

## Норми *jus cogens* — сучасне *jus gentium intra se*

**Н. В. ДРЬОМІНА-ВОЛОК**

*LL.M., кандидат юридичних наук,*

*головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту*

*Національної академії прокуратури України*

Питання про існування імперативних норм у системі міжнародно-правових норм завжди викликало наукові суперечки: точки зору варіювались від повного їх неприйняття до безумовного визнання як основи міжнародного правопорядку. За думкою О.В. Буткевич, на різних етапах становлення міжнародного права імперативні норми хоч і змінювалися, але були притаманні всій історії його розвитку, створюючи своєрідний баланс і становлячи його найбільш стабільну частину [1].

Ще у XVII столітті Гуго Гроцій писав про існування двох інститутів міжнародних норм — *jus gentium inter se*, тобто норм, що регулюють відносини між державами, та *jus gentium intra se* — загальних норм, які є однаково обов'язковими для всіх країн [2].

Втім, тільки у XX столітті міжнародне сумління обумовило практичне втілення теорії щодо необхідності набуття певними правилами поведінки у міждержавних відносинах імперативного характеру. Серед юристів і практиків ніколи не існувало консенсусу щодо легітимності подібних імперативних норм у міжнародно-правовій системі, що базується на узгодженій волі держав, однак вже у 1937 році професор Альфред Вердрос, член Комісії з міжнародного права ООН, висловлював думку, що мають існувати правові обмеження абсолютного права держав укладати угоди з будь-яких питань, якщо ці угоди загрожують інтересам світової спільноти у цілому чи окремим її членам, називаючи такі обмеження нормами *jus cogens* [3].

У зв'язку з виникненням у Комісії міжнародного права питання про недійсність міжнародних договорів, які суперечать імперативним нормам міжнародного права, питання про характер цих норм набуло особливої актуальності. Глибокий аналіз гострої наукової дискусії, що розгорнулася в цей період, міститься у працях видатного радянського юриста-міжнародника Г. І. Тункіна 4[4].

У результаті цієї активної дискусії, в остаточному варіанті розробленого Комісією проекту конвенції про право міжнародних договорів було залишено контрверсійні положення про імперативні норми. Так, у Віденській конвенції про право міжнародних договорів, прийнятій у 1969 році, було встановлено, що норма *jus cogens* є імперативною нормою загального міжнародного права, «яка приймається і визнається міжнародним співтовариством держав у цілому як норма, відхилення від якої недопустиме і яку може бути змінено тільки наступною нормою загального міжнародного права, що носила б такий характер». Згідно зі ст. 53 Конвенції «договір є нікчемним, якщо на момент укладення він суперечить імперативній нормі загального міжнародного права». Це означає, що угода вважається такою, що немає чинності з моменту її укладання (*ab initio*). Згідно зі

ст. 64 Віденської конвенції, якщо виникає нова імперативна норма, будь-який міжнародний договір, що з нею конфліктує, стає недійсним [5].

Імперативний характер будь-якої норми, будь-то національне або міжнародне право, залежить від рівня небажання настання наслідків її порушення. Так, у національному праві (передусім континентальної правової системи), імперативний статус мають більшість норм права, крім договірних — «контрактів». Саме рівень дотримання норм права як результат ефективності держави у здійсненні превентивних та охоронних правових заходів відображає стан правопорядку всередині держави. Таким чином, державно-правові зусилля у забезпеченні національного правопорядку полягають у захисті імперативного статусу норм внутрішнього права: нагляд за їхнім загальнообов'язковим дотриманням та застосуванні примусу у випадках порушення цих норм.

