

В поисках выхода из лабиринта: сложный путь к юрисдикции в деле *Хорватия против Сербии*

Решение Международного Суда ООН от 3 февраля 2015 года

Джейсон Морган-Фостер*

3 февраля 2015 года Международный Суд Организации Объединённых Наций вынес решение по существу дела *Хорватия против Сербии*, завершая финальную главу 22-летнего рассмотрения им обвинений в ответственности государства за геноцид, выдвинутых в связи с конфликтом на Балканах. Суд должен был определить, обладает ли он юрисдикцией вынести решение применительно к требованию Хорватии в отношении событий, предположительно имевших место до 27 апреля 1992 года – даты, когда Союзная Республика Югославия начала своё существование в качестве самостоятельного государства и стала стороной Конвенции о геноциде, – вопрос, который в решении 2008 года о предварительных возражениях был отложен для дальнейшего рассмотрения. Отвергнув основанный на статье 10(2) Статей Комиссии международного права об ответственности государств аргумент Хорватии, Суд тем не менее пришёл к выводу, что он обладает юрисдикцией в отношении деяний, имевших место до 27 апреля 1992 года, на основании спора о том, могла ли Союзная Республика Югославия быть преемником ответственности Социалистической Федеративной Республики Югославии.

↪ *Международный Суд ООН; юрисдикция по статье IX Конвенции о геноциде; юрисдикционная оговорка; юрисдикция ratione temporis; правонапреемство в отношении ответственности*

3 февраля 2015 года Международный Суд ООН (*далее* – Суд, Международный Суд) вынес решение по существу дела *Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказания за него (Хорватия против Сербии)*¹, завершая финальную главу 22-летнего рассмотрения им обвинений в ответственности государства за геноцид, выдвинутых в связи с конфликтом на Балканах. Данный вопрос впервые был поставлен перед Судом в марте 1993 года, когда Босния и Герцеговина подала заявление о возбужде-

нии дела против Югославии, утверждая, что последняя совершила геноцид. Принимая во внимание решение от 26 февраля 2007 года по делу, инициированному Боснией, и настоящее решение по делу, возбуждённому Хорватией, становится ясно, насколько сложно установить ответственность государства за геноцид. В деле *Босния и Герцеговина против Сербии*, хотя Суд и пришёл к выводу, что в Сребренице был совершён геноцид, доказательства, необходимые для присвоения совершения этого геноцида государству-от-

* *Морган-Фостер Джейсон (MORGAN-FOSTER Jason)* – сотрудник правового департамента Секретариата Международного Суда ООН (e-mail: jason.morgan.foster@gmail.com). Взгляды и мнения, изложенные в статье, представляют исключительно точку зрения автора и необязательно отражают позицию учреждения, сотрудником которого он является. Перевод с английского языка Секретарёвой Натальи Михайловны.

¹ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Judgment of 3 February 2015. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (дата обращения: 13.07.2015).

ветчику, отсутствовали. В деле *Хорватия против Сербии* обвинения в геноциде рассыпались на ещё более раннем этапе, поскольку ни заявитель, ни ответчик (в своём встречном требовании) не смогли доказать наличие необходимого умысла, направленного на совершение геноцида (*dolus specialis*). Суду, в результате, даже не было необходимо переходить к рассмотрению вопросов о присвоении поведения государству. Таким образом, эти два решения отчётливо дают понять, что, в то время как большинство в составе Суда считает, что государство может нести ответственность за совершение геноцида, сделать это в рамках судебного процесса не так просто в силу ряда серьёзных юридических препятствий, которые до настоящего момента остаются непреодолимыми.

В то время как в решениях по делам *Босния и Герцеговина против Сербии* и *Хорватия против Сербии* Суд разъяснил ряд правовых проблем, относящихся к ответственности государства за геноцид, эти дела, так же как и дела, возбуждённые в 1999 году Союзной Республикой Югославией (далее — СРЮ) против государств — участников Организации Североатлантического договора, сформировали трудную для понимания судебную практику в отношении юрисдикции Суда на основании статьи IX Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него. Проблемы начались с неопределённости статуса СРЮ в качестве члена Организации Объединённых Наций в период между 1992 и 2000 годами, поскольку данное членство является условием, необходимым для доступа к Суду в соответствии с параграфом 1 статьи 35 Статута. В своих решениях 2004 года по делам *Правомерность*

*применения силы*² Суд назвал вопрос о доступе к Суду «фундаментальным» вопросом, который необходимо решить до того, как заявитель сможет «надлежащим образом обратиться... к Суду, вне зависимости от того, к каким основаниям юрисдикции он может... прибегнуть»³. Суд неоднократно касался данного вопроса при рассмотрении различных дел, но пришёл к заключениям, которые на первый взгляд не соотносятся друг с другом. Например, в решении 1996 года по предварительным возражениям в деле *Босния и Герцеговина против Сербии* Суд сделал вывод, что у него есть юрисдикция в отношении ответчика (СРЮ), основываясь, в частности, на том, что СРЮ являлась членом Организации Объединённых Наций и участником Конвенции о геноциде⁴. В решении 2003 года по делу *Заявление о пересмотре решения от 11 июля 1996 года* Суд пришёл к выводу, что приём СРЮ в Организацию Объединённых Наций 1 ноября 2000 года «не мог ретроактивно поменять *sui generis* положение» СРЮ в Организации⁵. В то же время в решениях 2004 года по делам *Правомерность применения силы* Суд указал, что *sui generis* положение СРЮ в период между 1992 и 2000 годами не может приравниваться к членству в Организации Объединённых Наций⁶ и что, таким образом, у СРЮ (позднее у Сербии и Черногории) не было доступа к Суду на основании параграфа 1 статьи 35 Статута Международного Суда⁷.

В своём решении 2007 года по делу *Босния и Герцеговина против Сербии* Суд, таким образом, столкнулся со сложной задачей, как согласовать эти, похоже, противоречащие друг другу прецеденты. Суд пришёл к выводу, что его решение 1996 года по предваритель-

² В их число входят дела *Правомерность применения силы (Сербия и Черногория против Бельгии)*, *(Сербия и Черногория против Канады)*, *(Сербия и Черногория против Франции)*, *(Сербия и Черногория против Германии)*, *(Сербия и Черногория против Италии)*, *(Сербия и Черногория против Нидерландов)*, *(Сербия и Черногория против Португалии)*, *(Сербия и Черногория против Соединённого Королевства)*.

³ International Court of Justice. *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*. Preliminary Objections. Judgment of 15 December 2004 // I.C.J. Reports 2004. P.298–299. § 46.

⁴ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*. Preliminary Objections. Judgment of 11 July 1996 // I.C.J. Reports 1996. P.623. § 47(2)(a).

⁵ International Court of Justice. *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*. Preliminary Objections. Judgment of 3 February 2003 // I.C.J. Reports 2003. P.31. § 71. См. также: *ibid.* P.31. § 70 («Резолюция № 47/1 не повлияла, среди прочих, на право СРЮ предстать перед Судом или выступать стороной в споре, рассматриваемом Судом, на условиях, изложенных в Статуте»).

⁶ International Court of Justice. *Legality of use of force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*. Preliminary Objections. Judgment of 15 December 2004 // I.C.J. Reports 2004. § 78.

⁷ *Ibid.* § 91.

