

ОТЗЫВ
члена диссертационного совета
на диссертацию *Вайпана Григория Викторовича*
на тему «*Принцип пропорциональности в современном международном праве*»,
представленную на соискание ученой степени кандидата юридических наук
по специальности 12.00.10 – международное право; европейское право

Актуальность темы диссертации Григория Викторовича едва ли может вызвать сомнения. Действительно, складывается впечатление, что научное сообщество, восприняв идею пропорциональности в качестве одного из системообразующих элементов современного правопонимания, не в полной мере понимает ее смысл и практические следствия (с. 205). Соглашусь с автором в том, что до сих пор во многом остается неизученным «то, в чьих интересах и с какими социальными последствиями юристы использовали идею пропорциональности и в каком направлении двигали с её помощью мир на протяжении последних нескольких десятилетий» (с. 210–211). В этом смысле исследование диссертанта является – без преувеличения – первой монографической работой, предлагающей критический взгляд на функционирование принципа пропорциональности в современной правовой доктрине, прежде всего в науке международного права, и судебной практике.

Избранная диссидентом методология, весьма обширные теоретические и эмпирические основания исследования, логичная и последовательная структура диссертационной работы кажутся оптимальными для успешного достижения целей и выполнения задач исследования, которые следует признать в полной мере реализованными.

Следует также отметить методологическую корректность определения предмета диссертационной работы, обоснованность и адекватность предмету методологии исследования, определяемой как «критический структурализм» (с. 9).

Заслуживает высокой оценки и логичная структура работы, позволившая предложить многоаспектный и вместе с тем подчиняющийся единым методологическим принципам критический анализ пропорциональности. В главе 1 исследуются генезис принципа пропорциональности, а также основные подходы к его содержанию в международном праве. В следующих трех главах принцип пропорциональности рассматривается на примере трех отраслей международного права – права

международной ответственности (гл. 2), гуманитарного права (гл. 3) и права человека (гл. 4). Выбор данных отраслей определяется авторской типологией пропорциональности – горизонтальной, вертикальной и смешанной, в соответствующих главах представлены все три выделяемых диссертантом типа. Каждая глава завершается авторскими выводами, обоснование которых было предложено в ее содержании.

Научная новизна диссертации выражается в постановке и решении автором актуальных задач, а также в выводах, вынесенных на защиту. Диссертанту удалось

- проследить интеллектуальную генеалогию принципа пропорциональности,
- показать его двойственную природу, обусловленную стремлением достичь с его помощью как автономии, так и реалистичности международного права,
- обосновать вывод о неадекватности принципа пропорциональности целям обеспечения автономии международного права, с одной стороны, и его реалистичности – с другой,
- выделить основные типы пропорциональности,
- схематизировать аргументацию при использовании принципа пропорциональности и выявить ее закономерности применительно ко всем трем типам,
- обосновать тезис о том, что принцип пропорциональности представляет собой логически бесконечный процесс юридической аргументации и др.

Изучение диссертационной работы Григория Викторовича позволяет сделать вывод о самостоятельности и научной обоснованности исследования, аргументированности, убедительности и достоверности сделанных выводов и положений, выносимых на защиту, их высокой теоретической и практической значимости. Многие выводы диссертации заслуживают безусловной поддержки, автор обнаруживает блестящее знание доктрины и релевантной судебной практики, язык диссертации ясен и точен.

Нижеследующие замечания в основном имеют дискуссионный характер и имеют своей целью уточнение некоторых позиций автора в процессе публичной защиты.

Первое замечание касается выполнения одной из задач исследования – проследить интеллектуальную генеалогию принципа пропорциональности (с. 7). Григорий Викторович полагает, что принцип пропорциональности, сформировавшийся в международном праве в середине – второй половине XX в., является «исторически обусловленным проявлением pragmatizma как типа правопонимания», при этом сам «прагматизм как тип правовой мысли... сформировался... как альтернатива формально-догматическому подходу к праву» (с. 18).

