

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

Представленная к защите диссертация действительно является первым в России научным исследованием по международному праву, методологической основой которого стали положения критической теории права. Критическая теория, между тем, зародившись в середине XX века, получила распространение в науке международного права в начале 80-х годов и за это время из «нового течения» Дэвида Кеннеди выросла, если процитировать Я. Клабберса, в «мэйнстрим, если не политически, то академически»¹. Возможно, это утверждение слишком претенциозно, однако, даже самые ярые сторонники правового позитивизма вряд ли смогут отрицать, что критическая теория стала составной частью глобального интеллектуального дискурса о международном праве. В любом случае, тот факт, что только в 2018 году в России будет впервые проходить защита диссертации, оперирующей научным аппаратом этой теоретической школы, помимо все еще догоняющего режима развития отечественной науки международного права, свидетельствует в то же время и о появлении нового поколения учёных, преисполненных решимости выйти за рамки устоявшихся парадигм правового мышления.

Наверное, сложно найти другую тему, которая имела бы такую актуальность и была бы настолько важна и востребована на практике, в том числе, в деятельности различных юрисдикционных органов, как принцип пропорциональности. Это принцип, который в различных коннотациях и с различными содержательными нюансами проходит практически через все

¹ Klabbers J. Whatever Happened to Gramsci? Some Reflections on New Legal Realism // Leiden Journal of International Law. 2015. № 28. P. 471.

«предметные поля» международного права. Особую значимость он имеет в праве международной ответственности, праве международной безопасности (*jus contra bellum*), международном гуманитарном праве, международном праве прав человека, праве Европейского союза, праве ВТО, инвестиционном праве. При этом как содержание, так и сама природа или сущность этого принципа остаются предметом непрекращающихся дискуссий. Отсюда, **актуальность** проведённого Г.В. Вайпаном диссертационного исследования не вызывает сомнений.

Обоснованность сформулированных в данной диссертации научных положений, выводов и рекомендаций предопределается целым рядом факторов. *Во-первых*, последовательным и скрупулёзным использованием критического структурализма, методологическое значение которого давно признано в науке международного права. Работа Г.В. Вайпана действительно базируется на ключевых трудах Дэвида Кеннеди и М. Коскениеми, которые считаются интеллектуальными лидерами этого направления в международном праве. *Во-вторых*, представленные в данной диссертации выводы представляют собой результат глубокой проработки доктринальных источников не только по международному праву, но и по общей теории и философии права. В частности, автор опирается на работы Данкан Кеннеди, А. Барака, Р. Алекси, Р. Дворкина, Р. Фолка, Б. Шлинка, Г. Харта, Г. Веббера и многих других учёных. *В-третьих*, рассуждения и доводы автора диссертации основаны на комплексном анализе рассматриваемых в качестве единого целого нормативных положений международных договоров и обычаев, доктринальных разработок, а также правоприменительной практики. Часто разделяемые «теория» и «практика» не противопоставляются друг другу, а исследуются как части одного и того же общего дискурса. *В-четвёртых*, работа представляет собой добросовестный анализ обширного эмпирического материала, который не сводится к детально разбираемым автором парам дел, которые отдельно выделены во 2, 3 и 4 главах.

Большинство положений, которые вынесены на защиту, в целом, отражают общие принципы критического структурализма, в частности, то, что «политика» является частью права; для норм права характерна неопределённость, а, соответственно, они объективно не способны разрешать конфликты по существу; а также то, что основу, заложенную в международно-правовой дискурс, составляют концептуальные противопоставления. Вместе с тем, за счёт, с одной стороны, конкретизации предмета исследования и концентрации на принципе пропорциональности, и, с другой стороны, рассмотрения этого принципа не только в рамках отдельных предметных областей международного права, Г.В. Вайпану удалось сформулировать выводы, которые обладают научной новизной и, несомненно, обогащают продолжающийся научный дискурс вокруг принципа пропорциональности, причём не только в международном праве.

