

Консультативное заключение Международного Суда ООН по вопросу о декларации независимости Косово – предыстория и критика судебного «постановления»

Маттиас Хартвиг*

* Маттиас Хартвиг, доктор права, научный сотрудник Гейдельбергского Института Макса Планка по зарубежному публичному и международному праву. «Дайджест публичного права» Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству BWV - Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, H Axel-Springer-Str. 54b D-10117 Berlin и автору за разрешение перевести и напечатать данную статью. Оригинал статьи: **Matthias Hartwig, Das Gutachten des Internationalen Gerichtshofs zur Unabhängigkeitserklärung des Kosovo: Vorgeschichte und "Urteils"kritik**, in *Osteuropa-Recht*, 2012, 11.

1. Историческая ретроспектива	123
1.1. Возникновение конфликта	123
1.2. Война 1999-го года и ее неудавшееся оправдание	124
2. Резолюция 1244 Совета Безопасности ООН: стабилизация как отправная точка для окончательного разрешения конфликта	127
2.1. Общие рамки:	127
2.2. Международная администрация (управление) в Косово	130
2.3. Усилия по окончательному урегулированию конфликта	134
3. Консультативное заключение по вопросу Косово	135
3.1. Отправная точка	135
3.2. Допустимость процедуры дачи консультативного заключения	136
3.3. Систематика консультативного заключения	138
3.4. Ограничение предмета рассмотрения посредством переформулировки вопроса, поставленного в запросе	139
3.5. Общее международное право как масштаб контроля	140

3.6. Совместимость провозглашения независимости Косово с Резолюцией 1244 Совета Безопасности ООН	141
3.6.1. Обязательная (юридическая) сила Резолюции 1244 Совета Безопасности	141
3.6.2. Вторая переформулировка предмета запроса: кем были осуществлены действия, ставшие предметом консультативного заключения?	142
3.6.3. Интерпретация смысла Резолюции	143
3.7. Оценка обоснования заключения Международного Суда	144
3.7.1. Оценка фактической стороны дела	144
3.7.2. Толкование Резолюции 1244 Совета Безопасности ООН	145
3.7.3. Право не возникает из правонарушения (<i>ex iniuria ius orietur</i>)	146
3.7.4. Последствия правонарушения: проигнорированные обязанности	147
4. Последствия консультативного заключения Международного Суда ООН	148
4.1. Продление срока действия предшествующего правового регламента	148
4.2. Проблемы, которые Международный Суд ООН оставил нерассмотренными	149
4.2.1. Правозащитная сецессия (<i>Remedial Secession</i>)	149
4.2.2. Предпосылки становления государства	150
4.2.3. Соответствие признания Косово нормам международного права	151
4.3. Последствия консультативного заключения в широком смысле	152
4.3.1. Опасность создания прецедента	152
4.3.2. Толкование Резолюции 1244 и его последствия	154
4.3.3. Международная юрисдикция	155

1. Историческая ретроспектива

1.1. Возникновение конфликта

Косово не отличается очень счастливой историей. Как часть Сербии в составе Югославской Федерации, Косово, согласно Конституции 1974-го года, получило определенную степень автономии, которая предполагала учет языковых, культурных и религиозных особенностей албанского населения Косово.¹ Албанское население не только получило возможность общаться на родном языке в государственных учреждениях, но также имело возможность создавать собственные образовательные учреждения, такие, как например, университеты и школы.²

Эта автономия, которая позволила обеспечить относительно мирное сосуществование между различными группами населения³, нашла внезапный конец с началом распада Югославии. Утрата объявленных при социализме идеологических гарантий привела - и не только в Югославии - к рецидиву националистических пережитков. В Югославии это имело следствием войны за отделение, которые велись особо жестоко и беспощадно. Сербия, в свою очередь, после распада Югославии, который в особой степени был воспринят здесь как потеря, опасалась также отделения Косово, которое не без оснований, ввиду этнического состава его населения, могло здесь восприниматься как запрограммированное. И ввиду распространения националистического мышления сецессия представлялась весьма вероятной.

Чтобы предотвратить это, в Сербии в 1989-ом году, в период правления *Милошевича*, права албанского населения на автономию были упразднены,⁴

¹ Ст. 4 Конституции Югославии 1974-го года; также ст. 145 Конституции Сербской Республики обеспечивала всем гражданам равные права на использование их языков, а также гарантировала автономным провинциям право на создание собственных учебных и образовательных заведений.

² Ст. 147 Конституции Сербии 1974-го года прямо гарантировала права меньшинств на образование и поддержание собственных учебных и образовательных заведений.

³ Тем не менее, уже в 1981-ом году в Косово произошло восстание против сербского правления.

⁴ Исходным пунктом послужило экспертное заключение Академии Наук Сербии в 1986-ом году, где было указано на возможность утраты сербской идентичности Косово

Однако именно это как раз только и ускорило то, что пытались избежать, а именно, распад и дезинтеграцию государства.⁵ Конституция Югославии 1992-го года уже не упоминала автономные провинции. Первоначально пассивное сопротивление в Косово, организованное *Ругова*, в результате непримиримой позиции Сербии в отношении любых претензий на территориальное самоуправление все более и более, а с 1997-го года самым радикальным образом, выливалось в вооруженное восстание, на которое Сербия ответила с беспощадной жесткостью.⁶ Террор стал средством осуществления власти, массовые нарушения прав человека были повседневным явлением, давление на население привело к потокам беженцев. С другой стороны, Освободительная армия Косово (ОАК) усилила насильственные действия против сербских учреждений и институтов. Международное сообщество все чаще критиковало действия сербов и террористические акты ОАК. Совет Безопасности ООН квалифицировал ситуацию в Косово, в конечном счете, в качестве угрозы для мира, не называя, тем не менее, Союзную Республику Югославия (СРЮ) стороной, единственно ответственной в этом продолжающемся ухудшении ситуации.⁷ Резолюции Совета Безопасности ООН адресовались в равной степени ко всем сторонам конфликта.

1.2. Война 1999-го года и ее неудавшееся оправдание

После того, как международные усилия по разрешению конфликта, в частности, в рамках переговоров между западными государствами, Российской Федерацией, представителями населения Косово и СРЮ в *Рамбуйе* в начале 1999-го года потерпели неудачу, НАТО провело военную акцию против Сербии. Это произошло без авторизации применения силы Советом Безопасности ООН. Заявленной целью этой операции была защита населения Косово.

ввиду сильного прироста албанского населения, см. *Heike Krieger*, *The Kosovo Conflict and International Law*, Cambridge 2001, 2012, с. XX.

⁵ Поправкой Конституции Сербии XXCI в 1989-ом году конституционная гарантия права на собственные учебные и образовательные заведения была отменена; кроме того, Косово утратило также право самостоятельно устанавливать рабочий язык в органах управления, Конституционная поправка XXVII.

⁶ Более подробно об этом развитии см. *Heike Krieger* (сноска 4).

⁷ См. Резолюцию 1160 Совета Безопасности ООН, преамбула и пункт 2 оперативной части резолюции; см. также Резолюцию 1199 Совета Безопасности ООН, которая содержит в своей преамбуле следующее положение: «осуждая все акты насилия, совершаемые любой стороной, а также терроризм, используемый любой группой или отдельными лицами в стремлении достичь политических целей»; аналогично этому преамбула Резолюции 1244 Совета Безопасности ООН.

Западные государства пытались оправдать проведение этой акции при помощи различных аргументов. С одной стороны, утверждалось, что Совет Безопасности ООН в резолюциях 1160, 1199 и 1203 уже квалифицировал ситуацию в соответствии со статьей 39-ой Устава ООН как угрозу миру; создав, тем самым, существенное необходимое условие для применения силы. Утверждалось, в частности, что если в такой ситуации, Совет Безопасности, ввиду внутренней блокады, не может предпринять необходимые дальнейшие шаги, то государства могут в некотором смысле, действовать на его месте, чтобы преодолеть такое неурегулированное положение.⁸ Этот аргумент неверно истолковывает, однако, саму конструкцию Главы VII Устава ООН. Здесь устанавливается не только исключительная компетенция Совета Безопасности ООН в вопросе квалификации какой-либо ситуации, в качестве оправдывающей применение силы, но и его исключительная компетенция по принятию решения о применении силы. В Уставе ООН предусмотрена двухступенчатая процедура, и квалификация ситуации как угрозы миру не включает в себя автоматически применение силы. Скорее, именно на усмотрение Совета Безопасности передано решение вопроса о том, будет ли такая квалификация дополнена разрешением на применение силы или будут приняты лишь экономические санкции, или же Совет Безопасности вообще откажется от принятия каких-либо мер. Государства, в свою очередь, не могут действовать на его месте.

В качестве второго аргумента для оправдания военной операции приводилась конструкция «гуманитарной интервенции».⁹ Согласно этой концепции, государства при массовых нарушениях прав человека в другом государстве должны в целях обеспечения защиты населения иметь право на вмешательство (интервенцию), в том числе с применением вооруженной силы, и без явного одобрения со стороны Совета Безопасности ООН. Однако, в частности, в научной теории, возможность вмешательства оговаривается условием принятия особых мер предосторожности. Например, меры по вмешательству должны принимать не отдельные государства, а межгосударственные союзы (*Staatenbündnisse*) в целях избежать того, чтобы определенное государство под видом гуманитарной интервенции прибегало к использованию силы исключительно только в погоне за достижением своих политических интересов. Гуманитарное

⁸ См. например, заявление Министерства иностранных дел Франции от 25-го марта 1999-го, перепечатано в: *Heike Krieger*, с. 393.

