

## ОТЗЫВ

председателя диссертационного совета на диссертацию

Вайпана Григория Викторовича

на тему «Принцип пропорциональности в современном международном праве»,  
представленную на соискание ученой степени кандидата юридический наук  
по специальности 12.00.10. – международное право; европейское право

Актуальность работы представляется мне очевидной и не нуждающейся в комментариях. То же самое могу сказать об оригинальность и новизне. На мой взгляд, они особенно ярко проявляются в исследовательском методе. Работа Г. Вайпана сочетает точный и при этом скромный на слова теоретический анализ, прекрасное знание литературы и работу с частными случаями, в которой особое внимание уделяется репрезентации аргументации сторон и арбитра спора и её оснований как той области, в которой можно выявить суть дела.

Проблематика работы, в целом, такова. Принцип пропорциональности – это метарегулятор, который не закреплён в статусе нормы или конкретного правового принципа, и представляет собой производную от понятия справедливости. Он нов в истории права и связан с прагматизмом в правопонимании. По-видимому, этот прагматизм имеет публичный, а, значит, и дискурсивный характер, так что отсылка к пропорциональности легитимирует то или иное взаимодействие сторон. Это порождает отмечаемое автором «третье пространство», находящееся между политикой и правом, которое можно охарактеризовать как пространство поиска компромисса. Последний же возможен лишь тогда, когда стороны рассматривают достигнутую договорённость как справедливую, исходя уже из общих принципов поведения в конфликте, когда преследуется достижение стратегического равновесия. Следует отметить, что в сфере международных отношений, как, впрочем, и в разнообразных отношениях индивидов, групп и институтов в обществе, приемлемость компромисса оценивается не одним, а многими, так что сам компромисс не может считаться достигнутым, если он не легитимирован сторонами.

Автор усматривает основное затруднение, связанное с содержанием принципа пропорциональности, в сложном соотношении фактического и ценностного. В частности, к первому относится равновесие издержек и выгод, ко второму – соразмерность целей и средств. Первое отсылает к долгосрочной стратегии, второе – к тактике поведения в конфликте. Но, как мне кажется, через механизм легитимации второй план отношений может быть сведён к первому, т. к. постоянно затрачиваемые чрезмерные средства выливаются в минимизацию выгод, в то время как постоянный выбор средств недостаточных или неадекватных целям, не ведя к увеличению издержек, упускают выгоды. Если рассматривать метафоры минимизации издержек, максимизации выгод, завышения средств и занижения средств как четыре параметра, то не всякое из четырёх возможных сочетаний параметров первого рода с параметрами второго образует линию поведения. Например, невозможно максимизировать выгоды, постоянно испытывая дефицит средств, равно как невозможно минимизировать издержки, постоянно превышая средства. Попеременная неадекватность цели и средств, – то в одну, то в другую сторону, будет вызывать смену чрезмерных издержек упущеной выгодой, т. е. такая линия поведения будет восприниматься как проигрышная, политически ошибочная и не будет легитимироваться.

Абсолютная неопределенность принципа пропорциональности на которой настаивает Г. Вайпан, коренится изначально в том, что фактическое и ценностное логически несводимы. Об этом мы знаем ещё от Юма, и это так, если мы находимся на стороне логического, т. е. фактов: должное или предпочтительное не порождают сущего. Но на стороне ценностного картина меняется, поскольку должное и предпочтительное мы логически моделируем на структурах времени и действий. Имея должное как идею, мы, устремляясь к

нему, выстраиваем стратегию поэтапного изменения того, что уже есть. Сущее характеризует мир, как он есть теперь, должное – конечную точку наших действий, т. е. предпочтительный мир, каким он будет в их результате. Он может оказаться недостижимым в том или ином смысле, т. е. наши расчёты провалятся, но это не отменяет уравнивание статусов должного и сущего в этой акционально-временной структуре. И, глядя на принцип пропорциональности в этой перспективе, мы увидим, что его коррелятом окажется универсальное понимание справедливости, сводимое к стратегическому равновесию между сторонами конфликта.