Требованиям **научной новизны**, в частности, удовлетворяют выводы автора о том, что принцип пропорциональности сформировался в международном праве только в середине – второй половине XX века и не имеет идейного родства с более ранними упоминаниями пропорциональности, а также о том, что всё многообразие имеющихся отраслевых интерпретаций сводится к соотношению двух подходов: ценностного и фактического. Вывод об абсолютном характере неопределённости принципа пропорциональности также является новым для научного дискурса тезисом. Той же характеристикой обладают предложенные автором результаты деконструкции применения принципа пропорциональности в отношении контрмер, нападений на гражданские объекты и ограничения прав человека. Представляет научный интерес и вывод о «стратегии уклонения» как универсальном методе, который позволяет разрывать зацикленную цепочку аргументации о пропорциональности, делая при этом полученные результаты одновременно и «юридически корректными, и юридически уязвимыми».

Наряду с научной новизной, некоторые выводы, сделанные в данной диссертации, представляются **дискуссионными**.

1. В первом положении, которое выносится на защиту, автор делает несколько выводов, и в отличие от первого утверждения о том, что принцип пропорциональности «не тождественен» основным принципам международного права, со вторым – о том, что «обращение правоприменителя в рамках конкретного правового спора к принципу пропорциональности означает, что принципы и нормы международного права исчерпаны, то есть недостаточны для решения спора и нуждаются в дополнительном средстве уяснения их нормативного содержания» (стр. 11 дисс.) – сложно согласиться. Признавая оправданной критику, связанную с размытостью очертаний содержания принципа пропорциональности в различных сферах международного права, можно ли оспаривать тот факт, что этот принцип является составной частью таких правовых норм, как, к примеру, право государств на самооборону в праве международной безопасности, норм, закрепляющих отдельные права человека, запрета непропорциональных нападений на военные объекты в международном гуманитарном праве?

2. Во втором выносимом на защиту положении представлен вывод о том, что принцип пропорциональности сформировался только в середине – второй половине XX в. и его становление «ознаменовало пересмотр концептуальных основ международного права» (стр. 11 дисс.). Этот вывод сделан на основе далеко не бесспорных посылок (стр. 34-36 дисс.). В частности, Г. В. Вайпан основывает свою позицию на том, что в более ранних упоминаниях принципу пропорциональности придавались «смыслы, характерные для правопонимания соответствующих эпох и принципиально отличные от современного смысла этой концепции».

Во-первых, вряд ли можно таким лаконичным образом разорвать интеллектуальную связь между современными трактовками принципа

пропорциональности и тем, что вкладывалось в этот принцип Аристотелем, который, напомню, в «Этике (к Никомаху)» (Кн. V) проводит различие между видами пропорциональности, выделяя «разделяющую» и «уравнивающую справедливость». Даже если развитие идеи о пропорциональности не было линейным, зависело от конкретной эпохи, а также было фрагментарным, почему эти общие, абстрактные умозаключения Аристотеля не могут считаться истоками принципа пропорциональности?

Во-вторых, то, что термин «пропорциональность» «стал частью международно-правового лексикона не ранее Первой мировой войны, а свою популярность приобрел только после Второй» (стр. 34), во многом было предопределено генезисом договорного международного права в целом. Многие отрасли международного права, как, к примеру, международное право прав человека, только начали своё формирование после окончания Второй мировой войны.