ным возражениям основывалось на «фундаментальном» принципе *res judicata*, который гарантирует «стабильность правоотношений» и отвечает интересу каждой стороны, заключающемуся в том, что «вопрос, по которому Суд уже вынес решение в пользу этой стороны, не может рассматриваться Судом снова»⁸. Исходя из этого, Суд подтвердил своё решение 1996 года о том, что у него есть юрисдикция для рассмотрения спора на основании статьи IX Конвенции о геноциде. Этот вывод весьма противоречив, потому что в 1996 году обе стороны процесса не поднимали вопрос о потенциальном отсутствии доступа СРЮ к Суду. Позиция СРЮ в тот момент заключалась в том, что она автоматически продолжала осуществлять международную правосубъектность бывшей Социалистической Федеративной Республики Югославия (далее — СФРЮ), включая членство в ООН. Несмотря на то что этот вопрос прямо не поднимался в решении 1996 года, в 2007 году Суд рассматривал его как «неизбежно вытекающий» из решения 1996 года, которое должно было остаться неизменным на основании *res judicata*⁹. Пять судей не согласились с мнением большинства по вопросу о юрисдикции, изложенным в решении 2007 года. Они были убеждены, что Суд не должен переходить к рассмотрению данного дела по существу. По их мнению, вопрос о доступе к Суду не был урегулирован в решении 1996 года по предварительным возражениям, потому что он прямо не поднимался сторонами. Рассматривая этот вопрос как вновь поднятый, они пришли к выводу, что принятие Сербии и Черногории в Организацию Объединённых Наций 1 ноября 2000 года¹⁰, а также решения Суда по делам *Правомерность применения силы*, подтверждают, что СРЮ не была членом Организации Объединённых Наций на момент возбуждения дела в

Суде в 1993 году и, следовательно, не имела доступа к Суду на тот момент¹¹.

Когда Суд рассматривал вопрос о наличии юрисдикции в деле, инициированном Хорватией, ситуация была ещё сложнее, чем в деле *Босния и Герцеговина против Сербии*. Все противоречащие друг другу прецеденты, связанные с членством СРЮ в Организации Объединённых Наций, оставались в силе, однако в деле *Хорватия против Сербии* принцип *res judicata* решения 1996 года по предварительным возражениям в деле *Босния и Герцеговина против Сербии* не мог быть применим, поскольку это решение было вынесено в другом деле с другими сторонами. Следовательно, в соответствии со статьёй 59 Статута решение 1996 года не имело обязательной силы для сторон в деле *Хорватия против Сербии*. Таким образом, можно было бы предположить, что Суд придёт к выводу о том, что у него отсутствует юрисдикция для рассмотрения спора. Но такой вывод недооценивал бы сложность судебной практики, связанной с этими делами. Эта сложность, по крайней мере в какой-то её части, вероятно, объясняется субъективно ощущаемой необходимостью рассматривать такие серьёзные обвинения, как геноцид, по существу.

Таким образом, в свете противоречивых прецедентов, рассмотренных выше, и явных сомнений в наличии доступа Сербии к Суду между 1992 и 2000 годами Суд опирался на решение Постоянной палаты международного правосудия 1924 года по делу *Палестинские концессии Мавромматиса*, гласившее, что «Суд, юрисдикция которого является международной, не обязан придавать вопросам формы такую же степень важности, которой они могут обладать во внутреннем праве»¹². В частности, в данном деле Постоянная палата столкнулась с ситуацией, когда государство подало заявление о возбуждении де-

⁸ International Court of Justice. *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 // I.C.J. Reports 2007. P.90. § 115–116.

⁹ Ibid. § 132.

¹⁰ United Nations General Assembly. General Assembly resolution № 55/12 // Res. № A/RES/55/12. 1 November 2000 («Получив рекомендацию Совета Безопасности от 31 октября 2000 года» и «рассмотрев заявление Союзной Республики Югославии о приеме в члены Организации», постановляет «принять Союзную Республику Югославию в члены Организации Объединённых Наций»).

¹¹ См. International Court of Justice. *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 // I.C.J. reports 2007. Joint Dissenting Opinion of Judges Ranjeva, Shi and Koroma; Declaration of Judge Skotnikov; Separate Opinion of Judge *ad hoc* Kreca.

¹² Permanent Court of International Justice. *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Great Britain)*. Judgment of 30 August 1924 // P.C.I.J. Series A. No. 2. P.34.

ла за три месяца до того, как рассматриваемое международное обязательство, бывшее предметом спора и содержавшееся в Протоколе XII, являвшемся приложением к Лозаннскому договору, вступило в силу в отношении сторон¹³. Постоянная палата пришла к выводу, что, даже «если заявление было преждевременным, поскольку Лозаннский договор ещё не был ратифицирован, это обстоятельство перекрывается последующим депонированием необходимых инструментов ратификации»¹⁴. Восприимая отсутствие ратификации Лозаннского договора на момент возбуждения дела как своего рода временное процессуальное препятствие, которое было позднее устранено, Постоянная палата рассмотрела заявление Греции, не требуя от неё подать новое заявление после ратификации договора.

Как отметил Международный Суд в решении 2008 года по делу *Хорватия против Сербии*, подобный подход использовался в некоторых последующих делах, рассмотренных как Постоянной палатой¹⁵, так и самим Международным Судом¹⁶. В 2008 году Суд применил данный подход к вопросу о доступе СРЮ к Суду на момент возбуждения дела Хорватией 2 июля 1999 года. Отмечая, что «вопрос о доступе к Суду очевидно отличается от вопросов, связанных с юрисдикцией в узком смысле»¹⁷, Суд заключил, что:

«[н]е очевидно, почему доводы, исходящие из принципа рационального отправления правосудия, на который опирается судебная практика по делу *Палестинские концессии Мавромматиса*, не могут также быть применены в настоящем деле. Не было бы в интересах правосудия обязывать заявителя, если он желает поддержать свои требования, возбудить новое разбирательство. В связи с

этим не имеет значения, какое условие не было соблюдено на момент возбуждения дела и тем самым препятствовало Суду в тот момент осуществить свою юрисдикцию, если в дальнейшем это условие было выполнено»¹⁸.

Суд попытался провести различие с решениями 2004 года по делам *Правомерность применения силы*, утверждая, что он не прибегнул к такому гибкому процессуальному подходу в этих решениях «ввиду конкретных соображений, имевших значение» в этих делах¹⁹. В частности, Суд заключил, что, поскольку Сербия и Черногория при рассмотрении дел *Правомерность применения силы* утверждала, что она не была связана положениями статьи IX Конвенции о геноциде, «совершенно исключено, что в случае вынесения решений, отвергавших её заявления в силу отсутствия доступа к Суду, [Сербия] опиралась бы на статус участника Статута Суда, которым она, без сомнения, обладала бы, чтобы подать новые заявления, идентичные по существу предыдущим»²⁰.

Применительно к делу Хорватия против Сербии Суд далее установил, что СРЮ стала стороной Конвенции о геноциде 27 апреля 1992 года на основании декларации, сделанной в этот день «представителями народа Республики Сербия и Республики Черногория», и ноты Постоянного представительства Югославии Генеральному секретарю Организации Объединённых Наций, датированной тем же числом. Он пришёл к выводу, что с учётом конкретных обстоятельств данного дела заявление 1992 года по своим последствиям имело силу уведомления о преемстве участия в договорах²¹. Таким образом, 2 июля 1999 года, в день, когда Хорватия инициировала судебный процесс, СРЮ была связана

¹³ Permanent Court of International Justice. *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Great Britain)*. Judgment of 30 August 1924 // P.C.I.J. Series A. No. 2. P.33–34.

¹⁴ Ibid. P.34.

¹⁵ Permanent Court of International Justice. *Case concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*. Preliminary objections. Jurisdiction. Judgement of 25 August 1925 // Judgment No. 6. P.C.I.J. Series A. No. 6. P.14.

¹⁶ International Court of Justice. *Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*. Preliminary Objections. Judgment of 2 December 1963 // I.C.J. Reports 1963. P.28; International Court of Justice. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Jurisdiction and Admissibility. Judgment of 10 May 1984 // I.C.J. Reports 1984. P.428–429. § 83; International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*. Preliminary Objections. Judgment of 11 July 1996 // I.C.J. Reports 1996 (II). P.595.

