

РОССИЙСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Научно-теоретическое,
информационное и практическое
издание

Основан в 1993 году

Выходит 6 раз в год

С 2007 года включен в Перечень
ведущих рецензируемых научных журналов
и изданий, в которых должны быть опубликованы
основные научные результаты диссертаций
на соискание ученой степени
кандидата и доктора наук

6 (99) • 2014

УЧРЕДИТЕЛИ

МИНИСТЕРСТВО ЮСТИЦИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ УРАЛЬСКАЯ ГОСУДАРСТВЕННАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ АКАДЕМИЯ

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Главный редактор к. ю. н., доц. И. В. Федоров

к. ю. н., доц. О. Г. Алексеева (Екатеринбург), к. ю. н., доц. Ю. С. Безбородов (зам. гл. редактора), д. ю. н., проф. Л. Ю. Василевская (Москва), д. ю. н., проф. Д. В. Винницкий (Екатеринбург), д. ю. н., проф. С. Ю. Головина (Екатеринбург), д. ю. н., проф. Л. Я. Драпкин (Екатеринбург), к. ю. н., доц. Д. В. Жернаков (Екатеринбург), д. ю. н., проф. С. К. Загайнова (Екатеринбург), д. ю. н., проф. Т. В. Заметина (Саратов), д. ю. н., проф. И. А. Игнатьева (Москва), д. ю. н., проф. С. В. Кодан (Екатеринбург), д. ю. н., проф. И. Я. Козаченко (Екатеринбург), д. ю. н., проф. Н. В. Козлова (Москва), к. ю. н. Я. Койстинен (Финляндия), д. ю. н., проф. А. Н. Кокотов (Санкт-Петербург), д. ю. н., проф. В. В. Комарова (Москва), к. ю. н., проф. Т. В. Кондрашова (Екатеринбург), д. ю. н., проф. Е. В. Кудрявцева (Москва), к. ю. н., доц. Т. Е. Логинова (Пермь), д. ф. н., проф. И. П. Малинова (Екатеринбург), д. ю. н., проф. С. Ю. Марочкин (Тюмень), д. и. н., проф. В. П. Мотревич (Екатеринбург), д. ю. н., проф. В. В. Невинский (Барнаул), д. ю. н., проф. В. В. Никишин (Санкт-Петербург), д. ю. н., доц. Д. В. Осинцев (Екатеринбург), д. ю. н., проф. В. Ф. Попондопуло (Санкт-Петербург), к. ю. н., доц. О. Н. Родионова (Екатеринбург), к. ю. н., проф. Р. К. Русинов (Екатеринбург), д. ю. н., проф. П. И. Савицкий (Екатеринбург), д. ю. н., проф. Ю. Н. Стариков (Воронеж), д. ю. н., проф. И. А. Тарханов (Казань), д. ю. н., доц. В. Л. Толстых (Новосибирск), д. ю. н., проф. А. Трунк (Германия), д. ю. н., проф. М. Ю. Федорова (Санкт-Петербург), проф. Хуан Даосю (Китай), проф. П. Шоккинс (Бельгия)

Редактор К. А. Смирнова

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

Председатель совета д. ю. н., проф. В. Д. Перевалов

Заместители председателя д. ю. н., проф. В. А. Бублик, д. ю. н., проф. Н. Н. Тарасов

д. ю. н., проф. В. С. Белых, А. Э. Буксман, д. ю. н., проф. В. С. Верещетин, д. ю. н., проф. Б. М. Гонгало, д. ф. н., проф. А. И. Демидов, д. ю. н., проф. В. В. Игнатенко, д. ю. н., проф. В. Б. Исаков, д. ю. н., проф. П. В. Крашенинников, д. ю. н., проф. Н. М. Кропачев, д. ю. н., проф. В. В. Круглов, д. ю. н., проф. М. И. Кукушкин, д. ю. н., проф. М. Н. Марченко, д. ю. н., проф. И. М. Мацкевич, д. э. н., проф. А. Н. Митин, к. ю. н., проф. С. Г. Михайлов, д. ю. н., проф. Ю. И. Скуратов, д. ю. н., проф. О. И. Тиунов, д. ю. н., проф. Г. Н. Чеботарев, д. ю. н., проф. А. И. Чучаев, д. ю. н., проф. В. Ф. Яковлев, д. ю. н., проф. В. В. Ярков

Адрес редакции: 620137, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 23, оф. 207

Корреспонденцию, материалы и статьи направляйте по адресу:

620137, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 21, УрГЮУ,

редакция «Российского юридического журнала»

Тел./факс (343) 375-54-20. www.ruzh.org.

