

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

**Всемогущие арбитры?
Правотворчество в международном инвестиционном арбитраже**

**Время для европейского кодекса поведения
юридических представителей в международных судах?**

Пропорциональность: малое зло ради великого блага

**Евразийское и национальное правосудие:
путь к взаимопониманию**

**Международные торговые споры:
что неоспоримо, а о чём можно и поторговаться**

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№2 (14) • 2015

Учредитель и издатель
Институт права и публичной политики
<http://www.ilpp.ru>

Редакционный совет

А. И. Ковлер, д.ю.н., профессор
Б. Бауринг, профессор
Н. Вайич, Ph.D., профессор
Л. Малксоо, Ph.D., профессор
Т. Н. Нешатаева, д.ю.н., профессор
А. Нуссбергер, Dr.jur.habil., профессор
А. Я. Капустин, д.ю.н., профессор
Р. А. Колодкин, к.ю.н.
С. М. Пунжин, к.ю.н.
А. Ушацка, д.ю.н., профессор
М. Л. Энтин, д.ю.н., профессор

Редакционная коллегия

Е. С. Алисиевич, к.ю.н.
К. И. Дегтярев, MA, Ph.D.
И. В. Рачков, LL.M., к.ю.н.
В. Н. Рушинова, LL.M., к.ю.н.
В. В. Старженецкий, к.ю.н.
М. П. Трунк-Фёдорова, LL.M., к.ю.н.
О. С. Чернышова, LL.M., к.ю.н.

Ассоциированные члены коллегии

Д. В. Тренина, к.ю.н.
В. О. Нешатаева, к.ю.н.

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Журнал издаётся при финансовой поддержке Совета Европы. Ответственность за содержание журнала несёт исключительно Издатель, и оно ни при каких обстоятельствах не может рассматриваться как отражающее позицию Совета Европы

Финансовая поддержка предоставлена также

Адвокатским бюро



Зарегистрирован в Министерстве РФ по делам печати, телерадиовещания и средств массовых коммуникаций
Свидетельство о регистрации ПИ №ФС77-31442 от 19 марта 2008 года
Тираж 500 экз. Периодичность — 4 номера в год
Позиции авторов статей могут не совпадать с мнением редакции
При цитировании материалов ссылка на журнал и правообладателя обязательна
Перепечатка разрешена только с письменного согласия правообладателя
© Институт права и публичной политики, 2015

PRAXIS

RES JUDICATA

ОБЗОР СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ
МЕЖАМЕРИКАНСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА
ДЕКАБРЬ 2013 – ИЮНЬ 2014 ГОДА
Оскар Парра Вера

3

SCRIPTORIUM

JUSTICIA

ОБЩИЕ ЭТИЧЕСКИЕ СТАНДАРТЫ ДЛЯ ЮРИДИЧЕСКИХ
ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ В СУДЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА
И ЕВРОПЕЙСКОМ СУДЕ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА
Армен Сарварян

18

МЕЖДУ ИДЕАЛИЗМОМ И РЕАЛИЗМОМ:
СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ПРОЦЕССА НАЗНАЧЕНИЯ
ЧЛЕНОВ МЕЖАМЕРИКАНСКОЙ КОМИССИИ
И МЕЖАМЕРИКАНСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА
И НЕКОТОРЫЕ ПРЕДЛОЖЕНИЯ
ПО ЕГО СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ (ЧАСТЬ 2)
Лоренс Бюргорг-Ларсен

41

ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО МЕЖДУНАРОДНОГО СУДА ООН:
ВСТУПЛЕНИЕ В ДЕЛО (ЧАСТЬ 3)
Сергей Пунжин

55

JUS GENTIUM

КОНЦЕПЦИЯ ПРОПОРЦИОНАЛЬНОСТИ
В СОВРЕМЕННОМ МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ:
МАЛОЕ ЗЛО РАДИ ВЕЛИКОГО БЛАГА
Григорий Вайпан

66

LEX MERCATORIA

АРБИТР КАК НОРМОТВОРЕЦ:
ПРАВОВОТВОРЧЕСКИЙ ПРОЦЕСС
В ИНВЕСТИЦИОННОМ АРБИТРАЖЕ
Катарина Тити

85

JUS IN BELLO

ТРЕБОВАНИЯ ПРОВЕДЕНИЯ
«ЭФФЕКТИВНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ» ПРЕСТУПЛЕНИЙ
И НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ИХ РЕАЛИЗАЦИИ
В СВЯЗИ С ВООРУЖЕННЫМИ КОНФЛИКТАМИ
Андрей Антонов

100

TERRA INCOGNITA

ЕДИНООБРАЗНОЕ ПРАВОО ПРИМЕНЕНИЕ –
ЦЕЛЬ СУДА ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА
Татьяна Нешатаева

115

ACADEMIA

CONVENTUS ACADEMICI

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ТОРГОВЫЕ СПОРЫ:
О ЧЁМ СПОРЯТ УЧЁНЫЕ И ПРАКТИКИ.
БРИФИНГ КОНФЕРЕНЦИИ
Анастасия Рогозина

126

LIBRORUM

ОКНО... В ЕВРОПУ?

РЕЦЕНЗИЯ

RUSSIA AND EUROPEAN HUMAN-RIGHTS LAW. THE RISE OF THE CIVILIZATIONAL ARGUMENT / ED. BY L. MÄLKSOO. LEIDEN ; BOSTON : BRILL NIJHOFF, 2014

Алёна Борисова

CONTENTS

131

135

ПОДПИСКА НА 2015 ГОД

НА ЖУРНАЛ «МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ»

Россия

Подписка производится во всех отделениях почтовой связи:

- по каталогу агентства «Роспечать» «Газеты. Журналы», подписной индекс журнала в каталоге – 70212.

Через альтернативные агентства подписки:

- ООО «Агентство "ТАЛ"»
Тел.: (495) 795-23-00
- ООО «Агентство "Урал-Пресс"»
Тел.: (495) 789-86-36 • <http://ural-press.ru>

В редакции подписка на журнал возможна с любого номера.

За дополнительной информацией обращаться:

Тел.: (495) 608-69-59, 608-66-35
e-mail: ilpp-ccr@mail.ru • <http://ilpp.ru/journal/ijj/>

Страны СНГ и Балтии

Оформить подписку на журнал можно по каталогам агентства «Роспечать» «Газеты. Журналы» и «Russian Newspapers & Magazines» в отделениях почтовой связи или на сайте агентства в сети Интернет: <http://www.rospr.ru>, подписной индекс журнала в каталоге – 70212.

Страны дальнего зарубежья

Для стран дальнего зарубежья подписка на журнал оформляется:

- через партнеров фирмы ЗАО «МК-Периодика» или непосредственно в ЗАО «МК-Периодика» по адресу: Россия, 111524 Москва, ул. Электродная, д. 10.
Тел.: +7 (495) 672-70-12 • Факс: +7 (495) 306-37-57
e-mail: info@periodicals.ru • <http://www.periodicals.ru>

ВАША РЕКЛАМА

НА СТРАНИЦАХ ЖУРНАЛА

Редакция приглашает издателей, образовательные, исследовательские, правозащитные, консалтинговые, юридические и иные организации к размещению своей рекламы, а также информации о публикациях, мероприятиях, конкурсах, проектах на страницах журнала «МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ».

Размещение рекламы в журнале возможно:

- на платной основе;
- на основе взаимобмена.

Возможно также обсуждение иных форм сотрудничества.

По всем вопросам обращаться в редакцию.

Распространяется по подписке

Адрес редакции: 129090, Москва, ул. Щепкина, д. 8

Для корреспонденции: 129090, Москва, а/я 140

Тел.: +7 (495) 608-69-59; 608-66-35

Факс: +7 (495) 608-69-15

E-mail: ilpp-ijj@mail.ru

Отпечатано: ООО «Буки Веди»

119049, г. Москва, Ленинский проспект, д. 4, стр. 1А

eLIBRARY.RU

Приобрести электронную версию любого выпуска или статьи журнала теперь можно через Российскую универсальную научную электронную библиотеку.

Страница журнала в электронном каталоге:

http://elibrary.ru/title_items.asp?id=32912

Для того чтобы заказать статью, Вам необходимо:

1. Зарегистрироваться. Регистрация пользователя является необходимым условием для получения доступа к полным текстам публикаций. Страница регистрации: http://elibrary.ru/author_info.asp?isnew=1
2. Оплатить заказ. Вы можете воспользоваться тремя видами оплаты публикаций:
 - с помощью электронного сервиса Robokassa (сервис, позволяющий осуществить платеж в любой электронной валюте с помощью SMS-сообщений, через систему денежных переводов Contact или через терминалы мгновенной оплаты),
 - через любое отделение Сбербанка (или другого банка, принимающего платежи от частных лиц),
 - а также непосредственно в офисе Российской универсальной научной электронной библиотеки.

Подробности оплаты заказа Вы можете узнать на странице:

<http://elibrary.ru/projects/subscription/private.asp>

Доступна также подписка для организаций. С правилами подписки для организаций можно ознакомиться на странице:

<http://elibrary.ru/projects/subscription/orgs.asp>

Концепция пропорциональности в современном международном праве: малое зло ради великого блага*

Григорий Вайпан**

Сущность пропорциональности – ключевой концепции в современном международном праве – во многом остаётся непонятой. С одной стороны, преобладающий в науке и практике взгляд на пропорциональность ошибочно исходит из того, что данная концепция способна обеспечить существование «третьего пространства» между правом и политикой – пространства, которое позволяет открыто вести политические дискуссии, но в то же время удерживает эти дискуссии в определённых правовых рамках. С другой стороны, концепция пропорциональности не капитулирует перед политикой – она постоянно колеблется между правом и политикой, стремясь их примирить, но постоянно оказываясь то на одном, то на другом полюсе. В настоящей работе предлагается новый взгляд на концепцию пропорциональности как непрерывный диалектический процесс юридической аргументации и намечается общая структура такой аргументации.

→ Пропорциональность; прагматизм; политика; «третье пространство»; метод деконструкции; аргументация; контрмеры

I. Введение

Ярким эпизодом знаменитой пьесы У. Шекспира «Венецианский купец» является судебный процесс с участием купца Антонио и ростовщика Шейлока, в ходе которого последний требует причитающуюся ему неустойку по просроченному векселю – право вырезать фунт мяса из тела купца. Бассанио, друг купца, умоляет судью пощадить Антонио и взывает к справедливости, хотя и признаёт, что ради неё придётся поступиться буквой до-

говора: «Я вас молю – неправду совершить малейшую из-за великой правды...»¹.