Во-первых, если говорить именно о «типе правопонимания», т. е. о явлении более общем, чем конкретное направление в науке международного права, то обычно

альтернативу формально-догматического подхода к праву и методологии его толкования называют *правовым реализмом*, сформировавшимся под влиянием в том числе философского прагматизма. Данное замечание – *inter alia*, оно не является существенным, затрудняющим понимание мысли автора (тем более что далее автор поясняет, что прагматизм как «новый тип международно-правовой мысли» являлся попыткой уйти от крайностей идеализма и реализма как направлений международно-правовой мысли (с. 36)), и главным образом обращает внимание на корректность употребления сложившейся в общей теории права и истории правовой мысли терминологии. Соглашусь с автором в том, что истоки современного принципа пропорциональности не следует искать в эпоху античности и вообще существенно раньше начала XX в. (с. 34). Вместе с тем, коль скоро в диссертации идет речь о прагматизме / реализме как об одном из типов правопонимания, то ссылки на Р. Иеринга как основоположника такого прагматического / реалистического поворота в юриспруденции¹ и хотя бы упоминание о значении идей школы свободного права для обоснования прагматики толкования права были бы уместны.

Во-вторых, осталось не вполне ясным, с чем, по мнению соискателя, связан прагматический (или реалистический) поворот в правопонимании вообще и в науке международного права в частности: является ли он простым следствием дискредитации формального-догматического подхода и осознания необходимости сочетания идеализма и реализма как направлений международно-правовой мысли, достижения одновременно автономии и реалистичности международного права? или этот поворот может быть рассмотрен и как выражение более общих тенденций – культурных, общенаучных, возможно, политических, характеризующих состояние европейской интеллектуальной культуры соответствующего периода. Данный вопрос кажется тем более уместным с учетом упрека, адресуемого диссидентом тем авторам, которые в рамках линейного взгляда на историю и эволюцию принципа пропорциональности не учитывают «глубинных процессов, связанных с изменением типов правопонимания в различные исторические периоды» (с. 34), – очевидно, это предполагает, что от подобного упрека свободна собственная работа соискателя.

Возможно ли, например, с точки зрения автора диссертации, усматривать в изменении подходов к методологии судебного толкования – от обоснования приоритета формально-логического анализа авторитетно установленных норм к признанию необходимости оценки и «балансирования» ценностей – проявление общей тенденции к релятивизации различных форм знания, этических норм, ценностей и проч., которая начинает проявлять себя в европейской культуре в конце XIX – начале XX в.?

¹ Достаточно привести небольшую цитату из работы Н. М. Коркунова – русского последователя Р. Иеринга: «Мера ограничений, устанавливаемых для осуществления каждого интереса, меняется, смотря по тому, в отношении к какому именно другому интересу он ограничивается. Один и тот же интерес при столкновении с иными интересами подвергается большим ограничениям, при столкновении с другими – меньшим. [...] Противоположение тому или другому интересу зависит от соответствующей фактической обстановки осуществления интереса» (Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / сост., автор вступ. ст., comment. А. Н. Медушевский. М., 2010. С. 186).

Согласился бы соискатель, например, с суждением о том, что одна из причин, обеспечивающая доктринальную востребованность реалистического / прагматического подхода, возможно, связана с тем, что в своих ценностных и методологических основаниях он в наибольшей степени соответствует постклассической научной рациональности, начало формирования которой как раз относится к рубежу XIX–XX вв., т. е. периоду времени, когда в рамках школы свободного права заявил о себе и новый подход к методологии толкования. То есть изменению типов научной рациональности от классического к постклассическому коррелирует эволюция подходов к методологии судебного толкования от формалистического к реалистическому / прагматическому.

Так, согласно характеристике В. С. Швырева, в постклассической научной рациональности процесс познания представляет собой «конструктивную работу в пространстве соревнующихся позиций по движению в проблемной ситуации».² В конечном счете такая деятельность связана с принятием решений, т. е. переходом на позиции проектно-конструктивного практического сознания, на которые не могут не влиять существенным образом ценностные, в частности, этические представления.³ Важнейшим следствием такой интерпретации рационального познания является то, что накопленная эмпирическая информация, логические нормы рассуждения, методологические правила и приемы, имеющиеся концептуальные схемы и модели, на которые опирается субъект рационально-познавательной деятельности, выступают для него необходимым, но недостаточным условием для принятия определенных решений при выборе способов действий в рамках известной проблемной ситуации. «Подобный выбор из ряда альтернатив, спектров возможностей, — подчеркивает В. С. Швырев, — в конечном счете лежит на собственной ответственности субъекта и носит, так сказать, четко выраженный авторский характер...».⁴