E-mail: ruzh@usla.ru.

Свидетельство о регистрации № 01478 от 13 августа 1992 г.

Цена свободная.

Подписку можно оформить в любом отделении связи
по индексам 72610, 04167

С 2011 г. журнал включен в библиографическую базу, размещается и индексируется на библиотечной платформе EBSCO Host (EBSCO Information Services, Ipswich, MA, USA)

С 2012 г. журнал включен в библиографическую базу Ulrich's™ knowledgebase (Serials Solutions®, Seattle, WA, USA)

Точки зрения авторов статей, иных материалов не обязательно совпадают с точкой зрения редакции.

Перепечатка статей и иных материалов, опубликованных в «Российском юридическом журнале», допускается только с разрешения редакции

СОДЕРЖАНИЕ

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

<i>Исполинов А. С. (Москва)</i> Нормы <i>jus cogens</i> в решениях международных и национальных судов	7
<i>Васяев А. А. (Москва), Курдюков Г. И. (Казань), Князькин С. А. (Москва)</i> Мотивированность судебных решений в свете стандартов Европейского Суда по правам человека	15
<i>Саликов М. С. (Екатеринбург)</i> Международные договоры РФ как объекты конституционного судебного контроля	21

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

<i>Билль М. В. (Сургут)</i> Зарубежный опыт нормативно-правового регулирования и организации государственно-частного партнерства	27
<i>Исабеков К. С. (Бишкек, Кыргызстан)</i> Актуальные вопросы законодательного регулирования миграции в Киргизии	35
<i>Нечкин А. В. (Екатеринбург)</i> Изменение характера ответственности высшего органа исполнительной власти и его членов в странах СНГ: современные тенденции	41

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

<i>Кузнецова Е. В. (Екатеринбург)</i> Деятельность органов конституционной юстиции в РФ по предотвращению возникновения пробелов в праве	48
<i>Карасев Р. Е. (Тюмень)</i> Современный этап реформирования российской судебной системы: влияние на эффективность защиты прав и свобод человека и гражданина	57

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

<i>Вяземская А. А. (Москва)</i> Склонение к употреблению наркотических средств, психотропных веществ и их аналогов в российском и нидерландском законодательстве	65
<i>Баииков А. В. (Екатеринбург)</i> Кража имущества из одежды, сумки или другой ручной клади, находившихся при потерпевшем: спорный вопрос квалификации	70

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

<i>Филимонова И. В. (Пятигорск)</i> Понятие и правовая природа холдинга: основные доктринальные подходы	76
<i>Никитин А. В. (Екатеринбург)</i> О квалификации договоров обслуживания граждан предприятиями общественного питания	89
<i>Чудиновская Е. А. (Екатеринбург)</i> Возникновение правоотношений по личному обеспечению. Отношения кредитора и предоставившего обеспечение лица с момента совершения сделки до момента нарушения обязательства должником	95

ЭКОНОМИКА И ПРАВО

<i>Осицев Д. В. (Екатеринбург)</i> Резервный потенциал внешнеторговых ограничений и запретов	102
--	-----

ТРУДОВОЕ И СОЦИАЛЬНОЕ ПРАВО

<i>Федорова М. Ю. (Санкт-Петербург)</i> Об оценке социальных рисков на различных этапах существования обязательств по социальному обеспечению	110
<i>Саликова Н. М. (Екатеринбург)</i> «Эффективный контракт»: новый вид трудового договора или новая система оплаты труда?	116
<i>Серова А. В. (Первоуральск)</i> Нетипичные отношения по трудоустройству	121