Эти слова, как в переводе, так и в оригинале пьесы – «...ради великого блага совершите малое зло...» («...to do a great right, do a little wrong...»)² – как нельзя ёмко отражают вечные проблемы юриспруденции – проблему выбора меньшего из двух зол, проблему соразмерности цели и средств. Однако именно в современную эпоху эти проблемы получают в праве самое непосредственное выражение. Наиболее ярким тому примером

* Статья представляет собой конкурсную работу, удостоенную в 2015 году Премии «Международное право в XXI веке» за лучшую научную работу по международному публичному праву. Публикуется с незначительными изменениями редакционного характера. Фрагменты работы также использованы при подготовке следующей статьи: *Vaipan G. Choosing Among the Shades of Nuance: the Discourse of Proportionality in International Law // Global Jurist. 2015. Vol. 15(2).*

** *Вайпан Григорий Викторович* – магистр права (LL.M.) (Школа права Гарвардского университета), аспирант кафедры международного права юридического факультета Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова, юрист Института права и публичной политики (e-mail: vaipan-grixa@yandex.ru).

¹ *Шекспир У.* Венецианский купец / Пер. П. Вейнбега. URL: http://lib.ru/Shakespeare/shks_mercant2.txt (дата обращения: 18.06.2015).

² *Shakespeare W.* The Merchant of Venice. URL: <http://shakespeare.mit.edu/merchant/full.html> (дата обращения: 18.06.2015).

является всё более широкое использование концепции пропорциональности в международном праве.

«Сегодня мы живём в эпоху пропорциональности»³ — так характеризует нынешнее состояние юриспруденции А. Барак (Aharon Barak). Данная концепция прочно закрепились в таких отраслях международного права, как право применения силы⁴, гуманитарное право⁵, право прав человека⁶, инвестиционное право⁷, и ряде других. Сам термин «пропорциональность» стал неотъемлемой частью профессионального лексикона юриста-международника. Однако несмотря на популярность пропорциональности, теоретическое осмысление её существа и роли в международном праве практически отсутствует. Данное обстоятельство тем более удивительно, что практическое применение пропорциональности и отраслевые исследования данной концепции обнаруживают наличие серьёзных споров и взаимных непониманий относительно того, что такое пропорциональность и как устанавливать её наличие или отсутствие. Потребность в фундаментальном исследовании концепции пропорциональности констатируется как в российской⁸, так и в зарубежной науке⁹.

В настоящей работе концепция пропорциональности рассматривается в контексте общей эволюции международно-правовой мысли от формально-догматического подхода к прагматическому подходу. Двадцатый век стал периодом нарастающего разочарования юристов в формально-догматическом подходе, который был окрещён «механистической

юриспруденцией»: с одной стороны, ему вменялся в вину отрыв от реальности, вызванный исключением всех «неправовых» (политических, экономических, социологических) факторов из формально-догматического анализа; с другой стороны, критике подвергалась присущая формально-догматическому подходу идея о целостности и логической завершенности правовой системы, которая на деле — в силу абстрактного характера правовых понятий — приводила к «злоупотреблению дедукцией» и произвольному правоприменению¹⁰. Иными словами, формально-догматический подход упрекают в *неспособности обеспечить социальную восприимчивость, реалистичность международного права (“relevance”) и в то же время сохранить его верховенство, автономию, независимость от политических предпочтений (“autonomy”)*¹¹. В интеллектуальных попытках совместить социальную восприимчивость международного права с его автономией отразилась вся история международно-правовой науки (и юридической науки в целом) двадцатого века. Её итогом стал поворот к прагматизму. Прагматический подход к праву предполагает смещение акцентов с исследования норм и принципов права как таковых на выяснение того, как использовать эти нормы и принципы для согласования сталкивающихся интересов и ценностей и ради достижения результатов, наиболее приемлемых для международного сообщества¹².

Пропорциональность, получившая распространение в международном праве начиная с середины двадцатого века, является

³ Barak A. Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations. N.Y., Cambridge, 2012. P.457.

⁴ См. Gardam J. Necessity, Proportionality and the Use of Force by States. N.Y., Cambridge, 2004.

⁵ См. Newton M., May L. Proportionality in International Law. N.Y., 2014.

⁶ См. Christoffersen J. Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights. Leiden, Boston, 2009.

⁷ См. Kingsbury B., Schill S. Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality, and the Emerging Global Administrative Law // 50 Years of the New York Convention / Ed. by A. J. van Den Berg. Alphen aan den Rijn, 2009. P.5.

⁸ Дедов Д. И. Соразмерность ограничения свободы предпринимательства. М., 2002. С. 12.

⁹ См. Gardam J. Op. cit. P. 2–3.

¹⁰ Об этом см.: Kennedy D. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000 // The New Law and Development: A Critical Appraisal / Ed. by D.M. Trubek, A.Santos. N.Y., Cambridge, 2006. P.19, 37–40. Авторство термина «механистическая юриспруденция» (“mechanical jurisprudence”) принадлежит американскому юристу Р. Паунду (Roscoe Pound).

¹¹ Данные термины введены Р. Фолком (Richard Falk). См. Falk R. The Status of Law in International Society. Princeton, 1970. P.xi. Финский юрист-международник М. Коскениеми (Martti Koskenniemi) для обозначения тех же понятий оперирует терминами «конкретность» (“concreteness”) и «нормативность» (“normality”). См. Koskenniemi M. From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument. 2nd ed. N.Y., Cambridge, 2005. P.17–23.

¹² О переходе к прагматизму в современном международном праве см.: Koskenniemi M. The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870–1960. N.Y., Cambridge, 2002. Ch. 5, 6; Kennedy D. The “Rule of Law”, Political Choices, and Development Common Sense // D. M. Trubek, A. Santos. Op. cit. P.95, 120–123.

олицетворением прагматизма. В общетеоретических работах, положительно оценивающих данную концепцию¹³, сущность пропорциональности рассматривается именно как удачное сочетание «реалистичности» и «автономии». С одной стороны, пропорциональность означает, что правоприменитель должен осуществлять непосредственную оценку и согласование конкурирующих интересов, найти между ними баланс, оценивая как социальную полезность определённого поведения в конкретной ситуации, так и социальный вред, причиняемый таким поведением. Пропорциональность предполагает достижение правового решения посредством обращения не к абстрактным юридическим понятиям, а к политической реальности. С другой стороны, пропорциональность требует принятия такого решения, которое представляет собой своеобразную «золотую середину». Правоприменитель не вправе избирать, исходя из своего политически обусловленного усмотрения, любой вариант разрешения спора — он должен обеспечить «пропорциональный» результат. К примеру, автор единственного в российской науке общетеоретического исследования пропорциональности Д. И. Дедов подчёркивает, с одной стороны, что концепция пропорциональности «делает право ближе к реалиям человеческой деятельности, в основе которой лежит индивидуальный интерес»¹⁴, но, с другой стороны, утверждает, что пропорциональность «влечёт за собой, по сути, ограничение... власти»¹⁵. Подобная двойственность пропорциональности является отражением складывающегося профессионального мировоззрения юристов-прагматиков, которые разуверились в формально-догматической силе права, но в то же время не приемлют низведения права до статуса риторического инструмента, одного из средств достижения политических целей.

Иными словами, пропорциональность — это надежда современного поколения юристов, которые стремятся сохранить, по образному выражению Д. Кеннеди (Duncan Kennedy), «третье пространство» (“third space”)¹⁶ между правом и политикой, то есть «отвергнуть механистическую юриспруденцию, не отвергая понятия права»¹⁷.

Настоящая работа представляет собой попытку опровергнуть данное представление о концепции пропорциональности и заложить основу для альтернативной теории, в большей степени соответствующей потребностям современной науки и практики. На основе метода деконструкции, используемого представителями школы критических правовых исследований (*critical legal studies*)¹⁸, демонстрируется, что концепция пропорциональности, основанная на гармоничном сочетании политики и права, «реалистичности» и «автономии» международного права, несостоятельна. В действительности применение пропорциональности состоит в постоянном колебании между правом и политикой, между «автономией» и «реалистичностью», что, в свою очередь, открывает взгляд на пропорциональность как непрерывный процесс юридической аргументации и позволяет наметить общую структуру такой аргументации.

Работа состоит из пяти разделов, включая введение (I) и заключение (V). Диалектическое противоречие между существующими представлениями о сущности пропорциональности рассматривается на общетеоретическом уровне в разделе II, на примере права международной ответственности государств в разделе III и на уровне судебной практики в разделе IV. Итогом «деконструкции» является формулирование общей структуры юридической аргументации, основанной на концепции пропорциональности, в разделе IV.

¹³ В теории международного права см.: *Cannizzaro E.* Il Principio della Proporzionalità nell'ordinamento Internazionale. Milano, 2000; *Franck T.M.* On Proportionality of Countermeasures in International Law // *American Journal of International Law*. 2008. P.715. В общей теории права см.: *Дедов Д.И.* Указ. соч.; *Barak A.* Op. cit.

¹⁴ *Дедов Д.И.* Указ. соч. С. 7.

¹⁵ Там же.

¹⁶ *Kennedy D.* A Semiotics of Legal Argument // *Collected Courses of the Academy of European Law*. 1994. Vol. III. Book 2. P.309, 318. Аналогичная метафора, предложенная А. Бараком, — «зона пропорциональности» (см. *Barak A.* Op. cit. P.415–418).

¹⁷ *Aleinikoff T.A.* Constitutional Law in the Age of Balancing // *Yale Law Journal*. 1986–1987. P.943, 949.

¹⁸ Ведущими работами по теории международного права, основанными на методе деконструкции, являются: *Kennedy D.* International Legal Structures. Baden-Baden, 1987; *Koskenniemi M.* From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument. 2nd ed. N.Y., Cambridge, 2005.

II. Теория пропорциональности: борьба за «третье пространство»

Обоснование особого места пропорциональности, её существования в «третьем пространстве» между правом и политикой, является центральной задачей современных исследователей, полагающихся на эту концепцию. С одной стороны, пропорциональность позиционируется как воплощение разумности и справедливости, выходящее за рамки формально-логического применения норм и принципов права; как *методика* принятия решений, предоставляющая правоприменителю усмотрение во «взвешивании» конфликтующих интересов, в оценке желательности либо нежелательности тех или иных социальных последствий. С другой стороны, пропорциональность постулируется как юридически обязательный *принцип*, заключающий в самом себе пределы усмотрения правоприменителя и потому не допускающий принятия сугубо политических решений¹⁹. Суть доминирующего понимания пропорциональности весьма ёмко выражена А. Бараком: «Пропорциональность не может гарантировать полной объективности. В действительности, [пропорциональность] содержит элемент судейской дискреции, которая должна осуществляться с элементом судейской субъективности. Но пропорциональность ограничивает судейскую дискрецию...»²⁰.

Целостность подобного «третьего пространства» постоянно ставится под сомнение самим фактом существования разногласий между субъектами права. Как замечает М. Коскениеми, «процесс выявления и обоснования «золотой середины» является сферой неустрашимого соперничества»²¹. Действительно, в *каждом* юридическом споре стороны расходятся во мнении о том, где именно должна проходить грань между допустимым и недопустимым (пропорциональным и непропорци-

ональным) поведением. Это, в свою очередь, обуславливает *необходимость выявления механизмов, при помощи которых концепция пропорциональности позволяет устанавливать «правильный» — политически справедливый и юридически корректный — баланс интересов в каждом конкретном деле.*

В теории международного права были предложены два подобных механизма: один предполагает решение вопроса о пропорциональности на основе *фактов*, другой — на основе *ценностей*. Далее оба подхода описываются на примере работ их наиболее последовательных современных представителей, и демонстрируется, как диалектическое противоречие между данными подходами не позволяют ни одному из них выполнить своё предназначение.

