

ОТЗЫВ

на диссертацию Вайпана Григория Викторовича

*«Принцип пропорциональности в современном международном праве»,
представленной на соискание учёной степени кандидата юридических
наук, по специальности 12.02.10 – международное право; европейское
право. Москва, 2017 (том I: текст на русском языке. – 238 с.;
Volume II: English version. – 197 p.)*

Представленное диссертационное исследование, несомненно, является необычным произведением для современного российского правоведения, где изобилуют штампы с неизменными ссылками на программные речи главы государства, дежурным упоминанием диалектической методологии или схоластическими предложениями по усовершенствованию действующего правового регулирования. Более того, по сравнению с некоторыми имеющимися исследованиями в современном российском правоведении данная диссертация обладает такими достоинствами, которые позволяют вовсе не формулировать замечаний к этому авторскому труду. А если сравнивать рассматриваемую диссертационную работу с некоторыми научными симулякрами, которые за последнее время в России наплодили фабрики по производству юридических псевдоисследований, то диссертанту можно сразу рекомендовать присудить докторскую степень.

На этом фоне представленная диссертация обладает следующими основными достоинствами.

Во-первых, в работе в отличие от ритуальных фраз в духе советского правоведения об использовании диалектики серьёзное внимание уделяется методологии юридического исследования. Автор четко и недвусмысленно заявляет о своей приверженности критическому направлению современных международных правовых исследований. Он объясняет каким образом данная методология используется в его работе. Во многом вокруг этой

методологии строится и содержательное исследование пропорциональности (соразмерности) в международном праве. Увязка анализа этого принципа с методологией критического структурализма явно повышает научную новизну и оригинальность диссертации. Это обстоятельство, конечно, задает высокую планку для будущих исследователей международного права в России.

Во-вторых, автором серьезно и обстоятельно проанализирована зарубежная доктрина современного международного права. Григорий Вайпан свободно ориентируется в актуальных изысканиях представителей англоязычной доктрины, а значит способен достойно представлять российскую правовую школу на возможных международной научных диспутах. Качественный английский перевод текста работы и выбор диссертантом формата защиты диссертации именно в Санкт-Петербургском государственном университете будет способствовать, по крайней мере, большей доступности отечественных международно-правовых исследований для англоязычной аудитории. Современные российские исследователи-юристы часто даже при наличии оригинальных идей не способны донести их на должном уровне до соответствующей аудитории. Хотелось бы верить, что молодой российский исследователь способен оправдать подобные ожидания. А в идеале сможет в будущем занять достойное место выдающегося представителя своей *alma mater* и своего тезки – Григория Ивановича Тункина.

В-третьих, работа характеризуется глубоким анализом практики международных юрисдикционных органов. Такой прием пусть (иногда и чрезмерный) позволил автору приблизиться к такому требованию научного знания как верифицируемость, которое является дефицитным в любых гуманитарных исследованиях. С удовольствием в этой работе ощущаешь себя читателем научного трактата, а не очередного симкуляра псевдоакадемических опусов с привычными для социалистической

правовой традиции ссылками на решения высших партийных конференций и нетленных воззваний генсеков.

Конечно, при желании можно было бы отметить и иные позитивные моменты исследования, проведенного Григорием Вайпаном. Вместе с тем чистота научной дискуссии и желание автора отзыва последовать заявленной самим диссертантом методологии критических юридических исследований требует скорее обратить внимание на ряд спорных и не вполне выверенных положений. Замечания будут касаться преимущественно основных тезисов автора (С. 11–14), а также ряда других принципиальных моментов.

Первое. Тема диссертации не вполне соответствует содержанию проведенного исследования. Эта работа в большей степени касается особенностей юридической аргументации и прагматизма в международном правосудии, чем собственно принципа соразмерности в этой правовой системе. Во многом это связано с анализом исключительно англоязычных доктринальных источников и избранной методологией правового реализма с некоторым пренебрежением юридической догматикой. Такое отношение к догматике, с одной стороны, представляется закономерной реакцией на гиперпозитивизм. Он сохранился в отечественном правопорядке в силу социалистической традиции и даже выступает господствующим типом правопонимания. С другой стороны, многие подходы автора, например, предлагающего отказаться от существующих догм в структурировании принципа соразмерности явно расходятся с устоявшимися подходами, в том числе даже в англоязычной доктрине и национальной практике многих государств.