<i>Байматов П. Н. (Тюмень)</i> О некоторых элементах конституционно-правового механизма реализации права граждан РФ на социальное обеспечение	129
ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР	
<i>Филипенко С. В. (Екатеринбург)</i> Признаки актов прокурорского реагирования	139
<i>Толстых А. В. (Екатеринбург)</i> О подготовке и реализации постановления прокурора на стадии возбуждения уголовного дела	142
КАЗУСЫ	
<i>Козаченко Е. Б. (Екатеринбург)</i> Лжегуманность суда, или о чем свидетельствуют казусы	147
К 150-ЛЕТИЮ СУДЕБНЫХ УСТАВОВ 1864 ГОДА И 140-ЛЕТИЮ ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ АДВОКАТУРЫ НА УРАЛЕ	
<i>Смирнов В. Н. (Екатеринбург)</i> Партийно-государственное руководство адвокатурой в довоенное время: 1922–1940 гг.	151
СТРАНИЦЫ ИСТОРИИ	
<i>Ермолович В. И. (Минск, Республика Беларусь)</i> Договор найма в праве Древнего Рима и стран средневековой континентальной Европы: сравнительный анализ	169
<i>Кочетков В. В. (Химки)</i> Юридическое обоснование парламентаризма российскими конституционалистами начала XX в.	177
МУЗЕЙ ИСТОРИИ СЮИ – УРГЮА – УРГЮУ	
<i>Зипунникова Н. Н. (Екатеринбург)</i> Управленческие конструкции и административно-хозяйственные будни Сибирского (Иркутского) института советского права в 1932 г.	186
RESUME	221
СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ	242
ТРЕБОВАНИЯ К АВТОРСКИМ ОРИГИНАЛАМ СТАТЕЙ (МАТЕРИАЛОВ), ПРЕДСТАВЛЯЕМЫХ В «РОССИЙСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ»	
	245

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

А. С. Исполинов*

НОРМЫ *JUS COGENS* В РЕШЕНИЯХ МЕЖДУНАРОДНЫХ И НАЦИОНАЛЬНЫХ СУДОВ

Автор рассматривает развитие доктрины *jus cogens* в решениях международных и национальных судов. Отмечается расширение перечня норм, которым различные суды придают качество императивности, а также появление в практике судов вертикального применения норм *jus cogens* для признания ничтожными внутренних правовых актов.

Ключевые слова: *jus cogens*, императивные нормы, суды, горизонтальное и вертикальное применение

Несмотря на то что идея о наличии в международном праве императивных норм возникла еще в первой половине XX в.¹, в международно-правовых документах термин «*jus cogens*» появился лишь в 1969 г. – в статьях Венской Конвенции о праве международных договоров². Однако ни критерии, по которым нормы международного права можно было бы отнести к этой категории, ни тем более перечень императивных норм в Конвенции не предусмотрены.

Долгое время доктрина *jus cogens* оставалась лишь предметом изысканий ученых, не получая развития ни в международных документах, ни в международной практике. Это сподвигло исследователей на ряд красочных и остроумных сравнений. Так, Я. Броунли в 1988 г. сравнил *jus cogens* с автомобилем, который никогда не покидает своего гаража³. Судья *ad hoc* Международного суда ООН Аби Сааб назвал эти нормы пустым ящиком, ценность которого в том, что его когда-нибудь можно наполнить⁴. Известный своей язвительностью и критичным отношением к международному праву Энтони Д'Амато заявил, что если бы существовала премия «Оскар» за лучшую норму международного права, то ее присудили бы нор-

* Кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой международного права юридического факультета Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова (Москва).

¹ Так, А. Фердросс еще в 1937 г. утверждал, что необходимо запрещать договоры, обязывающие реформировать полицию или суды так, что государство лишается возможности защищать жизнь, свободы и собственность людей на своей территории. В этой же работе он использовал термин «*jus cogens*» (*Verdross A. von. Forbidden Treaties in International Law // American Journal of International Law. 1937. № 31. P. 571, 574*).

² В ст. 53 Конвенции устанавливается, что договоры, противоречащие императивной норме общего международного права (*jus cogens*), считаются ничтожными. При этом под императивной нормой в Конвенции понимается норма, отклонение от которой международным сообществом признается недопустимым. Эта норма может быть изменена только последующей нормой, носящей такой же характер. Согласно ст. 64 Конвенции при возникновении новой нормы *jus cogens* любой противоречащий ей договор становится недействительным и прекращается.

³ *Brownlie I. Comment // Change and Stability in International Law-Making / ed. by A. Cassese, J. H. H. Weiler. Berlin, 1988. P. 110.*

⁴ *Abi-Saab. The Third World and the Future of the International Legal Order // Revue Egyptienne de Droit. 1973. Vol. 27. № 29. P. 53.*

мам *jus cogens*¹. В итоге ученые разделились на два лагеря. Сторонники норм *jus cogens* выступали за их развитие и укрепление. Их оппоненты указывали на неопределенность норм *jus cogens*, а также на риски, связанные с их активным применением, называя эти нормы либо ящиком Пандоры², либо Священным Граалем, в безнадежных поисках которого можно провести всю жизнь³.

