

Принцип пропорциональности как глобальный конституционный принцип

Анне Петерс*

* Анне Петерс – доктор права, профессор, директор Гейдельбергского Института Макса Планка иностранного публичного и международного права, преподаёт в Университете г. Гейдельберг, Германия, является представителем Германии в Венецианской Комиссии «Демократия через право».

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству Мор Зибек и автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. Peters, Anne, *Verhältnismäßigkeit als globales Verfassungsprinzip (Proportionality as a Global Constitutional Principle)*, в: Baade, Björnstjern/Ehrlich, Sebastian/Fink, Matthäus/Frau, Robert et al. (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht (Jus Internationale et Europaeum)*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, с. 1 и далее.

Содержание:

Резюме	103
A. Понятие, происхождение и распространение принципа пропорциональности	103
B. Пропорциональность в международном праве	105
C. Три версии принципа пропорциональности	110
1. Горизонтальная версия	111
2. Диагональная версия	113
3. Вертикальная версия	114
4. Сравнительный анализ	117
D. Глобальный конституционный принцип?	117

Пропорциональность как конституционный принцип	103
Е. В том числе также и функция формирования единообразия правоприменения	119
Ф. Пропорциональность и власть судов	123

Резюме

Цель настоящего исследования состоит в попытке показать, что в международном праве сложились и существуют три различных «версии» принципа пропорциональности (принципа соразмерности), и что все эти версии выполняют важные конституционные функции. Данная работа является своего рода откликом на призыв *Даниэля Тюрера (Daniel Thürers)* к исследованию конституционализма как метода конструкции и интерпретации», в том числе и международного гуманитарного права.¹

А. Понятие, происхождение и распространение принципа пропорциональности

Под пропорциональностью в самом широком смысле мы понимаем надлежащее отношение (соотношение) между различными вещами относительно величины, числа, вида. Тогда непропорциональность - это «ненадлежащее» соотношение. В принципе юридическое понятие пропорциональности можно разграничивать от понятия взвешивания или согласования (*balancing*) в общеправовом понимании,² от понятия необходимости (*necessity*, например, в ст. 25 проекта статей Комиссии международного права об ответственности государств, в ст. 51 Устава ООН и в гуманитарном международном праве) и, наконец, от принципа разумности или обоснованности (*reasonableness*).³ Это разграничение не

¹ *Daniel Thürer*, International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context, The Hague, 2008, The Hague 2011, с. 318–326, 325.

² Фундаментальное и критическое исследование конституционного права США см. *T. A. Aleinikoff*, Constitutional Law in the Age of Balancing, Yale Law Journal 1986-1987, с. 943-1005.

³ См. например Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), *Feldman Karpa (Marvin Roy) v. United Mexican States (Feldman v. Mexico)*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Decision on the Merits, 16. Dez. 2002, пункт 129. См. в

является легким и во многих проблемных областях также не является необходимым, поскольку основные концепты пересекаются.⁴

Принцип пропорциональности был «изобретён» прусским юристом Карлом Готтлибом Сварец (Carl Gottlieb Svarez), духовным отцом Прусского общеземского уложения (*Preussisches Allgemeines Landrecht*) 1794-го года,⁵ и конкретизирован Высшим административным судом в его решениях по делу *Kreuzberg* в 1880-ом и 1882-ом годах.⁶ В настоящее время он нормативно урегулирован в конституциях многочисленных государств мира и имплементирован в национальной судебной практике многих стран.⁷ Этот принцип нашёл закрепление не только во всех центрально-европейских и восточно-европейских конституционных порядках,⁸ но и в конституциях Туниса,⁹ Южной Африки и Израиля, Латинской Америки, Австралии и Новой Зеландии и в ряде азиатских государств, как например Гонконг, Корея и Индия.

области морского права - Международный трибунал ООН по морскому праву, *Saiga* (сноска 31).

⁴ Как пример отождествления принципа «equitable and reasonable share of natural resources» (hier des Donauwassers) с пропорциональностью («proportionality which is required by international law»): Международный Суд ООН, *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), Judgment, ICJ Reports 1997, с. 7 и далее, пункт 85.

⁵ Общее земское право для прусских государств (*Preussisches Allgemeines Landrecht*, (1. Juni 1794): „Siebenzehnter Titel. Von den Rechten und Pflichten des Staats zum besondern Schutze seiner Unterthanen“; „Erster Abschnitt: „Von der Gerichtsbarkeit“, Zweiter Unterabschnitt: „Polizeygerichtsbarkeit“: „§ 10. Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevor stehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey.“ § 10 II 17 *Preussisches Allgemeines Landrecht*, 1. Juni 1794, online см.: http://opiniojuris.de/quelle/1623#Erster_Abschnitt_Von_der_Gerichtsbarkeit; напечатано в: Н. Hattenhauer & G. Bernert (Hrsg.), *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, mit einer Einf. von Н. Hattenhauer und einer Bibliographie von G. Bernert, 3. Aufl., 1996.

⁶ Решения Высшего административного суда Пруссии по делу *Кройцберг* (*Kreuzberg-Urteile*), от 10.06.1880 и от 14.06.1882 (опубликованы в: *DVBl.*, 1985, с. 216-226).

⁷ Таблицу с данными о рецепции см. *A. Barak*, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, 2012, Israel. orig. 2012, с. 182. Из более новой конституционно-сравнительной и конституционно-теоретической литературы см. *K. Möller*, *The Global Model of Constitutional Rights*, 2012; *J. Bomhoff*, *Balancing Constitutional Rights*, 2013; *M. Cohen-Eliya & Porat*, *Proportionality and Constitutional Culture*, 2013.

⁸ См. регулирование в ст. 49 конституции Румынии от 21 ноября 1991; ст. 54 конституции Молдавии от 29 июля 1994; ст. 17 конституция Республики Албании от 21 октября 1998.

⁹ Ст. 49 конституции Туниса от 26 января 2013.

Миграция принципа пропорциональности из одной конституции в другую часто осуществлялась через посредство международного права. Так например, этот из немецкого права принцип перешёл в право ЕС и в право Европейской Конвенции прав человека, и оттуда происходил и до сих пор происходит обратный *переход (backflow)* в другие национальные правовые порядки. Наиболее выдающийся пример - это приход принципа через ЕКПЧ в Великобританию.¹⁰ Там посредством Акта о правах человека 1998-го года (*Human Rights Act*) он стал частью английского конституционного права и вытеснило прежний принцип разумности, т.н. *критерий Воднесберу (reasonableness-Test, Wednesbury principle)*¹¹.

В. Пропорциональность в международном праве

Во многих правовых (под)отраслях международного права принцип пропорциональности фигурирует в текстах договоров и в судебной практике международных органов. В приблизительной исторической последовательности принцип появлялся в следующих подразделах международного права: в праве контрмер (санкций), в праве международной ответственности, в праве самообороны, в праве естественных ресурсов, в праве вооружённых конфликтов, в международной и региональной защите прав человека, в международном торговом праве (ВТО и НАФТА) и в международном праве защиты инвестиций.

