

Отзыв члена диссертационного совета на диссертацию Г.В. Вайпана «Принцип пропорциональности в современном международном праве», представленную на соискание ученой степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.10 – международное право; европейское право

Предметом исследования является проблематика, значение и актуальность которой не вызывает сомнений. Действительно, принцип пропорциональности (далее – ПП), с одной стороны, стал «ключевым нормативным стандартом» и «затрагивает идейные основы» международного права (с. 5 диссертации), а, с другой стороны, остается *terra incognita* международного права. Его генезис, теоретическая природа и перспективы развития – неясны, исследователи предпочитают делать акцент на прикладных аспектах данного принципа, создавая, таким образом, фикцию консенсуса. Исследование Г. Вайпана является, пожалуй, первой попыткой системного анализа ПП, попыткой (и это следует сказать сразу) – успешной, но не всегда последовательной и бесспорной. Можно уверенно предположить, что его будут широко цитировать и отечественные, и иностранные авторы.

Основным принципом методологии исследования автор обозначает критический структурализм, используемый в рамках направления «критических правовых исследований» (с. 9). Хотя данная методология до недавнего времени практически не использовалась отечественной доктриной (отсюда – некоторые трудности, связанные с восприятием текста), - она является крайне интересной, продуктивной и перспективной. Отечественную школу можно поздравить с тем, что в ее составе появился талантливый энтузиаст этой методологии: таким образом, хотя бы частично, преодолевается большой разрыв между методологическими уровнями российской и западной доктрин.

PK № 09/2-42 от 11.04.2018

Главным образцом для Вайпана являются работы М. Коскенниemi¹: международное право рассматривается как процесс риторического обмена (а не как целостная и устойчивая система), аргументы участников этого процесса генерируются противоположными идеологическими полюсами (апологией и утопией по Коскенниemi, автономией и реалистичностью по Вайпану) и опосредуются политическими факторами. Автор не ограничивается рецепцией идей Коскенниemi, но развивает их, показывая как они работают в правоприменительном процессе (задача, не до конца выполненная Коскенниemi) и вводя дополнительные категории («фактический» и «ценностный» подходы и др.).

Некоторые моменты в описании методологии, однако, вызывают сомнения. Так, автор пишет, что его задача - не исследовать принципы международного права «сами по себе», а исследовать то, как эти принципы понимаются в ходе профессионального дискурса (с. 7). Разница между этими двумя задачами не очень понятна: для того, чтобы уточнить суть правового явления, нужно установить то, как оно понимается. Позитивное право и его теория всегда являются результатом консенсуса (общественного или доктринального), противопоставлять первое второй не следует. Здесь, на мой взгляд, правильной было бы использовать философскую терминологию и говорить о том, что помимо норм имеются структуры (или эйдосы) – некие неизменные алгебраические формулы, на основе которых нормы формулируются и которые находятся на другом «этаже» механизма правового регулирования (или в другой его плоскости). Автор, однако, отказался от погружения в философию и, как результат, не смог убедительно решить одну из главных поставленных задач – задачу определения *природы* ПП.

Структура работы – последовательна и логична. В первой главе («Принцип пропорциональности в международном праве: между правом и политикой») рассматриваются основные теоретические вопросы; вторая, третья и четвертая главы представляют собой анализ отраслевых проявлений

¹ Koskenniemi M. From apology to utopia: the structure of international legal argument. CUP, 2006.

ПП, соответствующих выделенным автором типам пропорциональности (вертикальный, горизонтальный и смешанный). Теоретические выводы иллюстрируются посредством анализа решений международных судов, - при этом автор не ограничивается констатацией позиции Суда, но также определяет основные «точки» использованной аргументации, ее уязвимые стороны и имеющиеся логические альтернативы. Данный анализ (*case-study* метод) является крайне трудоемким и редко используется отечественными авторами. Уже один факт его применения в рассматриваемом исследовании является серьезной и интересной инновацией в практике защит кандидатских диссертаций.