¹⁷ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Preliminary Objections. Judgment of 18 November 2008 // I.C.J. Reports 2008. P.442. § 87.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid. P.442. § 89.

²⁰ Ibid. P.443. § 89.

²¹ Ibid. P.451. § 111.

положениями Конвенции о геноциде, включая её статью IX, и оставалась связанной её положениями как минимум до 1 ноября 2000 года, когда Сербия и Черногория стала государством участником Организации Объединённых Наций²². Прибегая в данной ситуации к процессуальной гибкости, использованной в деле *Палестинские концессии Мавромматиса* и других делах, Суд заключил, что, поскольку истец имел бы возможность подать новое заявление после 1 ноября 2000 года, он может исходить из того, что условия наличия юрисдикции были удовлетворены. Поэтому Суд отверг первое предварительное возражение Сербии относительно юрисдикции Суда²³.

Интересно задержаться на данном моменте и рассмотреть, откуда появился этот «аргумент *Мавромматиса*». Развил ли его Суд по собственной инициативе, или его привнесла одна из сторон, или он появился откуда-то ещё? Изучение составительных бумаг на стадии предварительных возражений не позволяет найти ни единого упоминания «аргумента *Мавромматиса*» о процессуальной гибкости. В своих письменных представлениях по поводу предварительных возражений Сербии Хорватия ограничилась тем, что подчеркнула, как она уже делала в меморандуме, что обе стороны в любом случае были связаны положениями Конвенции о геноциде на момент подачи заявления 2 июля 1999 года²⁴. Кроме того, Хорватия обратила внимание на выводы Суда в решении по заявлению о пересмотре дела *Босния и Герцеговина против Сербии*, вынесенном меньше чем за три месяца до этого, о том, что принятие СРЮ как нового члена Организации Объединё-

ных Наций 1 ноября 2000 года «не могло ретроактивно поменять *sui generis* положение СРЮ, в котором она оказалась в отношении Организации Объединённых Наций в период с 1992 по 2000 год, ни её положение применительно к Статуту Суда и Конвенции о геноциде»²⁵. «Аргумент *Мавромматиса*» был впервые использован Хорватией во время устной процедуры по предварительным возражениям, когда Джеймс Кроуфорд, поверенный Хорватии, изложил детальное объяснение того, как процессуальная гибкость, использованная в деле *Палестинские концессии Мавромматиса* и других делах, должна применяться к вопросу о доступе Сербии к Суду²⁶. Эта аргументация практически не отличается от той, которую использовал Суд в своём решении. Но перед тем как отдать должное профессору (ныне судье) Кроуфорду за этот аргумент, необходимо взглянуть немного глубже. «Аргумент *Мавромматиса*» не поднимался сторонами в их письменных аргументах по поводу предварительных возражений в деле *Хорватия против Сербии*. Но именно этот самый аргумент детально изложен в особом мнении судьи Томки по делу *Босния и Герцеговина против Сербии* на стадии рассмотрения дела по существу, всего за год до этого²⁷! Как обсуждалось выше, Суд указал в решении 2007 года по делу *Босния и Герцеговина против Сербии*, что его решение 1996 года о том, что он обладает юрисдикцией, подразумевало неизбежно вытекающий из него вывод о том, что ответчик имел доступ к Суду, и что этот вывод не может оспариваться на основании принципа *res judicata*²⁸. Судья Томка же указал в своём особом мнении, которое прилагается к реше-

²² International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Preliminary Objections. Judgment of 18 November 2008 // I.C.J. Reports 2008. P. 455. § 117.

²³ Ibid. P. 455. § 119.

²⁴ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Written statement of Croatia of its observations and submissions on the preliminary objections raised by the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro). 29 April 2003. § 2.2.

²⁵ Ibid. § 2.11–2.12 (цитируя International Court of Justice. *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*). Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina). Judgment of 3 February 2003 // I.C.J. Reports 2003. P. 31. § 71).

²⁶ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Public sitting held on 28 May 2008 // CR 2008/11. P. 32–39. Crawford. Serbia's access to the Court.

²⁷ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Separate opinion of Judge Tomka. Judgment of 26 February 2007 // I.C.J. Reports 2007. P. 323–331. § 24–36.

²⁸ International Court of Justice. *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 // I.C.J. reports 2007. § 115–116; § 132 и цитируемый текст.

нию 2007 года, что у него есть «серьёзные опасения»²⁹ по поводу аргументации Суда, основанной на доктрине *res judicata*, особенно по поводу убеждённости Суда в том, что вывод о статусе ответчика вытекает из аргументации решения 1996 года и имеет преюдициальную силу для целей разбирательства 2007 года. Тем не менее, рассматривая вопрос о юрисдикции Суда с чистого листа, судья Томка пришёл к такому же выводу, что и Суд. Он сделал это, применив — и он появляется впервые — аргумент *Мавроматтиса* о процессуальной гибкости к вопросу о статусе СРЮ как государства — члена ООН с вытекающим из этого доступом к Суду³⁰. Можно лишь догадываться, думал ли он на момент написания своего особого мнения по делу *Босния и Герцеговина против Сербии* о том, что его аргументация может быть использована годом позже в деле *Хорватия против Сербии*. В чём мы можем быть уверены, так это в том, что, когда в 2008 году Суд в конце концов применил «аргумент *Мавроматтиса*» — который, выражаясь словами поверенного Хорватии, «можно, с уважением, было бы более правильно назвать... аргументом Томки»³¹ — судья заметил в своём особом мнении, приложенном к решению по предварительным возражениям по делу *Босния и Герцеговина против Хорватии*, возможно, слишком прямолинейно: «Мой подход [к вопросу о юрисдикции] в [деле *Босния и Герцеговина против Сербии*] не отличается от подхода, избранного сейчас большинством судей, рассматривающих данное дело»³².

Таким образом, столкнувшись с крайне неясной ситуацией относительно членства СРЮ в Организации Объединённых Наций и противоречивыми и, похоже, несовместимыми прецедентами, в своём решении 2008 года Суд обратился к аргументу *Мавромат-*

тиса, возвращаясь к решению Постоянной палаты 1924 года для того, чтобы примирить непримиримое и найти выход из создавшегося затруднительного положения. Но даже после всей этой юридической гимнастики у требований Хорватии оставалось ещё много юрисдикционных препятствий. Так, далее Суд должен был дать ответ на вопрос о юрисдикции *ratione temporis*. В частности, Сербия утверждала, что обвинения, основанные на действиях или бездействиях, имевших место до 27 апреля 1992 года, то есть до формального создания СРЮ и принятия ею на себя международных обязательств, включая обязательства по Конвенции о геноциде, как находятся за пределами юрисдикции Суда, так и не являются приемлемыми. В том, что касается юрисдикции, Сербия утверждала, что Суд может обладать юрисдикцией только в отношении действий, имевших место после 27 апреля 1992 года, поскольку Конвенция вступила в силу между СРЮ и Хорватией в этот день. В отношении приемлемости Сербия настаивала на том, что действия или бездействия, имевшие место до 27 апреля 1992 года, не могут присваиваться СРЮ³³. С одной стороны, Суд напомнил, что в деле, возбуждённом Боснией и Герцеговиной, он указал, что «Конвенция о геноциде — и в частности статья IX — не содержит ни одного положения, объектом или юридическим последствием действия которого является подобное ограничение объёма юрисдикции *ratione temporis*»³⁴, и подчеркнул, что «в этом деле он обладает юрисдикцией, на основании которой он может применить Конвенцию о геноциде в отношении соответствующих фактов, имевших место *после начала конфликта в Боснии и Герцеговине*»³⁵. С другой стороны, несмотря на это, в решении 2008 года по делу *Хорватия против Сербии* он заключил, что не может «сделать на основании

²⁹ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Separate opinion of Judge Tomka. Judgment of 26 February 2007 // I.C.J. Reports 2007. P.313. § 5.