В-третьих, хотя принцип пропорциональности был имплицитно закреплен в договорных источниках международного гуманитарного права только в 1977 г. в ст. 51 Первого Дополнительного протокола, считается, что он сложился в виде международного обычая гораздо раньше²; в некоторых аспектах этот принцип был упомянут в Санкт-Петербургской декларации о запрещении употребления разрывных пуль 1868 г., а также Гаагском положении о законах и обычаях войны 1907 г. (ст. 23(g)), и, наконец, может рассматриваться как продолжение применения концепции «военной необходимости» в том виде, в котором она была изложена еще в «Кодексе Либера»³. Тот факт, что изначально принцип пропорциональности сформировался в отношении сражающихся, а лишь затем был прямо закреплён в отношении гражданских лиц, не означает, что ранее этот принцип был лишен

² Хенкерц, Ж.-М., Досвальд-Бек, Л. Обычное международное гуманитарное право. Т.1: Нормы. МККК, 2006. С. 61; Gardam J. Proportionality and Force in International Law // *The American Journal of International Law*. Vol. 87. No. 3. 1993. P. 391-413.

³ См.: Русинова В. Н. Принцип необходимости в международном гуманитарном праве: оправдано ли забвение? // Военное право. 2013. № 4. С. 1-12.

тех же функций взвешивания и поиска баланса между антагонистическими ценностями, что и в настоящее время.

Более того, тезис автора о том, что содержание принципа пропорциональности в XIX в. было обусловлено таким «формально-догматическим постулатом», как «наличие чётких классификаций, как, к примеру, “комбатант” – “гражданское лицо”», не выдерживает критики. Классификация лиц как была, так и остается краеугольным камнем действующего международного гуманитарного права. Кроме того, некорректна сама формулировка тезиса: термин «гражданские лица» появился в текстах международных договоров по международному гуманитарному праву достаточно поздно. В Четвертой Женевской конвенции 1949 г. понятие «гражданские лица» не раскрывается, и только в ст. 4 указывается, что ее покровительством пользуются лица, которые не состоят под защитой первых трёх Женевских конвенций 1949 г. Первая попытка дать определение понятия «гражданские лица» была предпринята МККК в 1956 г., когда был подготовлен проект правил об ограничении опасностей, с которыми сталкивается гражданское население во время войны⁴. В итоге, этот термин получил закрепление только в 1977 г. в Первом дополнительном протоколе (ст. 50).

3. Автор выносит на защиту вывод о том, что «неопределённость принципа пропорциональности является не относительной, а абсолютной» (стр. 12-13 дисс.), потому как применение этого принципа предполагает возможность циклического и логически бесконечного использования аргументов, основанных на применении двух взаимоисключающих подходов: фактического и ценностного. При этом имеется в виду, что сам принцип не содержит инструкций относительно расстановки преференций между этими двумя подходами. Однако, если вывод о невозможности окончательного установления «золотой середины» представляется логичным, то общее заключение о том, что

⁴ Draft Rules for the Limitation of the Dangers incurred by the Civilian Population in Time of War. ICRC, 1956 // XIXth International Conference of the Red Cross. New Delhi. October – November 1957.

«возможно всё» или «оправдано может быть всё» (см.: стр. 199 дисс.), исключает саму возможность существования «крайних точек», когда одновременное или раздельное применение как ценностного, так и фактического подходов должны приводить к однозначному выводу о непропорциональности предпринятых мер. Представленные в диссертации примеры объединяет то, что они как раз сосредоточены на проблеме установления той самой искомой середины. Но как быть с другими случаями? Возьмём, к примеру, нападение 12 июля 2002 г. на Салу Шехада, который являлся руководителем военизированного крыла движения «Хамас». В результате операции помимо Шехада погибло 12 человек, среди них жена, ребёнок террориста и еще несколько детей, сотни людей получили ранения. Столь многочисленные жертвы стали результатом сброса израильской авиацией 1-тонной бомбы на дом террориста, расположенный в густонаселенном районе сектора Газа. Можно ли в этом случае также утверждать, что принцип пропорциональности действительно «допускает всё»?