Міжнародний правопорядок також залежить від ступеню дотримання державами норм міжнародного права, але великою відмінністю є відсутність владного органу, який би створював правові норми та мав би примусові засоби забезпечення їхнього дотримання. Диспозитивний характер норм міжнародного права відображає сутність міжнародно-правової системи — панування *conventio* як основи відносин між державами. Як відомо, внутрішньодержавна нормотворча система має вертикальний характер: державний законодавчий орган чи його еквівалент співіснує з діючим інструментом примусу для виконання створених норм. Національна нормотворча система не має в своїй основі обов'язкової згоди суб'єкта права для визначення змісту та обсягу його прав, обов'язків та характеру відповідальності. Міжнародний нормотворчий процес має горизонтальний характер, тобто: 1) права, обов'язки та відповідальність визначаються суб'єктами, чії відносини вони регулюють; 2) норми права застосовуються тими ж суб'єктами; 3) тими ж суб'єктами здійснюється контроль за дотриманням норм та визначається відповідальність у разі невиконання обов'язків. Саме через відсутність безпосередньої участі суб'єктів у національному правотворчому процесі він має більш стабільний, чіткий та передбачуваний характер, тоді як міжнародний нормотворчий процес є дуже специфічним, складним і динамічним явищем.

Отже, соціальним наповненням норм міжнародного права є узгоджена воля держав та інших суб'єктів міжнародного права. Процес узгодження волі окремих суб'єктів і формування, таким чином, їхньої загальної волі своїм результатом має обов'язкову для виконання норму міжнародного права: *conventio facit jus* — згода створює право [6]. В такій системі виникнення, розвиток та набуття більшої ваги в механізмі міжнародно-правового регулювання норм, які є обов'язковими для виконання навіть державами, що їх не визнають, безумовно є ознакою трансформації традиційного абсолютизму сприйняття міжнародного права як комплексу диспозитивних норм, в яких сформульовано узгоджене волевиявлення держав.

У науці міжнародного права дотепер не існує консенсусу щодо визначення поняття «норма *jus cogens*», її місця в системі міжнародного права та оцінки її реальної застосовуваності. Можна виокремити два табори юристів-міжнародників відповідно до їх відношення до концепції *jus cogens*. Першу групу можна умовно назвати «підтверджувачами» (*affirmants* — ті, хто підтверджує існування та дієвість імперативних норм). «Підтверджувачі» посилаються на 53 статтю Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 року, інтерпретуючи її як та-

ку, що розповсюджує чинність статусу норми *jus cogens* на міжнародне право в цілому. Деякі прихильники цієї позиції стверджують, що вплив імперативних норм виходить навіть за межі такої інтерпретації.

Друга група юристів, яка останнім часом стає активно зменшуватися за кількістю учасників — «скептики» («*skeptics*»). Вони визнають положення Віденської конвенції, що закріплюють ідею *jus cogens*, наголошуючи, однак, що нормативного наповнення цієї концепції ще не набула. Таким чином, вони вважають, що норми *jus cogens* існують тільки у теорії міжнародного права, не маючи позитивного характеру [7].

Відсутність спільної позиції можна пояснити надзвичайною впливовістю їхнього нормативного статусу, згідно з Віденською конвенцією, та специфікою змістовного наповнення. Об'єктивно, значення та роль імперативних норм у сучасному міжнародному праві явно виходить за межі, визначені статтями 53 та 64 Віденської конвенції про право міжнародних договорів. Ця теза підтверджується думкою Робочої групи з питань «Фрагментації міжнародного права» Комісії з міжнародного права ООН, що влітку 2006 представила свій звіт, в якому присвятила багато уваги концепції *jus cogens*. У документі зазначається, що ця концепція є передусім інструментом технічного вирішення проблем конфлікту між різними нормами міжнародного права. Таким чином, згідно зі звітом, імперативні норми обумовлюють таку правову позицію:

— по-перше, якщо угода цілком або її окреме положення суперечить імперативній нормі міжнародного права, то угода або положення, якщо воно може бути виокремлено з тексту угоди, мають вважатись недійсними;

— по-друге, якщо норма міжнародного звичаєвого права або резолюція міжнародної організації суперечить правилу *jus cogens*, то така норма або резолюція мають вважатись недійсними;

— по-третє, якщо імперативній нормі міжнародного права суперечить будь-яка спеціальна норма міжнародного права, перша має пріоритетний характер [8].

