

О состоянии права и правового государства в тени коронавируса

Используя компаративистскую, системную, герменевтическую и антропологическую методологии и кейс-метод, автор рассматривает ситуацию в правовой системе Франции, сложившуюся в результате ограничительных мер, введенных правительством в результате пандемии коронавируса. Эти меры ограничивают конституционные свободы граждан, введены с нарушением принципа юридической иерархии правовых норм, противоречат Конституции Франции, Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Критике подвергнуты правовые нормы, которые вводят уголовную ответственность лишь за сам факт трижды составленных в течение тридцати дней полицейских протоколов о нарушении режима самоизоляции без передачи их на рассмотрение судьи. Нарушены принципы презумпции невиновности и *non bis in idem* (право не быть судимым или наказанным дважды). Анализируются практика Европейского суда по правам человека и полномочия судебной власти в случае принятия законодателем неконвенционных правовых норм, в том числе правовая позиция Суда, который накладывает на национальных судей обязанность толковать фактические обстоятельства, национальные источники права, любые другие акты в свете Европейской конвенции.

Ключевые слова: коронавирус; Covid-19; самоизоляция; права и свободы человека; презумпция невиновности; *non bis in idem*; юридический позитивизм; конвенционность; закон; право; преступление; уголовный проступок; уголовно-правовой деликт.

Тень коронавируса постепенно стала заслонять свет публичных свобод. В других странах, не в столь отдаленную эпоху, как, например, в России, Советский Союз противопоставлял буржуазное право социалистическому праву, которое «основывалось главным образом на философской доктрине Карла Маркса, превратившейся в итоге в марксизм-ленинизм»¹. Оно превозносило всемогущество государства. В такой системе индивид не учитывался как таковой – он был средством, поскольку общественное благо рассматривалось в качестве цели². Сегодня в капиталистической и ультралиберальной Франции мы являемся свидетелями сокрушительного наступления всемогущего государства, в котором индивид больше не считается целью в себе на благо общества. Вместе с тем реальность сложнее, чем кажется на первый взгляд. Франция столкнулась с беспрецедентной проблемой: смертельной пандемией. По этой причине некоторые методологические инструменты, заимствованные у Паскаля, оказываются очень ценными. В частности, его мысль, что мы «постигаем истину не только разумом, но и сердцем»³.

* **Екатерина Криеф-Семитко**, Вице-президент судебного трибунала, д-р права, профессор *honoris causa* Уральской государственной юридической академии (Россия).

Статья опубликована: Catherine Krief-Semitko. De l'état du droit à l'État de droit à l'ombre du coronavirus // Publié sur Dalloz Actualité le 8 mai 2020 (<https://www.dalloz-actualite.fr>).

После публикации статьи Палата по уголовным делам Кассационного суда Франции направила запрос в Конституционный Совет по вопросу о соответствии Конституции Франции абзаца четвертого статьи L. 3136-1 Кодекса общественного здравоохранения, который и обсуждается в данной статье. См.: Arrêt n°868 du 13 mai 2020 (20-90.004) - Cour de Cassation - Chambre criminelle.

Перевод с французского языка В. Д. Бурковой.

¹ Н., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, Tome I, 1er volume, Introduction à l'étude du droit, 12e éd. 2000, n° 61.

² См.: Н., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.*, n° 61.

³ Blaise Pascal, «Pensées», Edition de Michel le Guern, folio classique, n°101, p. 104.

Итак, в качестве преамбулы, мы предлагаем отнестись к Франции с любовью, чтобы узнать ее лучше, потому что «мы постигаем истину только через любовь»⁴; эвристическая гипотеза, которую бы не отверг Эдуард Ламбер⁵. Таким образом, мы предлагаем имеющий герменевтическое измерение анализ состояния французского права в тени коронавируса⁶. Это измерение позволяет «отдавать предпочтение взаимосвязи между непосредственно доступной позитивной информацией и ее культурными основаниями с тем, чтобы получить более глубокое понимание права»⁷. Речь идет о рассмотрении французского права в период изоляции в соответствии с методами сравнительного права. Этот компаративистский подход позволяет опираться на идеальное измерение, которое вытекает из социальной структуры данной страны, результата развития ее истории, культуры, а также географического положения. Такой подход позволяет объяснить эпистемологическое своеобразие правовых традиций⁸, устраняя при этом парадокс, приводящий к невозможности познания права, если он не будет разрешен. Действительно, в отношении иностранных правовых систем некоторые подчеркивают, что лучшее знание законов позволяет лучше узнать менталитет народа⁹. Однако нет сомнения, что нельзя глубоко познать законы страны, не узнав лучше ее народ. На первый взгляд, этот парадокс непреодолим. Однако индуктивный метод, объединяющий герменевтическое и антропологическое измерения права, позволяет разрешить это противоречие. Этот метод требует микрокомпаративного системного анализа и основан на постулате и констатации. Сначала постулат: правовая система – это сложная совокупность знаков, которые необходимо расшифровать. Далее констатация: правовая система – это социальный факт, культурный феномен¹⁰ в той же степени, в какой это – правовой феномен; как юридическое явление, она не может быть сведена только к нормам права и их позитивной реализации. Поскольку закон является социальным фактом, его реализация обязательно требует социальных взаимодействий. По логике вещей, позитивное право следует рассматривать не более как гипотезу, к которой индуктивный метод требует привязки нескольких социальных переменных. Именно люди разрабатывают законы, принимают судебные решения, подают иски или отказываются передавать свои споры в суд. Поэтому человеческое измерение права так же важно, как и само право. Чтобы убедиться в этом, достаточно вспомнить о понятиях порядочного отца семейства, *bona fides* или же добрых нравов, которые опираются, хотим мы того или нет, на субъективную основу, меняющуюся во времени и в пространстве. Перефразируя Пьера Леграна, скажем: от нас зависит – и мы подтверждаем, зная, что формула чрезмерна, – перестать быть вспомогательным средством государства – производителя норм и работать как мятежный герменевт для появления критического сознания в высшем смысле этого слова у тех, кто практикует право¹¹.