Фактический подход в его «чистом» виде отстаивает Г. Нольте (Georg Nolte). С его точки зрения, опора на факты является единственным надёжным способом предотвратить злоупотребление международным правом в свете глубоких политических разногласий между субъектами международных отношений²². Анализ пропорциональности должен строиться лишь на таких факторах, «которые имеют повышенную степень наглядности либо которые являются очевидными»²³. Тест пропорциональности должен быть «описательным, наглядным, ориентированным на факты и объективно подтверждаемым»²⁴. Нольте полагает, что таковым можно считать, к примеру, тест пропорциональности в международном гуманитарном праве, который за счёт использования таких понятий, как «ущерб гражданским объектам, который был бы чрезмерным по отношению к конкретному и прямому военному преимуществу» апеллирует к конкретным доказуемым фактическим сравнениям²⁵. В то же время Нольте не доверяет ценностно-ориентирован-

¹⁹ О пропорциональности как «методике» см. *Christoffersen J.* Op. cit. P.224; *Kingsbury B., Schill S.* Op. cit. P.52. О пропорциональности как «принципе» см. *Дедов Д.И.* Указ. соч. С. 7; *Franck T.M.* Op. cit. P.716; *Orakhelashvili A.* The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions // *European Journal of International Law.* 2005. P.59, 67. В настоящей работе пропорциональность обозначается нейтральным термином «концепция».

²⁰ *Barak A.* Op. cit. P.478.

²¹ *Koskeniemi M.* From Apology to Utopia. Op. cit. P.596.

²² См. *Nolte G.* Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law // *Law & Ethics of Human Rights.* 2010. P.243, 251.

²³ *Ibid.* P.250.

²⁴ *Nolte G.* Multipurpose Self-Defence, Proportionality Disoriented: A Response to David Kretzmer // *European Journal of International Law.* 2013. P.283, 289.

²⁵ См. *Nolte G.* Thin or Thick? Op. cit. P.251.

ным критериям, которые делают пропорциональность «более расплывчатой»²⁶. Подход Нольте — это подход эмпирических наблюдений, измерений и подсчётов. *Идеи, отстаиваемые Нольте, лежат в основе всякой юридической теории, которая рассматривает пропорциональность как соразмерность между сталкивающимися интересами.* В формуле пропорциональности, использованной в «Венецианском купце», это соотношение выражено через количественное противопоставление *малого* зла *великому* благу, то есть определённое действие допустимо лишь в том случае, если вред от него не превышает пользу.

Ценностный подход наиболее последовательно отражен в работах Р.Хиггинс (Rosalyn Higgins). Она исходит из того, что функциональное назначение международного права состоит в «создании действующей системы для реализации ценностей, которые мы разделяем — безопасность, свобода, получение достаточных материальных благ». Международное право представляет собой не совокупность норм, а «процесс решения проблем»²⁷ с целью наиболее полного воплощения ценностей, разделяемых всем международным сообществом. Роль пропорциональности состоит в том, чтобы облегчить этот процесс, смягчить конфликты, согласовать конкурирующие интересы²⁸. По образному выражению Хиггинс, пропорциональность «смазывает колеса международного права»²⁹ по мере того, как последнее «катится» в сторону заданных социально-значимых целей. Хиггинс признаёт важность учёта фактов, однако считает, что только ценности способны задать стандарт сравнения и оценки фактов. В своём особом мнении к *Консультативному заключению Международного Суда ООН относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения* Хиггинс обращала внимание на то, что самого по себе факта причинения ядерным оружием значительного вреда — без анализа того, способствует ли в обстоятельствах конкретного дела такое использование достиже-

нию цели выживания человечества — недостаточно для вывода о незаконности ядерного оружия³⁰. *Идеи, выраженные Хиггинс, являются основой всякой теории, которая рассматривает пропорциональность как соразмерность между средством и целью.* В «Венецианском купце» такая соразмерность указанием на благоую цель совершения зла — действие, причиняющее вред, допустимо лишь поскольку, поскольку его совершение необходимо *ради* блага.

Ни фактический подход, ни ценностный подход по отдельности не в состоянии обеспечить сохранение «третьего пространства», поскольку *они взаимно исключают друг друга, но вместе с тем взаимозависимы.*

Для того, чтобы оценить пропорциональность на основе фактов, необходимо сравнить их. Это порождает две проблемы. Во-первых, каждое конкретное сравнение может быть подвергнуто критике как механистическое, поскольку оно включает одни факты и исключает другие (делая концепцию пропорциональности «*нереалистичной*»). Во-вторых, при этом невозможно обосновать, почему какая-либо иная комбинация фактов является менее обоснованной, чем избранная, что позволяет правоприменителю руководствоваться своим субъективным восприятием при отборе фактов, значимых для сравнения (лишая концепцию пропорциональности «*автономии*»). Иными словами, сам по себе фактический подход одновременно *беспомощен* и *беспомоощен*: мы не знаем, какие факты подлежат включению в сопоставление и какую значимость имеет тот или иной факт — но мы также не в состоянии оспорить чьё-либо альтернативное фактическое описание как юридически некорректное.

Однако ценностный подход сталкивается с теми же проблемами. С одной стороны, ценности, используемые при оценке пропорциональности («свобода», «безопасность» и т. п.) сформулированы абстрактно, что делает их сугубо формальными и не позволяет напрямую «вывести» из них какие-либо конкретные решения (проблема «*нереалистич-*

²⁶ См. *Nolte G. Thin or Thick?* Op. cit. P.252.

²⁷ *Higgins R. Problems and Process: International Law and How We Use It.* N.Y., Oxford, 1994. P.267.

²⁸ *Ibid.* P.1.

²⁹ *Ibid.* P.219.

³⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion.* 1996 I.C.J. 226, 583. Paras. 20, 41 (Dissenting Opinion of Judge Higgins).

ности»). С другой стороны, формальный характер ценностей делает невозможным различение юридически корректной и некорректной интерпретаций их по существу, что позволяет правоприменителю полагаться на своё субъективное восприятие ценностей и «правильного» баланса между ними (проблема *потери «автономии»*). Ценностный подход также оказывается *бесполезным и беспомощным*.

Формула пропорциональности в «Венецианском купце» выражает описанную двойственность пропорциональности: для сопоставления фактов требуется внешний оценочный стандарт (*какое зло считать «малым»? какое благо считать «великим?»*), для согласования ценностей необходимо знать контекст (*до каких пределов можно говорить о том, что данное зло оправдано достижением данного блага?*). В результате оценка пропорциональности осуществляется не сопоставлением фактов и не сопоставлением ценностей, а непрерывным процессом переноса фактических сравнений в область ценностей и наоборот. Данный процесс может быть прерван только путём покидания «третьего пространства». В следующем разделе приведённые общие рассуждения будут проиллюстрированы на примере актуального в настоящее время вопроса о пределах применения государствами контрмер по праву международной ответственности.

III. Пропорциональность контрмер: количество vs. качество

Концепция пропорциональности является общепризнанным условием правомерности применения государством контрмер³¹ в ответ

на совершённое в отношении него международно-противоправное деяние³². При этом характерно, что значимость пропорциональности обосновывается с позиций вышеупомянутой двойной задачи обеспечения «реалистичности» и «автономии» международного права.

С одной стороны, пропорциональность воспринимается как социальным значимый инструмент нахождения баланса между интересами потерпевшего государства и интересами государства, совершившего международно-противоправное деяние³³. Она призвана гарантировать не только восстановление прав первого, но и уважение прав последнего: в то время как пропорциональность допускает применение «общественных санкций в отношении правонарушителя», она также «защищает субъективный интерес правонарушителя не быть подвергнутым чрезмерному принуждению»³⁴. Как отмечает В. А. Василенко, концепция пропорциональности «имеет в своей основе начала взаимности, справедливости и целесообразности»³⁵. Само по себе её использование уже предполагает оценку социальных последствий применения контрмер, а также направленность на поиск разумных и взаимоприемлемых решений. По мнению Р. О'Кифи (Roger O'Keefe), пропорциональность нацелена на достижение «совокупной справедливости», то есть ситуации, при которой «вред, причиненный реакцией на правонарушение, не перевешивает вреда, причиненного самим правонарушением»³⁶. Аналогичным образом, в ходе работы Комиссии международного права (*далее* — КМП) ООН над темой ответственности государств специальный докладчик Г. Аранжио-Руис (Gaetano Arangio-Ruiz) обращал внимание на то, что пропорциональность является

³¹ В российской и зарубежной науке международного права для обозначения контрмер также применялись и применяются термины «сапомощь», «репрессалии», «санкции». Об эволюции терминологии и соотношении данных понятий см.: Лукашук И. И. Право международной ответственности. М., 2004. С. 309–312, 325; Кешнер М. В. Экономические санкции в современном международном праве. М., 2015. С. 19–39.

³² Комментарий Комиссии международного права (КМП) ООН к Статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния // Доклад КМП ООН о работе её пятьдесят третьей сессии (23 апреля – 1 июня и 2 июля – 10 августа 2001 года) // Док. ООН А/56/10. С. 46, 354 (ст. 51); *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, 1997 I.C.J. 7, 56. Para. 85; *Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France*, 18 R.I.A.A. 417, 443. Para. 83 (1978).

³³ См. Лукашук И. И. Указ. соч. С. 327.

³⁴ Cannizzaro E. The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures // *European Journal of International Law*. 2001. P. 889, 890.

³⁵ Василенко В. А. Международно-правовые санкции. Киев, 1982. С. 166.

³⁶ O'Keefe R. Proportionality // *The Law of International Responsibility* / Ed. by J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson. Oxford: Oxford University Press, 2010. P. 1157, 1160.

«соотношением между двумя злодеяниями, которые воплощены, соответственно, в нарушении и в ответе на него»³⁷. Наличие социально-ориентированной концепции пропорциональности отличает современное понятие контрмер от его исторического предшественника — репрессалий по классическому международному праву, которые предполагали наличие у потерпевшего государства возможности восстановления своих прав без учёта последствий таких действий для государства-нарушителя и международного сообщества³⁸.

