

ПРАВО В ИСТОРИЧЕСКОМ ПРЕЛОМЛЕНИИ

Из периодики прошлого

А. Эстрин¹

К вопросу о принципах построения системы уголовной репрессии в пролетарском государстве² (Извлечение)

В развитии советского уголовного права можно отметить четыре этапа, рубежами которых являются 1919, 1922, 1924 гг. В течение первого этапа, 1917—1919 гг., все уголовно-правовые нормы, в сущности, сводились к одной: «Пролетарский суд применяет к подсудимому ту или иную меру, руководствуясь исключительно своим революционным правосознанием». Только в 1919 г., сперва (частично) в программе ВКП(б), затем в Руководящих началах по уголовному праву РСФСР от 12 декабря 1919 г., были сформулированы принципиальные положения, положенные в основу дальнейшего построения уголовной репрессии в Советском государстве, в том числе и основное положение: «Наказание не есть возмездие за “вину”, не есть искупление “вины”, а является “оборонительной мерой”».

Второй этап, 1920—1922 гг., можно назвать периодом оформления революционного правосознания, ибо через несколько месяцев после издания Руководящих начал, на III Всероссийском съезде деятелей советской юстиции (июнь 1920 г.) ставится уже вопрос об издании Уголовного кодекса; к 1920 г. и относится начало работы по составлению проекта Уголовного кодекса в НКЮ, а в 1921 г. эта работа оживляется и делается более интенсивной благодаря переходу к нэпу. Уголовный кодекс РСФСР вводится в действие с 01.06.1922, за ним следуют вскоре и уголовные кодексы других советских республик. Применение УК в 1922—1924 гг. является проверкой на практике этого первого опыта советского законодательства в области кодификации уголовного права; практическая проверка прежде всего привлекает внимание советской общественности к вопросам «карательной политики», а в дальнейшем, конечно, порождает и проверку теоретическую, причем оказывается, что УК 1922 г. теоретически не вполне выдержан, ибо в советской юридической мысли «еще имеется и живет очень много неясных, старых,

¹ Эстрин Александр Яковлевич (1889—1938), ученый, государственный деятель, заместитель Московского губернского прокурора (1922—1926), директор Научно-исследовательского института уголовной и исправительно-трудовой политики Народного комиссариата юстиции РСФСР (1932—1933). В 1938 г. приговорен СК Верховного суда СССР к высшей мере наказания, расстрелян. В 1956 г. посмертно реабилитирован за отсутствием состава преступления.

² Эстрин А. Я. К вопросу о принципах построения системы уголовной репрессии в пролетарском государстве // Революция права. 1927. № 1. С. 74—98.

Статья представляет собой доклад, зачитанный на публичном заседании секции права в мае 1926 г.

традиционных, явно не наших воззрений»³, которые и проникли в редакцию УК 1922 г. На очередь ставится задача теоретически «свести концы с концами», построить марксистски выдержанную систему уголовной репрессии. К разрешению этой задачи советское законодательство подходит в 1924 г., когда на повестку сессии ЦИК СССР ставится вопрос об издании предусмотренных союзной Конституцией Основных начал уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик. Изданные 31 октября 1924 г., эти Основные начала, выбросившие из советского уголовного права самое понятие наказания, действительно означают большой прогресс по сравнению с УК 1922 г. На основании Основных начал в союзных республиках приступают к переработке республиканских уголовных кодексов. Таким образом, начавшийся с 1924 г. и продолжающийся по сие время этап в развитии советского уголовного права можно охарактеризовать как период переработки уголовного законодательства как в направлении дальнейшего урегулирования карательной политики в соответствии с потребностями жизни, так и в направлении достижения марксистской выдержанности, с устранением всех некритически воспринятых прежде пережитков буржуазных взглядов и теорий. В процессе этой переработки сессия ВЦИК в октябре 1925 г. пришла к выводу о необходимости внести некоторые поправки и в сам текст Основных начал, и вопрос об этом обсуждался на апрельской сессии ЦИК СССР.

Не следует, однако, думать, что даже по важнейшим вопросам уголовного законодательства у нас в настоящее время уже достигнута полная ясность. Взять хотя бы вопрос о «революционном правосознании». Статья 9 УК 1922 г. указывала, что «назначение наказания производится судебными органами по их социалистическому правосознанию с соблюдением руководящих начал и статей настоящего Кодекса»; в Основных началах ни одна статья о необходимости для суда руководствоваться своим революционным или социалистическим правосознанием не упоминает. Между тем ст. 45 принятого ВЦИК проекта УК снова повторяет: «При назначении осужденному судебной меры суд руководствуется <...> в) своим социалистическим правосознанием».