⁴ Blaise Pascal, «De l'esprit géométrique», Flammarion, coll. GF, 1985, p. 151.

⁵ См.: R. David, *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Economica 1982, p. 19 ; Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges*, Préface Franck Moderne, Dalloz 2005 ; Luc Heuschling, Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard 1921, Préf. F. Moderne, Paris Dalloz 2005, Bibliographie, *Revue internationale de droit comparé* 2007, p. 958.

⁶ См.: M. Foucault, *Les mots et les choses*, NRF Gallimard, 1967, p. 44.

⁷ P. Legrand, «Compare» in *Le droit comparé : aujourd'hui et demain*, colloque du 1er décembre 1995, Société de législation comparée, 1996, p. 59.

⁸ См.: Там же.

⁹ См.: H., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.*, n° 61.

¹⁰ См.: P. Legrand, *Notes inspirées par une gêne persistante à l'égard de la fascination exercée par l'habitude, l'autorité, la loi et l'État dans les facultés françaises*, RTDCiv. 1998, p. 299.

¹¹ См.: P. Legrand, *art. préc.*, à propos des étudiants, p. 300.

Однако сегодня, в период самоизоляции, социальные взаимодействия очень ограничены и даже запрещены. Реализация законов неизбежно вызывает потрясение. Таким образом, предложенный сравнительный метод должен служить основой для всех переменных, которые формируют систему права: норм права, судебной практики, истории, культуры, правосознания людей, которые создают право, его применяют или используют, их менталитета, языка – как юридического, так и быденного, а также всего, что относится к неправовой сфере. Непрерывное движение между всеми этими переменными позволяет установить связь между абстрактным законом и живым правом, высвечивая таким образом право в том виде, в каком оно существует на самом деле, другими словами, право живое. Этот метод также предполагает рассмотрение «я» наблюдателя как параметр, способный повлиять на наблюдаемый объект, потому что «познание другой правовой культуры всегда больше зависит от знания-посредника – т. е. уже известных значений и языка, – нежели от непосредственного познания»¹². Именно в этом ракурсе мы приглашаем читателя следовать за нами по пересеченной местности, что позволит нам достичь лишь некоторой (ограниченной) истины относительно французской правовой системы в тени коронавируса, а не истины как таковой, именно из-за «я»-переменной. Что же имеется в виду?

Сначала мы констатируем, что ситуация, с которой столкнулась Франция, беспрецедентна, по крайней мере, что касается последних ста лет. Сегодня Франция, как и другие страны, замкнулись на себе. Страх или даже террор превалирует над разумом. Вместе с ним погибла и политика, поскольку теперь именно ученые управляют в тени тех, кого мы избрали. Настоящая революция происходит на наших пустых улицах, перед нашими глазами, уставившимися в экраны. Но насколько мы осознаем это?

Затем мы увидим, что если Французская революция 1789 года была в высшей степени юридической, то революция под знаком коронавируса является по сути революцией в здравоохранении и экономике, когда право – всего лишь предлог, низведенный в ранг простого инструмента.

Уточним еще: даже если кажется, что посредством ордонансов и декретов Франция использует правовой фактор, то на самом деле вся структура современного мышления больше всего обращена к экономическим и медицинским проблемам, а Право находится в той же самоизоляции, что и народ. Чтобы убедиться в этом, достаточно прочитать недавние ордонансы и декреты: даже если они являются временными, на что в любом случае следует надеяться, становится ясно, что право сориентировано на обдeldывание грязных делишек – таких, как продление сроков предварительного заключения, домашний арест всей страны, что, если коротко, наносит серьезный удар по основным свободам, потому что «свобода – это результат юридической конструкции»¹³, и все это тогда, когда суды практически закрыты, а дела, которые ими еще рассматриваются, относятся лишь к срочным или насущным!