⁹ См. например, заявление представителя Великобритании в Совете Безопасности ООН от 24-го марта 1999-го года, S/1999/320, S/PV.3988.

вмешательство, кроме того, должно оставаться ограниченным по своим целям исключительно лишь предотвращением серьезных нарушений прав человека: такая интервенция не должна быть, помимо этого, нацелена на более широкие цели осуществления политических реформ.¹⁰ Подобное оправдание применения силы, в любом случае, однако, не было положительно воспринято международным сообществом государств. Так, группа неприсоединившихся стран объявила - в связи с военным вмешательством в Косово - что концепция гуманитарной интервенции не может служить оправданием несанкционированного применения силы.¹¹ В самом деле, дальнейшее обсуждение концепции о т.н. «ответственности по защите» (*Responsibility to Protect*), ясно показало, что международное сообщество не готово, помимо самообороны и авторизации через Совет Безопасности ООН, признать еще одно исключение из принципа запрета применения силы, а именно - гуманитарную интервенции в случае серьезных нарушений прав человека. Даже на Всемирном Саммите в 2005-ом году, на котором концепция «ответственности по защите» была подтверждена в соответствующей резолюции, было подчеркнуто, что применение силы и с этой целью требует разрешения Совета Безопасности ООН.¹²

Подводя итог, следует отметить, что ситуация, порожденная войной в Косово, была основана на нарушении международного права. С политической точки зрения можно было бы приветствовать, что режиму Милошевича были поставлены жесткие границы. Тем не менее, оценки войны в Косово в том смысле, что это был так сказать «простительный

¹⁰ *Daniel Thürer*, Die NATO-Einsätze im Kosovo und das Völkerrecht, в: Dieter S. Lutz (Hrsg.) *Der Kosovo-Krieg*, Baden-Baden 1999, с. 129. 131 и.сл.; *Jost Delbrück*, Effektivität des UN-Gewaltverbots, в: Dieter S. Lutz (Hrsg.) *Der Kosovo-Krieg*, Baden-Baden 1999, с. 11, 24 и сл.

¹¹ Заявление от 9-го апреля 1999-го года, UN Doc. S/1999/451, Приложение от 21-го апреля 1999.

¹² Итоговый документ Всемирного Саммита 2005-го года, A/60L.1, 20-го сентября 2005-го года, пункты 138 и далее. В пункте 139 говорится: «В этой связи мы готовы предпринять коллективные действия, своевременным и решительным образом, через Совет Безопасности, в соответствии с Уставом, в том числе на основании Главы VII, с учетом конкретных обстоятельств и в сотрудничестве с соответствующими региональными организациями, в случае необходимости, если мирные средства окажутся недостаточными, а национальные органы власти явно окажутся не в состоянии защитить свое население от геноцида, военных преступлений, этнических чисток и преступлений против человечности». В этом отношении совершенно закономерен вопрос, не является ли концепция «ответственности по защите» лишь попыткой влить старое вино в новые меха.

грех»,¹³ не могут смягчить ничего в тяжести правовой квалификации операции как нарушения международного права. Ибо, как неоправданное (нелигитимное) применение силы, она должна рассматриваться в качестве нарушения норм императивного международного права (*ius cogens*), в известном смысле, одной из важнейших его заповедей. И если она квалифицируется как агрессивная война - и для этого есть веские причины - она подпадает под категорию преступлений в терминологии Римского Статута Международного Уголовного Суда.¹⁴

2. Резолюция 1244 Совета Безопасности ООН: стабилизация как отправная точка для окончательного разрешения конфликта

2.1. Общие рамки:

В то время как Проект 2001-го года об ответственности государств за международно-противоправные деяния, не являющийся, впрочем, юридически обязательным документом, предусматривает, что международное сообщество государств не должно признавать последствия, порожденные особо серьезными нарушениями международного права,¹⁵ Совет Безопасности ООН после окончания войны, приняв во внимание последствия войны, принял решение о создании особого международно-правового режима, который должен был заложить прочную основу для подготовки долгосрочного решения проблемы. Ключевые позиции сформулированной в июне 1999-го года Советом Безопасности ООН Резолюции 1244 (далее Резолюция 1244 СБ ООН) вполне однозначны. Уже в преамбуле подчеркивается принцип территориальной целостности: в пункте первом оперативной (постановляющей) части Резолюции, определено, что кризис должен быть решен на основе принципов, перечисленных в Приложении I и II; в обоих приложениях еще раз упоминается принцип территориальной целостности в качестве основы для заключения «временного соглашения», упомянутых выше. В отличие от

¹³ См. интервью *Бруно Зиммы* газете «Зюддэйче Цайтунг» от 25-го марта 1999-го года «Бомбы НАТО это прощительный грех» (*Bruno Simma, Die NATO-Bomben sind eine lässliche Sünde, Interview in der SZ vom 25. März 1999*).

¹⁴ В любом случае, применение Римского Статута недопустимо, в том числе и ввиду содержащегося в нем запрета придания обратной силы.

¹⁵ См. Проект статей об ответственности государств, ст.41 абз. 2.

этого, право народов на самоопределения, не находит, однако, здесь явного упоминания. Преамбула ограничивается скорее ссылкой на предыдущие резолюции и закрепляет формулировку следующего содержания: «подтверждая содержащийся в предыдущих резолюциях призыв относительно существенной автономии и реального самоуправления для Косово»¹⁶. Оба используемых здесь термина подразумевают т.н. внутреннее самоопределение, т.е. самоопределение в составе сербского государства, а не внешнее самоопределение, включающее в себя также и независимость. В преамбуле резолюции Косово однозначно обозначается в качестве составной части Союзной Республики Югославия.¹⁷ Это, однако, не предполагает закрепления принципа, что и в дальнейшем Косово должно будет оставаться существовать исключительно как часть Югославии. Скорее всего, здесь был определен лишь статус-кво, на основе которого должно было быть найдено окончательное решение. Последнее должно было быть, тем не менее, основано на взаимном согласии.¹⁸ Резолюция СБ ООН 1244 ставит срок временной международной администрации в Косово в зависимость от (окончательного) разрешения конфликта, и конкретно с формулировкой «до политического (или окончательного) урегулирования»¹⁹. Решение могло поэтому быть найдено только через принятие соответствующей резолюции Советом Безопасности ООН, или через переговоры заинтересованных сторон. Однако, СБ ООН соответствующая резолюция как раз и не была предусмотрена, в противном случае Совет Безопасности уже в этой резолюции мог бы урегулировать соответствующие правила. Под урегулированием, естественно, не имелось в виду практическое решение проблемы путем односторонних действий. Использованное понятие «урегулирование» подразумевало скорее урегулирование проблем с участием обеих

¹⁶ Эти принципы упоминаются вновь также и в приложениях.

¹⁷ «Косово, Союзная Республика Югославия».

¹⁸ В этом смысле Резолюция 1244 говорит об окончательном урегулировании (*final settlement*), что может пониматься исключительно как решение, принятое по обоюдному согласию сторон конфликта, см. *Antonio Tancredi, Parere della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione d'indipendenza del Kosovo, Rivista di diritto internazionale* 2010, с. 994, 1039; В Руководящих Принципах для Специального Посланника *Ахмисаари*, которые были разработаны Контактной Группой, составленной из представителей США, Российской Федерации, Великобритании, Франции, Германии и Италии, и Советом Безопасности переданы Генеральному Секретарю ООН указывалось: «любое решение, которое будет носить односторонний характер ... является недопустимым», UN.Doc.S/2005/709 от 10-го ноября 2005 года; цитируется также в особом мнении судьи *Скотникова*, пункт 14.

¹⁹ См. например, пункт 11 литера а оперативной части Резолюции 1244 СБ ООН («до окончательного урегулирования»); пункт 11 литера е («содействие политическому процессу, призванному определить будущий статус Косово»); см. также пункт 11 литера с и f.