Еще в 1922 г. на III сессии ВЦИК IX созыва, при обсуждении проекта УК было отмечено (в выступлении тов. Бройдо⁴), что «если мы прежде говорили: закона нет, пусть данный судья руководствуется социалистическим правосознанием, то здесь мы говорим: социалистическое правосознание оформлено в виде кодекса, который извольте исполнять». В самом деле, что такое правосознание? Обычно в буржуазной литературе под этим словом понимается правовое сознание; П. И. Стучка выдвинул утверждение, что наше «классовое правосознание есть классовое сознание (т.е. сознание классового интереса)»⁵. В первом случае необходимым элементом правосознания является юридический фетишизм, при котором отношения между людьми рассматриваются через «юридические очки»



³ Доклад тов. Крыленко на 2-й сессии ВЦИК XII созыва (стеногр. отчет, с. 335).

⁴ См.: Бюллетень сессии. 1922. № 4. С. 10.

⁵ См.: Стучка П. И. Заметки о классовой теории права // Советское право. 1922. № 3. С. 15.

(выражение Энгельса). Стихийно вырабатываемая пролетариатом идеология, конечно, не свободна и от такого правосознания, слишком долго навязывавшегося буржуазией пролетариату (ср.: Ленин. Что делать, гл. II), и потому тов. Стучка был безусловно прав, когда в цитированной статье говорил: «Правосознание с полным основанием можно назвать главным элементом исторических предрас- судков в нас».

Во втором случае пролетарий, по Энгельсу, рассматривает «вещи в их действительности, без юридических очков»; оценивая с этой точки зрения взаимоотношения людей, он подходит к ним не юридически, а политически. Любопытно, что о революционном правосознании не вспомнили ни при составлении Гражданского кодекса, ни при составлении Гражданского процессуального кодекса. В последнем правосознание прямо заменено политическим подходом: «За недостатком узаконенных и распоряжений для решения какого-либо дела, суд решает его, руководствуясь общими началами советского законодательства и общей политикой рабоче-крестьянского правительства» (ст. 4 ГПК). Основная «юридическая идея» есть «идея эквивалента», по правильному замечанию тов. Пашуканиса. Может быть, именно потому, что гражданское право — даже у нас — есть идея эквивалента, развитая в 435 статьях, никому и не пришла в голову желательность включения в ГК специальной статьи о правосознании, т.е. о «юридической идее». Но не с уголовным правом. Идея эквивалента в уголовно-правовой области выражена в идее «справедливого возмездия». Попытка покончить с этой идеей была сделана у нас еще в 1919 г., когда были изданы Руководящие начала, о принципиальной позиции которых по вопросу о «вине» и «возмездии» сказано в начале статьи. И вот: «гони природу», то бишь юридический фетишизм, «в дверь, она влетит в окно». УК 1922 г. в теории остался на точке зрения Руководящих начал, на практике же ему от идеи справедливого возмездия полностью отгородиться не удалось. Отсюда и ст. 9 УК о правосознании и п. 4 ст. 413 УПК об отмене приговора в случае явной несправедливости такового.

Вот именно, скажут нам. Вы хотели создать «сухую воду» — создать уголовное право без справедливости? Но право должно содержать юридическую идею точно так же, как кофе должен содержать кофеин. Вы были непоследовательны именно потому, что ваша последовательность зарезала бы наше право. Оставайтесь же непоследовательны.

В тему нашей статьи не входит разработка вопроса, возможно ли существование права без юридической идеи. Мы ограничиваемся поэтому только тем, что на вопрос отвечаем вопросом: какая юридическая идея сообщает правовой характер Конституции СССР или РСФСР, конституции, всё содержание которой составляет развитие идеи совсем другого, не юридического порядка — идеи диктатуры пролетариата? Констатируя, что уголовное право теснейшим образом соприкасается с государственным правом, мы готовы, однако, признать, что в нашем уголовном праве есть юридическая идея, но не идея справедливого возмездия, а идея революционной законности.