С другой стороны, пропорциональность рассматривается как ограничитель свободы усмотрения потерпевшего государства в выборе контрмер. С этой точки зрения, пропорциональность является юридически обязательным правилом, которое очерчивает — пусть и примерно — пределы допустимого вмешательства в сферу интересов государства, совершившего международно-противоправное деяние, «кладёт чёткую грань между правомерными и неправомерными действиями государств»³⁹. Тем самым она «обеспечивает определённую предсказуемость реакции на правонарушение»⁴⁰ и «играет видную роль в ограничении полномочий по использованию контрмер»⁴¹. Утверждается, что наличие концепции пропорциональности позволяет международному праву предотвращать злоупотребление правом при реализации контрмер⁴², поддерживать международную законность⁴³ и сдерживать эскалацию межгосударственных конфликтов, блокируя «бесконечно прогрессирующий процесс применения репрессалий, контррепрессалий и контрконтррепрессалий»⁴⁴.

Сочетание двух указанных перспектив обусловило превращение концепции пропорциональности в подлинный «центр тяжести» современного права контрмер. Поскольку от международного права эпохи прагматизма ожидается достижение социально оптимального и юридически контролируемого баланса интересов государства-потерпевшего и государства-нарушителя, постольку пропорциональность становится ключевым критерием правомерности любой контрмеры⁴⁵. Правомерная контрмера есть пропорциональная контрмера. Это, в свою очередь, означает, что формулирование и закрепление ясного и чёткого правила пропорциональности становится принципиально важным условием, без которого невозможно разграничение правомерных и неправомерных контрмер. Как отмечает Э.Цоллер (Elisabeth Zoller), «понятие пропорциональности является предпосылкой для формирования недвусмысленного правового режима контрмер»⁴⁶.

Тем не менее, несмотря на всю важность вопроса о содержании пропорциональности, ни наука международного права, ни практика его применения не смогли продвинуться в этом направлении сколь-нибудь далеко. Один за другим исследователи констатируют: «Наблюдается удивительно мало согласия в том, что касается роли и содержания пропорциональности в системе международной ответственности государств»⁴⁷. При этом в центре споров оказывается вопрос о том, на основе какого стандарта, каких критериев должна оцениваться пропорциональность конкретной контрмеры. Обобщая состояние дискуссии,

³⁷ I.L.C., Fourth Report on State Responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur. Para. 56, U.N. Doc. A/CN.4/444 and Add. 1-3 (1992).

³⁸ См. Уляницкий В. Международное право. Томск, 1911. С. 373–374; Тункин Г.И. Теория международного права. М., 1970. С. 439–441.

³⁹ Шармазанашвили Г.В. Право мира. Тбилиси, 1961. С. 137.

⁴⁰ Cannizzaro E. Op. cit. P. 890.

⁴¹ Ibid. P. 889.

⁴² См. Лукашук И.И. Международное право: Особенная часть. М., 2008. С. 406.

⁴³ См. Василенко В.А. Указ. соч. С. 167.

⁴⁴ McDougal M., Feliciano F. Law and Minimum World Public Order. New Haven, 1961. P. 680–681. В Деле о воздушном сообщении арбитраж отметил, что «обращение в контрмерах создает риск возникновения, в ответ, дальнейшей реакции, таким образом приводя к эскалации, которая усугубит конфликт», и поэтому особенно важно, чтобы концепция пропорциональности привносила в контрмеры «дух великой умеренности» (*Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France*, 18 R.I.A.A. 417, 445. Para. 91 (1978)).

⁴⁵ См. Лукашук И.И. Указ. соч. С. 406 («Пропорциональность имеет первостепенное значение для определения правомерности контрмер»).

⁴⁶ Zoller E. Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures. N.Y., 1984. P. 127.

⁴⁷ Cannizzaro E. Op. cit. P. 890. См. также: *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, 1997 I.C.J. 7, 223 (Dissenting Opinion of Judge Vereschetin) («...Тест пропорциональности ...является крайне неопределённым»); I.L.C., Third Report on State Responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur. Para. 65, U.N. Doc. A/CN.4/440 and Add. 1 (1991) («...Как в практике, так и в науке отсутствует единообразие относительно точной сути пропорциональности...»); Василенко В.А. Указ. соч. С. 164 («...В современном международном праве отсутствуют чёткие нормы, которые определяли бы содержание принципа пропорциональности»).

Г. Аранжио-Руис указывал, что, в то время как все исследователи согласны с применимостью концепции пропорциональности как таковой, существует непонимание по поводу того, «требуется ли соблюдение пропорциональности относительно самого противоправного деяния, или его последствий, или конкретной — конечной или промежуточной — цели ответной меры, или относительно сочетания двух или более из этих элементов»⁴⁸. Вместе с тем, при ближайшем рассмотрении оказывается, что все имеющиеся взгляды могут быть отнесены либо к *фактическому* подходу, либо к *ценностному* подходу. В настоящем разделе обосновывается, что дихотомия «факты — ценности» в праве международной ответственности проявляет себя во взаимном противопоставлении *количественного* и *качественного* подходов, и что неспособность науки и практики предложить стандарт пропорциональной контрмеры, который был бы одновременно «*реалистичным*» и «*автономным*», «запрограммирован» в самом соотношении этих двух подходов, в их логической взаимозависимости.

1. Количественный подход

Количественный подход определяет пропорциональность путём обращения к фактическим обстоятельствам международно-противоправного деяния, совершение которого обусловило применение контрмеры. Опора на факты призвана гарантировать, что реакция потерпевшего государства соответствует «действительному» социальному вреду, который был причинён правонарушением. Но факты также нужны и для того, чтобы ограничить потерпевшее государство, выступая в качестве «объективной» доказательственной основы, которая может служить мерилom допустимого ответа. Иными словами, количественная пропорциональность подразумевает *эквивалентность* между правонарушением и контрмерой, и таким образом она призвана

обеспечить соответствие контрмер реальным социальным потребностям («*реалистичность*») и предотвратить превращение контрмер в бесконтрольное принуждение («*автономия*»).

Хрестоматийным примером количественного подхода является принятое в 1928 году решение международного арбитража по делу *Наулилаа*. В ответ на пограничный инцидент между германскими и португальскими войсками, произошедший в Юго-Восточной Африке в ходе Первой мировой войны и повлёкший гибель трёх германских военнослужащих, Германия атаковала и уничтожила несколько военных фортов на португальской территории. В решении, которое является одним из первых примеров судебного применения концепции пропорциональности к контрмерам, арбитраж определил стандарт пропорциональности следующим образом: «...Необходимо считать чрезмерными и, следовательно, неправомерными такие репрессалии, которые *совершенно непропорциональны вызвавшему их акту* (выделено мной. — Г.В.). [В настоящем деле] имеется явная несоразмерность между инцидентом в Наулиле и последовавшими шестью актами репрессалий»⁴⁹.

Работы Г. Кельзена (Hans Kelsen), утверждавшего, что «репрессалии должны быть пропорциональны деликту, против которого они предпринимаются»⁵⁰, и Р. Аго (Roberto Ago), определявшего пропорциональные репрессалии как репрессалии, которые «соразмерны причиненному ущербу»⁵¹, также являются отражением количественного подхода. В отечественной науке количественный стандарт пропорциональности использовали Г. В. Шармазанавили⁵², Ю. В. Петровский⁵³, С. В. Черниченко⁵⁴.

Однако количественный подход не является самодостаточным, поскольку не выдерживает критики с двух противоположных позиций. С одной стороны, данный подход критикуется как *формальный* и поэтому «*нереалистичный*»: последовательная эквивалентность ока-

⁴⁸ I.L.C., Third Report on State Responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz. Op. cit. Para. 67.

⁴⁹ Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité) (Portugal c. Allemagne), 2 R.I.A.A. 1011, 1028 (1928).

⁵⁰ Kelsen H. Principles of International Law. N.Y., 1952. P.24.

⁵¹ I.L.C., Eighth Report on State Responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur — the Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility. Para. 82, U.N. Doc. A/CN.4/318 and Add. 1-4 (1979).

⁵² Шармазанавили Г.В. Указ. соч. С. 131.

⁵³ Петровский Ю.В. Международно-правовая ответственность государств. Дисс. ... канд. юрид. наук. Л., 1968. С. 237.

⁵⁴ Черниченко С.В. Теория международного права. Т. 1. М., 1999. С. 264.

зывается совершенно механистической, так как она не позволяет оценить социальные выгоды и издержки в каждом конкретном деле, равно как не позволяет должным образом индивидуализировать контрмеру⁵⁵. С точки зрения достижения социальных целей контрмер применение пропорциональности по принципу «око за око» может быть недостаточным для восстановления интересов потерпевшего государства⁵⁶ и может даже причинить последнему ещё больше вреда (например, если это экономически более слабое государство)⁵⁷, однако равным образом оно может быть и чрезмерным⁵⁸, что будет лишь усугублять конфликт вместо того, чтобы способствовать его разрешению⁵⁹. В связи с этим Э.И. Скакунов критиковал количественную пропорциональность следующим образом: «Ведь существо принуждения не в рыцарском скрещении выбранного для дуэли типа оружия, пользуясь которым побеждает более сильная, хотя нередко и неправая сторона, а в восстановлении правопорядка, предшествовавшего правонарушению»⁶⁰.

Чисто количественный подход асоциален: как отмечает Э. Канницаро (Enzo Cannizzaro), в рамках этого подхода «реагирующее государство было бы вынуждено идти по тому же противоправному пути, что и нарушитель, [даже если] существуют веские причины не делать этого... [Например] загрязнять окружающую среду в ответ на загрязнение окружающей среды»⁶¹. Будучи негибкой и неспособной оценить реальную справедливость действий, предпринятых государствами

в каждом конкретном споре, количественная пропорциональность подвергается обоснованной критике как воплощение принципа *sumtum jus summa injuria*⁶² и «пережиток права талиона»⁶³.

Вместе с тем, противоположное направление критики считает количественный подход несостоятельным в силу его *неопределённости*, которая, в свою очередь, ведёт к *потере «автономии»*. Количественная пропорциональность сама по себе не объясняет, как именно следует измерять эквивалентность. Подобный аргумент часто выдвигается применительно к «несоизмеримым» фактам: например, в случае с реализацией контрмер, не основанных на взаимности, исследователи говорят о «сравнении яблок с апельсинами»⁶⁴. В ходе дискуссии о контрмерах в КМП её член А. Аль-Хасауни (Awn Al-Khasawneh) обращал внимание на то, что в подобных случаях «соразмерность» — неподходящее слово, поскольку оно создаёт впечатление, будто существует точная мера разумности деяния и реакции, тогда как её на самом деле нет»⁶⁵. Однако в действительности проблема глубже. Дело в том, что даже при использовании единой системы измерения нам неизвестно, *какие факты* надлежит учитывать в процессе сопоставления: как верно замечал специальный докладчик У. Рифаген (William Riphagen) в отношении понятия количества в концепции пропорциональности, «возникают вопросы о том, какие элементы должны быть приняты во внимание»⁶⁶. В отсутствие внешнего критерия, который позволял бы от-

⁵⁵ См. Zoller E. Op. cit. P. 137.