Більш того, може бути відмовлено у легітимному визнанні уряду або державі, якщо вона порушила норму *jus cogens*, наприклад застосувала силу до іншої держави всупереч положень Статуту ООН; або відмовлено в екстрадиції до держави, яка підозрюється у нелюдському поводженні або переслідуванні [9].

Статус *jus cogens* означає неможливість зміни або скасування норми суб'єктами права та загальне зобов'язання дотримуватись її диспозиції. Важливо підкреслити, що тільки сутність матеріальної заборони нормами *jus cogens* має імперативний характер. Процес надання певній нормі такого статусу не порушує традиційний процес конвенційного прийняття рішень — тільки згода міжнародного співтовариства може бути в основі виникнення тієї або іншої норми *jus cogens*.

Багато дискусій виникає навколо належності імперативних норм до тої чи іншої родової групи норм міжнародного права (наприклад, звичаєвих норм), а також притаманності характеру *jus cogens* цілим джерелам міжнародного права (принципам і навіть Статуту ООН, загалом).

Насамперед слід підкреслити, що норми *jus cogens* — це не окреме джерело міжнародного права, а особливий статус певних його норм, які можуть існувати в формі договору і/чи звичаю. В англійських працях з міжнародного права часто застосовують вираз «*norm of jus cogens rank*», що означає «норма статусу *jus*

*cogens*». Із значення слова «статус» зрозуміло, що його потрібно досягти. Іншими словами, норма *jus cogens* — це існуюча норма міжнародного права, яка в силу своєї значимості та всесвітнього визнання набула найвищого імперативного статусу. Не може існувати «закону», вищого за загальнолюдські цінності, — теза із теорії природного права, яка є основою концепції *jus cogens*. Жодна норма ані міжнародного, ані національного права не може ієрархічно стояти на вищій щаблі, ніж норми *jus cogens*.

Вислів «норма *jus cogens* набуває свого статусу» означає, що повинні існувати певні критерії, за якими можна довести, що та чи інша норма є нормою *jus cogens*. Шарль де Вішер у своїй праці «Теорія та практика в міжнародному праві» зауважує, що «захисник норми *jus cogens* бере на себе значний тягар доведення» [10]. Критерії доведення передусім залежать від того чи можна вважати норму *jus cogens* найвищою ланкою звичаєвих норм, чи загальним принципом і, відповідно, доводити її існування.

Так, Я. Броунлі вважає, що *jus cogens* — це норми звичаєвого права, які не можуть бути відмінені договором або шляхом мовчазної згоди, а можуть бути змінені тільки через утворення нових норм звичаєвого права іншого змісту [11]. М. Шоу називає норму *jus cogens* виключно правилом («*rule of jus cogens*»).

Т. Хіллер у своєму підручнику «Основи міжнародного права» норми *jus cogens* визначив як правила чи принципи публічного порядку, від дотримання яких неможливо ухилитись [12]. Судді Міжнародного Суду ООН, цитуючи висновки Комісії з міжнародного права та інші джерела, у своїх рішеннях посилалися на універсальні принципи *jus cogens* або правила *jus cogens* [13]. Отже, однозначної думки щодо даного питання не існує, але, водночас, зрозуміло, що не належність до тієї чи іншої родової групи норм міжнародного права, а саме неухильність дотримання та неможливість заперечення державою норми *jus cogens* є її основною характеристикою та ознакою [14].

Імперативні норми, як й інші норми міжнародного права, створюються за згодою самих суб'єктів, але в силу їх виняткової важливості та найвищого юридичного статусу в системі норм міжнародного права потрібне їх загальносвітове визнання міжнародним співтовариством. Міжнародне визнання об'єктивно включає в себе відповідну практику держав, існування *opinio juris* (ознаки звичаю) та міжнародні угоди у цій сфері, які були ратифіковані більшістю держав у світі, однак, цим не обмежується [15]. У міжнародному праві є норми, що паралельно закріплені і звичаєм, і міжнародним договором універсального характеру, але які не мають статусу імперативних (деякі питання громадянства, морського права, дипломатичних відносин тощо). Таким чином, поряд із об'єктивним правовим закріпленням, для того щоб набути статус імперативної, норма повинна бути загальновизнана суб'єктами міжнародного права саме як норма *jus cogens* в сенсі статті 53 Віденської конвенції про право договорів.