конфликтующих сторон, а именно СРЮ, а также Косово.²⁰ Это следует, в частности, уже из того, что резолюция особо акцентирует принцип территориальной целостности СРЮ. Если бы в рамках защиты (обеспечения) международного управления одностороннее отделение Косово от СРЮ рассматривалось в качестве возможной альтернативы, это явно противоречило бы принципу территориальной целостности СРЮ, который был специально выделен в резолюции. Данный подход мог бы быть учтен надлежащим образом только в том случае, если бы любое изменение территориального состава Сербии предполагало ее согласие. В противном случае, однозначное включение Косово в состав СРЮ в Резолюции 1244 не имело бы вообще никакого смысла. Ибо, если бы, тем самым, с самого начала предполагалась бы допустимость одностороннего отделения Косово без того, чтобы СРЮ могла бы противодействовать этому, это входило бы в противоречие отчетливому акцентированию принадлежности Косово к СРЮ. Это представляется особенно очевидным, поскольку принцип территориальной целостности включает в себя также и право государства защищать свою территорию от сепаратистских тенденций. То обстоятельство, что соответствующее регулирование в Приложении II к соглашению в Рамбуйе устанавливало, что решение может быть найдено только с согласия населения Косово,²¹ вовсе не противоречит этому²². Данное положение может быть, в частности, истолковано в том смысле, что также и Сербия не вправе принимать односторонние меры в целях достижения окончательного решения. Окончательное разрешение конфликта могло бы состоять при этом в предоставлении автономии Косово в рамках государственного союза СРЮ, в создании собственного союзного государства Косово (*Bundesstaat Kosovo*) или в создании суверенного государства Косово. В этом отношении Резолюция 1244 не предписывала никакого конкретного

²⁰ То, что это соответствовало общему пониманию, следует, в частности, уже из целого ряда заявлений различных Специальных Посланников Генерального Секретаря, в которых односторонние заявления органов Косово относительно статуса области рассматривались как несовместимые с Резолюцией Совета Безопасности, см. например, заявление СПГС от 7-го ноября 2002 года: «Режим в Косово установлен в соответствии с Резолюцией Совета Безопасности 1244 (1999). Ни Белград, ни Приштина не имеют права определять будущий статус Косово до вынесения надлежащего решения», OLA Dossier Nr. 187, цитата по письменному заявлению Федерального Правительства ФРГ <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15624.pdf>; тем не менее, правительство ФРГ исходило, в частности, из того, что запрет на принятие односторонних решений существовал лишь до момента окончательного провала переговоров, с. 42.

²¹ Соглашение в *Рамбуйе*, которое было подготовлено еще до начала войны, но в конечном счете, так и не было подписано Союзной Республикой Югославия, в целях разрешения конфликта также ссылалось на волю населения Косово.

²² Такое мнение ошибочно высказывается в Письменном Заявлении США.

решения.²³ Вплоть до достижения соответствующего урегулирования Косово, в любом случае, однако, должно было оставаться составной частью СРЮ.

Совет Безопасности ООН не считал возможным принять массовые нарушения прав человека со стороны государственных органов СРЮ в качестве основания для признания компенсаторного права на внешнее самоопределение Косово. Это обращает на себя особое внимание в свете ведущейся в настоящее время дискуссии о так называемой правозащитной сепарации (*remedial secession*), т.е. о праве на отделение как следствии имевших место особо тяжелых нарушений прав человека. Тем не менее, хотя правозащитная сепарация и была уже упомянута в международно-правовой судебной практике, например в решении Африканской Комиссии по правам человека в 1995-ом году²⁴ или в постановлении Верховного Суда Канады по вопросу о независимости Квебека²⁵, но все это существует пока только в теории. На данный момент в практике вряд ли можно обнаружить случай, когда бы международное сообщество, исходя из критериев правозащитной сепарации, признало бы факт отделения в качестве законного с точки зрения международного права. В любом случае, анализ Советом Безопасности ООН ситуации в Косово никак не послужил продвижению этого института в международном праве.

2.2. Международная администрация (управление) в Косово

Таким образом, хотя в международно-правовом плане Косово, также и после войны в Югославии в 1999-ом году, рассматривалось как составная часть СРЮ, управление этой областью должно было осуществляться не самой СРЮ, а международным сообществом. При этом контроль за управлением находился в руках Объединенных Наций, которая осуществляла эту задачу через Миссию Организации Объединенных Наций по делам временной администрации в Косово (сокращенно МООНК или соответственно УНМИК). Решение вопросов восстановления экономики осуществлялось - под контролем УНМИК - Европейским Союзом, в то время как внутренняя и внешняя безопасность должна была быть гарантирована НАТО, оперирующей самостоятельно в рамках Международных сил безопасности в Косово (КФОР). Главой

²³ Tancredi RDI 2010, см. ссылку на *Рамбује*.

²⁴ *Katangese Peoples' Congress vs. Zaire* Comment No.75/92, пункт 6.

²⁵ Reference re Secession of Quebec, <1998> 2 S.C.R 217, пункт 133 и далее.

международной администрации был Специальный Представитель Генерального Секретаря (СПГС: *Representative of the Secretary General - SRSG*), которому были предоставлены весьма широкие полномочия. Он был уполномочен издавать распоряжения, имевшие силу закона или даже конституционных норм, а также аннулировать нормы, принятые органами Косово, которые противоречат Резолюции 1244, а также имел право увольнять должностных лиц. На территории Косово должны были быть созданы институты самоуправления. Резолюция 1244 наметила определенные конституционные рамки. Ее дальнейшая реализация была продолжена принятым Специальным Представителем Генерального Секретаря распоряжением 1199/1 от 25 июля 1999-го года²⁶. Распоряжением 2001/9 от 15-го мая 2001-го года были «окружены» т.н. Конституционные Рамки для Временного Самоуправления в Косово (*Constitutional Framework for Provisional Self-Governance in Kosovo*), которые служили в качестве временной конституции. Здесь были закреплены такие временные институты Косово, как парламент, президент и правительство, а также Конституционный Суд, в составе шести национальных судей Косово и трех иностранных судей.

Установленные данными распоряжениями правила следует рассматривать как имеющие двойную природу (*janusköpfig*). С одной стороны, их легитимность не основывается на национальном суверенитете народа Косово, а производна от международной администрации, установленной на основе международного права. С другой стороны, они служат целям (конституционного) законодательства в Косово, выполняя, таким образом, функцию национального, внутрисударственного нормотворчества. Эти правила являются по своему происхождению нормами международного права, в частности, через Резолюцию 1244 они косвенно выводятся из Устава ООН, и, кроме того, они приняты международным органом, который черпает свою нормативную легитимность исключительно из международного права. По этой причине Специальный Представитель Генерального Секретаря, хотя и выполняет, с одной стороны, внутрисударственные (национальные) функции, такие, как например, законотворчество, однако, с другой стороны, он назначается Генеральным Секретарем ООН и в качестве своей важнейшей функции осуществляет контроль за соблюдением Резолюции 1244 Временными Институтами в Косово, то есть обеспечивает соблюдение норм международного права. Соответственно, эти распоряжения должны быть классифицированы как международно-правовые нормы. К такому выводу

²⁶ <http://www.unmikonline.org/regulations/1999/reg01-99.htm>.

пришел, впрочем, и Международный Суд, давая оценку Распоряжению 2001/9.²⁷

Органы Временных Институтов в Косово (*Provisional Institutions*), или так называемые органы переходного режима, связаны Резолюцией 1244, а также правилами, изданными Специальным Представителем Генерального Секретаря. Это следует из главы 12-ой Конституционных Рамок для Временного Самоуправления в Косово, в соответствии с которой полномочия Специального Представителя Генерального Секретаря по контролю за соблюдением Резолюции 1244 СБ ООН не затрагивались Временными Институтами переходной конституции. При этом не устанавливался также и общий приоритет правил, принятых Специальным Представителем Генерального Секретаря. В пункте 4-ом Распоряжения 1/1999 говорится, что установленные правила остаются в силе пока их не отменит Специальный Представитель, или пока они не будут заменены нормами, принятыми учреждениями, которые были установлены в результате достижения политического решения в смысле Резолюции 1244 Совета Безопасности ООН. Не вызывает сомнений, что здесь могут подразумеваться только такие органы, которые были бы созданы после окончательного разрешения вопроса Косово.

Тем не менее, Распоряжение 2001/9 как документ конституционного значения однозначно имеет приоритет по отношению к нормам, принятым парламентом Косово.²⁸ Акты Временных Институтов, принятые вне конституционных рамок, следовательно, должны квалифицироваться как нарушение конституции. В этом случае, поскольку речь идет о нормах, установленных в международно-правовом порядке, соответствующие органы в то же самое время нарушают и стандарты международного права.

После провозглашения независимости Косово в 2008-ом году Международная Руководящая Группа (*International Steering Group*), представляющая собой собрание представителей западных государств, которые, должны были контролировать соблюдение реализации плана *Ахтисаари*²⁹, образовала Международный Гражданский Оффис (МГО). Последний был призван в основном осуществлять контроль за политической деятельностью в Косово. Создание МГО первоначально не

²⁷ Пункты 88, 91, 93.

²⁸ Раздел 14.1. Конституционных Рамок.

²⁹ По вопросу о Плате *Ахтисаари* (*Ahtisaari-Plan*) см. ниже 2.3.

было поддержано ООН,³⁰ однако, позже Совет Безопасности ООН в Заявлении Председателя приветствовал деятельность Европейского Союза в Косово.³¹ Деятельность этого учреждения была прекращена 10-го сентября 2012-го года. УНМИК, в отличие от этого, продолжает осуществлять свои надзорные функции. 15-го июня 2008-го года Косово приняло новую конституцию, которая ссылалась на Международный Гражданский Офис, но не на УНМИК, созданную Резолюцией 1244.

Внутренняя и внешняя безопасность должна была, как и прежде, гарантироваться КФОР, являющейся воинским подразделением НАТО. Кроме того, специальная Миссия Европейского союза по вопросам законности и правопорядка в Косово ЕВЛЕКС (EULEX) в составе 2000 гражданских лиц и представителей правоохранительных органов должна была осуществлять меры по укреплению правовой государственности в Косово.