³⁰ Ibid. P.323–331. § 24–36.

³¹ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Public sitting held on 28 May 2008 // CR 2008/11. P.33. Crawford. Serbia's access to the Court.

³² International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Preliminary Objections. Separate Opinion of Judge Tomka. Judgment of 18 November 2008 // I.C.J. Reports 2008. P.516. § 2.

³³ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Preliminary Objections. Judgment of 18 November 2008 // I.C.J. Reports 2008. P.457. § 121.

³⁴ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*. Preliminary Objections. Judgment of 11 July 1996 // I.C.J. Reports 1996 (II). P.617. § 34.

³⁵ Ibid.

этого решения [1996 года] (которое, как уже отмечалось, не является *res judicata* в данном процессе) какой-либо определённый вывод в отношении временного охвата юрисдикции, которой он обладает на основании Конвенции [о геноциде]³⁶», в частности потому, что в деле Босния и Герцеговина против Сербии, в отличие от дела Хорватия против Сербии, Конвенция о геноциде вступила в силу между сторонами после того, как СРЮ возникла как государство³⁷.

Более того, Суд исходил из того, что вопрос юрисдикции *ratione temporis* «тесно связан» с вопросом о присвоении действий, имевших место до 27 апреля 1992 года, поставленным Сербией в контексте приемлемости требований³⁸. В отношении этого вопроса Хорватия утверждала, что должна применяться статья 10(2) Статей Комиссии международного права (*далее* — КМП) об ответственности государств за международно-противоправные деяния, согласно которой «поведение движения, повстанческого или иного, которому удаётся создать новое государство на части территории уже существовавшего государства или на какой-либо территории под его управлением, рассматривается как деяние этого нового государства по международному праву»³⁹. Сербия, в свою очередь, утверждала, что статья 10(2) неприменима, поскольку Хорватия не смогла идентифицировать на территории СФРЮ «повстанческое или иное движение», которое соответствовало бы определению этой статьи⁴⁰. Суд не решил вопроса о применимости статьи 10(2) в данном деле, указав, что, поскольку статья 10(2) отражает международное обычное право, определение её применимости в данном деле «обязательно потребовало бы от Суда... дать оценку фактическим обстоятельствам» и «поэтому было бы невозможно рассмотреть проблемы, поднятые в возражении, без решения в какой-то степени вопросов, по своей природе относящихся

к существу дела»⁴¹. В связи с этим Суд напомнил о своей практике, в соответствии с которой, «когда предварительные возражения не носят исключительно предварительного характера, потому что они содержат как предварительные аспекты, так и другие аспекты, относящиеся к существу дела, они должны рассматриваться на стадии рассмотрения этого дела по существу»⁴², и заключил, что вопрос о применимости статьи 10(2) к фактам дела поднимает именно такой смешанный вопрос, содержащий предварительные аспекты и аспекты, относящиеся к существу дела:

«По мнению Суда, вопросы юрисдикции и приемлемости, поднятые в предварительном возражении Сербии о юрисдикции *ratione temporis*, в данном деле представляют собой две неотделимые друг от друга проблемы. Первая проблема состоит в том, есть ли у Суда юрисдикция выносить решение о наличии нарушений Конвенции о геноциде с учётом фактов, имевших место до того, как СРЮ начала своё существование в качестве самостоятельного государства, способного стать полноценной стороной Конвенции о геноциде. Это можно рассматривать как вопрос применимости предусмотренных Конвенцией о геноциде обязательств в отношении СРЮ до 27 апреля 1992 года. Вторая проблема, которая заключается в приемлемости требований в отношении данных фактов, включая вопросы присвоения, касается последствий данных фактов для целей признания ответственности СРЮ на основании общих правил, определяющих ответственность государства. Для того чтобы быть в состоянии прийти к какому-либо заключению по каждой из этих проблем, Суду необходимо располагать дополнительными материалами»⁴³.

С учётом вышесказанного Суд пришёл к выводу, что у него есть юрисдикция рассматривать требования Хорватии в отношении событий, предположительно имевших место после 27 апреля 1992 года (день, когда СРЮ

³⁶ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Preliminary Objections. Judgment of 18 November 2008 // I.C.J. Reports 2008. P.458. § 123.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid. P.458. § 124.

³⁹ Ibid. P.459. § 125.

⁴⁰ Ibid. P.459. § 126.

⁴¹ Ibid. P.459. § 127.

⁴² Ibid. P.459. § 128 (цитируя International Court of Justice. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits. Judgment of 27 June 1986 // I.C.J. Reports 1986. P.31. § 41).

⁴³ Ibid. P.460. § 129.

начала свое существование в качестве самостоятельного государства и стала стороной Конвенции о геноциде), но отложил решение вопроса о наличии юрисдикции в отношении требований, основанных на событиях, предположительно имевших место до этой даты.

На первый взгляд может показаться, что, следуя решению 2008 года, Суд обладал широкой юрисдикцией, позволяющей рассматривать обвинения Хорватии об ответственности Сербии как государства за геноцид. Действительно, Суд приложил достаточно серьёзные усилия для того, чтобы развить сложную аргументацию, основанную на деле *Палестинские концессии Мавромматиса* и других делах, в которых применялся тот же подход, для того чтобы предотвратить преждевременную «смерть» требований Хорватии из-за проблемы доступа СРЮ к Суду. Он полностью отверг первое предварительное возражение Сербии, касающееся юрисдикции Суда *ratione materiae*, а также её третье предварительное возражение, касающееся привлечения к судебной ответственности некоторых лиц, предоставления информации о местонахождении пропавших без вести хорватских граждан и возвращения предметов культурного наследия. Таким образом, было ясно, что Суд обладает юрисдикцией рассматривать все обвинения в геноциде, касающиеся событий, предположительно имевших место после 27 апреля 1992 года. С одной стороны, это были более широкие юрисдикционные полномочия, чем многие могли бы представить, когда стороны погрязли в разногласиях на стадии предварительных возражений по поводу доступа СРЮ к Суду. Но что действительно представляла собой эта юрисдикция? Несмотря на то что небольшая часть актов насилия, лежавших в основе обвинения в геноциде, была совершена после 27 апреля 1992 года, подавляющая часть действий была совершена до этого числа. То есть вопрос, решение которого отложил Суд, был на самом деле главным юрисдикционным вопросом.

Придя к выводу, что статья 10(2) — единственное юридическое основание юрисдикции в отношении действий и бездействий, имевших место до 27 апреля 1992 года — не-

применима, Суд мог бы поддержать предварительное возражение Сербии в отношении действий и бездействий, имевших место до этой даты, перейти к рассмотрению существа требований, связанных с действиями или бездействиями, имевшими место после этой даты, и на основании анализа этих действий прийти к выводу, что геноцид не был совершён. Оценивая задним числом, мы знаем, что окончательный вывод Суда в его решении 2015 года по существу дела *Хорватия против Сербии* действительно заключается в том, что геноцид не был совершён, несмотря на то что он принимал во внимание действия и бездействия, имевшие место до 27 апреля 1992 года. То есть это не проблема установления юрисдикции в отношении действий, которые действительно подтверждают обвинения в геноциде по существу дела. Возможно, такое решение было больше связано с определённой «внесудебной» ролью Суда. Если бы он не рассматривал обвинения, касающиеся действий или бездействий до 27 апреля 1992 года, которые составляли большую часть обвинений, он бы никогда не зафиксировал совершение этих деяний или не сделал бы промежуточные выводы относительно этих действий, включая вывод о том, что был установлен материальный состав преступления геноцида. Можно было бы утверждать, что эти промежуточные выводы обеспечивают определённый уровень правосудия для жертв, даже если и не являются результатом, на который они надеялись. Но для того, чтобы обладать юрисдикцией в отношении деяний, совершённых до 27 апреля 1992 года, и иметь возможность делать такие промежуточные выводы и, таким образом, зафиксировать произошедшие события, Суд должен был снова развить сложную аргументацию по юрисдикции, помня трудности, созданные проблемой о доступе СРЮ к Суду в решении 2008 года. Ниже мы рассмотрим эту сложную аргументацию по юрисдикции в отношении событий до 27 апреля 1992 года.