В XXI в. исследователи склонны говорить, что доктрина *jus cogens*, если развивать аналогию Я. Броунли, напоминает автомобиль, уже выехавший из гаража, но эта поездка еще не повлекла изменения правил дорожного движения⁴.

Почему оценки были скорректированы? Ведь на уровне многосторонних договорных норм в государствах ничего не менялось с 1969 г. (даже во Франции, которая с самого начала была категорически против этой концепции и до сих пор не ратифицировала Венскую конвенцию).

Безусловно, нужно упомянуть распространение доктрины *jus cogens* на сферу регулирования международной ответственности. В Проекте статей об ответственности государств⁵ появились положения, устанавливающие ответственность за нарушение этих норм (ст. 40–41). В этом же Проекте говорится, что контрмеры, применяемые к государству-нарушителю, не должны приводить к нарушению норм *jus cogens* (ст. 50).

Тем не менее, на наш взгляд, резко возросший интерес к императивным нормам объясняется в первую очередь тем, что к ним стали обращаться (сначала осторожно, но затем все чаще) международные и национальные суды.

Первым нормы *jus cogens* вскользь упомянул в 1986 г. Международный суд ООН в решении по делу «*Никарагуа против США*», сославшись на слова Комиссии ООН по международному праву о том, что положение Устава ООН о запрете применения силы – это очевидный пример нормы международного права, имеющий характер *jus cogens*⁶. Тот же Международный суд в 2002 г. в другом решении признал в качестве нормы *jus cogens* запрет геноцида⁷. В свою очередь в 2001 г. ЕСПЧ в решении по делу *Al-Adsani* подтвердил, что запрет пыток – норма *jus cogens*⁸. К такому же выводу пришел МТБЮ в решении по делу *Furundzija*⁹. Верховный суд Швейцарии счел принцип *non-refoulement* (запрет выдачи индивида в страну, где он может подвергнуться пыткам) нормой *jus cogens*¹⁰. Межамериканский суд по правам человека пошел еще дальше и в решении по делу «*Undocumented Migrants*» признал императивной нормой современного междуна-

¹ D'Amato A. It's a bird, it's a plane, it's jus cogens! // Connecticut Journal of International Law. 1990. Vol. 6. № 1. P. 1.

² D'Amato A. Op. cit. P. 5.

³ Linderfalk U. The Effect of Jus Cogens norms: whoever opened Pandora's Box, did you ever think about the consequences? // European Journal of International Law. 2008. Vol. 18. № 5. P. 871.

⁴ Wet E. de. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes // Oxford Handbook on Human Rights / ed. by Dinah Shelton. Oxford, 2013. P. 960.

⁵ Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001) // Official Records of the General Assembly. Fifty-sixth session. Supplement № 10 (A/56/10), chp.IV.E.1.

⁶ Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (*Nicaragua v. United States*). 27 June 1986. I.C.J.

⁷ Armed Activities on the Territory of the Congo (*Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*) (Jurisdiction and Admissibility) [2006] ICJ Rep 6, 32.

⁸ *Al-Adsani v. United Kingdom*. Appl. № 35763/97. ECtHR. 21 November 2001. Para 55 // EHRR. 2002. № 34. P. 11.

⁹ *Prosecutor v. Furundzija*. № IT-95-17/1-T10. Trial Chamber. Judgment. 10 December 1998. Para 153 // ICTY.

¹⁰ *Spring v. Switzerland*. Federal Supreme Court. 126 II 145-169 // ILDC 351 (CH 2000).

родного права признал принцип равенства и недискриминации¹. Бывший председатель Суда Антонио Тринидад, будучи сторонником идеи активного использования норм *jus cogens* судами всех уровней, в особом мнении по этому делу заявил, что сфера применения *jus cogens* вышла за пределы права договоров и охватывает все международное право. Более того, по его мнению, «*jus cogens* – это открытая категория, которая уже развилась настолько, что заставила всемирное судебное сознание пробудиться для защиты неотъемлемых прав каждого человеческого существа в любой ситуации. Абсолютный запрет пыток, насильственного исчезновения людей, а также внесудебных и массовых казней ведет нас в terra nova международных норм *jus cogens*»².