Право контрмер как часть права международной ответственности государств сегодня получило квази-нормативное регулирование в проекте статей Комиссии международного права об ответственности государств 2001-го года.¹² Статья 51 КМП относительно контрмер (*countermeasures*)

¹⁰ ЕСПЧ, *Handyside v. Vereinigtes Königreich*, 7. Dezember 1976, Nr. 5493/72, пункт 46-49 (в частности, пункт 49).

¹¹ *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation*, [1947] EWCA Civ 1 (10 ноября 1947).

¹² Комиссия международного права (КМП), Проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, International Law Commission (ILC): Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001), A/CN.4/L.602, Rev. 1., также как приложение к Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН: GA/Res/ 56/83 [2002]. Комиссия международного права это экспертный орган, призванный содействовать кодификации и дальнейшему развитию международного права. Проекты статей об ответственности государств являются т.н. «мягким правом»

гласит: «контрмеры должны быть соразмерны причинённому вреду с учётом тяжести международно-противоправного деяния и затронутых прав». В праве ВТО контрмеры регламентированы специально, и здесь также действует принцип пропорциональности, хотя и в частично отличающейся от общего обычного международного права форме.¹³ В соответствии со статьёй 22 абзацы 4 и 7 Договорённости ВТО от 15 апреля 1994 года о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров (DSU 1994), объём приостановления договорных обязательств должен «соответствовать» предшествующему ему нарушению договора (англ. «equivalent»).¹⁴ Статья 4.10 Соглашения по субсидиям и компенсационным мерам (*SCM-Abkommen*) содержит положения о «соответствующих мерах», одобренных органом по разрешению споров (ОРС).

Относительно содержания ответственности государств (в смысле последствий, которые налагаются на государство-правонарушитель) действует принцип, что как реституция, то есть восстановление положения, которое существовало до совершения противоправного деяния (статья 35 lit. b) статей КМП¹⁵), так и сатисфакция (статья 37 статей КМП¹⁶) могут быть потребованы от государства-нарушителя только в той мере, в какой они ещё являются пропорциональными.

Любое ограничение осуществления основных прав, установленных в ЕКПЧ, должно быть в свою очередь пропорционально. Независимо от чёткого регулирования пределов действия основных прав (как это установлено во вторых абзацах статей 8 - 11 ЕКПЧ: «необходимым в демократическом обществе») судебная практика распространила это требование на все конвенционные права, например, на статью 6 и на запрет дискриминации согласно статье 14 ЕКПЧ. Также осуществление полномочий на общее ограничение прав человека в условиях чрезвычайного положения согласно ст. 15 Абз. 1 ЕКПЧ допускается только при соблюдении строгой пропорциональности: «только в той степени, в

(*Soft Law*). Более ранним правовым инструментом были репрессалии, включая возможность применения военных репрессалий.

¹³ A. D. Mitchell, *Proportionality and Remedies in WTO Disputes*, EJIL 2006, с. 9851008.

¹⁴ По данному вопросу ВТО, WTO, Decision by the arbitrators, EC - Regime for the importation, sale and distribution of bananas, Recourse to arbitration by the EC under Article 22.6 of the DSU, WT/DS27/ARB, 9. April 1999, пункт 6.16 с указанием на «общий международно-правовой принцип пропорциональности контрмер» (*the general international law principle of proportionality of countermeasures*).

¹⁵ Статья 35: „[...] to the extent that restitution: [...] Does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation.“

¹⁶ Статья 37 абз. 3: „Satisfaction shall not be out of proportion to the injury [...]“.

какой это обусловлено чрезвычайностью обстоятельств» («*to the extent strictly required by the exigencies of the situation*»). Также в области применения Международного Пакта о политических и гражданских правах Организации Объединённых Наций (МПГПП) для ограничения прав Пакта действует принцип пропорциональности.¹⁷

В праве защиты инвестиций значимость принципа пропорциональности проявляется, прежде всего, в трёх следующих контекстах.¹⁸ Во-первых, этот принцип является фактором разграничения между легитимным ограничением собственности, с одной стороны, и лишением собственности, подлежащим обязанности возмещения, с другой.¹⁹ Во-вторых, третейские суды обращаются к принципу пропорциональности, чтобы оценить, что государство пребывания соблюдало *стандарты справедливого и равноправного режима* с учётом обоснованных ожиданий инвестора.²⁰ В третьих, пропорциональность является релевантной для установления оговорок о не запрещённых действиях (*non precluded*

¹⁷ UNHRC, General Comment 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 29. März 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, пункт 6.

¹⁸ Более подробно по данному вопросу см. *B. Kingsbury & c. Schill*, Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest - The Concept of Proportionality, в: с. Schill (Hrsg.), International Investment Law and Comparative Public Law, 2010, с. 75-104.

¹⁹ *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. The United Mexican States (Tecmed v. Mexico)*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29. Mai 2003, пункт 122; *Azurix Corporation v. The Argentine Republic (Azurix v. Argentina)*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14. Juli 2006, пункт 311; *Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/02/01, Award, 17. Juli 2006, пункт 176(j); *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc v. Argentine Republic (LG&E v. Argentina)*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3. Oktober 2006, пункт 195; *Continental Casualty v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/09, Award, 5. September 2008, пункт 276; *Total S.A. v. Argentine Republic (Total v. Argentina)*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27. Dezember 2010, пункт 197, сноска 232; *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31. Oktober 2011, пункты 241, 243.

²⁰ *Saluka Investments BV v. Czech Republic (Saluka v. Czech Republic)*, UNCITRAL, Partial Award, 17. März 2006, пункт 306; *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8. Oktober 2009, пункт 293; *Glamis Gold Ltd. V. United States of America (Glamis Gold v. US)*, UNCITRAL (NAFTA), Award, 8. Juni 2009, пункт 803; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina (InterAgua v. Argentina)*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability, 30. Juli 2010, пункт 216; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. and The Argentine Republic and AWG Group v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 30. Juli 2010, пункт 236 и сл.

measures clauses) в двусторонних инвестиционных договорах.²¹ В ряде более новых договоров о защите инвестиций принцип пропорциональности находит чёткое закрепление.²²

Наконец, принцип пропорциональности получил значительное распространение и в праве Евросоюза.²³ Во-первых, он должен учитываться при определении компетенции ЕС (по отношению к государствам-участникам): ст. 5 абз. 4 Договора о Европейском Союзе и Протокол о субсидиарности и пропорциональности 2007-го года. Во-вторых, принцип пропорциональности функционирует как «предел допустимых ограничений» («*Schranken-Schranke*») при ограничениях осуществления основных прав и свобод ЕС.²⁴

Одним из показательных примеров применения принципа пропорциональности в области правовой охраны видов и ресурсов служит решение Международного суда ООН по делу о китобойном промысле Японии в Антарктике по жалобе Австралии против т.н. «научной» программы забоя китов, осуществляемой Японией.²⁵

В соответствии с Международной конвенцией о китобойном промысле 1946-го года, государства-участники могут предоставлять своим гражданам «специальные разрешения» для китобойного промысла «в научных

²¹ ICSID, *Continental casualty* (сноска 11), пункт 189 и далее к ст. XI Двустороннего договора о защите инвестиций США – Аргентина. «Оговорка о не запрещённых действиях» представляет собой договорные клаузулы, в которых принимающее государство оговаривает за собой возможность осуществлять определённые меры, например, меры, направленные на защиту национальной безопасности, которые в случае наступления соответствующих обстоятельств не будут рассматриваться как препятствующие инвестициям и их защите.