Мыслимы два, и только два, принципиальных критерия для применения к осужденному меры уголовной репрессии: либо критерий целесообразности, либо критерий справедливости. Для марксиста, борющегося с юридическим фетишизмом, единственно приемлем первый, совершенно неприемлем второй. Но применяемые властью в борьбе с преступностью меры целесообразности, т.е. меры социальной

защиты, могут быть ничем юридически не ограничены и могут быть ограничены. В эпоху военного коммунизма единственным руководящим для судов началом была директива сообразоваться с революционным правосознанием; она же была и единственным ограничением усмотрения, единственной — пусть скудной — гарантией для граждан, ибо приговоры судов подлежали отмене в случае их несоответствия с нею. Она только и делала наше уголовное право правом; понятно, почему кое-кто из нас и сейчас не мыслит Уголовного кодекса без статьи о революционном правосознании.

В эпоху нэпа, при революционной законности, гарантией для граждан от произвольного применения к ним мер социальной защиты является Уголовный кодекс. Это не ново, и это не является особенностью советского уголовного права: уже буржуазные юристы говорили, что уголовный закон является Magna Charta (Великой хартией вольностей) для преступника и при том обеспечивает последнего потому, что в основу уголовного законодательства положен принцип: *Nullum crimen, nulla poena sine lege poenale* (ни преступления, ни наказания без уголовного закона), т.е.: преступное преступно, лишь когда об этом сказано в уголовном законе, и наказание может быть назначено лишь предусмотренное уголовным законом. Дав, однако, преступлению определение неформальное (преступление — деяние, воспрещенное законом под страхом наказания), а определение по существу (преступление — общественно опасное для пролетарского государства деяние, хотя бы и не предусмотренное законом), мы урезали гарантию наполовину; все же вторая часть формулы буржуазных криминалистов имеет полную силу и с точки зрения нашего уголовного права. Да и первая часть этой формулы не является абсолютно для советского права неприемлемой.

Конечно, материальное определение преступления не может быть в советском праве заменено формальным определением. Наказуемое деяние могло бы становиться просто в силу закона, как формально воспрещенное. Но если мы термин «наказуемое деяние» отбрасываем и вместо него ставим термин «деяние, влекущее за собой меры соц. защиты», то ясно, что защищаться приходится только от того, что опасно. Коррелятом наказания является «вина» — коррелятом меры соц. защиты является опасность. Отсюда вытекают два вывода: деяние, являющееся для нас социально опасным, может влечь за собой меры соц. защиты, даже если оно не предусмотрено в УК; с другой стороны, деяние, в данном своем виде вовсе не являющееся социально опасным, может не влечь за собой применение мер соц. защиты, даже если деяния того же состава и предусмотрены в УК вследствие заключающейся в них обычно социальной опасности...

Первый вывод сделан в не допускающей никаких сомнений форме еще в 1922 г., когда при составлении УК в него была включена ст. 10 об аналогии. Ко второму выводу наше законодательство очень робко подошло только в 1925 г., когда была сформулирована ст. 4а УПК. Статья эта, однако, очевидно, не считалась необходимой принадлежностью советского уголовного права, ибо она включена была не в УК, а только в УПК. В настоящее время в руководящих органах советской юстиции ст. 4а УПК встречает сильную оппозицию, и ее предлагают упразднить как приводящую на практике к прекращению уголовных дел по

усмотрению того или иного суда и тем идущую вразрез с принципом революционной законности⁶.

Между тем ст. 4а УПК является таким же теоретически законным выводом из положения, что преступлением признается у нас всякое общественно опасное деяние, как и ст. 10 УК об аналогии. И все же только лица, склонные к Begriffsjurisprudenz (юриспруденции, сводящей все к юридической логике), могли бы возражать против необходимости обсудить, насколько политически целесообразно придание этому теоретически корректному выводу юридической силы. На практике ст. 10 УК в настоящее время большого применения не имеет. Если бы наши суды чаще пользовались ею, то, несомненно, против этой ст. 10 УК поднялась бы такая же оппозиция, как против ст. 4а УПК. Во всяком случае вопрос о соответствии и этой статьи задаче укрепления революционной законности стал бы тогда дискуссионным.