В работе использовано огромное количество доктринальных источников, принадлежащих перу как отечественных, так и зарубежных авторов. Перечислять их нет необходимости, достаточно отметить, что речь идет о наиболее интересных и полемичных разработках, - в этом смысле автор не только воспроизводит уже имеющиеся и признанные выводы, но вступает в текущую полемику по самым острым проблемам международного права.

Теперь рассмотрим основные выводы автора и их обоснование в тексте диссертации. В *первом* выводе автор пишет, что ПП не тождественен основным принципам международного права, т.е. непосредственно не закрепляет прав и обязанностей; обращение к нему осуществляется, когда принципы и нормы международного права исчерпаны. ПП, действительно, не тождественен принципам международного права (данный вывод выглядит очевидным), однако, он также не может противопоставляться им. Я бы определил его как логическое правило, определяющее порядок конструирования и применения норм международного права, как «алгебраическую» формулу международного права, отраженную в большинстве его принципов и норм, - как структуру или даже как миф (усеченный образ реальности). Юридическая терминология для обозначения явлений такого порядка пока отсутствуют, она есть только в багаже философов – постмодернистов. Немного жаль, что автор отказался от ее

введения и обоснования. Указанная структура обусловлена особым отношением к реальности, характерным для мировоззрения Нового времени (об этом ниже). В этой связи ПП не является способом восполнения пробелов в международном праве, как это утверждает автор, но, наоборот, призван исключить эти пробелы. В основном тексте, мне кажется, автор, сам того не желая, делает этот вывод, определяя ПП как «принцип второго порядка» (с. 22), значение которого состоит не в закреплении прав и обязанностей, а в согласовании уже существующих прав. Далее он, однако, продолжает настаивать на том, что ПП является «средством последней надежды» и его задача состоит в том, чтобы восполнять пробелы. Здесь я вижу определенное противоречие в рассуждениях. Стоит также отметить, что квалификация ПП как принципа права цивилизованных наций (общего принципа права), которая часто встречается в западной науке², – автором не рассматривается.

Во *втором* выводе Вайпан утверждает, что ПП является исторически обусловленным проявлением прагматизма и отражает три идеи: согласование интересов, учет социальных целей, учет индивидуальных обстоятельств. В основном тексте данный вывод раскрывается: автор пишет, что ПП возник на стыке двух критик формального подхода: идеализма, сопровождающегося призывом к мировой солидарности; и реализма, призывавшего к учету реальных политических отношений: «Прагматизм ознаменовал восприятие двух этих направлений теорией и практикой международного права, но в то же время попытку уйти от крайностей каждого из них. Итогом стало возникновение нового типа международно-правовой мысли, сочетающего в себе несовместимые философии идеализма и реализма, а потому двойственного по своей природе» (с. 36). Большой вклад в развитие прагматизма, по мнению автора, внесли Г. Лаутерпахт и Г. Моргентау. Предложенная автором генеалогия выглядит недостаточно глубокой. Конечно, упомянутые учения повлияли на развитие международного права и могут быть определены как прагматизм, однако они являются не *deux ex machine*, а следствиями и воплощениями более фундаментальных сдвигов в

² Cannizzaro E. Diritto Internazionale. Torino, G. Giappichelli Editore. 2012. P. 128-131.

мировоззрения. Это, кстати, следует и из анализа доктрины. Автор не прав, утверждая, что до XX в. доктрина международного права не была знакома с ПП. Этот принцип особенно заметен уже у Ваттеля.³

Думаю, идея пропорциональности (и прагматизма) с необходимостью вытекает из кризиса естественно-правовой концепции права. Право должно интерпретировать свой предмет, т.е. спор. Натуралист видит суть спора в противостоянии метафизической и физической реальностей (физическая реальность находится не в соответствии с метафизической реальностью), а суть его решения - в приведении физической реальности в соответствие с метафизической реальностью. Позитивист отрицает метафизическую реальность, но не может игнорировать сам факт спора. Поэтому он должен дать ему новое объяснение. Оно состоит в определении спора как конфликта между различными элементами физической реальности. Разрешение спора, соответственно, состоит в установлении пропорции между этими элементами. Настоящими отцами прагматизма, также как позитивного права в целом, в этом смысле являются представители английского эмпиризма: Бекон, Беркли, Юм, Гоббс и Локк.