В Резолюции 1244 сербское государство непосредственно легитимировалось к развертыванию ограниченного числа полицейских сил в Косово. В Приложении II к Резолюции допустимое количество сотрудников полиции было установлено на уровне 800 человек. В действительности же, начиная с 1999-го года, сербской полиции на территории Косово не присутствовало.

После создания международной администрации в Косово ситуация оставалась напряженной. Почти 60% населения сербского происхождения, около 170.000 человек бежали, опасаясь репрессий со стороны албанских косоваров, или были вынуждены покинуть страну.³² Постепенно формирующейся косоварской администрации и по сей день не удалось построить эффективную систему управления и власти, которая охватывала бы всю территорию Косово. В округе Косовска-Митровице, где сербы

³⁰ См. Доклад Генерального Секретаря ООН Совету Безопасности ООН от 24-го ноября 2008-го года, S/2008/692, пункт 5.

³¹ Заявление Председателя от 26-го ноября 2008-го года, S/PRST/2008/44, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PRST/2008/44.

³² См. Доклад Норвежского Совета по делам беженцев, Norwegian Refugee Council, Internal Displacement Monitoring Centre от 10-го декабря 2012-го года, где говорится о 245.000 беженцах, покинувших область в результате военных действий, причем большинство из них были лица неалбанской национальности, с. 11; при этом лишь около 20.000 человек в период с 2000 по 2009 годы смогли вернуться назад из Сербии, с. 261, [http://www.internal-displacement.org/8025708F004BE3B1/\(httpInfoFiles\)/56AE189059DB3993C1257A940032B24C/\\$file/Kosovo+-October+2012.pdf](http://www.internal-displacement.org/8025708F004BE3B1/(httpInfoFiles)/56AE189059DB3993C1257A940032B24C/$file/Kosovo+-October+2012.pdf).

составляют большинство населения, действующие косоварские институты и учреждения не имеют фактически никакой власти. Так например, таможенные посты смогли быть созданы здесь исключительно только с массивным применением силы.

В последующие годы снова и снова наблюдаются ожесточенные столкновения между различными этническими группами. До самого последнего времени КФОР приходится посредством массивного присутствия в Косово обеспечивать здесь безопасность. Конец уже более 13-ти лет продлжающейся миссии не виден и в помине.

2.3. Усилия по окончательному урегулированию конфликта

Переговоры между институтами Косово и СРЮ в течение прошедших впоследствии лет практически не сдвинулись с места. Позиции сторон, как и прежде, продолжали оставаться бескомпромиссными. В то время как для сербов неприемлемость выхода Косово из состава государственного союза никогда не ставилась под вопрос, косоваровские партнеры по переговорам не были готовы принять решение, которое не подразумевало бы удовлетворение их претензий на государственный суверенитет. Также посредничество Специального Посланника *Ахтисаари* в 2005-ом году ни к чему не привели. И в 2007-ом году им был разработан и предложен план, который, в конечном счете, подразумевал возможность образования независимого Косово.³³ При этом, в качестве аргумента здесь приводилось, среди прочего, в частности, то, что до сих пор все попытки урегулирования путем переговоров не удались, и, кроме того, утверждалось, что перспектив урегулирования путем переговоров больше не существует. Учитывая тот факт, что Сербия после окончания войны в Косово практически уже не была более в состоянии осуществлять свой суверенитет в Косово, его план исходил из того, что реинтеграция Косово в состав сербского государства уже не могла приниматься во внимание.³⁴ План устанавливал определенный стандарт для проектирования будущей системы правления в Косово, в частности, в отношении защиты прав

³³ <http://www.unosek.org/unosek/en/statusproposal.html>.

³⁴ Однако этот аргумент не лишен определенной доли цинизма, поскольку факт отсутствия осуществления суверенной власти и юрисдикции Сербии в Косово не был основан на собственной воле сербского государства или на его неспособности к этому, а на прямом исключении Сербии из системы администрации Косово в соответствии с принятыми на международном уровне правилами. На самом деле даже оговоренное за Сербией присутствие полицейских сил, в конечном счете, так не смогло быть обеспечено.

меньшинств. Его реализация должна была осуществляться под международным контролем. Хотя План не характеризовал будущее устройство Косово как самостоятельное государство, но, тем не менее, и этот план не был принят Советом Безопасности ООН из-за противодействия России и Китая. Предпринятые дополнительные шаги в рамках переговорного процесса в конце 2007-го года с участием ООН также потерпели неудачу.

17-го февраля 2008-го года при поддержке западных государств Косово провозгласило свою независимость. В последующий период 98 государств признали Косово. Такие государства, как Бразилия, Южная Африка, Израиль, Индия и Китай отказались признать его независимость. Косово, хотя и является членом Всемирного банка и Международного валютного фонда, не состоит, однако, ни в какой другой международной организации.

3. Консультативное заключение по вопросу Косово

3.1. Отправная точка

Сербия отклонила - по понятным причинам, исходя из занимаемой ей позиции - одностороннюю попытку решить проблему Косово путем провозглашения декларации о независимости. Поскольку переговорный процесс как средство урегулирования конфликта оказался безуспешным, и, более того, его провал и стал причиной провозглашения декларации независимости, Сербией была предпринята попытка подключить к решению вопроса Международный Суд ООН (МС ООН). Это, конечно, не могло решить вопрос о форме будущих отношений между Косово и Сербией, поскольку этот вопрос носил политический характер, а решение в международно-правовом плане не было предусмотрено также и Резолюцией 1244 СБ ООН. Сербия стремилась, однако, через заключение Суда закрепить статус-кво в качестве отправной точки для разрешения конфликта, и при этом ссылалась как раз на международное право. Это должно приветствоваться всеми, кто понимает международное право в качестве основы и ориентира политических действий на международном

уровне и подчеркивает при этом особую роль органов международного правосудия.³⁵

3.2. Допустимость процедуры дачи консультативного заключения

В данном случае проблема заключалась, однако, в том, что Косово с точки зрения Сербии не является государством, не является членом ООН и также не подписало Статут Международного Суда. Возможность рассмотрения спорного вопроса в рамках процедуры решения дела против Косово была в этих условиях исключена. Таким образом, оставалась исключительно только возможность использования процедуры дачи консультативного заключения, которая в свою очередь, может быть инициирована только органом ООН.³⁶ Согласно статье 65-ой Статута Международного Суда, Суд может дать заключение по любому юридическому вопросу, которое было запрошено уполномоченным на то учреждением.

После долгих дебатов в Генеральной Ассамблее ООН, большинство государств-членов пришли к выводу, что на рассмотрение в Международный Суд должен быть представлен вопрос следующего содержания: «Соответствует ли одностороннее провозглашение независимости Временными Институтами самоуправления Косово нормам международного права?». Насколько однозначной представлялась на первый взгляд постановка данного вопроса в запросе, настолько запутанной и сложной она оказалась при его рассмотрении в Международном Суде ООН.

Прежде всего, Суд в предварительном порядке подробно рассмотрел вопрос, должен ли он действительно вообще давать экспертную оценку.

³⁵ Этот факт является особенно примечательным в том плане, что при голосовании на Генеральной Ассамблее ООН по вопросу о подаче запроса о консультативном заключении Международного Суда 74 государства воздержались и 6 государств проголосовали против запроса.

³⁶ В качестве примера здесь послужило Консультативное заключение Международного Суда ООН по вопросу о сооружении Израилем стены на Западном берегу р. Иордан, запрос о котором также был подан по просьбе Генеральной Ассамблеи. В данном случае у потенциального истца, конкретно у Палестины, отсутствовал статус государства, из-за чего Палестина не могла самостоятельно подать запрос.

Статья 65-ая Статута Международного Суда, имеющая в этом смысле особое значение, устанавливает, что Суд «может» дать заключение, и в самом деле, Международный Суд неоднократно подчеркивал, что решение вопроса о том, дать или не дать заключение, полностью лежит в его собственном усмотрении. Тем не менее, до сих пор Суд ни в одном из случаев не отказался от дачи своего консультативного заключения, так что между ходатайством о заключении и самой экспертизой можно наблюдать определенный автоматизм. В этом плане можно сказать, что на практике для осуществления усмотрения не оставалось места.

Для Международного Суда не стало в данном случае помехой, что запрос о консультативном заключении в значительной степени имел отношение к толкованию резолюции Совета Безопасности. Такой подход представляется, в свою очередь, не совсем беспроблемным в той мере, в какой статья 12 Устава ООН предоставляет Совету Безопасности определенный приоритет в разрешения споров. Этот приоритет выражается, в частности, в том, что Генеральной Ассамблее запрещено давать рекомендации по каким-либо вопросам до тех пор, пока они находятся на рассмотрении Совета Безопасности. Тем не менее, Суд интерпретировал это нормативное положение в довольно узком смысле, ограничив его значение исключительно запретом на *дачу рекомендаций*, признав, впрочем, в то же самое время за Генеральной Ассамблеей право свободного действия, даже в том случае, если данный вопрос все еще находится на рассмотрении Совета Безопасности.³⁷

В рассматриваемом случае обнаруживается, однако, специфическая особенность, которая заключается в том, что в рамках предыдущих экспертных процедур, консультативные заключения Суда имели отношение, как правило, к решению общих вопросов, или к толкованию конкретного правового акта, который был принят органом, непосредственно ходатайствующим о даче заключения. То, что в данном случае инициатива Генеральной Ассамблеи была направлена на интерпретацию резолюции Совета Безопасности ООН, представляет собой новшество. В этом смысле подход Международного Суда должен быть обозначен как довольно неожиданный и смелый.