⁵⁶ См. I.L.C., State Responsibility, Comments and Observations Received by Governments, U.N. Doc. A/CN.4/488 and Add. 1–3. P. 160 («В некоторых обстоятельствах уровень реакции, превышающий изначальное нарушение, может быть приемлем для принуждения государства-нарушителя к выполнению своих обязательств»); Cannizzaro E. Op. cit. P. 908 («Право пострадавшего государства на обеспечение уважения своих прав и интересов серьёзно ущемляется, если ответ на противоправное поведение ограничен на основе эквивалентности правонарушению»).

⁵⁷ См. Elagab O. Y. The Place of Non-Forcible Counter-Measures in Contemporary International Law // The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie / Ed. by G. S. Goodwin-Gill, S. Talmon. 1999. P. 125, 133; Лукашук И.И. Право международной ответственности. М., 2004. С. 341.

⁵⁸ См. Zoller E. Op. cit. P. 136.

⁵⁹ См. I.L.C., U.N. Doc. A/CN.4/488 and Add. 1–3. Op. cit. P. 160.

⁶⁰ Скакунов Э.И. Самопомощь как форма принудительного обеспечения субъективных прав государства. Дисс. ... канд. юрид. наук. Л., 1970. С. 174. Критику «механической идентичности» можно встретить и у В.А. Василенко. См. Василенко В.А. Указ. соч. С. 166.

⁶¹ Cannizzaro E. Op. cit. P. 905.

⁶² См. Zoller E. Op. cit. P. 137.

⁶³ McDougal M., Feliciano F. Op. cit. P. 682.

⁶⁴ Zemanek K. The Unilateral Enforcement of International Obligations // Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht. 1987. Vol. 42. P. 32, 42.

⁶⁵ КМП ООН. Краткий отчёт о 2278-м заседании // Ежегодник КМП ООН. 1992. Т. 1. С. 179.

⁶⁶ I.L.C., Preliminary Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility (Part 2 of the Draft Articles on State Responsibility), by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur. Para. 95, U.N. Doc. A/CN.4/330 and Corr. 1-3 (1980).

делить релевантные факты от нерелевантных и задавал бы стандарт оценки, количественная пропорциональность остаётся слишком субъективной, так как, по сути, позволяет правоприменителю руководствоваться своим собственным взглядом на фактическую ситуацию в каждом конкретном деле.

2. Качественный подход

Поскольку количественный подход к пропорциональности неудовлетворителен, оказываясь в действительности и формальным, и субъективным, другая группа исследователей настаивает на использовании *качественного подхода* — подхода, который определяет пропорциональность соответственно тем целям, ради которых предпринимаются контрмеры. Суть данного подхода была наиболее последовательно сформулирована М. Макдугалом (Myres McDougal): «[Репрессалии] должны быть адаптированы и соотнесены не столько с состоявшимся нарушением, сколько в первую очередь с искомой целью. ...Правомерная цель применения репрессалий — не осуществление возмездия, а предотвращение беззакония в будущем. ...Принуждение в порядке репрессалий допустимо в том виде и количестве, какое разумно предусмотрено... для побуждения [государства-нарушителя] к прекращению и последующему воздержанию от [неправомерных действий]»⁶⁷.

В отечественной науке определение пропорциональности относительно целей контрмер или нарушенных прав можно проследить в работах Д. Б. Левина⁶⁸ и Р. Р. Батршина⁶⁹.

Обращение к целям и ценностям призвано не допустить низведения пропорциональности до косого «математического»⁷⁰ соотношения и призвано добиться того, чтобы «каждая ситуация рассматривалась как осо-

бый случай»⁷¹. Пропорциональным с этой точки зрения признаётся такое принуждение, которое действительно необходимо по обстоятельствам ситуации для выполнения социального предназначения контрмер — обеспечения прекращения противоправных действий, восстановления нарушенных прав, возвращения к *status quo ante*⁷². Кроме того, опора на цели и ценности необходима ещё и для того, чтобы служить ограничителем принуждения и гарантировать права государств, затронутых контрмерами. Обращение к ценностям означает оправдание принуждения лишь в том объёме, который является необходимым для их защиты, даже если контрмера окажется по степени воздействия «мягче» самого правонарушения⁷³. Таким образом, качественный подход оперирует не понятием эквивалентности, а понятием *необходимости*, но — так же, как и количественный подход — стремится обеспечить и «*реалистичность*», и «*автономию*» международного права.

Однако качественный подход также не является самодостаточным. С одной стороны, данный подход столь же *формален* и «*нереалистичен*», что и количественный подход. Оцениваемая на основе целей контрмер пропорциональность становится, по выражению К. Земанека, «пустой формулой»⁷⁴, поскольку цели контрмер сами являются абстрактными. Такие понятия как «прекращение противоправных действий» или «восстановление прав», не позволяют решить вопрос о пределах контрмер там, где стоит вопрос о противоправности *обоих* деяний (изначального и ответного) и где затронуты права *обоих* государств. Как напоминал У. Рифаген, контрмера «сама является ограничением прав [государства-правонарушителя] или нарушением международно-правового обязательства [в отношении этого государства]»⁷⁵. К примеру,

⁶⁷ McDougal M., Feliciano F. Op. cit. P. 682.

⁶⁸ Левин Д. Б. Санкции в международном праве // Правоведение. 1981. № 1. С. 44.

⁶⁹ Батршин Р. Р. Ответственность государства и применение контрмер в современном международном праве. Дисс. ... канд. юрид. наук. Казань, 2005. С. 171.

⁷⁰ Zoller E. Op. cit. P. 131.

⁷¹ Ibid. P. 137.

⁷² Восстановительный характер контрмер и запрет их осуществления в карательных целях является общепризнанным в науке и практике (за исключением реакции на международные преступления). См. Комментарий КМП ООН к Статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния. С. 341 (ст. 49, комм. 1); Лукашук И. И. Указ. соч. С. 328–330; Скакунов Э. И. Указ. соч. С. 86; Тункин Г. И. Указ. соч. С. 478.

⁷³ Zoller E. Op. cit. P. 136.

⁷⁴ Zemanek K. Op. cit. P. 42.

⁷⁵ I.L.C., Preliminary Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility, by Mr. Willem Riphagen. Op. cit. Para. 79.

попытка определить пропорциональность на основе того, что является необходимым для восстановления «экономической свободы» государства, будет безрезультатной там, где на кону стоит экономическая свобода каждого из спорящих государств⁷⁶. Социальный смысл и предназначение пропорциональности как раз и состоит в том, чтобы соотнести *оба* деяния, сопоставить права *обоих* государств. Однако утверждать, что пропорциональность должна оцениваться исходя из цели восстановления баланса между двумя государствами⁷⁷, значит лишь замыкать логический круг и «оставлять вопрос полностью открытым»⁷⁸, поскольку обращение к понятию цели изначально предпринималось для установления того, в чём заключается сбалансированная (пропорциональная) контрамера.

С другой стороны, качественный подход не позволяет оценить конфликтующие интерпретации целей контрамер в конкретных делах. Не секрет, что «сравнительная важность различных прав для различных государств является предметом субъективной оценки»⁷⁹. При этом качественный подход не содержит критериев, которые позволяли бы противопоставить одну субъективную оценку надлежащего баланса прав или надлежащего *status quo ante* (как юридически корректную) другой такой оценке (как юридически некорректной и недопустимой). Результатом является *потеря «автономии»*. Пропорциональность становится предметом индивидуального усмотрения: «Определяя цель своих действий, реагирующее государство навязывало бы свой собственный стандарт для оценки пропорциональности таких действий»⁸⁰. По этой причине качественный подход критикуется как неопределённый, расплывчатый, способствующий злоупотреблениям, и противопоставляется чёткости фактических сравнений: «[Ценностная] пропорциональность небезопасна, поскольку её смысл является

неконкретным и угрожающим, в то время как эквивалентность рассматривается как обозначающая более точную юридическую концепцию»⁸¹. Коль скоро ценностный подход, по причине своей абстрактности, не в состоянии ограничить дискрецию правоприменителя в конкретных спорах, он «характеризуется врождённым субъективизмом» и «практически обесмысливает»⁸² использование концепции пропорциональности.

3. Попытка согласования

Ни количественный, ни качественный подходы не могут существовать самостоятельно. Каждый из них не выдерживает критики с точки зрения как «реалистичности» международного права, так и его «автономии». Поэтому неудивительно, что доминирующий подход к пропорциональности в праве контрамер заключается в попытке *совместить оба указанных направления*. Начиная с классиков международно-правовой науки и заканчивая современными работами, неизменно постулируемой является идея «двойного критерия пропорциональности»⁸³, сочетания количества и качества. Так, Л.Оппенгейм (Lassa Oppenheim) утверждал, что «репрессалии... должны быть соразмерны совершённого правонарушению и объёму принуждения, необходимому для получения возмещения»⁸⁴; У.Холл (William Hall) — что репрессалии «сводятся только к таким действиям, которые являются *наилучшими для получения удовлетворения*», однако определение «наилучших» действий должно осуществляться «*исходя из обстоятельств* конкретного дела» (выделено мной. — Г.В.)⁸⁵; а О.Шактер (Oscar Schachter) — что «репрессалии не должны быть непропорциональны нарушению, ответом на которое они служат», но что они также должны быть «соразмерны существу и тяжести посягательства», его воздей-

⁷⁶ Об этом см. анализ *Дела о воздушном сообщении* в разделе IV.

⁷⁷ Cannizzaro E. Op. cit. P. 907—908.

⁷⁸ I.L.C., Preliminary Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility, by Mr. Willem Riphagen. Op. cit. Para. 98.

⁷⁹ O'Keefe R. Op. cit. P. 1165.

⁸⁰ Cannizzaro E. Op. cit. P. 895.

⁸¹ Zoller E. Op. cit. P. 127. См. также: Доклад КМП ООН о работе её сорок четвёртой сессии (4 мая — 24 июля 1992 года) // Док. ООН/A/47/10. С. 34 («Критерий справедливости ...был признан слишком расплывчатым и неясным...»).

⁸² Cannizzaro E. Op. cit. P. 895.

⁸³ Elagab O.Y. Op. cit. P. 134.

⁸⁴ Oppenheim L. International Law. Vol. II. 1912. P. 44.

⁸⁵ Hall W.E. A Treatise on International Law. 8th ed. 1924. P. 434.

ствию на охраняемые правом ценности⁸⁶. Многие отечественные исследователи также выступают за совмещение качества и количества при оценке пропорциональности⁸⁷. В частности, В. А. Василенко указывает на необходимость при выборе контрмеры не только сопоставлять масштабы вредоносности правонарушения и ответного принуждения, но и «не превышать разумного соотношения между интенсивностью принуждения и охраняемыми ценностями»⁸⁸.