В решении 2015 года Суд сначала рассмотрел вопрос, может ли Конвенция о геноциде применяться ретроактивно, в отношении которого он выразил серьёзные сомнения в решении 2008 года⁴⁴. В решении 2015 года

⁴⁴ См. International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Preliminary Objections. Judgment of 18 November 2008 // I.C.J. Reports 2008. P. 458. § 123 и цитируемый текст.

Суд однозначно отвечает на этот вопрос негативно, ссылаясь, в частности, на отсутствие прямого указания на ретроактивное действие Конвенции, подготовительные материалы к Конвенции о геноциде и свои выводы по делу *Бельгия против Сенегала* о том, что аналогичные положения Конвенции против пыток не имели ретроактивного эффекта⁴⁵.

Далее Суд указал, что на стадии рассмотрения дела по существу Хорватия выдвинула два аргумента по поводу того, почему Суд всё же может иметь юрисдикцию в отношении деяний, имевших место до 27 апреля 1992 года. Основной аргумент Хорватии, основанный на статье 10(2) Статей КМП об ответственности государств за международно-противоправные деяния, выдвигался ею ещё на стадии предварительных возражений, о чём было сказано выше. На стадии рассмотрения дела по существу Хорватия продолжала настаивать на применимости статьи 10(2) к фактам дела, в целом утверждая, что деяния, имевшие место до 27 апреля 1992 года, были совершены различными вооружёнными группами, но присваиваются движению «Великая Сербия» и, на основании статьи 10(2), СРЮ. Кроме того, Хорватия развила дополнительный аргумент, в соответствии с которым СРЮ выступает преемником в отношении ответственности СФРЮ за действия или бездействия, имевшие место до 27 апреля 1992 года.

В отношении статьи 10(2) Суд заключил следующее:

«[Д]аже если статья 10(2) Статей КМП об ответственности государств может рассматриваться как выражение международного обычного права в рассматриваемый период времени, эта статья касается только присвоения деяний новому государству. Она не создаёт обязательств для нового государства или движения, которому удалось создать это новое государство. Она также не влияет на применение принципа, изложенного в статье 13 указанных Статей, который гласит, что “[н]икакое деяние государства не является нарушением международно-правового обязательства, если это обязательство не связы-

вает данное государство во время совершения деяния”»⁴⁶.

Суд опирался на своё решение 2008 года для того, чтобы установить, что СРЮ была связана положениями Конвенции только начиная с 27 апреля 1992 года⁴⁷, и сделал вывод, что:

«[Д]аже если деяния, имевшие место до 27 апреля 1992 года, на которые ссылается Хорватия, могли быть присвоены “движению” по смыслу статьи 10(2) Статей КМП и могли быть присвоены СРЮ на основании принципа, изложенного в этой статье, они не могут рассматриваться как противоречащие Конвенции о геноциде; в лучшем случае, они представляют собой нарушение только норм обычного международного права, запрещающих совершение геноцида. Статья 10(2) не может, следовательно, помочь перенести спор в сферу действия статьи IX Конвенции»⁴⁸.

После этого Суд рассмотрел альтернативный аргумент Хорватии о том, что деяния, совершённые до 27 апреля 1992 года, могли быть присвоены СФРЮ (которая тогда была участником Конвенции) и что 27 апреля 1992 года СРЮ стала ответственной за эти деяния в порядке правопреемства (либо на основании принципа международного обычного права о правопреемстве государств в отношении ответственности, либо вследствие заявления, которое она сделала в этот день и которое в 2008 году Суд рассматривал в качестве декларации о правопреемстве в отношении договоров).

Сначала Суд прокомментировал пункт 129 решения 2008 года (цитируется выше), в котором он пришёл к выводу, что ему необходимо располагать «дополнительными материалами» для того, чтобы ответить на смешанный вопрос о юрисдикции/приемлемости в отношении деяний, совершённых до 27 апреля 1992 года, и поэтому предварительное возражение не носило исключительно предварительного характера и должно было рассматриваться вместе с существом дела. В решении 2015 года он указал, не пускаясь в объяснения или детали, что «получив последующие

⁴⁵ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Judgment of 3 February 2015. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (дата обращения: 13.07.2015). §95–100.

⁴⁶ Ibid. § 104.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid. § 105.

состязательные бумаги и выслушав устные аргументы сторон, [он] располагает этими дополнительными материалами»⁴⁹. Суд далее приходит к выводу, что вопрос о том, могла ли СРЮ выступать правопреемником СФРЮ в отношении ответственности, *сам по себе* является спорным и подпадает под действие статьи IX Конвенции, что, следовательно, является основанием для юрисдикции Суда⁵⁰. Таким образом, Суд заключил, что у него есть юрисдикция вынести решение по требованиям Хорватии, при этом, однако, он заметил, что ему нужно будет ответить на вопрос о том, действительно ли СРЮ (и, следовательно, Сербия) выступила правопреемником в отношении ответственности СФРЮ, только в случае, если он придёт к выводу, что Конвенция была нарушена⁵¹.

Как и в случае с «аргументом *Мавромматиса*», рассмотренным выше, интересно подробнее исследовать, откуда появился данный аргумент о «правопреемстве в отношении ответственности». Точно так же, как и «аргумент *Мавромматиса*», аргумент о «правопреемстве в отношении ответственности» не поднимался Хорватией до устных слушаний и опять же был развит профессором (а ныне судьёй) Кроуфордом⁵². На письменной стадии производства этот аргумент был только упомянут, причём, как бы это ни было иронично, впервые не Хорватией, а Сербией! Действительно, судя по всему, Сербия выдвинула аргумент о «правопреемстве в отношении ответственности» в своём контрмеморандуме во многом для того, чтобы ограничить охват спора, указывая, что Хорватия *не* использовала этот аргумент в своём меморандуме⁵³. Хорватия не постеснялась позаимствовать потенциально хороший ар-

гумент прямо из уст её оппонента и использовала его впервые в своём ответе на контрмеморандум, утверждая, что «статья IX не исключает споры, касающиеся правопреемства или принятия на себя ответственности, или споры по поводу применения принципа присвоения»⁵⁴. Хорватия подчеркнула следующее:

«Статья IX сформулирована широко. Она охватывает «споры между договаривающимися сторонами по вопросам толкования, применения или выполнения настоящей Конвенции, *включая споры относительно ответственности того или иного государства за совершение геноцида или одного из других перечисленных в статье III деяний*». Без сомнения, спор должен быть между двумя договаривающимися сторонами, и он должен быть связан с обязательствами этих сторон по Конвенции. Но такой спор может возникнуть между двумя государствами в случае, когда изначально ответственность за геноцид несло третье государство, или когда... геноцид был совершён до вступления Конвенции в силу для этого государства. ...Из этого следует, что спор о правопреемстве или принятии на себя ответственности государством А за геноцид, предположительно совершённый его служащими в период, когда это государство находилось на стадии возникновения, подпадает под действие статьи IX Конвенции»⁵⁵.

Этот аргумент был намного более детально развит профессором Кроуфордом, поверенным Хорватии, во время слушаний, где он представил аргументацию, практически идентичную той, которую в конечном счёте использовал Суд в своём решении⁵⁶. Но, как и в случае с «аргументом *Мавромматиса*», рассмотренным выше, перед тем как ещё раз

⁴⁹ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Judgment of 3 February 2015. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (дата обращения: 13.07.2015). § 110.

⁵⁰ Ibid. § 114–115.