³⁷ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I), p. 148, para. 25.

3.3. Систематика консультативного заключения

Международный Суд рассматривал вопрос о провозглашении независимости Косово с двух точек зрения, а именно, во-первых, в аспекте общего международного права и, во-вторых, в плане его совместимости со специальными мерами, принятыми Советом Безопасности ООН по конфликту в Косово. Сначала Суд исследует вопрос о допустимости провозглашения независимости с точки зрения общего международного права. Этот подход, если исходить из системных критериев, должен быть квалифицирован как весьма проблематичный. Ибо пространство для применения общего международного права остается только в той мере, в какой оно не вытеснено действием специальных правил. В какой степени, однако, оно действительно вытесняется специальными правилами, можно установить лишь после того, как эти специальные правила были исследованы. Подобная структура рассмотрения, однако, не является полностью бесперспективной. Поскольку если предпочтение отдается рассмотрению действия конкретных специальных правил, вся проблематика, связанная с действием общего международного права, оказывается в значительной степени излишней. Именно это и было сделано Международным Судом. Ибо, когда он констатировал, что в некотором смысле группа частных лиц провозгласила Декларацию о независимости³⁸, он исключил применимость общего международного права, которое, за редкими исключениями ориентируется не на действия частных лиц, а на действия государств.

Без соответствующего исследования и замечаний в отношении общего международного права консультативное заключение «хромает на одну ногу», и, как кажется, общий результат «экспертизы» Суда, особенно учитывая несколько своеобразное рассмотрение вопросов права в ее второй части, все же не получил достаточно убедительного и прочного обоснования. Тем не менее, даже эти благие намерения не могут оправдать или исправить присутствующие методологические дефициты.³⁹ Скорее наоборот, они предстают как результат неудачного выбора фундаментального подхода.

³⁸ См. по данному вопросу ниже 3.6.2.

³⁹ Критическая оценка решения с точки зрения его систематики содержится также в особом мнении судьи *Беннуна (Benouna)*, пункт 18; Marcelo Kohen, *Leiden Journal of International Law* 2011, 113.

3.4. Ограничение предмета рассмотрения посредством переформулировки вопроса, поставленного в запросе

Вопрос, сформулированный в запросе Суду, звучал следующим образом: соответствует ли одностороннее провозглашение независимости нормам международного права. Международный Суд со своей стороны несколько переформулировал эту постановку в вопрос о том, противоречит ли данное провозглашение нормам международного права. Обе формулировки могут рассматриваться как идентичные только при условии, что все, что не нарушает нормы международного права, является также соответствующим международному праву. Примерно так постановила Постоянная Палата международного правосудия в решении по делу *Лотус (Lotus)*, которое, что характерно, Международным Судом в его консультативном заключении даже не цитируется⁴⁰. Однако, более важно, что это мнение с точки зрения современного международного права вызывает значительное сомнение.⁴¹ Критики консультативного заключения Международного Суда отмечают в этом отношении, что особенно в таких тонких и деликатных вопросах, как территориальная целостность, которые, в любом случае, практически всегда затрагиваются сепаратистскими тенденциями и движениями за отделение, речь идет не о том, имеет ли место нарушение нормы международного права, а о том, существует ли международная норма, разрешающая (легитимирующая) подобные действия.⁴²

⁴⁰ См. важный в этом отношении пункт 56 консультативного заключения; примечательно, что судья *Зимма (Simma)* в своем мнении, совпадающем с позицией большинства Международного Суда (*concurring opinion*), указал на дело *Лотус (Lotus)*, пункт 2. Тем не менее, представляется спорным, применимы ли в данном случае принципы, которые были сформулированы в судебном решении по делу *Лотус*. Закрепленные здесь принципы служили как раз делу защиты суверенитета государства: государство должно иметь право принимать соответствующие меры, в той мере, в какой они отвечают требованиям норм международного права. В случае Косово, однако, применение принципов, изложенных в решении по делу *Лотус*, оказалось бы на руку негосударственным субъектам, и действовало бы как раз против государства.

⁴¹ *Marc Weller, Modesty Can Be a Virtue: Judicial Economy in the ICJ Kosovo Opinion*, *Leiden Journal of International Law* 2010, (сноска 7); *Бруно Зимма*, Мнение по поводу консультативного заключения МС ООН, пункт 2.

⁴² См. *Marc Weller, Modesty Can Be a Virtue: Judicial Economy in the ICJ Kosovo Opinion*, *Leiden Journal of International Law* 2011, с. 127, 134.

3.5. Общее международное право как масштаб контроля

Международный Суд ООН, ссылаясь в своем заключении на международно-правовую практику, сложившуюся в предыдущие периоды, пришел к выводу, что международное право не устанавливает никаких разрешительных, но одновременно также и никаких запретительных правил, касающихся вопросов сецессии или отделения. В этом смысле одностороннее провозглашение независимости не подпадает под международно-правовые нормы, а представляет собой только фактически данное обстоятельство. Как факт оно само по себе не имеет особого значения, потому что из провозглашения независимости не следует, что территориальная единица, в отношении которой принята соответствующая декларация независимости, приобрела, тем самым, характер государства. Это скорее зависит от реальных условий и предпосылок (которые, в свою очередь, так и не стали предметом более подробного рассмотрения Международным Судом), а именно наличия государственной территории (*Staatsterritorium*), государственного народа - (*Staatsvolkes*) и эффективной государственной власти (*Staatsgewalt*). Международный Суд счел возможным не учитывать данные критерии в своем консультативном заключении, не в последнюю очередь по той причине, что они не были предметом запроса. Если, однако, провозглашение декларации о независимости не влечет за собой ни нормативных, ни фактических последствий, то, и в самом деле, любая правовая оценка становится просто излишней.

Даже если результаты заключения Международного Суда относительно значения общего международного права и не нашли однозначного одобрения со стороны государств, они должны, по крайней мере, быть обозначены как довольно спорные и дискуссионные. В результате переформулировки исходного вопроса - а соответственно и в результате исключения всех проблем, связанных с допустимостью сецессии по международному праву - вопрос приобрел определенную безобидность и простоту. Ведь по сути, на самом деле, вероятно, нет международно-правовой нормы, которая бы частным группам индивидуумов в любом случае запрещала, чтобы они провозглашали независимость определенной территории.⁴³ Это было отчетливо показано видным экспертом в области международного права *Кроуфордом (Crawford)* на слушаниях дела, когда он сформулировал свой провокационный вопрос о том, что произошло бы,

⁴³ В этом смысле также *Stefan Oeter*, *Sezession, Integrität und die Rolle des Sicherheitsrates*, в: Peter Hilpold, *Das Kosovo-Gutachten des IGH vom 22. Juli 2010*, 2012, с. 85.

если бы он как гражданин Австралии провозгласил независимость Южной Австралии. Действительно, в ходе разбирательства в Суде никто не утверждал, что провозглашение независимости само по себе представляет собой нарушение общего международного права.⁴⁴ Основная критика, которой подвергается Международный Суд в данной связи, заключается, скорее, в его сдержанно-самоограничительном подходе, который существенным образом нейтрализовал реальную остроту постановки основного вопроса.⁴⁵ Несравненно больше критики вызвали позиции Международного Суда, изложенные во втором разделе мотивировочной части его заключения, а именно его замечания относительно проблем учета специального международного права, которые вытекают, в частности, из Резолюции 1244 Совета Безопасности ООН и установленных на ее основании правил.

3.6. Совместимость провозглашения независимости Косово с Резолюцией 1244 Совета Безопасности ООН

3.6.1. Обязательная (юридическая) сила Резолюции 1244 Совета Безопасности

Резолюции Совета Безопасности в соответствии со статьей 25-ой Устава ООН имеют обязательное действие, они должны соблюдаться всеми государствами-членами Организации Объединенных Наций. В данном конкретном случае, адресатом Резолюции 1244 является также и Косово, хотя оно и не является государством-членом ООН. На практике, однако, в резолюциях Совета Безопасности можно найти многочисленные примеры того, что они устанавливали обязательства не только для государств-членов, но и для различных групп частных лиц, таких как повстанцы или даже отдельные индивиды.⁴⁶ В этом смысле нет ничего сверхъестественного в том, что Резолюцией 1244 были созданы обязательства не только для Сербии, но и для Косово.

⁴⁴ *Marcelo Kohen, Katherine del Mar, The Kosovo Advisory Opinion and UNSCR 1244 (1999): A Declaration of 'Independence from International Law'?*. *Leiden Journal of International Law*, 2011, с. 109, 112.

⁴⁵ В этом смысле также *Бруно Зимма* в своем *concurring opinion* пункт 1 и далее.

⁴⁶ В этом направлении см. уже формулировки Резолюции 1160 Совета Безопасности ООН, в которой содержались определенные обязательства в отношении *Kosovar Albanian Community*, а также и Резолюция 1203; в этом же ключе высказался и МС ООН в своем консультативном заключении по Косово, пункт 116.

