностей из числа нормативных критериев для *jus cogens* было поставлено под сомнение ввиду их существенного характера. Поэтому было предложено включить эту концепцию в качестве нормативного критерия, сохранив формулировку, использованную в комментариях к статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния<sup>789</sup>, т. е. «существенные интересы международного сообщества» и «основополагающий характер» императивных норм, избегая таким образом термина «основополагающие ценности». Было также предложено установить связь между проектом вывода 4 и описанием элементов в проектах выводов 5–8. Было далее предложено, чтобы в проекте вывода 4 был отражен тот факт, что формирование *jus cogens* может и не происходить в предполагаемой последовательности, либо путем исправления формулировки, либо путем включения соответствующего пояснения в комментарии. Отметив, что такой подход может привести к дублированию пункта 1 проекта вывода 3 и, следовательно, может и не быть действительно необходимым, другой член предложил включить третий критерий, содержащийся в статье 53 Венской конвенции 1969 года, в проект вывода 4 либо в качестве подпункта *c*), либо в качестве части подпункта *b*). Было также предложено, с одной стороны, чтобы соответствующая норма была

нормой общего международного права, а с другой стороны, чтобы учитывались четыре критерия, а именно: принадлежность к нормам общего международного права, принятие и признание международным сообществом, недопустимость отклонения и изменение только последующей нормой. Было высказано предположение о том, что два последних критерия могут быть объединены в один.

iii) *Проект вывода 5*

183. Было высказано мнение о том, что проект вывода 5 может быть озаглавлен «Источник общего международного права». Хотя некоторые члены считали, что проект вывода 5 требует подтверждения и обоснования, другие подчеркивали, что все три источника права, а именно обычай, договоры и общие принципы права, одинаково важны и должны рассматриваться на равной основе. Далее было предложено, чтобы в пункте 1 ясно указывалось, что соответствующие нормы являются обязательными для всех государств, в то время как были высказаны сомнения в отношении пункта 3, с учетом того, что общие принципы права по своей природе не являются императивными.

iv) *Проект вывода 6*

184. Согласно одному из мнений, проект вывода 6 можно было бы исключить, поскольку в нем в основном повторяется мысль о том, что требуется принятие и признание международным сообществом в целом.

v) *Проект вывода 7*

185. Использование термина «отношение» в пункте 1 проекта вывода 7 было поставлено под сомнение. Хотя подход, отраженный в пункте 3, был поддержан, было высказано иное мнение, согласно которому такой подход является несбалансированным, поскольку требует лишь незначительной степени согласия со стороны государств. Несколько членов высказались в пользу формулировки, требующей согласия практически всех или большинства государств для квалификации норм в качестве *jus cogens*, такой как «очень широкое большинство» или «по существу все государства». С другой стороны, было предложено объединить пункты 1 и 2 проекта вывода 7 или исключить пункт 2, поскольку нормы *jus cogens* являются универсально применимыми.

vi) *Проект вывода 8*

186. В целях обеспечения всеобъемлющего характера проекта вывода 8 было предложено заменить в пункте 2 фразу «рассматриваемая норма принимается государствами» словами «рассматриваемая норма принимается и признается международным сообществом государств в целом». Специальному докладчику было также предложено рассмотреть вопрос об уступке в качестве формы принятия и признания и учесть тот факт, что пункт 2 проекта вывода 8 не добавляет ничего существенного к предмету рассмотрения, поскольку в нем повторяется то, что уже отражено в проектах выводов 3, 4 и 6.

<sup>789</sup> Ежегодник... 2001 год, т. II (часть вторая) и исправление, пп. 76–77. См. также резолюцию 56/83 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2001 года, приложение.

vii) *Проект вывода 9*

187. Было высказано мнение о том, что необходимо использовать материалы, качественно отличающиеся от тех, которые являются свидетельством признания норм международного обычного права, для того чтобы доказать, что такие нормы поднялись до уровня норм jus cogens, что позволит избежать «двойного или тройного подсчета». Было также высказано мнение о том, что в качестве свидетельств должны быть включены национальные конституции и что должен быть добавлен язык, чтобы было ясно, что перечень в пункте 2 не является исчерпывающим. Было также предложено включить в качестве одного из свидетельств четвертое требование, установленное Международным Судом<sup>790</sup>, а именно регулярное осуждение определенного поведения на международных и национальных форумах. Было далее предложено уточнить, с одной стороны, имеется ли качественное различие между перечисленными материалами и, с другой стороны, должны ли резолюции, упомянутые в пункте 2, приниматься государствами – участниками организаций, о которых идет речь, и добавить слово «единодушно». Еще одна точка зрения заключалась в том, чтобы включить ссылку на изменение jus cogens. Далее было предложено изменить пункт 2 следующим образом: «Свидетельством мнения международного сообщества государств в целом в отношении принятия и признания... могут служить следующие материалы»; пункт 3 следует улучшить, указав, что решения судов и трибуналов «могут служить вспомогательным средством для идентификации нормы в качестве jus cogens».