Мне кажется, что выводы, представленные автором диссертации в Заключении, находятся в русле этих размышлений философа: «Аргументация, — утверждает Григорий Викторович, — развивается в условиях абсолютной неопределенности, и эта неопределенность предоставляет юристам профессиональные возможности и налагает на них профессиональную ответственность. [...] Это означает, что юрист (а не абстрактная норма) разделяет личную ответственность за те действия (бездействие) или решения, которые он предлагает или оправдывает...» (с. 210).

Согласился бы автор диссертации с утверждением о том, что возможной политической причиной (и одновременно следствием) такого прагматического поворота, предоставляющего судье практически безграничную свободу толкования, является тенденция к суверенизации судебной власти, — как известно, согласно Т. Гоббсу, чтобы понять, кто есть суверен, нужно ответить на вопросы *Quis judicabit?* и *Quis interpretabitur?*

² Швырев В. С. Рациональность как ценность культуры: Традиции и современность. М., 2003. С. 172–173.

³ Там же. С. 166.

⁴ Там же. С. 168–169.

Второе замечание связано с предлагаемым Григорием Викторовичем «принципиально новым взглядом на пропорциональность как [на] логически бесконечный процесс юридической аргументации» (с. 14). Соответствующие положения диссертации обусловливают серию вопросов.

Во-первых, осталось не ясным, что соискатель понимает под принципами права как таковыми? Для того чтобы обосновать утверждение о том, что принцип пропорциональности – это принцип «второго порядка» (с. 21), необходимо понять, что представляют собой принципы «первого порядка», по отношению к которым принцип пропорциональности вторичен. Соискатель подчеркивает, что принцип пропорциональности как принцип второго порядка не тождествен ни прагматическому пониманию принципов как требований оптимизации, ни формально-догматическому их пониманию (с. 23). Но какое понимание принципов права разделяет сам соискатель?

Во-вторых, отличие принципа пропорциональности как принципа второго порядка соискатель усматривает в том, что он «предполагает не непосредственное закрепление прав и обязанностей субъектов международного права, а взаимное согласование уже существующих прав и обязанностей, предусмотренных действующими нормами и принципами, исходя из социальных последствий того или иного поведения в обстоятельствах конкретных дел» (с. 22). Диссертант, таким образом, разделяет мнение о том, что принцип пропорциональности «не имеет собственного нормативного содержания» (с. 21). Вместе с тем,

если принцип пропорциональности обязывает к «взаимному согласованию уже существующих прав и обязанностей» (с. 21),

если он означает, по утверждению соискателя, что «правоприменитель должен осуществить... оценку и согласование... интересов, найти между ними баланс» (с. 26),

если, как утверждает Э. Канниццаро, с мнением которого соискатель соглашается, оценка пропорциональности предполагает «полномочие [правоприменителя] определять надлежащий баланс между множеством конкурирующих интересов» (с. 26),

если, как пишет диссертант, принцип пропорциональности *требует* принятия такого решения, которое представляет собой своеобразную «золотую середину», и правоприменитель *не вправе* избрать любой вариант разрешения спора, но *должен* обеспечить «пропорциональный» результат (с. 27),

то, очевидно, что принцип пропорциональности как определяющий права и обязанности и / или полномочия все-таки имеет нормативное содержание.

Суждение диссертанта о том, что принцип пропорциональности «относится к другой правовой реальности» (насколько другой?) по сравнению с реальностью иных принципов и норм международного права (с. 25), едва ли что-то проясняет, как, впрочем, и замечание о том, что попытки дать ответ на вопрос о наличии либо отсутствии у принципа пропорциональности «собственного нормативного содержания» являются контрпродуктивным (с. 26), – данное замечание кажется уходом от проблемы. Кроме того, отрижение нормативности данного принципа ставит вопрос об основаниях его

обязывающей силы. Таким образом, как место принципа пропорциональности в системе принципов права, так и само понятие принципа права (см. выше), нуждаются в уточнении.