В *третьем* выводе автор указывает, что согласно господствующей точке зрения ПП обеспечивает существование «третьего пространства» между правом (автономией) и политикой (реалистичностью), позволяющего искать компромисс между противоположными политическими позициями. Термин «третье пространство» является новым, - если верить тексту диссертации, он встречается только у Д. Кеннеди и то - скорее как метафора. Постулирование «третьего пространства» (даже для того, чтобы в итоге установить, что его не существует) - откровенно неубедительно. Логично предположить, что такое пространство исключает первое и второе пространства (право и политику), но сам автор пишет, что оно, наоборот, включает их в себя (т.е. предполагает учет политических факторов в рамках формальных правовых схем). Правильней, таким образом, было бы говорить

³ См., например: «Нация во всех случаях должна регулировать свое поведение пропорционально преимуществам и нуждам других и пренебрегать незначительными расходами или допустимыми неудобствами, если это создаст большое благо для другой нации» (*de Vattel E. The Law of Nations. Liberty Fund, 2008. p. 326*)

о совмещении пространств. Но и это, на мой взгляд, было бы неверным. Мне кажется, право в принципе не исключает и не отрицает политику, - любая относительно-определенная норма предполагает дискрецию правоприменителя, а, значит, учет политических факторов. В итоге мы имеем дело не с «третьим пространством» и не с совмещением пространств, а с особой моделью права, в рамках которого воля законодателя является каждый раз неполной, неточной, и нуждается в уточнении посредством решения правоприменителя.⁴ Эта потребность в индивидуальном решении может быть объяснена исторически, через отсылку к разработанному Докторами Церкви учению о свободе воли и ренессансному пониманию достоинства, как свободы индивидуального самоопределения⁵.

Есть еще один аргумент - *ab absurdo*. Если автор отказывает норме международного права в «праве» учитывать специфику общественных отношений, он должен пойти дальше и сказать, что «третьим пространством» являются и статьи уголовного кодекса, устанавливающие рамочные санкции, и норма конституции, предоставляющая главе государства право назначать премьер-министра по своему усмотрению и т.п. В общем, тезис о «третьем пространстве» выглядит не необходимым элементом логических построений автора, а скорее ненужным украшением.

Четвертый, пятый и шестой выводы следует рассмотреть вместе. В *четвертом* выводе автор указывает, что содержание ПП определяется соотношением двух взаимоисключающих подходов – фактического и ценностного: первый рассматривает пропорциональность как соразмерность между выгодами и издержками; второй - как соразмерность между средством и целью. ПП не способен обеспечить «автономию» международного права: взаимозависимость фактического и ценностного подходов означает отсутствие общей точки отсчёта (спектра «весов» и т.п.), при помощи которых могла бы быть оценена пропорциональность того или иного деяния (*пятый* вывод). ПП не способен обеспечить «реалистичность», т.к.

⁴ Данная модель была хорошо обоснована Р. Дворкиным (см.: Дворкин Р. О правах всерьез. М.: Росспэн, 2014).

⁵ См.: Пико дельла Мирандола Дж. Речь о достоинстве человека // Эстетика Ренессанса / сост. В. П. Шестаков: в 2 т. Т. 1. М., 1981. С. 248–265.

