

**Отзыв члена диссертационного совета на диссертацию Коваленко  
Святослава Игоревича на тему: «Теоретико-практические аспекты  
эволюционного толкования Европейской конвенции о защите прав  
человека и основных свобод в практике Европейского суда по правам  
человека», представленную на соискание ученой степени кандидата  
юридических наук по специальности 12.00.10 – международное право;  
европейское право**

Тема, выбранная для исследования, безусловно, является актуальной. Можно выделить несколько уровней данной актуальности: на первом уровне эволюционное толкование предстает как инновационный метод толкования международно-правовых норм, соотношение которого со статьей 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. вызывает многочисленные вопросы. Действительно, презумпция намерения участников договора придать терминам данного договора развивающийся смысл выглядит очень и очень уязвимой (данная презумпция сформулирована в Решении Международного суда ООН по спору, относящемуся к правам судоходства и связанным с ними правам от 13 июля 2009 г., Коста-Рика против Никарагуа). Во-вторых, эволюционное толкование предстает как средство усиления полномочий ЕСПЧ. В этом смысле оно непосредственно связано с другими активистскими практиками ЕСПЧ и является их фундаментом; к числу данных практик относятся универсализация правовых категорий, экстерриториальное применение Конвенции, ссылки на европейский консенсус и позиции неправительственных организаций и пр. Наконец, в-третьих, оно является первопричиной «принципиального сопротивления» национальных судов, - относительно недавнего феномена, состоящего в отказе национальных судов исполнять решения ЕСПЧ со ссылкой на конституционную идентичность и злоупотребление полномочиями со стороны ЕСПЧ. В целом, таким образом, это многоаспектная и очень важная проблема.

Перед тем, как перейти к анализу диссертации, отмечу, что ее название выглядит громоздким и тавтологичным: «теоретико-практические аспекты....

PK №9/2-452 от 28.10.2019

в практике...» - не самое лучше из сочетаний, которое скорее запутывает, чем проясняет предмет исследования. Общий его смысл, тем не менее, понятен.

Рассмотрим выводы, выносимые на защиту. В *первом* из них автор утверждает, что «переход к эволюционному толкованию отражает общую тенденцию развития международного права в направлении повышения действенности и эффективности реализации норм ранее заключённых договоров». Этот вывод носит общий характер и едва ли может быть оспорен. *Второй* вывод имеет центральное значение; в нем автор пытается определить природу эволюционного толкования. По его мнению, оно представляет собой сочетаниеteleologического толкования и толкования, состоящего в ориентации на современные условия применения нормы. Отсюда, таким образом, следует, что эволюционное толкование является толкованием *sui generis*. Это совершенно расходится с подходом Международного суда ООН, который описывает эволюционное толкование как разновидность интенционального толкования, то есть толкования, отталкивающего от намерений государств.

Так, в Решении по делу о континентальном шельфе Эгейского моря от 19 декабря 1978 г. МС ООН указал: «...Когда стороны использовали в договоре родовые термины и не могли не знать, что их значение способно эволюционировать со временем, и когда соответствующий договор был заключен на очень долгий срок или «без ограничения срока», стороны, по общему правилу, должны презумироваться имеющими намерение наделить эти термины эволюционирующим значением» (пар. 66).

В уже упомянутом решении 2009 г. МС ООН указал: «Действительно, термины, использованные в договоре, должны толковаться на основе исследования совместного намерения сторон, которое по определению является одновременным по отношению к заключению договора. Это может побуждать суд, в который был передан спор, или самих сторон, когда они пытаются определить смысл договора для целей его добросовестного выполнения, исследовать значение, которое термин имел во время составления договора, поскольку подобное исследование способно прояснить совместное намерение сторон... Однако это не означает, что никогда не следует учитывать значение термина на тот момент, когда договор должен быть истолкован для целей его применения, если это значение больше не является таким, каким оно было на дату заключения. С одной стороны,

последующая практика сторон, по смыслу п. 3 «б» ст. 31 Венской Конвенции, может состоять в отклонении от изначального намерения на основе молчаливого соглашения между сторонами. С другой стороны, существуют ситуации, в которых намерение сторон при заключении договора состояло или может презумироваться состоящим в том, чтобы придать использованным терминам - или некоторым из них - значение или содержание, способное эволюционировать, а не зафиксированное раз и навсегда, для того, чтобы, помимо прочего, учитывать развитие международного права. В таких случаях, для того, чтобы проявить уважение к совместному намерению сторон на момент заключения договора и не отойти от него, следует учитывать значение, приобретенное соответствующими терминами на тот момент, когда договор должен применяться» (пар. 63-64).