Равным образом, в кодификациях права контрмер определение пропорциональности через характеристики международно-противоправного деяния и его последствий неизменно сочетается с указанием на цели контрмер и с использованием ценностных атрибутов (например, «тяжесть» деяния)⁸⁹. Так, деятельность КМП по кодификации института международной ответственности государств проходила под сильным воздействием двойного подхода. Специальный докладчик Г. Аранжио-Руис сформулировал его суть следующим образом: «Пропорциональность должна определяться путем учёта не только чисто «количественного» элемента причинённого ущерба, но и того, что может быть названо «качественными» факторами, такими как важность интереса, охраняемого нарушенной нормой права, и серьёзность нарушения»⁹⁰.

Двойная концепция пропорциональности фигурирует в различных проектах статей об

ответственности государств, рассмотренных и принятых КМП начиная с 1980-х годов. В них пропорциональность определялась как относительно качественных параметров правонарушения (например, его «серьёзности»⁹¹ или «тяжести»⁹²), так и относительно «последствий» международно-противоправного деяния для потерпевшего государства⁹³ и «последствий» применения контрмеры для ответственного государства⁹⁴. Тезис о том, что проект статей должен «отражать обе тенденции, выявленные... применительно к пропорциональности»⁹⁵, содержался и в комментариях государств. Итог процесса кодификации — статья 51 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, принятых в 2001 году, — свёл воедино все эти элементы и закрепил описанную дихотомию фактов и ценностей: «Контрмеры должны быть соразмерны причинённому вреду с учётом тяжести международно-противоправного деяния и затронутых прав».

В комментарии КМП к статье 51 разъясняется, что «пропорциональность должна оцениваться с точки зрения не только чисто «количественного» элемента причинённого вреда, но и «качественных» факторов, таких, как важность защищённых нарушенной нормой интересов и серьёзность нарушения»⁹⁶, причём «качественные факторы» выражены в статье 51 через понятия «тяжесть между-

⁸⁶ Schachter O. *International Law in Theory and Practice* // Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Vol. 178. 1982. P. 178–179.

⁸⁷ См. Лукашук И. И. Указ. соч. С. 341–342; Мингазов Л. Х. Эффективность норм международного права: теоретические проблемы. Казань, 1999. С. 321; Скакунов Э. И. Указ. соч. С. 174, 194–196.

⁸⁸ Василенко В. А. Указ. соч. С. 165.

⁸⁹ Согласно принятой в 1934 году резолюции Института международного права «Режим репрессалий в мирное время», потерпевшее государство должно соотносить репрессалии «с тяжестью акта, объявленного неправомерным, и с масштабами понесённого ущерба» (*Régime des Représailles en Temps de Paix*. Art. 6. Para. 2 // *Annuaire de l'Institut de Droit International*. Vol. 38. 1934. P. 710). Свод права международных отношений США 1987 года предусматривает, что контрмера не должна быть «несоразмерна нарушению и понесённому ущербу», но также должна быть «необходимой для прекращения нарушения, или предотвращения дальнейшего нарушения, или для ликвидации последствий нарушения» (*Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* § 905(1)(b) (1987)).

⁹⁰ I.L.C., Fourth Report on State Responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz. Op. cit. Para. 55. Термины «количественная пропорциональность» и «качественная пропорциональность» были впервые введены У. Рифагеном. См. I.L.C., Preliminary Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility, by Mr. Willem Riphagen. Op. cit. Paras. 92, 94–95.

⁹¹ I.L.C., Sixth Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility (Part Two of the Draft Articles); and «Implementation» (*Mise en Oeuvre*) of International Responsibility and the Settlement of Disputes (Part Three of the Draft Articles), by Willem Riphagen, Special Rapporteur. P. 11. Art. 9. Para. 2. U.N. Doc. A/CN.4/389 and Corr.1 & 2 (1985).

⁹² Доклад КМП ООН о работе её сорок седьмой сессии (2 мая – 21 июля 1995 года) // Док. ООН A/50/10. С. 74 (ст. 13).

⁹³ Там же.

⁹⁴ I.L.C., Sixth Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility, by Willem Riphagen. Op. cit. P. 11. Art. 9. Para. 2.

⁹⁵ I.L.C., U.N. Doc. A/CN.4/488 and Add. 1–3. Op. cit. P. 160 (например: «контрмера должна быть соотносена с принципом, затронутым международным правонарушением» (ценностный подход), однако в то же время «правонарушение может иллюстрировать, какая мера может быть эффективной для принуждения государства-правонарушителя к выполнению его обязательств» (фактический подход)).

⁹⁶ Комментарий КМП ООН к Статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния. С. 357 (ст. 51, комм. 6).

народно-противоправного деяния» и «затронутые права», а последнее обозначает права как ответственного, так и потерпевшего государства⁹⁷. Кроме того, по мнению КМП, ни одна из двух групп факторов не является самодостаточной: с одной стороны, пропорциональность не сводится к вопросу необходимости достижения цели контрмер⁹⁸; с другой стороны, количественное сопоставление должно дополняться учетом «важности соответствующих принципиальных вопросов»⁹⁹, «чтобы принятие контрмер не вело к несправедливым результатам»¹⁰⁰.

Однако стратегия взаимного согласования двух подходов к пропорциональности обречена на неудачу именно потому, что *качественный и количественный подходы логически зависимы друг от друга, в результате чего оценка пропорциональности превращается в замкнутый круг юридической аргументации*.

«Эквивалентность» нуждается во внешнем оценочном стандарте, на основе которого она может быть «измерена». В противном случае мы не будем знать, какие факты должны быть учтены при сравнении и какова их относительная ценность — но мы также не сможем опровергнуть результаты сравнения на основе любой иной совокупности фактов. Без ценностной системы координат «эквивалентность» окажется одновременно *бесполезной и беспомощной*. Именно в этом смысле следует понимать следующее замечание У.Рифагена: «...Пропорциональность между противоправным деянием и правовыми последствиями всегда является “качественной” постольку, поскольку она связана с определением “меры справедливости”. Действительно, на решение о [допустимых правовых последствиях] всегда будет влиять тяжесть совершённого противоправного деяния, а также тяжесть применённой санкции, но при этом никогда не будет иметь места точное “взвешивание”...»¹⁰¹.

Попытки некоторых исследователей «очистить» концепцию пропорциональности от качественных факторов безуспешны, поскольку даже в альтернативных теориях пропорциональности ценностный элемент неизменно присутствует в скрытом виде. К примеру, попытка Р.О’Кифи охарактеризовать качественные критерии «тяжести» и «затронутых прав» в статье 51 в качестве составных частей количественного критерия «причиненного вреда» всего лишь переносит решение вопроса о пропорциональности контрмеры в плоскость установления размера причинённого потерпевшему государству «морального вреда» — категории, едва ли являющейся свободной от ценностных суждений¹⁰².

Однако для того, чтобы применить качественный подход, нам необходимо обратиться к конкретным фактам для подтверждения нашего видения того, что является «необходимым». Где проходит черта, отделяющая необходимое (и, следовательно, пропорциональное) принуждение от не являющегося необходимым (и, следовательно, непропорционального) принуждения? Факты нужны нам для того, чтобы сделать эти термины «осязаемыми»: «Карательные, защитные и восстановительные элементы перемешаны как в соображениях государства, применяющего контрмеру, так и в восприятии государства — объекта воздействия», и то, какой из этих элементов действительно преобладает, зависит от «обстоятельств конкретного дела»¹⁰³. Однако факты требуют также и для того, чтобы ограничить субъективное толкование ценностей строго очерченными рамками: пропорциональность должна контролировать усмотрение государств самостоятельно определять цели применяемых контрмер, «требуя, чтобы преследуемая цель не была бы явно неадекватна ситуации»¹⁰⁴. Качественный подход, как и количественный, может избежать *бесполезности и беспомощно-*

⁹⁷ Комментарий КМП ООН к Статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния. С. 357 (ст. 51, комм. 6).

⁹⁸ Там же. С. 357 (ст. 51, комм. 7) (вопрос пропорциональности решается «отчасти независимо от вопроса о том, была ли мера необходима для обеспечения исполнения»).

⁹⁹ Там же.

¹⁰⁰ Там же. (Ст. 51, комм. 6).

¹⁰¹ I.L.C., Preliminary Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility, by Mr. Willem Riphagen. Op. cit. Para. 95.

¹⁰² O’Keefe R. Op. cit. P. 1162–1163.

¹⁰³ Zemanek K. Op. cit. P. 35; Zoller E. Op. cit. P. 125 («...Некоторые действия являются настоящими контрмерами, а некоторые нет, поскольку содержат в себе элементы, относящиеся к другим правовым категориям... Каждый элемент определённого действия должен быть оценен для того, чтобы определить, какой элемент преобладает над остальными»).

¹⁰⁴ Cannizzaro E. Op. cit. P. 897.

сти только путём обращения к своей логической противоположности. Даже последовательные сторонники ценностного понимания пропорциональности вынуждены, как только речь заходит о разграничении правомерных и неправомерных контрмер, описывать её языком фактов. Например, М. Макдугал признавал, что «принуждение, которое является настолько массивным, что теряет разумное соотношение с постулируемым превентивным эффектом, правильно было бы характеризовать не как правомерные репрессалии, а как новое и самостоятельное неправомерное деяние» (выделено мной. — Г. В.)¹⁰⁵.

В конечном счёте, если, как отмечал Г. Аранжио-Руис, «два типа пропорциональности являются двумя сторонами, скажем так, одной и той же монеты»¹⁰⁶, то применение концепции пропорциональности в праве международной ответственности может являться лишь бесконечным переворачиванием этой монеты. Анализ двух судебных дел, посвящённых применению контрмер, — *Дела о воздушном сообщении* и *Дела Габчиково-Надьмарош* — продемонстрирует практическое значение этого тезиса.

IV. Пропорциональность контрмер: судебная практика

1. Дело о воздушном сообщении

В *Деле о воздушном сообщении*, рассмотренном международным арбитражем в 1978 году, предметом спора стали взаимные административные меры принуждения, принятые США и Францией в сфере воздушного транспорта. В ответ на отказ Франции разрешить американской авиакомпании «Пан Ам» (*Pan Am*) смену типов воздушных судов в Лондоне для рейсов, следующих с западного побережья США в Париж и обратно, США полностью приостановили рейсы французской авиакомпании «Эйр Франс» (*Air Fran-*

ce) в Лос Анджелес. Приступая к вопросу о пропорциональности контрмеры, применённой США, арбитраж избрал сугубо количественный подход: «Является общепризнанным, что любая контрмера должна, в первую очередь, иметь определённую степень эквивалентности предполагаемому нарушению; это — хорошо известное правило»¹⁰⁷.