²² Статья 11 (2) lit. b) ASEAN Comprehensive Investment Agreement (2009) к стандарту справедливого и равноправного обращения (*Fair and equitable treatment-Standard*); Соглашение о защите инвестиций между Великобританией и Колумбией от 17 марта 2010 года (не действует): Artikel IV регулирует «исключения» (exceptions); Artikel VI Abs. 2 lit. c) – вопросы лишения собственности.

²³ N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in EU Law: A Comparative Study*, 1999; A. Emmerich Fritsche, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung*, 2000.

²⁴ Особое значение решение Суда ЕС, EuGH, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 и далее; в настоящее время статья 52 абзац 1 Хартии основных прав.

²⁵ Международный Суд ООН, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, 31. März 2014, пункт 67, 88, 97, пункт 127 и далее.

целях».²⁶ Все моратории на китобойный промысел, согласованные в рамках режима в более поздний период, не распространяются на подобные «научные» программы забоя китов, то есть, они продолжают оставаться разрешёнными. Австралия предъявила жалобу в Международный суд ООН против Японии, аргументируя это тем, что японские промыслы не были в действительности «научными», а осуществлялись в чисто коммерческих целях, и поэтому не покрывались названной договорной оговоркой. Международный Суд дал свою интерпретацию положению статьи VIII Конвенции «в целях научных исследований» (*«for purposes of scientific research»*) и постановил, что элементы регулирования и имплементации японской программы научных исследований должны были быть «разумными с учётом» установленных в ней научных целей (*«reasonable in relation to»*).²⁷ Международный Суд пришёл к выводу, что японская программа *JARPA II* не преследовала в действительности научных целей, поскольку в программе не было сформулированы ни исследовательская цель, ни метод и, прежде всего, не было надлежащей транспарентности данной программы, что позволило бы внешним экспертам оценить её научность. В результате Суд признал, что Япония нарушила Конвенцию.

В категориях традиционного международно-правового учения об источниках права необходимость пропорциональности до некоторой степени устанавливается в нормативном отношении как договорное обязательство. При этом «пропорциональность» не может предлагать субстанциональный стандарт поведения, а представляет собой определённую технику или метод в целях выяснения такого поведенческого масштаба в свете конкретных обстоятельств.²⁸ Уже теперь эта техника образует, возможно, межотраслевой (междисциплинарный) принцип международного обычного права. Убедительной предстаёт также и его классификация в качестве общего принципа права в смысле статьи 38 абз. 2 lit c) Статута Международного суда. С одной стороны, следует признать, что пропорциональность в её *горизонтальной* версии (об этом непосредственно ниже) сформировалась независимо от (и по времени раньше) глобального распространения либеральных принципов

²⁶ Статья VIII (1) Конвенции 1946-го года, UNTS 161, No. 72: «любое Договаривающееся Правительство может выдать своим подданным особое разрешение на промысел, убой и обработку китов для научно-исследовательских целей [...]» (any Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research [...]).

²⁷ Международный Суд ООН, Whaling (сноска 24), пункт 67, 88, 97, пункт 127 и далее.

²⁸ E. Cannizzaro, Il principio della proporzionalita nell'ordinamento internazionale, 2000, с. 472.

национальных административных и конституционных систем как техника в международном праве охраны и использования природных ресурсов и международно-правовом регулировании контрмер.²⁹ Но с другой стороны, прежде всего, её *диагональная* версия происходит из национального конституционного и административного права. В целом же данный принцип во всех его версиях нашёл глобальное распространение и признан всеми «культурными народами», если использовать кажущееся сегодня несколько старомодным понятие из Статута Международного суда.

С. Три версии принципа пропорциональности

Беглый обзор положения в различных областях международного права показал, что в международном праве существуют три различные версии принципа пропорциональности. *Первая версия*, которую мы обозначаем как *горизонтальная* или межгосударственная версия, действует, в том числе, в области регулирования контрмер и санкций, включая самооборону. Данный принцип касается здесь соотношения между поведением государства (нарушение норм международного права) и разрешённой реакцией другого государства, он действует, следовательно, чисто на межгосударственном уровне. *Вторую версию* мы обозначаем как *диагональную* версию, относящуюся к уровню поведения индивидов. Здесь речь идёт о другом соотношении, а именно между национальным публичным интересом и партикулярными интересами, конкретно интересами индивидуумов (в области защиты прав человека, а также в международном гуманитарном праве) или интересами инвесторов. *Третья версия* относится к соотношению между глобальным общественным интересом, например в системе беспощадной торговли, и частными интересами государств (и стоящими за ними экономическими интересами, например, в праве ВТО). Мы называем её *вертикальной* версией. В этих трёх версиях, которые затрагивают различные (право)отношения, принцип пропорциональности выполняет конституционные функции, но необязательно идентичные.

²⁹ Ebd., с. 482.

1. Горизонтальная версия

Горизонтальная версия принципа пропорциональности относится к ситуации коллидирующих интересов (и прав пользования) государств, например, в области морского права, права землепользования и права естественных ресурсов (рыболовство, использование водных ресурсов и т.д.).³⁰ «Архаичный» характер этой версии проявляется, прежде всего, в области контрмер и самообороны согласно ст. 51 Устава ООН. Здесь требование пропорциональности касается соотношения акции и реакции. Отправной акцией является нарушение международного права, например, нарушение договора, или даже вооружённое нападение. Потерпевшее государство может реагировать на это, посредством мирных санкций, или - в случае вооружённого нападения - посредством мер самообороны с возможным применением военной силы. Однако, это всегда должно происходить только на началах пропорциональности.³¹

На уровне межгосударственных отношений исходная акция может состоять также в (утверждаемом) нарушении государственного права. Так например, в одном из своих решений Международный Трибунал по морскому праву применил принцип пропорциональности для того, чтобы ограничить применение военной силы при аресте иностранного судна: *«it must not go beyond what is reasonable and necessary in the circumstances»*.³² Этот принцип Трибунал вывел из «соображений человечности» как принципа общего международного права, который может применяться Трибуналом в соответствии со ст. 293 Конвенции по морскому праву. Принцип ограничивал применение силовых военных мер против иностранного судна и его экипажа, которые были использованы Гвинеей в целях реализации государственного интереса в осуществлении национальных законов в области борьбы против контрабанды,

³⁰ Более подробно см. ebd., Teil 1, Kapitel II und III.