Эта позиция Международного суда ООН в диссертации совершенно игнорируется.

В *третьем* выводе автор выделяет два периода в развитии концепции эволюционного толкования: первый «ознаменован» формированием доктрины «Конвенция как “живой инструмент”»; второй связан с созданием в 1998 г. единого, постоянно действующего ЕСПЧ и с вытекающим отсюда «значительным расширением» перечня гражданских и политических прав, гарантируемых Конвенцией. С этим стоит согласиться. В *четвертом* выводе автор утверждает, что эволюционное толкование позволило обойти сложную процедуру формальной модификации текста Конвенции. Этот вывод нареканий не вызывает. *Пятый* вывод сформулирован неудачно: его смысл не эксплицитен с учетом громоздкости формулировок: «поочерёдный анализ абстрактно изложенных элементов ст. 31 Венской конвенции допускает оценку правил толкования договоров, установленных в данной конвенции в качестве правовой основы исследуемого способа толкования»; «целевая направленность, указанная в названии и в Преамбуле Европейской конвенции, также имеет ключевое значение для практики ЕСПЧ по эволюционному толкованию Конвенции: она определяет динамизм содержания стандартов в области прав человека, что позволяет судьям ЕСПЧ толковать конвенционные положения, адаптируя их к современным реалиям для повышения действенности, эффективности правовой защиты и развития прав, гарантированных Конвенцией». Понять, о чём идет речь, очень сложно.

*Шестой* вывод нареканий не вызывает, в нем автор утверждает, что европейский консенсус служит основным методом обоснования Европейским судом по правам человека своих решений. Здесь же автор отмечает нечеткость методологии выявления и последующего применения европейского консенсуса. В *седьмом* выводе автор утверждает, что постановления ЕСПЧ могут быть квалифицированы в качестве прецедентов толкования. Этот вывод будет оценен ниже, на основе положений самой диссертации. Наконец, в *восьмом* выводе автор отмечает «положительное воздействие, которое современное прочтение Судом конвенционных положений оказывает на совершенствование законодательства государств-участников» и одновременно - «чрезмерное злоупотребление судьями ЕСПЧ своими полномочиями по толкованию Конвенции». С этим выводом можно согласиться *prima facie*.

Перейдем к анализу самого текста диссертации. *Первая глава* посвящена генезису эволюционного толкования в праве международных договоров и практике ЕСПЧ. Здесь автор сразу же приступает к рассмотрению двух видов толкования: статичного и динамичного (эволюционного). На мой взгляд, перед тем как это делать, ему стоило прояснить свою позицию относительно феномена толкования в целом, сделать небольшой очерк этого вопроса, опираясь на многочисленные работы Романи, Бенвенисти, Холлиса, Клаберса и других современных западных авторов. В отсутствие такого очерка все его построения «прописывают в воздухе», не имеют твердой теоретической основы.

Далее автор пытается осветить доктринальный генезис концепции «живого права», основоположником которой он считает австрийского ученого Е. Эрлиха. На мой взгляд, корни этой концепции гораздо глубже, их можно обнаружить уже у Ф. Суареса (работы “*De legibus*” (1612) и “*De fide, spe et charitate*”, начало XVII в.), который полагал, что в отличие от естественного права право народов не является неизменным и универсальным и зависит от актуального консенсуса. Посвятив один абзац работам Эрлиха, автор делает стремительный переход к современному исследователю Дж. Летсасу, который

рассматривает эволюционное осмысление норм Конвенции как «моральное прочтение». Пересказу работы Летсаса посвящено несколько страниц (22-25), на этом экскурс в доктрину заканчивается, оставляя ощущения недоумения и недосказанности. Далее автор утверждает (тоже, в общем, без надлежащего обоснования), что эволюционное толкование – самостоятельный способ толкования, связанный сteleологическим толкованием. При этом данное толкование тесно связано с доктриной «автономных понятий». Теоретической природе эволюционного толкования посвящено всего две страницы (26-27), читателю, таким образом, предлагается взять слова автора на веру. Как уже отмечалось, теория интенционального толкования, используемая Международным судом ООН, не рассматривается. Это серьезный методологический недостаток. Далее автор посвящает несколько страниц концепции «живого инструмента», используемой Верховным судом США и находит параллели между этой концепцией и эволюционным толкованием Конвенции. Далее рассматривается восприятие концепции «живого инструмента» различными судьями ЕСПЧ (Фицморисом, Фаринья), – автор дает понять, что существует дискуссия относительно целесообразности использования этой концепции. Связь всех этих рассуждений с предыдущим текстом не очень понятна: автор продолжает описывать эволюционное толкование или же рассматривает связанный, но относительно независимый аспект?