Следовательно, то, что закон может ввести, он может и отменить, и именно это пугает больше всего в этой эпидемии. Свобода, равенство и братство! Что же осталось от этих ценностей Франции? Мы все равны перед законом, который предписывает всем нам домашний арест для нашего же блага. Взывают к волнующему чувству братской солидарности, чтобы заставить нас забыть, что нас

¹² P. Legrand, “Comparer” in *Le droit comparé : aujourd’hui et demain*, colloque du 1er décembre 1995, Société de législation comparée, 1996, p. 51.

¹³ Ch. Leroy, «De la normativité économique en démocratie de marché», in *Études offertes à Jacques Dupichot*, Bruylant 2004, p. 282.

лишили одной из наших фундаментальных свобод¹⁴. И худшее во всем этом хаосе заключается в том, что мы, французские граждане, так влюбленные в нашу дорогую свободу, мы склоняемся, не говоря ни слова, и даже одобряем это лишение, и, что еще хуже, мы осуждаем наших сограждан, которые не соблюдают режим самоизоляции.

Это значит, мы забыли, что не несем ответственности и не виновны в этом кризисе в области здравоохранения. Это значит, мы забыли, что было время, чтобы подготовиться к нему лучше, если бы заранее были приняты адекватные меры. Поскольку управление – это предвидение! Повсюду, где воцарился коронавирус, для того чтобы люди забыли о некомпетентности правителей, вводят правление посредством террора – страха перед смертью или распространением смерти. Этот террор, вроде того, что царил в самые мрачные времена Французской революции, является очень эффективным оружием. Как доказательство мы видим пустынные улицы и дороги наших городов и деревень. Конечно, этот серьезный кризис в области здравоохранения может оправдать принятые меры, но при условии, что они пропорциональны грозящему риску¹⁵.

Крах нашей системы нашел, стало быть, свое оправдание в страхе, спровоцированном коронавирусом и тревогой влечения к смерти¹⁶. Равенство и братство без свободы не нуждаются более в публичном порядке, который определяет границы свободы и выступает в качестве баланса равенства и солидарности. Самоизоляция, то есть лишение свободы, должна быть невыносимой для любого носителя идей Аристотеля. Она лишена соответствующего юридического обоснования. Как указывает Анна Левад, «закон о чрезвычайном положении от 23 марта 2020 года, направленный на противодействие эпидемии Covid-19, вступил в силу. Он устанавливает, в рамках Кодекса общественного здравоохранения, новый исключительный режим: чрезвычайное положение в области здравоохранения. Даже несмотря на то, что не была доказана необходимость прибегать к закону, его содержание не лишено рисков в отношении прав и свобод»¹⁷. И все же опасение близости смерти перевесило.

Продвинемся далее: в аристотелевской мысли закон ассоциируется со справедливостью, с объективной правильностью. Право – это «справедливое отношение, реализованное вовне между двумя целями»¹⁸. Априори можно полагать, ограничиваясь сферой правовых норм, что эта аристотелевская концепция кажется очень близкой к нынешней французской концепции. Тем не менее, это не так. По какой же причине?

Чтобы понять это, достаточно ввести в исследование герменевтическое и антропологическое измерения. Давайте уточним: индуктивный метод требует оценки, а затем вовлечения в анализ различных явлений, которые относятся к правовой и неправовой сфере, к сказанному и несказанному. Следовательно, достаточно связать все эти переменные, чтобы выявить причины необычности сегодняшней ситуации. Как мы увидим, культурный фактор порождает эту временную особенность: это особое отношение к государству.

Сегодня Франция замкнулась в себе, а ее жители затворились у себя дома. Тем не менее Право всегда являлось существенной ценностью. Так что же случилось? Случилось то, что юридический позитивизм и экономика одержали победу

¹⁴ См.: Anne Levade, État d'urgence sanitaire : à nouveau péril, nouveau régime d'exception, Semaine Juridique Edition Générale n° 13, 30 Mars 2020, 369.

¹⁵ См.: Diane Roman, Coronavirus : des libertés en quarantaine? Semaine Juridique. Edition G. n° 13, 30 mars 2020, 372.

¹⁶ См.: Freud, Au-delà du principe de plaisir (1920).

¹⁷ Anne Levade, État d'urgence sanitaire : à nouveau péril, nouveau régime d'exception, Semaine Juridique Edition Générale n° 13, 30 Mars 2020, 369.

¹⁸ M. Villey, Leçons d'histoire de la philosophie du droit, 2002, p. 29.