Во исполнение Резолюции 1244 Совета Безопасности ООН в Косово был создан переходный режим, который был оформлен Конституционными Рамками, принятыми на международном уровне. Не подлежит никакому сомнению, что созданные в рамках этого порядка институты - парламент, правительство, президент - были связаны также и самой Резолюцией, а не только принятыми на ее основе имплементирующими актами.⁴⁷ Это следует, не в последнюю очередь, из того обстоятельства, что одна из основных задач Специального Представителя Генерального секретаря состояла как раз в обеспечении соблюдения Резолюции 1244 Временными Институтами, созданными в Косово. Это признал, по крайней мере косвенно, также и сам Международный Суд, пытаясь, в частности, лишить одностороннее провозглашение независимости его остроты путем утверждения, что это провозглашение независимости не является актом органов, но группы частных лиц.

3.6.2. Вторая переформулировка предмета запроса: кем были осуществлены действия, ставшие предметом консультативного заключения?

Итак, перед Международным Судом был поставлен вопрос о том, «соответствует ли одностороннее провозглашение независимости Временными Институтами самоуправления Косово международному праву». Инициатор запроса, Генеральная Ассамблея ООН, считала очевидным, что одностороннее провозглашение независимости было сделано органами временного самоуправления в Косово. Это также соответствовало мнению тех государств, которые позднее путем признания независимости встали на сторону Косово. Так например, послание Соединенного Королевства Великобритании к Председателю Генеральной Ассамблеи ООН явно исходило из признания того, что декларация была принята институтами временного режима в Косово.⁴⁸

В ходе обсуждения запроса Международному Суду на Генеральной Ассамблее ООН ни один из представителей государств не подверг этот факт сомнению; наоборот, также и западные государства признали авторство Декларации независимости за органами временного режима.⁴⁹ Этой позиции придерживался также и Генеральный Секретарь ООН. Более

⁴⁷ См. выше 3.6.1.

⁴⁸ Цитата из мнения судьи *Томка* (*Tomka*), пункт 15 <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15989.pdf>.

⁴⁹ *Томка*, пункт 16.

того, премьер-министр Косово в своем торжественном заявлении по случаю провозглашения декларации независимости использовал следующую формулировку: «Сегодня президент Косово, и я, как премьер-министр Косово, официально просили ... председателя *Ассамблеи* г-на *Красичи (Krasniqi)*, ... созвать *специальную сессию*, на повестке дня которой будут стоять два пункта. Это приглашение на *специальную сессию* распространено в соответствии с *конституционными документами Косово*, и мы представляем следующие два пункта повестки дня:

1. Декларация независимости Косово и
2. Представление государственных символов Косово.»⁵⁰

Если Международный Суд ООН, несмотря на это, тем не менее, по собственной инициативе поставил вопрос о том, были ли соответствующие действия на самом деле предприняты Временными Институтами, хотя, со всей очевидностью, все государства-члены Организации Объединенных Наций и ее органы не считали этот пункт спорным, то подобный подход может квалифицироваться как довольно необычное ведение процесса.

Ответ на этот вопрос, по мнению Международного Суда, имел существенное обратное действие на результат окончательного решения. В интерпретации Суда, руководящие указания ООН являлись обязательными только для «Временных Институтов самоуправления Косово», и в отличие от этого, они не имели обязательной силы для народа и граждан Косово как таковых. В той мере, в какой Резолюция ООН адресовалась иным акторам, кроме Сербии или органов Временной Администрации, это было недвусмысленно предусмотрено в самом ее тексте: так в отношении Освободительной Армии Косово (ОАК) Резолюция требует немедленного прекращения военных действий и ее разоружения. Из этого можно сделать вывод, что в остальном, в дополнение к этому не были сформулированы никакие обязанности для других лиц.

3.6.3. Интерпретация смысла Резолюции

В дополнение к вопросу о том, является ли Резолюция 1244 СБ ООН вообще применимой в отношении авторов декларации независимости, Международный Суд исследовал, хотя и мимоходом, ее предметную сферу действия. Он интерпретировал Резолюцию в том смысле, что она не

⁵⁰ Цитата из *Томка*, пункт 18.

содержала никаких положений относительно окончательного статуса Косово: «Резолюция не содержит каких-либо положений касающихся окончательного статуса Косово или условий его достижения».⁵¹ В этом плане любые меры, которые касались установления окончательного статуса, по мнению Суда, также не нарушают и Резолюцию.

3.7. Оценка обоснования заключения Международного Суда

Тем не менее, оценка Международным Судом как фактической, так и правовой стороны рассмотренного дела страдает по следующим четырем основным пунктам:

3.7.1. Оценка фактической стороны дела

Международный Суд приложил немало усилий, чтобы доказать, что соответствующие действия на самом деле были предприняты не Временными Институтами самоуправления для Косово, а лицами, которые хотя и обладали публичными должностями и полномочиями, но издали Декларацию независимости как раз вне пределов этих полномочий. Доказать это Суду, однако, не удалось. Косоварские органы выступили в качестве представителей народа Косово, и именно этим они обосновывали легитимность своих действий. Представителями народа Косово они были, однако, именно благодаря Конституционным Рамкам (*Constitutional Framework*), они не обладали никакими легитимными полномочиями, вне установленных этими рамками. Если в принципе абстрагироваться от этой цепочки легитимации, то действовавшие субъекты предстают в качестве частных лиц, как и любые обычные граждане Косово. Но это, разумеется, не соответствует самосознанию действовавших субъектов, и, главное, противоречит делаемым в их заявлениях многократным ссылкам на выполняемые ими функции.⁵² В особых мнениях, которые были высказаны отдельными судьями по данному делу, показано, что большинство Международного Суда зашло настолько далеко, что в целях подкрепить свою правовую позицию они прибегли к по-просту контрфактическим

⁵¹ Консультативное заключение, пункт 114.

⁵² В этом смысле также *Stefan Oeter*, *Sezession, territoriale Integrität und die Rolle des Sicherheitsrates*, в: Peter Hilpold, *Das Kosovo-Gutachten des IGH vom 22. Juli 2010, 2012*, с. 83, 98.

утверждениям.⁵³ Тот факт, что Вице-Президент Суда *Томка (Tomka)* в этом смысле обвинил большинство Суда в искажении истины и неточности, должен быть признан необычным для такого «изысканного» органа ООН, как Международный Суд.⁵⁴

3.7.2. Толкование Резолюции 1244 Совета Безопасности ООН

Неверным является далее также и утверждение о том, что Резолюция 1244 не содержит вообще никаких положений, касающихся окончательного статуса Косово, и не говорит ничего об условиях его достижения. Правильным является только то, что Резолюция не предопределяет конкретное оформление окончательного статуса. Тем не менее, она ссылается на т.н. соглашение Рамбуйе, в котором, в свою очередь, подчеркивается важность учета воли народа Косово при достижении окончательного решения. То обстоятельство, что упоминание относительно окончательного урегулирования сопровождалось одновременным акцентом территориальной целостности Сербии явно подразумевало необходимость принятия решения исключительно в ходе переговорного процесса,⁵⁵ было также проигнорировано Международным Судом. При интерпретации Резолюции Международный Суд ограничился чисто грамматическим толкованием ее буквального текста. Хотя в консультативном заключении Международного Суда и содержатся положения относительно толкования резолюций Совета Безопасности ООН, заслуживающие особое внимание, в частности, здесь подчеркивается, что при толковании резолюций большое значение имеют также и позиции членов Совета Безопасности ООН, высказанные ими в ходе разработки соответствующих резолюций,⁵⁶ следует признать, что сам он вряд ли руководствуется в своем заключении установленными им правилами толкования. В частности, из решения не видно, что Международный Суд попытался привести принципы, заложенные в Резолюции, например, принцип территориальной целостности или ссылку к их практическому согласованию (*praktische Konkordanz*). Эти явные интерпретационные дефициты привели Суд к выводу, что Резолюция не содержит каких-либо предписаний ни в

⁵³ Так, в консультативном заключении Международного Суда утверждается, что в албанской версии Декларации независимости, не делается ссылка на *Ассамблею Косово* (парламент), см. пункт 107 заключения, хотя именно это положение было сформулировано в тексте декларации на албанском языке.

⁵⁴ Заявление судьи *Томка*, сноска 48, пункт 20.

⁵⁵ См. по данному вопросу выше 2.1.

⁵⁶ Заключение, пункт 94.

отношении содержания, ни в отношении способов достижения окончательного урегулирования. Однако, при более внимательном прочтении Резолюции несостоятельность подобных выводов становится совершенно очевидной.

3.7.3. Право не возникает из правонарушения (*ex iniuria ius orietur*)

Международный Суд пытается обосновать правомерность действий органов, которые объявили независимость Косово, тем обстоятельством, что «авторы декларации не стремились действовать в рамках стандартов, установленных для органов временного самоуправления в Косово, но стремились провозгласить Косово «в качестве независимого и суверенного государства» (пункт 1). Декларация независимости, таким образом, не была инициирована теми субъектами, которые пытались придать ей действие в рамках правового порядка, созданного на переходный период, и, таким образом, она не была в состоянии достичь этой цели.»⁵⁷ Вместо того, чтобы в предпринятых названными органами действиях, которые находились за пределами, предусмотренных Конституционными Рамками, констатировать нарушение права, Суд приходит к прямо противоположному выводу. При этом, его аргументация основана на совершенно абсурдной логике. Именно по той причине, что лица, занимавшие административные должности и осуществлявшие соответствующие полномочия, совершили действия, выходящие за рамки, которые были предусмотрены Конституционными Рамками, их действия должны были быть признаны в качестве правомерных. Нарушение права служит, таким образом, в качестве источника легитимации. По всей вероятности, в этой аргументации суд руководствовался моргенштерновской логикой по принципу, не может быть того, чего не должно быть никогда.⁵⁸ В результате этого, обоснование решения приобретает определенные, прямо скажем, дадаистические черты.