Проследим, при каких обстоятельствах и для чего суды используют нормы *jus cogens* в своих решениях.

Так, весьма неожиданным было применение *jus cogens* Судом первой инстанции Европейского союза (СПИ) в решении по делу *Kadi*³. СПИ указал, что в исключительных случаях он вправе осуществлять юрисдикционный контроль над резолюциями Совета Безопасности ООН, если они противоречат нормам *jus cogens*. Такой вывод кажется неубедительным из-за неоправданного расширения объема норм *jus cogens* и включения в них даже права на собственность, что традиционно не воспринималось в качестве императивной нормы⁴.

В 1989 г. была сформулирована идея о применении национальными и международными судами норм *jus cogens* для того, чтобы лишить государство иммунитета от судебного преследования судами другого государства в случае серьезного нарушения прав человека. Ее авторы – три американских студента, заявивших, что государство лишается права ссылаться на свой иммунитет, если при причинении вреда частным лицам оно нарушило нормы *jus cogens*⁵. Спустя некоторое время эта идея начала воплощаться в судебных решениях. Так, в своем получившем широкую известность особом мнении по делу «*Prinz v. Federal Republic of Germany*»⁶ судья апелляционного суда округа Колумбия Патриция Вальд не согласилась с мнением большинства, отказавшего заявителю в его иске о возмещении ущерба, причиненного в результате его заключения в германском концлагере и принудительного труда во время Второй мировой войны. Вальд заявила, что суд должен был разрешить это дело по существу, так как Германия отказалась от своего иммунитета, нарушив нормы *jus cogens*, которые запрещают обращение в рабство и геноцид⁷.

Такой подход затем был поддержан греческими судами. В решении по делу «*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*» суд первой инстанции признал свою юрисдикцию в отношении иска родственников жертв массовой казни, совершенной немецкими войсками в деревне Дустомо во время Второй мировой войны (погибло 218 мирных жителей). Суд постановил, что в соответствии с преобладающей теорией и практикой международного права государство не может

¹ Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants: advisory opinion // Inter American Court of Human Rights. 2003. № 18.

² Ibid.

³ *Kadi v. Council and Commission*. № T-315/01 // ECR II-3546. 2005.

⁴ *Michaelsen C.* The incompatibility of the UN Security Counsel's 1267 sanctions regime with European due process guarantees // *Melbourne Journal of International Law*. 2009. Vol. 10. P. 42.

⁵ *Belsky A., Merva M., Roht-Arriaza N.* Comment, Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed exception to immunity for violations of peremptory norms of international law // *California Law Review*. 1989. Vol. 77. P. 365.

⁶ *Prinz v. Federal Republic of Germany*. 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994).

⁷ Ibid. 1182.

ссылаться на свой иммунитет, если приписываемое ему действие нарушает нормы *jus cogens*¹. При этом нормы *jus cogens* суд обнаружил в положениях Гаагской конвенции 1907 г. о правилах и обычаях ведения войны.

Хотя решение суда первой инстанции было поддержано Верховным судом Греции, дальнейшие события показали, что большинство международных и национальных судов все еще не готовы воспринять такую логику². Сначала решение отказался исполнять министр юстиции Греции в отношении имущества Германии, находившегося на территории Греции. Он мотивировал это тем, что решение принято в нарушение норм международного права. Затем такую же позицию занял Верховный суд Германии. После этого заявители обратились в ЕСПЧ, который к тому времени уже столкнулся с проблемой отказа в судебном иммунитете государства в случае нарушения им норм *jus cogens*.

В упомянутом решении по делу *Al-Adsani* суд признал, что даже нарушение государством норм *jus cogens* (речь шла о запрете пыток) не дает основания для отказа ему в судебном иммунитете. Используя эти же рассуждения, ЕСПЧ в решении по делу *Kalogeropoulou* отказался признавать неисполнение Министерством юстиции Греции решения греческого суда нарушением ст. 6 Европейской конвенции по правам человека 1950 г.³ После этого свою позицию поменяли и греческие суды (в решении по делу «*Margellos v. Germany*» истцу было отказано в возмещении ущерба, причиненного в результате военных преступлений времен Второй мировой войны⁴).