логическая взаимозависимость фактического и ценностного подходов превращает применение ПП в череду взаимных отсылок двух этих подходов друг к другу (*шестой* вывод). Все три вывода не очень понятны, если отталкиваться только от содержания вводной части, однако в основном тексте исследования они объясняются исчерпывающим образом и прекрасно иллюстрируются делом о нефтяных платформах (Иран против США, Решение от 6 ноября 2003 г.). Автор, в частности, пишет, что фактический подход порождает две проблемы. Во-первых, конкретное сравнение может критиковаться как механистическое, т.к. оно включает одни факты и исключает другие (отсюда - «нереалистичность»). Во-вторых, при этом невозможно объяснить, почему какая-либо иная комбинация фактов является неприемлемой. Ценностный подход, в свою очередь, ущербен, т.к. при оценке пропорциональности используются абстрактные и формальные ценности («свобода», «безопасность» и т.п.) из которых нельзя «вывести» какие-либо конкретные решения (проблема «нереалистичности»); а согласование этих ценностей в праве возможно только при условии существования внеправового «баланса».

Здесь хотелось бы заметить, что ущербность фактического и ценностного подходов не является абсолютной (как это хочет представить автор). Правовое решение не является полностью произвольным: хороший судья оперирует не всеми фактами и ценностями, а только теми, которые предполагаются нормой права, и выстраивает их иерархию не в соответствии с собственными пристрастиями, а в рамках существующей правовой традиции. В Решении по Юго-Западной Африке от 18 июля 1966 г. Международный Суд ООН указал: «Суд применяет право и может учитывать моральные принципы только в той степени, в какой они получили достаточное юридическое выражение. Говорят, что право существует для того, чтобы обеспечивать социальные потребности; однако именно по этой причине оно делает это только посредством своей собственной дисциплины и в ее пределах. Иначе то, что будет вынесено, не будет правовым решением» (пар. 49). Х. Лаутерпахт однажды заметил: «...Все конфликты в сфере

международной политики могут быть сведены к контексту правового характера». ⁶ Слово «сведены» очень точно отражает задачу отсечения неправовых факторов (фактов и ценностей). Таким образом, в праве, действительно, присутствует элемент неопределенности, однако он не всегда обусловлен внутренними противоречиями; очень часто его причинами являются политическая предвзятость, коррумпированность и другие проявления профессиональной нечистоплотности.

В *седьмом* выводе автор утверждает, что аргументация о пропорциональности является цикличной и логически бесконечной. Структура данной аргументации основана на поочерёдном использовании аргументов о «нереалистичности» и «неавтономности» предложенного диссертантом фактического или ценностного соотношения. Любые выводы о пропорциональности, получаемые с использованием данной структуры, являются одновременно юридически корректными и уязвимыми. Данный вывод подробно раскрыт и обоснован в основном тексте; содержательно он воспроизводит один из главных тезисов Коскенниemi, согласно которому право представляет собой бесконечный процесс производства аргументов, а не субстанциальную картину мира.

В *восьмом* выводе автор констатирует наличие нескольких типов пропорциональности: горизонтального (государство - государство), вертикального (государство - индивид) и смешанного (государство - государство и индивид). Примером первого является пропорциональность в праве международной ответственности, второго - пропорциональность в праве прав человека, третьего - пропорциональность в международном гуманитарном праве.

Вторая, третья и четвертая главы представляют собой анализ этих типов. По результатам данного анализа автор формулирует самостоятельные выводы. Так, в первой главе он делает вывод, что дихотомия «факты - ценности» в праве международной ответственности проявляет себя во взаимном противопоставлении количественного и качественного подходов, и

⁶ *Lauterpacht H. The Function of Law in the International Community. Oxford: Clarendon Press, 1933. P. 164.*