над правом! Юридический позитивизм приводит к тому, что упускается из виду тот факт, что верховенство права создано в интересах всех, представших перед судом, а не против них, и что его предназначение заключается в максимальном приближении к идеалу справедливости¹⁹.

Мы рассмотрим только один пример, но который, по нашему мнению, достаточен для иллюстрации ультра-позитивистской концепции права и вытекающих из нее опасностей. Этот ультра-позитивизм²⁰ проистекает из слепого подчинения государству, которое рассматривается в качестве монарха, чуждого самому себе и находящегося превыше всего. Он предполагает, что закон применяется буквально, не заботясь о том, что дух его при этом искажается. Этот позитивизм – продукт искаженного патриотического чувства и страха перед микробами – доводит до пренебрежения иерархией правовых норм. Фундаментальные свободы закреплены в Конституции, однако же посредством обычных ордонансов и декретов они оказались изолированными! Нарушается также и принцип презумпции невиновности введением в статью L. 3136-1 Кодекса общественного здравоохранения нового состава преступления – уголовно-правового деликта, который предусматривает, в частности, что если нарушения самоизоляции были запротоколированы более, чем три раза на протяжении тридцати дней, то эти деяния наказываются лишением свободы на срок до шести месяцев и штрафом до 3 750 евро, а также дополнительным наказанием в виде общественных работ в соответствии с положениями, предусмотренными в ст. 131-8 Уголовного кодекса и на основании условий, предусмотренных в ст. с 131-22 по 131-24 того же кодекса, а также дополнительным наказанием в виде приостановки действия водительских прав на срок до трех лет, если преступление было совершено с использованием транспортного средства. Вопреки тому, что полагают некоторые²¹, это именно повторность – повторное привлечение к уголовной ответственности за то, за что лицо уже привлекалось к ответственности административной²². Другими словами, ст. L. 3136-1 Кодекса общественного здравоохранения вводит случай повторности в сферу административных правонарушений, в то время как это понятие до сих пор было закреплено за преступлениями и уголовно-правовыми деликтами. Действительно, согласно положениям ст. 132-16-7 Уголовного кодекса имеет место повторность уголовно-правовых деликтов и преступлений, когда кто-либо был уже окончательно приговорен за преступление или уголовно-правовой деликт и совершает новое преступление (уголовно-правовой деликт), которое не соответствует условиям предусмотренного законом рецидива²³. Вместе с тем статья L. 3136-1 Кодек-

¹⁹ H., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T. I, 1er volume, Introduction à l'étude du droit, Montchrestien, 12e éd., 2000, n° 17, p. 48.

²⁰ О юридическом позитивизме см. в частности: M. Villey «La formation de la pensée juridique moderne», présentation S. Rials, PUF, 2003, p. 559 et s.

²¹ См.: Jean-François Dreuille, *État d'urgence sanitaire*, *Revue Droit pénal*, avril 2020, comm. 78.

²² Во французском тексте имеется в виду уголовно-правовые проступки («*contravention*»), которые с незначительными оговорками соответствуют в основном российским административным правонарушениям. В этом смысле здесь (и в следующем предложении) добавлено слово «административные», что будет понятно российскому читателю. Французские уголовно-правовые проступки отличаются от французских преступлений и уголовно-правовых деликтов тем, что в качестве санкции за них не предусмотрено лишение свободы. В целом уголовно-правовые проступки по характеру и степени общественной опасности соответствуют, с определенными оговорками, российским административным правонарушениям и преступлениям небольшой тяжести, за которые не предусмотрено лишение свободы, а уголовно-правовые деликты – российским преступлениям небольшой тяжести, за которые предусмотрено лишение свободы, преступлениям средней тяжести и тяжким, а преступления по французскому праву соответствуют российским особо тяжким преступлениям. – *Примечание ред.*

²³ Что может влечь за собой не квалификацию по другой статье, а более строгое наказание в пределах соответствующей статьи Уголовного кодекса Франции. – *Примечание ред.*

са общественного здравоохранения и в то время, когда речь идет об уголовно-правовом проступке²⁴, вводит понятие повторности, что полностью противоречит общим принципам уголовного права еще и потому, что повторность основывается лишь на факте полицейского протоколирования уголовно-правового проступка, а не на окончательном осуждении, т. е. не на вступившем в законную силу приговоре суда!

Коронавирусу объявлена война. Да будет так! Когда гремит оружие, законы молчат, говорил Цицерон, но действительно ли мы на войне? Не похоже ли это, скорее, на огромную операцию в сфере коммуникации с целью заставить замолчать Право?