Международный суд ООН также предельно осторожно подошел к использованию норм *jus cogens*. В недавнем решении по спору между Германией и Италией о юрисдикционных иммунитетах⁵ он не поддержал аргумент последней о том, что нормы об иммунитете Германии от юрисдикции судов других государств не должны применяться по причине их противоречия нормам *jus cogens*, составляющим, по мнению Италии, часть права вооруженных конфликтов (речь в споре шла об ответственности Германии за преступления нацистов, совершенные в Италии во время Второй мировой войны).

Особый интерес вызывает обращение к нормам *jus cogens* Суда ЕврАзЭС. В решении Большой коллегии по делу Южного Кузбасса от 8 апреля 2013 г. Суд сослался на императивный характер принципа *pacta sunt servanda* («любой акт или действие, направленные на неисполнение или ненадлежащее исполнение судебного решения, юридически ничтожны»). Тем самым Суд открыл дорогу для дискуссии о месте и роли норм *jus cogens* в отечественной доктрине международного права. Несомненно, вывод Суда был сделан исходя из традиционных (известных еще с советских времен) и широко распространенных представлений о когентности всех принципов международного права⁶. Хотя Г. И. Тункин в классической работе «Теория международного права»⁷ упоминал, что при отнесении

¹ *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*. № 137/1997. Ct. 1st Inst. Leivadia. Oct. 30, 1997.

² Подробнее см.: O'Keefe R. State Immunity and Human Rights: Heads and Walls, Hearts and Minds // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2011. Vol. 44. P. 999–1045.

³ *Kalogeropoulou v. Greece* ECHR // ILR. 2002. № 129. P. 537–547.

⁴ *Margellos v. Federal Republic of Germany*. Anotato Eidiko Dikastirio // ILR. № 129. P. 525, 529–533.

⁵ Jurisdictional immunities of the state (*Germany v. Italy*). 3 February 2012. ICJ. P. 92–95 // URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>.

⁶ Алексидзе Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы. Тбилиси, 1982; Шестаков Л. Н. Императивные нормы в системе современного международного права. М., 1982; Черниченко С. В. Взаимосвязь императивных норм международного права и обязательств erga omnes // *Московский журн. междунар. права*. 2012. № 3. С. 3–16 и др.

⁷ Тункин Г. И. Теория международного права. М., 2006. С. 140.

всех общепризнанных принципов международного права к категории норм *jus cogens* «возникает проблема неполной когентности некоторых из них».

Сегодня ни зарубежными исследователями международного права, ни международными трибуналами не поддерживается идея о когентности абсолютно всех принципов международного права, несмотря на их неоспоримую важность и структурообразующую роль для всего международного права. Этой точки зрения придерживается, например, Р. Мюллерсон¹. А. Кассесе, выделяя восемь принципов международного права, говорит о когентности только шести, исключая принцип добросовестного исполнения обязательств и принцип сотрудничества². У. Линдерфальк ставит под сомнение когентность даже принципа неприменения силы, отмечая, что в случае его абсолютного соблюдения решения о применении силы в порядке самообороны или на основании резолюции Совета Безопасности могут оказаться недействительными³. Другой пример: два государства договорным способом решают обменяться частью своей территории, и никто в настоящее время не будет расценивать этот договор как ничтожный лишь на том основании, что он противоречит принципу нерушимости границ.

Наконец, стараниями как ученых, так и судов получает все большее распространение идея не только о горизонтальном применении норм *jus cogens* (по отношению к нормам международных договоров), но и об их вертикальном применении (по отношению к нормам национального права).

Одной из первых (еще в 2004 г.) эту мысль высказала Эрика де Ветт, задавшись вопросом, почему нормы *jus cogens*, которые в состоянии аннулировать даже нормы договора, не должны также оказывать прямое воздействие на национальное право, т. е. на внутренние действия государств и их представителей⁴.

Ее поддержал А. Тринидад, считающий *jus cogens* нормами международного публичного порядка. Он говорил: «Кроме своей горизонтальной экспансии, *jus cogens* также развиваются в вертикальном направлении, применительно к взаимодействию между международным и национальным правовыми порядками... Эффектом применения *jus cogens* в этом случае будет признание недействительным любого законодательного, административного или судебного акта, которые на уровне внутреннего права государств пытаются, например, разрешить использование пыток»⁵.