³¹ К проблематике контрмер см. Международный Суд ООН, IGH, Gabcikovo-Nagymaros Project (сноска 3), пункт 85. К действующему на уровне международного обычного права требованию «необходимости и пропорциональности» действий по самообороне см. Международный Суд ООН IGH, Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (merits), ICJ Reports 1986, с. 14 и далее, пункт 176, 194 и 237; IGH, Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (8. Juli 1996), ICJ Reports 1996, с. 226 и далее, пункт 41; IGH, Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, ICJ Reports 2003, с. 161 и далее, пункт 43 и 51 und 73-78; IGH, Armed Activities on the Territory of the Congo (De- mocratic Republic of the Congo v. Uganda), ICJ Reports 2005, с. 168 и далее, пункт 147.

³² Международный трибунал ООН по морскому праву, ITLOS, The M/V Saiga (No. 2) case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS Case No. 2, Urt. v. 1. Juli 1999, пункт 155-159, цитата см. пункт 155.

мошенничества и неуплаты налогов. Международный Трибунал посчитал использование военной силы «чрезмерным» и поэтому нарушающим международное право.

Ratio принципа пропорциональности в этом контексте является предотвращение эскалаций. Как указал *Томас Франк (Thomas Franck)*, его центральная функция (мы добавим: в его горизонтальной, «архаичной» версии), заключается в том, чтобы «предотвратить, чтобы контрмеры выйдут из-под контроля» (*to keep countermeasures from spiraling out of control*).³³ Эта функция становится понятной, если мы представляем себе совокупную структуру международного права в целом. В этой парадигме международное право понимается как горизонтальное, "кооперативное" право. Это правовая система, в которой участники правоотношений или правовые субъекты, а это, в первую очередь, государства, противостоят друг другу как равные суверены, и, выражаясь фигурально, стоят на одном уровне, без того чтобы имелась вышестоящая инстанция. Субъекты международного права (прежде всего, государства) могут и должны реагировать на нарушения норм международного права другими субъектами, принимая меры по самозащите путём объявления санкций или контрмер. Эффективность этого правопорядка основывается на децентрализованном осуществлении права, здесь не действует монополия центральной инстанции на применение силы и, так или иначе, не имеется мирового государства/правительства. С этой точки зрения ситуацию, в которой находятся государства на международном уровне, можно сравнить с положением индивидуумов или семей в период до возникновения современного государства, оснащённого монополией на применение силы. В географическом пространстве, где отсутствует монополия на применение силы, как это (если говорить несколько упрощённо) было введено в Европе только с установлением в 1495-ом году системы «*Общего мира*» (*Allgemeiner Landfrieden*; закон, запретивший междоусобные войны на территории Священной Римской империи (Германской нации) – **прим Дайджеста**), открытые конфликты (или самопомощь) должны были толерироваться. Дезэскалация выполняет в такой системе особую конституционную функцию; она конституционна потому, что она является основополагающей для поддержания всего порядка.

³³ *T. Franck*, On Proportionality of Countermeasures in International Law, AJIL 2008, с. 715-767 (763).

2. Диагональная версия

Вторая версия принципа пропорциональности в международном праве касается соотношения между национальным публичным интересом и партикулярными интересами индивидуумов. Национальный публичный интерес государства реализуется, например в сфере прав человека, посредством мер государства, направленных на обеспечение безопасности и порядка (в частности, в рамках борьбы с терроризмом). В сфере права защиты инвестиций это интерес гостевого государства, получающего инвестиции, например, в наличии и исполнении жёстких норм и стандартов национального регулирования защиты окружающей среды. В международном гуманитарном праве это интерес одной из сторон конфликта достичь военного преимущества. Субъектами, в отношении которых принимаются соответствующие государственные меры, могут быть гражданами государства, осуществляющего эти меры, или также нет. Гарантии защиты прав человека действуют в отношении субъектов, которые находятся под юрисдикцией соответствующего государства, но также они действуют и экстратерриториально. В гуманитарном международном праве характерным является то, что меры государства принимаются в отношении гражданских лиц другой стороны конфликта, то есть государства-противника или повстанцев. В праве защиты инвестиций меры гостевого государства в отношении инвесторов затрагивают как раз не граждан гостевого государства, более того, это даже является предпосылкой подключения механизма Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС, ICSID).³⁴

Эта ситуативная констелляция, столкновение между национальным публичным интересом и индивидуальными интересами, походит на ситуацию, которая знакома нам из национального конституционного права. Тем не менее, имеется различие. Индивидуальный интерес защищён международным правом, для этого установлен определённый международно-правовой режим, частично с контрольными учреждениями и органами, призванными гарантировать соблюдение интересов индивидуумов (включая инвесторов). Эта ориентация в сторону индивидуальной защиты не была с самого начала имманентна соответствующим режимам. Так например, защита лиц в гуманитарном международном праве обосновывалась в историческом аспекте чисто государственным интересом в том, чтобы защитить *собственных* граждан. Нечто похожее действовало для норм международного права, регулирующих правовой статус и режим иностранцев (*Fremdenrecht*),

³⁴ Статья 25 ICSID-Соглашения.

которое было предшественником и защиты прав человека, и права защиты инвестиций.

Предоставление соответствующих гарантий на международном уровне, в любом случае, показывает, что уважение защищаемых здесь частных интересов, т.е. прав человека, прав гражданских лиц или инвесторов рассматриваются как одновременно отвечающее и глобальным публичным интересам. Причём это справедливо, независимо от того, принимает ли эта защита только форму объективно-правовых обязанностей государств или включает в значительной степени и субъективные права индивидуумов.³⁵ Обеспечение частных интересов - это «также» публичный интерес, а именно интерес международного сообщества. В этом смысле речь также и здесь идёт о столкновении между национально-государственными частными интересами и глобальным публичным интересом.

3. Вертикальная версия

Наконец, в более новое время на передний план вышла третья международно-правовая вариация принципа пропорциональности, которую мы обозначили бы как вертикальная версия. Основное поле приложения образует здесь право ВТО,³⁶ где принцип пропорциональности играет роль своего рода *границы допустимых ограничений* (*Schranken-Schranke*). Особое значение это имеет при отклонениях от обязанностей либерализации, предусмотренных в ГАТТ, в двух случаях. Прежде всего, если член ВТО пытается оправдать это отклонение в соответствии с общим исключением согласно статье XX ГАТТ. И далее, если это происходит в соответствии со статьёй 2 абз. 1 и статьёй 5 абз. 6 Соглашения о санитарных и фитосанитарных мерах, а также статьёй 2 абз. 2 Соглашения по техническим барьерам в торговле. Статья XX ГАТТ позволяет, к примеру, ограничения, необходимые для защиты общественной морали (lit. a) и необходимые для защиты жизни или здоровья человека, животных и растений (lit. b). В свою очередь, статья XX Lit. d) ГАТТ допускает меры, необходимые для обеспечения определённых законов или правил (соблюдение таможенного законодательства, правил о монополиях, защите

³⁵ Например, в международном гуманитарном праве остаётся спорным, являются ли подлежащие защите лица лишь бенефициаром (объектом защиты) (so *R. Provost*, *International Human Rights and Humanitarian Law*, 2002, с. 27-34; *K. Parlett*, *The Individual in the International Legal System*, 2011, с. 176-228, в частности с. 224) или же, смотря по обстоятельствам, носителем международных прав (в этом смысле *A. Peters*, *Jenseits der Menschenrechte: Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht*, 2014, § 7, с. 179-213).