Варто підкреслити, що до недавнього часу Міжнародний Суд ООН, найавторитетніший судовий міжнародний орган, на рішення якого посилаються як на джерело права, не виокремлював норми *jus cogens*, зокрема згадуючи деякі універсальні (фундаментальні) норми міжнародного права та надаючи їм статус таких, що зобов'язують все міжнародне співтовариство їх дотримуватись, він, тим не менш, у своїх рішеннях не називав їх конкретно нормами *jus cogens*, як це

робив Міжнародний кримінальний трибунал по колишній Югославії. Вкрай важливо, що у недавніх рішеннях Міжнародний Суд ООН змінив власний формальний підхід та безпосередньо у рішеннях, а не в окремій думці суддів [16], згадав норми *jus cogens* [17], позаяк багато традиційно налаштованих (передусім західних) вчених-міжнародників у дискусіях про існування норм *jus cogens* звертались саме до факту невизначеного ставлення Суду ООН до цього питання.

Питання про перелік існуючих імперативних норм у сучасному міжнародному праві також не має однозначної відповіді. Для доведення існування норми *jus cogens* доцільно звертатись до праць загальновідомих авторитетних вчених [18], рішень міжнародних судових установ насамперед Міжнародного Суду ООН [19], а також до рішень національних судів як прояву практики держав та *opinio juris* [20]. Аналіз вищезгаданих джерел дозволяє зробити висновок, що імперативним статусом наділені норми, які забороняють агресивне застосування сили, расову дискримінацію, геноцид, работоргівлю, піратство та катування. Існує думка, підтримана Міжнародним трибуналом по колишній Югославії, що заборона та покарання злочинів проти людства та воєнних злочинів є також нормами *jus cogens*, але ще не можна констатувати однозначне загальносвітове визнання згаданих норм як імперативних [21].

Характерно, що норми *jus cogens* є матеріальними заборонними нормами, більшість з яких стосується захисту фундаментальних прав людини — таких як свободи від расової дискримінації, фізичного знищення за приналежність до певної національної, расової або релігійної групи тощо. Це означає, що міжнародне співтовариство визнає саме нелюдську поведінку держави найбільш загрозливою для міжнародного миру та безпеки. Окремо потрібно підкреслити значення імперативної заборони нелігитимного застосування сили однієї держави проти іншої, а також погрози силою. В традиційному значенні правопорядку саме ця норма є найбільш важливою для його забезпечення. Потрібно також підкреслити, що, як було зазначено вище, конвенційне підкріплення формально не є обов'язковим для виникнення імперативних норм, однак жодна з визнаних на сьогодні норм *jus cogens* не існує виключно в звичаєвій неписаній формі.

Зростання кількості випадків посилань на норми *jus cogens* Міжнародним Судом ООН, іншими міжнародними та національними судовими органами, підтримка цієї теорії та певне розширення її матеріального наповнення з боку найавторитетніших юристів-міжнародників світу вказує на тенденцію «імперативізації» міжнародного права у цілому. Виникнення концепції існування превалюючих за юридичною силою норм є доказом визнання міжнародним співтовариством необхідності позитивно-правових заходів для забезпечення світового правопорядку. Незважаючи на аргументи «скептиків», які вважають норму *jus cogens* чужорідним явищем у вільному за духом міжнародному праві, об'єктивною реальністю є не тільки їх існування, але й ефективність, як інструменту стримування протиправних дій з боку держави.

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА

1. Буткевич О. Формування норм *jus cogens* у докласичному міжнародному праві // Вісник Академії правових наук України. — 2006. — № 4. — С. 207-218.