viii) *Название темы*

188. Была поддержана идея об изменении названия темы. Были предложены следующие варианты: «Императивные нормы (jus cogens)», «Императивные нормы общего международного права (jus cogens)», «Jus cogens в праве договоров», «Jus cogens в международном праве» и «Jus cogens в общем международном праве».

ix) *Будущая работа*

189. Хотя в целом была выражена поддержка планов Специального докладчика относительно будущей работы по этой теме, было высказано мнение о том, что вопросы, касающиеся ответственности государств, должны рассматриваться не только в контексте «последствий», но и с точки зрения всей категории jus cogens, включая определение, критерии и содержание, а также его последствия. Была также подчеркнута необходимость разработки комплексной концепции jus cogens, которая бы охватывала как право договоров, так и ответственность государств.

<sup>790</sup> *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.*

3. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ  
СПЕЦИАЛЬНОГО ДОКЛАДЧИКА

190. Специальный докладчик дал обзор замечаний, сделанных в ходе прений. Далее он подтвердил свое предпочтение, состоящее в том, чтобы проекты выводов оставались в Редакционном комитете до тех пор, пока все они не будут приняты.

191. Специальный докладчик прокомментировал различные вопросы, поднятые в ходе прений, в том числе предложение о том, что Комиссии следует заняться внутренними нормами jus cogens; этот вопрос, по его мнению, не следует рассматривать по ряду причин: в силу того, что Комиссия решила использовать статью 53 Венской конвенции 1969 года в качестве основы для своей работы; из-за необходимости рассмотреть практику с учетом более широкого регионального распространения, что вынудит его предложить членам переслать ему материалы, имеющиеся в их распоряжении; из-за необходимости диверсифицировать источники свидетельств; и из-за того, что ему предлагается сослаться на практику и традиции различных культурных групп.

192. Касаясь взаимосвязи между универсальной применимостью и региональными нормами jus cogens, Специальный докладчик подтвердил свое мнение о том, что региональные нормы jus cogens невозможны с правовой точки зрения по причинам, которые он рассмотрит в будущем докладе. В настоящее время он считает, что возможным результатом этого исследования может стать проект вывода, в котором бы говорилось, что региональные нормы jus cogens возможны в качестве исключения из общего правила, либо что региональные нормы jus cogens невозможны по международному праву; можно просто указать в нем, что проекты выводов принимаются «без ущерба для» возможности существования региональных норм jus cogens, или вообще не включать в него такое положение. Далее он предложил рассмотреть в будущем докладе вопрос о том, означает ли ссылка на универсальное применение «все государства» или «все субъекты международного права».

193. Касаясь вопроса об иерархическом превосходстве, рассматриваемом с учетом судебной практики международных судов и трибуналов, Специальный докладчик выразил мнение о том, что суды, особенно Международный Суд, намеренно стремятся избежать вопроса об иерархии, заявляя, что между данными нормами нет коллизии, так что проблема иерархии вообще не возникает. Он также подтвердил, что не разделяет мнение о том, что иерархическое превосходство является скорее следствием, чем характеристикой.

194. Специальный докладчик не согласился с мнениями, высказанными в отношении пункта 2 проекта вывода 3, который был передан Редакционному комитету в 2016 году, о том, что данное положение, как представляется, указывает на то, что характеристики jus cogens не должны включаться, если они не оказывают прямого влияния на критерии и идентификацию jus cogens. Он указал, что проекты выводов по своей

сути представляют собой смесь нормативных и описательных выводов о состоянии права. Он отметил, что намерен пояснить в комментарии, что такие характеристики могут иметь значение для оценки критериев норм *jus cogens* в международном праве.

195. Касаясь высказанного некоторыми членами мнения о том, что статья 53 Венской конвенции 1969 года не должна служить единственной основой для рассмотрения этой темы, он напомнил, что подход, которому он следовал в своих двух докладах, в том числе в отношении критериев для *jus cogens*, не основывался исключительно на согласии. По его мнению, хотя роль государств играет центральную роль в этой теме, это не означает, что она основывается исключительно на существовании согласия.

196. Специальный докладчик напомнил, что большинство членов согласилось с двухэтапным подходом, хотя некоторые члены Комиссии ставили вопросы в этой связи. Он отметил, что двухэтапный подход не следует приравнивать к двойному или тройному подсчету: первым шагом является поиск действующих норм права, чаще всего международного обычного права. На втором этапе речь идет не о правовом статусе правила или нормы, а о его или ее императивном характере.

197. Специальный докладчик не согласился с высказанными доводами в пользу включения изменения в число критериев, напомнив, что судебная практика как внутренних, так и международных судов сосредоточена на свидетельствах принятия и признания недопустимости отклонения. Тем не менее он согласился с этим предложением при том понимании, что элементы отклонения и изменения будут рассматриваться не как отдельные критерии, а, скорее, как составные части критерия.