⁵¹ Ibid.

⁵² См. International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Public sitting held on 21 March 2014 // CR 2014/21. P. 10–33.

⁵³ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Counter-Memorial of Serbia dated 1 December 2009. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18188.pdf> (дата обращения: 13.07.2015). Vol. I. § 278.

⁵⁴ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Reply of Croatia dated 20 December 2010. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18198.pdf> (дата обращения: 13.07.2015). Vol. I. § 7.71.

⁵⁵ Ibid. § 7.71–7.72.

⁵⁶ Сравните International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Public sitting held on 21 March 2014 // CR 2014/21. P. 10–33 и International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Judgment of 3 February 2015. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (дата обращения: 13.07.2015). § 106–117.

отдать должное профессору (ныне судье) Кроуфорду, необходимо взглянуть немного глубже. В сущности, этот аргумент также ранее был развит не кем другим, как судьёй Томкой! В частности, в своём особом мнении к решению Суда 2008 года по предварительным возражениям в деле *Хорватия против Сербии*, судья Томка указал:

«Когда государство прекращает своё существование, как это было с СФРЮ, разделившейся на новые государства в процессе распада, который в соответствии с Мнением № 8 от 4 июля 1992 года, принятым Арбитражной комиссией Конференции по Югославии, был завершён к лету 1992 года... может встать вопрос о правопреемстве в отношении ответственности. Аналогичным образом, когда территориальная единица государства-предшественника преуспевает в своих усилиях отделиться и превращается в самостоятельное государство, может встать вопрос об ответственности этого государства за деяния, совершённые органами территориальной единицы, до того как она стала государством, обладающим международной правосубъектностью. Однако совершенно ясно, что оба эти вопроса, то есть правопреемство в отношении ответственности государства-предшественника и ответственность территориальной единицы за деяния, совершённые до того, как она стала государством — и, следовательно, могла стать участником Конвенции о геноциде — не подпадают под юрисдикцию Суда в соответствии со статьёй IX Конвенции о геноциде. Эта юрисдикция охватывает “споры между договаривающимися сторонами по вопросам толкования, применения или выполнения... Конвенции” её договаривающимися сторонами. СРЮ, ныне Сербия, стала договаривающейся стороной 27 апреля 1992 года»⁵⁷.

Таким образом, судья Томка поднял вопрос о возможности применения аргумента о правопреемстве в отношении ответственности, но пришёл к выводу, что спор о применимости этого принципа «явно» выходит за

рамки юрисдикции Суда по статье IX. Этот аргумент был использован Сербией в её контрмеморандуме, где она сослалась на особое мнение судьи Томки и согласилась с ним, утверждая, что: «Содержание данного спора определяется статьёй IX Конвенции о геноциде. Он касается вопросов “толкования, применения или выполнения настоящей Конвенции”, но не распространяется на вопросы о правопреемстве в отношении ответственности другого государства»⁵⁸. Впрочем, ни Сербия, ни судья (на тот момент председатель) Томка не смогли убедить Суд. В решении от 3 февраля 2015 года он пришёл к выводу, что «в самом деле, вопрос о том, выступает ли государство-ответчик, как это утверждает Хорватия, в качестве правопреемника в отношении ответственности государства-предшественника за нарушение Конвенции, регулируется не положениями Конвенции, а нормами общего международного права. Однако это не выносит спор [о правопреемстве СРЮ в отношении ответственности СФРЮ, если таковая будет установлена] за рамки статьи IX»⁵⁹. Из этого он сделал вывод, что «Суд обладает юрисдикцией, необходимой для рассмотрения всех требований Хорватии»⁶⁰.

Весьма иронично, что аргумент, который в конечном счёте использовал Суд в своём решении, был впервые выдвинут не Хорватией, а Сербией, которая в свою очередь, видимо, позаимствовала его у судьи Томки. По странному влечению судьбы, идея, заложенная судьёй Томкой в его особом мнении на стадии предварительных возражений в 2008 году, была сначала подхвачена Сербией в письменной фазе рассмотрения дела по существу, а потом развита Хорватией во время устной процедуры только для того, чтобы Суд использовал её в качестве главной линии аргументации в решении 2015 года, в отношении которого судья (в то время председатель) Томка, руководивший рассмотрением дела, был вынужден проголосовать против⁶¹!

⁵⁷ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Preliminary Objections. Judgment of 18 November 2008. Separate Opinion of Judge Tomka // I.C.J. Reports 2008. P.520. § 13.

⁵⁸ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Counter-Memorial of Serbia dated 1 December 2009. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18188.pdf> (дата обращения: 13.07.2015). Vol. I. § 278–280.

⁵⁹ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Judgment of 3 February 2015. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (дата обращения: 13.07.2015). § 115.

⁶⁰ Ibid. § 117.

⁶¹ Ibid. § 524. Point 1 (постановляющая часть).

Таким образом, Суд перешёл к рассмотрению существа дела *Хорватия против Сербии* на основании предполагаемого спора о существовании «правопреемства в отношении обязательств» и, если оно существует, о его применении к фактическим обстоятельствам дела. Стоит рассмотреть этот новый подход подробнее. Во-первых, следует напомнить, что для того, чтобы перейти к рассмотрению дела по существу по этому основанию, Суд должен был определить, что сам вопрос о том, может ли СРЮ быть преемником ответственности СФРЮ, является спором, подпадающим под статью IX Конвенции⁶². Для того чтобы прийти к такому выводу, Суд сослался на своё решение 2007 года по делу *Босния и Герцеговина против Сербии*, где он указывал следующее:

«Юрисдикция Суда основана на статье IX Конвенции о геноциде, и под эту юрисдикцию подпадают споры “по вопросам толкования, применения или выполнения” Конвенции. Но это не означает, что Конвенция находится в изоляции от других норм права. Для того чтобы определить, нарушил ли ответчик свои обязательства по Конвенции, как это утверждает заявитель, и, если нарушение имело место, чтобы определить правовые последствия такого нарушения, Суд должен будет обратиться не только к самой Конвенции, но и к нормам общего международного права о толковании договоров и об ответственности государств за международно-противоправные деяния»⁶³.

Опираясь на это утверждение, в своём решении 2015 года по делу *Хорватия против Сербии* Суд сделал вывод о том, «что те нормы о правопреемстве, которые могут быть применимы в данном деле, подпадают под ту же категорию, что и нормы, регулирую-

ющие толкование договоров и ответственность государств, о которых говорилось в процитированном выше отрывке»⁶⁴.

Отдельные судьи критиковали эту аргументацию в своих мнениях, прилагаемых к решению. Например, судья Скотников отметил, что процитированные строки из решения по делу *Босния и Герцеговина против Сербии* относились не к юрисдикции, а к вопросу о применимом праве. Он далее утверждал, что, обращаясь к данному пассажиру в решении 2015 года по делу *Хорватия против Сербии*, Суд «полностью проигнорировал вопрос о согласии, перепутав юрисдикцию с применимым правом»⁶⁵. Судья Сюэ также акцентировала внимание на важной роли согласия, которое должно лежать в основе исследования сферы охвата статьи IX, и вопроса о том, подпадает ли под действие этой статьи «правопреемство в отношении ответственности»⁶⁶. Судья Себутинде утверждала, что споры о «правопреемстве в отношении ответственности» не подпадают под действие статьи IX, потому что данное положение, предусматривающее юрисдикцию Международного Суда, касается споров о толковании, применении или выполнении Конвенции о геноциде договаривающимися сторонами. Иными словами, спор должен быть связан с ответственностью Сербии за деяния, которые можно присвоить непосредственно ей, а не СФРЮ как государству-предшественнику⁶⁷. Председатель Томка использовал схожий аргумент, основанный на подготовительных материалах статьи IX, и указал, что «вопрос о правопреемстве ни разу не поднимался во время обсуждений, предшествовавших принятию Конвенции. Намерение скорее состояло в том, чтобы позволить Суду рассматривать споры, касающиеся

⁶² См. International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Judgment of 3 February 2015. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (дата обращения: 13.07.2015). § 114–115 и цитируемый текст.