2. *Hedley Bull, Benedict Kingsbury, Adam Roberts*. Hugo Grotius and International Relations. — Oxford University Press, 1992. — P. 253.
3. See : *Alfred Verdross*. Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law. — The American Journal of International Law Vol. 60, No. 1 (Jan., 1966), p. 55-63; *Alfred Verdross*. Forbidden Treaties in International Law. — The American Journal of International Law, No. 31, (1937), p. 571-577.
4. См.: *Тункин Г. И.* Теория международного права/ Под общей ред. Л. Н. Шестакова. — М.:Зерцало, 2000. — С. 130-142.
5. Vienna Convention on the Law of Treaties (1969). — United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331. — Art. 53, 64.
6. *Лукашук И. И.* Международное право. Общая часть : учебн. — М., 2005. — С. 103, 104.
7. *Ulf Linderfalk*. The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences? // The European Journal of International Law. — Vol. 18, No. 5 (2008), P. 855.
8. «Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law», Report of the Study Group of the International Law Commission, Chaired by Martti Koskenniemi, Report of the International Law Commission on the work of its 58th session, 1 May — 9 June and 3 July — 11 August 2006. The report consists of two parts. The bulk of the report is contained in document. — A/CN.4/L.682, A/CN.4/L.702.
9. *Boleslaw Adam Boczek*. International Law: a Dictionary. — Scarecrow Press, 2005. — P. 19.
10. Charles de Visscher. Théories et réalités en droit international (4<sup>th</sup> ed.), Paris, 1953. — P. 295-296.
11. *Брунли Я.* Международное право./ Пер. с англ. под ред. Г. И. Тункина. — М., 1977. — С. 188-189.
12. *Hillier T.* Principles of Public International Law. London — Sydney, 1999. — P. 38-39.
13. Nicaragua v. United States of America, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para 190 : «A further confirmation of the validity as customary international law of the principle of the prohibition of the use of force expressed in Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations may be found in the fact that it is frequently referred to in statements by State representatives as bring not only a principle of customary international law but also a fundamental or cardinal principle of such law. The International Law Commission, in the course of its work on the codification of the law of treaties, expressed the view that «the law of the Charter concerning the prohibition of the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international law having the character of jus cogens» (paragraph (1) of the commentary of the Commission to Article 50 of its draft Articles on the Law of Treaties, ILC Yearbook. 1966-11, p. 247). Nicaragua in its Memorial on the Merits submitted in the present case states that the principle prohibiting the use of force embodied in Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations «has come to be recognized as jus cogens». The United States, in its Counter-Memorial on the questions of jurisdiction and admissibility, found it material to quote the views of scholars that this principle is a «universal norm», a «universal international law», a «universally recognized principle of international law», and a «principle of jus cogens».
14. *Janis M. W.* An Introduction to International Law (4th ed. 2003), P. 62–63 : «Jus cogens is a norm thought to be so fundamental that it even invalidates rules drawn from treaty or custom. Usually, a jus cogens norm presupposes an international public order sufficiently potent to control states that might otherwise establish contrary rules on a consensual basis»; див. також: *Malanchuk P.* Akehurst's Modern Introduction to International Law.— P. 57-58.
15. *Bassiouni M. Ch.* From Versailles to Rwanda: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court. — Harvard Human Rights Journal. — No. 10 (1996). — p. 11.
16. Окрема думка Ad Hoc судді Креча (Креча): «The norm prohibiting genocide, as a norm of jus cogens...» Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ICJ Reports (1996).
17. Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Judgment of 3 February 2006,

para. 64-78; Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007. — Para. 185.

18. *Brownlie I.* Principles of Public International Law, 5th Edition, Oxford University Press, 2002; Malcolm N. Shaw QC. International Law. Fifth Edition / — Cambridge University Press, 2003. P. 115-119; *Hillier T.* Principles of Public International Law. London — Sydney, 1999. P. 38-39; *Cassese A.*, International Law. 2nd edition. Oxford University Press, 2005; *Murphy J. F.* Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution, 1999.

19. Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ICJ Reports (1996) Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro), Preliminary Objections, Order of 11 July 1996); the Prosecutor v. Anto Furundzija — Case No. IT-95-17/1-T, ICTY Judgment, paras 134-157; Pinochet case, 3 WLR 827 (1999), 93 Am. J. Int'l L. 700, 703 (1999).

20. See, e.g. : Attorney General of Israel v. Eichmann (1962). — International Law Reports, Vol. 36, p. 277, 299, 304; Demjanjuk v. Petrovsky (1985). — Federal Reporter, Second Series, Vol. 776, p. 571; Regina v. Finta (1996). — American Journal of International Law, Vol. 90, p. 460; Al-Adsani v. United Kingdom, ECHR Judgment Nov. 4, 1990. — United Nations Treaty Series, Vol. 213, p. 222; the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic and Vladimir Santic (a/k/a «Vlado») — Case No. IT-95-16-T, para. 520; the Prosecutor v. Anto Furundzija — Case No. IT-95-17/1-T, ICTY Judgment, paras 134-157; Pinochet case (1999). — American Journal of International Law, Vol. 93, p. 700, 703.

21. Kupreskic (ICTY) : «The most norms of international humanitarian law, in particular those prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide, are also peremptory norms of international law or jus cogens, i.e. of a non-derogable and overriding character»; Al-Adsani v. United Kingdom. ECHR Judgment Nov. 4, 1990, 213 UNTS 222; see also Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, General List No. 95 (ICJ Advisory Opinion of July 8, 1996).— Para. 79.

### **Дрьоміна-Волок Н. В. Норми jus cogens — сучасне jus gentium intra se**

**Анотація.** У статті досліджується юридична природа, процес становлення та розвиток імперативних норм (норм jus cogens) міжнародного права. Підвищення ролі імперативних норм у міжнародно-правовій, за природою диспозитивній, нормативній системі свідчить про виникнення нетрадиційного консенсусу щодо визнання «надсуб'єктного» характеру низки норм міжнародного права. У статті аналізуються причини та правові наслідки «імперативізації» міжнародного права, що обумовлюється розумінням міжнародним співтовариством необхідності підвищення юридичних гарантій дотримання державами певних норм міжнародного права, які забороняють поведінку, визнану міжнародною спільнотою як найбільш загрозливу для підтримання світового правопорядку.

**Ключові слова:** імперативізація міжнародного права, норми jus cogens, нормотворчий процес, міжнародна нормативна система.

### **Дремнина-Волок Н. В. Нормы jus cogens — современное jus gentium intra se**

**Аннотация.** В статье исследуется юридическая природа, процесс становления и развития императивных норм (норм jus cogens) международного права. Повышение роли императивных норм в международно-правовой, по природе диспозитивной, нормативной системе свидетельствует о возникновении нетрадиционного консенсуса в отношении признания «надсубъектного» характера ряда норм международного права. В статье анализируются причины и правовые последствия «императивизации» международного права, обусловленного пониманием международным сообществом необходимости повышения юридических гарантий соблюдения государствами определенных норм международного права, которые запрещают

ют поведение, признанное международным сообществом наиболее угрожающим для поддержания мирового правопорядка.

**Ключевые слова:** императивизация международного права, нормы *jus cogens*, нормотворческий процесс, международная нормативная система.

**N. Dromina-Voloc. Norms Jus Cogens as a Contemporary Jus Gentium Intra Se**

**Annotation.** *The article examines a legal nature, emergence and development of the peremptory norms (jus cogens) concept in international law. Increasing importance of jus cogens norms in the international legal normative system of jus dispositivum character shows that consensus has been reached with respect to certain norms of international law shall be given a «supraconventional» rank. The author analyses grounds and ramifications of international law «imperativisation» proving that the world community has accepted a need for strengthening juridical guarantees of observance of certain international norms prohibiting the most threatening for the global peace and security conduct.*

**Key words:** *imperativisation of international law, jus cogens norms, rulemaking, international normative system.*

Стаття надійшла до редакції 25.10.2010.