«Реалистичность» при рассмотрении конкретных дел действительно не выражается здесь явно. В чём суть «стратегии уклонения», о которой идёт речь в работе, о чём, собственно, умалчивается и нормально ли это? Я думаю, что явление это следует объяснить снова экономической метафорой, т. е. балансом выгод и издержек. Общее стремление к максимизации первых и минимизации последних, а также к достижению равновесия интересов сторон – это универсальное правило поведения как людей, так и животных, которое, в силу очевидности и всеобщности соответствующих установок (для людей, конечно) никогда не проговаривается вслух, не становится дискурсивным. Сама теория игр, описывающая математически эти явления, сделалась необходимой как инструмент регуляции сначала именно международных отношений, напомню, что это был Карибский кризис 1962 года и последующее формирование военного равновесия. Сегодня это подход применяют очень широко, обращая его даже в историческое прошлое, например, для анализа причин и результатов крестьянских восстаний в старой России. Во всех случаях методологию приходится специально объяснять и обосновывать, в то время как, например, мировые соглашения или так называемые «сделки» со следствием или с судом (в тех странах, в которых это легальный механизм) понятны сами по себе из общечеловеческой практики. Когнитивный механизм принципа справедливости работает, не нуждаясь в обоснованиях. Но важны субъекты сделок. Если субъект публичен, то основания, по которым сделка для него приемлема, должны быть озвучены и обоснованы, и здесь не будет «уклонения». Такова функция представителя публичного субъекта, объяснения же даются собственному обществу и принимаются или отклоняются им («Мюнхенский договор» 1938 года, «Кэмп-Дэвидский договор» 1978 года и т. п.), но не другой стороной и не арбитром, если он вообще есть. Так возникает «эффект уклонения».

Г. Вайпан справедливо указывает на цикл или регресс в бесконечность, имеющие место при аргументации о пропорциональности, если посмотреть на вещи опять-таки логически. Выход в pragmatiku, где фактическое превращается в настоящее, а ценностное в условное контрафактическое настоящее или в альтернативное будущее, приводит, в конечном счёте, к равновесию интересов сторон, которое может возникать, как частный случай, и тогда, когда конфликт (спор) остаётся неразрешённым. Здесь последнее слово есть принимаемое решение, претендующее на легитимацию, т. е. ни цикличности, ни бесконечно-го регресса не происходит. Элементы «алгоритма» аргументации показаны очень удачно, и отражают всегдашнюю возможность столкновения логического с ценностно-акциональный. Важно подчеркнуть, что, имея разную семантику, они друг другу в общем случае противоречить не могут. В целом же бесконечность характерна для аргументации, развиваемой на основе неверного понимания сути дескриптивных и прескриптивных высказываний, но не для области ценностно-акционального.

Что касается интерпретации принципа пропорциональности как такового, то здесь следует отметить, что, с одной стороны, его воплощение возможно лишь в виде социального института за пределами сферы только права, который наделялся бы чертами рациональной агентности, т. е. способности преследовать цели стратегического равновесия и действовать в стремлении к максимизации выгод и минимизации издержек, а с другой стороны такая агентность, коль скоро она, уже в силу признания равенства прав, признаётся как легитимная, проецируется на правовые институты, так что судья или чиновник административного органа в пространстве данной им свободны интерпретации и ус-

мотрения ориентируются на пропорциональность как на принцип, отражающий нормальные ожидания сторон относительно поведения друг друга.

Здесь нет уничтожения автономии права, но легитимируется новый способ квалификации действий, т. е. подведения их под норму, так что политика проникает в правовой арбитраж через способ обоснования, становящийся теперь общепринятым. Нельзя не указать при этом на собственно новые предпосылки, отмечаемые, в частности, Ю. Хабермасом, и состоящие в понимание общества как совокупности равноправных рациональных агентов. Это же понимание лежит в основании теории легитимности М. Вебера и без него невозможно объяснить, почему вдруг становится необходимым искать те или иные пропорции, почему равновесие вообще имеет право на существование. В предположении любой теории, фиксирующей неравенство (социальное, гендерное, классовое, возрастное, расовое, религиозное и пр.) пропорциональность не получила бы прав на существование.

В работе все эти обстоятельства, наряду с другими, подробно исследованы, в частности, в связи с формированием фундирующей международное право концепций человечества и единства человеческой расы, в рамках которых субъектность человечества постулируется на чисто философских основаниях. Но на каком ином основании может действовать международный суд, созданный на основании межгосударственных соглашений, но долженственный осуществлять правосудие, опираясь на принципы, обеспечивающие равный статус субъектов международного права? На сегодняшний день человечество всё ещё мало является обществом, т. е. не может претендовать на субъектность, как и 200 с лишним лет назад, когда этот вопрос обдумывали Руссо, Кант и иные мыслители эпохи Просвещения, впервые осознавшие проблему, состоящую в разделённости человечества границами, делающими правовую защиту прав и свобод территориально-партикулярной. Тем самым общечеловеческое верховенство права становится недостижимым, вступая в противоречие с обособлением человеческих сообществ в границах государств, которое, правда, и само является реализацией права. Международное право самим фактом своего притязания на существование, и, тем более, на верховенство, как указывал Моргентау, ставит под сомнение суверенитет государств иственные отношения внутри них. Так возникает дилемма прагматизма, состоящая в балансировании правовых институтов между иллюзорной автономией права и медиацией между конфликтующими сторонами, использующей имеющиеся в конкретной ситуации представления сторон о справедливости.