⁵⁷ Пункт 105.

⁵⁸ *Christian Morgenstern*, Die unmögliche Tatsache. Судья *Скотников* в своем особом мнении сделал очень точное замечание в том смысле, что «большинство Суда, к сожалению, так и не объяснило разницу между действиями за пределами правового порядка и действиями, нарушающими этот порядок».

3.7.4. Последствия правонарушения: проигнорированные обязанности

Однако, даже если следовать предположению, что действовали не органы и не институты временного самоуправления Косово, и что действовавшие субъекты, как и обычные граждане, не были связаны сформулированными в инструментах ООН обязательствами, Международный Суд должен был бы все же задаться вопросом, не должны ли были те же самые лица, после того, как они «вернулись к выполнению своих должностных функций», исходя из конституционных документов, выступить против одностороннего провозглашения независимости. Ибо конституционный орган обязан не только в своих собственных действиях уважать конституцию, но, кроме того, он должен также принимать соответствующие меры, если угрозы конституционному строю исходят от других субъектов. Это обязательство, ввиду специфики происхождения конституционных документов, как регулирований Специального Представителя Генерального Секретаря (СПГС), носило в данном случае не только конституционно-правовой, но и, кроме того, вдобавок также и международно-правовой характер. Тот факт, что Специальный Представитель Генерального Секретаря, как указал Международный Суд ООН, хранил молчание в отношении происходивших процессов, говорит только в пользу односторонности понимания им своих должностных обязанностей, но не в пользу правомерности его действий, тем более, что в целом ряде случаев, которые предшествовали одностороннему провозглашению независимости Косово, как подчеркивает сам Международный Суд, СПГС выступал против предпринятых Временными Институтами односторонних действий, которые не были предусмотрены нормами, установленными Конституционными Рамками. Также Международный Суд констатировал, что Специальный Представитель должен был бы принять необходимые меры, если бы он обнаружил, что органы Временных Институты предприняли какие-либо действия, превышающие установленные им полномочия (*ultra-vires-Handeln*).⁵⁹ Тем не менее, Суд приходит, как отмечалось выше, к странному и рискованному выводу, с одной стороны, об отсутствии в действиях соответствующих органов факта превышения полномочий, поскольку они, якобы, вообще даже и не собирались действовать в пределах установленной для них компетенции, и, с другой стороны, об отсутствии реакции Специального Представителя, которая интерпретируется не как доказательство нарушения им своих служебных обязанностей, а как свидетельство тому,

⁵⁹ Пункт 108.

что повод к его вмешательству в события не существовал. На самом деле, однако, Временные Институты не имели права из бездействия СПГС выводить никаких оснований и оправданий собственного бездействия, поскольку, независимо от инструкций СПГС, они были обязаны учитывать требования и предписания Резолюции 1244 Совета Безопасности. В конечном счете, они должны были бы предотвратить или отменить любые акты государственных или негосударственных субъектов, которые не соответствуют Конституционным Рамкам, установленным ООН.

4. Последствия консультативного заключения Международного Суда ООН

4.1. Продление срока действия предшествующего правового регламента

Неточности и дефициты в аргументации Международного Суда могли бы, в конечном счете, рассматриваться как несущественные, поскольку если Суд считает, что провозглашение независимости с точки зрения общего международного права юридически не имеет никакого значения, и вообще все субъекты, принявшие решение о независимости, не действовали при исполнении своих официальных должностных полномочий, то и провозглашенная ими декларация независимости, следовательно, должна восприниматься как не имеющая юридических последствий. Естественно, она не может изменить режим, который был установлен Организацией Объединенных Наций. Это было бы возможно только в результате внесения самой ООН изменений в решения, лежащие в основе установления соответствующего режима. Международный Суд, правда, в несколько ином контексте, констатировал, что Резолюция не предусматривала возможности прекращения ее собственного действия при наличии определенных условий, как это обычно имеет место. Исключительно лишь Совет Безопасности был уполномочен изменить или отменить положения Резолюции. Но до сих пор он не предпринял соответствующие шаги в этом направлении.⁶⁰ Совет Безопасности, как это было подчеркнуто и в заявлении Председателя от 26-го ноября 2008-го

⁶⁰ В этом смысле также *Stefan Oeter*, сноска 43, с. 83, 97 и сл.

года, отметил сохраняющуюся актуальность регулирования, установленного Резолюцией 1244 СБ ООН.⁶¹

Если в этом смысле консультативное заключение, ввиду постулированного «отсутствия последствий», еще и можно рассматривать как относительно безобидное и безвредное в контексте определения статуса Косово, то объективное понимание значения решения Суда радикально меняется, если оно исследуется с позиции, выходящей за рамки узкой интерпретации предмета заключения, предпринятой самим Судом. Это справедливо не только по отношению к нерассмотренным Судом вопросам, которые бы могли быть уточнены в рамках данного процесса, но также и по отношению к вопросам о последствиях данного консультативного заключения в более широком смысле.

4.2. Проблемы, которые Международный Суд ООН оставил нерассмотренными

4.2.1. Правозащитная сецессия (Remedial Secession)

Посредством сужения интерпретации вопроса, поставленного перед Международным Судом, или, точнее сказать, посредством его очевидной переформулировки, Суд обошел стороной некоторые серьезные проблемы, которые, в принципе, должны были бы быть рассмотрены в его консультативном заключении.⁶² Не секрет, что многие действительно питали надежды, что Международный Суд выскажет свою принципиальную позицию по фундаментальным проблемам права на отделение (сецессию) в контексте признанных норм общего международного права.

Одной из проблем, которая встает здесь, в первую очередь, является вопрос о так называемой *remedial secession*, т.е. вопрос о том в какой

⁶¹ Заявление Председателя от 26-го ноября 2008-го года, S/PRST/2008/44, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PRST/2008/44; в этом смысле также заявление Специального Представителя Генерального Секретаря после оглашения консультативного заключения МС ООН: «предварительная юридическая оценка Организации Объединенных Наций сводится к следующему: заключение никак не затрагивает статус МООНК или нейтральную в отношении статуса позицию»; 6367-е заседание, 3 августа 2010-го года, документ ООН S/PV.6367 (2010), 3.

⁶² Бруно Зимма,

степени, определенная группа населения имеет международно признанное право на отделение в случае массовых нарушений прав человека.⁶³ Можно признать, что в теории и литературе все чаще и чаще говорят о наличии такой возможности. Существующая международно-правовая практика, как описано выше,⁶⁴ не представляет, однако примеров подобного рода. Даже в случае Косово, Совет Безопасности ООН непосредственно после массивных действий Сербии в отношении албанского населения Косово, не смог признать право Косово на отделение, но констатировал, однако, что эта территория принадлежит Сербии, что, конечно, не могло послужить укреплению института сепарации. Более позитивным для дальнейшего развития международного права в этом вопросе было бы, если бы Международный Суд смог способствовать прояснению данного вопроса также и в том плане, как долго существует предполагаемое право на правозащитную сепарацию, и продолжает ли оно существовать, если в государстве, осуществлявшем нарушения, произошла смена правящего режима и те структуры, которые создавали основу для этих нарушений, были устранены.

4.2.2. Предпосылки становления государства

Международный Суд, опираясь на предложенное им узкое толкование поставленного перед ним вопроса, также не выразил своего отношения к проблеме о том, с какого момента определенное территориальное образование может квалифицироваться как состоявшееся государство. Также и в этом плане, вопрос о провозглашении независимости Косово предоставлял обильный материал, с помощью которого Суд имел возможность развить соответствующие принципы международного права. Ибо можно выразить серьезные сомнения относительно того, что в рамках территориального образования действительно осуществляется самостоятельная эффективная государственная власть, когда оно находится под международной опекой. В Косово, под эгидой EULEX, работали более 2000 иностранных полицейских, прокуроров и судей, и, кроме того, местные власти финансировались в основном из иностранных источников. Но, прежде всего, особенно важно, что на момент одностороннего провозглашения независимости Косово Специальный Представитель Генерального Секретаря осуществлял широкие контрольные полномочия, которые распространялись вплоть до того, что он мог в любое время

⁶³ Международный Суд отклоняет рассмотрение данного вопроса со ссылкой на формулировку вопроса в запросе, см. пункт 82 и сл. заключения.

⁶⁴ См. выше 2.1.

уволить любое должностное лицо Временных Институтов в Косово и отменить изданные ими нормативные акты. С учетом этого, представляется сомнительным, что Косово, провозглашенное независимым, уже на этом этапе демонстрировало в достаточной мере наличие собственной эффективной государственной власти, что могло бы рассматриваться как основание для признания наличия государства, состоявшегося в международно-плановом плане.