⁶³ International Court of Justice. *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 // I.C.J. Reports 2007 (I). P. 105. § 149 (цитируется в International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Judgment of 3 February 2015. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (дата обращения: 13.07.2015). § 115).

⁶⁴ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Judgment of 3 February 2015. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (дата обращения: 13.07.2015). § 115.

⁶⁵ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Separate opinion of Judge Skotnikov. Judgment of 3 February 2015. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (дата обращения: 13.07.2015). § 2.

⁶⁶ Ibid. Declaration of Judge Xue. § 25.

⁶⁷ Ibid. Separate opinion of Judge Sebutinde. § 15.

утверждений о том, что государство должно нести ответственность за геноцид, потому что деяния лиц, совершивших это преступление, рассматриваются как деяния этого государства, таким образом образуя нарушение Конвенции самим государством»⁶⁸.

Несколько судей в своих особых мнениях также подняли вопрос о том, что Суд использовал аргумент о правопреемстве в отношении ответственности — и, более того, на его основании перешёл к рассмотрению дела по существу, — совершенно не изучив его перед тем, как на него полагаться. Вероятно, можно было бы оправдать это тем, что в 2008 году Суд пришёл к выводу, что вопрос юрисдикции связан с существом дела и должен рассматриваться на стадии существа. Но нельзя забывать, что, когда в 2008 году Суд решил, что второе возражение относительно юрисдикции «не носит исключительно предварительного характера» и должно рассматриваться на стадии существа, это возражение было преимущественно основано на статье 10(2) Статей КМП об ответственности государств. В решении 2015 года Суд вновь рассмотрел аргумент, касающийся статьи 10(2) и, по замечанию судьи Овады, «после длительного обсуждения пришёл к выводу, что этот аргумент Хорватии не может являться основанием для юрисдикции Суда»⁶⁹. В то же время Суд совершенно по-иному подошёл к вопросу о «правопреемстве в отношении ответственности». Суд опирался на этот аргумент для того, чтобы перейти к существу дела, практически не уделяя внимания вопросу о том, насколько эта доктрина действительно является частью международного обычного права, на которое он может опираться. Судья Овада утверждал, что Суд должен был перейти к рассмотрению дела по существу только после «оценки юридической действительности всех якобы существующих норм международного права, на которые ссылался заявитель, включая нормы, связанные с правопреемством государств в отно-

шении международной ответственности»⁷⁰. Судья Скотников обратил внимание на ту же проблему и заметил, что «если бы Суд рассматривал этот вопрос на стадии предварительных возражений, как он и должен был сделать, чтобы продемонстрировать согласие Сербии на юрисдикцию Суда, он должен был бы установить, что доктрина правопреемства в отношении ответственности была частью общего международного права на момент принятия Сербией обязательств по Конвенции о геноциде 27 апреля 1992 года. Это, конечно же, невыполнимое задание, поскольку не существует судебной практики или практики государств, подтверждающей такое предположение»⁷¹.

В действительности, во время рассмотрения существа дела Суд не касался вопросов существования или применимости доктрины «правопреемства в отношении ответственности», того самого аргумента, на основании которого он перешёл к существу дела. Суд не дошёл до вопроса о том, произошло ли правопреемство СРЮ (и, соответственно, Сербии) ответственности СФРЮ за геноцид, поскольку он пришёл к выводу, что СФРЮ не нарушала Конвенцию о геноциде. Несмотря на то что Суд установил наличие объективной стороны геноцида, как она определена в статьях II(a) (убийство членов защищаемой группы) и II(b) (причинение серьёзных телесных повреждений или умственного расстройства членам защищаемой группы), он пришёл к выводу, что геноцид не был совершён, потому что Хорватия не смогла доказать, что деяния, составляющие объективную сторону геноцида, были совершены с необходимым геноцидальным намерением⁷². Судья Сюэ критиковала такую последовательность аргументации и утверждала, что «Суд сначала должен определить, подпадает ли правопреемство в отношении ответственности под статью IX, и, если это так, должна ли Сербия в обстоятельствах данного дела выступать преемником ответственности СФРЮ. Только

⁶⁸ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Separate opinion of President Tomka. Judgment of 3 February 2015. § 18. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (дата обращения: 13.07.2015).

⁶⁹ Ibid. Separate opinion of Judge Owada. § 20.

⁷⁰ Ibid. § 21.

⁷¹ Ibid. Separate opinion of Judge Skotnikov. § 4.

⁷² Ibid; International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Judgment of 3 February 2015. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (дата обращения: 13.07.2015). § 295, 360, 440–441.

после решения этих вопросов у Суда есть юрисдикция рассматривать существо дела, а не наоборот»⁷³.

Таким образом, мы оказываемся в странной ситуации, когда Суд утверждает, что существует спор, подпадающий под статью IX Конвенции о геноциде, опирается на наличие этого спора для того, чтобы перейти к существу дела, а потом на стадии существа этот спор не разрешает. По-видимому, здесь есть противоречие. Сначала Суд приходит к выводу, что он «обладает юрисдикцией рассматривать все вопросы, поднятые Хорватией»⁷⁴, на основании предполагаемого спора о существовании «правопреемства в отношении ответственности». Но затем, вынося решение по этим вопросам, он не разрешает тот самый спор, который предположительно является основанием его юрисдикции. В пункте 1 статьи 38 Статута Суда говорится, что Суд «обязан решать переданные ему споры на основании международного права»⁷⁵. Как можно считать, что Суд выполняет свою судебную функцию, если он не разрешил спор, на котором он основывает свою юрисдикцию? Даже если оставить в стороне критику о том, что определённый Судом «спор» не подпадает под статью IX Конвенции о геноциде, и признать, что Суд определил, какой именно спор подлежит разрешению, остаётся вопрос: как насчёт решения спора? Похоже, что, не решая спор по существу, Суд проигнорировал слово «решать», содержащееся в статье 38 его Статута.

Возможно, фундамент для данных сложностей был частично заложен Судом в его решении 2008 года по предварительным возражениям в деле *Хорватия против Сербии*, где он указал, что, для того чтобы вынести

решение по вопросам юрисдикции и приемлемости, поднятыми в предварительном возращении Сербии о юрисдикции *ratione temporis*, «Суду необходимо располагать дополнительными материалами»⁷⁶. На этом основании Суд утверждал, что второе предварительное возражение Сербии, связанное с юрисдикцией/приемлемостью в отношении деяний до 27 апреля 1992 года, не имело исключительно предварительного характера и должно было рассматриваться вместе с существом дела. Но что же это за дополнительные материалы, которые были нужны Суду в 2008 году? И нашёл ли их Суд 2015 году? В 2008 году судья Томка заметил по этому поводу в своём особом мнении, что Суд, отметив, что СРЮ стала государством и стороной Конвенции о геноциде только 27 апреля 1992 года, ушёл от решения вопроса о том, какие из этого можно сделать выводы, указав на необходимость «располагать дополнительными материалами»⁷⁷. Тем не менее судья Томка считал, что даже в 2008 году «вопрос о “последствиях, вытекающих из того факта, что СРЮ стала государством и участником Конвенции о геноциде 27 апреля 1992 года”, является юридическим вопросом, который следует решить уже на этой стадии производства и для ответа на который не требуются никакие дополнительные материалы»⁷⁸. Оглядываясь назад, следует отметить, что судья Томка в очередной раз оказался прав в 2008 году. Ибо какие ещё другие «материалы» представляет или использует Суд для того, чтобы рассмотреть предварительное замечание Сербии о юрисдикции *ratione temporis* в своём решении 2015 года? Из аргументации Суда в 2008 году вытекает, что материалы, которые, по утверждению Суда,

⁷³ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Declaration of Judge Xue. Judgment of 3 February 2015. § 17. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (дата обращения: 13.07.2015).