Мне кажется очень правильным совершающий в работе переход от теоретических построений к тому, как связанные с ними проблемы и затруднения разворачиваются в публичном пространстве. Здесь их реальность открывается при анализе частных случаев разрешения конфликтов, а именно, при исследовании средств аргументации, как со стороны содержания аргументов, так и стороны формы и способа их подачи. Именно это позволяет увидеть, как стороны конфликта используют фактические и ценностные основания аргументации, пытаясь противопоставить друг другу не сколько репрезентируемые соответствующими высказываниями факты, сколько существенные отличия указанных оснований. Так эксплицитная дискуссия по поводу содержания открывает свой внутренний план. Я хочу особо подчеркнуть, что без анализа того, как и что говорится в реальных ситуациях, такое столкновение установок нельзя обнаружить. Здесь мы видим предел теоретического продумывания принципа пропорциональности, и при этом открываются перспективы исследования эмпирического, которое, учитывая специфику политico-правовой сферы, ещё не может на нынешнем этапе наших знаний и практики иметь характер обработки массива данных, хотя попытки такого рода предпринимаются, но вынуждено оставаться в пределах рассмотрения наиболее показательных случаев. В работе Г. Вайнана именно такой анализ и даёт поучительные результаты. С точки зрения методологической можно наблюдать, как теоретически возможные структуры аргументации, не имеющие в теории какой-либо выделяющей их вероятности, реализуются и только поэтому могут заявить о себе. Например, в «Деле о нефтяных платформах», достижение баланса в принятом решении основывается на принципах, остающихся лишь условно приемлемыми, т. е. релевантных

месту, времени и ситуации. Общий принцип взаимосвязи справедливости с социально-историческим контекстом получает конкретное наполнение.

Один частный случай отсылает к возможному многообразию, что создаёт повод для классификации пропорциональности в конце первой главы работы на горизонтальную, вертикальную и смешанную, что, опять-таки получает наполнение эмпирическим материалом при рассмотрении конкретных сюжетов по отраслям международного права в последующих главах. В сфере права международной ответственности рассматривается вопрос о правомерности контрмер. Здесь, говоря о конкретных случаях, Г. Вайпан демонстрирует, как теоретические противоположения выражаются в аргументах сторон, и какая степень абстракции требуется арбитрам для целостного анализа ситуации и нахождения баланса интересов. На основе анализа аргументации делается вывод о том, что принцип пропорциональности по своему содержанию является неопределенным, причём абсолютным образом, что, на мой взгляд, означает, что применение этого принципа есть операция по подведению ситуации под то или иной типическое отношение, например, под пропорцию качества, количества или их обоих. Стремление сторон и арбитра использовать то или иное отношение, ту или иную модель связано, безусловно, с тем, какая обещает больший успех. Пропорциональность как метапринцип отсылает нас здесь к основополагающим метафорам пропорции и баланса, лежащим в основании представлений о справедливости. Бесконечным оказывается не сама аргументация, а поиск всё новых и новых типических отношений, т. е. метафор пропорциональности. Это подмечено в работе очень верно.