4. Проведя «деконструкцию» принципа пропорциональности и продемонстрировав, почему юристам не следует преувеличивать значение этого принципа, автор предлагает использовать сделанные им выводы в качестве инструментария «для оспаривания “худших” результатов применения принципа пропорциональности и создания “лучших”» (стр. 209 дисс.). Однако, определившись с «глубинной структурой» аргументации о пропорциональности, следовало ожидать, что в духе высказывания Н. МакКормика о том, что за деконструкцией должна следовать реконструкция⁵, будет предпринята попытка выйти за рамки, накладываемые критической методологией, и Г.В. Вайпан укажет на необходимость, как вариант, ограничения сферы применения принципа пропорциональности или,

⁵ MacCormick N. Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS // *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 10, Issue 4, 1990. P. 539–558.

по крайней мере, выступит с критикой предлагаемых подходов, не сводя их только к двум полярным точкам зрения⁶.

Выводы

Все указанные выше замечания и вопросы нацелены не на то, чтобы указать на допущенные ошибки или пробелы, они, скорее, ориентированы на то, чтобы лучше разобраться с выводами, которые сделаны в этой, безусловно, блестящей научной работе.

Основные положения диссертации изложены в научных публикациях, опубликованных в источниках, рекомендованных ВАК. Отдельно стоит указать на то, что выполненная на основе диссертационного исследования научная работа Г. В. Вайпана «Концепция пропорциональности в современном международном праве: малое зло ради великого блага» была удостоена 1-го места на конкурсе «Международное право в XXI веке» в 2015 году.

В целом, диссертационное исследование Г. В. Вайпана на тему «Принцип пропорциональности в современном международном праве» является законченной научно-квалификационной работой, которая содержит новые подходы к решению **актуальной научной задачи**, связанной с выявлением сущности и содержания принципа пропорциональности в международном праве, а также разработкой аналитического аппарата, призванного способствовать более эффективному использованию этого принципа при разрешении международных споров.

Теоретическая и практическая значимость выводов, сделанных в данном исследовании, не вызывает сомнений: по своему содержанию, форме, использованному научному аппарату, логичности и обоснованности выводов эта работа заслуживает того, чтобы быть настоятельно рекомендованной к изучению; также можно с уверенностью предсказать, что её результаты будут пользоваться большим успехом как в академической среде, так и среди

⁶ См., к примеру, точку зрения Г. Вердирама, который указывает на необходимость различать «ограниченные» и «ограничиваемые» права человека (*Verdirame G. Rescuing Human Rights from Proportionality*, in: *Philosophical Foundations of Human Rights* / Ed. by R. Cruft, S. M. Liao and M. Renzo. Oxford, 2015. P. 342-358.)

практикующих юристов. Будет справедливым признать, что этот научный труд поднимает планку отечественных исследований в области международного права на качественно новый интеллектуальный уровень.

На основании всего вышеизложенного можно сделать вывод, что диссертация Григория Викторовича Вайпана на тему «Принцип пропорциональности в современном международном праве» является актуальным, самостоятельно выполненным научным исследованием и соответствует всем предъявляемым к кандидатским диссертациям требованиям, установленным Приказом от 01.09.2016 г. № 6821/1 «О порядке присуждения учёных степеней в Санкт-Петербургском государственном университете», соискатель Григорий Викторович Вайпан заслуживает присуждения учёной степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.10 – Международное право; Европейское право.

Член Диссертационного совета

доктор юридических наук, доцент,
профессор кафедры международного публичного и частного права
факультета права Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики»

Русинова Вера Николаевна

ФГАОУ ВО «Национальный исследовательский университет
“Высшая школа экономики”» Адрес: 101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20
+ 7 495 771-32-32; hse@hse.ru

Подпись заверяю:

19 апреля 2018 г.

ТЕХНИСТ ПО
КАДРОВОМУ ПРОИЗВОДСТВУ
УДЕЛНОЕ КАДРОВОМУ АДМИНИСТРИРОВАНИЮ
УПРАВЛЕНИЯ ПЕРСОНАЛА
СЕРГУНИН Т.А.