что неспособность юристов предложить стандарт пропорциональной контрмеры, который был бы одновременно «реалистичным» и «автономным», «запрограммирован» в самом соотношении этих двух подходов (88). Во второй главе автор отмечает использование «стратегии уклонения», при которой оценки пропорциональности в конкретных ситуациях направлены на установление баланса интересов, однако не обосновывают, почему для установления баланса была выбрана именно данная формула, а не какая-либо из альтернатив. Правоприменители представляют результат как «очевидный», однако подобная «очевидность» достигается за счет «масштабирования» тех или иных факторов для получения нужной формулы. В результате применение ПП становится непрозрачным и нереалистичным (с. 148-149). В четвертой главе автор пишет, что применение ПП в сфере прав человека состоит из непрекращающихся взаимных отсылок метода балансирования и метода категоризации друг к другу: балансирование переводится в плоскость интерпретации прав и целей их ограничения; оценка правомерности цели, пригодности или необходимости ограничения прав переводится в плоскость оценки пропорциональности *stricto sensu*. Это опровергает саму возможность аналитического размежевания составных элементов оценки пропорциональности на элементы, предполагающие соответственно категорический ответ (правомерная цель, пригодность, необходимость) и балансирование (пропорциональность *stricto sensu*) (с. 200). Выводы, сделанные во второй, третьей и четвертой главах не отражены в перечне основных выводов. Формально это можно считать недостатком, - но недостатком незначительным.

В каждой из «отраслевых» глав автор вводит собственный методологический и терминологический аппарат. Это несколько затрудняет прочтение, с другой стороны, возможно, в силу отраслевой специфики у автора не было другого выбора. Четвертая глава несколько отличается от двух предыдущих: в ней автор не самостоятельно имплементирует методологию, намеченную в первой главе, а использует разработки Р.

Алекси (метод балансирования) и Р. Дворкина (метод категоризации). Анализ этих разработок – отдельная заслуга автора, особенно на фоне той упрощенной картины прав человека, которая часто предлагается отечественной доктриной.

Несмотря на сделанные замечания, авторские выводы, также как и анализ, результатом которого они являются, выглядят весьма убедительными. Автор не только подчеркнул или уточнил уже существующие закономерности правового регулирования, но и установил новые закономерности, находящиеся на том уровне, который был открыт западной доктриной лишь недавно и который еще не известен отечественной доктрине. Это серьезная научная заслуга.

Основные субстанциальные недостатки перечислены выше, один, однако, еще не был отмечен. В заключении автор пишет, что смысл его труда состоит в том, чтобы «поставить под сомнение саму возможность «правильного» выбора между всеми этими вариантами, то есть показать ограниченность как признанного понимания принципа пропорциональности, так и его существующей критики» (с. 205). Далее он пишет, что это открывает перспективу, в которой вместо несуществующих решений абстрактных проблем, связанных с применением ИП, предлагается инструментарий для решения конкретных проблем в конкретных контекстах. 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 путём практической (в том числе судебной) работы (с. 209). Наконец, автор констатирует необходимость исследовать вопрос о том, в чьих интересах и с какими социальными последствиями юристы использовали идею пропорциональности (с. 210-211).

Этот вывод, по сути, является репликой критической программы Коскенниemi. Против него можно выдвинуть те же возражения, и здесь я хотел бы процитировать себя самого: «Концепция разрешения конфликта за счет признания его неразрешимости, отказа от правовой определенности,

организации открытой дискуссии и поиска решений *ad hoc* не создает новой и понятной перспективы. *Во-первых*, против нее могут быть выдвинуты те же обвинения в апологии и утопии, которые автор выдвинул против традиционных концепций. Поиск справедливости *ad hoc* предполагает сформированное (нормативное) видение справедливости, неизбежно являющееся утопией; а внимание к отдельным обстоятельствам дела опосредуется политической волей и поэтому неизбежно является апологией. *Во-вторых*, признание конфликта аргументов и одновременный отказ от его разрешения нивелирует данный конфликт, делает его неважным и безотносительным. Соответственно, поиск решения должен осуществляться где-то в третьей плоскости. Разоблачая традиционную рациональность, автор, по сути, призывает к иррациональному типу легитимации, который использовался средневековыми арбитрами, выносящими решения *secundum iustitiam et amorem*. *В-третьих*, критический подход может работать только тогда, когда есть объект для критики, т.е. противоречащие друг другу аргументы. Но для того, чтобы их выработать, нужна позитивная программа, изначально не допускающая критики. В этом смысле критический подход оборачивается своеобразным паразитированием на аргументах, созданных предыдущими поколениями». ⁷ Автору предлагается подумать над этими аргументами и, возможно, согласиться с ними или возразить против них в ходе публичной защиты.