Другая группа примеров рассматривается в главе, посвящённой международному гуманитарному праву, т. е. праву войны. В силу характера войны как таковой, особенно, войны XX века, в которой субъектами оказываются нации, так что стирается различие между комбатантами и инкомбатантами, существование права вообще может быть поставлено под вопрос. Прагматизм, основанный на экономической метафоре, играет здесь решающую роль, ибо подчинение противоборствующей нации путём её частичного уничтожения оказывается само по себе осмысленным при соблюдении некоторой пропорции первого и второго. На основе этой формулы можно попытаться сформулировать принцип пропорциональности для вычисления соотношения военного успеха и сопутствующего ущерба уже как обязательство стороны конфликта перед лицом справедливости как таковой, что, конечно, оборачивается не более, чем судом победителей, для которого привлекается и принцип обратимости, когда нанесение того или иного ущерба оправдывается необходимостью предупреждения большего. Примеры очевидны и актуальны. Особенno любопытным в этой связи оказывается деконструкция исторической наций в ходе политico-правовой аргументации, в которой политические лидеры или правящая элита дифференцируются от большинства общества на основе некоторого анализа его структуры и внутренних отношений, так что появляются два разных субъекта, один из которых может быть представлен как цель атаки, оправданной интересами другой. В послевоенный период мы много раз видели, как это происходит, причём, то в пользу меньшинства, то в пользу большинства, то, в случае гражданской войны, в пользу одной из сторон. Как справедливо подчёркивает Г. Вайпан аргументация здесь не может быть выстроена вне конкретных политических целей, а потому достижение позиции на которой пропорциональность может быть установлена, часто невозможно в силу недоступности для современника конфликта ясного понимания осмысленности и оправданности целей конкретных актов военных. Пропорциональность в этом случае оказывается делом суда истории.

В четвёртой главе речь идёт о принципе пропорциональности в сфере прав человека, где, в особенности, благодаря работе ЕСПЧ, решение вопросов о балансе публичного и частного интересов становится долговременной практикой и порождает массив данных. Этот раздел работы представляется наиболее важным, поскольку в вопросе об указанном балансе и его выверении содержится вопрос о справедливости, и можно даже сказать, что к нему он сводится, ибо долгосрочная и легитимная в широком смысле юридическая прак-

тика такого рода и образует справедливость. Здесь правовые институты наделены полномочиями выносить решения, напрямую связанные с легитимацией гражданами политико-правовой системы как таковой. Это их положение, с одной стороны, повышает цену решения и цену ошибки, а с другой выдвигает такую инстанцию как, например, ЕСПЧ или конституционный суд конкретной страны на исключительно значимую позицию. Это заставляет арбитра принимать на себя роль социального и морального философа и формулировать принципы, подобные обсуждаемому в работе тесту на пропорциональность, рассуждать и говорить от имени общества в целом, как если бы оно ощущало себя вне своей оформленности в государство и вне его не во всём прозрачных интересов. По сути дела, речь идёт о применении обобщённой позиции здравого смысла при условии гуманистически ориентированной, т. е. «доброй» воли. Это находит своё выражение в рассмотренных в работе частных случаях решения споров, в которых суд не только опирается на те или иные принципы, но и тщательно обосновывает выбор таких принципов. Знакомство с представленными и иными материалами показывает, что суды достигают здесь уровня анализа и обоснования, который превосходит всё, что когда-либо приходило в голову философу, работающему на уровне абстракций. Это и понятно, ведь теоретическое усмотрение не предполагает почти никакой ответственности, тем более, не ставит под вопрос ничью легитимность, решение же суда, разбирающего конфликт между государством, претендующим на олицетворение публичного интереса и отдельным человеком, затрагивает как легитимность этого государства, так и легитимность самого суда. Я отношу эту сферу судебной деятельности к практической социальной и моральной философии современности. Вывод же Г. Вайпана состоит в том, что применение принципа пропорциональности здесь невозможно вне сочетания методов балансирования и категоризации, который создают основание для противоборствующих аргументов, столкновение которых требует от арбитра применения более общей метафоры справедливости. Её нахождение не может быть, поэтому, логическим следствием ни одной из конкурирующих линий рассуждения, скорее, наоборот, для решения спора должен быть предложен способ интерпретации, позволяющий совместить их обе.

У меня нет замечаний к работе Г. Вайпана. Мне представляется, что всё в ней выполнено на очень высоком уровне – и теоретический анализ, и разбор конкретных случаев. Ясный и чёткий стиль изложения можно считать просто образцовым для социальных наук, в тексте нет лишних слов, при этом текст очень богат по содержанию. Оценки и выводы автора адекватно сформулированы и представляются мне хорошо обоснованными.

Диссертация Вайпана Григория Викторовича на тему ««Принцип пропорциональности в современном международном праве» соответствует основным требованиям, установленным Приказом от 01.09.2016 № 6821/1 «О порядке присуждения ученых степеней в Санкт-Петербургском государственном университете», соискатель Вайпан Григорий Викторович заслуживает присуждения ученой степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.10. – международное право; европейское право.

Председатель диссертационного совета

Доктор философских наук, доцент,  
профессор кафедры логики СПбГУ

20 апреля 2018

Микиртумов Иван Борисович