Допустимость контрмеры должна была быть оценена, по логике арбитража, исходя из того, восстанавливала ли она «симметрию изначальных позиций»¹⁰⁸ Франции и США. Но как определить симметрию? С точки зрения Франции контрмера США не была эквивалентна изначальному решению французского правительства, поскольку французскому перевозчику грозили гораздо более тяжкие экономические последствия, нежели американскому: контрмера «повлекла бы экономический ущерб, намного превышающий тот, что был причинён авиакомпаниями *Pan Am*»¹⁰⁹. Кроме того, по мнению Франции, не могло быть эквивалентности между давно осуществлявшимся и не вызывавшим юридических разногласий рейсом *Air France* и новым рейсом *Pan Am*, который повлёк спор между двумя странами о его соответствии условиям двустороннего соглашения¹¹⁰. США, напротив, понимали под пропорциональностью «юридическую эквивалентность»¹¹¹, то есть эквивалентность по принципу «рейс-за-рейс»: «Коль скоро действия Франции фактически лишили *Pan Am* права осуществлять сообщения между западным побережьем США и Парижем, было оправданным лишить французского перевозчика его прав на симметричном маршруте»¹¹². Кроме того, США также утверждали, что *Pan Am* намеревалась выполнять большее число перелетов, чем *Air France*, и поэтому была затронута принятыми Францией мерами в большей степени: «В действительности *Air France* выполняла перевозки по маршруту Лос Анджелес-Париж лишь три раза в не-

¹⁰⁵ McDougal M., Feliciano F. Op. cit. P. 682.

¹⁰⁶ I.L.C., Third Report on State Responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz. Op. cit. P. 21, footnote 140.

¹⁰⁷ *Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France*, 18 R.I.A.A. 417, 443. Para. 83 (1978).

¹⁰⁸ Ibid. 445. Para. 90.

¹⁰⁹ Ibid. 427–428. Para. 17.

¹¹⁰ *Air Service*, 18 R.I.A.A. 427. Para. 17.

¹¹¹ *Air Service*, Memorial submitted by the United States, reprinted in: *Digest of United States Practice in International Law*. 1978. P.776.

¹¹² *Damrosch L. F. Retaliation or Arbitration — or Both? The 1978 United States-France Aviation Dispute // American Journal of International Law*. 1980. P.785, 791.

делу, в то время как перевозки *Pan Am* осуществлялись бы шесть раз в неделю»¹¹³.

Столкнувшись с конкурирующими представлениями о симметрии, арбитраж не имел правовых критериев для осуществления выбора между ними. В то же время он не мог просто предпочесть одну версию фактов другой, не поставив при этом под сомнение правовой характер своей деятельности. Требовалось обращение к ценностям, что и было сделано. Переходя от количественной пропорциональности к качественной, арбитраж указал: «...В споре между государствами существенно важно принимать во внимание не только ущерб, понесённый затронутыми компаниями, но также и важность *вопросов принципа*, порождаемых предполагаемым правонарушением»¹¹⁴ (выделено мной. — Г.В.).

Цель контрмеры, по мнению арбитража, заключалась в «восстановлении равенства между сторонами»¹¹⁵. Проблема, однако, состояла в том, что стороны не совпадали во взглядах на то, как следовало понимать «равенство» в их двусторонних отношениях. Они давали разные ответы на «вопросы принципа». И в то время как США иронично подчёркивали субъективизм французской позиции («Франция, очевидно, придает субъективно бóльшую значимость своим рейсам»)¹¹⁶, сами США были не менее субъективны (как следует, например, из декларируемой ими цели «восстановить права *Pan Am*»)¹¹⁷. То, что для Франции выглядело как недопустимое экономическое давление и возмездие, США воспринимали как необходимую защиту своих интересов. Почему американская принципиальная позиция должна была иметь бóльшую ценность, чем французская? Арбитраж вынужден был признать, что качественная пропорциональность сама по себе никак не позволяла осуществить юридически корректный выбор между конкурирующими интерпретациями ценностей: «Пределы действия Соединённых Штатов могут быть оценены

самым различным образом в зависимости от постулируемой цели; сводилось ли оно к простой, экономически рассчитанной взаимности? Являлось ли оно давлением, применённым с целью достичь более оперативного разрешения спора? Имело ли такое действие, за рамками случая с Францией, показательный характер с целью воздействовать на другие страны и, если так, имело ли оно в определённой степени природу санкции? ... Вполне понятно, что Франция могла толковать действия, предпринятые Соединёнными Штатами, иным образом по сравнению с тем, как они мыслились Соединёнными Штатами»¹¹⁸.

Для того, чтобы обосновать то или иное видение описанных «вопросов принципа», арбитраж должен был вновь обратиться к фактическим обстоятельствам. Оценивая общий контекст спора между двумя государствами, арбитраж установил, что США являлись участником большого числа двусторонних соглашений о воздушном сообщении с третьими государствами, и, следовательно, согласие США на ограничительное толкование соглашения с Францией (на чём настаивала Франция, отказывая в выдаче разрешения на спорный рейс *Pan Am*) могло бы поставить США в экономически менее выгодное положение в договорных отношениях с этими третьими государствами¹¹⁹. Исходя из этого, арбитраж заключил: «Меры, предпринятые Соединёнными Штатами, не представляются явно непропорциональными по сравнению с мерами, предпринятыми Францией»¹²⁰.

Однако такая фактическая картина была, разумеется, уязвима для критики с противоположной позиции. В своём особом мнении французский арбитр П. Рейтер (Paul Reuter) утверждал, что арбитраж не оценил пропорциональность «на основе того, что в действительности составляло суть спора»¹²¹ (выделено мной. — Г.В.): на самом деле, именно Франция, а не США, являлась в спорных отношениях экономически более слабой сторо-

¹¹³ *Air Service*, Memorial submitted by the United States. Op. cit. P. 770.

¹¹⁴ *Air Service*, 18 R.I.A.A. 443. Para. 83.

¹¹⁵ *Air Service*, 18 R.I.A.A. 444. Para. 90.

¹¹⁶ *Air Service*, Memorial submitted by the United States. Op. cit. P. 776.

¹¹⁷ *Ibid.* P. 770.

¹¹⁸ *Air Service*, 18 R.I.A.A. 442–443. Para. 78.

¹¹⁹ *Ibid.* 443–444. Para. 83.

¹²⁰ *Air Service*, 18 R.I.A.A. 444. Para. 83.

¹²¹ *Ibid.* 448 (Reuter, Dissenting).

ной, и ограничительное толкование соглашения о воздушном сообщении было необходимо как раз для того, чтобы компенсировать неравенство между двумя государствами, не позволить экономически более влиятельному государству навязать свою «гибкую» политику в области воздушного транспорта более слабым государствам без выплаты последним соответствующей компенсации¹²².

Почему какое-либо из этих фактических обстоятельств должно было считаться относимым и подлежать учёту при «измерении» пропорциональности? Для того, чтобы оправдать своё видение межгосударственных экономических отношений, США потребовалось бы выдвинуть и обосновать теорию контрмер, которые «имеют показательный характер с целью воздействовать на другие страны»¹²³, а Франция, напротив, должна была бы аргументировать необходимость более всыскательно оценивать пропорциональность контрмер против слабых стран, дабы предоставить последним больше возможностей в определении их экономической политики. Поскольку, однако, ни одна из этих теорий не могла быть выведена напрямую из абстрактных понятий «равенства» или «необходимости», каждой стороне потребовалось бы вновь обращаться к фактам дела. И так далее.

Подобная логика аргументации могла бы развиваться бесконечно, если бы арбитраж не прервал её в определённый (произвольно выбранный) момент. В своём решении арбитраж старался сформулировать свой вывод о пропорциональности так, чтобы он выглядел оправданным и с количественной, и с качественной точек зрения. В то же самое время — по причине логической зависимости количества и качества друг от друга — арбитраж не учёл и не мог учесть иных, противоположных толкований количества и качества, в результате чего итоговое решение неизбежно оказалось юридически уязвимым с точки зрения «реалистичности» и «автономии» международного права.

2. Дело Габчиково-Надьмарош

В решении по *Делу Габчиково-Надьмарош* Международный суд ООН (далее — Суд) также руководствовался двойственным качественно-количественным подходом к пропорциональности. Суд исходил из того, что и факты, и ценности должны были быть учтены при анализе. Он сформулировал своё понимание пропорциональности следующим образом: «...Важно принимать во внимание, что последствия контрмеры должны быть соразмерны понесённому ущербу [«количество». — Г.В.], с учётом природы затронутых прав [«качество». — Г.В.]»¹²⁴.

Суд заключил, что односторонние действия Словакии по повороту русла Дуная в ответ на нарушение Венгрией двустороннего соглашения о строительстве и эксплуатации системы шлюзов в районе Габчиково-Надьмарош не являлись пропорциональными, поскольку слишком сильно ущемляли права Венгрии на пользование водным ресурсом (качественная пропорциональность): «По мнению Суда, Чехословакия, приняв на себя единоличное управление общим ресурсом, ... лишила Венгрию принадлежащего последней права на разумную и справедливую долю природных ресурсов Дуная...»¹²⁵.

Далее, чтобы подкрепить свой аргумент о несоразмерном ограничении прав, Суд использовал количественную пропорциональность. Он указал на масштаб изменений естественного течения Дуная (Словакия «отбирала, в своих интересах и для собственного использования, от 80 до 90 процентов вод Дуная, прежде чем вернуть их в основное русло реки»¹²⁶) и экологический вред, причинённый Венгрии (Суд обратил внимание на «длющиеся последствия изменения русла реки для экологии прибрежного региона Сигеткёз»¹²⁷).

Аргументация судебного решения, хотя на первый взгляд и убедительная, при ближайшем рассмотрении оказывается как механистической, так и субъективной. Во-первых,

¹²² *Air Service*, 18 R.I.A.A. 448, 450, 451–452 (Reuter, Dissenting). Представитель США в данном деле Л. Ф. Дэмрош (Lori Fisler Damrosch) подтверждала впоследствии, что «французские власти ясно дали понять, что *Pan Am* может не рассчитывать на получение согласия, если правительство США не пойдёт на переговоры с Францией о предоставлении приемлемого *quid pro quo*» (Damrosch L.F. Op. cit. P.785).

¹²³ *Air Service*, 18 R.I.A.A. 442. Para. 78.

¹²⁴ I.C.J. *Gabčíkovo-Nagyymaros Project (Hungary/Slovakia)*. Judgment of 25 September 1997. 7, 56. Para. 85.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Ibid. 54. Para. 78.

¹²⁷ Ibid. 56. Para. 85.

«качественная» характеристика ситуации не являлась однозначной. Апеллируя к праву Венгрии на «разумную и справедливую» долю природных ресурсов Дуная, Суд не учёл, что Словакия имела точно такое же право. По мнению судьи В. С. Верешетина, в действительности именно Венгрия своим бездействием — отказом участвовать в совместном проекте — «фактически лишила Чехословакию возможности использовать свою часть общего водного ресурса в тех целях, в которых это было необходимо Чехословакии»¹²⁸. Обращение к «правам» никак не помогало решить вопрос о пропорциональности контрмеры, а лишь ставило его заново в несколько иной форме. Столь же безуспешной была попытка судьи К. Г. Виранантри (Christopher Gregory Weeramantry) решить вопрос о качественной пропорциональности посредством «балансирования» экономических прав Словакии и экологических прав Венгрии¹²⁹, поскольку *оба* государства заявляли о причинении им как экономического, так и экологического вреда; каждое государство утверждало, что оно действовало в интересах как экономического развития, так и окружающей среды¹³⁰. Оценка качественной пропорциональности Судом выглядела как субъективное предпочтение политики Венгрии политике Словакии в отношении проекта «Габчиково-Надьмарош». Как заметил Э. Канниццаро, «если бы пропорциональность оценивалась относительно целей, преследуемых Словакией, а именно — минимизация последствий нарушения договора Венгрией и обеспечение в одностороннем порядке своих прав по этому договору, то принятые меры были бы абсолютно пропорциональными»¹³¹.