Да проснемся же мы! Мы должны разбудить нашу способность задавать себе вопросы о том, что мы переживаем сегодня, и нашу способность еще и возмущаться, когда Право отодвинуто в сторону. Речь идет не о позитивном праве, а о подлинном Праве – праве прав человека, о великих принципах права, сформировавшихся в судебной практике со времени принятия Гражданского и последующих кодексов, о Праве статьи-преамбулы Уголовно-процессуального кодекса, короче говоря о правовых ценностях, которые несет и развивает Франция со времен Революции 1789 года и соответствующего общественного договора²⁵.

Предусмотренный статьей L. 3136-1 Кодекса общественного здравоохранения уголовно-правовой деликт является вопиюще несправедливым законом, законом чрезвычайным, принятым на скорую руку, без размышления о причинах и особенно о последствиях. Достаточно трех ранее составленных полицейских протоколов, чтобы привлечь кого-либо к уголовному суду, где лицу грозит 6 месяцев лишения свободы?! Но с каких пор во Франции признается виновным лицо, в отношении которого всего лишь составлен полицейский протокол? Эти зафиксированные в протоколе в качестве предполагаемого уголовно-правового проступка деяния могут быть оспорены в суде, и до тех пор, пока суд не признает лицо виновным вступившим в законную силу приговором, протокол является как бы приостановленным. Или же мы неосознанно погружаемся в полицейское государство. И, значит, мы оказываемся уже не в правовом государстве! Ибо эта норма является прямым и бесцеремонным нарушением презумпции невиновности. Если последняя получила искаженное применение в сфере уголовно-правовых проступков из-за положений ст. 537 Уголовно-процессуального кодекса²⁶, то не может быть и речи о том, чтобы в данном случае выступить соучастником в таком отказе от правосудия. Судья является гарантом прав человека. Только оправдательный приговор может быть вынесен из-за неконвенционности этой нормы, потому что она – неразумна и непропорциональна. Самоизоляция является исключительной мерой, которая представляет собой лишение свободы без судебного решения и без конституционно-правовых оснований. Если есть желание смириться с какими-то незначительными уголовными проступками, не может быть и речи о том, чтобы уступить коронавирусу еще больше. Леон Блюм поведал нам об одном важном последствии, вытекающем из законов конца XIX века, которое может быть перенесено на действующие законы и которое должно нас насторожить: «Направленные против анархистов, они подвергли опасности основные свободы всех граждан»²⁷.

²⁴ Соответствует административному правонарушению, по российскому праву. – *Примечание ред.*

²⁵ См. : Diane Roman, Coronavirus : des libertés en quarantaine? article précité.

²⁶ См.: Catherine Krief-Semitzko, Le procès équitable en matière contraventionnelle, AJ Pénal 2015, p. 478.

²⁷ Léon Blum, Comment ont été faites les Lois scélérates, in Revue blanche, n° du 1er juillet 1898, article signé par «un juriste».

Потому что, на самом деле, самоизоляция является прямым нарушением ст. 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, в которой, в частности, предусматривается – и следует это напомнить, – что каждый имеет право на свободу и личную неприкосновенность: «Никто не может быть лишен свободы иначе как в следующих случаях и в порядке, установленном законом: <...> е) законное заключение под стражу лиц с целью предотвращения распространения инфекционных заболеваний...»

Тем не менее в отсутствие тестов, позволяющих обнаружить заболевание, нет никаких доказательств того, что люди, закрытые в самоизоляции, способны распространять коронавирус. Поэтому получается, что из-за отсутствия средств на проведение тестов мы ограничиваем передвижение всех! И еще мы должны задаться вопросом о понятии законного заключения. Находимся ли мы в законном заключении, когда мы пребываем в самоизоляции? Да, если мы считаем, что принуждение оставаться дома без электронного браслета является особой формой лишения свободы. Но в отличие от домашнего ареста с электронным браслетом – законного лишения свободы, которое является одной из альтернативных мер предварительного заключения, самоизоляция не предполагает ни решения судьи по вопросам свободы и заключения, ни нашего согласия. Короче говоря, самоизоляция уже сама по себе является серьезным нарушением фундаментальных свобод, с чем мы можем временно примириться по причинам серьезного кризиса в области здравоохранения, прежде чем получим возможность потребовать отчетность. Но допустить, что три полицейских протокола создают повторность в уголовно-правовом смысле в отсутствие судебных решений в каждом случае, – значит резко противоречить Конвенции по правам человека, а введенный законом от 23 марта 2020 состав преступления – это юридическая мерзость!