При этом оба исследователя ссылались на упомянутое решение МТБЮ по делу *Furundzija*, в котором сказано: «...то обстоятельство, что запрет пыток является императивной нормой международного права, оказывает эффект как на уровне между государствами, так и на индивидуальном уровне. На уровне между государствами это служит для того, чтобы лишить правомерности любой законодательный, административный или судебный акт, разрешающий пытки»⁶ (Трибунал остановился буквально в шаге от признания прямого эффекта норм *jus cogens*, т. е. права каждого индивида оспаривать в национальном суде любые внутренние меры на основании их противоречия нормам *jus cogens*).

¹ Mullerson R. Ordering anarchy: International Law in International Society. The Hague; Boston; L., 2002. P. 156.

² Cassese A. International Law in a divided world. Oxford, 1986. P. 159.

³ Linderfalk U. Op. cit. P. 859–864.

⁴ Wet E. de. The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its Implications for National and Customary Law // European Journal of International Law. 2004. № 15. P. 98–99.

⁵ Trinidad A. Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law // URL: <http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf>.

⁶ Prosecutor v. Furundzija. № IT-95-17/1-T10. Trial Chamber. Judgment. 10 December 1998.

Ярким примером вертикального применения императивных норм стало решение Верховного суда Аргентины, отменившего в 2007 г. указ о помиловании, принятый президентом Менемом в 1989 г. Верховный суд отметил, что указ президента противоречит положению о запрете преступлений против человечества как норме *jus cogens*¹.

Верховный суд Швейцарии имеет богатую практику отмены решений о высылке иностранцев в страну, где они могут подвергнуться пыткам, поскольку эти решения нарушают императивную норму. При этом суд считает данную норму составной частью международного публичного порядка. В 2009 г. были внесены изменения в ст. 139(2) Конституции Швейцарии, согласно которым запрещается принятие на референдуме закона, противоречащего нормам *jus cogens*.

Такая тенденция в практике национальных судов была поддержана теми исследователями международного права, которые относят себя к лагерю конституционалистов. Они делают акцент на системном единстве международного сообщества, обладающего согласованным набором неотъемлемых основных принципов и правил высшего порядка².

Подобное восприятие *jus cogens* созвучно тому, как понимали международное право в XVIII в. Так, Эммерих де Ваттель в 1758 г. признал существование естественного права народов, выделив при этом два вида права: так называемое необходимое право, состоящее из неприкосновенных принципов справедливости и «голоса совести», так называемое добровольное право – договорные или обычные нормы, которые вытекают из указанных естественных принципов³. А. Тринидад назвал *jus cogens* основой современного *jus gentium*. По его мнению, императивные нормы, стоящие над волей государств и других субъектов международного права, вбирающие в себя совесть, а также основные принципы и ценности, которыми это сообщество руководствуется, представляют собой юридическое выражение мнения всего международного сообщества как единого целого⁴.

Такой экспансионистский подход к нормам *jus cogens* уже вызвал сопротивление. Суд ЕС, отменивший упомянутое решение Суда первой инстанции по делу *Kadi*, предпочел не развивать тему императивных норм⁵. Суд ЕС прекрасно отдавал себе отчет в том, что любое признание не только роли норм *jus cogens*, но даже их наличия в праве ЕС фундаментальным образом изменит отношение к особому правопорядку ЕС и приоритету права ЕС перед международным правом. С этого момента тема *jus cogens* стала своего рода табу как для судов Европейского союза, так и для исследователей права ЕС.

Итак, доктрина *jus cogens* имеет крайне интересную историю развития, особую, если не решающую роль в котором сыграли международные и национальные суды. Однако тенденция судей видеть императивные нормы везде, где только можно, и игнорировать при этом мнение международного сообщества⁶ ставит

¹ *Mazzeo and others*. Corte Suprema de Justicia de la Nacion. 13 July 2007. Recourse of Cassation and unconstitutionality, M 2333 XLII; ILDC 1084.

² Описание доктрин конституционализма и плюрализма в международном праве см.: *Burka G. de*. The European Court of Justice and the international legal Order // Harvard International Law review. 2009. Vol. 51. № 1. P. 31–40.

³ *Vattel Emmerich de*. The Law of Nations. L., 1797. P. 16.

⁴ *Trinidad A*. International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium – General Course on Public International Law – Part I // Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. 2005. Ch. XII. P. 336–346.

⁵ *Jasin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and the Commission of the European Communities*. № C-402/05 and 415/05 // ECR. 2008. I-0635.

⁶ *Bianchi A*. Human Rights and the Magic of Jus Cogens // The European Journal of International Law. Vol. 19. № 3. P. 506–507.