198. Он напомнил, что большинство членов, если не все, выразили согласие с предлагаемым изменением названия темы с «*Jus cogens*» на «Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*)».

199. Касаясь различных предложений редакционного характера, внесенных членами ради упорядочения проектов выводов, он подчеркнул, что следует учитывать цели, которым служат различные положения, и указал, что он готов к реорганизации проектов выводов в соответствии с предложениями, сделанными в ходе прений на пленарных заседаниях.

200. Специальный докладчик отметил, что, хотя большинство членов выразили согласие с общей направленностью его подхода к первому критерию, т. е. концепции общего международного права, был поднят ряд вопросов по конкретным аспектам, в том числе по вопросу о том, могут ли нормы международного гуманитарного права быть частью *jus cogens*. В этой связи он подтвердил, что общее международное право не следует отличать от *lex specialis* и что, соответственно, нельзя исключать, что международное гуманитарное право может порождать нормы *jus cogens*.

201. Комментируя мнение о том, что нормы общего международного права являются нормами, обязательными для всех государств, он отметил, что первый критерий является лишь предварительным условием существования *jus cogens* и что как таковой он не должен отражать все характеристики *jus cogens*.

202. Затем Специальный докладчик затронул вопрос о выраженном некоторыми членами несогласии с содержащимся в докладе утверждением о том, что договоры не могут являться частью общего международного права; он считает, что Комиссия должна проявить осторожность, прежде чем делать заключение о том, что договоры могут являться частью общего международного права, в частности потому, что проект вывода 5 не сформулирован в таких выражениях, которые бы категорически отвергали доводы членов Комиссии. Он далее заявил, что данный проект вывода не касается свидетельств. Вместо этого он призван изложить некоторые выводы об источниках международного права и их связи с *jus cogens* и подчеркнуть, что резолюции и другие материалы не квалифицируются как такие источники.

203. Обращаясь к высказанному мнению о том, что все три источника – международное обычное право, общие принципы права и право договоров – должны играть одинаковую роль в процессе идентификации *jus cogens* и что все три должны наличествовать одновременно, с тем чтобы та или иная норма могла быть отнесена к *jus cogens*, он подчеркнул, что такие предположения не соответствуют практике и доктрине.

204. Специальный докладчик прокомментировал далее замечания, сделанные в связи с общими принципами права, подчеркнув, что для целей *jus cogens* достаточно лишь указать на возможность того, что общие принципы могут стать основой для норм *jus cogens*, и что было бы нецелесообразно исключать такую возможность. Он также напомнил, что предлагаемый проект вывода 5 сформулирован достаточно мягко, с тем чтобы подчеркнуть, что речь идет только о возможности и что практика в этом отношении минимальна. Если этот текст будет принят, то в комментарии это также будет ясно указано.

205. Комментируя проект вывода 6, Специальный докладчик отметил, что он не подвергался критике, хотя несколько членов предложили включить его в другие положения; он не одобрил подобный подход, поскольку данный проект вывода послужил для введения второго критерия. Специальный докладчик также не согласен с его исключением, но, в случае если Редакционный комитет решит сделать это, он представит в комментарии упорядоченную структуру проектов выводов, касающихся идентификации *jus cogens*.

206. Вопросы, поднятые в контексте проекта вывода 7, касающиеся значения фразы «в целом». В этой связи Специальный докладчик отметил, что, как и некоторые другие члены, он считает, что она призвана передать идею коллективности. Он также подчеркнул, что не согласен с мнением о том, что слово



«отношение» является неуместным, и с предположением о том, что необходима практика в сочетании с *opinio juris*. Вместе с тем он решительно поддерживает предложение использовать слово «убеждение» и склонен сохранить слово «очень», которое было исключено из пункта 3, хотя выражение «значительное большинство» вряд ли может означать менее существенное большинство.

207. Касаясь проекта вывода 8, Специальный докладчик предложил Редакционному комитету заменить фразу «принимается государствами как норма, отклонение от которой недопустимо» словами «принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо». Он не согласен с замечанием о том, что пункт 2 проекта вывода 8 не добавляет ничего существенного к предмету рассмотрения.

208. Специальный докладчик далее указал, что он согласен с предложениями редакционного характера в отношении проекта вывода 9. Он считает, что национальные конституции следует включить в качестве возможных свидетельств и что Редакционный комитет может рассмотреть вопрос о включении в пункт 2 ссылки на национальное законодательство.

209. Воздержавшись от комментариев по замечаниям, сделанным в связи с иллюстративным перечнем норм, Специальный докладчик отметил, что принятое им решение будет основываться на существовании выдвинутых аргументов.

210. Специальный докладчик подтвердил свое предпочтение, состоящее в том, чтобы Редакционный комитет завершил работу над всеми предложениями по проектам выводов в первом чтении, прежде чем вернуть их на рассмотрение пленарного заседания.