Лично мы считаем, что исключение ст. 4а из нашего законодательства (с нашей точки зрения, ее нужно сохранить) возможно лишь при одновременном изменении некоторых других его постановлений. В настоящее время и Основные начала и — еще более определенно — принятый ВЦИК в октябре 1925 г. новый УК признали невозможным сохранить старый подход к покушению и приготовлению, при котором уголовной репрессии подлежало лишь первое, но не второе. Теоретически эта новая постановка вопроса является, безусловно, шагом вперед, хотя новой ее можно назвать, лишь игнорируя тот факт, что принципиальное разграничение приготовления от покушения стало проводиться буржуазными юристами лишь с начала XIX века, и что в одном из буржуазных государств — Дании — это разграничение не вошло даже в Уголовный кодекс, составленный в середине XIX века. Как бы то ни было, буржуазные криминалисты потерпели полное фиаско при разрешении задачи, как отграничить приготовление от покушения⁷. Кроме этого обстоятельства, решающим для нашего законодательства соображением было то, что приготовление к преступлению может быть опасным, — конечно, потенциально опасным — но ведь, в сущности, этим свойством потенциальности отличается всякая опасность, ибо реализация опасности, когда уже наступил тот вред, которым она угрожала, есть в определенном смысле ликвидация опасности; во всяком случае приготовление может свидетельствовать о явной социальной опасности того, кто готовится к преступлению.

Итак, приготовление к преступлению теоретически есть уже преступление. Это зафиксировано в ст. 19 нового УК РСФСР. Но всегда ли нужно и целесообразно предавать суду и применять уголовную репрессию за приготовление к преступлению? Здесь необходима сугубая сдержанность и осторожность. Тов. Самурский, представитель Дагестанской ССР, говорил на последней сессии ВЦИК: «Возьмите представляемую мною республику, где еще существует кровная месть. Кровники постоянно держат наготове кинжалы или винтовки. И если мы применим к ним

⁶ «Мы ее выкинем», — сказал тов. Крыленко на 2-й сессии ВЦИК XII созыва (стеногр. отчет, с. 338). Так обстояло дело в момент, когда настоящая статья писалась (весною 1926 г.). К моменту же напечатания ее спор по поводу ст. 4а разрешился тем, что ее не только не «выкинули», но — в несколько измененном виде — перенесли из УПК в УК.

⁷ См. нашу статью «Деяние» в «Энциклопедии государства и права».

этот пункт, мы должны будем всех наказывать, потому что почти 2/8 населения на наших окраинах являются кровниками»⁸. С другой стороны, по вполне понятным соображениям уголовной политики, добровольно оставленное покушение или приготовление не подлежит уголовному преследованию, если в нем не заключается иного преступления (ст. 19, ч. 2 нового УК). Ну, а если суд при разборе дела лица, привлеченного за приготовление к преступлению, приходит к выводу, что даже и без вмешательства власти «преступник» едва ли в дальнейшем приступил бы к активному осуществлению своего намерения? Хотя это приготовление в данный момент вовсе не является «добровольно оставленным», и потому суд обязан на основании ч. 1, ст. 19 вынести обвинительный приговор, но разве в таком случае целесообразна уголовная репрессия? Абстрактно рассуждая, приготовление к общественно опасному действию можно признать, как таковое, уже общественно опасным действием. Но данное конкретное приготовление может оказаться все же совершенно безобидным, не стоящим внимания суда действием. Без права суда отказываться от преследования абстрактно преступного (т.е. формально преступного) действия по мотивам его конкретной безобидности, маловажности, т.е. без права суда на применение ст. 4а УПК, которая именно об этом и говорит, практика суда рискует оказаться непрактичной, рискует привести суд в противоречие с бытом. Похерить ст. 4а можно только при одновременном ограничении понятия уголовно преследуемого приготовления.

Необходимо помнить, что и уголовная репрессия нуждается в режиме экономии. Раньше наш УК признавал наказуемыми все случаи покушения, начиная от покушения на тяжчайшее преступление и кончая покушением на нарушение порядка, предусмотренным главой VIII УК. Теперь это же распространяется и на все вообще подготовительные к преступлению действия. Буржуазные кодексы обычно признают случаи покушения на более легкие преступления ненаказуемыми вовсе. Уголовный кодекс при этом несколько теряет в стройности, ибо не все положения Общей части в нем оказываются одинаково применимыми ко всем главам Особенной части, как это обстоит у нас.

Но нам вовсе не нужна та стройность, которая сводится к жесткой прямолинейности. Стройность, необходимая для советского права, должна быть результатом принципиальной выдержанности в духе марксизма, и именно потому она не может исключать гибкости.

Мы сказали, что основное положение советского уголовного права заключается в том, что критерием для применения уголовной репрессии берется не справедливость, а целесообразность этой репрессии в качестве меры обороны. Нетрудно показать, что до сих пор некоторые очень серьезные вопросы разрешены у нас с этой точки зрения чрезвычайно невыдержанно.

⁸ Стеногр. отчет 2-й сессии XII созыва (с. 391).