³⁶ *A. Desmedt*, *Proportionality in WTO Law*, *JIEL* 2001, с. 441-480.

патентов и т.д.). Эти национальные (потенциально тормозящие торговлю) меры для защиты упомянутых правовых ценностей должны быть всегда «необходимы в целях...» (*necessary to...*). Согласно же статье XX lit. g) государственные меры должны «соотноситься с» (*relate to*) определёнными целями преследуемой государством экологической политики.³⁷ Проверка наличия этих исключений (в том числе требований «шапо» статьи XX ГАТТ³⁸) включает в себя, в соответствии с судебной практикой ВТО, «процесс взвешивания и поиска баланса между различными факторами, включая важность цели, степень содействия принимаемой меры достижению преследуемых ею целей, объём ограничений, возникающих в результате её применения, а также наличия альтернативных мер, не нарушающих обязательств, предусмотренных пакетом соглашений ВТО».³⁹

Третьей группой и Апелляционный Орган, детально проанализировав в деле *EC – Seal products* (в отношении применения статьи XX lit. a) ГАТТ) вопрос о том, имелись ли менее ограничительные разумно доступные меры, альтернативные запрету на импорт продуктов тюленьего промысла (*reasonably available alternative means*), конкретно исследовали в этой связи практическую реализуемость возможных альтернативных мер (например, введение специальной маркировки и т.п.) и учитывали также неприемлемо высокие издержки, которые, в конечном счете, исключали возможность альтернативы.⁴⁰

Применение принципа пропорциональности и соответственно техники «взвешивающей оценки» в свою очередь основывается на гипотезе, что имеется глобальный публичный интерес, по отношению к которому частные интересы (здесь интересы отдельных государств) могут входить в конфликт. В праве ВТО это глобальный публичный интерес в функционировании системы свободной, беспошлинной торговли,

³⁷ По данному вопросу Апелляционный Орган, *United States - Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp products*, 12.10.1998, WT/DS58/AB/R, пункт 136: „substantial relationship“, „close and genuine relationship of ends and means“.

³⁸ Дополнительный контроль пропорциональности спорного национального закона в рамках применения «шапо» в Апелляционном Органе см. *Shrimp* (сноска 37) пункт 141.

³⁹ WTO Appellate Body Reports, *European Communities - Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R and WT/DS401/AB/R (22. Mai 2014), пункт 5.169. *Grundlegend WTO AB, Korea - Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11. Dezember 2000, пункт 164-165 (к статье III (4) ГАТТ). См. далее Апелляционный Орган ВТО, *United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, 7.04.2005, пункт 306 (к понятию «необходимости» в смысле статьи XIV ГАТТ); Апелляционный Орган ВТО, *Brazil - Measures Affecting Imports of Retreated Tyres*, WT/DS332/AB/R, 3.12.2007, пункт 182 (к статье XX lit. b) ГАТТ).

⁴⁰ Апелляционный Орган ВТО, *Seal Products* (сноска 39), пункт 5.260-5.278.

благодаря которой – если исходить из теории сравнительных преимуществ *Давида Рикардо (David Ricardo)* – укрепляется и возрастает глобальное благосостояние. Это отражено в преамбуле соглашения ВТО, которая называет целью ВТО сокращение тарифов и других препятствий в торговле с целью достижения «общей выгоды» членом ВТО. Ориентация этого режима на достижение общего благосостояния существует независимо от вопроса, следует ли договорные обязанности в ВТО понимать как коллективные обязанности (то есть как систему неделимых и целостных обязанностей по отношению ко всем другим участникам), или как систему двусторонних обязанностей.⁴¹

Глобальный публичный интерес в системе беспощинной торговли (которая должна служить, в конечном счёте, опять-таки всем государствам-участникам и их населению) находится в противоречии с частными интересами государств и их собственным «правом на регулирование».⁴² Однако, национальный интерес со своей стороны может опираться на международное право. Соответственно государства для оправдания отклонений от своих обязательств по Соглашению ВТО или для легитимации вводимых ими ограничений прав инвесторов, гарантированных международным правом, нередко ссылаются не только на национальные, но и на международно-правовые нормы.⁴³

⁴¹ В пользу квалификации в последнем из названных смысле *J. Pauwelyn*, A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature? *EJIL* 2003, с. 907-952.

⁴² Апелляционный Орган ВТО, *Seal Products* (сноска 39), пункт 5.124-5.127.

⁴³ Североамериканское соглашение о свободной торговле между Канадой, США и Мексикой (Соглашение НАФТА), НАФТА Глава 11, Arbitration, по делу *Glamis Gold v. United States of America*, письменное возражение ответчика (США) истцу от 19.10.2006, с. 33-35: государство-ответчик со ссылкой на принципы Конвенции ЮНЕСКО 1972 года об охране всемирного культурного и природного наследия оправдывало установленное им регулирование, в соответствии с которым после завершения горнодобывающей деятельности, осуществляемой вблизи охранных природных зон коренных народов, выбранные породы подлежали засыпке: по мнению ответчика, эти принципы ограничивали права инвесторов по соглашению НАФТА и прежде всего речь шла о «principles of cultural preservation [...] that reflect the 'policy' of the international community.» (с. 35). В решении по делу *Biotech*, оправдывая установленные в праве ЕС отклонения от Соглашения по применению санитарных и фитосанитарных мер, ЕС ссылалось на Картахенский протокол по биобезопасности к Конвенции о биологическом разнообразии. WTO, EC - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (29. Juni 2006), Panel-Reports, WT/DS 291-293/R.

4. Сравнительный анализ

При сравнении трёх вышеназванных версий принципа пропорциональности выясняется, что ответ на вопрос о том, что конкретно взвешивается или уравнивается друг с другом, следует давать совершенно различный. В первой горизонтальной (архаичной) версии речь идёт о соотношении между мерой и контрмерой, во второй диагональной версии - о соотношении между национальным интересом и индивидуальным интересом и, наконец, в третьей вертикальной версии - о соотношении между глобальным публичным интересом и национальным интересом. Эта классификация значительно упрощает проблематику, так как соответствующие частные интересы, как это показывает ряд примеров, подкрепляются универсальными мотивами. По этой причине можно подчеркнуть их общую структуру: в случае всех трёх версий проверка пропорциональности - это техника, которая в определённой степени должна структурировать, раскрывать и вместе с тем рационализировать уравнивание между противоположными интересами, позициями или правами. Кроме того, в результате данной техники это уравнивание, которое всегда требует оценки, делается поддающимся контролю и критике.

Д. Глобальный конституционный принцип?

Представляет собой принцип пропорциональности нечто большее, чем только принцип международного обычного права? Принадлежит ли он подмножеству глобального (как синоним используется также обозначение «транснационального») конституционного права?