Еще один момент. Работа насыщена (перенасыщена) цитатами (625), художественными украшениями (метафорами, идиомами, аллегориями и пр.), неюридической терминологией, условными понятиями («защитный барьер», «подсобные механизмы» и пр.). Такая стилистика не является изобретением самого автора, ее используют некоторые западные ученые, образцом являются труды того же Коскенниemi. Она требует не только хорошего владения правовым материалом, но также широкой и глубокой образованности: знания философии, истории, безупречного владения логикой и языком, определенного художественного таланта. Все это у автора есть, -

⁷ Толстых В.Л. Обзор книги М. Коскенниemi «От Апологии к Утопии: структура международно-правового аргумента». Часть 1 // Российский юридический журнал. 2016. № 5. С. 61-70.

нет, пожалуй, лишь чувства меры. Помещение нескольких цитат (и соответственно сносок) в одно предложение (см. например, предложение «Подобная «инфляция прав»...», с. 164) допускается, но когда это этот прием используется регулярно, почти на каждой странице, он воспринимается как неуважение к читателю и не только не способствует лучшему пониманию идей автора, но, наоборот, вызывает раздражение. Создается невольное впечатление, что автор хочет не столько установить истину, сколько произвести впечатление. К тому же данные художественные украшения не всегда уместны. Это касается, например, цитаты из Шекспира, с которой начинается исследование и которая призвана емко передать смысл ПП: «Ради великого блага совершите малое зло». Мне кажется, ПП не всегда требует совершать малое зло, т.к. ограниченное право не есть зло, а согласованность интересов есть добро. Другая проблема состоит в том, что, развертывая аргументацию, автор часто формирует ее отдельные звенья при помощи цитат из других авторов. Иногда становится непонятно: то ли речь идет об идее, разделяемой автором, то ли автор просто хотел ознакомить читателя с мнением другого ученого. В общем как потенциальный читатель я хотел бы посоветовать автору в будущем избегать художественных излишеств.

Несмотря на отмеченные недостатки, перед нами диссертация очень высокого качества. Исследование Григория Викторовича Вайпана соответствует требованиям, предъявляемым к кандидатским диссертациям, как тем, которые содержатся в федеральном законодательстве (Положение о присуждении ученых степеней, утвержденное Постановлением Правительства РФ от 24 сентября 2013 г. № 842), так и тем, которые содержатся в Порядке присуждения ученых степеней в Санкт-Петербургском государственном университете (Приказ от 01.09.2016 № 6821/1). Оно является научно-квалификационной работой, в которой содержится решение научной задачи (установление природы ПП), имеющей значение для развития соответствующей отрасли знаний (правоведения) и изложены новые научно обоснованные решения и разработки, имеющие существенное

значение для развития страны (методология применения ИП и ее критика).
Диссертация написана автором самостоятельно, обладает внутренним
единством, содержит новые научные результаты и положения, выдвигаемые
для публичной защиты, и свидетельствует о личном вкладе автора
диссертации в науку. Предложенные автором решения аргументированы и
оценены по сравнению с другими известными решениями. Основные
результаты опубликованы в рецензируемых научных изданиях. В
диссертации имеются ссылки на авторов и источники заимствования
материалов.

04.04.2018

В.Л. Толстых

доктор юридических наук, доцент, зав. каф. международного права
Новосибирского государственного университета



Подпись *Толстых В.Л.* заверяю
Специалист Управления кадров НГУ
Александр С.А.
« 05 » 04 20 18г.