В-третьих, обсуждение предыдущих вопросов оказывается непосредственным образом связанным с утверждением диссертанта о том, что принцип пропорциональности используется судами тогда, когда «принципы и нормы международного права исчерпаны, т. е. недостаточны для решения спора и нуждаются в дополнительном средстве уяснения их нормативного содержания» (с. 11). Пропорциональность, утверждает соискатель, применима «только при неустранимых пробелах, коллизиях или неясностях в содержании принципов и норм международного права, т. е. в тех случаях, когда иные правовые методы установления содержания этих принципов и норм себя исчерпали» (с. 24). Отсюда следует, что пропорциональность является последним инструментом установления нормативного содержания принципов и норм.

Эти утверждения провоцируют ряд вопросов. Что в данном случае понимается под «иными правовыми методами», с помощью которых безуспешно пытаются установить содержание норм и принципов? Что свидетельствует об «исчерпанности» возможностей урегулирования фактической ситуации на основе норм и принципов международного права? Как подобная исчерпанность может быть процессуально установлена и устанавливается ли она вообще в качестве основания перехода к пропорциональности как принципу второго порядка? Складывается впечатление, что, по мнению диссертанта, сам факт обращения правоприменителя к принципу пропорциональности является неоспоримым свидетельством исчерпанности регулирующих возможностей норм и принципов международного права (первого порядка), – иначе, утверждает соискатель, «правоприменительное решение могло бы быть найдено, или дедуцировано, путём простого применения... норм или принципов, а пропорциональность как самостоятельная правовая концепция была бы попросту излишней» (с. 24).

Данный аргумент кажется трижды уязвимым. *Во-первых*, его использование обнаруживает странную логику – если судья обращается к принципу пропорциональности, следовательно, возможности применения норм и принципов (первого порядка) исчерпаны, однако данное следствие не является логически необходимым. *Во-вторых*, почему применение норм и принципов является непременно «простым», т. е., надо полагать, «механическим», исключающим достижение такого pragматического эффекта, как баланс конфликтующих интересов? Наконец, *в-третьих*, данной схеме рассуждений можно адресовать упрек, подобный тому, который Г. Кельзен адресовал идее пробельности позитивного права – когда «чьё-то субъективное, морально-политическое ценностное суждение по поводу отсутствия определенной нормы права в правопорядке представляется как логическая невозможность применить правопорядок».⁵ Может быть, точно так же «чьё-то субъективное, морально-политическое ценностное суждение» о невозможности установления содержания норм и принципов международного права «иными правовыми методами» представляется как

⁵ Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лёзова. СПб., 2015. С. 307.

основание для использования «средства последней надежды» – принципа пропорциональности?

Далее – остается не вполне ясным, каким образом использование принципа пропорциональности способствует уяснению содержания норм и принципов международного права, если, как утверждается диссертант, суды в процессе аргументации используют «стратегию уклонения», позволяющую избегать обращения к сути спора (с. 75, 148, 200)? Кроме того, относя принцип пропорциональности к «другой правовой реальности», соискатель подчеркивает, что из этой реальности «пути назад к принципам и нормам международного права нет» (с. 25). Каким образом в этом случае принцип пропорциональности может помочь «при неустранимых пробелах, коллизиях или неясностях в содержании принципов и норм международного права»?

Наконец, *третье замечание* касается познавательных и практических / прикладных аспектов понимания принципа пропорциональности как логически бесконечного процесса юридической аргументации. Критический анализ принципа пропорциональности, представленный Григорием Викторовичем, – убедительный, местами – блестящий. Разворачивающаяся на страницах диссертации критика пропорциональности прочитывается как детективный роман – в ожидании интригующей развязки. Однако «развязка» кажется несколько разочаровывающей. Соискатель утверждает, что им предложен «принципиально новый», «альтернативный» (с. 49) взгляд на пропорциональность как логически бесконечный процесс юридической аргументации, описана «глубинная структура» такой аргументации» (с. 14, 49). По утверждению диссертанта, это «открывает перспективу», позволяющую использовать предлагаемый аналитический инструментарий для лучшего понимания закономерностей аргументации о пропорциональности того или иного поведения в международно-правовых спорах, «для решения конкретных проблем в конкретных контекстах» (с. 14, 209). Диссертант полагает, что вместо поиска «лучших» и «худших» формул и тестов для оценки пропорциональности, этот инструментарий призван оспаривать «худшие» результаты применения пропорциональности и создавать «лучшие» – как посредством критических исследований, так и путем практической (в том числе судебной) работы. При этом в результате такой юридической работы с помощью структуры аргументации может быть оспорен *status quo* и получены новые – в свою очередь, тоже оспоримые – правовые решения, влияющие на судьбы людей (с. 209–210).