Глобальное конституционное право - это сумма особенно важных международно-правовых и национальных правовых норм, которые устанавливают основополагающие принципы правового порядка, учреждения и процедуры, действующие в отношении ситуаций и вопросов, которые касаются больше, чем одно государство. Глобальное конституционное право состоит, с одной стороны, из «горизонтально» схожих правовых норм в многочисленных государственных правопорядках и, с другой стороны - образно представленное в «вертикальной» плоскости - из комбинации и взаимодействия международно-правовых норм с «глобализированными» в свою очередь государственными нормами

конституционного права.⁴⁴ Всё вместе образует многоуровневую правовую структуру или юридическую сеть с горизонтальными и вертикальными связующими нормами и с частично перекрещивающимися или взаимопроникающими процедурами, которые наряду с прочим поставляют интерактивные механизмы взаимодействия.

Принцип пропорциональности принадлежит к этому корпусу права, и должен, следовательно, классифицироваться как (глобальная) конституционная норма. Четыре момента говорят в пользу такой правовой квалификации. Первая причина состоит в субстанциональном значении принципа пропорциональности. Характерной чертой конституционного права в материальном смысле (независимо от возможных формальных признаков, как например, приоритетное положение в иерархии норм, особые условия изменений и т. д.) - является, как известно, значимость его предмета и содержания. Конституционное право - это наиболее существенные нормы сообщества. Они должны нести, как указывается в одном английском учебнике конституционного права, «нечто фундаментально важное» (*something fundamental*).⁴⁵ Это касается и принципа пропорциональности: Во всех трёх версиях он выполняет - как можно было увидеть - фундаментально важные функции в рамках соответствующих областей права.

Второй аргумент в поддержку конституционного качества принципа пропорциональности заключается в том, что применение данного принципа, как на это указал Энцо Канниццаро (*Enzo Cannizzaro*),⁴⁶ глубоко изменяло характер международного правопорядка, делая возможным приспособление и адаптацию к новым ситуациям. Вследствие этого международное право может учитывать изменчивые соотношения интересов и меняющиеся ценности и оценки. Это лучше подходит плюралистскому и динамичному миру. Этот механизм носит основополагающий характер, и это оправдывает классификацию принципа пропорциональности как конституционный принцип. К возникающему

⁴⁴ A. Peters, *The Globalization of State Constitutions*, Chapter 10, в: J. Nijman & A. Nollkaemper (Hrsg.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, 2007, с. 251-308.

⁴⁵ C. Turpin & A. Tomkins, *Law in Context: British Government and the Constitution: Text and Materials*, 7. Aufl. 2011, с. 6. Британская конституция не имеет приоритета над законами и не является кодифицированной в едином документе, и таким образом, конституционное право (подобно международному конституционному праву) в результате может определяться лишь при помощи материальных признаков.

⁴⁶ E. Cannizzaro, *Proportionality in the Law of Armed Conflict*, в: A. Clapham & P. Gaeta (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, 2014, с. 332-352 (332 и сл.).

здесь вопросу, кем осуществляется реализация этих адаптаций и постепенно происходящих изменений норм, мы возвратимся в заключении нашего исследования.

Третий аргумент в поддержку классификации принципа пропорциональности в качестве конституционного принципа следует, в частности, из анализа практики существующего с 1994-го года механизма разрешения споров в ВТО (схожего, кстати, с третейским судом). Практикуемая Апелляционным органом «оценка путём взвешивания и сбалансирования» нередко рассматривается в качестве «конституционной техники», которая в свою очередь расценивается как выражение процесса конституционализации этого режима.⁴⁷ В контексте ВТО взвешивание и сбалансирование часто должно происходить между легитимными интересами государств-участников в определённом регулировании, которое может действовать как торговые барьеры, с одной стороны, и договорными обязанностями гарантировать беспопылинную торговлю, с другой стороны. Но почему оценку через взвешивание и сбалансирование нужно понимать как конституционную технику? Она является таковой, поскольку преодоление конфликта между частными интересами и публичным интересом (общим благом: *public interest, bien commun*) это типичная функция конституции и её институтов.

Е. В том числе также и функция формирования единообразия правоприменения

Пожалуй, наиболее важное свойство и принцип действия правила пропорциональности, на основе которых оно заслуживает высокое звание конституционного принципа, - это его качество как трансграничного (универсального) структурного принципа. Это качество способствует преодолению фрагментации и тем самым выполняет конституционную функцию формирования единообразия (*Einheitsbildung*).⁴⁸ Мы видели, что принцип пропорциональности утвердился практически во всех областях и

⁴⁷ D. Z. Cass, The Constitutionalization of International Trade Law: Judicial Norm Generation as the Engine of Constitutionalization, EJIL 2001, с. 39-77.

⁴⁸ К проблематике «единствообразующего потенциала» принципа пропорциональности см. J. Rauber, Verhältnismäßigkeit und völkerrechtliche Systembildung: Überlegungen zur einheitsbildenden Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Völkerrecht der Konstitutionalisierung, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2015, с. 259-299.

рубриках международного права. Он путешествовал от одной области международного права в другую, не в последнюю очередь в результате того, что специальные судебные органы привлекали для решения рассматриваемых дел соответствующую судебную практику из других правовых областей.

Например, инвестиционные арбитражи в целях проведения разграничения между экспроприацией и законным регулированием собственности опирались на принцип пропорциональности, как он был сформулирован в судебной практике Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ).⁴⁹ В свою очередь, для оценки пропорциональности контрмер они привлекали судебную практику Международного Суда ООН,⁵⁰ и для толкования т.н. «исключительной оговорки» в одном из двусторонних инвестиционных договоров - на судебную практику ВТО относительно правила «необходимости» (*necessity*) в смысле статьи XX ГАТТ.⁵¹

Также и в сфере регулирования применения санкций и контрмер, их соответствие принципу пропорциональности было подвергнуто так сказать междисциплинарной и межсекторальной оценке, то есть оно было рассмотрено в контексте различных отраслей международного права. Их пропорциональность проверяется судебными органами в контексте общего международного права, права защиты инвестиций,⁵² международного торгового права⁵³ со ссылкой на те же самые принципы и в диалоге с другими (третейскими) судами. В этом плане принцип пропорциональности мог, если его применять последовательно (не обязательно единообразно), способствовать согласованию и гармонизации между отдельными областями права.

Наглядный пример - это необходимость, но также и возможность гармонизации норм о защите прав человека с нормами международного гуманитарного права в вооружённых конфликтах. В настоящее время обе

⁴⁹ ICSID, *Continental Casualty* (сноска 18), сноска 407 на с. 124; ICSID, *Teemed* (сноска 18), сноска 143 на с. 47; ICSID, *Azurix* (сноска 18), пункт 311.

⁵⁰ ICSID, *Archer Daniels* (сноска 18), пункт 126.

⁵¹ ICSID, *Continental Casualty* (сноска 18), пункты 192-195.