Далее (стр. 35) автор объясняет причины эволюционного толкования: стремление к эффективному применению Конвенции, наличие у ЕСПЧ полномочий по толкованию, особый характер Конвенции, изменение объективных условий – со всем этим можно согласиться. Вообще, забегая вперед, следует отметить, что такого рода синтетические построения автор формулирует весьма толково, - методологически, - это, пожалуй, наиболее сильная сторона работы. На стр. 39 автор формулирует определение эволюционного толкования: «самостоятельный способ толкования, позволяющий учитывать влияние временного фактора на правовую и

повседневную жизнь общества, а потому направленный не на доведение до адресатов толкования первоначальной воли составителей договора, а на уяснение нового смысла толкуемых норм». Данное определение нельзя признать удачным. На жизнь общества влияет не время как таковое, а объективные события (факты), которые имеют временную протяженность, а первоначальная воля составителей договора как раз и может состоять в том, чтобы сообщить положениям договора эволюционирующий характер. Здесь автор в очередной раз демонстрирует свое незнакомство с позицией Суда ООН по данному вопросу. В целом первый параграф первой главы, имеющий центральное значение для диссертации, вызывает серьезные нарекания.

Во втором параграфе автор выделяет периоды развития эволюционного подхода. Эта глава резюмируется третьим выводом. Написана она добротно, - автор использует статистику, ссылается на практику, в том числе на малоизвестное, но важное дело Голдера, в постановлении по которому ЕСПЧ закрепил концепцию подразумеваемых прав и которое автор считает очень важным для формирования механизма эволюционного толкования. На стр. 59-60 автор приводит интересную статистику ссылок на Конвенцию как на «живой инструмент».

*Вторая глава* по названию почти совпадает с названием диссертации в целом – она называется «Теоретико-правовые аспекты эволюционного толкования Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод». Это серьезный стилистический недостаток. В этой главе автор исследует эволюционное толкование в контексте ст. 31 Венской конвенции 1969 г. Автор пытается доказать, что эволюционное толкование не противоречит правилам толкования, предусмотренным в ст. 31. Оно может пониматься как предполагающее «учет обычного значения» (с этим вполне можно согласиться); оно является добросовестным, поскольку позволяет учесть последующую практику (спорное утверждение); оно соответствует объекту и целям Конвенции. Здесь же, на стр. 77, автор опять отрицает интенциональную интерпретацию эволюционного толкования. По его

мнению, «в основу эволюционного толкования не могут быть положены предположения об исходных намерениях двенадцати государств-участников», - скажу в очередной раз, что Международный Суд ООН считает иначе. Проясню свою позицию: вывод автора о том, что эволюционное толкование определяется в первую очередь объектом и целью Конвенции, – имеет право на существование и более того, вполне конъюнктурен, поскольку Комиссия международного права уделяет этому понятию («объект и цель») первостепенное значение. Однако, в отсутствие анализа состоятельной и авторитетной альтернативы (интенциональный подход) он выглядит неубедительным.

Далее автор пишет, что эволюционное толкование можно обосновывать через ч.3 ст. 31, которая отсылает к «последующей практике применения договора». Это очень важный момент. Автор полагает, что «последующая практика» - это практика самих государств-членов; возможно, ему стоило более предметно остановиться на позиции, согласно которой соответствующей практикой является практика самого юрисдикционного органа (в данном случае – ЕСПЧ). Этот вопрос в последние годы вызывает оживленные споры, -в свете соответствующих претензий Комитета по правам человека.

Комитет по правам человека, учрежденный Пактом о гражданских и политических правах, вынес решение, в котором признал запрет ношения хиджаба во Франции нарушением свободы совести и запрета дискриминации. Комитет отметил, что его «общая правовая практика представляет собой «последующую практику применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования по ст. 31 (3б) Конвенции 1969 г. или в качестве альтернативы такую практику составляет молчаливое принятие государствами-участниками этих заключений». Он также сослался на резолюцию Совета по правам человека ООН, в котором выражалась озабоченность «политикой дискриминации религиозных меньшинств».

Во втором параграфе второй главы автор пишет о значении европейского консенсуса для обоснования эволюционного толкования. По сути, речь идет о развитии тезиса, изложенного в предыдущем параграфе, - автор приводит

дополнительные цитаты, ссылается на существующие классификации данного консенсуса, анализирует судебные прецеденты (в том числе дело Маркина). В ходе изложения автор выделяет особенности методологии определения европейского консенсуса (с. 105 – 121). В конце автор формулирует методологические недостатки данной концепции. Эта часть работы написана очень хорошо, - жаль, что автор не удосужился сформулировать на ее основании отдельный подробный вывод, выносимый на защиту.