Автор явно не учитывает силу традиции в правопорядке и необходимость учета социального контекста конкретного государства. Например, американский правопорядок держится за явно архаичную норму во второй поправке к Конституции на фоне массовых случаев чрезмерности

при осуществлении самозащиты гражданами. Это может быть объяснено не только устойчивостью паттернов поведения свободолюбивых колонистов, но и значительным распространением идеологии индивидуализма в американском обществе. Рациональные юридические аргументы и прагматизм здесь оказываются мало эффективными для решения реальных социальных проблем.

Второе. Автор недостаточно разобрался со степенью изученности избранной им темы, считая, что «общетеоретическое осмысление существа и роли пропорциональности в международном праве практически отсутствует» (С. 6). В отношении российской доктрины международного права с этим можно полностью согласиться. Однако авторское заявление о желании своей работой «восполнить пробел» в зарубежной науке не учитывает уже проведенных исследований по этой теме. Наиболее полно данная тема была раскрыта Михаелем Крюгманном (Michael Krugmann) в монографической работе 2004 года (Krugmann, M. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004. 136 s.). В еще в более ранней монографии Паскаля Гектора (Pascal Hector) было проанализировано международно-правовое требование взвешивания интересов как процессуальное средство ограничения государственного суверенитета (Hector P. *Das völkerrechtliche Abwägungsgebot: Abgrenzung der Souveränitätssphären durch Verfahren*. Berlin: Duncker und Humblot, 1992. 381 s.). Кроме того, в германоязычной доктрине в 2016 году вышел в свет обстоятельный сборник научных статей по теме (*Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht* / hrsg. B. Baade, S. Ehrlich, M. Fink, R. Frau, M. Möldner, I. Risini und T. Stirner. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016. 174 s.). Особо следует отметить в этом сборнике работу Анны Петерс (Anna Peters), директора Института им. Макса Планка по зарубежному публичному и международному праву (Peters A. *Verhältnismäßigkeit als globales Verfassungsprinzip // Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht...* S. 1-18). В англоязычной литературе

данная тема также раскрыта даже на уровне энциклопедических (Delbrück J. Proportionality // *Encyclopedia of Public International Law* / ed. R. Bernhardt. Amsterdam [u.a.]: North-Holland Publ., 1986. Vol. 7. P. 396–400.) и студенческих статей (Loftus P. The Rise and Rise of Proportionality in Public International Law // *Southern Cross University Law Review*. 1997. Vol. 1. P. 165–187.).

Третье. Недостаточно убедительным является авторское утверждение о том, что «принцип пропорциональности не тождествен основным принципам международного права» (С. 11, п. 1). Автором не раскрыт вопрос о становлении принципа верховенства права в современных международных отношениях и место соразмерности в этой юридической конструкции. Аналогичным образом не убедительно отрицание автором соразмерности в качестве общего принципа права в смысле ст. 38 Статута Международного Суда ООН. Например, по авторитетному мнению британского юриста-международника Майкла Акхерста (Michael Akehurst) соразмерность как и многие другие общие принципы права были позаимствованы Судом ЕС из германского права (Akehurst M. The application of general principles of law by the Court of Justice of the European Communities // *British yearbook of international law*. 1982. Vol. 52. №. 1. P. 38).