⁵² Например МЦУИС (ICSID Tribunal) в основу своего решения по делу *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States (Archer Daniels v. Mexico)*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award, 21. November 2007, пункт 152-160, положил стандарт, разработанный Международным Судом ООН в решении по делу *Gabcikovo-Nagymaros* (сноска 3).

⁵³ Апелляционный Орган ВТО, *United States - Definitive safeguard measures on imports of circular welded carbon quality line pipe from Korea*, WTO DS 202/AB/R, 8.03.2002, пункт 259 в сноске 256 цитировал решения Международного суда ООН по делам *Nicaragua* и *Gabcikovo-Nagymaros*.

группы норм находят в вооружённом конфликте кумулятивное применение.⁵⁴ Речь идёт в целом о праве гражданских лиц на жизнь. Как устанавливает ст. 6 Международного Пакта о гражданских и политических правах, никто не может быть произвольно лишён жизни. В противоположность этому, Европейская Конвенция прав человека (ЕКПЧ) требует строгую проверку пропорциональности: согласно буквальному тексту Конвенции, лишение жизни не рассматривается как нарушение, когда оно «является результатом абсолютно необходимого применения силы» для достижения (определённых, конкретно перечисленных) легитимных государственных целей.⁵⁵

Но что значит «произвольно» или «абсолютно необходимый» в условиях вооружённого конфликта? Если Суд по правам человека должен решать вопрос, было ли в каком-либо вооружённом конфликте нарушено право на жизнь или на физическую неприкосновенность, как например, ЕСПЧ в «чеченских делах» или в иракских случаях,⁵⁶ то он может проверять факты и обстоятельства исключительно на основе масштаба, установленного в ЕКПЧ. Вместе с тем, он может и должен, однако, согласно принципу систематической интерпретации (статья 31 Абз. 3 lit. c) Венской Конвенции о праве международных договоров) толковать положения ЕКПЧ в свете международного гуманитарного права. Так, для оценки убийства комбатанта из этого следует, что оно не является «произвольным», так как оно принципиально разрешено согласно международного гуманитарного права и таким образом также не нарушает право на жизнь.

Убийство гражданских лиц должно оцениваться в правовом смысле совершенно иначе. В этом отношении в гуманитарном международном праве действует ряд принципов, которые частично пересекаются друг с другом по своему нормативному содержанию. Это принцип различия между военными и гражданскими целями (статья 48 и статья 51 абзац 4 Первого Дополнительного протокола 1977-го года), запрет целенаправленного нападения на гражданские объекты (статья 51 абзац 2 Первого Дополнительного протокола 1977-го года) и принцип «военной необходимости» (*military necessity*). Кроме того, также и право выбирать методы и средства ведения войны не является неограниченным (статья 35

⁵⁴ МС ООН, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, с. 136 и далее, пункт 106. Понимание международного гуманитарного права как «*lex specialis*» не является исключительным случаем.

⁵⁵ По данному вопросу см. например ЕСПЧ (Большая Палата), *Nachova v. Bulgarien*, Nr. 43577/98, 6. Juli 2005, пункт 95.

⁵⁶ ЕСПЧ (Большая Палата), *Case of Hassan v. United Kingdom*, Nr. 29750/09, 16. Sept. 2014, пункт 77 и 102-105.

абзац 1 Первого Дополнительного протокола). Также запрещены причинение «излишних» страданий (статья 35 абзац 2 Первого Дополнительного протокола) и «чрезмерные нападения» (статья 51 абзац 5 lit. b и статья 57 абзац 2 (a) lit. iii Первого Дополнительного протокола). Всё это - формулировки, которые содержат элементы контроля или проверки пропорциональности.

Из комбинации этих принципов права вооружённых конфликтов, в частности, из «принципа различения» в сочетании с «принципом военной необходимости», вытекает важное правовое следствие, что целенаправленному нападению могут подвергаться только военные цели (комбатанты и объекты). При этом допускается т.н. «сопутствующий ущерб» для гражданского населения, гражданских объектов или окружающей среде в той мере, в какой они не являются «непропорциональными» по отношению к ожидаемым конкретным и непосредственным военным преимуществам.⁵⁷ При этом если говорить образно, при «взвешивании и сбалансировании» чаши весов находятся не на нуле. Одна чаша с самого начала немного перевешивает, и как раз не в пользу нападающего: правовая ценность защиты гражданских лиц имеет больший вес. Чтобы уравновешивать причинение вреда и ущерба, военные преимущества должны быть явными и значительными. В соответствии с *писаным правом (law on the books)* только значительное военное преимущество способно оправдывать (определённые) убытки.

Вместе с тем, на практике правовое взвешивание и поиск баланса приводит часто, всё же, к негативным последствиям и ущербу для гражданского населения. Не в последнюю очередь это обусловлено широким диапазоном возможных вариантов и неопределённостью при решении вопросов факта и при определении того, что же должно считаться преимуществом или ущербом и как преимущества и убытки должны соразмеряться и сравниваться. Если суд постфактум проверяет правильность правового взвешивания, следовательно «соразмерность» (*Angemessenheit*) этого отношения, то в соответствии с *принципом корректности (Fairnessgründe)* в качестве масштаба действует *ex ante* оценка *здоровомыслящим военным командиром (reasonable military commander)*. Если здравомыслящий командир мог полагать, что он достигнет значительного военного преимущества в результате нападения на военный объект, которое стоило бы жизни только небольшому числу гражданских лиц, то это было правомерным. И наоборот, также

⁵⁷ См. например Международный трибунал по бывшей Югославии (ICTY: МТБЮ), Appeals Chamber, Judgment Prosecutor v. Galic, No. IT-98 -29 - A, 30. Nov. 2006 (Appeal Case), пункт 190.

признаётся, что несоразмерный сопутствующий ущерб может быть указанием на то, что нападению непосредственно и умышленно подвергались гражданские цели и таким образом был нарушен принцип различия.⁵⁸

Этот пример показывает, как принцип пропорциональности в контексте вооружённого конфликта применяется как сводный или перекрёстный принцип (*Querschnittsprinzip*).⁵⁹ В результате таким образом координируются и гармонизируются различные секторы и подобласти права (в данном случае гуманитарное международное право и права человека) и тем самым преодолевается фрагментарность международного правопорядка. Разумеется, существует также опасность, что применение международного гуманитарного права подрывает защиту права человека, в частности, на территории занятых военными областей.⁶⁰ Этой опасности могло бы быть противопоставлено последовательное применение принципа пропорциональности, которое не должно обязательно быть единообразным, а может в контекстно-ориентированном ключе учитывать военную необходимость.

Ф. Пропорциональность и власть судов

Названная выше центральная задача адаптации и совершенствования права с помощью принципа пропорциональности вменяется в конституционном государстве по общему правилу судам. Распространение принципа пропорциональности в практически всех государственных правопорядках и в международно-правовых режимах, как указали *Алек Стоун Свум* (*Alec Stone Sweet*) и *Мэтью Джадд* (*Mathew Judd*), оказало существенный вклад в юстициализацию (*judicialization*), то есть усиление судебных компонентов и процедур в различных сферах, соответственно в укреплении роли судов также и в развитии права и в конституционном развитии: «Пропорциональность составляет доктринальное подспорье для расширения судебной власти в глобальном масштабе» (*Proportionality*

⁵⁸ Ebd., пункт 133.