Конечно, раскрытие закономерностей аргументации, обоснование возможностей на основе такого знания предсказывать аргументы (с. 202) являются существенным вкладом диссертанта в понимание использования принципа пропорциональности в судебной практике. Однако основной вывод исследования кажется парадоксальным – систематическая критика принципа пропорциональности фактически приводит к его апологии, т. е. признанию принципа пропорциональности безальтернативной методологией разрешения международно-правовых споров. Возможно, пропорциональность интересна своим потенциалом для юридической аргументации (с. 78), но пропорционален ли этот «интересный потенциал» тем многочисленным издержкам использования данного принципа, о которых столь убедительно пишет сам

диссертант? И почему тогда диссертант отказывается признать принцип пропорциональности тем счастливым финалом в истории юриспруденции, который нам хотелось бы наблюдать (с. 204)? Выводы диссертации оставляют впечатление безысходности – диссертант отрицает саму возможность «правильного» выбора между вариантами принципа пропорциональности и их альтернативами, полагая предложение таких альтернатив вообще «бессмысленным» (с. 208), а также показывает ограниченность как признанного понимания принципа пропорциональности, так и его существующей критики (с. 205). Но что тогда позволяет дифференцировать результаты применения принципа пропорциональности на «лучшие» и «худшие»? Диссертант дискредитирует как существующую, так и какую-либо имеющую появиться в будущем критику принципа пропорциональности (ссылаясь на стереотипность дискурса (с. 10)), дискредитирует и сам принцип пропорциональности, но фактически предлагает остаться в этом несовершенном пространстве дискурса пропорциональности, в котором, согласно его собственным утверждениям, –

допускается принятие любого правоприменительного решения (с. 78);

бессмысленна сама постановка вопроса о «свободе» или «связанности» правоприменителя какими-либо правовыми ограничениями (с. 114);

допускается любое ограничение прав человека (с. 202);

используются «стратегии уклонения», скрывающие существо спора (с. 206), делающие выбор суда непрозрачным (с. 113);

могут быть поставлены под сомнение любые ответы, получаемые с помощью «теста на пропорциональность» (с. 202);

с помощью которого достигаются цели, воспринимаемые юристами-международниками «как чуждые: выхолащивание прав человека, причинение вреда гражданскому населению во время войны, поощрение экономического давления против слабых государств со стороны влиятельных государств, легитимация территориальных захватов и т. п.» (с. 205),

и которое – тем не менее – не имеет каких-либо альтернатив, точнее говоря, попытки предложения таких альтернатив признаются диссертантом бессмысленными (с. 208).

Помогает ли предложенное соискателем понимание принципа пропорциональности как логически бесконечного процесса аргументации каким-то образом скорректировать эти недостатки или следует ограничиться признанием их закономерным результатом самой конструкции принципа пропорциональности (с. 72)? И не смущает ли диссертанта тот факт, что логически бесконечный процесс аргументации прерывается окончательным судебным решением, после вступления которого в силу продолжение процесса аргументации можно сравнить с «игрой в бисер»?

Высказанные замечания не влияют на высокую оценку выполненного соискателем диссертационного исследования и лишь подчеркивают интерес, который оно вызывает.

Полагаю, что диссертация Г. В. Вайпана является самостоятельной научно-квалификационной работой, которая представляет личный новаторский вклад автора в исследование принципа пропорциональности в современном международном праве и по своему содержанию соответствует научной специальности 12.00.10 – международное право; европейское право, и в которой на основании проведенных автором исследований содержится решение важных для науки международного права задач. Содержание диссертации отражено в публикациях соискателя в изданиях, рекомендованных ВАК.

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

Член диссертационного совета
доктор юридических наук,
доцент, профессор СПбГУ



Тимошина Е.В.

22.04.2018