Четвертое. По принципиальным соображениям нельзя согласиться с авторским тезисом о том, что принцип соразмерности в международном праве выступает «проявлением прагматизма как типа правопонимания» (С. 11). Соразмерность не может быть сведена исключительно к прагматизму, вне уважения человеческого достоинства и наиболее фундаментальных индивидуальных прав. Диссертант не обращает должного внимания на наиболее важную черту идеи соразмерности, которая состоит в ограничении публичной власти. Хотя в работе цитируется преимущественно либеральная американская правовая доктрина, даже не умеренные (французские, немецкие) или консервативные

(английские) представители европейской юриспруденции. При этом автор пытается скрыть свою идеологию за аморфным постмодернистским дискурсом. Кроме того, либерализм вступает в диссонанс с методологией критических юридических исследований, которая как известно имеет левый и даже марксистский «бекграунд».

В этой связи с точки зрения соразмерности в современном международном праве государство по отношению к индивиду сравнимо со средневековым феодалом. Последний привык к беспределу в осуществлении своей власти и говорить о какой-либо его умеренности иногда просто не приходится. Исходя из глубокого анализа истории становления соразмерности международное право находится даже на уровне первобытного общества. Такая архаика современного международного права подтверждается хотя бы значительным распространением обычая и широким использованием государствами мер самозащиты (контрмеры, самооборона и т.д.). Именно таков был путь эволюции соразмерности в национальных правовых порядках от элементарных представлений о талионе (по принципу «око за око») к более совершенным способам централизованного и судебного ограничения частного и государственного произвола.

Кроме того, автор явно преувеличивает взаимоисключение фактического и ценностного подходов в содержании традиционно понимаемого принципа соразмерности (С. 12). В конкретных условиях международного судопроизводства и на разных этапах анализа соразмерности может преобладать первый (оценка легитимной цели, пригодности) или второй подход (проверка необходимости, балансирование интересов).

Пятое. Идея соразмерности наряду с явно выраженными либеральными корнями немыслима в отрыве от процесса конституционализации правового порядка. Автор сделал очень интересную

попытку выделить горизонтальный, вертикальный и смешанный типы соразмерности в международном праве (С. 14, 79). Именно в этом направлении научных изысканий находится ключ к пониманию принципа соразмерности *de lege ferenda*. Однако даже последовательность расположения глав диссертационного исследования, когда вопросы международного права прав человека помещаются на последнее место, демонстрирует авторские приоритеты в этом вопросе.

В настоящее время соразмерность эффективна в международном праве именно в тех отраслях (международное право прав человека, формирующуюся международное административное право и т.д.) и сферах (право ЕС, право ВТО), которые характеризуются элементами конституционного характера и отходят от классической модели межгосударственного права в направлении наднациональности. Аналогичным образом история становления соразмерности в национальном праве свидетельствует о том, что этот феномен актуализуется только с появлением конституционализма как комплекса реальных ограничений государства для защиты человеческого достоинства и фундаментальных прав. Такой же контекст имеет историческое развитие соразмерности в административном праве. Именно в тот момент, когда индивид впервые получают возможность в судебном порядке оспорить чрезмерность при осуществлении публичной власти, тогда соразмерность становится собственно юридическим явлением. Международное право, вряд ли, может устойчиво развиваться по иным закономерностям. Здесь предлагаемая автором цикличность юридической аргументации начинает граничить с софистикой, а постмодернистский дискурс только отвлекает от наиболее важных юридических проблем в этой сфере.

Шестое. В полном соответствии с методологией «Право и литература» (Law and literature) автор диссертации, казалось бы, оригинально использует в своей работе эту разновидность междисциплинарных

исследований. Речь идет об отсылке к сюжету пьесы Уильяма Шекспира «Венецианский купец» (С. 4). Одновременно юридический анализа того же сюжета этой пьесы как раз в связи с теорией согласования интереса и идеей справедливости был подробно проведен еще в конце 19 века выдающимся немецким правоведом Рудольфом Иерингом (Иеринг Р. Борьба за право, пер. В.И. Лойко. СПб: Вестн. знания, 1912. С. 48 и далее). В другой обстоятельной работе, прямо посвященной истории принципа соразмерности, известного немецкого ученого Франца Виакера (Franz Wieacker) также содержится ссылка на данный сюжет. Специалист в области истории права подчеркивает изначальное отсутствие ограничительной или максимизирующей функции соразмерности: «на первый взгляд она требует правильной меры между обязательством и возмещением, деликтом и компенсацией, преступлением и наказанием по принципу не слишком много и не слишком мало (это примерно напоминает Шекспировское решение Порции в отношении кредитора)» (Wieacker, F. *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung // Festschrift für Robert Fischer / hrsg. von M. Lutter. Berlin, New York: de Gruyter, 1979. S. 871–872*). В тоже время согласно п. 11 Порядка присуждения учёных степеней в Санкт-Петербургском государственном университете «в диссертации соискатель ученой степени обязан ссылаться на автора и (или) источник заимствования материалов или отдельных результатов». К сожалению, ссылки на указанных авторов и источники в работе отсутствуют.