под угрозу существование доктрины *jus cogens*. Э. Д'Амато весьма саркастично назвал такой подход судей к императивным нормам «правовым жонглированием», единственная цель которого – собрать большинство голосов конкретного суда¹.

Список литературы

Abi-Saab. The Third World and the Future of the International Legal Order // *Revue Egyptienne de Droit*. 1973. Vol. 27. № 29.

Al-Adsani v. United Kingdom. Appl. № 35763/97. ECtHR. 21 November 2001. Para 55 // EHRR. 2002. № 34.

Armed Activities on the Territory of the Congo (*Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*) (Jurisdiction and Admissibility) [2006] ICJ Rep 6, 32.

Belsky A., Merva M., Roht-Arriaza N. Comment, Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed exception to immunity for violations of peremptory norms of international law // *California Law Review*. 1989. Vol. 77.

Bianchi A. Human Rights and the Magic of Jus Cogens // *The European Journal of International Law*. Vol. 19. № 3.

Brownlie I. Comment // *Change and Stability in International Law-Making* / ed. by A. Cassese, J. H. H. Weiler. Berlin, 1988.

Burka G. de. The European Court of Justice and the international legal Order // *Harvard International Law review*. 2009. Vol. 51. № 1.

Cassese A. International Law in a divided world. Oxford, 1986.

D'Amato A. It's a bird, it's a plane, it's jus cogens! // *Connecticut Journal of International Law*. 1990. Vol. 6. № 1.

Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001) // Official Records of the General Assembly. Fifty-sixth session. Supplement № 10 (A/56/10), chp.IV.E.1.

Jasin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and the Commission of the European Communities. № C-402/05, 415/05 // ECR. 2008. I-0635.

Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants: advisory opinion // *Inter American Court of Human Rights*. 2003. № 18.

Jurisdictional immunities of the state (*Germany v. Italy*). 3 February 2012. ICJ // URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>.

Kadi v. Council and Commission. № T-315/01 // ECR II-3546. 2005.

Kalogeropoulou v. Greece ECHR // ILR. 2002. № 129.

Linderfalk U. The Effect of Jus Cogens norms: whoever opened Pandora's Box, did you ever think about the consequences? // *European Journal of International Law*. 2008. Vol. 18. № 5.

Margellos v. Federal Republic of Germany. Anotato Eidiko Dikastirio // ILR. № 129.

Mazzeo and others. Corte Supreme de Justicia de la Nacion. 13 July 2007. Recourse of Cassation and unconstitutionality, M 2333 XLII; ILDC 1084.

Michaelson C. The incompatibility of the UN Security Counsel's 1267 sanctions regime with European due process guarantees // *Melbourne Journal of International Law*. 2009. Vol. 10.

Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (*Nicaragua v. United States*). 27 June 1986. I.C.J.

Mullreson R. Ordering anarchy: International Law in International Society. The Hague; Boston; L., 2002.

O'Keefe R. State Immunity and Human Rights: Heads and Walls, Hearts and Minds // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2011. Vol. 44.

Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany. № 137/1997. Ct. 1st Inst. Leivadia, Oct. 30, 1997.

Princz v. Federal Republic of Germany. 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994).

Prosecutor v. Furundzija. № IT-95-17/1-T10. Trial Chamber. Judgment. 10 December 1998. Para 153 // ICTY.

¹ *D'Amato A.* Op. cit. P. 3.

Spring v. Switzerland. Federal Supreme Court. 126 II 145-169 // ILDC 351 (CH 2000).

Trinidad A. International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium – General Course on Public International Law – Part I // *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. 2005. Ch. XII.

Trinidad A. Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law // URL: <http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf>.

Vattel Emmerich de. The Law of Nations. L., 1797.

Verdross A. von. Forbidden Treaties in International Law // *American Journal of International Law*. 1937. № 31.

Wet E. de. The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its Implications for National and Customary Law // *European Journal of International Law*. 2004. № 15.

Wet E. de. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes // *Oxford Handbook on Human Rights* / ed. by Dinah Shelton. Oxford, 2013.

Алексидзе Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы. Тбилиси, 1982.

Тункин Г. И. Теория международного права. М., 2006.

Черниченко С. В. Взаимосвязь императивных норм международного права и обязательств erga omnes // *Московский журн. междунар. права*. 2012. № 3.

Шестаков Л. Н. Императивные нормы в системе современного международного права. М., 1982.