Кроме того, это выглядит гораздо хуже, когда мы перечитываем еще раз положения спорной статьи: «Если нарушения, предусмотренные в третьем абзаце настоящей статьи, были запротokolированы более трех раз в течение тридцати дней, они наказываются лишением свободы на срок до шести месяцев и штрафом в размере до 3 750 евро». Таким образом, состав преступления вытекает не из действий, совершенных обвиняемым, но в связи с существованием трех протоколов по поводу этих действий. Это юридическая ересь! Наконец, в результате составления протоколов обвиняемый уже был наказан штрафом, по крайней мере, три раза. Поэтому осуждение за эти деяния противоречит принципу *non bis in idem*, закрепленному в ст. 4 (право не быть судимым или наказанным дважды) Протокола № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, который предусматривает, в частности, что никто не может быть привлечен к ответственности или наказан в уголовном суде одного и того же государства за преступление, за которое он уже был оправдан или осужден окончательно в соответствии с законом и нормами уголовно-процессуального права этого государства. Европейский суд по правам человека всегда приходит к заключению, что имеет место нарушение ст. 4 Протокола № 7, когда разбирательство касается второго преступления, основанного на фактах идентичных тем, которые явились объектом для первого осуждения или окончательного оправдания²⁸, или когда оба судебных решения были основаны на одном и том же поведении²⁹.

В постановлении по делу «Золотухин против России» от 10 февраля 2009 года Большая палата уточнила, какое значение вкладывает Конвенция в термин «то же правонарушение». Она указала следующее: «Проанализировав сферу действия права не привлекаться к суду и наказанию дважды, как это предусмотрено другими международными документами, в частности Международным пактом о гражд-

²⁸ См.: CEDH, *Sismanidis et Sitaridis c. Grèce*, 9 juin 2016.

²⁹ См.: CEDH, *Gradinger c. Autriche*, 23 octobre 1995.

данских и политических правах, принятым Организацией Объединенных Наций, Хартией основных прав Европейского союза и Американской конвенцией о правах человека, Суд указывает, что статью 4 Протокола № 7 следует понимать как запрещающую привлекать к ответственности или судить человека за второе преступление при условии, что оно проистекает из идентичных фактов или из фактов, которые “по существу” совпадают с теми, которые формируют первое преступление. Эта гарантия вступает в силу, когда возбуждается новое уголовное преследование, в то время как предыдущий оправдательный или обвинительный приговор уже стали *res judicata*³⁰. Этим все сказано!

Кроме того, в соответствии со статьей 6 Европейской конвенции по правам человека, каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления считается невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена законным порядком. Однако составление полицейского протокола не образует виновности, установленной законным порядком. Следовательно, составление протокола не может быть достаточным основанием, даже если это было сделано трижды, для формирования состава какого бы то ни было преступления. Более того, и это следует помнить, что в данном случае наблюдается какой-то момент правоты, когда нарушитель осуществляет свое фундаментальное право, которого он был лишен чрезвычайным законом, чья конституционность и конвенционность более чем неопределенны!

Какая же доля ждет мятежного герменевта?

Вспомним некоторые принципы. Согласно положениям ст. 55 Конституции Франции от 4 октября 1958 г., договоры или соглашения, должным образом одобренные или ратифицированные, с момента их опубликования имеют силу, превышающую силу внутренних законов, при условии применения такого договора или соглашения другой стороной

Вопрос о контроле конвенционности не должен более обсуждаться сегодня, потому что и административной, и общей (уголовной и гражданской) юрисдикциям было предложено взять на себя ответственность в соответствии с решением Конституционного совета от 15 января 1975 г. в связи с законом о добровольном прерывании беременности³¹. Эти юрисдикции должны осуществлять контроль за соответствием внутреннего законодательства международным договорам или соглашениям, основанным на ст. 55 Конституции 1958 г. Таким образом, Конституционный Совет, полагая, что осуществление такого контроля не входит в его прерогативу, призвал как общую, так и административную юрисдикцию осуществлять новую компетенцию – контроль соответствия закона международным нормам³².

Кассационный суд первым отреагировал на это предложение в постановлении, вынесенном Смешанной палатой, в принципе подтверждающим постановление Парижского апелляционного суда, которое исключило применение ст. 265 Таможенного кодекса из-за его несовместимости с Римским договором, хотя эта статья взята из закона, принятого позднее Договора³³.

³⁰ CEDH, Grande Chambre, Sergueï Zolotoukhine c. Russie, 10 février 2009.

³¹ См.: Décision n° 75-54 DC du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse.

³² См.: Olivier Dutheillet de Lamothe, Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, in Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz 2007.

³³ См.: Cass, Ch. Mixte, 24 mai 1975, Société des Cafés Jacques Vabre, D., 1975, p. 497, закл. Туффё: «Принимая во внимание, что договор от 25 марта 1957 года, который в соответствии с вышеупомянутой статьей Конституции имеет силу, превосходящую силу законов, устанавливает правовой порядок надлежащий и интегрированный с правопорядком государств-членов; что, исходя из этой специфики, правовой порядок, им созданный, непосредственно применим к гражда-

Что касается Европейской конвенции о защите прав человека, то стоит напомнить, что она непосредственно применяется во внутреннем правопорядке, что уже давно признается кассационным судом³⁴, и вменяется также в обязанность национальным судебным системам Европейским судом по правам человека³⁵.