4.2.3. Соответствие признания Косово нормам международного права

Международный Суд, благодаря выбранному им зауженному подходу к трактовке поставленного перед ним вопроса, смог также обойти стороной и вопрос о том, соответствует ли нормам международного права признание Косово, которое было декларировано различными государствами после одностороннего провозглашения независимости края. Как известно, в настоящее время 98 государств признали Косово. Даже если признание определенного государственного образования со стороны других государств, в соответствии с действующим международным правом, и не имеет конститутивного (учредительного) характера, нельзя, тем не менее, считать, что такое признание остается абсолютно без правовых последствий. В зависимости от конкретных обстоятельств, например, когда подобное признание происходит, так сказать, преждевременно, то оно небезосновательно может квалифицироваться и как нарушение принципа территориальной целостности государства.⁶⁵ К этому следует добавить, что Резолюция 1244 Совета Безопасности ООН создала определенный и достаточно конкретизированный переходный режим для Косово, который - в том числе на основании статьи 25-ой Устава ООН, предусматривающей обязательную силу принятых Советом Безопасности ООН резолюций - должен был соблюдаться всеми государствами. В этом смысле государства, признавшие Косово в качестве независимого государства, прежде, чем была достигнута договоренность между Сербией и Косово, нарушают Резолюцию.

⁶⁵ *Christian Tomuschat, Die Anerkennung von Neustaaten ß Die vorzeitige Anerkennung*, в: Peter Hilpold, *Das Kosovo-Gutachten des IGH vom 22. Juli 2010*, 2012, с. 31 и далее.

4.3. Последствия консультативного заключения в широком смысле

4.3.1. Опасность создания прецедента

Если и предположить, что консультативное заключение Международного Суда не приводит к изменению существующих в настоящее время правовых позиций, а Сербия по-прежнему, по смыслу резолюции Совета Безопасности, должна рассматриваться в качестве носителя суверенной власти над Косово, и будущий статус Косово должен быть определен только путем переговоров, то, тем не менее, молчание Суда по наиболее существенному вопросу о том, насколько из права на самоопределения может выводиться также и право на отделение, и, главное, оставление практически без рассмотрения принципа территориальной целостности, может легко подвести к выводу, что подобные сецессии с точки зрения международного права не являются проблематичными. Реакцией на одностороннее провозглашение независимости Косово уже в 2008-ом году стало провозглашение независимости Абхазии и Южной Осетии. Президент России Медведев непосредственно ссылаясь при этом на прецедент Косово.⁶⁶ Также и ряд других государств со всей определенностью предупредили о том, что понимание, зафиксированное в консультативном заключении, может привести к усилению сепаратистских движений во многих странах. Приднестровье и Нагорный Карабах представляют собой два примера, если говорить о территории бывшего Советского Союза. На Балканах, в качестве другого примера, можно привести ситуацию в Сербской Республике, которая уже длительное время порывается выйти из состава Боснийской Федерации. Кроме того, уже само Косово сталкивается с тенденциями к отделению, поскольку точно также, как албанское население Косово после событий девяностых годов категорически отвергало дальнейшее нахождение в составе сербского государства, большая часть сербского населения в Косово выступает против власти косоваров и, смотря по обстоятельствам, особенно в области севернее *Митровица (Mitrovica)* может рано или поздно потребовать объединения с Сербией. Если административные органы управления этого города - с выполнением всех формальностей - вдруг провозгласят независимость

⁶⁶ «Западные страны поспешили признать незаконное объявление Косово своей независимости от Сербии. Мы последовательно утверждали, что после этого будет невозможно сказать абхазам и осетинам (а также десяткам других групп по всему миру), что то, что было хорошо для косовских албанцев не хорошо для них. В международных отношениях вы не можете иметь одно правило для одних и другое правило для других.», Financial Times 26. August 2008.

области от Косово, тогда-то и прояснится, будут ли подобные декларации с точки зрения международного права рассматриваться как не вызывающие сомнений, как это имел ввиду Международный Суд.

Западные государства пытались предотвратить такое развитие тем, что они отрицали значение провозглашения независимости Косово как прецедента, квалифицируя его как случай особого рода (*sui generis*).⁶⁷ Однако, это было невыполнимой задачей. Ибо любой международный процесс составляет часть международно-правовой практики. Отказать такому процессу в этом качестве означало бы временную отмену действия норм международного права для данного конкретного случая, что, однако, не представляется ни возможным, ни допустимым.⁶⁸ По этой причине данная позиция соответствующих государств свидетельствует, скорее, об их обеспокоенности тем обстоятельством, что международно-противоправное поведение станет также и для других примером для подражания, и свидетельствует, скорее, об их угрызениях совести по поводу своей собственной позиции, чем о более глубоком понимании природы и характера международного права как общего и единого, т. е. действующего для всех равным образом правопорядка.⁶⁹ Международный Суд, между тем, был в состоянии уже только некоторыми уточняющими формулировками относительно права на отделение и уважения принципа территориальной целостности противостоять порой слишком беззаботным ожиданиям тех, кто настаивает на независимости.

⁶⁷ Министр иностранных дел Кондолиза Райс (*Condoleezza Rice*), в: *Civil Georgia* от 6.3.2008; См. по данному вопросу также совпадающий в этом пункте Доклад *Tagliavini* по вопросу о войне в Южной Осетии, с. 140; также и Генеральный Секретарь ООН, *Interfax* от 14.3.2008.

⁶⁸ *Theodore Christakis*, *The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Has International Law Something to Say about Secession?* *Leiden Journal of International Law* 2011, с. 73, 80 и сл.; в этом смысле также письменное замечание Кипра по делу Косово, с. 28.

⁶⁹ *Rein Müllerson*, *Precedents in the Mountains: On the Parallels and Uniqueness of the Cases of Kosovo, South Ossetia and Abkhazia*, *Chinese Journal of International Law* 2009, 2, 8, автор в резких и поэтому еще более понятных формулировках указывает: «Я не хотел бы быть одуроченным заявлениями политиков и немало числа юристов, которые утверждают, что какой-то случай является настолько уникальным, своеобразным и единственным в своем роде (*sui generis*), что он не может служить в качестве прецедента, или что по какой-то причине некоторые заслуживают независимости, а другие нет.

4.3.2. Толкование Резолюции 1244 и его последствия

Резолюция 1244 СБ ООН преследовала одновременно несколько целей. Во-первых, было необходимо, чтобы ситуация, которая возникла, по преобладающему мнению, из нарушения международного права, а именно нарушения запрета применения силы, была приведена к состоянию, соответствующему международному праву. При этом должна была быть принята во внимание и неустойчивость положения, сложившегося до начала войны 1999-го года в Косово. Это было достигнуто за счет искусно сотканного компромисса. С акцентом на территориальную целостность и - предварительное - оставление Косово в составе Сербии, были «нейтрализованы» результаты нелегитимированной в международно-правовом отношении войны. С созданием международной администрации было предотвращено повторение ситуации 1999-го года. Наконец, ссылка на разрешение конфликта путем переговоров между сторонами создала возможность, с учетом территориальной целостности Сербии, - конкретно только с ее согласия - добиться решения, которое преодолело бы существующие проблемы, что собственно соответствовало и законным интересам косовских албанцев. Их статус и юридическое положение были гарантированы введением международной администрации. Соответственно, любые односторонние меры каждой из сторон конфликта, для которых действовал этот компромисс, уничтожило бы внутреннее равновесие этой резолюции. Не подлежит сомнению, что если бы Сербия со ссылкой на свою территориальную целостность, подтвержденную Резолюцией 1244 СБ ООН, в одностороннем порядке вошла бы в Косово с целью прекратить «взвешенное состояние» международной администрации, это было бы признано неприемлемым. Если допустимость провозглашения независимости Косово оправдывается тем, что международная администрация не могла продолжаться безгранично, то на это можно возразить, что, с одной стороны, это цена, которая должна была быть заплачена за принятие международного решения по изначально национальному конфликту, а другой стороны, следует учитывать, что, например, Миссии EULEX и КФОР продолжают по сей день, и что Косово в довольно значительном объеме финансируется Западом.

Констатируя возможность достижения окончательного решения в одностороннем порядке, Международный Суд не только извратил смысл Резолюции 1244, но он также разрушил ее внутреннее равновесие. Это может в будущих конфликтных ситуациях, в которых в Совете Безопасности ООН должен быть найден компромисс, привести к большей

сдержанности среди его членов, если они в действительности не смогут быть уверены в том, что уступки со их стороны в один прекрасный день смогут быть истолкованы как полный отказ от их позиции.

4.3.3. Международная юрисдикция

Международная юрисдикция до сих пор не нашла своего адекватного и однозначного признания в международном юридическом сообществе. Как и прежде, обязательная юрисдикция Международного Суда в рамках факультативной оговорки статьи 36-ой Статута Международного Суда признана только меньшинством государств, хотя повсеместно и во всех отношениях подчеркивается, как важно, чтобы конфликты на международном уровне решались в соответствии с требованиями и нормами международного права и также посредством международных судов. Эти суды могут лучше всего способствовать усилению их роли тем, что они сами себе создают особую легитимность за счет качества их решений, которые на основе международного права ведут к приемлемым всеми - из рациональных соображений - результатам. Если подходить к консультативному заключению Международного Суда ООН по вопросу Косово, то можно прийти только к выводу, что Суд оказал международному правосудию этой экспертизой «медвежью услугу».