*Третья глава* называется «Актуальные вопросы практической реализации эволюционного подхода к толкованию». Материал, изложенный в этой главе, порой выходит за рамки предмета диссертации. Так, автор начинает с освещения проблемы определения правовой природы и характера постановлений ЕСПЧ. Это освещение осуществляется с опорой на российские доктринальные источники, - иностранные работы не используются (в отличие от других частей работы). Автор делает вывод, что постановления ЕСПЧ – это прецеденты толкования, они не создают новые нормы, но при этом имеют «нормотворческую составляющую», «обретают нормотворческий характер косвенно». Такое лукавое определение ясности не привносит. На самом деле никакой суд, - я думаю, даже Палата лордов, не претендует на нормотворческие полномочия, но всегда ссылается на уже существующий массив норм и концепций. «Нормотворчество» суда в этом смысле, - это просто выход за пределы буквального значения нормы. Далее автор запутывает еще больше: он, в частности, пишет: «Судебная практика ЕСПЧ представляет собой суммарный результат рассмотрения этим международным судом споров по конкретным делам в процессе толкования положений Конвенции в пределах своей компетенции», - «судебная практика ЕСПЧ представляет собой.... его практику»???. Далее автор пишет, что правовые позиции ЕСПЧ «не создают стандарты в области прав человека, а совершенствуют» уже существующие стандарты. И т.п.

Здесь же автор рассматривает очень интересный аспект, который состоит в создании с опорой на концепцию эволюционного толкования новых прав, -

автор иллюстрирует эту проблему на примере дел, связанных с признанием гендерной идентичности транссексуалов, дел с экологическим компонентом социально-экономических дел, морально-этических дел и др. Эта часть нареканий не вызывает. Здесь также, возможно, стоило сформулировать более подробные выводы, выносимые на защиту, - тем более, что эта часть диссертации очень объемна.

Далее автор рассматривает проблему использования эволюционного подхода для ограничения сферы прав, защищаемых Конвенцией (с. 156 и далее, попутно возникает вопрос, почему автор не сформулировал отдельные параграфы для каждой проблемы, а выделяет их по тексту жирным шрифтом, что создает определенные неудобства для читателя).

Второй параграф этой главы называется «Эволюционное толкование Конвенции как проявление судебного активизма», - таким образом, здесь автор рассматривает исследуемый феномен через призму правового статуса ЕСПЧ и природы судебной функции в целом. В конце этого параграфа автор определяет пределы судебного активизма, - соблюдение которых позволяет соблюсти баланс между различными институциональными и нормативными элементами международного правопорядка. Здесь, автор по сути, пересказывает ранее сделанные выводы (используя несколько иные исходные методологические позиции). Многие тезисы в этой связи выглядят повторением тезисов, высказанных ранее.

В заключении, на стр. 190 автор делает выводы, которые частично совпадают, частично не совпадают с выводами, выносимыми на защиту. Значение заключения для структуры диссертации в этой связи не совсем понятно.

В целом диссертация неоднородная и неоднозначная.

Есть несколько серьезных недостатков: плохая структура (дублирования, непоследовательность, тавтологии и пр.), нечеткое определение природы эволюционного толкования, недостаточно глубокий исторический и общетеоретический экскурс, игнорирование позиции Международного суда

ОН, игнорирование позиции Комиссии международного права, отраженной в Тексте проектов выводов о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров 2018 г., несовершенные формулировки. В то же время есть и серьезные достоинства: хорошее описание методологии работы ЕСПЧ и хороший анализ практики ЕСПЧ. Нормативная и доктринальная основа работы соответствует предъявляемым требованиям: использованы и российские, и западные работы, проведен глубокий эмпирический анализ практики ЕСПЧ и т.д. Такого рода работа, оставляющая после себя столь противоречивое впечатление, должна сопровождаться очень серьезной и обстоятельной дискуссией в рамках самого процесса защиты диссертации. Надеюсь, эта дискуссия состоится.

Общий вывод: Диссертация Коваленко Святослава Игоревича на тему: «Теоретико-практические аспекты эволюционного толкования Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод в практике Европейского суда по правам человека» соответствует основным требованиям, установленным Приказом от 01.09.2016 № 6821/1 «О порядке присуждения ученых степеней в Санкт-Петербургском государственном университете», соискатель Коваленко Святослав Игоревич заслуживает присуждения ученой степени кандидат юридических наук по специальности 12.00.10 – международное право; европейское право. Пункт 11 указанного Порядка диссертантом не нарушен.

Член диссертационного совета,  
доктор юридических наук, доцент,  
заведующий кафедрой международного права  
Новосибирского государственного университета

21.10.2019