Седьмое. В этой связи для системного взгляда на проблему соразмерности в международном праве в работе явно не хватает анализа доктринальных первоисточников на французском и немецком языках. В первом случае французская юриспруденция, на уровне методологии юридической аргументации серьезным образом оказала влияние на практику Суда Европейского Союза, например, лишенного привычных для

общего права особых мнений судей со всеми вытекающими последствиями. Да и научный руководитель соискателя резко критикует сам институт особых мнений международных судей (См.: Исполинов А.С. Особые мнения в международных судах: доктрина и практика // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 218–233.). О какой тогда соразмерности как юридической аргументации можно вести речь?

Восьмое. Во втором случае молодой российский исследователь, как, впрочем, и многие англоговорящие юристы иногда путаются в элементарных понятиях германской юридической догматики (различие формальных и материальных критериев вмешательства в основные права, различие субсумции и взвешивания, др.), представители которой выступают первооткрывателями соразмерности как юридического феномена. Автор явно симпатизирует антиформализму, хотя декларируют попытку выработать некий третий тип правопонимания в современном международном праве (С. 12). В рамках заявленной темы подобный радикализм в оценке позитивизма представляется очередной крайностью и в философском смысле противоречит самой идее соразмерности как срединному пути. Предложение автора выглядит некой «культурной революцией», порывающей с позитивизмом социалистической традиции в отечественном международном праве. Привнесение на российскую почву антиформализма, безусловно, желательно, но в разумных дозах. В противном случае авторские подходы вызовут закономерную и резкую критику со стороны представителей более традиционных взглядов на международное право. Автор здесь выступает неким «прогрессором», но такие благие цели часто оказываются недостижимыми или вовсе ведут к более плачевным социальным результатам. Конечно, автор умело попытался обойти острые политические дискуссии, касающиеся внешней политики современной России. Например, избранные автором судебные дела применительно к анализу рассматриваемого принципа в

международном праве прав человека касаются внутригосударственной практики Израиля и Турции. По крайней мере, это снижает практическую ценность представленного исследования для российского правового порядка. В этой связи автору не удалось четко выделить опасность принципа соразмерности в международном праве с точки зрения именно российского социально-политического контекста.

Девятое. В соответствии с п. 12.8. Порядка присуждения учёных степеней в Санкт-Петербургском государственном университете «диссертация оформляется в соответствии с требованиями ГОСТ Р 7.0.11». Вместе с тем при оформлении автором библиографических ссылок и списка источников происходит отступление от требований данного ГОСТа (при ссылке на электронные ресурсы не приводится дата обращения к нему; в книгах отсутствуют сведения об издательстве, общем количестве страниц; в описании сборников правовых актов приводится вместо года издания полная дата и т.п.).

Наконец, автор отзыва надеется, что число замечаний не снизит ценность представленного диссертационного исследования, а даст импульс для дальнейшей научной дискуссии в российской юридической науке.

Должиков Алексей Вячеславович,
199034, г. Санкт-Петербург, Университетская набережная, д. 7/9,
тел. +78123292840, e-mail: a.dolzhikov@spbu.ru,
ФГБОУ ВО «Санкт-Петербургский государственный университет»,
доцент кафедры конституционного права, канд. юрид. наук, доцент

22 апреля 2018 года