По этой причине возникала потребность обратиться к количественному анализу, но и он не добавлял определённости. С одной стороны, механистически выглядела попытка соизмерить права сторон на разумную и

справедливую долю водного ресурса исходя из численных значений (что сделал Суд, упомянув отвод Словакией 80–90 процентов объёма вод). Такой анализ не содержал оценки социальной полезности того или иного численного соотношения. Как отметил в своём несопадающем мнении судья А. Корома (Abdul Koroma): «Суд подразумевает, что если бы [предложенный Словакией] Вариант С был рассчитан на использование пятидесяти процентов объёма вод Дуная, то он был бы правомерен. Между тем, Суд не выяснял, являлось ли соотношение “50 на 50” достаточным для оптимального функционирования Варианта С»¹³².

С другой стороны, оценка фактов Судом выглядела субъективной постольку, поскольку Суд отметил лишь вред, причинённый Венгрии, но не принял во внимание заявленный экономический и экологический ущерб для Словакии (как потенциальный, так и реально понесённый)¹³³. При этом, что даже более важно, *любое* описание и сравнение фактического ущерба, причинённого соответственно Венгрии и Словакии, в рамках установления пропорциональности могло бы иметь смысл *только при условии презюмирования той или иной цели*. Так, тезис о том, что расходы Словакии на проект «Габчиково-Надьмарош» в размере 2,3 миллиарда долларов США и «реальная и непосредственная угроза того, что инвестиции такого масштаба пропадут»¹³⁴, в совокупности перевешивали долгосрочные «неопределённые экономические потери»¹³⁵ Венгрии — *уже подразумевал*, что будущие риски эксплуатации дамбы менее существенны, чем уже произведённые инвестиции; иными словами, что завершение проекта важнее, чем его закрытие. И наоборот, тезис о том, что финансовые потери Словакии не были настолько существенны, чтобы менять русло Дуная, *изначально подразумевал*, что цель Словакии, побудившая

¹²⁸ ICJ. *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*. 225–226 (Dissenting Opinion of Judge Vereschetin).

¹²⁹ Ibid. 88–119 (Separate Opinion of Judge Weeramantry).

¹³⁰ *Gabčíkovo-Nagymaros*, Reply of the Republic of Hungary. Vol. 1. Para. 1.46. June 20, 1995. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/10965.pdf> («Венгрия не против развития и не против дамбы. Её подход в полной мере соответствует международному праву в области устойчивого развития»); *Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997 I.C.J. 52–53. Para. 72 (как отметил Суд к выгоде Словакии, «из отчёта... трехсторонней миссии по установлению фактов... выяснилось, что неиспользование системы повлекло бы серьёзные финансовые убытки, а также могло бы привести к серьёзным проблемам для окружающей среды»).

¹³¹ *Cannizzaro E.* Op. cit. P. 898.

¹³² ICJ. *Gabčíkovo-Nagymaros*. Judgement of 25 September 1997. 150 (Separate Opinion of Judge Koroma).

¹³³ Ibid. 225 (Dissenting Opinion of Judge Vereschetin).

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Ibid.

её обратиться к контрмерам, — завершение проекта, пусть и не в его изначально задуманном виде — являлась неприемлемой как «нарушающая положение, соблюдение которого необходимо для реализации объекта и цели договора»¹³⁶. В результате, если бы аргументация продолжилась, обе стороны спора вынуждены были бы вернуться к обоснованию того, что именно, на их взгляд, было необходимо делать Словакии в отношении проекта «Габчиково-Надьмарош» при сложившихся обстоятельствах. Такое обоснование должно было бы выходить за рамки абстрактных формулировок договора, наделяя последние конкретным содержанием, но при этом не должно было бы превращаться в сугубо политическую дискуссию. Однако данная двойная задача потребовала бы очередного возврата к фактам. И так далее.

3. Пропорциональность как аргументация

Анализ судебных решений в *Деле о воздушном сообщении* и *Деле Габчиково-Надьмарош* позволяет взглянуть на обоснование пропорциональности как непрекращающийся процесс юридической аргументации, обладающий рядом принципиальных особенностей.

Во-первых, это процесс, в котором используемые ключевые понятия (факты и ценности) в силу логической взаимозависимости не имеют собственных смыслов — они приобретают смыслы лишь путём отсылки к собственным противоположностям. Сопоставление количественных величин переводится в плоскость качества. Сопоставление конкурирующих интерпретаций качественных характеристик переводится в плоскость количества. Это приводит к *отсутствию какой-либо объективно существующей «золотой середины»* для целей установления пропорциональности, так как ни фактический, ни ценностный подходы не содержат самостоятельной *точки отсчёта*. В результате сама сущность концепции пропорциональности позволяет правоприменителю признать *любое* оцениваемое действие пропорциональным, равно как и прийти к противоположному выводу. Так, в *Деле Габчиково-Надьмарош* Международный Суд ООН сделал, по сути, политический выбор в поль-

зу Венгрии, взяв за основу определённый количественный процент отвода вод Дуная Словакией в совокупности с определённым видением «баланса» между правами двух прибрежных государств. Отсутствие в рамках концепции пропорциональности каких-либо материально-правовых критериев, ограничивающих этот выбор, делает несостоятельной идею «автономии» пропорциональности.

Во-вторых, «пустота» фактов и ценностей в совокупности с их логической противоположностью позволяет использовать эти понятия в аргументации о пропорциональности того или иного деяния таким образом, чтобы представить количественное или качественное описание, предложенное оппонентом, как произвольное (формальное либо субъективное). Это позволяет наметить *общую структуру аргументации о пропорциональности, которая основана на поочерёдном использовании аргументов о «нереалистичности» и «неавтономности» предложенного оппонентом фактического либо ценностного соотношения:*

1) Количество может быть использовано как «объективное» доказательство против «неопределённого» ценностного восприятия (аргумент Словакии о масштабах убытков из-за остановки проекта «Габчиково-Надьмарош» в ответ на аргумент Венгрии о нарушении её фундаментального права по договору);

2) Качество может быть использовано как гарантия «справедливости» против «механистических» количественных измерений (например, критика судьей А.Коромой соотношения «50 на 50» при использовании Дуная);

3) Количество может быть использовано как «осмысленное» воплощение сути дела против «абстрактной» нормы (аргумент арбитра П.Рейтера о действительном соотношении экономических сил США и Франции);

4) Качество может быть использовано как гарантия «законности» против «манипулируемых» фактов (аргумент США о необходимости защиты своих прав в ответ на аргумент Франции о неэквивалентности ущерба, понесённого соответственно американской и французской авиакомпаниями).

Нетрудно заметить, что каждый из описанных аргументов является не более чем

¹³⁶ Ibid. 194 (Dissenting Opinion of Judge Herczegh).

антиподом своей противоположности: такие понятия, как «формальный» или «субъективный», не являются имманентно присущими характеристиками фактического или ценностного подходов, а используются в рамках обоих подходов попеременно. Однако в ходе данного процесса постоянного взаимного проецирования логических противоположностей концепция пропорциональности теряет свою *«реалистичность»*: вместо сравнения и оценки реальных интересов субъектов спор о пропорциональности становится циклическим повторением стереотипных клише, маскируя истинную суть спора (например, наличие политических разногласий между Францией и США в сфере воздушного транспорта либо политических разногласий между Венгрией и Словакией о судьбе совместного инженерного проекта). Суды в рассмотренных делах так и не исследовали эти разногласия непосредственно, поскольку концепция пропорциональности не содержала юридических критериев, которые позволили бы им предпочесть политическое видение спорного вопроса Францией (Венгрией) противоположному видению того же вопроса США (Словакией). Невозможность открыто сделать этот выбор вынудила суды превратить его в бесконечный ряд сопоставлений фактов и прав.

Итак, концепция пропорциональности не в состоянии сохранить «третье пространство», так как она оказывается неспособной быть одновременно «реалистичной» и «автономной». Однако, *в-третьих*, как ни парадоксально, описанная выше циклическая структура аргументации в то же время предотвращает превращение пропорциональности в «чистую» политику. Поскольку критерии пропорциональности логически взаимосвязаны, постольку любое решение о пропорциональности всегда будет «недообоснованным» и всегда будет оставлять процесс аргументации незавершённым, создавая предпосылку для возобновления спора и пересмотра баланса.

V. Заключение

Сущность пропорциональности — ключевой концепции в современном международном праве — во многом остаётся непонятой. Преобладающий в науке и практике взгляд на пропорциональность ошибочно исходит из того, что данная концепция способна обеспе-

чить существование «третьего пространства» между правом и политикой — пространства, которое позволяет открыто вести политические дискуссии, но в то же время удерживает эти дискуссии в определённых правовых рамках. Настоящая работа имела целью продемонстрировать, что пропорциональность не может совместить «реалистичность» международного права с его «автономией», в этом смысле напоминая, парадоксально, формально-догматический подход, которому она пришла на смену. Концепция пропорциональности скрывает политическую суть спора за бесконечным шаблонным противопоставлением фактов и ценностей. Вместе с тем её структура никак не ограничивает усмотрение правоприменителя, позволяя осуществлять политический выбор под видом юридического решения.

Однако неправильно было бы считать пропорциональность сферой «чистой» политики. Проведённый в настоящей работе анализ показал, что диалектическое соотношение между «реалистичностью» и «автономией» в международном праве не только не было устранено в эпоху прагматизма, но, напротив, в полной мере воспроизводится в процессе аргументации, посвящённой пропорциональности. Концепция пропорциональности в международном праве не капитулирует перед политикой — она постоянно колеблется между правом и политикой, стремясь их примирить, но постоянно оказываясь то на одном, то на другом полюсе.

Описанная диалектика обуславливает возможность рассмотрения пропорциональности как циклического процесса юридической аргументации с чёткой и предсказуемой структурой. Понимание такой структуры, равно как и обуславливающего её противоречия между «реалистичностью» и «автономией», между фактами и ценностями, создаёт предпосылку для успешного использования концепции пропорциональности юристами-международниками в наиболее актуальных и сложных международно-правовых спорах, позволяя им обсуждать вопросы «блага» и «зла», оставаясь при этом в рамках своей профессиональной роли. Дальнейшее исследование структуры аргументации о пропорциональности должно способствовать тому, чтобы сделать участие юристов в таких спорах более осмысленным и результативным.