⁵⁹ Более обстоятельно по данному вопросу см. *M. Newton & L. May, Proportionality in International Law*, 2014.

⁶⁰ *A. Gross, Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation? EJIL 2007*, с. 1-35, в частности с. 16-19.

constitutes a doctrinal underpinning for the expansion of judicial power globally).⁶¹

В рамках межгосударственных, транснациональных, глобальных отношений международные суды и арбитражи нашли широкое применение уже в 1990-ые годы. Их «пролиферизация» сегодня оказывает определяющее влияние на современное международное право с его многочисленными судами и арбитражами.⁶² В целом *судебная институционализация (Vergerichtlichung)*, усиление судебных структур и процедур в системе разрешения международных конфликтов рассматривается, как правило, в качестве центрального элемента «юридизации» (*Legalisierung*) международных отношений⁶³ и – в более категоричной форме – даже «конституализации» (*Konstitutionalisierung*)⁶⁴ международного права.

В настоящее время важно, что механизмы разрешения конфликтов архаичного образца (самопомощь и контрмеры) сталкиваются с механизмами, основанными на началах усиления судебных структур и процедур. Согласно распространённой точке зрения контрмеры (неважно насколько пропорционально они применяются) не являются (больше) допустимыми, если институционализированный орган по разрешению споров занимается урегулированием данного конфликта.⁶⁵ С этой точки зрения механизм обеспечения соблюдения права путём принятия мер по самопомощи (на двусторонней основе) и механизм правового урегулирования спора в судебном порядке (т.е. путём подключения нейтральной третьей инстанции, которая принимает решение - будь то

⁶¹ A. Stone Sweet & M. Judd, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, Columbia Journal of Transnational Law 2008, с. 73-165, в частности с. 161, цитирование из Abstract.

⁶² A. von Bogdandy & I. Venzke, In wessen Namen?, 2014.

⁶³ International Organization 2000, с. 385-703 (с текстами J. Goldstein, M. Kahler, R. O. Keohane, A. Slaughter u.a.).

⁶⁴ A. Peters, Are we Moving Towards Constitutionalization of the World Community?, в: A. Cassese (Hrsg.), Realizing Utopia: The Future of International Law, 2012, с. 118, в частности с.125 и сл.

⁶⁵ Международный трибунал по бывшей Югославии (ICTY: МТБЮ), Trial Chamber, Prosecutor v. Kupreskic u.a., case no. IT-95-16-T, v. 14. Jan. 2000, пункт 530: »While reprisals could have had a modicum of justification in the past, when they constituted practically the only effective means of compelling the enemy to abandon unlawful acts of warfare and to comply in future with international law, at present they can no longer be justified in this manner. A means of inducing compliance with international law is at present more widely available and, more importantly, is beginning to prove fairly efficacious: the prosecution and punishment of war crimes and crimes against humanity by national or international courts«.

обязательного или рекомендательного характера - на основе права) взаимно исключают друг друга.

Если же мы рассматриваем теперь судебную институционализацию, во-первых, как характерный признак конституционализации и, во-вторых, одновременно как маргинализацию права на контрмеры, то выяснится, если мы суммируем первое со вторым, что конституционализация состоит как раз в вытеснении горизонтального, архаичного принципа пропорциональности. Однако, это вытеснение не равнозначно замене. Комбинация горизонтального и вертикального принципа пропорциональности в рамках одного процесса урегулирования возможна. Мы видим это в праве ВТО. В случае нарушения договора государством-участником ВТО здесь допустимы санкции и контрмеры. Однако, эти меры должны были утверждаться Органом ВТО по урегулированию споров (Dispute Settlement Body, статья 22 абзац 2 Договорённости о правилах и процедурах разрешения споров) или (уже на другой фазе правовой тяжбы) Арбитражем ВТО согласно статье 22 абзац 6 Договорённости. В первом случае Орган ВТО по урегулированию споров должен, помимо этого, также контролировать их применение.

Процедура и порядок действий судов и арбитражей, компетентность и форматы принимаемых ими решений дают возможность и легитимируют эти учреждения предпринимать взвешивание интересов и сопутствующих их правовых взглядов. Однако, такие нивелирующие решения, принятые на основе правового взвешивания и поиска баланса, оставляют большую свободу для их правовой оценки, которую не способны устранить ни структурализация, ни иерархизация проверки пропорциональности. Использование этой свободы в судебном нормотворчестве, направляемом принципом пропорциональности, нередко упрекают в утверждении «правления судей» (*gouvernement des juges*). Согласно распространённой точке зрения, недостаток легитимности в (третейско-)судейском нормотворчестве является в международном праве более серьёзным, чем в национальном праве, поскольку на международном уровне «законодатель» в своей правотворческой деятельности не может без проблем корректировать судебское правотворчество. Возможное бездействие государств (правительств) в значительно меньшей степени может расцениваться как одобрение судебного активизма, так как международное правотворчество посредством заключения корректирующего договоров ограничено и затруднено многочисленными факторами. По этой причине вышестоящие инстанции, призванные принять решение на основе поиска равновесия между различными интересами - имеются в виду международные судебные органы - обычно проявляют особую сдержанность в отношении перепроверки

национальных решений, основанные на учёте и уравнивании данных интересов, и не предпринимают, как правило, их радикальной ревизии и пересмотра.

Диагональная версия принципа пропорциональности, то есть техника взвешивания и сбалансирования между национальными мерами в целях общего блага и индивидуальными интересами, которые, однако, в свою очередь гарантируются на глобальном уровне, приобретает возрастающее значение. Поиск этого баланса происходит в первом подходе на уровне национальных государственных ведомств. Однако, как следствие судебной институционализации международного права (квази-)международными судами может осуществляться перепроверка этого национального «взвешивания», в частности, судами по правам человека и третейскими судами по делам о защите инвестиций. В результате существования самой этой возможности перепроверки (хотя и не только на этой основе) для любого органа власти и учреждения, применяющего международное право, вытекает - в условиях действия принципа пропорциональности - бремя изложения и доказывания (*Darlegungs- und Begründungslast*). Южноафриканский юрист-конституционалист, видный борец против апартеида, *Этьен Мурайник (Etienne Mureinik)*,⁶⁶ описывал действие принципа пропорциональности в том смысле, что его последовательное применение в разработке навыков «культуры обоснования» (*culture of justification*) способствует и для утверждения «культуры власти» (*culture of authority*). Можно сказать, что разработка и развитие культуры обоснования и в межгосударственных, надгосударственных и транснациональных отношениях - это центральный конституционный вклад действия принципа пропорциональности в международном праве.

⁶⁶ E. Mureinik, A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights, South African Journal on Human Rights 1994, с. 3 1-48 (32).