Действительно, в постановлении по делу Пла и Пенсерно против Андорры от 13 июля 2004 года Суд по правам человека требует от национальных судей толкования национальных правовых норм в соответствии с Конвенцией. В этой связи в нем указывается, что оценка национальным судом фактических обстоятельств и юридических элементов внутреннего правопорядка не должна быть явно необоснованной или произвольной, или же вступающей в вопиющее противоречие с основополагающими принципами Конвенции.

Таким образом, Европейский суд по правам человека предоставляет национальному суду реальное полномочие толкования национальных правовых положений с точки зрения Европейской конвенции по правам человека или даже отклонения последних в случае их противоречия Европейской конвенции.

Кроме того, Суд считает, что при осуществлении конвенционного контроля, который на него возлагается, он не может оставаться безучастным, когда толкование, осуществленное национальным судом какого-либо юридического акта, будь то пункт в завещании, частный контракт, публичный документ, положение в законе или же в административной практике, представляется необоснованным, произвольным или же вступающим в вопиющее противоречие с положениями Конвенции.

Европейский суд по правам человека возлагает таким образом на национальные власти, и в частности на суды, обязанность толковать национальное законодательство разумно, обоснованно и справедливо, и, в любом случае, и что бы там ни было, в соответствии с Конвенцией в отношении фактов, которые подлежат их оценке, это обязательство также может быть квалифицировано как реальное полномочие не интерпретировать закон слепо.

С этой точки зрения мы можем сделать вывод, что судья – это уже больше не уста закона, как утверждал Монтескье в своей работе «О духе законов», заявляя, что «судьи нации являются... только устами, произносящими слова закона, существами неодушевленными, которые не могут повлиять ни на его силу, ни на строгость»³⁶. Функция судьи – изрекать Право, а не закон. Изрекать Право означает для судьи обязанность толковать закон с целью его применения к представленному ему делу и делать это в соответствии с Европейской конвенцией по правам человека. Интерпретация – ключевой момент контроля конвенционности, коль скоро данный контроль находится в центре судебной власти – власти, которую пора захватить.

Не следует забывать, что именно люди в конечном итоге создают живое право; если это само собой разумеется, то следует об этом говорить. Конечно, юридические нормы важны, но люди, их применяющие, еще важнее, потому что их роль «заключается не только в том, чтобы знать правовые нормы для их применения. У судьи гораздо более высокая миссия... создать правовую норму, создать ее так, чтобы она приблизилась максимально к идеалу справедливости»³⁷. Следова-

нам этих государств и распространяется на них, следовательно именно потому, что данное положение правомерно и не выходит за пределы полномочий апелляционного суда, он решил, что ст. 95 Договора должна была применяться в настоящем деле, исключая ст. 265 Таможенного кодекса, хотя эта последняя была принята позже».

³⁴ См.: Cass. Ass. Plén., 11 décembre 1992, Bull. civ. 1992 A. P., n° 13, p. 27.

³⁵ См.: CEDH, Pla et Puncernau c. Andorre, 13 juillet 2004, Req. N° 69498/01.

³⁶ Ch. L. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Garnier, 1777. – URL: https://fr.wikisource.org/wiki/De_l%27esprit_des_lois,_Garnier,_1777

³⁷ H., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.*, n° 17, p. 48.

тельно, французские юристы и то, как они понимают право, это самое важное. Мы не должны позволить захватить себя тревогой влечения к смерти и превратиться в юристов неодошевленных. Мы должны оставаться действующими лицами нашей общей судьбы! На данный момент мы лишь напуганные и самоизолированные зрители!

Советский Союз тоже имел право, но это не было Правом в том смысле, как мы его понимаем. Если мы не будем осторожны, наше право вполне может скатиться к анти-праву, праву государств авторитарных, тоталитарных, и даже диктатур. С правами человека не шутят. Это слишком драгоценное общее благо!

В заключение можно лишь отметить, что стремление к достижению идеала справедливости более не так широко распространено во Франции, поскольку сдерживается ультра-позитивизмом. Тем не менее «право – это в собственном смысле культурное и, следовательно, духовное благо. Поэтому оно не может не быть предметом бесконечной борьбы, но только такой борьбы, которая приобретает смысл, если, как Иеринг, мы способны испытывать к Праву немного любви»³⁸.