⁷⁴ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Judgment of 3 February 2015. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (дата обращения: 13.07.2015). § 117.

⁷⁵ United Nations. Statute of the International Court of Justice // I UNTS XV. San Francisco, 26 June 1945. Article 48(1). Действительно, Суд указал, что «существование спора является главным условием для осуществления своей судебной функции Судом» (International Court of Justice. *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*. Judgment of 20 December 1974 // I.C.J. Reports 1974. P.270–271. § 55. P.476. § 5).

⁷⁶ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Preliminary Objections. Judgment of 18 November 2008 // I.C.J. Reports 2008. P.460. § 129.

⁷⁷ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Separate opinion of President Tomka. Judgment of 3 February 2015. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (дата обращения: 13.07.2015). § 16.

⁷⁸ Ibid. § 17.

были необходимы, относятся к двум проблемам: а) возможно ли ретроактивное применение положений Конвенции о геноциде и б) применима или нет статья 10(2) Статей КМП об ответственности государств⁷⁹. Но, как мы знаем, Суд рассматривает обе проблемы в решении 2015 года и приходит к отрицательным выводам, не ища и не опираясь на какие-либо дополнительные материалы. Как отмечалось выше, в отношении первой проблемы о ретроактивном применении Конвенции Суд в 2015 году сослался на отсутствие в Конвенции прямого указания о ретроактивном применении, подготовительные материалы к Конвенции и свои выводы в деле *Бельгия против Сенегала* о том, что аналогичные положения Конвенции против пыток не имели ретроактивной силы. Суд отверг аргумент о ретроактивном применении Конвенции о геноциде, опираясь на эти доводы и не занимаясь поиском «дополнительных материалов» в отношении появившихся после 2008 года фактов в деле *Хорватия против Сербии*. Что касается второго вопроса о статье 10(2) Статей КМП об ответственности государств, Суд в 2015 году указал, что если бы эта статья применялась для присвоения деяний «движения» новому государству, созданному этим движением, то вопрос мог стоять не о нарушении Конвенции о геноциде, а лишь о нарушении обычно-правового запрета совершения геноцида. Следовательно, у Суда не было бы юрисдикции на основании статьи IX⁸⁰. Таким образом, в 2015 году Суд приходит к выводу о неприменимости как аргумента об обратной силе Конвенции о геноциде, так и аргумента, основанного на статье 10(2), не рассматривая их в контексте фактических обстоятельств дела. Его решение не связано с возникновением или отсутствием дополнительных «материалов», о которых он говорил в 2008 году.

Суд упоминает отсутствующие материалы, о которых шла речь в 2008 году, только

тогда, когда он переходит к рассмотрению аргумента о правопреемстве в отношении ответственности, который даже не использовался в 2008 году. Рассматривая этот аргумент, он утверждает, что нашёл недостающие материалы:

«Когда в 2008 году Суд решил, что возражения Сербии о юрисдикции *ratione temporis* и приемлемости не носили исключительно предварительного характера, он заметил, что вопросы юрисдикции и вопросы существа тесно связаны и что Суду необходимо располагать дополнительными материалами для того, чтобы вынести решение по каждому из этих вопросов. *Сейчас, когда Суд, получив дальнейшие состязательные бумаги и заслушав устные аргументы сторон, располагает этими дополнительными материалами*, он может разграничить вопросы, на которые он должен ответить, на необходимые для вынесения решения относительно юрисдикции и на те, которые связаны только с собственно существом дела» (курсив добавлен)⁸¹.

Таким образом, мы столкнулись со странной ситуацией, когда материалы, которые, по-видимому, нужны были Суду для решения дела в 2008 году, даже не обсуждались в 2015 году при рассмотрении вопросов, которые дебатировались в 2008 году. В то же время Суд посчитал, что нашёл эти материалы, и сослался на них (всё ещё не указывая, что это за материалы!), когда рассматривал новый аргумент, использованный впервые в 2015 году. И всё же совершенно неясно, какой фактической информацией о правопреемстве в отношении ответственности, на которой он основывал своё решение, обладал Суд в 2015 году и не обладал ещё в 2008 году. Учитывая, что в 2015 году Суд основывал свою юрисдикцию на теоретическом споре о правопреемстве в отношении ответственности, даже не рассмотрев этот спор по существу, не мог ли он сделать то же самое в 2008 году⁸²?

⁷⁹ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Preliminary Objections. Judgment of 18 November 2008 // I.C.J. Reports 2008. P.459. § 127.

⁸⁰ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Judgment of 3 February 2015. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (дата обращения: 13.07.2015). § 105.

⁸¹ Ibid. § 110.

⁸² Действительно, председатель Томка делает именно такое замечание в своём особом мнении к решению 2015 года: «В сегодняшнем решении не указывается, какие же Суд получил дополнительные материалы, позволившие ему разрешить вопрос о временных рамках юрисдикции, который, по его мнению, в 2008 году не носил исключительно предварительный характер. Даже неясно, как эти “дополнительные материалы”, если они и существовали, помогли Суду в разрешении остающейся юрисдикционной пробле-

В завершение настоящего обзора позиции Суда по вопросам юрисдикции в делах о геноциде на Балканах, вероятно, полезно было бы упомянуть замечание судьи Скотникова, который насчитал четыре «параллельные вселенные» в подходе Суда к событиям, связанным с распадом СФРЮ:

«В одной из них СРЮ не являлась членом Организации Объединённых Наций до 1 ноября 2000 года (решения 2004 года по предварительным возражениям в делах *Прявомерность применения силы*). В другой вселенной СРЮ была членом Организации Объединённых Наций задолго до этого (решение 2007 года по делу *Босния и Герцеговина против Сербии*). В ещё одной вселенной членство СРЮ в Организации Объединённых Наций, точнее его отсутствие, на момент начала судебного процесса не имеет никаких юридических последствий (решение 2008 года по предварительным возражениям в деле *Хорватия против Сербии*). В 2015 году, в настоящем решении, появилась четвёртая, очень специфичная, “параллельная вселенная” — в ней Суду безразлично, могла ли СРЮ быть связана обязательствами по Конвенции о геноциде до того, как она стала существовать как государство. Это, впрочем,

не помешало Суду вынести решение в отношении той части утверждений Хорватии, которая касалась периода, когда СРЮ не существовала как государство»⁸³.

Очевидно, что эти «параллельные вселенные» во многом возникли вследствие того, как Суд решал юрисдикционные вопросы. Хотелось бы надеяться, что данная статья может быть полезна для более подробного изучения некоторых наиболее противоречивых из них. Вероятно, немного удивительно, что, преодолев такой юрисдикционный лабиринт в своём последнем деле, касающемся обвинений в ответственности государства за геноцид, Суд приходит к выводу, что геноцид не был совершён. Тем не менее, вероятно, промежуточные выводы о том, что наличествовала объективная сторона преступления, в некоторой степени служат целям достижения правосудия, а факты, касающиеся существа дела, которые Суду удалось зафиксировать, могут иметь значение для истории. Мы можем только надеяться во имя человечества, что у Суда, завершившего последнюю главу рассмотрения этой трагической эры на Балканах, больше не будет оснований для рассмотрения вопроса о существовании у него юрисдикции по статье IX Конвенции о геноциде.

мы. Скорее, Суд применяет юридическую конструкцию, которую он мог использовать ещё в 2008 году». (International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Separate opinion of President Tomka. Judgment of 3 February 2015. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (дата обращения: 13.07.2015). § 4).

⁸³ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Separate opinion of President Skotnikov. Judgment of 3 February 2015. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (дата обращения: 13.07.2015). § 8.