Литература

1. Blum L. Comment ont été faites les Lois scélérates, in *Revue blanche*, n° du 1er juillet 1898, article signé par «un juriste».
2. David R. Le droit comparé, droits d’hier, droits de demain, *Economica* 1982, p. 19.
3. Dreuille J.-F. État d’urgence sanitaire, *Revue Droit pénal*, avril 2020, comm. 78.
4. Dutheillet de Lamothe O. Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, in *Mélanges en l’honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz 2007.
5. Lambert É. Le gouvernement des juges, Préface Franck Moderne, Dalloz 2005.
6. Foucault M. Les mots et les choses, NRF Gallimard, 1967, p. 44.
7. Freud S. Au-delà du principe de plaisir (1920).
8. Jouanjan O. “Présentation. Jhering ou l’amour du droit”, préface à l’ouvrage de Jhering, “La lutte pour le droit”, Dalloz 2006, p. XXXIII.
9. Krief-Semitko C. Le procès équitable en matière contraventionnelle, *AJ Pénal* 2015, p. 478.
10. Legrand P. “Comparer” in *Le droit comparé : aujourd’hui et demain*, colloque du 1er décembre 1995, Société de législation comparée, 1996, p. 59.
11. Legrand P. Notes inspirées par une gêne persistante à l’égard de la fascination exercée par l’habitude, l’autorité, la loi et l’État dans les facultés françaises, *RTDCiv.* 1998, p. 299.
12. Leroy Ch. «De la normativité économique en démocratie de marché», in *Études offertes à Jacques Dupichot*, Bruylant 2004, p. 282.
13. Levade A. État d’urgence sanitaire : à nouveau péril, nouveau régime d’exception, *Semaine Juridique Edition Générale* n° 13, 30 Mars 2020, 369.
14. Heuschling L., Lambert É., Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Paris, Giard 1921, Préf. F. Moderne, Paris Dalloz 2005, *Bibliographie, Revue internationale de droit comparé* 2007, p. 958.
15. Mazeaud H., L. et J., Chabas F. *Leçons de droit civil*, Tome I, 1er volume, Introduction à l’étude du droit, 12e éd. 2000.
16. Montesquieu Ch. L. De l’esprit des lois, Garnier, 1777. – URL: https://fr.wikisource.org/wiki/De_l%27esprit_des_lois_Garnier_1777
17. Pascal B. «De l’esprit géométrique», Flammarion, coll. GF, 1985, p. 151.
18. Pascal B. «Pensées», Edition de Michel le Guern, folio classique, n°101, p. 104.
19. Roman D. Coronavirus : des libertés en quarantaine? *Semaine Juridique. Edition G.* n° 13, 30 mars 2020, 372.
20. Villey M. *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, 2002, p. 29.

³⁸ O. Jouanjan, “Présentation. Jhering ou l’amour du droit”, préface à l’ouvrage de Jhering, “La lutte pour le droit”, Dalloz 2006, p. XXXIII.

21. Villey M. «La formation de la pensée juridique moderne», présentation S. Rials, PUF, 2003, p. 559 et s.
22. Décision n° 75-54 DC du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse.
23. Cass, Ch. Mixte, 24 mai 1975, Société des Cafés Jacques Vabre, D., 1975, p. 497.
24. Cass. Ass. Plén., 11 décembre 1992, Bull. civ. 1992 A.P., n° 13, p. 27.
25. CEDH, Gradinger c. Autriche, 23 octobre 1995.
26. CEDH, Pla et Puncernau c. Andorre, 13 juillet 2004, Req. N° 69498/01.
27. CEDH, Sismanidis et Sitaridis c. Grèce, 9 juin 2016.
28. CEDH, Grande Chambre, Sergueï Zolotoukhine c. Russie, 10 février 2009.

Ekaterina Kriyef-Semitko,

Vice-President of the Judicial Tribunal, Doctor of Law, Professor honoris causa,
Ural State Law Academy (Yekaterinburg)

On the State of Law and the Rule of Law in the Shadow of Coronavirus

Using comparative, systemic, hermeneutic, and anthropological methodologies and the case method the author examines the situation in the French legal system resulting from restrictive measures imposed by the Government as a result of the coronavirus pandemic. These measures restrict the constitutional freedoms of citizens, are introduced in violation of the principle of the legal hierarchy of legal norms and are contrary to the Constitution of France and to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The law which criminalizes only the fact that police reports on violations of the self-isolation regime have been drawn up three times within thirty days without being referred to a judge has been criticized. The principles of presumption of innocence and non bis in idem (the right not to be tried or punished twice) have been violated. The practice of the European Court of Human Rights and the powers of the judiciary in the event of the adoption by a legislator of non-binding legal rules are analyzed including the Court's legal position, which imposes on national judges the obligation to interpret factual circumstances, national sources of law, any other acts in the light of the European Convention.

Keywords: coronavirus; Covid-19; self-isolation; rights and freedoms of the person; presumption of innocence; non bis in idem; legal positivism; conventionality; law; right; crime; criminal offense; criminal delict.